



JOURNAL of SOCIAL and HUMANITIES SCIENCES RESEARCH (JSHSR)

Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi

Received/Makale Gelis 10.02.2022
Published /Yayınlanma 30.04.2022
Article Type/Makale Türü Research Article

Citation/Alıntı: Uğur, A. (2022). Milletlerarası özel hukukta uygulanacak hukuka kamu düzeni müdahalesi. *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 9(82), 874-881.
<http://dx.doi.org/10.26450/jshsr.3052>

Av. Dr. Aynaz UĞUR
<https://orcid.org/0000-0003-1934-1051>
İstanbul Barosu, İstanbul / TÜRKİYE

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA UYGULANACAK HUKUKA KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

PUBLIC POLICY INTERVENTION TO THE APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Issue/Sayı: 82

Volume/Cilt: 9

jshsr.org

ISSN: 2459-1149

ÖZET

Kamu düzeni müdahalesi, forum insan hakları genel ahlak ve hukuk anlayışını koruyan bir müdahaleci etkiye sahiptir. Bu amaçla vasıflandırılan olaya uygulanması tespit edilen hukukun uygulanmamasını ve gerekirse forum hukukunun uygulanmasını sağlar. Ancak kamu düzeni müdahalesi dar yorumlanarak uygulanır. Buna göre uygulanacak hukuk normunun o toplumun hukuk düzenine aykırı olması yetmez, yabancı hukukun uygulanması ile meydana gelecek sonucun forum kamu düzenine aykırı olması gerekir. Ancak o zaman kamu düzeninin müdahalesiyle uygulanacak hukuk devre dışı bırakılabilir. Kamu düzeni her ne kadar bir tanımı yapılmış da MÖHUK m. 5 ile düzenlenmiştir. Bu dar yorumu vurgulamak adına uygulanacak hukuk normunun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması aranmıştır. İç kamu düzeni ile milletlerarası özel hukuk ile kastedilen kamu düzeni birbirine karıştırılmamalıdır. İç kamu düzenine aykırılık emredici kurallara aykırılığı ifade eder ve yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Halbuki milletlerarası özel hukukta kamu düzenine aykırılık uygulanacak yabancı hukuk normunun bertaraf edilmesini sağlar. Kamu düzeni gibi müdahaleci norm olan bir diğer düzenleme de doğrudan uygulanan kurallardır. Bunlar kamu düzeninden farklı olarak ilgili alanlarda yabancı hukuk araştırılmaksızın doğrudan olaya uygulanır. Örneğin kambiyo mevzuatı, gümrük mevzuatı ve iş hukukunda işçiyi koruyan normlar böyledir.

Anahtar Kelimeler: Kamu düzeni, Doğrudan Uygulanan Kurallar, Lex Fori, Yabancı Hukuk, Emredici Normlar, Uygulanacak Hukuk.

ABSTRACT

The intervention of public policy aims to protect the aspect of human rights, morality, and the law of the lex fori. With the aim of this, public policy hinders the application of foreign law and serves if necessary to the application of lex fori. The application of public policy should be interpreted strictly. This means the contrast between lex fori and foreign law is not enough to hinder the application of foreign law. However, the sum of the application of foreign law should have contrast with lex fori. Art. 5 of MÖHUK says the public policy rule without any definition. This Article gives importance to the strict interpretation of public policy and says that the foreign law should be clearly contrary to the Turkish public policy. Internal public policy and public policy of private international law are different from each other. Internal public policy means to be contrary to the imperative norms and the sanction is certain invalidity. But in international private law, controversy with the public policy causes the inapplicability of foreign law. Mandatory rules are also interventive norms like public policy. But they are directly applicable to the dispute contrary to public policy. For example exchange rules, customs rules, and the worker protective rules of the labor law...

Keywords: Public Policy, Mandatory Rules, Lex Fori, Foreign Law, Applicable Law, Imperative Norms.

