

## KANUNLAR İHTİLÂFINDA ZAMAN UNSURU (\*)

F. A. MANN

(Çev. Dr. Tuğrul ARAT)

### I

Her ne kadar, ihtilâf kuralı, başlıca, mekân etkeniyle, yani, hukukî ilişkilerin belli bir yere bağlanması ile ilgilenirse de, zaman, çoğu kez, bu kuralın önemli bir tamamlayıcı unsuru olur. Gerçekten, Kontinental hukuk bilginleri, ihtilâf kuralının yapısındaki zaman unsuruyla çok —belki de lüzumundan fazla— uğraşmışlardır. Bu, Kara Avrupasında bütün ders kitaplarında yer alan ve hakkında muhtelif monografiler yazılmış olan bir konudur<sup>1</sup>. Et-kisi, birçok yargısal kararda göz önünde tutulmak gerekmiştir. Tabii, sorun, hâkimlerin onunla tipik ampirik bir tarzda meşgul oldukları Anglo-Amerikan ülkelerinde de varlığını sürdürmektedir. Onu, mukayeseli bir temele dayayarak incelemek çekici gelen bir çalışmadır. Bu inceleme, yalnızca kanunî yorum ilkelerini ve ihtilâf kuralının sarih tanımını içine almakla kalmayıp, hukukun birçok dalında etkileri bulunan ve Batı dünyasının bütününde müşterek olan temel kavramlara da, geniş ölçüde yönelir. İhtilâf Kuralındaki zaman unsurunun tartışmasında ön plânı tutan esas, kazanılmış hakların korunması fikridir. Devletler Hususî Hukuku bu esası, bütün hukuk sistemlerinde onu, uzun bir süre zarfında müteaddit yönlerde ve şaşılacak kadar benzer biçimde geliştiren iç hukuktan almıştır. Şu halde, Kanunlar İhtilâfı alanında zamana ilişkin nitelikleriyle temayüz eden problemlerin, bu müşterek zeminini yeri geldikçe hatırlamak lüzumlu olacaktır.

\* *The British Year Book of International Law*, 1954, Yıl XXXI, sh. 217-247'deki «*The Time Element in the Conflict of Laws*» adlı makalenin çevirisidir.

<sup>1</sup> Özellikle bk. Affolter, *Das Intertemporale Recht* (1902-3); Roubier, *Les Conflits des lois dans le temps* (1929-33). Literatüre ilişkin geniş liste için bk. Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts* (Zürich, 1954), sh. 399-400.

Bu nitelikte dört problem vardır. Zaman; ya hâkimin mensup olduğu devlet kanunundaki ihtilâf kuralının muhtevasında (bk. bölüm II) veya bağlama noktasının özünde (bk. bölüm III), yahut da, hâkimin mensup olduğu devletin ihtilâf kuralının, kendi bağlama noktası aracılığıyla yetki verdiği ülkenin maddî hukukunun muhtevasında (bk. bölüm IV) bir değişikliğin meydana gelmesi halinde, önemli bir etken olur. Son sözü edilen durumda, değişiklik geçmişi kapsamayı gerektirdiği takdirde, İngiliz hukukunun buna etki tanıyacağı alanın sınırlarını tayin etme ihtiyacı doğar (bk. bölüm V). Egemenlik değişimleri sonucu meydana gelen daha bileşik bir ihtilâf türü, bu makalenin kapsamı dışında kalmaktadır. Ele alınması gereken tipik problemlerin birçoğu, 1926 tarihli Sahih Neseb Kanununun (**Legitimacy Act**) 8/I inci maddesindeki gibi bir hüküm aracılığıyla örneklenebilir. Hüküm şöyledir :

*'Evlilik dışında doğan bir kişinin ana-babası, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce veya sonra evlenirler de, babası, evlenme anında, onun bu evlenmeyle nesebinin tashih edildiği —İngiltere veya Galler ülkesinden başka— bir ülkede mükim bulunur ise, o kişi hayatta olduğu takdirde, doğumu sırasında babasının, evlenmeyle nesebin tashihine kanunen izin verilen bir ülkede ikamet etmemiş olmasına bakılmaksızın, bu kanunun yürürlüğe girmesi veya evlenme tarihinden hangisi daha sonra ise, o tarihten başlayarak İngiltere ve Galler ülkesinde de nesebi tashih edilmiş olarak kabul edilecektir.'*

## II

Bu hüküm, İngiliz Kanunlar İhtilâfı kurallarından birisini değiştirdi. Değişiklik 'bu kanunun yürürlüğe girmesi veya evlenme tarihinden hangisi daha sonra ise, o tarihten başlayarak' meydana geliyordu. Şu halde, 1 Ocak 1927, yeni kuralın hüküm ifade edileceği en erken tarihi.

Bu durumda, yeni ihtilâf kuralı kendi intikal hükmünü beraberinde getirdiğinden, Fransızların «*conflict transitoire*» (kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ihtilâf) dedikleri husus, asla bir zorluk sebebi olamazdı. Oysa, yasayıcı, örneğin Bretton Woods Anlaşmalarının<sup>2</sup>, bir üye devletin kambiyo denetimine ilişkin mevzuatına aykırı düştüğü takdirde, belirli kambiyo sözleşmelerinin İngiltere'de icrasının kâbil olmadığına değgin hükmünü İngiliz hukukuna ithal ettiği sırada yaptığı gibi, intikal hükmü-

<sup>2</sup> The Bretton Woods Agreement Order, 1946: S. R. and Q. 1946, No. 36.

riyle ilgilenmeyi ihmal edebilir. Böyle durumlarda hâkim, değişiklik anında zaten mevcut bulunan olay ve ilişkilere, yeni ihtilâf kuralının uygulanıp uygulanmayacağına karar vermek zorunda kalacaktır.

Bu, pek malûm bir kanunî yorum probleminin, yani kanunların geçmişi kapsamazlığı kaziyesinin tecviz edildiği alana ilişkin sorunun özel bir vechesinden başka bir şey değildir. Roma'da, hiç değilse Cicero'nun zamanından beri, kanunlara geçmişi kapsayıcı etki atfetmek konusunda belirgin bir isteksizlik mevcut idi<sup>3</sup>. Bu, bir kanunî kural olmayıp, kanun koyucudan uyması beklenen ve geçmişi kapsayan kanunların kendisinden saptığı düşünülen, *fides* (güven, ahde vefa) fikrine dayalı bir düsturdu<sup>4</sup>. Justinian'ın zamanında ise, ilkeye, gelecek yüzyılları hükmü altında tutacak olan ve henüz ötesinde bir gelişme kaydedilmemiş bulunan bir ifade kazandırıldı: '*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*'<sup>5</sup>. İlke, etkili biçimiyle, Lord Coke tarafından kabul edilmiştir<sup>6</sup>. 18. ve 19. yüzyılların büyük kanunlaştırmalarına bakıldığında, yasayıcıların, *facta praeterita* (geçmiş olay), *pendentia negotia* (askıda olan hukukî işlem) ve *future negotia* (gelecekteki hukukî işlem) arasındaki ayrımı yansıttıkları görülür. Nitekim, Avusturya Medeni Kanunu 5. maddesinde şu hükme yer verir: 'Kanunların geçmişi kapsayıcı etkisi, dolayısıyla kendilerinden önceye ait işlemler ve kazanılmış haklar üzerinde herhangi bir nüfuzu bulunmamaktadır.' Fransız Medeni Kanununun 20. maddesine göre, 'kanun yalnız geleceği düzenler' ('*la loi ne dispose que pour l'avenir*'). Amerikan Anayasasının 14. değişiklik maddesi ise, geçmişi kapsayan kanunların etkilerini, 'hiç bir federe devlet, bir kişiyi, hukuka uygun usuller dışında, hayatından, bağımsızlığından veya malından yoksun kılamaz'

<sup>3</sup> *In Verrem*, 11.1.42: *de jure civili si quis novi quid instituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur*. [Medeni hukukun yeni hükümleri ile hukukî işlemde önce var olan hükümleri her halde uygulanır].

<sup>4</sup> Bk. Schulz, *Principles of Roman Law* (1936), sh. 230.

<sup>5</sup> ('Kanunların ve İmparator emirnamelerinin, eğer geçmişe veya henüz askıda olan geçmişe ait işlemlere uygulanması açıkça öngörülmemişse, yalnızca geleceğin [hukukî] işlemlerine ilişkin hüküm koyduğu ve geçmişteki olaylara uygulanmayacağı hususunda kuşku yoktur.'): L. 7, c. 1. 14. Kontinental hukuk düşüncesinin konuyla ilgili gelişmesi hakkında, örneğin bk. Savigny, *System des Romischen Rechts*, viii (1849), § 383-400 veya Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (9 th ed. by Kipp, 1906), sh. 130 vd.

<sup>6</sup> 2 *Inst.*, 292.

hükümünü getirmek suretiyle sınırlar<sup>7</sup>. Alman Medenî Kanununu kalemeye alanlar, yukardakilere benzeyen genel nitelikte bir hüküm koymaktan kaçınmışlardır; ancak, onların söz konusu ilke üzerindeki tartışmaları, bugün bile dikkate değer olarak tanımlanmalıdır<sup>8</sup>. Bu yazarlar özellikle, İngiltere'de de ifadesini bulmuş olan<sup>9</sup> bir ayrıma, geçmişî kapsama kavramının iki anlamı üzerine dikkati çekmişlerdir. Bir kanun; daha önce var olup da, halen varlıklarını sürdüren vakıaların hukukî takdirinde, yürürlüğe girdiği günden başlayarak değişiklikler yaparsa, geniş anlamda geçmişî kapsar. Bir kanun; olayların veya işlemlerin hukukî mahiyetini, yürürlüğe girişinden önceki döneme izafeten değiştirdiği takdirde ise, dar anlamda geçmişî kapsar. Bu son sözü edilen anlamda geçmişî kapsama, yani geçmişte cereyan etmiş olaylara (*facta praeterita*) yöneltilmiş mevzuattır ki, her yerde hukukçuların kuşkusunu uyardırmaktadır. Bu kavramı daha tam bir surette tanımlamak yönünde hiç bir girişim şimdiye kadar başarıya ulaşamamış ve her ülkede aynı yetersiz tanımlar öne sürülmüştür. Nitekim, İngiltere'nin<sup>10</sup>, Amerika Birleşik Devletleri'nin<sup>11</sup>, Fransa'nın<sup>12</sup> ve Almanya'nın<sup>13</sup> iç

<sup>7</sup> Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1. maddesindeki '*ex post facto*' (geçmişî kapsayan) kanunları reddeden hükümün, geçmişî kapsayan cezaî sorumluluk ihdasına hasredildiğini unutmamak gerekir: Bk. *Calder v. Bull* dâvası (1796) 3 Dallas 386. Ceza hukuku alanı, her ülkede özel kurallara konu olmaktadır. *Phillips v. Eyre* dâvasında (1870), 6 Q. B. C. 1, sh. 26'da Birleşik Devletler hukuku hakkında belirtilenlerin son seksen yıl zarfındaki gelişmelerin ışığında okunması lâzımdır.

<sup>8</sup> Bk. *Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. i (1896), sh. 19 vd.

<sup>9</sup> Bk. *Gardner and Co. v. Cone* dâvası, [1928] Ch. 955, sh. 966'da (o zaman ki) hâkim Maugham tarafından.

<sup>10</sup> Bk. Maxwell, *The Interpretation of Statutes* (10 th. ed., 1953), sh. 213 vd.

<sup>11</sup> Örneğin bk. *Coombes v. Getz* dâvası (1931), 285 U.S. 434 ve orada anılan daha önceye ait müteaddit emsâl kararları. Bu dâvada, bir şirketin alacaklılarına, belirli meblağları doğrudan doğruya o şirketin yöneticilerinden elde etme yetkisi veren bir kanun hükümünün kaldırılmasının, geçmişî kapsayan etki taşıdığı oranda Anayasaya aykırı düştüğüne; çünkü, kazanılmış haklara bir müdahale meydana getirdiğine karar verilmiştir. Sorunun bütünü hakkında bk. Stimson: *Michigan Law Review*, 38 (1939), sh. 30; *Corpus Juris Secundum*, vol. 82 (1953), § 412 vd., 'Kanunlar' başlığı ve Sutherland, *Statutes and Statutory Construction* (3rd ed., 1943).

<sup>12</sup> Ayrıntılı tartışma için bk. Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil* (4th ed., 1948), vol. i, sh. 107 vd. Konuyla ilgili yargısal ve bilimsel içtihatlar pek çoktur. Önde gelen kanunî yorum ilkesi, Fransız Yargıtayının uzun bir dizi meydana getiren kararlarıyla teessüs etmiştir. Bu kararların başında Yargıtay Genel Kurulunun [*Chambres Réunies*] 13 Ocak 1932 tarihli kararı (D.P., 1932, I. 18) yer almaktadır: *Si toute loi nouvelle régît, en principe, les situations établies et les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, il fait échec à ce principe par la*

hukuklarında kanunların geçmişi kapsayıcı niteliğine karşı güçlü bir karine vardır; fakat bu hususta kanunun sağladığı himaye, 'kazanılmış haklar'a ('*droits acquis*'), (*wohlerworbene Rechte*) hasretilmiş ve usul kanunları<sup>14</sup> daima ilkenin sınırları dışında bırakılmıştır<sup>15</sup>.

Aynı fikirler, ayırımlar ve ifadeler, kendilerini, Kanunlar İhtilâfı alanında göstermiştir. Kara Avrupasında bazı yazarlar, kazanılmış hakların korunması için eski ihtilâf kuralının uygulanmasının gerekli olduğu alan dışında<sup>16</sup> ve inceleme konusu vakıaların

*règle de la nonrétroactivité des lois formulée par l'Art. 2 c. civ. lorsque l'application d'une loi nouvelle porterait atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure.* (Eğer, her yeni kanun, yayımlanmasından önce meydana getirilmiş durumları ve kurulmuş hukukî ilişkileri, ilke olarak idare ediyorsa, bu ilke, yeni bir kanunun uygulanmasının önceki mevzuat uyarınca kazanılmış hakları ihlâl etmesi halinde Medeni Kanunun 2. maddesinde ifade edilen kanunların geçmişi kapsamazlığı kuralı tarafından etkisiz hale getirilir.)

<sup>13</sup> Genel olarak bk. Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (14th. ed., 1952), sh. 219 vd. ve Meyer-Cording : *J.Z.*, 1952, sh. 161 (ve orada zikredilen müteaddit kaynaklar). Bu hususta yol gösterici ilkelere hakkında Federal Mahkemenin son zamanlarda verdiği kararlar için bk. 10 Temmuz 1951 (*BGHZ.* 3, sh. 82, 84, 85) ve 11 Kasım 1953 (*BGHZ.* 10, sh. 391, 398) tarihli kararlar. Yakın bir tarihte, geçmişi kapsayan bir kanunun Anayasanın sözüne veya özüne genel olarak aykırı düştüğü öne sürülmüştür. Özellikle bk. Hamburg Yüksek İdarî Mahkemesinin, geniş tarihsel bilgiyi içine alan 28 Şubat 1952 tarihli dikkate değer kararı (*J.Z.*, 1952, sh. 416). Bu görüşe karşı bk. Federal Anayasa Mahkemesinin 24 Nisan 1953 tarihli kararı (*NJW.*, 1953, sh. 1017, sh. 1019 ve orada zikredilen diğer kaynaklar).

<sup>14</sup> Bk. Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinde karara bağlanmış olan *Chase Securities Corporation v. Donaldson* davası (1944), 325 U.S. 303. Bu davada, düşürücü zaman aşımına ilişkin hükümlerin, bir federe devleti, zamanaşımının usul hukuku alanında kendini gösteren engelleyici sonuçlarını ortadan kaldırmaktan alıkoyacak ölçüde, Amerika Birleşik Devletleri Anayasanın on dördüncü değişiklik maddesi anlamında temel haklar bahsetmediğine karar verilmişti. Ayrıca bk. Fransa için, Cass. Civ. 29 Mart 1897 (*D.*, 1897, I . 225) ve Almanya için, Federal Mahkemenin 23 Eylül 1952 tarihli kararı (*BGHZ.* 7, sh. 161, 167).

<sup>15</sup> Genel olarak kanunî yorum sorununun, özel olarak da geçmişi kapsamazlık ilkesinin mukayeseli bir etüde konu alınması, hem doğrudur, hem de gerekli. Geçmişi kapsamazlık ilkesi, dünyanın bütün ülkelerinde önem taşıyan, gerçek anlamda genel hukuk ilkelerinden biri olarak tanımlanabilir. Bu ilkenin Ceza Hukukundaki uygulaması, her yerde bağımsız bir konu meydana getirmekte ve bu makede de ele alınmamış bulunmaktadır.

<sup>16</sup> Bk. Niboyet, *Traité de droit international privé*, vol. ii, no. 604 vd.; *Répertoire de droit international*, vol. iv, sh. 611 vd., no. 46.

meydana gelişleri zamanında büsbütün *lex fori*'nin yetkisi dışında bulunduğu durumların gayrısında<sup>17</sup>, ilke olarak yeni ihtilâf kuralının uygulanması ve böylece de ona geçmişi kapsayıcı etki izafe edilmesi lâzım geldiğini öne sürmüşlerdir<sup>18</sup>. Karşıt görüşü başlangıç noktası alan diğer yazarlar ise, eski ihtilâf kuralının yürürlükte bulunduğu süre içinde meydana gelmiş olay ve ilişkilere, ilke olarak onun uygulanması gerektiğini, bunlara yeni kuralın, ancak kamu düzeni gerekli kıldığı takdirde<sup>19</sup>, veya, varlığı süregiden ilişkilerin yeni kanunun yürürlüğe girişinden sonra ortaya çıkan sonuçları söz konusu olduğu hallerde<sup>20</sup> uygulanabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bununla beraber, yazarların çoğu, mahkemenin mensup olduğu devletin maddî hukukunda yer alan intikal hükümlerinin uygulanmasını savunurlar<sup>21</sup> ki, bu uygulamada üstünlük kazanmış olan görüştür.<sup>22</sup>

Galiba, bu tartışmalardan İngiliz hukukunun sağlayacağı herhangi bir yarar bulunmamaktadır. Daha doğrusu, her ne kadar, somut çözüm bazı hallerde kuşku uyandırıcı olabilirse de, İngiliz hâkiminin problemin çözümünde karşılaşacağı bir zorluk yoktur gibi görünmektedir. Bir kanunî yorum sorunuyla karşılaştığı takdirde<sup>23</sup> hâkim, bu sorunun cevabını, İngiliz hukukunun bildiğimiz ilkelerine, özellikle, kanunların geçmişi kapsayan etkilerine ilişkin bulunan ilkelerine baş vurmak suretiyle verecektir.<sup>24</sup> Bu ilkeler Kanunlar İhtilâfına özgü değildir; dolayısıyla da, burada, haklarında ayrıntıya girmeye lüzum yoktur. Mamafih, öyle görünür ki, sözü

<sup>17</sup> Bk. Kahn, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht* (1928), vol. i, sh. 368.

<sup>18</sup> Bk. Niedner (Melchior, *Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts* (1932), sh. 65, dn. 2'den naklen); Baldoni, *Rivista di diritto internazionale*, 24 (1932), sh. 3, sh. 184'de.

<sup>19</sup> Örneğin bk. Arminjon, *Précis de droit international privé* (1947), sh. 301-305.

<sup>20</sup> Niederer, *age.*, sh. 368.

<sup>21</sup> Bk. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé* (1949), sh. 339 (ve orada anılan diğer kaynaklar) ve Melchior, *age.*, sh. 64 vd. (ve orada anılan diğer kaynaklar).

<sup>22</sup> Cass. Req., 18 Kasım 1912 (S., 1914, I. 258); Cass. Civ., 14 Nisan 1923 (D.P. 1926, i. 248) Almanya için bk. Melchior, *age.*, sh. 65, dn. 1'de gösterilen kaynaklar.