1. GİRİŞ

Yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen düzenlemelerden ilki kamu düzenine ilişkindir. Buna göre hâkim, yetkili yabancı hukukun olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hükmü uygulamayacak; gerekli görülen hallerde de Türk hukukunu uygulayacaktır (MÖHUK m.5). Maddenin yorumunda, kamu düzenine aykırılığın açık olmasının aranması sebebiyle, hükmün istisnai nitelik taşıdığı ve uygulanmasında çekimser davranılması gerektiği savunulurken; kamu düzenine açıkça aykırılık ifadesinden anlaşılması gerekenin, yabancı hukuk normunun aykırılığı değil, bu normun olaya uygulanması neticesinde doğan sonucun aykırılığı olduğu ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, yabancı hukukta yer alan bir düzenlemenin Türk hukuku açısından kabul edilemez oluşu tek başına kamu düzenine açıkça aykırılığın tespiti için yeterli görülmemekte; hâkimin bu düzenlemeyi olaya uygulayarak vardığı somut kararın Türk kamu düzeni açısından tahammül edilemez derecede aykırılık yaratması aranmaktadır.

Söz konusu engelleyici düzenlemelerden ikincisi de doğrudan uygulanan kurallardır. Bir ülkenin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu olan kurallar, doğrudan uygulanabilen kurallar olarak adlandırılmaktadır. Doğrudan uygulanan kuralların temel özelliği, kanunlar ihtilafı metodolojisi bir kenara bırakılarak, somut olaya direkt olarak uygulanabilmeleridir. Bu durum onları aynı zamanda kamu düzeni prensibinden de farklı kılmaktadır. Şöyle ki; yetkili yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle bertaraf edilebilmesi için, öncelikle hakim bu hukuku uygulayıp, ardından elde ettiği sonucun kendi ülkesinin kamu düzeni üzerindeki etkisini ve bu etkinin ağırlığını değerlendirmesi gerekirken; doğrudan uygulanan kurallar, yetkili yabancı hukuku derhal saf dışı bırakarak, olaya öncelikli olarak uygulanmaktadır.

2. KAMU DÜZENİ KAVRAMI

2.1. Tanım

Kamu düzeni öncelikli olarak kamu hukuku karakterli bir kavramdır. Anayasa hukukunda temel hak ve özgürlükleri sınırlayan meşru bir amaç olarak kamu düzenine başvurulurken; idare hukukunda kamu düzeninin sağlanması idarenin işlevlerinden biridir. İdare hukukunda kamu düzeni diğer kamu hukuku disiplinlerinden önce gelişmiş ve kullanılmıştır¹. İdari kolluğun eylemlerinin hukuka uygunluğu kamu düzenini sağlama ve koruma amacı ile gerçekleşir. İdari kolluk kamu düzeninin üç unsuru olarak esenlik, güvenlik ve sağlık unsurlarını korumakla yükümlüdür.

Özel hukukta kamu düzeni daha farklı algılanır. TBK m. 27 uyarınca kamu düzenine aykırılık sözleşmelerde kesin hükümsüzlük sebebidir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasında, uygulanması kamu düzenini bozan yabancı hukukun bertarafını sağlar. Milletlerarası usul hukukunda ise, tanıma ve tenfiz aşamasında, bir mahkeme veya hakem kararının tanınması veya tenfizi kamu düzenini bozuyorsa, tanınması veya tenfizinden vazgeçilecektir.

MÖHUK kamu düzenini tanımlamamış olsa da Yargıtay kamu düzenine aykırılığı bir kararında şöyle tanımlamıştır:

*“Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık”*².

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu³, kamu düzenini “Niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor her bir somut olaya göre değişiklik gösteren; ilmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımını olmamasına rağmen toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü.” olarak tanımlamıştır.

Milletlerarası özel hukuk doktrininde ise benzer tanımlara rastlamak mümkündür: Kamu düzeni, bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik, etik ve hukuki açıdan temel yapısını ve temel menfaatlerini

¹ Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni, İstanbul, 2011, s. 41.

² Yarg. İBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.2.2012,

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=7311&Desc=Yarg.http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120921.htm>,

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920-8.htm>, 03.06.2019.

³ Yarg. İBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.2.2012 (RG, T: 10.02.2012, Sy: 28417).

ilgilendiren, zaman ve mekân içerisinde değişen aktüel, ülkesel, yargıcın takdirine yer veren, değişken bir kavramdır⁴. Ya da belli bir ülkede ve belli bir zamanda kabul edilmiş özel şartlar, koşullar sebebiyle o memleketin esaslı çıkarlarından sayılan hukuki kuralların tümü ya da temel hukuk prensipleri ve ahlak anlayışını tahammül edilemez derecede zedeleyen yetkili yabancı hukukun uygulanmasına engel olan ve böylece toplumun düzen ve çıkarlarını koruyan kurallar bütünü olarak da tanımlanmıştır⁵. Diğer bir ifadeyle, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlaki çok yakından ilgilendiren hususlar kamu düzenini oluşturur.

Kamu düzeni kavramının zaman, yer, konu bakımından değişken niteliği nedeniyle tüm sınırları ve kapsamını ifade eden bir şekilde tanımlanamamaktadır⁶. Milletlerarası özel hukukta kavramın belirsiz ve değişken niteliği ve aynı zamanda dar yorumlanma gerekliliğinden ötürü, doktrinde kamu düzeninin, bilinçli olarak kesin bir tanımla yapılmamış, kavram genel hatları ile ifade edilmiştir.

2.2. Benzer Kavramlarla Kıyaslanması

Doğrudan uygulanan kurallar kamu düzeni ile amaç ve işlevleri bakımından benzerdir. Bunlar devletin menfaatine hizmet eden sosyal ve ekonomik politikaya ilişkin hükümleri ifade eder. Bu normlar, iç hukukta kamu düzeninden farklı ve emredici nitelikte olup, bunların devletin siyasi, ekonomik, hukuki örgütlenmesinin temel unsurlarını ilgilendirdiği düşünülmektedir. Bu yüzden yabancı unsurlu ilişkilerde de doğrudan uygulanırlar. İthalat ve ihracat yasakları gibi müdahaleci kurallar; iş hukuku, tüketici hukuku, gayrimenkul kira hukuku gibi zayıf tarafın korunması için kabul edilmiş kurallar bu niteliktedir.

Tıpkı kamu düzeni gibi kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukukun uygulanmasını engelleyici nitelikte olan doğrudan uygulanan kurallar da kamu düzeni gibi müdahaleci kurallardır. Hâkim yetkili yabancı hukuku uygularken, bu hukukun ait olduğu ülkenin hâkimi gibi hareket edecek olduğundan, lex forinin emredici normlarını dikkate alması zaten kaçınılmazdır. Yani asıl korunmaya muhtaç olanın, üçüncü ülkenin emredici normları olduğunu söylemek yanlış olmaz. Aslında gerek lex fori gerekse üçüncü ülkenin emredici normları niteliğindeki kuralların özünde, zorunlu olarak uygulanması gerekliliği bakımından bir fark taşımadığı tartışmasız olup; uygulanma yöntemlerinde, hakimin takdir yetkisinin bulunup bulunmaması bakımından bir farklılık bulunduğu görülmektedir⁷.

Doğrudan uygulanabilen kurallar kavramının kapsamına girebilecek ülke hukuklarının tümünü bir arada görebilmek bakımından, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Yasası⁸ bütünlüklü bir örnek teşkil etmekte olup hem lex fori hem lex causae hem de üçüncü ülkenin emredici normlarının uygulanabileceğini açık hükümlerle düzenlemektedir. Buna göre m. 13 hükmü⁹, “...bu kanunun yabancı bir hukuka yaptığı atıf, o hukukun maddi ilişkiye uygulanabilecek bütün hükümlerini kapsar...” ifadesiyle lex causae'nin; m. 19 hükmü, “...maddi vakıa o hukuk ile sıkı bir ilişkiyi gösteriyorsa...başka bir hukukun emredici hükümleri uygulanabilir...” ifadesiyle üçüncü ülke hukukunun; m. 18 hükmü de¹⁰, “İsviçre hukukunun...mecburi olarak uygulanması gereken hükümleri mahfuzdur.” ifadesiyle lex forinin doğrudan uygulanan kurallarının üstünlüğünü yasaya bağlamaktadır. Görüldüğü üzere, düzenleme içerikleri Roma tüzüklerine paralel olup; üçüncü ülkenin emredici normlarının uygulanması bakımından yine maddi olay ile sıkı bağlantı aranmakta, bu kuralların özellikleri ve yaratabileceği sonuçların dikkate alınması gerektiği ifade edilmekte ve hâkime de lex fori ve lex causae'nin kurallarının uygulanmasında olduğunun aksine, takdir yetkisi tanınmaktadır.