<sup>23</sup> Bu sorun, bir yargısal kararın kendinden önceki yargısal uygulamayı değiştirmesi halinde de ortaya çıkabilir. Şu kadar ki, bu durumda 'bir yargısal karara inanılarak' yapılmış bir işlemin sonradan verilen mahkeme kararındaki yorum dışında tutulup tutulmayacağı sorunu, tamamen, cözülmemiş olarak durmaktadır: Bk. *Bray v. Colenbrander* dâvası, [1953] A.C. 503, sh. 512'de Lord Norman.

<sup>24</sup> Bk. yuk., sh. 100, dn. 10.

edilen ilkeleri yeni bir ihtilâf kuralına başlı başına uygulamak zorunda kalan hiç bir mahkeme kararı mevcut değildir. Sadece şu kadarı öne sürülebilir ki, İngiliz mahkemesinin, bir İngiliz ihtilâf kuralının, yeni bir ihtilâf kuralının etkilerine karşı korunmaya muhtaç ve müstahak olan aslî nitelikte bir kazanılmış hak bahsetmeye elverişli bulunduğunu kabul edeceği halleri göz önüne getirmek kolay değildir. İhtilâf kuralının temel fonksiyonu, hukukî ilişkileri belli bir yere bağlamaktan, yani *lex causae*'yi (yetkili kanun) tayin etmekten ibarettir. 1926 tarihli Sahih Nesep Kanununun 8. maddesinin, bu bölüme başlarken nakledilen hükmü içine almadığını varsayın. Bu takdirde, çocukla aralarında hukukî nesep bağı kurulmamış olan, Fransa'da mükim ana babanın, çocuklarının süregiden evlilik dışı çocuk statüsünden dolayı veya çocuğun bu gayrimeşru durumdan ötürü İngiliz hukukuna göre kazanılmış hakları bulunduğunu iddia etmek zor olurdu.

İngiltere'de ortaya çıkma ihtimali bulunmayan değişik bir sorun, 1900 yılında Alman Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, Alman mahkemelerinin önüne geldi. Yeni kanun, hem Alman iç hukukunun, hem Alman Devletler Hususî Hukukunun kurallarında değişiklikleri içine alıyordu ve aynı zamanda eski iç hukuk kurallarının 1900 yılından önce kurulmuş ilişkilere uygulanmasına devam edileceği alanı tanımlıyordu. Bu, eski iç hukuk kurallarının uygulanma yeteneğini sürdürdüğü oranda, Devletler Hususî Hukukuna ilişkin eski kuralların da uygulanmaya devam etmesi mi demektir? Başka bir deyişle, kanunların zaman itibariyle uygulanması konusunu düzenleyen hükümlerin, Devletler Hususî Hukuku kurallarına önceliği var mı idi? Alman mahkemeleri, üstün gelen doktrine uygun olarak, bu soruya olumlu cevap verdi<sup>25</sup>.

### III

Bir ihtilâf kuralındaki bağlama noktası, ilgi kurduğu zaman birimi bakımından durağan veya değişgen olabilir: Bağlama noktası münhasıran belirli bir zaman birimiyle ilgi içinde kalmasını zorunlu kılacak bir nitelik taşıyabilir ki, bu takdirde munzam bir açıklama yapmaktan sarfınazar edilebilir; yahut, bağlama noktası, belirli bir zaman biriminin ötesine uzanan durumları esas almış olabilir ki, bu takdirde, ilgili zaman biriminin belirlenmesi gerekir.

<sup>25</sup> Örneğin bk. Melchior, *age.*, sh. 64, 65 (ve orada anılan müteaddit mahkeme kararları); Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, vol. i (1926), sh. 241 vd.; Wolff, *Deutsches Internationales Privatrecht* (3rd ed., 1954), sh. 23.

İlk sözü edilen gruba, *lex loci actus*, yani, akdin yapıldığı, evlenme töreninin icra edildiği, vasiyetnamenin tenfiz edildiği, haksız fiilin işlendiği yer kanunu; veya *lex loci solutionis*, yani, akdi bir vecibenin ifası gereken yer kanunu gibi bağlama kuralları girer. Bu durumlarda, kuralda göz önünde tutulan zaman biriminin tanımı çoğu kez önem taşımaz; tanım bizatihi kuralda mündemiçtir. Bir haksız fiil belirli bir anda işlenir. Binaenaleyh, eğer ihtilâf kuralı, haksız fiilden doğan sorumluluk sorununun haksız fiilin ika edildiği yer kanununa tâbi olduğunu hüküm altına alıyorsa, durum yeterince açıktır; çünkü, haksız fiilin işlenmesi, kendiliğinden zamanı tayin eder<sup>26</sup>. Aynı şekilde, bir akit ( tarafların, akde uygulanması gereken kanunun izin verdiği oranda anlaşmaları hali dışında<sup>27</sup>) değiştirilmesi imkânsız olan, belirli bir ülkenin kanununa tâbi olduğu için, burada da bağlama noktası durağandır.

Diğer gruba giren ihtilâf kuralları, farklı nitelikteki bağlama noktalarını esas alır. İhtilâf kuralı, ikametgâh kanununun, millî kanunun, bayrak kanununun veya *lex situs*'un (malların bulunduğu yer kanunu) uygulanmasını emrettiği takdirde, bir süre sonra değişebilecek kavramlara yer vermiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda, ihtilâf kuralının ilgili zaman birimini belirtmesi asıldır. Nitekim, 1926 tarihli Sahih Neseb Kanununun 8/I maddesinde, evlilik dışı doğan kişinin nesebinin, evlenmenin bir sonucu olarak tashih edilip edilmediğini, babanın 'evlenme anındaki' ikametgâhı kanununun tayin edeceği hüküm altına alınmakla öyle yapılmıştır. Fransızların Bartin'den<sup>28</sup> beri «*conflit mobile*» (birleşik kanun ihtilâfı) dedikleri ihtilâfı, *lex fori* (hâkimin kanunu) bu suretle halletmiştir.

İhtilâf kuralının kanunî bir temele dayandığı hallerde, onun esas aldığı zamanın tayini, başka bir deyişle, bağlama noktası bir ülkeden diğerine geçtiği takdirde, hangi hukuk sisteminin üstün geldiği sorununun çözümü, her şeyden önce bir kanunî yorum ko-

<sup>26</sup> Bir haksız fiilin değişik zamanlarda, başka başka yerlerde ika edilmesi pekâlâ mümkündür. Nitekim, bir kimse, benim mallarımı, Fransa'da, Belçika'da ve Hollanda'da, bir başka firmaya aitmiş gibi göstererek satmayı başarabilir. Böyle bir olayda, fail, aslında müteaddit haksız fiiller işlemiş olur ki, yukardaki mülahazalar bunların her biri için vârittir.

<sup>27</sup> Bk. Wolff, *Private International Law* (2nd ed., 1950), sh. 426. Mamafih bu yazar, geçmişi kapsayıcı etkilerin kastedilmiş olması halinde, böyle bir anlaşmanın geçerliğini reddetmektedir. Bu kayıtlamanın sıhhatından kuşku duyulmalıdır. Asıl yetkili bulunan hukuk sisteminde geçmişi kapsayıcı etkiye izin verilmişse, İngiliz hukukunun böyle bir ikameyi kabul etmemesi için sebep yoktur.

<sup>28</sup> *Principes de droit international privé*, vol. i, sh. 28.



nusu olacaktır. Şu halde, vasiyetlerle ilgili 1861 tarihli kanun (**Wills Act**), İngiliz uyruklarının belirli vasiyet biçimlerinden istifade etmelerine imkân verdiğinde ortaya çıkan, kanunun, vasiyetçinin vasiyetin yapıldığı tarihte mi, yoksa, ölüm tarihinde mi İngiliz uyrukluğunda olmasını şart koştuğu sorunu, bir kanunî yorum konusudur. Bu konuda genellikle, vasiyetçinin vasiyetin yapıldığı tarihte İngiliz uyrukluğunda bulunmasının lüzumlu ve yeterli olduğu belirtilmektedir<sup>29</sup>. Ancak, sorun, İngiltere'de hiç bir zaman kesin bir karara bağlanmış değildir<sup>30</sup>. İhtilâf kuralını yaratma görevinin, İngiltere'de olağan olduğu gibi, hâkime bırakıldığı yerlerde ise, hâkimin zaman bakımından asıl olan bağlama noktasını tayin edebilmesini sağlayıcı herhangi bir ilke saptamanın imkân ve lüzumuna ilişkin bir problem ortaya çıkar.

İngiliz hâkiminin salt dogmatik bir yaklaşımdan asli bir yarar elde etmesi ihtimali burada da yok gibidir. Bunun için, öntümüzdeki problemi çözmek yolunda taraflarının baş vurdukları<sup>31</sup> ve işin garibi, İngiltere'deki en şiddetli muarızlarından bazılarınca bu problemin çözümünde kendisinden medet umulan<sup>32</sup> kazanılmış haklar kuramı, güven verici bir rehber olamaz. Verilecek kararın temelini meydana getirecek bir ilke olarak bu kuram her yerde açıkça gözden düşmüştür. Sık sık işaret edilmiş olduğu gibi, iddiayı delil sayan bu kuramın pratik bir yararı pek yoktur. İkamet ettiği Hollanda'da muteber bir vasiyetname yapan vasiyetçi, sonradan, bu vasiyetnamenin geçersiz sayıldığı Fransa'da ikamet etmekte iken ölürse, bir İngiliz hâkimi (eğer emsaller onu bu yola zorlamaz ise) vasiyetçinin, vasiyetinin sıhhati bakımından kazanılmış bir hakkı bulunduğu gerekçesiyle vasiyetnamenin geçerliğine karar veremez. Böyle bir karar, çözüme muhtaç sorunu gerekçeli olarak karara bağlandıktan çok, onu çözülmüş varsayar: Hollanda veya Fransız hukukunun böyle bir kazanılmış hak yaratmaya muktedir olduğunu, binaenaleyh, bu keyfiyetin ifade edilmesiyle, kanunlar ihtilâfı sorununun çözülebileceğini varsayar. Savigy'nin emsâlsiz ifadesiyle, kazanılmış haklar ilkesi, 'bir fasit daireye müncer olur; çünkü, hangi hakların kazanılmış haklar olduğunu bilmemiz, ancak, onla-

<sup>29</sup> Theobald, *On Wills* (11th ed. by Morris, 1954), sh. 4-5; Wolff, age., sh. 584; Graveson, *The Conflict of Laws* (2nd ed., 1952), sh. 242-243 ve diğerleri.

<sup>30</sup> Bu konuda çoğu kez zikredilen mahkeme kararları çözümlendiğinde, bunların sorunla sıkı ilgilerinin varlığı belli olmamaktadır.

<sup>31</sup> Özellikle Pillet, *Traité pratique de droit international privé* (1923) ve onun okulu. Karşıt fikir için bk. Batiffol, age., sh. 341-342 ve çok sayıda başka yazarlar.

<sup>32</sup> Bk. yuk. sh. 101, dn. 16 ve aşağı. sh. 108, dn. 46.

rın tam anlamıyla kazanıldığına, hangi mahalli kanuna göre karar vermemiz gerektiğini bildiğimiz takdirde mümkündür'.<sup>33</sup>

Burada, Devletler Hususî Hukukunun (Amerikan mahallî hukuk —*local law*— kuramı gibi) öteki genel kuramlarından çıkan sonuçları ele almanın da, İngiliz hukuku açısından, aynı derecede yararsız bulunmasına karşılık, birçoklarının katıldığı daha bu konuya özgü bir görüş ihmal edilmemek gerekir.<sup>34</sup> Mevzuatın zorunlu bütünlüğü (*unité nécessaire de la législation*) sebebiyle, mahkeme kanununun intikal hükümlerine '*conflit mobile*' (bileşik kanun ihtilâfı) probleminin çözümünde de görev düştüğü, bundan dolayı da, yeni bağlama noktasının gösterdiği kanunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Kuram kıyasa dayanmaktadır: Belirli bir olaya uygulanma yeteneği bulunan hukuk sistemi, ister, mahkemenin mensup olduğu devletin yasayıcısının doğrudan iradesiyle değişmiş olsun, ister, örneğin bir ikametgâh değişikliği dolayısıyla değişmiş olsun, meydana gelen sonuç aynı olmak gerekir. Bu surettir ki, karı-koca arasındaki kişisel ilişkiler, kocanın zaman içinde değişen kişisel kanununa tâbidir. Batiffol'un sözleriyle<sup>35</sup>:

*'La solution se fonde sur les mêmes raisons qui commandent en droit interne l'application d'une loi nouvelle aux effets de mariages contractés avant sa promulgation: le mariage est un statut légal qu'il appartient au législateur de modifier à son gré... De même, si le changement de la loi applicable procède, non d'une modification législative, mais du jeu de la règle qui attache le statut personnel à la nationalité, il n'y a aucune raison, au cas où cette nationalité change, de permettre aux époux de dénier à leur nouvelle loi personnelle le droit de régir les effets de leur mariage'\**

<sup>33</sup> A *Treatise on the Conflict of Laws* (çev. Guthrie, 1869), sh. 102-103.

<sup>34</sup> Özellikle bk. Roubier'in düşüncelerini izleyen Batiffol, age., sh. 343.

<sup>35</sup> age., sh. 467. Diğer örnekler için bk. aynı eser, sh. 411, 436, 475, 498, 509, 668, 669.

\* Çözüm yolu, yeni bir kanunun yürürlüğe girmesinden önce aktedilmiş evlenmelerin hükümlerine bu yeni kanunun uygulanmasını, iç hukukta zorunlu kılan sebeplerin aynı sebeplere dayanmaktadır: Evlenme, değişik tirilmesi yasama organının iradesine tâbi bulunan bir hukukî statüdür... Aynı biçimde, eğer yetkili kanunun değişmesi, yasamaya değgin bir değişiklikten değil de, kişisel statüyü uyrukluğa bağlayan kuralın bir gereğinden ileri geliyorsa, bu uyrukluğun değişmesi halinde, eşlerin, aralarındaki evlilik bağının hükümlerini düzenleme hususunda yeni kişisel kanunlarının taşıdığı yetkiyi inkâr etmelerine izin vermek için hiç bir sebep bulunmamaktadır.

Bu kuramın kapsamının pek fazla geniş olduğuna, esneklikten yoksun bulunduğu ve her bir ihtilâf kuralının kendine özgü mahiyet ve amacını yeterince göz önünde tutmadığına inanılmaktadır.

Sorun, dogmatik olarak çözülemez<sup>36</sup>. Çözüm yolu, her bir ihtilâf kuralının ayrıca yorumlanmasında ve gerekçesinin değerlendirilmesinde yatmaktadır. Öyle görünüyor ki, İngiliz hukukunun ruhu ile uyumlu olan ve müteaddit dâvalarda «common law»u makul sonuçlara yöneltmiş bulunan tek ölçek, Lord Reid'in başka bir vesileyle<sup>37</sup> kullandığı ifadeye baş vurmak gerekirse, 'adalet ve maslahata uygunluk dengesi'dir. Taşınır mallar üzerinde, bu malların edinildiği anda bulunduğu ülkenin hukukuna dayanılarak kazanılmış bir mülkiyet hakkının geçerli olduğu<sup>38</sup>; mülkiyetin kaybı anında buldukları ülkenin kanununa uygun biçimde gerçekleşen, taşınır mallar üzerindeki mülkiyet hakkının kaybı keyfiyetinin İngiltere'de tanınacağı<sup>39</sup>; boşanma dâvasının açıldığı andaki kocanın ikametgâhı kanununa göre verilmiş veya bu kanun tarafından tanınmış bir boşanma kararının, tarafların aslen mükim buldukları ülke hukukunun hiç bir kuralı nazara alınmaksızın hüküm ifade ettiği<sup>40</sup>; taşınır mallara tevârisün, murisin daha önce herhangi bir zamanda tâbi olmuş bulunması muhtemel ikametgâh kanunu önem taşımaksızın, kural olarak, onun ölümü anında ikamet ettiği ülkenin kanunuyla idare edildiği<sup>41</sup> ... Bütün bunlar, başka yerlerde varılan sonuçlardan temelde farklılaşmayan, fakat İngiliz hukukunun, eşyanın tabiatını, adaleti ve maslahata uygunluğu değerlendirmeye temeline dayalı, ampirik bir yoldan ulaşılmış sonuçlardır.

Yukarıdaki mülâhazalardan çıkarılabilecek tek ilke, meydana geldikleri anda kendilerine uygulanma yeteneği taşıyan bir hukuk sisteminin hükmü altında varlık kazanmış olan olay ve ilişkilerin değerlendirilmesinin ancak o hukuk sisteminin ışığında yapılabileceğidir. Yahut aynı hususu olumsuz bir ifadeyle belirtmek gerekirse, bir hukuk sistemi, mahkeme kanununun ihtilâf kuralına göre, başka bir hukuk sistemine tâbi buldukları sırada meydana gelen

<sup>36</sup> Lewald'ın [*Règles générales des conflits de lois* (1941)] bu ifadeyle mutabık kalması gerekirken, sorunun ve zorluklarının uzun bir tartışmasını yaptıktan (sh. 38-44, 94-99) sonra kesin bir sonuca varamamış olması gariptir.

<sup>37</sup> *Starkowski v. Attorney General* dâvasında, [1954] A. C. 155, sh. 172'de.

<sup>38</sup> Bk. Dicey, *Conflict of Laws* (6th ed., 1949), sh. 558.

<sup>39</sup> Aynı eser, sh. 565 vd.

<sup>40</sup> Aynı eser, sh. 368.

<sup>41</sup> Aynı eser, sh. 817.

olay ve ilişkileri idare etmemelidir. Bu yaklaşım yönteminin izlenecek yolun bulunmasında bir dereceye kadar yardımcı olacağı ve bağlama noktasındaki değişikliğin etkileri konusunda henüz açıklık kazandırılmaya muhtaç olan durumlarda tatmin edici sonuçlar sağlayacağı kabul edilir. Anılan durumları konu alan başlıca beş sorun vardır. Burada bunları ayrıntılı şekilde tartışmak için değil de, çözümlerine yönelmiş kararların dayanması lâzım gelen temel mülâhazalara işaret etmek maksadıyla kısaca gözden geçirmek gerekecektir.

(1) Evlenme sözleşmesinin yokluğu halinde, karı-kocanın birbirlerinin malları üzerindeki haklarını hangi kanunun idare etmesi gerekeceğine ilişkin çok tanınmış sorun («*quaestio famosissima*»)<sup>42</sup> başta yer alır. Tabii kocanın ikametgâhı kanununun uygulanacağını biliyoruz. Ancak, burada söz konusu olan ikametgâh, evlenmenin yapıldığı andaki ikametgâh mıdır, yoksa zaman içinde değişen ikametgâh mıdır?

Bu hususta, her biri uygulamaya konu olmuş bulunan üç ihtimal arasından bir tercih yapmak imkânı vardır. Kontinental hukuk sistemleri, hemen hemen durağan bir biçimde, kocanın, evlenmenin yapıldığı zamandaki kanununa yetki tanır, böylece de değişmezlik sistemi diye adlandırılan sistemi kabul eder<sup>43</sup>. İngiliz hukuku ise, istikrar bulmamıştır. Eski, üstelik tatmin edici olmaktan uzak *Lashley v. Hog dâvası*<sup>44</sup>, kesinlik kazanmamış bulunan ve muhtemelen eldeki konudan farklı mütalâası mümkün olan bir dâvadır<sup>45</sup>. Başlıca ders kitapları 'eski ikametgâh kanununa tebaen kazanılmış haklara ilişkin alan dışında', değişirlik doktrininden, yani, kocanın zaman içinde değişebilen ikametgâhının bulunduğu ülke kanununun uygulanmasından yanadır<sup>46</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise, taşınır mallar üzerindeki haklar, edinildikleri anda kocanın mukim bulunduğu ülkenin kanununa tâbidir; bunun sonucu, sadece ikametgâh değişikliğinden sonra edinilen taşınır mallar yeni ikamet-

<sup>42</sup> Bk. Wolff, age., sh. 360.