MÖHUK da bunlara paralel içeriklerle, m. 6 hükmü ile lex forinin, m. 31 hükmü ile de üçüncü ülkenin emredici normlarının uygulanmasını düzenlemektedir. Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanabilen

⁴ Aysel Çelikel / Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2014, s. 149; Kemal Dayınlarlı, Milli – Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Ankara, 2011, s. 7.

⁵ Mustafa Sudan, Yabancı Hukukun Uygulanmasında Nazara Alınan Kamu Düzeni Kaydı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1993, s. 17.

⁶ Çelikel / Erdem, s. 143; Coline Le Cam-Mayou, L'exception d'ordre public international dans l'application de la loi étrangère et la réception des jugements étrangers-Etude comparative en droit français et droit américain, Lisans bitirme tezi, Paris II Üniversitesi, 2012, s. 20-23.

⁷ Öztekin-Gelgel, s. 253.

⁸ <https://www.admin.ch>, 01.06.2019.

⁹ Alman Milletlerarası Özel Hukuk Yasası açık bir düzenleme içermese de, lex causae'nin olaya tüm kamusal ve özel nitelikli hükümleriyle bir bütün olarak uygulanacağı kuralı, yüksek mahkeme içtihatlarında kabul edilmektedir; bkz. BGH, 17.12.1959, VII ZR 198/58, <https://www.dejure.org>, 01.06.2019.

¹⁰ Lex forinin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına ilişkin benzer nitelikli bir düzenleme de, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Yasası m. 34 hükmü ile emredici düzenlemeler başlığı ile kabul edilmiş olup, sonradan yürürlükten kaldırılmıştır; bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de>, 01.06.2019. Bu boşluğu elbette ki, Roma II Tüzüğü dolduracaktır.

kurallarına etki tanınması meselesi, MÖHUK içeriğinde yalnız yabancılık unsuru içeren sözleşmeler için öngörülmüşken; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Yasası m. 19 hükmünün bu açıdan akdi ve akit dışı borç ilişkisi ayırımına gitmediği gözlemlenmektedir.

3. KAMU DÜZENİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ÖZELLİKLERİ ve MÜDAHALESİ

3.1. Hukuki Niteliği

Kamu düzeni iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklı anlamlar ifade eder. Fransız doktrini ise kamu düzenini milli ve milletlerarası kamu düzeni olarak ikiye ayırarak inceler¹¹. Ancak tüm milletleri kapsayan bir milletlerarası kamu düzeni bulunmadığından bu görüş eleştirilmektedir¹².

İç hukukta kamu düzeni, toplumun menfaatini korumak amacı ile konulmuş emredici nitelikteki kuralları ifade eder. Bireylerin sözleşme özgürlüğünü toplumun menfaati lehine sınırlar. İç hukukta kamu düzeni, hangi durumlarda taraf iradelerine etki tanınmayacağını belirlerken, milletlerarası özel hukukta yabancı hukukun veya yabancı bir kararın ne zaman etkisiz kılınacağını belirlemektedir¹³. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasını ya da yabancı mahkeme veya hakem kararının tenfizini engelleyici bir fonksiyona sahiptir.