<sup>43</sup> Bu hususa, örneğin Almanya'da ve İsviçre'de olduğu gibi, çoğu kez, kanunlarda yer verilir. Genel olarak bk. Wolff, age. ve Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, vol. iii (1934), sh. 302 vd.

<sup>44</sup> (1804), 4 Paton 581.

<sup>45</sup> Bk. Cheshire, *Private International Law* (4th. ed., 1952), sh. 495; Westlake, *Private International Law* (7th. ed. by Bentwich, 1925), sh. 74 ve Rabel, *Conflict of Laws* (1945), vol. i, sh. 355.

<sup>46</sup> Bk. 'beklenen haklar ile kazanılmış haklar arasındaki ayırım'ı kesin addeden Dicey, age., sh. 796 ve Cheshire, age., sh. 496 vd.; ayrıca bk. Wolff, age., § 339.

gâh kanunıyla idare edilir<sup>47</sup>. Bu çözüm tarzlarından hiç biri tamamen tatmin edici değildir<sup>48</sup>.

Karı-koca, aralarında başlangıçta teessüs etmiş mal rejiminin kolaylıkla iştemesine, hukuk sistemi elverişli bulunmayan bir ülkede yaşadıkları takdirde, değişmezlik sisteminin ciddi zorluklara yol açması mukadderdir. Eğer, Fransız karı-koca İngiltere'de yaşarlar ve Fransız hukukunun «*communauté des biens*» (mal ortaklığı) rejimine, bütün hüküm ve sonuçları bakımından tâbi bulunurlar ise, gerek karı-koca, gerek onların alacaklıları, bu hususta yetkisini sürdüren Fransız kanununu, İngiliz hukukunun ve uygulamasının gereklerine uydurmanın zorluğunu göreceklerdir. Üstelik, şayet miras ölüm tarihindeki ikametgâh kanunuyla idare ediliyorsa, mal rejiminin daha önceki bir zamana ait ikametgâh kanununa tabi olacağını kabul etmek, Rabel'in işaret etmiş olduğu gibi, mantık bakımından uygun değildir, amelî bakımdan tatminkâr değildir.

İngiliz hukukunda anlaşıldığı biçimde, değişirlik sistemi de çekiçi olmaktan uzaktır. Bu görüş, 'farklı muhtevada iki sistemi aynı anda birlikte muhafaza etmenin mutazammın bulunduğu karışıklık ve işleyememe tehlikesi'ni davet eder<sup>49</sup>. Görüş, aynı zamanda, kazanılmış haklar kavramının bütün belirsizliklerini taşımaktadır. Hollanda'da mukim karı-kocanın daha sonra İngiltere'de bir ikametgâh edinmeleri halinde, aralarındaki mal ortaklığının sona erdiğini ve tasfiye sırasında her birinin mülkiyet haklarının müstakillen göz önünde tutulduğunu anlamak kolaydır. Ancak, ilkin İngiltere'de mukim karı-koca, sonradan Hollanda'da bir ikametgâh edinip, böylece de Hollanda hukukunun mal ortaklığı rejimine tabi hale geldikleri takdirde, 'karı-kocanın mallarını ortaya koyacakları' öne sürülmüştür<sup>50</sup>. Taraflardan her birinin, hiç değilse ikametgâh değişikliğinin meydana geldiği andaki varlığı ölçüsünde, kendi malları üzerinde bağımsız surette tasarruf etmek hususunda, İngiliz hukukuna göre bir hak kazanmış oldukları ileri sürülemez miydi? Yahut, Almanya'da, bir evlenme sözleşmesi yapmadan evlenen Alman karı-kocanın İngiltere'de bir ikametgâh tesis ettiklerini ve Alman hukukunda, kocanın, evliliğin devamı boyunca, karısının malvarlığından elde edilen gelir üzerinde hakkı olduğunu

<sup>47</sup> *Restatement*, § 289-293; Beale, *Conflict of Laws*, sh. 1016, 1017 ve Rabel, *age.*, vol. i, sh. 356.

<sup>48</sup> Bunun sebepleri Rabel (*age.*, vol. i, sh. 362 vd.) tarafından etraflıca tartışılmıştır.

<sup>49</sup> Rabel, *age.*, vol. i, sh. 363.

<sup>50</sup> Wolff, *age.* sh. 362.

varsayın. Bu, sadece karı-kocanın Almanya'da mukim buldukları sırada meydana gelen gelir bakımından değil, aynı zamanda İngiltere'de elde edilmekte olan gelir bakımından da varlığını sürdüren bir kazanılmış hak mıdır?

Son olarak, Amerikan çözüm yolu da ihtilâttan arınmış değildir. Bu çözüm tarzı, malların her birinin edinildiği zamanı saptama zorunluğunu doğurur. Mamafih, ortaya çıktığı hallerde bu zorluk, malların durumlarını saptamaları hususunda sık sık kendilerine baş vurulan mahkemeler tarafından normal olarak bertaraf edilebilir. Öyleyse, Amerikan sisteminin bu sakıncası, onun, gerek değişmezlik, gerek değişirlik sistemlerinde mevcut olan ve yukarıda değinilmiş bulunan sakıncalardan erkin olması gerçeği karşısında önemini kaybeder. Amerikan çözüm yolu, sakıncalardan bütünü arık değilse de, akla yatkındır. İngiliz hukuku tarafından kabul edilmeye daha elverişlidir.

(2) Boşanma dâvasının açıldığı sırada koca İngiltere'de ikamet etmekteyse, İngiliz mahkemelerinin boşanma kararını İngiliz hukukuna göre vereceğinden hiç kuşku edilemez<sup>51</sup>. Şu halde, İtalya'da mukim iki İtalyan, İtalya'da evlenip, hayatlarını orada sürdürürler de, koca, sonradan İngiltere'de bir ikametgâh edinirse, İngiliz hukukunca kabul edilen sebeplerden herhangi birine dayanarak İngiltere'de boşanma imkânı elde edebilir. Burada, yeni ikametgâh kanunu tek başına uygulanma yeteneği taşımaktadır. Karının, İtalyan hukukuna göre, evlenmenin çözümlenmezliğine ilişkin kazanılmış bir hakkı bulunduğu fikrini bertaraf etmek için, Fransa'da, Yargıtayın birinci *Ferrari* dâvasındaki ünlü kararına ihtiyaç duyulmuş olmasına karşılık, İngiltere'de, böyle bir fikir varlık bile kazanamamıştır. Bununla beraber, esasa ilişkin başka bir sorun vardır ki, daha yakından incelenmesi için Fransız Yargıtayının anılan kararının etraflıca ele alınması yararlı olabilir.

Aslen bir Fransız uyruğu olan Madame de Ferrari, 1893'de, İtalya'da mukim bir İtalyan ile evlendi. Karı-koca 1899'da ayrılmaya karar verdiler. Kadın Fransa'ya döndü ve 1913'de Fransız uyrukluğunu yeniden kazandı. İtalyan hukukuna göre verilmiş olan ayrılık kararını Fransız Medenî Kanununun 310. maddesine uygun olarak boşanma kararına dönüştürecek bir karara almak için de Fransız mahkemelerine baş vurdu. Bu müracaat reddedildi<sup>52</sup>; çünkü, dâvacı, yeniden uyrukluğa alınmasından başlayarak, ancak

<sup>51</sup> Bk. Dicey, age., sh. 216.

<sup>52</sup> Cass. Civ., 6 Temmuz 1922 (*Clunet*, 1922, sh. 714).

'Fransız kanununca konmuş kurallara uygun bulunan' ('*en se conformant aux règles édictées par la loi française*') bir karar elde edebilirdi; anılan 310. madde ise, varsayımına dayanılarak (*ex hypothesi*) verilmiş olmayan bir ayrılık kararının varlığını gerektiriyordu. Bunun üzerine kadın, Fransız hukukunda evlenmeye son veren *injures graves* (pek fena muamele) sebebine dayalı bir müracaatta bulundu. Mahkemeler bu müracaatı *in limine* (iptidaen) geri çevirmeyi reddetti. Çünkü, Fransız Yargıtayının ifadesiyle<sup>53</sup> :

*'...contrairement à la prétension du pourvoi, l'arrêt attaqué n'a pas attribué abusivement un effet rétroactif au décret de réintégration en comprenant dans l'enquête des faits accomplis entièrement à la date du-dit décret, c'est-à-dire à une époque où la dame Gensoul était placée sous l'empire de la loi italienne et, par conséquent, sous le régime de l'indissolubilité du mariage... la cause d'une action en divorce réside moins dans les faits allégués par le*

<sup>53</sup> Cass. Civ., 14 Mart 1928 (*Clunet*, 1928, sh. 382). Salt mantıksal bir görüş açısından, Fransız mahkeme kararları hiç de insicamlı değildir. Örneğin bk. Cass. Civ., 28 Haziran 1932 (*Revue de droit international privé*, 1932, sh. 687): Bu karar, Donnedieu de Vabres (*L'Évolution de la jurisprudence française* (1938), sh. 381, 487)), Batiffol (age., § 478) ve Rabel (age., vol. i, sh. 622, 623) tarafından tartışılmış olup, evlilik dışı doğan çocuğun hakları konusuna ilişkin bulunan bir karardır. Aslen Fransız uyrukluğundayken, İngiliz uyrukluğuna giren dâvacı, dâvalının kendi babası olduğuna hükmedilmesi istemiyle babalık (*recherche de la paternité*) dâvası açmıştı. Savunma, dâvaya İngiliz kanununun uygulanacağı, oysa bu kanunun böyle bir istemi doğrulamadığı yolundaydı. Dâvacının kişisel statüsü ve ehliyeti, İngiliz uyrukluğunu kazanmasından başlayarak, İngiliz hukukuna tâbi olmakla beraber, uyrukluğunun değişmesinden önce Fransız kanunu gereğince kazanmış olduğu haklarını iddia konusu yapmasının kabule değer bulunduğuna karar verildi: ('*Le Français devenant étranger... demeure néanmoins recevable à exciper des droits acquis par lui en vertu de la loi française avant son changement de nationalité*'). Yahut bk. Cass. Req., 11 Kasım 1941 (*Nouvelle revue de droit international privé*, 1943, sh. 97): Dâvalı bir Avusturya uyruğu olarak Fransa'da sâkin iken, müsrifliği dolayısıyla kendisine bir kanunî müşavir (*conseil judiciaire*) tayin edilmişti. Adı geçen, daha sonra, Amerika Birleşik Devletleri'ne giderek, 1916'da bu devlet uyrukluğuna geçmişti. 1930'da ise, Fransa'da bir akit yapmış, sonra da bu aktin müsrifliği sebebiyle kendisine bir kanunî müşavir tayin edilmiş olmasından ötürü batıl bulunduğunu bildirmişti. Bu olayla ilgili dâva sonunda, müsriflerin hukukî ehliyeti millî kanunlarına tâbi bulunduğuna göre, Amerikan uyrukluğunu kazanmış olan dâvalının, olaya Fransız kanununun uygulanma yeteneği taşıdığı iddia edemeyeceğine karar verildi: ('*La capacité légale des prodigues se rattachant à leur loi nationale, [dâvalı] devenu citoyen américain ne pouvait exciper de la loi française*').

*demandeur que dans l'atteinte profonde et permanente que ces faits ont portée au lien matrimonial en rendant la vie commune intolérable, atteinte qui ne peut être effacée que par la réconciliation*\*.

İkametgâh değişikliğinin baş vurulacak kanun yolları bakımından yeni imkânlar sağlayabildiğine ilişkin ilkenin anlaşılması kolaydır: Eski ikametgâh kanununa göre çözülmeyen bulunan bir evlenme sona erdirilebilir; eski ikametgâh kanununa göre sadece bir ayrılık kararına müncer olan, karı-kocanın evlenmeden doğan karşılıklı yükümlerine aykırı bir fiil, bir boşanma kararının dayanağı haline gelebilir. Wolff'un<sup>54</sup> verdiği bir örneği almak suretiyle; eğer, koca, Belçika'da ikamet etmekte iken evlilik birliğinin meskeni dışında zinada bulundu da, Belçika hukukunda bu fiil, boşanma için yetersiz kalmasına rağmen kocalık yükümlerine aykırı düşüyordu ise, kocanın İngiltere'de bir ikametgâh edinmesinden sonra, karısının onu İngiltere'de boşayabileceği sonucuna varmak mantıklı görünmektedir. Gerçekten bu, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasınca desteklenirmiş gibi görünen bir fikirdir<sup>55</sup>. Öte yandan, eski ikametgâh kanununa tabi olarak varlık kazanan vakıalar, karı-kocanın evlenmeden doğan karşılıklı yükümlerine aykırılık meydana getirmeyip de, hukuka uygun bulunduğu takdirde, ikametgâhın değişmesinden sonra bu vakıları farklı bir işleme tâbi tutmanın âdil olmayacağı kanısındayız. Kocanın, eski ikametgâh kanununa göre, karısının hastalık veya akıl hastalığına bağlanabilen bir davranışı aleyhine boşanma dâvası açamayacağını varsayın; İngiltere'de bir ikametgâh edinmesi, onun, pek fena muamele (cruelty)

\* 'temyiz konusu karar, iddia edilenin aksine, vatandaşlığa yeniden alınma kararnamesine, bu kararnameden önceki olayları-yani, Bayan Gensoul'un İtalyan kanununa, böylece de, evliliğin çözülmeliği rejimine tâbi olduğu dönemdeki olayları-tahkiye konu yapmakla, haksız bir biçimde geçmiş kapsayıcı etki izafe etmemiştir... Bir boşanma dâvasının sebebi, dâvacının ileri sürdüğü vakıalardan çok, bunların evlilik bağını, izi, barışma ile silinmeyecek kadar devamlı ve vahim bir biçimde zedelemesinde ve böylelikle müşterek hayatın çekilmez hale gelmiş olmasındadır.'

<sup>54</sup> age., sh. 375, 376. Bilgin yazar, karşıt sonuca varır: 'Ahlâka aykırı, fakat hukuku önem taşımayan bir fiil, salt sonradan meydana gelen bir ikametgâh değişikliği dolayısıyla bir boşanma sebebi olur mu? Cevap, hayırdır.' Yazar, fiilin hukuku önemsiz olduğunu varsaymaktadır. Bu makalede öne sürülen düşünce ise, 'boşanma için yetersiz kalmasına rağmen, karı-kocanın evlenmeden doğan karşılıklı yükümlerine aykırı' olan bir fiilin, hukuka uygun olan veya hiç olmazsa zararlı sonuçları bulunmayan bir fiilden ayırt edilmesi lâzım geldiği yolundadır.

<sup>55</sup> Bk. Rabel, age., vol. i, sh. 451 vd.



kavramını İngiliz hukukunun farklı yorumlayışına<sup>56</sup> dayanarak bir boşanma hükmü elde etmesini mümkün kılmamalıdır. Haksız fiil sorumluluğuna kıyas yolu izlenmelidir. Tıpkı haksız fiil sebebiyle tazminat dâvasının, dâva konusu fiil *lex loci delicti commissi* (haksız fiilin ika edildiği yer kanunu) tarafından haksız sayılmadıkça dinlenmemesi gibi<sup>57</sup>, bir boşanma dâvası da, kocanın, ortaya çıkışları anında kendilerine uygulanma yeteneği taşıyan kişisel kanununa göre boşanma sebebi meydana getirmeyen vakıalara dayandırılmamalıdır.

(3) Üçüncü bir sorun, bir kişinin ticarî nitelik taşımayan bir akit yapma ehliyetinin varlığını tayin bakımından önemli zaman biriminin saptanmasına ilişkin bulunmaktadır<sup>58</sup>. Anglo - Amerikan ülkelerinde, galiba hiç bir zaman karara bağlanmamış olmakla beraber, bu sorun büyük tartışmaya yol açmıştır. Sorun, meydana gelmesi muhtemel ve yirmi yaşında bir kimsenin reşit sayıldığı İsviçre hukuku örnek alınarak açıklanması mümkün bulunan dört farklı olay birbirinden ayırt edilmeksizin çözülemez<sup>59</sup>.

Birinci olayda, yirmi yaşında bir İsviçreli İsviçre'de ikamet etmekte iken bir bağışlamada bulunur. Daha sonra İngiltere'de bir ikametgâh edinir. Bağışlamanın geçerli olduğunu kabul ediyoruz; çünkü, yapıldığı sırada *sui juris* (tam ehliyetli) bulunan ve sonradan (geçmiş kapsar surette) ehliyetsiz hale geldiği, bu işlem bakımından ileri sürülemiyen bir kimse tarafından yapılmıştır.

İkinci olayda, yirmi yaşında bir İsviçreli İsviçre'de ikamet etmektedir. Bu kişi İngiltere'de bir ikametgâh edinir ve bu ülkede yirmi birinci doğum gününden önce bir bağışlamada bulunur. Bağışlama geçersizdir; çünkü yapıldığı zaman bağışlayan ehliyetsizdir. Bağışlamayı ikametgâhının İsviçre'de bulunması vesilesiyle ehliyet edindiği bir sırada yapmamıştır. Bu sebeple, benzer bir dâvayı iki kararıyla<sup>60</sup> hükme bağlamak zorunda kalan Avusturya Yüksek Mahkemesinin görüşünü paylaşmak mümkün değildir. Daha önce tâbi olduğu kişisel kanuna göre *sui juris* bulunan yirmi bir yaşında bir kadın, Avusturya uyrukluğunu edindikten sonra bir po-

<sup>56</sup> Örneğin bk. *Squire v. Squire* dâvası, [1949] P. 51.

<sup>57</sup> Bk. Dicey, age., sh. 799, 800.

<sup>58</sup> Bu tartışmanın amacı yönünden, anılan türden akitler konusunda ehliyetin ikametgâh kanununa tâbi olduğu varsayılmaktadır.

<sup>59</sup> Akil hastalığı hususunda kabul edilen kıstasların farklı olduğu yerlerde de aynı sonuçlar meydana gelir.

<sup>60</sup> 9 Ağustos 1882 (*Clunet*, 1886, sh. 468) ve 29 Kasım 1900 (*Niemeyer's Zeitschrift für Internationales Recht*, 11 (1901), sh. 320) tarihli kararlar. Bu kararlara karşı bk. Frankenstein, age., vol. i, sh. 138.

lice kabul etmişti. O devirde Avusturya hukukuna göre, ehliyet ancak yirmi dört yaşında kazanılıyordu. Mahkeme, ehliyetin bir kere kazanılınca artık kaybedilmesi imkânsız bir 'kazanılmış hak' olduğuna karar verdi. Yirmi iki yaşında bir Avusturyalı, ehliyetin yirmi bir yaşında kazanıldığı Alman tâbiyetine girip, sonra da bir akit yapmış olsaydı, mahkeme, ehliyetsizlik durumunun devamı hususunda, Avusturya hukukuna göre bir 'kazanılmış hakkın var olduğuna hükmedecek miydi?

Üçüncü olayda, yirmi yaşında bir İngiliz, İngiltere'de mukim iken, orada bir bağışlama yapar ve daha sonra İsviçre'de bir ikametgâh edinir. Bağışlama geçersizdir.

Dördüncü olayda yirmi yaşında bir İngiliz, İsviçre'de bir ikametgâh edindikten sonra o ülkede bir bağışlamada bulunur. Bağışlama geçerlidir.