Ayrıca kamu düzeni yaptırımı açısından da iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklılık arz eder. İç hukukta kamu düzenine aykırılığın yaptırımı butlanken milletlerarası özel hukukta yabancı hukukun uygulanmaması ya da tanıma veya tenfiz talebinin reddidir. Milletlerarası özel hukukta, iç hukukta kamu düzeninden sayılan her durum aykırılık sebebi oluşturmaya yeterli değildir¹⁴. Açıkça ve tahammül edilemez aykırılıkların söz konusu olması gerekir. İç hukukta kamu düzeninin içeriği emredici hükümlerdir. Ancak herhangi bir emredici hüküm bulunmasa dahi yapılan akit kamu düzenini ihlale yönelikse hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Milletlerarası özel hukukta ise iç hukukta emredici kabul edilip yabancı hukuk karşısında korunmaya değer sayılan temel prensipler ile ahlak ve dürüstlük anlayışımız kamu düzeninin içeriğini oluşturur. Bugün Türk doktrininde¹⁵ ve Yargıtay uygulamasında¹⁶ kamu düzeninin istisnai müdahaleci bir norm olduğu ve kanunlar ihtilafı kuralı getirmediği kabul edilmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, yeni tarihli tenfize ilişkin bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olan yabancı hukukun her zaman Türk kamu düzenine aykırı sayılmayacağını ifade etmiştir¹⁷.

Kamu düzeni kaydı, kanunlar ihtilafı hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyumsuzluğa uygulanacak yabancı hukukun bertarafını ve gerektiğinde lex forinin uygulanmasını sağlar. Eğer yabancı hukukun uygulanması belirli olayda forum kamu düzenini bozacak ise, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olur ve yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanmasından ve hatta yetkili yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilir. Milletlerarası usul hukukunda ise kamu düzeni kavramı milletlerarası yetki ihtilafı bağlamında ve yabancı mahkeme kararlarının veya yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi esnasında gündeme gelecek ve gerekirse tanıma ve tenfizi engelleyebilecektir. Milletlerarası yetki bakımından bazı durumlarda ülke içinde yer itibarıyla yetkili bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulur ve kamu düzeni yardımıyla milletlerarası yetki tesisi sağlanır¹⁸. Türk hukukunda yer itibarıyla yetkisizliğe rağmen yetkinin kamu düzeninden olduğu düşüncesi ile *kişi hallerine ilişkin uyumsuzluklar için* Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesi imkânı açıkça düzenlenmiştir¹⁹.

3.2. Kamu Düzeninin Özellikleri

3.2.1. İstisnailik

Yabancı hukukun uygulanmasında, uyumsuzluğun vasıflandırılması, kanunlar ihtilafı kuralı uygulanarak yetkili hukukun tespiti ve tespit edilen hukukun uygulanması şeklinde üç aşama vardır. Uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk ise, uyumsuzluğa uygulanması forum kamu düzenini tahammül edilmez şekilde ihlal edecekse uygulanmasından vazgeçilir. Yani istisnai olarak yabancı hukuk hükmü

¹¹ Batiffol, Lagarde, Droit International Privé I, 1974, No. 358, s. 448 vd. ; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2013, s. 161-162; Le Cam Mayou, s. 85-88.

¹² Hıfzi Timur, Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, İstanbul, 1942, s. 10-11.

¹³ Timur, s. 8-9; Yarg. 6. HD, E. 2013/ 4054, K: 2013/ 15230, T: 13.11.2013, www.kazanci.com.

¹⁴ Sudan, s. 40-41.

¹⁵ Nomer, s.158; Çelikel, Erdem, s. 151; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2013, s. 71.

¹⁶ Yarg. İBGK, E: 2010/1, K: 2012/1, T. 10.02.2012 (RG, T: 20.09.2012, Sy: 28417).

¹⁷ Yarg. İBGK, E: 2010/1, K: 2012/1, T. 10.02.2012 (RG, T: 20.09.2012, Sy: 28417); Timur, s. 4.

¹⁸ Nomer, s. 438-439.

¹⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 381-382; Sudan, s. 40.

bertaraf edilir²⁰. Kamu düzeninin bu açıdan gösterici değil bertaraf edici bir işlevi vardır²¹. Başka bir deyişle kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasında istisnai nitelik taşır. Kamu düzeninin istisnai oluşunun sonucu, ancak tahammül edilemez bir aykırılıkta kendisine başvurulmasını gerektirir. Kamu düzeni müdahalesinin kullanılmasında ihtiyat ve çekimserlik gösterilerek, uygulanma kolaylığı amacıyla kamu düzenini araç kullanarak lex forinin uygulanmasından kaçınılmalıdır.

Kamu düzeni bir kararın tanınması ve tenfizi bakımından da istisnaidir. Yabancı kararın tanınması ve tenfizinde, tanınma ve tenfizin sonucu baz alınarak kamu düzeni denetimi yapılır. Tanıma ve tenfiz denetiminde revizyon yasağı, bir kararın içeriğinin incelenmesini engeller. Kamu düzeni incelemesinin ise revizyon teşkil etmemesi gerekir.

3.2.2. Millilik

Kamu düzeni hem milletlerarası özel hukuktaki anlamıyla hem de iç hukuktaki anlamıyla daima milli karakterlidir²². Her milletin kamu düzeni anlayışı farklı olup, tüm milletlerin kamu düzeni anlayışını yansıtan milletlerarası bir kamu düzeninden bahsedilemez. Üçüncü bir hukuka müracaat imkânı öngörüldüğü durumlarda ulusal üstü denilen özel bir kamu düzeni türü gündeme geleceği düşüncesi ortaya atılmıştır. AB'yi kuran devletlerin Avrupa kamu düzeni kavramını ortaya atmaları buna örnektir²³. Kamu düzeni konusu ve yararlanılması itibarıyla millidir. Ancak milletlerarası bir rol üstlenebilir. Bu rolü üstlendiğinde kamu düzenine milletler üstü bir destek bulunması gerekecektir. Gerçek ve tüzel kişilerin tüm yargı yolları önünde insan haklarına ilişkin koruma mekanizmalarından yararlanabilmeleri buna örnektir²⁴.

3.2.3. Yeknesaklık

Bir ülkede tek bir kamu düzeni anlayışı bulunur. Türk hâkimi yabancı unsurlu bir uyumsuzluğa Alman hukuku normunu uyguladığında ortaya çıkan sonucu kamu düzenine aykırı görmediyse, aynı nitelikte bir uyumsuzluğa aynı çözümü öngören İspanyol hukukunun uygulanmasını da kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle bertaraf edemez.

3.2.4. Değişkenlik

Kamu düzeni yer, zaman ve konu itibarıyla nisbi karakterlidir²⁵. Kamu düzeninin yer bakımından değişkenliği bir ülkede kamu düzeninin müdahale edebileceği bir hususa diğer bir ülkede müdahale edilmemesi sonucunu doğurur²⁶. Bir ilişkide kamu düzenine aykırı bulunduğu için uygulanmayan bir yabancı kanun diğer bir ilişki bakımından kamu düzenine aykırı bulunmayabilir. Hâkim her somut olay bakımından kamu düzenini ayrı bir değerlendirmeye tabi tutacaktır. Bu da kamu düzeninin konu bakımından değişkenliğini ifade eder.

Bir toplumda kamu düzeni anlayışı siyasal, ekonomik yenilenmelerle ya da milletlerarası sözleşmelerle değişebilir. Toplumun menfaatleri zaman içerisinde değiştikçe, bu değişkenlik kamu düzenine de nükseder. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, iç hukuktaki kamu düzeni gibi zamanla değişebilir²⁷. Kamu düzeni yalnızca yasama hareketleri ile değişmez. Genel hukuk ve ahlak kurallarının toplum içinde zamanla değişmesi de kamu düzeninin değişmesine sebebiyet verir. Kamu düzeninin değişime uğradığı hallerde, hâkim güncel olan kamu düzenini hükme esas almalıdır²⁸. Kamu düzeni anlayışı, uyumsuzluğun dava konusu olması ile karara bağlanması arasında geçen sürede değişirse, karar anındaki kamu düzeni anlayışı geçerli olur.

3.2.5. Takdirilik

Kamu düzeni, tanımlanmayan, hâkimin takdirine bağlı olarak belirsizlik içerisinde kendini kabul ettiren bir kavramdır. Kamu düzeni uygulamasında hâkimin geniş takdirine yer verilmektedir. Kamu düzeni, olaya uygulanacak hukukun doğuracağı sonuç ile ilgilenir. Somut bir olayda yabancı hukukun

²⁰ Le Cam Mayou, s. 37.