Kısacası, problemin çözümü, ehliyetin varlığı veya yokluğu hususunun boşlukta durmadığı gerçeğine dayanmaktadır; tam karşıtı, bu husus, ele alınan her işleme ve o işlemin ilişkin bulunduğu zamana izafe olunmalıdır. Şu halde, bağışlayanın, ikametgâh değişikliğinin bir sonucu olarak, ehliyet kazanıp kazanmadığını veya 'eski kanununa göre erişmiş bulunduğu rüştünü [veya ehliyetini] sürdürüp sürdürmediğini' sormakta bir yarar yoktur<sup>61</sup>. İkametgâhın değişmesi, bağışlayanın gelecekteki işlemler bakımından yeni kanununa tabi olacağı anlamını taşır ve böyle bir değişikliğin önceden mevcut bir sakatlığı düzeltememesi veya daha önce geçerli olarak yapılmış bir işlemi geçersiz kılamaması gerekir. Varılan bu kanı, kazanılmış haklar doktrininin veya kişisel statünün bir hakkı mı, hakların bir kaynağı mı, yoksa bir yetki mi olduğu sorunundan<sup>62</sup> bağımsızdır. Çözümü destekleyen, sonucun âdilliği ve yeterliğidir.

Küçük tarafından yapılmış bir akdin, ikametgâh değişikliğinin bir sonucu olarak, icazete elverişli hale gelip gelmeyeceği veya hangi şartlar altında icazete elverişli hale geleceği konusu, ayrıca ele alınması gereken farklı bir konudur. Yukarıda sunulan üçüncü olayda, bağışlayanı *sui juris* kılan ikametgâh değişikliğinin, bir küçüğün yaptığı akte, onun yirmi bir yaşına basmasından sonra geçerlik kazandırmak için, İngiliz hukukunda verilmesi lâzım gelen ica-

<sup>61</sup> Bk. Wolff, age., sh. 286; Rabel, age., vol. i, sh. 147, 148.

<sup>62</sup> Kara Avrupası'nda konuya ilişkin kararlar, çoğu kez, bu tür soruların cevabına dayandırılmıştır. Bunun kabulü imkânsız bir yaklaşım yöntemi olduğuna inanılmaktadır.

zeti, başlı başına intaç etmediğine inanılır. Bağışlama, ancak, bağışlayan, İsviçre hukukuna göre rüştüne eriştikten sonra, akte İsviçre hukukunca ön görülen tarzda icazet verirse sıhhat kazanır; muhtemelen bu takdirdedir ki, icazet, bağışlayanın yirmi bir yaşına basmasından önce mümkün olabilir.

(4) Dördüncü bir sorun, bir vasiyetçinin vasiyet yapma ehliyetini haiz olması lâzım gelen zamanın tayini ile ilgilidir. Vasiyetçinin vasiyet yapma ehliyetini haiz olması gereken an, vasiyetin yapıldığı tarih midir, yoksa, ölüm tarihi midir? Cevabın Lord Kingdown Kanununun (Lord Kingdown's Act) şu hükmü içine alan 3. maddesinde bulunması pekâlâ muhtemeldir :

*'...hiç bir vasiyetname veya vasiyet hükmünde başka bir belge, onu yapan kişinin sonradan ikametgâh değiştirmesi sebebiyle, kendisinden cayılmış veya geçersiz hale gelmiş sayılmıyacak veya hut onun yorumunda değişiklik yapılmayacaktır.*

3. maddenin vasiyet ehliyetiyle herhangi bir ilgisi bulunmadığı hususunda yaygın bir inanç vardır.<sup>63</sup> Aynı biçimde, bu maddeye türlü yönlerden sınırlı bir anlam verilmesi gerektiği inancı da pek yaygındır.<sup>64</sup> Ancak, söz konusu 3. maddenin gerçek anlamının, aşağıdaki ifadeye baş vurularak yeniden kaleme alınması suretiyle açığa çıktığını öne sürmek, pek de gayri mâkul görünmemektedir.

'Bir vasiyetnamenin veya vasiyet hükmünde başka bir belgenin geçerliği, yorumu ve ondan cayma, vasiyetnamenin veya belgenin yapıldığı veya ondan cayıldığı anda vasiyetçinin mukim bulunduğu ülkenin kanunuyla idare edilecektir.'

Üçüncü madde böyle yorumlandığında, bütün ihtilâf kuralları gibi, hem yabancılara, hem İngiliz uyruklarına uygulanma yeteneği taşıyan ve (dogmatik bir görüş açısına karşılık<sup>65</sup>) yasamaya değ-

<sup>63</sup> Özellikle Dicey (age., sh. 842) ve Westlake (age., sh. 122); bu görüşe karşılık bk. Wolff, age., sh. 581, 582, 588 ve Graveson, age. (2. baskı), sh. 240.

<sup>64</sup> Diğerleri arasında bk. Dicey, age., sh. 839 vd. Dicey tarafından öne sürülen kayıtlardan birisi 3. maddenin vasiyetin aslı şartları bakımından geçerliği yönünde genişletilmemesi gerektiği, çünkü bu hususun 'vasiyetçinin ölümü anındaki ikametgâhı kanununca düzenlendiği ve yasayıcının esas itibariyle biçim sorunlarıyla ilgili bir kanunda bu kurah değiştirme maksadı gütmemesinin muhtemel bulunmadığı'dır. Bu düşünce, pek ikna edici değildir; çünkü, esas itibariyle biçim sorunlarıyla ilgili bulunan aynı kanunda yasayıcı, vasiyetnamenin yorumu ile de ilgilenmiştir.

<sup>65</sup> Vasiyetnamenin aslı şartlar bakımından geçerliğinin, yapıldığı tarihteki ikametgâh kanunuyla idare edilmesi hususu ilkeye aykırıymış gibi görünebilir; ancak, bu başka ülkelerde yasayıcıların kanunlarda yer verdiği bir

gin bir görüş açısından pekâlâ çekici gelebilen bir ihtilâf kuralını içine almış olur.

Bununla beraber, eğer 3. madde ehliyet ile ilgilenmiyorsa, kesin emsâlin de yokluğu halinde yukardaki soru, genel ilkelere ve akli selime uygun şekilde cevaplandırılmalıdır. Yazarların bu konudaki fikirleri kesinlikle bölünmüştür. Bir yandan, İngiliz hukukundaki telâkkilere uymak gerektiği hususunda ısrar edilmektedir: Madem ki, İngiliz hukukunda bir vasiyetname vasiyetçinin sonradan akıl hastalığına yakalanmasıyla geçersiz hale gelmez veya akıl hastası olan bir vasiyetçinin vasiyetnamesi, daha sonra onun akli sağlığına kavuşmasıyla geçerlik kazanmaz, öyleyse, vasiyetnamenin yapıldığı tarih üstün tutulmalıdır.<sup>66</sup> Öbür yanda, bir vasiyetnamenin geçerliğini son ikametgâh kanununa tâbi kılan kuralın ehliyeti de kapsaması gerektiği belirtilir<sup>67</sup>. Amelî bir görüş açısından, son ikametgâh kanunu lehinde bir karara varmak, belki de şayanı tercihtir; çünkü, tek bir hukuk sisteminin uygulanmasına yarar ve böylece de ehliyet sorunu ile vasiyetin diğer aslî şartları bakımından geçerliği sorununun başka başka kanunlara tâbi olmasını gereksiz kılar<sup>68</sup>. Amerika Birleşik Devletleri<sup>69</sup> ile Fransa'da<sup>70</sup> görünüşe göre kabul edilen görüş bu olmakla beraber, bizce, sağlar arasındaki işlemler konusunda olduğu (bk. yuk. alt bölüm (3)) gibi, vasiyet ehliyetinin de, vasiyetnamenin yapıldığı tarihteki ikametgâh kanunuyla idare edilmesi gerekir. Almanya'da mukim 18 yaşındaki bir kimse, Alman hukukuna göre geçerli bir vasiyetname yapar, sonra da bir küçüğün vasiyetname yapmasının imkânsız bulunduğu Fransa'da ikamet etmekteyken ölürse, onun vasiyet bırakarak öldüğü kabul edilmek gerekir. Aynı biçimde, Almanya'da ikamet eden yirmi iki yaşında bir kimsenin yaptığı vasiyet, bu kimsenin, daha sonra, yirmi beş yaşından küçük kimsele-  
rin vasiyet yapma ehliyetinden yoksun bulunduğu Meksika'da mukim iken ölmesi halinde bile, hüküm ifade eder. Meksika'da ika-

kuraldır: Örneğin bk. (her ne kadar ikametgâh yerine tâbiyeti esas alıyorsa da) Alman Medenî Kanununa Giriş Kanununun 24 üncü maddesi.

<sup>66</sup> Bk. Dicey, age., sh. 819; Cheshire, age., sh. 520 (ve her iki eserde zikredilen diğer kaynaklar.). Bu görüş, Roubier'in kuramını hatırlatır: Bk. yuk. sh. 106, dn. 34.

<sup>67</sup> Diğerleri arasında bk. Westlake, age., sh. 122; Graveson, age., sh. 240 (şu kadar ki, bu yazar, aklın açıkca karşıt görüşten yana olacağı fikrindedir).

<sup>68</sup> Bir vasiyetnamenin biçime ve öze ilişkin geçerliği, ilke olarak, son ikametgâh kanunuyla idare ediliyor ise, ehliyet sorunu için de aynı çözümü önermekte ters gelen bir yan yoktur.

<sup>69</sup> Bk. *Restatement*, § 306 ve Beale, age., sh. 1035.

<sup>70</sup> Bk. Batiffol, age., sh. 668.

met ettiği sırada, on sekiz yaşında iken bir vasiyetname yapan kişi sonra Almanya'da ikamet ediyor iken öldüğü takdirde ise, bu vasiyetname geçersiz kabul edilmek lâzım gelir. Ölüm tarihini esas alanlar, bunların karşısı sonuçlara varacaklardı. Şu halde, problemin, çözüm tarzlarından hangisi benimsenirse benimsensin, sadece çekinilerek değil, bir parça da ılımla kabul edilmek gerektiği besbellidir.

(5) Geriye, bir ikametgâh değişikliğinin, evlenmeden başka suretle vasiyetnameden cayma üzerindeki etkisini, bu hususun da Lord Kingsdown Kanununun 3. maddesinde düzenlenmediğini varsayarak<sup>71</sup>, ele almak kalıyor.

Bir vasiyetnameden, vasiyetçinin cayma anındaki ikametgâhı kanununa göre cayıldığı takdirde, bu kanun bakımından cayma sonucunu doğuran fiilin son ikametgâh kanununa göre aynı sonucu doğurmamasının önemi bulunmamak gerekir. Yeni ikametgâh edildiği zaman, cayma, artık sonu alınmış bir vakıa teşkil etmektedir ve gerçekte, yeni ikametgâh kanununun üzerinde etki meydana getireceği herhangi bir vasiyet belgesi mevcut değildir.

Vasiyetçinin fiilde bulunduğu sırada ikâmet ettiği ülkenin kanununa göre vasiyetnameden cayma sonucu doğurmayan, fakat son ikametgâhı kanununa göre bu sonuca yol açan bir fiilin söz konusu olması halinde, daha zor bir sorun ortaya çıkar. Bu durumda, vasiyetnameden cayılmadığını kabul ediyoruz. Fiilin asıl yapıldığı sırada hukuken bir cayma söz konusu değildir. Vasiyetçinin fiilinin hukuken vasiyetnameden cayma sonucunu doğurmasının mümkün olduğu zaman ise, gerçekte böyle bir fiilde bulunulmamıştır. Bir fiilin hukukî etkilerini, yapıldığı anda, o fiile uygulanma yeteneği taşıyandan başka bir hukuk sistemi açısından değerlendirmek doğru görünmemektedir.

Öne sürülen bu düşünceler İngiltere'de üstün gelen görüşlerle uyum içindedir<sup>72</sup>; oysa, Amerikan *Restatement*'ına<sup>73</sup> ve Amerikan uygulamasına<sup>74</sup> karşı düşer. Amerika'da bu konuda emsâl meydana getiren karar<sup>75</sup>, Washington eyaletinin hukukunda yer alan, boşanmanın vasiyetten cayma sonucunu doğurduğuna değgin sağlık-

<sup>71</sup> Dicey (age., sh. 841) tarafından gösterilen sebeplerden dolayı, bu varsayım tamamen doğrulanmış gibi gözüküyor.

<sup>72</sup> Bk. Cheshire, age., sh. 542, 543; Dicey, age., sh. 835, 836.

<sup>73</sup> *Restatement*, § 307.

<sup>74</sup> Beale, age., sh. 1037.

<sup>75</sup> *Re Patterson* (1924), 64 Cal. App. 643, 222, P. 374.

lı hükümle ilgili bulunmaktadır. Kaliforniya hukukunda böyle bir kural mevcut değildir. Kaliforniya mahkemesi, Washington'da ikamet ettiği sırada o eyâlette boşanıp da, Kaliforniya'da mukim iken ölen kocanın vasiyetnamesinin geçerli sayılması gerektiğine karar vermiştir. Stumberg'in<sup>76</sup> dediği gibi :

'...vasiyet niteliğindeki tasarrufların vasiyetçinin ölümüne kadar hiç bir hukukî etkisi olmadığına göre, taşınır mallara ilişkin bir vasiyetnameden cayma sorununu [ölüm zamanındaki ikametgâh kanununa] göndermek yeterince makul görünür. Ancak, eğer vasiyetname, vasiyetçinin cayma anındaki ikametgâhı kanununa uygun olarak geri alınmışsa, bu, anılan belgenin vasiyetname olma gücünden yoksun kılınması gibi bir sonuç meydana getirdiğinden, bu durumda cayma olayının etkisinin, vasiyetçinin, olayın meydana geldiği andaki ikametgâhı kanununa baş vurularak saptanması gerektiği de aynı derecede mantika uygun kabul edilebilir.'

#### IV

İngiliz ihtilâf kuralından, kendi muhtevasında veya bağlama noktasının özünde ya da ilişkiyi bağladığı yerde değil de, bağlama noktasının gösterdiği ülkenin maddî hukukunda bir değişikliğin meydana gelmesi halinde, bu değişikliğin etkilerini düzenlemesi beklenmez. Nitekim, 1926 tarihli Sahih Neseb Kanunu m. 8/I, evlenmeyle nesebin tashihine, 'bu kanunun yürürlüğe girmesi veya evlenme tarihinden hangisi daha sonra ise, o tarihten başlayarak' etki izafe etmek ve bu hususta yetkili kanun olarak, babanın 'evlenme anında'ki ikametgâhı kanununu saptamak suretiyle, 'böyle bir evlenmeyle evlilik dışında doğan kişinin nesebinin tashih' edilip edilmediği sorusunun cevabını o kanuna bırakır.

Oysa, *lex domicilii*'nin (ikametgâh kanunu) maddî hukuka ilişkin hükümleri değişikliğe uğrayabilir: Evlenme aktinden sonraki bir tarihte, evlenmeyle nesebin tashihini (*legitimatio per subsequens matrimonium*) kabul eden bir kanun çıkarılabilir ve bu yeni kanun geçmişi kapsayıcı etki taşıyabilir veya taşımayabilir; yahut, bu durumun karşıtı olarak, nesebin tashihi, evlenme tarihinde mümkündür de, bu imkâmı veren hüküm, daha sonra, geçmişte kapsar surette veya geçmişi kapsamaksızın yürürlükten kaldırılabilir.

<sup>76</sup> *Conflict of Laws* (1937), sh. 391, 392, 394.

İngiliz ihtilâf kuralının, bir kişinin belirli bir anda ikamet ettiği ülkenin kanununa yetki vermesi, bu kanunu o andaki muhtevasıyla yetkili kılması demek değildir. Ortada birbirinden büsbütün farklı iki husus bulunmaktadır. Bunların her ikisi veyahut yalnız biri değişikliğe konu olabilir; birinin değişikliğe uğraması, diğeri bakımından bir değişikliği gerektirmez. Hukukî ilişkiyi bir yere bağlamak ve bu amaçla bir dizi muhtelif bağlama noktasından birini seçmek, ihtilâf kuralının görevidir; ancak, bu görevin gereği bir kere yerine getirildikten sonra, böylece yetkili kılman ülke, kendi hukukunun, intikal hükümleri de dahil, zaman içinde değişen muhtevasının uygulanma imkânını kendisi saptar.

Belirsiz ifadeler bu farkların çoğu kez gözden kaçmasına sebep olur. Mirasın müteveffanın ölümü tarihindeki ikametgâhı kanunuyla idare edildiği yolundaki ifadede, 'ölüm tarihindeki' sözü, kanunu değil, ikametgâhı göstermektedir. Biraz karışık olmakla beraber doğru ifade tarzı, mirasın, müteveffanın ölümü zamanında mukim bulunduğu ülke ve o ülkenin kendi hukuk sistemine göre soruna uygulanma yeteneği taşıyan kanunları tarafından düzenlendiğidir. Kısacası, ihtilâf kuralında *lex causae*'ye tanınan yetki, *lex causae*'nin intikal hükümlerine tanınan yetkiyi de içine alır. Bir Alman, 1939 yılında Almanya'da ikamet ederken ölüp de, 1899 yılında yapılmış bir vasiyetname bıraktığı takdirde, İngiliz ihtilâf kuralı, vasiyetnamenin geçerliğini tayin hususunda, vasiyetçinin ölümü tarihindeki ikametgâhının kanunu olarak Alman kanununa yetki tanır. Alman hukukunda vasiyetnamenin geçerliği, yapıldığı zaman, yani örneğimizde Alman Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1900'den önceki bir tarihte, kendisine uygulanma yeteneği bulunan kanuna tâbidir. Binaenaleyh, İngiliz hâkimi, olaya uygulanması uygun düşen 1900 yılından önceye ait kanunu uygulamak zorundadır. Aynı şekilde, eğer vasiyetname 1935'de yapıldı da, ölümün meydana geldiği 1939 yılında yürürlükte bulunan ve vasiyetnamenin geçersizliğini gerektiren Alman kanunu 1949'da geçmişi kapsayarak yürürlükten kaldırıldı ise, 1954 yılında bu vasiyetname ile ilgili bir dâvaya bakan hâkim, vasiyetnamenin geçerli olduğuna karar vermelidir: Vasiyetnamenin geçerliğinin, İngiliz ihtilâf kuralına göre, vasiyetçinin 1939 yılında mukim bulunduğu ülkenin kanununa tâbi olduğunu belirtmek abes (*nihil ad rem*) olur. İnceleme, hukukî ilişkinin bir yere bağlanması evresini geride bırakmıştır. İlişkinin bağlandığı yerdeki kanun (yer değil) değiştiği takdirde, soruna uygulanacak kanunu tayinle ilgili apayrı bir konuya yönelmiştir. *Lex causae* olarak Alman kanununa baş vurma-

sı gereken İngiliz hâkimi, bu kanunu intikal hükümleriyle birlikte bir bütün olarak<sup>77</sup> uygulamalıdır<sup>78</sup>.

İmdi, eğer, *lex causae*'nin intikal hükümlerinin İngiltere'de itibar görmesi gerektiği ve İngiliz ihtilâf kuralının bir bağlama noktasını belirli bir zaman birimine izafeten esas almasının, anılan hükümlerin uygulanmasını engellemediği, hattâ etkilemediği ilke olarak kabul ediliyorsa, bu hususun emsâl kararlarının ışığında değerlendirilmesi lâzım gelir. Maalesef, bu kararların hepsi, İstinaf Mahkemesinin, *Re Chesterman's Trusts* dâvasında verdiği karar<sup>79</sup> kadar açık anlamlı değildir. Anılan karara göre, bir akit, kendisine uygulanması gereken kanunun 'zaman içinde değişen haline' tâbidir.

*Lynch v. Paraguay Provisional Government* dâvasında<sup>80</sup>, vasiyetçi, 1 Mart 1870'de, Paraguay'da ikamet etmekteyken ölmüştü. Bu ülkede, 4 Mayıs 1870'de çıkarılan bir kararnameyle adı geçen mallarına el konmuştu. Söz konusu kararnamenin meydana getirdiği etki dolayısıyla, 'Paraguay'ın yürürlükteki hukukuna göre, [vasiyetçiye ait] hiç bir vasiyetname, İngiltere'de veya başka bir yerde mahkeme onayına elverişli veya herhangi bir suretle geçerli değil' idi<sup>81</sup>. Buna rağmen, söz konusu vasiyetname İngiltere'de mah-

<sup>77</sup> Karş. İngiliz hukukunun atf sorununu ele alış tarzı: Yabancı ülkede dâvayı gören hâkimin uygulayacak olduğu kanuna yetki tanır.

<sup>78</sup> Bu, Kara Avrupası'nda üstün gelen görüştür. Fransa için ilerde zikredilecek kararlardan ayrı olarak bk. ezcümle Batiffol, age., sh. 356 ve Arminjon, age., sh. 299. Almanya için özellikle bk. Melchior, age., sh. 68 vd. (ve hepsi konuyla gerçekten ilgili bulunmamakla beraber orada anılan bazı mahkeme kararları). Makalemizde belirttiğimiz görüşü destekleyen açık bir örnek, Berlin İstinaf Mahkemesinin şaşkınlık verecek derecede girift olaylarla ilgili 10 Aralık 1934 tarihli kararıdır (*IPRspr.* 1934, 96). Farklı bir yaklaşım için bk. kazanılmış hakların korunması zorunluğundan hareketle, sonu alınmış, beklenen ve devam eden vakıalar arasında ayırım yapan Frankenstein, age., vol. i, sh. 131 vd.; yazarın konuyu sunuşu aydınlatıcı bulunacaktır. Bir başka görüş de, Neumeyer tarafından öne sürülmüştür: *Internationales Verwaltungsrecht*, vol. iv, sh. 289; Lewald (age., sh. 112-119), bu yazara katılır: «Asıl sorun, *lex fori* tarafından saptanan vakıalar bütününe izafeten, yine *lex fori*'nin tayin ettiği zaman birimi içinde yabancı ülkede hangi maddî hukukun yürürlükte olduğudur.' İsviçre için bk. Niederer (yukarıda sh. 97, dn. 1'de anılan eser), sh. 361.

<sup>79</sup> [1923] 2. Ch. 466, (sh. 478, İstinaf Mahkemesi hâkimi Lord Sterndale).  
<sup>80</sup> (1871), L.R., 2 P. and D. 268.

<sup>81</sup> İddia ve savunmanın sunulduğu [L.R. 2 P. and D.] sh. 268'de. Paraguay kanununun gerçekten vasiyetnameyi geçmişe kapsayarak geçersiz kılan etki taşıyıp taşımadığı kesinlikle belli değildir (Bk. [aynı kaynak] sh. 269'daki (*Solicitor-General*) Sör j.D. Coleridge, Q.C. nin iddiası). Eğer böy-



keme onayma elverişli görüldü. Dâvaya bakan Lord Penzance, İngiliz hukukunun, bir vasiyetin geçerliğini, vasiyetçinin ölümü tarihindeki ikâmetgâhı kanununa göre saptayan ilkesine atıfta bulunarak şöyle devam etti<sup>82</sup>:

' [İngiliz hukuku] bu kanunu ölüm zamanında yürürlükte bulunan haliyle mi kabul eder, yoksa yabancı ülkenin yasama organının onda yapması muhtemel bütün geçmişi kapsayan değişiklikleri kabul edip, uygulamayı mı üzerine alır?'

Soruyu son şıktaki gibi cevaplandırmak, kendisine 'hem maslahata aykırı, hem gayri âdil' görüldüğünden<sup>83</sup>, Lord Penzance, vasiyetnamenin geçerliği lehine hükmetti. Bizzat Lord Penzance'ın sorusu, bu konudaki karışıklığı açıkca ortaya koyar. İngiliz Kanunlar İhtilâfı, yabancı kanunu, 'ölüm zamanında yürürlükte bulunan haliyle' yetkili kabul edip etmediği hakkında bir şey söylemez. Yabancı bir ülkenin kanununa yetki tanır ve o kanunun ölüm anında hangi muhteva ile yürürlükte bulunduğunu tayin keyfiyetini yine ona bırakır. Lord Penzance'ın vasiyetin geçerliği lehine hükmetmek eğilimine katılmak mümkündür<sup>84</sup>. Başka bir yoldan varıldığı takdirde, bu sonucun tasvibe değer olmasına karşılık, Lord Penzance tarafından gösterilen başlıca gerekçe muknâ değildir<sup>85</sup>.

*Re Aganoor's Trusts* dâvasında<sup>86</sup>, vasiyetçi kadın, 17 Kasım 1868'de, o zamanlar Avusturya Medenî Kanununun uygulanmakta olduğu Padua'da ikamet etmekteyken ölmüş ve basitleştirerek ifade edecek olursak, İngiltere'deki belirli mallar bakımından A'yı ön mirasçı, B'yi de namzet mirasçı atamıştı. 1 Eylül 1871'de, Padua'da İtalyan Medenî Kanunu yürürlüğe girdi. Bu kanun, fevkalâde

---

le bir etki taşıyor idiyse, Fransız İhtilâfı sırasında çıkarılan ve Fransızların geçmişi kapsayan mevzuata karşı tutumlarından önemli ölçüde sorumlu bulunan ünlü «*Loi de Nivôse*» a pek benzemiş oluyordu: Bk. Planiol-Ripert-Boulanger, age., sh. 121.

<sup>82</sup> L.R. 2 P. and D. sh. 271'de.

<sup>83</sup> [L.R. 2 P. and D.], sh. 272'de.

<sup>84</sup> Sonuç, aşağıda sh. 133'de sözü edilen sebebe dayandırılmış olmalıydı. İşin sonunda Paraguay hükûmeti nasıl olsa istediği sonucu elde edemeyecekti; çünkü, İngiltere'de bulunan mallar müsadere edilemezdi.

<sup>85</sup> Mamafih, bu düşünce tarzı, hem Amerikan *Restatement*'i § 303 (c) ve Beale, hem de Lewald (bk. yuk. sh. 120, dn. 78) tarafından tasviple karşılanır. Gerçekte *Lynch* dâvası, Profesör Kahn-Freund'un [*Transactions of Grotius Society*, 39 (1954), sh. 39 vd., 45] yerinde olarak, İngiliz kamu düzeninin 'vaktinden önce billurlaşması' biçiminde betimlediği hususun belki de en önemli örneğidir.

<sup>86</sup> (1895), 64 L. J. Ch. 521.

ikameyi kaldırıyor ve vasiyet konusu mallar üzerindeki hak ve menfaatlerin A ile B arasında mutlak eşit paylar itibarıyla bölüş-türülmesini öngörüyordu. İngiliz vasiyeti tenfiz memurları, söz konu-su mallar üzerinde kimin hak sahibi olduğu hususunda talimat almak için mahkemeye başvurdular. Hâkim Romer, Lord Penzance'ı izleyerek, İngiliz hukukunun ikametgâh kanununa, 'vasiyetçi-nin ölümü zamanında yürürlükte bulunan haliyle'<sup>87</sup> yetki tanıdığı-na ve bu sebeple 1871 tarihli kanuna itibar edilmemesi gerektiğine karar verdi. Bu dâva, *Lynch* dâvasının karşıtı, *lex successionis*'in (intikal kanunu) geçmişi kapsayan bir değişikliğini konu almıyor-du. Hakkında bir karar verilmesi gereken asıl sorun, İtalyan kanu-nuna tâbi olan bir vasiyetin konusunu meydana getiren ve İngiltere'de bulunan mallar üzerindeki hak ve menfaatlerin İtalyan huku-kunca değişikliğe uğratılması imkânına ilişkin bulunuyordu. Bu so-runun neden olumlu biçimde cevaplandırılmaması gerektiğini, he-le *Lynch* dâvasında ortaya çıkan sorunla ne gibi bir müşterek yanı bulunduğunu anlamak güçtür. New York'ta, New York hukukuna uygun olarak düzenlenecek bir senetle, belirli mallar, belli kişilerin istifadesine, halefiyet yoluyla gerçekleşecek bir sıra uyarınca tah-sis edilse (**Settlement**), bu işleme konu olan mallar da İngiltere'de bulunuyor olsa, böyle bir senedin düzenlendiği tarihten sonra New York'da çıkarılan ve ne zaman yapılmış olursa olsun, anılan türden tahsislerin devam süresini 21 yıldan 18 yıla indiren kanunu, İngi-liz mahkemelerinin bu işleme uygulayacaklarından kuşku duyula-bilir mi?<sup>88</sup> Bu sebeple, *Re Aganoor's* dâvasında hâkim Romer'in hem benimsediği düşünce tarzı, hem vardığı sonuç kabul edilme-mek lâzım gelir.

Öte yandan, *lex causae*'nin intikal hükümlerinin uygulandığı iki dâva vardır ki, bunların *Lynch* dâvasıyla bağdaştırılmasının mümkün olmadığı kabul edilir. Her ikisinde de, göz önünde tutu-lan bağlama noktaları değişgen olmayıp, durağan idi ve bu nitelik-leri gereğince de, ilişkilerin belli bir yere bağlanması amacı baki-mından İngiliz ihtilâf kuralına göre önem taşıyan zaman birimini zımnen belirtiyordu. *Philips v. Eyre* dâvasında<sup>89</sup>, dâvacı, Jamaika adasında vâki bir ayaklanmayı bastırma sırasında, dâvalı Jamaika hükümeti tarafından ika edilmiş bulunan tecavüz ve haksız hapis

<sup>87</sup> 64 L. J. Ch., sh. 523'de.

<sup>88</sup> *Inter vivos* (sağlar arası) yapılan bu tür bir işlem (**Settlement**), kendisi-ne uygulanması gereken kanuna tâbidir : *Duke of Malborough v. Attorney General*, [1945] Ch. 78. Bu kural, aynı işlemin vasiyetnameyle yapılması halinde de uygulanmalıdır.

<sup>89</sup> (1870), 6 Q.B.C. 1.

sebebiyle meydana gelen zararın tazminini talep etmişti. Savunma, daha sonra Jamaika'da çıkarılan bir kanunun sonucu olarak, dâva konusu fiilin geçmişi kapsayarak hukuka uygun hale gelmiş olduğu yolundaydı. İngiliz Kanunlar İhtilâfına göre<sup>90</sup>, dâvalının sorumluluğu sorunu, esas itibariyle, iddia konusu haksız fiilin ika edildiği yer kanunuyla idare edilirdi. Bağlama noktası *locus delicti commissi*'nin (haksız fiilin ika edildiği yer) tayini bakımından ilgili zaman birimi, durumun tabii gereği, ancak iddia konusu haksız fiilin işlendiği tarih olabilirdi. Eğer, mahkeme, Jamaika kanununu haksız fiilin yapıldığı 'anda yürürlükte bulunduğu haliyle' uygulamak gibi bir zorunluluk altında olsaydı, geçmişi kapsayan kanun dikkate alınmayacaktı. Oysa, mahkeme bu kanunun etkisini tanıdı ve böylece *lex causae*'nin intikal hükümlerini uygulamış oldu. Bunu yaparken de, kendisini, İngiliz ihtilâf kuralının zımnen muhtevi bulunduğu ilgili zaman biriminin tanımıyla kayıtlı saymadı<sup>91</sup>.

*Starkowski v. Attorney General* dâvasında<sup>92</sup> sorun, 11 Şubat 1950'de Croydon'da yapılan bir evlenmenin geçerli mi, yoksa, evlenen kadının bu tarihten önce Avusturya'da evlenmiş bulunması sebebiyle batıl mı olduğu hakkındaydı. Kadın, 19 Mayıs 1945'de, Avusturya'da, o tarihte geçersiz sayılan bir biçimde evlenmişti. Kendisi ve (ilk) kocası henüz Avusturya'da sakin bulunuyorlar iken, 30 Haziran 1945'de, evlenmenin tescil suretiyle geçmişi kapsayarak geçerli hale geleceğini hüküm altına alan bir kanun yürürlüğe girdi. 1946 yılında kadın ve (ilk) kocası İngiltere'de mesken edindiler ve hemen sonra da, kadın ikametgâhını İngiltere'de tesis etti. 1947'de kadın ilk kocasından ayrıldı. 1949 yılında ise, Avusturya'da aktedilmiş olan evlenme tescil edildi; böylece, bu evlenme, 1945'den başlayarak geçerlik kazandı. Lordlar Kamarası, bu olayla ilgili dâvada, Avusturya'da yapılan evlenmenin hüküm ifade ettiğine, dolayısıyla, Croydon'da yapılmış olan evlenmenin birden çok evlilik niteliği taşıdığına karar verdi. Bu olayda, göz önünde tutulan İngiliz ihtilâf kuralı, sadece ilişkiyi belli bir yere bağlayan değil, ay-

<sup>90</sup> Mahkeme kararı, çok büyük bir ölçüde, soruna Kanunlar İhtilâfına ilişkin bir sorun olarak bakmamakta, dâva bir Britanya sömürgesini ilgilendirdiğinden İngiliz hukuku ilkelerini uygulamaktadır.

<sup>91</sup> *Lynch* dâvasına atıfta bulunulmamıştır. Mahkeme, kendini, kamu görevlilerinin ayaklanmayı bastırmak için, olağanüstü şartların gereği olarak yaptıkları hukuka aykırı işlemlerin doğurduğu cezai ve hukuki sorumluluğu ortadan kaldırmak amacıyla Jamaika'da çıkarılan kanunu uygulamak zorunda sayarak, sadece, kanunun geçmişi kapsamı sebebiyle ona itibar edilmemek gerekip gerekmediği sorunu üzerinde durdu.

<sup>92</sup> [1954] A. C. 155.

nı zamanda ilgili zaman birimini de saptayan bir bağlama noktasını esas alıyordu : İngiliz hukuku evlenmenin yapıldığı ülkeye, yani Avusturya'ya yetki tanıyordu. Lordlar Kamarası, evlenmenin yapıldığı sırada yürürlükte bulunan Avusturya Kanununu değil de, intikal hükümleriyle birlikte Avusturya hukukunu uyguladı. Dávaya bakan Lordlardan Lord Tucker ve Lord Cohen'in *Lynch* dâvasını bu dâvadan ayrı tuttukları bir gerçektir. Ancak, adı geçen Lordların görüşlerine saygı duymakla beraber belirtelim ki, yapılan ayırım yanıltıcıdır ve bu dâva sonunda verilen karar dolayısıyla *Lynch* dâvası sonunda verilen karar, sözü itibarıyla değilse bile, özü itibarıyla emsâl olma niteliğini kaybetmiştir veya öyle sayılmak gerekir. Lord Tucker, zaten ilk derece mahkemesinde hâkim Barnard<sup>93</sup> ve istinaf mahkemesinde hukuk hâkimi Somervell<sup>94</sup> tarafından yapılmış bir ayırımı kabul etmişti. Buna göre, ancak Croydon'daki evlenmenin 1949 yılında Avusturya'da yapılan tescil işleminden önce aktedilmiş olması halindeydi ki, söz konusu dâva ile *Lynch* dâvası arasında bir ilgi kurulabilirdi<sup>95</sup>. Lâkin, her iki halde de, Croydon'daki evlenmenin geçerliği sorunu, tahkikatın sadece bir hareket noktası olmaktadır. Sonucu ise, '1945'de... yapılan evlenme töreninin geçerli bir evlenme biçimi olup olmadığı'<sup>96</sup> sorusunun cevabına bağlı kalmaktadır. Üzerinde durulması gereken asıl dâva konusu sorun buydu ve *Lynch* dâvası sonunda verilen karar uyarınca, bu sorun, ancak evlenme töreninin icrası zamanında yürürlükte bulunan kanunun ışığı altında bir sonuca bağlanabilirdi. Avusturya hukukunun, olağan sayılabilen her türlü durumda, söz konusu evlenmeye geçmiş kapsayarak geçerlik kazandırılabilirdi kabul edildiği anda, Avusturya hukukunun intikal hükümleri uygulanmış olur ve Lord Penzance'ın verdiği karardaki ilkedden ayrı düşülür. Öbür yanda, Lord Cohen'in düşüncesine<sup>97</sup> göre, *Lynch* dâvasının konusu, Lordlar Kamarasının önündeki sorundan 'öylesine uzak' idi ki, Lord Penzance'ın gözlemlerinin burada herhangi bir yardımı olamazdı. Oysa, her iki dâvada da temel soru aynıydı : Bir İngiliz mahkemesi, *lex causae*'nin intikal hükümlerini uygular mı? Lordlar Kamarası, tamamen haklı olarak, bu soruya Lord Penzance'ın cevabına karşıt düşen olumlu bir cevap vermiştir.

<sup>93</sup> [1952] 1 All E.R. 495.

<sup>94</sup> [1952] P. 302.

<sup>95</sup> [1954] A.C. 155, sh. 175'de.

<sup>96</sup> [1954] A.C., sh. 178'de Lord Cohen tarafından.

<sup>97</sup> [1954] A.C., sh. 180'de.

## V

Konuya ilişkin en önemli emsâl kararlarının<sup>98</sup> yukardaki incelemesinden ortaya çıkmaktadır ki, İngiliz Devletler Hususî Hukukunun geçmişi kapsayan yabancı mevzuata ilke olarak bir muhalefeti yoktur. Mamafih, bu ilkenin sınırlarının bulunması lüzumu da besbellidir. Geçmiş kapsayan mevzuatın öyle olağanüstü sonuçlara yol açması muhtemeldir ki, hâkimler, onun milletlerarası etkilerini sınırlama çabasına, ister istemez girişeceklerdir. Sınırı belirtecek istisnaların saptanması cidden pek zorlu bir iştir. Sorun, ne yenidir, ne de salt İngiliz hukukuna özgüdür. Şu halde, mahkemeleri, başka yerlerdekinden daha çok bu sorunla karşı karşıya kalan ve yargısal hukuku daha yakın bir incelemeye değer bulunan Fransa'dan sağlanması mümkün zengin malzemenin kılavuzluğuna başvurmak, hem doğru, hem belki de yararlı olur.

(1) Tanınmış Fransız otoritelerinin ders kitaplarında hayli haksız bir sonuca (*'un résultat suffisamment injuste'*) yol açması halinin muhtemelen ayrı tutulduğu bir kural olarak, yabancı mevzuatın geçmişi kapsamının kamu düzenine (*ordre public*) aykırı düşmediği öne sürülmektedir<sup>99</sup>. Mahkemeler uygulamasında, daha önce yaratılmış olup da, el'an varlıklarını sürdüren hakların muhtevasını veya kapsamını sadece değiştiren yabancı mevzuata itibar edilmesi gerektiği hususunda herhangi bir kuşku asla duyulmamıştır; böylelikle, yazardan devralanın edindiği telif hakkının süresini kısaltan Rus kanunu Fransa'da uygulanacaktır<sup>100</sup>. Diğer dâvalarda

<sup>98</sup> *Starkowski* dâvasında geçmişi kapsamaya ilişkin diğer bazı dâvalara atıfta bulunulmuştur; ancak, bu kararlar konuyla gerçekten ilgili görünmemektedir.

<sup>99</sup> Niboyet, *Traité de droit international privé*, vol. iii, no. 990. Aynı diyemde bk. Batiffol, age., sh. 356; Maury (aşağıda, sh. 127, dn. 104'de zikredilen makale), sh. 61 ve aynen Bartin, age., sh. 296 vd.; şu kadar ki, bu son yazar, yabancı kanunda geçmişi kapsadığına değgin açık bir ifade bulunmadığı takdirde, kanunların geçmişi kapsamazlığı ilkesinin, Fransa'da anlaşıldığı biçimiyle uygulanacağı fikrindedir.

<sup>100</sup> Sen Hukuk Mahkemesi, 20 Aralık 1929 (*Clunet*, 1930, sh. 681); aynı biçimde Aix Mahkemesi, 28 Nisan 1910 (*Clunet*, 1911, sh. 199); Paris Mahkemesi, 2 Temmuz 1954 (*Clunet*, 1955, sh. 142). Karş. Yargıtay Hukuk Dairesi, 26 Temmuz 1899 (S. 1900, I, 321) ve ayrıca bk. Cenova İstinaf Mahkemesi, 6 Mayıs 1930 (*Clunet*, 1932, sh. 224) : Bu kararda, yürürlük tarihinden önce in'ikat eden akitlere uygulanma yeteneği bulunması dolayısıyla geçmişi kapsayıcı nitelik taşıyan, zaman aşımına ilişkin yabancı bir kanunun uygulanmasının İtalyan kamu düzenine aykırı düşmediğine hükmedilmiştir.

—ki, işin garibi, bunların hepsi İspanya'da cerayan etmiş olayların sonucudur— bazı önemli kayıtlar kendini gösterir.

Bir dâvada<sup>101</sup>, Fransız Yargıtayının, dâvacının, borçlusu olan bir İspanyol şirketine karşı talep hakkının bulunup bulunmadığı sorununu karara bağlaması gerekmişti. Borçlu şirket 1868'de, dâvacı dışındaki alacaklılarıyla borçlarının tasfiyesine ilişkin bir uzlaşmaya gitmiş ve bu husustaki sözleşme, 1869 tarihli bir İspanyol kanunu tarafından geçerli kılınmıştı. Mahkeme, dâvacının, 1869'a kadar, 'şirkete karşı hiç bir takipte bulunmadığına' (*'n'avait entamé aucune poursuite contre la compagnie'*) ve 'şirkete karşı alelâde bir borçtan doğan haklardan başka her hangi bir hak kazanmadığına' (*'n'avait acquis contre la compagnie défenderesse d'autres droits que ceux d'une obligation ordinaire'*), böylelikle (*'ainsi'*), söz konusu sözleşmenin 'kanunların geçmişi kapsamazlığı ilkesini zedelemeksizin' (*'sans blesser le principe de la nonrétroactivité des lois'*) geçerli hale gelebileceğine işaret etti. Öyle görünüyor ki, bu kararın dayandığı gerekçe, akdin mueccel ve ifasının reddedilmiş olmasıdır.

Uzun bir zaman sonra Fransız Yargıtayı<sup>102</sup>, bir kimsenin mallarının İspanya'da hukuka aykırı biçimde müsadere edilmesi ve malların Fransa'ya getirilişinden sonra, İspanya'da bu müsadereye hukuki geçerlik kazandırma amacıyla bir kanun çıkartılması halinde, böyle bir kanunun Fransa'da etki meydana getirmediğine hükmetti. Çünkü, mahkemeye göre :

*'le caractère rétroactif d'une telle disposition ne saurait, au regard de la législation française, produire effet à l'encontre des droits acquis, notamment en ce qui concerne les marchandises antérieurement débarquées sur la territoire français.'*\*

1927 tarihli bir Fransız kanununa göre, yabancı uyruklu kadın, bir Fransız erkekle evlenmek suretiyle Fransız uyrukluğunu, kendi kanunu uyarınca kocasının uyrukluğunu izlemek zorundaysa kazanırdı. İspanyol uyruğu bir kadın, 1933 yılında bir Fransız erkekle evlendi. O zamanki İspanyol kanununa göre, böyle bir evlen-

<sup>101</sup> Cass. Req., 18 Ocak 1876 (S. 1876. I. 163).

<sup>102</sup> Cass. Civ., 14 Mart 1939 (*Clunet*, 1939, sh. 615 (siyah harfler yazar tarafından kullanılmıştır)) ve *Annual Digest*, 1938-40, Dâva No. 54.

\* *Böyle bir hükmün geçmişi kapsayıcı niteliği, Fransız hukuku bakımından, kazanılmış haklara, özellikle [kanundan] daha önce Fransa'ya getirilmiş olan mallara ilişkin kazanılmış haklara aykırı bir etki meydana getirmeyecektir.*

me sonucu, Fransız uyrukluğu lehine kullanılan bir seçme hakkının yokluğu halinde, karı, İspanyol uyrukluğunu muhafaza etmekteydi. 1939'da Milliyetçi İspanya Hükûmeti bu hükmü geçmişi kapsar surette yürürlükten kaldırdı ve karının kocasının uyrukluğunu izlediğine ilişkin eski bir İspanyol kanununu yeniden yürürlüğe koydu. Bu hükme dayanan kadın, Fransız uyrukluğunu talep etti. Fransız Yargıtayı<sup>103</sup> şu gerekçeyle talebi reddetti :

*'cette rétroactivité, édictée par le gouvernement espagnol, ayant une portée purement interne, ne pouvait avoir d'effets sur la combinaison, antérieurement réalisée, de la loi français avec la Constitution républicaine espagnole, seule alors applicable, ni en modifier les conséquences juridiques définitivement acquises, en exécution de la législation français.'*\*

İspanya'daki ahvalin bir sonucu olan ve alt derece mahkeme-de<sup>104</sup> karara bağlanmasına rağmen büyük tartışmaya yol açmış bulunan bir başka dâva daha anılmaya değer. Dâvacı, İspanyol uyruğu bir kadın, 1938 yılında, Barselona'da, İspanyol bir erkekle evlenmişti. Daha sonra, Fransa tarafından 1939'da tanınmış olan Milliyetçi İspanya Hükûmeti, Katolik mezhebine mensup İspanyolların evlendirme memuru önünde yapılmış olan evlenme akitlerini geçmişi kapsayarak hükümsüz olduğunu bildirdi. Kocasını Fransa'da vuku bulan bir kazada ölünce, dâvacı, tazminat talep edebilmek için, evlenmenin geçerliğini saptayan bir karar verilmesi isteminde bulundu. Mahkemece, evlenmenin geçersiz olduğuna ve 'İspanyol kanununun, İspanyol uyruklarına sert bir biçimde uygulanması [nın], hiç bir surette Fransız kamu düzenine aykırı görünme [diğine]' (*'l'application rigoureuse du droit espagnol à des*

<sup>103</sup> Cass. Civ., 24 Ekim 1949 (*Ctinet*, 1950, sh. 540 (siyah harfler yazar tarafından kullanılmıştır)); aynı diyemde Montpellier mahkemesi, 24 Mart 1941 (*Rev. Crit.*, 1947, sh. 288).

\* İspanyol hükûmeti tarafından konan ve tamamen iç hukuk bakımından bir değer taşıyan bu geçmişi kapsama, Fransız kanunu ile, o sırada tek başına yetkili İspanyol Cumhuriyeti Anayasası arasında daha önce gerçekleşmiş bulunan uyum üzerinde etkili olamayacağı gibi, Fransız kanunları uygulanarak kesinlikle elde edilmiş hukukî sonuçları da değiştiremez.

<sup>104</sup> Tulle mahkemesi, 6 Ocak 1944 (*Rev. Crit.*, 1947, sh. 304); de Lapradelle tarafından *Nouvelle revue de droit international privé*, 1944, sh. 94'de ve Maury tarafından *Festschrift für Leo Raape* (1948), sh. 53 ve devamında incelenmiştir. Ayrıca bk. Mezger ve Maury, *Matrimonios espanoles ante tribunales francescos* (Madrid, 1949) : Bu eser Valls tarafından *International Law Quarterly*, 4 (1951), sh. 143'de ve Neumayer tarafından *Rabel's Z.*, 1952, sh. 148'de çözümlenmiştir.

*ressortissants espagnols ne semble en rien contraire à l'ordre public français*) hükmedildi. Belki verildiği tarihe göre açıklanması mümkün olan kararın Fransız hukukçularını çekimser bırakmış görünmesi dikkate değer. Bir İngiliz hukukçusuna ise, bu karar, Fransız Yargıtayının itinalı ifadeleri ve bu ifadelerin *kazanılmış haklar (droits acquis)* ile *daha önce gerçekleşmiş ve kesinlikle elde edilmiş sonuçlara (conséquences antérieurement réalisées et définitivement acquises)* saygı esasına atfettiği önemle bağdaşmış gibi görünmez<sup>105</sup>.

(2) Bu tür ifadeler, İngiliz Kanunlar İhtilâfı alanında yeniden kendilerini gösterir. Bunlar, son zamanlarda, özellikle yabancı devlet veya hükümetlerin tanınmasının geçmişi kapsayan etkisiyle ilgili olarak önem kazanmıştır. Yabancı devlet veya hükümetlerin tanınmasının geçmişi kapsayan etkisi, yabancı bir devletin maddî hukukunda vâki bir değişiklik halinde ortaya çıkan problemlerden özü bakımından farklı bulunmayan problemlerin doğumuna yol açar; çünkü, tanıma, bir yabancı hukuk bütünü yerine, bir diğeri- nin konmasını gerektirebilir. Tanıma dolayısıyla söz konusu olan böyle bir ikamenin geçmişi kapsayıcı etkisi genellikle kabul edilmekle beraber, geçmişi kapsamanın sınırları burada da saptanma-

<sup>105</sup> Fransa dışındaki ülkelerde, geçmişi kapsayan mevzuatın tanınması hakkında pek az malzeme vardır. Mamafih, sorun, Alman parasının yeniden değerlendirilmesine ilişkin mevzuat bakımından söz konusu olmuştur. Bu mevzuatın geçmişi kapsayıcı etkisini, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkemeleri kamu düzeniyle bağdaşık kabul etmiş; Macar ve Hollanda Yüksek Mahkemeleri, kamu düzenine aykırı düştüğü; Mısır'daki Karma Mahkemenin İstinâf Mahkemesi ise, kazanılmış hakları ihlâl ettiği gerekçesiyle reddetmiştir: Bk. Mann, *The Legal Aspect of Money* (2 nd ed., 1953), sh. 240, dn. 3, 4 ve 5. Daha sonraki incelemelerimizin bir sonucu olarak, öyle görünür ki, adı geçen kitapta anılan Fransız Yargıtayının iki kararı söz konusu mevzuatı kamu düzeni gerekçesiyle reddetmemiştir: 14 Nisan 1934 tarihli karar, dâvacının bir Alman transfer vergisinin yeniden saptanmasından ötürü meydana gelen zararın tazminini talep etmesi ve dolayısıyla, onun lehine verilecek bir kararın 'Fransız mahkemeleri önünde, yabancı bir vergi kanununun geçmişi kapsayıcı niteliğine, Fransız uyrukları aleyhine dayanılamayacağına ilişkin ilkeyi' (*le principe en vertu duquel le caractère rétroactif d'une loi fiscale étrangère ne saurait être invoqué devant les tribunaux français à l'encontre des nationaux français*) ihlâl etmiş olacağı keyfiyetine dayanır. 19 Ekim 1938 tarihli karar, tarafların 'borcu kesinlikle sona erdiren bir ödeme' (*un paiement éteignant définitivement la dette*) kastetmeleri sebebiyle Alman kanununun bu olay bakımından yetkisinin son bulduğuna ilişkin olan alt derece mahkemelerin kararına dayanır.



ya muhtaç olarak kalmaktadır<sup>106</sup>. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir emsâl kararında, yeni bir hükûmetin tanınmasının 'onun selefi ile kendi uyruklarımız [A.B.D. uyrukları] arasında, burada [A.B.D.'de] sonuçlanmış işlemler üzerinde' herhangi bir etkisi bulunamayacağına hükmedilmişti<sup>107</sup>. Bu aşına ifade, *Gdynia Ameryka Linie v. Boguslawski* dâvası<sup>108</sup> İngiliz mahkemelerinin önüne geldiğinde etkisini az çok gösterdi. Sorun, Londra'da kurulu [o zamanki] *de jure* (hukukî) Polonya hükûmeti ile yapılmış bir akdin, Polonya'da kurulmuş olan Millî Birlik Hükûmeti *de jure* (hukuken) tanındığı zaman, geçerliğini kayıp edip etmediğine ilişkindi. Tanımının geçmişi kapsaması sebebiyle, Londra'da yapılmış akdin geçersiz olduğu iddia edilmişti. Lordlar Kamarası, bu iddiayı, başlıca, tanımının geçmişi kapsama alanının, tanımadan önce *de facto* (fiili) hükûmetin kontrolü altında bulunan hususlarla sınırlandırılması gerektiği, dolayısıyla, eski hükûmeti *de jure* tanımadan vazgeçilmesinden önce bu hükûmetin münhasıran kontrolü altında kalmış olan hususlar yönünde genişletilemeyeceği sebebine dayanarak reddetti<sup>109</sup>. Şu var ki, dâvaya ba-

<sup>106</sup> Lauterpacht'ın [*Recognition in International Law* (1947), sh. 60], tanımla ilişkisi içinde geçmişi kapsamayı 'bir maslahata uygunluk ilkesi' olarak sunması kayda değer ilginçliktedir. Bilgin yazar, bu fikrine dayanarak der ki, 'daha muknî mülâhazalarla çatıştığı hallerde, bu maslahata uygunluk ilkesini terk etmek hususunda hiç bir tereddüt söz konusu olmamıştır.' Geçmişi kapsama, mensup oldukları devletin 'yeni tanınmış yönetimin selefini bir zaman için tanımakta devam etmiş olduğu keyfiyetine haklı olarak dayanan kişilerin umdukları meşru menfaatlerini yok etme anlamına geldiği' takdirde, yukarda sözü geçen türden bir mülâhaza kendini gösterir. Bu yaklaşım yönteminin makalemizde önerilene çok benzediği görülecektir.

<sup>107</sup> *Guaranty Trust Co. v. United States* (1938), 304 U.S. 140 (italik harfler yazar tarafından kullanılmıştır).

<sup>108</sup> [1953] A. C. 11.

<sup>109</sup> *Karş. Civil Air Transport Inc. v. Central Air Transport Corporation* dâvasında [(1953) A.C. 70, sh. 93'de] Lord Simon: «Yeni bir hükûmetin, başarıya ulaşmış ayaklanmanın sonucu olarak sonradan *de jure* tanınması, sabık hükûmet tarafından yapılmış bir satım akdini bazı hallerde hükümsüz kılabılır. Şayet, sabık hükûmet, aslında kendine ait olup da, o sırada, henüz *de facto* nitelik taşıyan bir hükûmet namına hareket eden âsi güçler tarafından fiilen işgal edilmiş arazide bulunan malları satarsa, bu satış işlemi, isyancılar sonradan yenilip, eski hükûmetin mallar üzerindeki fiili hâkimiyetini yeniden tesis etmesi halinde geçerli olabilir. Lâkin, eski hükûmet, bu malları hiç bir zaman geri alamaz ise, *de facto* hükûmet de İngiliz hükûmetince *de jure* hükûmet olarak tanınırsa, sabık hükûmetten malları satın alanlar, bu tanıma olayından sonra İngiliz mahkemelerinde söz konusu satım aktinden doğan hakların sahibi olarak kabul edilmeyeceklerdir.

kan Lordlardan biri olan Lord Porter<sup>110</sup>, tanımının geçmişi kapsamının 'eski rejim sırasında *sonu alınmış* işlemleri' etkilemediği yolunda daha genel bir ifade kullanmıştı. Yine dikkate değer bir husus da, İstinaf mahkemesinde, (o zamanki) hukuk hâkimi Cohen'in<sup>111</sup>, geçmişi kapsamazlığın dar anlamda tekemmül etmiş işlemler ile sınırlandırılmasına karşı çıkmış olmasıydı. Cohen, 'akit müeccel olduğu takdirde farklı bir ülkenin uygulandığı' düşüncesinde değildi; ona göre, 'her iki halde de, işlemin diğer tarafı kazanılmış bir hak elde etmiş' adi.

Şurası gerçekten apaçık olmalıdır ki, İngiliz hukukunun geçmişi kapsayan yabancı mevzuata tanıyacağı etki alanının sınırları, bir işlemin 'sonuçlanmış' veya 'sonu alınmış', yahut, bir 'kazanılmış hak'ka vücut vermiş bulunup bulunmadığı biçiminde sorular sormakla saptanamaz. Uzun tarihçelerine ve evrensel sürümlerine rağmen, bu tür ifade kalıpları, yargısal karar için güvenilir birer yol gösterici değildir. Bir hakkın kazanılmış veya bir işlemin sonuçlanmış olup olmadığı sorusu kolaylıkla cevaplandırılmaz. Gerçekte, bu ifade kalıpları, sorunun zor yanını gizler, fakat gideremez. Bunlar, şimdiye kadar, hiç bir zaman, hiç bir ülkede sağlanması mümkün olmamış ek tanım ve açıklamalara muhtaçtır. Bir Amerikalı yazar<sup>112</sup> tarafından belirtilmiş olduğu gibi :

*'kazanılmış olan ve olmayan haklar arasında bir ayırma dayandığı takdirde, geçmişi kapsama sorununa ilişkin her formül, bir iddiayı kendisiyle ispatlamaya (petitio principii) müncer olur. Hâkimler, kazanılmış haklardan söz ettikleri yerlerde, bu terimi, varılan bir sonucun gerekçesini değil de, sonucun kendisini belirtmek için kullanırlar.'*

Buradaki zorluk, hukukçuların nadiren karşılaştıkları bir zorluk değildir. Kapsamlı bir hukuk ilkesini ayrıntılarıyla saptamanın imkânsızlığından ötürü, belirli bir olayın, çizginin şu ya da bu yanında mı olduğuna değgin soruyu cevaplandırmak hususunda baş vurulacak son çare, tecrübeli hukukçunun 'adalet ve maslahata uygunluk dengesi'<sup>113</sup> duyusudur. Yahut da, seçkin bir Fransız bilgini-nin belirttiği gibi, '*dans nombre de cas la solution juste est acquise par sentiment intuitif plus que par raisonnement*'<sup>114</sup>. Geçmişi kap-

<sup>110</sup> [1953] A. C. 11, sh. 30 (italik harfler yazar tarafından kullanılmıştır).

<sup>111</sup> [1951] 1 K. B. 162, sh. 177.

<sup>112</sup> Lenhoff, *Comments, Cases and Materials on Legislation*, sh. 379.

<sup>113</sup> Bk. yuk., sh. 107, dn. 37.

<sup>114</sup> [Birçok hallerde, âdil çözüm, mantıktan çok, önsezi aracılığıyla elde edilir]: Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit positif*, vol. ii,

sayan yabancı mevzuata etki tanımının gerekip gerekmediğini saptayacak olan, söze veya mantıka dayalı tartışmalar değil, olayın şartlarına göre ve daha önceki olaylardan çıkarılmış bulunan sonuçların ışığı altında, neyin doğru, neyin yanlış olduğunu gösteren sezgidir. Farklı görüş sahipleri, kuşkusuz, farklı sonuçlara varacaklardır. Hukukun bu dalında tartışmaya giren hiç bir bilgin dogmatik olmamalıdır.

İmdi, bir kere, ne kadar yanlış tanımlanmış olursa olsun, hatâ tanımlanması imkânsız bulunsun, İngiliz kamu düzeni, ötesinde geçmişi kapsayan mevzuatın varlığını duyuramayacağı vazgeçilmez bir engel olarak kalmalıdır. Bunun yanında, sonucu etkilemesi muhtemel daha özel mülâhazalardan bazılarını genel hatlarıyla ortaya koymak, belki de büsbütün imkânsız değildir.

İlkin, bu mülâhazalar, geçmişi kapsamanın birçok hallerde bir karışıklık kaynağı meydana getirmeye elverişli bulunması keyfiyetinde varlık kazanır. Geçmişi kapsama, özü bakımından, İngiliz hukukunun temel telâkkilerine ters düşmediğinden, bu konuyu içine alan sorunlarda çözümü saptayacak anahtar soru, çoğu kez, ilgili yabancı kanunun geçmişi değil de, geleceği kapsamaması halinde vicdanı sarsıp sarsmayacağı hakkında olacaktır. Bu sorunun cevabı ise, yabancı kanunun geçmişi kapsayıcı etkisine değil, muhtevasına bağlıdır.

İkinci olarak, geriye yürümenin bir varsayım, soyut mantığın bir ürünü olduğu daima hatırlanmalıdır. Dolayısıyla, bu varsayım, gerçeğin gereklerine uymak zorundadır: *Facta infecta non fieri possunt\**. İhtimal ki, bu, kendisine aykırı davranıldığında, İngiliz hukukunun yabancı kanunlar tarafından uyulmamasını hoşgörüyü karşılayamayacağı kadar kesin surette benimsediği bir adalet miyarı ihlâl edilmiş olan, genel nitelikteki ilkelerden birisidir<sup>115</sup>. «Commen law»da varlık kazanmış kurallar hiç bir zaman kapsamlı ifa-

no. 163 [Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité élémentaire de droit civile* (4th ed., 1948), sh. 110'da zikredilmiştir].

\* Gerçekler tahrif edilemez.

<sup>115</sup> Bunu ispatlamak için makalemizin konusunu aşacak genişlikte bir karşılaştırmalı araştırmaya ihtiyaç vardır. Burada, sadece, böyle bir araştırmaya yakında başkalarının girişmesi yolundaki dileğimizi belirtebiliriz. Makalemizde güdülen amaç yönünden, bu konuda Roma ve Cermen hukuklarıyla ilgili olarak şu eserlerde yapılan tartışmalara baş vurmak yeterlidir: Hellwig, *Grenzen der Rückwirkung* ve von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. ii (1), sh. 21 vd.

deler içinde ortaya konmamıştır<sup>116</sup>; ancak, bunlar aşağıdaki önerileri kuvvetle destekler. Geriye yürüme varsayımı, başlıca, vakıaların bir askı durumuna, yahut başka bir deyimle, 'muallâk ve müeccel'<sup>117</sup> bir ilişkiye yol açmış bulunması ve sonradan, bu askı durumunu *ab initio* (başlangıçtan itibaren) düzelten bir hukukî fiilin söz konusu olması halinde<sup>118</sup> etkilerini meydana getirir. Ancak, bu askı durumunu, onu ortadan kaldıran başka vakıalar izlerse, askıdaki işleme bundan sonra kanunla kazandırılan geçerlik, geçmiş kapsayıcı olsa bile, 'gerçek vakıalar' üzerinde bir etki meydana getirmesiz<sup>119</sup>. Aynı biçimde, bir işlemi sonradan geçersiz kılmanın da sınırları vardır: Bir kez geçerli surette varlık kazanmış vakıalar, olağan olarak, 'ortadan kaldırılamaz, kanun yoluyla alt üst edile-

<sup>116</sup> Bu kuralların kapsamlı surette incelenmesi girişim bekleyen başka bir konudur.

<sup>117</sup> Lord Cairns tarafından, *Re Wiltshire Iron Co. Ltd.* dâvasında (1868), 3 Ch. App. 443, sh. 447'de.

<sup>118</sup> Bu durum özellikle vekâletsiz iş görenin yapmış olduğu işlemlere iş sahibinin icazet vermesi halinde söz konusu olur: *Koenigsblatt v. Sweet* dâvası, [1923] 2 Ch. 314, sh. 325'de İstinaf hâkimi Lord Sterndale tarafından.

<sup>119</sup> *Re The Gloucester Municipal Election Petition* dâvası, [1901] 1 Q.B. 683, sh. 693'de hâkim Channel tarafından. Bu durum, örneğin, askıdaki işleme konu olan malın mülkiyetini üçüncü bir kişinin edinmesi halinde ortaya çıkar: Bk. 1948 tarihli Anonim Şirketler Kanunu (**Companies Act**), m. 227 ve yukarıda anılan *Re Wiltshire Iron Co. Ltd.* veya *Bird v. Brown* ((1850), 4 Exch. 786) veyahut yine yukarıda anılan *The Gloucester Municipal Election Petition* dâvalarında verilen kararlar. Bir başka örnek de, vekâletsiz iş görenin yapmış olduğu, deniz sigortası dışındaki sigorta sözleşmelerine, iş sahibinin, zarar meydana geldikten sonra icazet veremeyeceğine değgin kural dolayısıyla ortaya çıkmaktadır: *Grover and Grover Ltd. v. Mathews* dâvası, [1901] 2 K.B. 401. Bunun gibi, vekâletsiz iş göreni tarafından yapıldığı zâhir olan bir akte, iş sahibinin verdiği icazet, aktin diğer tarafı icabını, icazetin verildiği tarihten önce geri almışsa, akte yeniden varlık kazandırmamak lâzım gelir: *Mayor of Kidderminster v. Hardwick* dâvası (1873), L.R. 9 Exch. 13, sh. 22'de mahkeme başkanı Kelly tarafından. *Bolton Partners v. Lambert* dâvasında (1889), (41 Ch. D. 295) verilen kararın karşıt sonuca yöneldiği doğrudur; fakat, bu karar ilkeye aykırıdır, çok eleştirilmiştir, (adı geçen dâvada hâkim olarak görev görüp, karara katılmış olan) Lord Lindley tarafından, daha sonra *Fleming v. Bank of New Zealand* dâvasında ([1900] A. C. 577) üzerinde tereddütlerle durulmuş, Amerika Birleşik Devletlerinde de tasviple karşılanmamıştır. Bk. Williston, *On Contracts*, no. 278A; bu yazar, icazetin asil işlemin yapıldığı zamana doğru geriye yürümesinin varsayımsal olduğunu ve bu varsayımın âdil olmayan bir duruma yol açmaması için, sınırlandırılması gerektiğini önemle belirtmektedir.

mez<sup>120</sup>, veya bunlara geçmişî kapsayarak farklı bir mahiyet izafe olunamaz<sup>121</sup>.

(3) Şayet İngiliz mahkemelerinin kararları bu mülâhazalar açısından çözümlenecek olursa, sorunun büyük bir istikrarsızlığın ifadesi olduğu yolundaki izlenime yer vermek gerekecektir.

*Lynch* dâvasında<sup>122</sup>, vasiyetnamenin geçmişî kapsayarak geçersiz kılınması söz konusu değil idi ise, bu dâva sonunda verilen kararın burada ele alınmasına lüzum yoktur. Buna karşılık, vasiyetname, Paraguay hukukunca geçmişî kapsayarak geçersiz kılınmış bulunuyor idi ise, bu sonuç, açıkca cezaî veya müsadereye değgin nitelik taşıyan, dolayısıyla geleceği kapsamı halinde bile İngiltere'de uygulanması imkânsız olan mevzuat gereğince meydana gelmiş oluyordu.

*Phillips v. Eyre* dâvası<sup>123</sup>, daha zorlu bir dâvadır. Dâvacı adına, 'sömürge kanununun, mahiyeti itibarıyla geçmişî kapsayıcı olmasından ve daha önce kazanılmış bulunan dâva hakkını ortadan kaldırmasından ötürü tabii adalete aykırı düştüğü ve bu sebeple, ta-

<sup>120</sup> (O zamanki) hâkim Lawrence tarafından, -ehliyetsizlik sebebiyle verilen bir butlan kararıyla ilgili- *Dodworth v. Dale* dâvasında, [1936] 2 K.B. 503, sh. 519 ve bk. aynı dâva, sh. 512. Aynı hususa ilişkin diğer dâvalar arasında bk. *Eaves v. Eaves*, [1940] Ch. 109 ve *Adams v. Adams*, [1941] 1 K.B. 536. Öte yandan bk. *Newbold v. Attorney General* dâvası, [1931] P. 75.

<sup>121</sup> Nitekim, zilyetliğe tecavüz olayında, tecavüz fiilinin, ika edildiği tarihten geriye yürüyerek, daha önceki bir tarihte ika edilmiş sayıldığı hallerde, geçmişî kapsama, münhasıran dâvacının zilyetliği itibarıyla söz konusu olmakta, davalı yönünden ise, 'yapıldığı sırada hiç bir surette hukuka aykırı olmayan bir fiil, haksız bir fiil haline dönüştürmek' inkânı taşımaktadır: *Elliott v. Boynton* dâvasında, ([1924] 1 Ch. 236), hukuk hâkimi Warrington (sh. 251) ve hâkim Astbury (sh. 253). Ayrıca bk. *Wiseman v. Wiseman* dâvasında ([1953] 1 All E.R. 601) hukuk hâkimi Denning (sh. 608). Aynı fikir, *Laves v. Bennett* dâvasında ((1785), 1 Cox Eq. 167) verilen kararın koyduğu kural ile ilgili olarak da geliştirilmiştir. Önceleri bu kuralın, seçimlik hakkın kullanılmasının, aktin yapıldığı tarihe doğru geriye yürüdüğünü ifade ettiği düşünülüyordu (örneğin bk. *Lysaght v. Edwards* (1875), 2 Ch. D. 499, sh. 520'de istinaf hâkimi Sör George Jessel). Fakat, bu sonuç hâkim Fry tarafından, *Edwards v. West* dâvasında ((1878), 7 Ch. D. 858), başlıca, 'bir kişinin, geçmişî kapsayıcı surette, mallara ilişkin bir inançlı muamelenin inanılanı sıfatını edinmesinin maslahata olağanüstü aykırı düşen bir sonuç' olduğu gerekçesiyle reddedildi. İlkenin mutlak surette geçmişî kapsayıcı etkiler meydana getirmedeği görüşü, şimdi tamamen yerleşmiş durumdadır: Bk. *Re Isaacs* dâvası, [1894] 3 Ch. 506; *Re Marlay* dâvası, [1915] 2 Ch. 264; *Re Carrington* dâvası, [1932] 1 Ch. 1.

<sup>122</sup> (1871), L.R. 2 P. and D. 268; bk. yuk. sh. 120, dn. 81.

<sup>123</sup> (1870) 6 Q.B.C. 1.

bü adaletle aykırı yabancı bir kanun gibi, ülke dışı etki taşımasının mümkün olmadığı' iddia edilmişti<sup>124</sup>. Fakat mahkeme, 'geçmiş kapsayan mevzuatın genel elverişsizliği göz önüne alınmakla, onun tabii olarak veya muhakkak surette gayri âdil olduğuna hükmedilemeyeceği'ne karar verdi<sup>125</sup>. Bu dâvada, bir Britanya sömürgesi hukukunun söz konusu olması gerçeği karşısında, kamu görevlilerinin olağanüstü durumlarda yapmış oldukları hukuka aykırı işlemlere sonradan hukuka uygun nitelik kazandıran mevzuat bakımından İngiliz hukuk uygulamasının tarihçesi incelenmişti. Şu halde, dâva aslında milletlerarası unsur taşımıyordu. Gerçi dâvacı, kazanılmış bir hakkından kuşku götürmeyecek biçimde yoksun bırakılmıştı; ama, bu hakkın geçmişi kapsayarak ortadan kaldırılmasıyla, muhtemel bir 'amelî kamusal sakınca ve haksızlık'<sup>126</sup> önlenmiş oluyordu. Mahkemece varılan sonuç, tamamıyla doğru görünmektedir; çünkü, söz konusu sömürge kanunu, olağan dışı sayılamayan mevzuat bakımından kabul edilmiş sınırların bütünüyle içinde kalmakta ve geçmişi değil de, geleceği kapsamaması halinde dahi sakıncalı görülemeyecek bir mahiyet taşımaktaydı. Ancak, kamu görevlilerinin olağanüstü durumlarda yapmış oldukları hukuka aykırı işlemlere sonradan hukuka uygun nitelik kazandıran bütün yabancı kanunların İngiltere'de tanınmasının gerekip gerekmediği belli değildir. Acaba dâva konusu haksız fiil, tecavüz ve haksız hapis olmayıp da, adam öldürme olsaydı, mahkeme farklı bir görüşü benimser miydi? Yahut, söz konusu sömürge kanunu, dâvalı hükümetten, Yasama Konseyinden ve Jamaika Meclisinden geçerek kanunlaşmış olmayıp da, kendisine verilmiş yetkileri kullanmak suretiyle, dâvalı hükümetin yalnız başına çıkardığı bir kanun olsaydı, mahkemenin görüşü farklı olur muydu? Yahut da, gerçekte herhangi bir ayaklanma meydana gelmiş olmasaydı veya ayaklanmayı bastırarak yolunda alınan tedbirler gereken haddi aşıyaydı, bu, varılan sonucu etkiler miydi?<sup>127</sup> Hitler'in, 30 Haziran 1934'de, namına işlenmiş olup da, yakında meydana gelecek bir ayaklanmayı ezme amacıyla yapıldığı iddia edilen kitle halinde adam öldürmelere meşrûluk kazandırma niyetini gerçekleştirme aracı saydığı mahut kanun hatırlanacak olursa, yukardaki soruların nazikliği açıklık kazanır. Sözü geçen kanun, uygar dünyada evrensel ve

<sup>124</sup> (1870) 6 Q.B.C., sh. 23'de.

<sup>125</sup> (1870) 6 Q.B.C., sh. 27'de.

<sup>126</sup> (1870) 6 Q.B.C., sh. 27'de.

<sup>127</sup> Mahkemenin görüşüne göre, bu son hususun dâvayla ilgisi yoktu; çünkü mahkemenin işaret ettiği gibi, 'politik ve takdirî bir soruna' ilişkin bulunuyor, dolayısıyla yargısal denetimin konusu dışında kalıyordu.

haklı bir kınamaya maruz kaldı ve 'iktidarın keyfi istimâlinin'<sup>128</sup> yahut 'yaptıklarına hukuki özür bulma ihtiyacında kalan bir kimsenin kendisinden sâdır olan ve hukuka aykırı davranışlarına hukukilik kazandıran kanunun'<sup>129</sup> eşsiz örneği biçiminde tanımlandı. Hitler'in bu kanununun geleceği kapsadığı tasavvur edilirse, gerçek kıstas aydınlığa çıkar. Bu takdirde, anılan kanun, bir ayaklanma olacağından kuşku duyulduğunda, bu ayaklanmaya karışma ihtimalinin varlığı düşünülen bir kimsenin, tutuklanması veya yargılanması gerekmeksizin öldürülebileceği yolunda bir hükme yer verecekti. Böyle bir hüküm ise, milletlerarası kabule mazhar olmazdı<sup>130</sup>.

*Starkowski v. Attorney-General dâvası*<sup>131</sup> ayırımın tam sınırında duran bir dâvadır. Dâvanın geçtiği üç evrede de mahkemelelerin görüşlerinde oybirliği bulunduğu gerçeği karşısında, verilen kararlar ilgili herhangi bir tereddüt, son derece çekimlerek belirtilmek gerekir. Bir yanda, eğer Croydon'daki evlenme, Avusturya'da aktedilmiş olan evlenmeye geçerlik kazandıran Avusturya kanununun yayınlanmasından veya, her halde, Avusturya'da aktedilen evlenmenin tescilinden önce yapılmış olsaydı durumda bir değişiklik meydana gelir miydi sorusunu Lordlar Kamarası cevapsız bırakmıştır<sup>132</sup>. Bu hallerin ikisinde de, Croydon'da aktedilen evlenmenin geçerliğinin tartışmaya açık olmaması gerektiğini düşünmek doğru olur. Her iki halde de, yeni bir ilişki bütün hüküm ve sonuçlarıyla varlık kazanmış olurdu ki, artık *lex loci celebrationis* [evlenmenin yapıldığı yer kanunu] bu ilişkiyi âdilane bir surette ortadan kaldıramazdı. Aynı biçimde eğer bir İngiliz mahkemesi, Avusturya'daki tescil işleminden önce, Avusturya'da aktedilen evlenmenin butlanına karar vermiş olsaydı, daha sonraki tescil, İngiliz mahkemesinin kararının kesinliğini bertaraf edemezdi. Denebilir ki, bu sonuçlar, yalnız yukarıda belirtilen genel mülâhazalardan değil, aynı zamanda, İngiltere'nin, diğer ülkelerde benimsenen bütün fark-

<sup>128</sup> Bodenheimer, *Jurisprudence* (1940), sh. 13.

<sup>129</sup> Loewenstein, *Yale Law Journal*, 45 (1936), sh. 779 vd., sh. 811.

<sup>130</sup> Ancak, ayırt edici çizgiyi çekebilmek her zaman böylesine kolay olmayacaktır. Sorun, en sonunda bir ölçüyü takdir sorunu olacaktır.

<sup>131</sup> [1954] A. C. 155.

<sup>132</sup> Lord Morton, [1954] A. C., sh. 168'de ve Lord Cohen [aynı kaynak] sh. 182'de. Lord Tucker ([aynı kaynak] sh. 176'da), sadece, Croydon'daki evlenmenin Avusturya Kanununun çıkmasından önce aktedilmesi halinde durumda bir değişikliğin olup olmayacağına değgin soruyu cevapsız bıraktı. Lord Reid ([aynı kaynak] sh. 172'de), ihtiyaç duyulabilecek 'bazı istisnalar'dan söz ettiyse de bunların neler olduğunu açıklamadı.

lı kurallara üstün tutulacak kadar temel nitelikte sayılması zorunlu olan yasama politikasının<sup>133</sup> da bir gereğidir<sup>134</sup>. Öte yandan, aynı derecede açıktır ki, Avusturya'da yapılan evlenmenin tescil edildiği tarihte, taraflar hâlâ birarada yaşıyor olsalardı, bu evlenmenin geçmişi kapsayan geçerliği milletlerarası alanda tanınmak gerekirdi. Buraya kadar belirtilen hususlar, geçerliği tartışmalı bulunan bazı evlenmelere sonradan kesin geçerlik kazandırma amacıyla İngiltere'de çıkarılmış ve Lordlar Kamarasını hayli etkilemiş bulunan müteaddit kanunlar (**Marriage Validating Acts**) tarafından doğrulanmaktadır. Bu kadarı —ama bundan fazlası değil—, Bordeaux mahkemesinin, etkisini, Lordlar Kamarası üzerinde bir oranda göstermiş olan kararı<sup>135</sup> ile de doğrulanır. Kararın konusunu meydana getiren olayda, kadın kocasıyla, 1861'de, Meksika'da bir kilisede evlenmişti. 1860 tarihli bir Meksika kanununa göre, o ülkede yalnız medenî evlenmeler geçerliydi. 1865 yılında çıkan bir Meksika kanunu ise, dinî evlenmeleri geçmişi kapsayarak geçerli kıldı. Kocasını 1880 yılında Fransa'da ölünce, kadının miras hakkının var olup olmadığı sorunu ortaya çıktı. Mahkeme kadının lehine hüküm verdi. Bu kararda, eşlerin, 1865 yılında veya o tarihten sonra ayrı yaşadıklarına değgin bir kayıt yoktur. Tersine Bordeaux mahkemesince belirtildiği kadarıyla vakıalar, tarafların, kocanın ölümüne kadar, karı-koca olarak birlikte yaşadıklarına delâlet eder görünüştedir.

İşte bu noktada, *Starkowski* dâvasının ayırıcı özellik taşıyan, olağan dışı zorluğu dikkatleri üzerine çeker: Kadın, Avusturya'da

<sup>133</sup> Örneğin bk. İngiltere'de bulunan Yunanlıların Rum-Ortodoks Kilisesinde aktedilmiş olan evlenmelerine ilişkin 1884 tarihli kanunun (**Greek Marriage Act**) 1. ve 2. maddeleri veya İngiliz uyruklarının Japonya'da aktedilen evlenmelerinin geçerliği hakkında 1912 tarihli kanunun (**Marriage in Japan (Validity) Act**) 1. maddesi. Son anılan kanun şöyle bir hükme yer verir: 'Bu kanun, yürürlüğe girişinden önce, yetkili herhangi bir mahkemece geçersizliğine hükmedilmiş olan bir evlenme aktini geçerli kılmayacak, böyle bir evlenmenin geçerliğine veya geçersizliğine dayanan hiç bir hakkı etkilemeyecek, yahut taraflarından birisinin, sonradan, öbür tarafın hayatta olduğu süre içinde, başka bir kimseyle kanuna uygun surette evlenmiş bulunduğu bir evlenmeye geçerlik kazandırmayacaktır'.

<sup>134</sup> Kamu düzeni kurallarının 'parlamentonun temel politikasından' istihraç edilmesi lüzumu hakkında Kahn-Freund'un, *Transactions of the Grotius Society*, 39 (1954), sh. 59 vd., daki yararlı gözlemlerine bakınız.

<sup>135</sup> 5 Şubat 1883 tarihli karar (*Clunet*, 1883, sh. 621). Bartin (age., sh. 290-300), yanlış olarak, Meksika'da çıkarılan bir kararnamenin dinî evlenmeleri yeniden geçersiz kılmış olduğunu sanmaktadır. Gerçekte ise, böyle bir şey söz konusu değildir. Binaenaleyh, yazarın karara ilişkin eleştirisi, bir yanlış anlamaya dayanmaktadır.



aktedilen evlenmenin 1949'da tescilinden önce kocasını terk etmiş, ondan ayrılmış, daha doğrusu, evlilik ilişkisini sürdürmektен vazgeçmişti<sup>136</sup>. Lordlar Kamarası bu vaktayı önemli saymadı. Lord Tucker<sup>137</sup> ve Lord Asquith<sup>138</sup>, Avusturya'daki tescil işlemine kadının rıza gösterdiğine değgin hiç bir delilin var olmadığı iddiasına işaret ettiklerinde, belki de bir dereceye kadar bu hususla ilgilenmişlerdi. Adı geçen Lordlar, tescilin, tarafların iradesinden bağımsız salt idarî bir işlem olduğuna dikkati çektiler. Durum, Avusturya hukukunda kuşkusuz böyleydi ve örneğin haberleri olmasa bile evlenme geçerlik kazanabildiğine göre, tarafların rızalarının hiç bir önem taşımaması pek muhtemeldi. Ancak, bir evlenmenin yabancı bir kanun uyarınca geçerlik kazanmasının İngiltere'de kabulü hususunda dayanılacak objektif temelin, geçerliğin kazanıldığı anda varlığını sürdüren *de facto* bir evlilik olduğu ileri sürülemez miydi<sup>139</sup>? Hukukî sonuçlar doğuran ve geçmişi kapsayıcı nitelik taşıyan işlemin yapıldığı anda, varlığı fiilen son bulmuş durumlar üzerinde, geçmişi kapsama varsayımının etki meydana getirmesine izin vermemek gerekirdi. *Starkowski* dâvasında, evlenmenin *de facto* varlığı 1947'den beri son bulmuş olduğundan, onun geçmişi kapsayarak geçerlik kazanmasını milletlerarası hoşgörüye mazhar kılmak için varlığı gerekli fiilî temelin, 1949 yılında, artık böyle bir sonuç doğurmaya elvermediği yolunda bir görüşü öne sürmek mümkün idi<sup>140</sup>. Şu halde, *Starkowski* dâvasında tereddüt doğuran nokta, ne salt geçmişi kapsama keyfiyeti, ne de ilgili mevzuatın mahiyeti olmuştur. Zorluk, dâvanın özel şartlarından çıkmaktaydı; çünkü, ortada geçmişi kapsama varsayımının bağlantı kurabileceği herhangi bir vakıa yoktu. Aynı biçimde, *Utopia*'da bir taşınır mal satın alsam da, satım aktinin inikadı anında orada yürürlükte bulunan kanun uyarınca taşınırın mülkiyetini edinmiş olsam, *Utopia*'da daha sonra çıkan bir kanunun benim bu hakkımı geçmişi kapsa-

<sup>136</sup> [1954] A.C. sh. 155, sh. 157'de. Bu hususa ilişkin vakıalar hiç bir yerde tam olarak belirtilmemiştir. Dolayısıyla, kadının, kocasına, 'artık onunla bir ilgisinin bulunmasını istemediği'ni, 30 Ekim 1947'de bildirmiş olduğunun basılı tutanaktan anlaşıldığını açıklamak ilginç gelebilir. Kadın, Kitzbühel sicili tarafından gönderilen 30 Haziran 1949 tarihli bir mektupla, evli olmadığını kendisine bildirilmesi üzerine, 1949 Şubatında, Croydon'da 'yeniden evlendi'. O sırada, 18 Temmuz 1949 günü, kendisinin haberi yok iken, 1945 yılında aktedilmiş olan evlenme tescil edildi.

<sup>137</sup> [1954] A.C., sh. 176.

<sup>138</sup> [1954] A.C., sh. 177.

<sup>139</sup> Mamafih, taraflardan birisinin ölümünün evlenmenin geçmişi kapsayarak geçerlik kazanmasını zorunlu surette engellemediği kabul edilir.

<sup>140</sup> Bu yolda bir iddianın Lordlar Kamarası önüne getirildiği belli değildir.

arak geçersiz hale getirmesi mümkündür. Bu takdirde, eğer kanun yürürlüğe girdiği zaman, taşınır hâlâ Utopia'da bulunmaktaysa, mülkiyet hakkımı kaybetmiş olurum. Yok eğer, taşınır İngiltere'ye getirilmiş bulunuyorsa, Utopia kanunu, yürürlüğü zamanında yeterli fiili rabitanın var olmaması sebebiyle, beni mülkiyet hakkımdan yoksun bırakacak etkiyi göstermez. Yahut, benzetmeyi *Starkowski* dâvasına daha yaklaştırmak için, Utopia'da taşınırın mülkiyetini edinmediğimi ve onu İngiltere'ye getirdikten sonra, üzerinde mülkiyet hakkımın bulunmadığı inancıyla, aslı mâlikine geri verdiğimi varsayım. O sırada yürürlüğe giren Utopia kanunu ise, Utopia'da yaptığım akitle taşınırın mülkiyetini geçerli surette edinmediğimi kabul etsin. Bu durumda, taşınırı aslı mâlikinden geri almanın mümkün olmadığı kabul edilir. Mamafih *Starkowski* dâvasında verilen karar üzerine herhangi bir genel ilke asla tesis edilmemelidir. Özellikle, bu karar, Lordlar Kamarasının, başlangıçta geçerli olup da, sonradan geçmişi kapsayarak geçersiz kılınan bir evlenmeyle ilgili karşıt bir olay hakkında Tulle Mahkemesince verilen karar<sup>141</sup> ile aynı doğrultuda bir karar vereceği sonucunu çıkarmaya asla elverişli değildir. İngiliz mahkemeleri Portalis'in<sup>142</sup> şu uyarmasını büsbütün umursamazlıktan gelmeyecektir: '*Partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même*'.\*

Son olarak, İngiliz hukukunun, yabancı bir kanunun geçmişi kapsayan etkisini reddettiğini söylemenin mümkün olduğu tek olaydan söz etmek gerekir. *New Brunswick Rly. Co. v. British and French Trust Corporation* dâvasında<sup>143</sup> Lordlar Kamarasının verdiği karar, dâvalı Kanada şirketi tarafından çıkarılan ve muhtemelen Kanada kanununa tâbi olan tahvillere ilişkin bulunuyordu. Dâvalılar, söz konusu tahvillerin altın değeri kaydı taşıdığını inkâr etmişler ve bu sebeple tahvil borçlarını ödemekten kaçınmışlardı. Dâva İngiltere'de açıldı ve hâkim Hilbery tarafından reddedildi. İstinaf evresi henüz sonuçlanmamış iken, Kanada Parlamentosu altın kavdını kaldıran bir kanun çıkardı. Lordlar Kamarası, bu kanunun olaya uygulanmasının imkânsız olduğuna karar verdi. Bu kararda *ratio decidendi* (hükümün gerekçesi) biraz muğlaktır<sup>144</sup>. Eğer,

<sup>141</sup> Bk. yuk. sh. 127, dn. 104.

<sup>142</sup> Planiol-Ripert-Boulanger, age., sh. 121'den naklen.

\* Geçmiş kapsamının kabul edileceği her yerde, yalnız güvenlik değil, artık onun gölgesi bile bulunmayacaktır.

<sup>143</sup> [1939] A.C. 1.

<sup>144</sup> Bk. Dicey, *Conflict of Laws* (6th ed., 1949), sh. 729, dn. 33 ve Mann, age. sh. 130, dn. 3.

sözü edilen Kanada kanununun geçmişi kapsayan etkisinin zaten bulunmadığı kararına varılmış idiyse, kararın bu makale bakımından önemi kalmayacaktır. Eğer, geçmişi kapsama keyfiyeti, dâva İngiltere'de açıldıktan<sup>145</sup>, yahut ilk derece mahkemesi tarafından karara bağlandıktan sonra söz konusu oldu diye reddedilmiş idiyse, karar, bir usul sorunu konusu haline gelecek ve genel önemi pek büyük olmayacaktır. Oysa, eğer kanunun geçmişi kapsayıcı etkisi, ödemenin reddinden sonra söz konusu olduğu için kabul edilmiş idiyse, bu kararı desteklemek zordur. Borcu ödemekten kaçınıldığının bildirildiği tarihten sonra bile, Kanada kanunu olaya uygulanma yeteneğini sürdürmekte idi ve eğer bu kanun borcun miktarına geçmişi kapsayarak müdahalede bulunuyor idiyse, 1876'da Fransız Yargıtayınca İspanyol mevzuatının uygulanması gibi<sup>146</sup>, bunun da uygulanması gerekir idi. Geçmişi kapsayan kanunların uygulanmasına bazı hallerde karşı duran sebeplerden hiç birisi, varılan bu sonucu etkileyecek güçte görünmemektedir.

## VI

Böylece ortaya çıkmaktadır ki, Kanunlar İhtilâfında zaman sorunu, —uzun tarihçesine rağmen muğlak ve uygulamadaki sorunları çözüme ulaştırmak amacı bakımından pek değer taşımayan bir görüş olan— kazanılmış haklar görüşünün nüfuzu altında bulunmaktadır. Gerçi bu kavramın sınırlarının farkında olanlar, özden yoksun ifade kalıpları aracılığıyla yanıtlanamayacaklarından, onu büsbütün terk etmek ihtiyacında değillerdir; ancak, kendilerini adalet ve maslahata uygunluğun değişgen gereklerinin, her özel olayda kendilerine doğru görünenin kılavuzluğuna bırakırlarsa, daha güvenilir bir temele dayanmış olacaklardır. Miyar, yalnızca, deney ve geniş bir denkserlik duyusu aracılığıyla ortaya konabilir; mantık veya hukuk kuramı aracılığıyla değil... Aynı sebeplerdir ki, mukayeseli hukuk, hemen hemen zorunlu bir karşılıklı kontrol ve denge sistemi öngörmektedir. İşte, yukardaki tartışma boyunca varılan sonuçların doğruluğu, bu yaklaşım yöntemine göre sınanmak gerekir. Bunlar şöylece sıralanır :

1. İngiliz hukukunun bir parçasını meydana getiren ihtilâf kuralı mevzuat yoluyla değiştirildiği takdirde, daha önce varlık kazanmış olay ve ilişkilerin bu değişiklikten etkilenip etkilenmediğine, etkileniyorsa, ne ölçüde etkilendiğine karar vermek, açık kanun

<sup>145</sup> Öyle görünüyor ki, Lord Maugham'ın ([1939] A.C., sh. 24'de) görüşü budur.

<sup>146</sup> Bk. yuk., sh. 126, dn. 101.

hükümlerinin yokluğu halinde, bir kanunî yorum sorunudur. İngiliz hukukunun kanunî yorumuna ilişkin hükümleri, eski kanunu, onun yürürlükte bulunduğu sürede meydana gelmiş olay ve ilişkilere uygulama eğilimi gösterdiği alan içinde, ihtilâf kuralının herhangi bir 'kazanılmış hak' bahşetmesi ihtimali mevcut değildir. Çünkü, ihtilâf kuralının kendisi, münferit hak veya imtiyazlar yaratmaz, yahut da, bunların varlığını teyit etmez; sadece, hukukî ilişkiyi belli bir yere bağlar.

2. İngiliz ihtilâf kuralında mündemiç bağlama noktasının yendiği yer bakımından bir değişiklik söz konusu olursa, hangi ülkenin kanununun uygulanacağı sorunu, her olayın şartlarını, ilgili kuralın amaç ve maksadını, varılan sonuçların adalete ve maslahata uygunluğunu makul surette tartmak dışında bir yoldan çözüme bağlanamaz. Bununla birlikte, olay ve ilişkilerin hukukî değerlendirilmesi, hangi hukuk sistemine tabi olarak meydana geldi iseler, o hukuk sistemi göz önünde tutulmak suretiyle yapılmak gerekir.

Bu konuda İngiliz hukukunun henüz müstakar sonuçlara ulaşmamış bulunduğu hususlarda aşağıdaki çözüm yolları önerilir :

(a) Bir evlenme sözleşmesinin bulunmadığı hallerde, karı-kocanın birbirlerinin taşınır malları üzerindeki hakları, taşınır malların edinildiği andaki ikametgâh kanunuyla idare edilir.

(b) İkametgâh değişikliğinden önceye ait vakıalar, eski ikametgâh kanununa göre, karı-kocanın evlenmeden doğan karşılıklı yükümlerine bir aykırılık meydana getirmediği, yeni ikametgâh kanununa uygun bir boşanma dâvasına dayanak olamaz.

(c) Ticarî olmayan işlemler bakımından ehliyet, işlemin yapıldığı tarihteki ikametgâh kanunuyla idare edilmek gerekir.

(d) Lord Kingsdown Kanununun 3. maddesinden ayrı olarak, taşınır mallara ilişkin vasiyet yapma ehliyeti, vasiyetin yapıldığı zamandaki ikametgâh kanunuyla idare edilir.

(e) Lord Kingsdown Kanununun 3. maddesinden ayrı olarak, taşınır malları konu alan bir vasiyetten (evlenmeden başka yolla) cayma, vasiyetçinin cayma anındaki ikametgâh kanunuyla idare edilir.

3. İngiliz ihtilâf kuralının yetki tanıdığı ülkenin iç hukukunda bir değişiklik meydana gelirse, İngiliz hâkimi, ilke olarak, *lex causae*'nin intikal hükümlerini geçmiş kapsama bile uygulayacaktır.

4. Şu kadar ki, eğer *lex causae* geçmişi kapsayan mevzuatı içine alıyor da, şartlar, bu mevzuatın 'sakıncalı ve haksız'<sup>147</sup> sonuçlar meydana getirmesine elverişli bulunuyorsa, İngiliz hâkimi onu uygulamayacaktır.

Hiç bir formül, bu istisnânın söz konusu olduğu durumları ayrıntılı ve kapsamlı olarak tanımlayamaz. Buna rağmen :

(i) Geleceği kapsasa bile tanınmayacak veya uygulanmayacak olan mevzuatın tanınmasını veya uygulanmasını gerektirecek surette;

(ii) veya, önceki kanuna tâbi olarak meydana gelmiş bulunan ve askı durumunu sona erdiren bir vakıanın bertaraf edilmesine izin verir biçimde, geçmişi kapsamaya göz yummanın adalete ve maslahata genellikle aykırı düşeceği kabul olunur.

---

<sup>147</sup> Hâkim Willes'in deyimiyile (bk. yuk., sh. 134, dn. 126).

## KISALTMALAR (\*)

<b>A. C.</b>	:	Appeal Cases, English Law Reports
<b>age.</b>	:	adı geçen eser
<b>All E. R.</b>	:	All England Law Reports, Annotated (1936'dan bu yana)
<b>Annual Digest</b>	:	Annual Digest of Public International Law Cases, London
<b>Art.</b>	:	Article (madde)
<b>aşa.</b>	:	aşağıda
<b>BGHZ.</b>	:	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen [Batı Almanya Federal Mahkemesinin Hususî Hukuk alanında karara bağladığı davalara ilişkin resmî tutanaklarıdır]
<b>Bk./bk.</b>	:	Bakınız
<b>c.</b>	:	Codex Justinianus [İmparator Justinianus'un on hukukçudan kurduğu komisyon tarafından derlenen İmparator emirnameleri —M. S. 528—]
<b>c. civ.</b>	:	code civil français [Fransız Medenî Kanunu]
<b>Cal. App.</b>	:	California Appeals Reports [Kaliforniya İstinaf Mahkemesi Kararları]
<b>Cass. Civ.</b>	:	Cour de Cassation, Chambre Civil (Fransız Yargıtayı Hukuk Dairesi)
<b>Cass. Req.</b>	:	Cour de Cassation, Chambre de Requetes (Fransız Yargıtayı Dilekçeler Dairesi)
<b>Ch.</b>	:	Chancery Division, English Law Reports (1891'den bu yana)
<b>Ch. App.</b>	:	Chancery Appeals, English Law Reports (1865-1875)
<b>Ch. D.</b>	:	Chancery Division, English Law Reports (1876-1890)
<b>Clunet</b>	:	Journal du Droit International Privé (Kurucusu: Clunet)

\* Özellikle yabancı kaynaklara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmaların kolaylıkla anlaşılmasını sağlamak amacıyla, çeviren tarafından hazırlanarak eklenmiştir. Çevirenin önemli gördüğü bazı kısaltmalarda köşeli parantez içinde çok kısa açıklamalara da yer verilmiştir.

- Cox Eq.** : Cox's Equity Reports
- çev.** : çeviren
- D.** : (Recueil Dalloz) Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (Fransa)
- Dallas** : Dallas' Pennsylvania and United States Reports
- dn.** : dipnotu
- D. P.** : **bk. (D.)**
- ed.** : edition (baskı)
- éd.** : édition (baskı)
- Exch.** : Exchequer Report (Welsby, Huristone and Gordon) (1848-1856)
- Inst.** : (Coke's) Edward Coke: **Institutes of the Law of England**, 4 Cilt, [İngiltere] 1628-1644
- IPRspr.** : Internationalprivatliche Rechtsprechung [Kanunlar İhtilâfi alanında Alman mahkeme kararları derlemesi]
- J. Z.** : Juristen - Zeitung
- K. B.** : King's Bench Reports, English Law Reports
- L.** : Lex (kanun); kitap
- L. R.** : English Law Reports (1866'dan başlayarak) (İngiliz mahkemelerinde görülüp karara bağlanan dâvaların derlendiği süreli yayınlar. Ciltler halinde yayınlanmaktadır)
- L. J. Ch.** : Law Journal Reports, Chancery Division [yeni seri-1895'den bu yana]
- L. R. Exch.** : English Law Reports, Exchequer (1866-1875)
- L. R. P. and D.** : English Law Reports, Probate and Divorce (1865-1875)
- m.** : madde
- NJW.** : Neue Juristische Wochenschrift
- No. / no.** : numara
- §** : paragraf
- P.** : Probate Division, English Law Reports (1891'den bu yana)
- Paton** : Paton's Scotch Appeals (1726-1822)
- Q. B.** : Queen's Bench, English Law Reports (1891'den bu yana)
- Q. B. C.** : Queen's Bench [Court] Reports (1873'den önceki)
- Q. C.** : Queen's Counsel [İngiltere Kraliyet hukuk müşavirleri: bu kurul üyelerinin taşıdığı ünvan —Kraliyet hukuk müşaviri—]

- Rabel's Z.** : Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
- Rev. Crit.** : Revue Critique de Droit International
- S.** : (Recueil Sirey) Recueil de Jurisprudence de Sirey [1831'den bu yana, mahkeme kararları ile Fransız kanun ve kararnamelerini derleyen hukuk dergisi. 1955/56'da, aynı amaçla yayınlanmakta olan Recueil Dalloz ile birleşmiş bulunmaktadır —**bk. (D)**—]
- S. R. and Q.** : Statutory Rules and Orders [İngiltere'de çıkarılan kanun kuvvetinde tüzük ve kararnameleri derleyen resmi dergi]
- sh.** : sayfa
- U. S.** : United States Supreme Court Reports [Amerika Birleşik Devletleri Yüksek —Federal Anayasa— Mahkemesinin verdiği kararları derleyen süreli yayın.]
- v.** : versus [karşı ... —Anglo— Amerikan hukuk literatür ve belgelerinde dâvaların belirtilmesinde, dâvanın taraflarını belirtmek için: (Dâvacı) ... v. (karşı) (dâva-h) ... biçiminde kullanılmaktadır]
- vd.** : ve devamı
- vol.** : volume (cilt)
- yuk.** : yukarıda