²¹ Sudan, s. 135-136.

²² Le Cam Mayou, s. 34.

²³ Rémy Libchaber, "L'exception de l'ordre public en droit international privé" in L'ordre public a la fin du XXeme siecle, themes et commentaires, Dalloz, 1996, s. 80; Le Cam Mayou, s. 39.

²⁴ Sudan, s. 138.

²⁵ Le Cam Mayou, s. 27-34.

²⁶ Nihal Uluocak, Kanunlar ihtilafı (Yasama Yetkisi) Kuralları, İstanbul, 1971, s. 290; Libchaber, s. 73.

²⁷ Nomer, s. 331.

²⁸ Yarg. 9. HD, E: 1992/ 1624, K: 1992/ 7890, Yargıtay Kararları Dergisi, 1993, s. 208- 209; Le Cam Mayou, s. 27.

uygulanmasının kamu düzenine aykırı olup olmadığını takdir yetkisi hâkimdedir²⁹. Türk hukukunda ve diğer milli hukuklarda hâkim bu takdirin kullanılmasını “açıkça” ibaresi ile sınırlandırmaktadır.

3.3. Kamu Düzeninin Müdahalesi

3.3.1. Müdahale Yöntemi ve İçeriği

3.3.1.1. Yöntem

Öncelikle kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf eden olumsuz bir etkisi vardır. Bazı olaylarda, yabancı hukukun yalnızca uygulanmaması yeterli olabilir. Örneğin, evli bir Suudi, Türkiye’de milli hukukları izin vermesine rağmen başka bir Suudi ile ikinci evliliğini yapamayacaktır. Burada kamu düzeni bertaraf edici fonksiyonunu üstlenmiş, ancak başka bir hukuk ile uyumsuzluğun çözümlenmesine gerek olmamıştır. Burada olumsuz etki tek başına söz konusudur.

Yabancı hukukun kamu düzeni hükmü uygulanarak bertaraf edildiği durumlarda lex forinin mi yoksa yetkili yabancı hukukun başka düzenlemelerinin mi uygulanacağı tartışma konusudur. Türk doktrininde yabancı hükmün bertarafı ile ortaya boşluk çıkıyorsa, bu boşluk lex fori ile doldurulmalıdır. Zira yabancı hukukun uygulanmamasının anlamı, yerine lex forinin uygulanmasıdır. MÖHUK m. 5 ile düzenlenen “gerekli görülen haller” ifadesi, olumsuz etkinin yeterli olmadığı halleri belirtmektedir³⁰. Ancak yabancı hukukun bertarafı durumunda ortaya çıkan boşluğun önce yabancı hukuk ile yabancı hukukun başka bir hükmüne dayanılamıyorsa lex fori ile doldurulması; yani önceliğin yabancı hukukta olması görüşü Alman doktrininde çoğunlukla kabul görmektedir³¹.

3.3.1.2. İçerik

Kamu düzeni hallerinin önceden sayılması imkânsız kabul edilmekte olup, kamu düzeninin içeriğinin başka şekilde belirlenemeyeceği kabul edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kamu düzeni kavramına ilişkin olarak³², kamu düzeninin müdahale alanının emredici hükümleri de aşan bir şekilde geniş ve yoruma açık olduğunu ifade etmekte ve “bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı” olmaktan ziyade, “Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine” aykırılığın kamu düzeni müdahalesini gündeme getireceğini kabul etmektedir.

Kamu düzeninin içeriğine ilişkin ilk olarak Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılığın kamu düzeni müdahalesini gündeme getirebileceği belirtilmektedir³³. İkinci olarak milletlerarası alanda geçerli olan ortak prensiplere değinmek gerekir. Milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplerin içeriğine temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin özellikle AİHS’nin girdiği kabul edilmektedir³⁴. Milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler ifadesinin ne anlama geldiği açıklanmalıdır. Milletlerarası özel hukukta bu kavram, kamu düzeni müdahalesinin bir kaynağı olarak kendini kabul ettirmiş insan hakları ve milletlerarası alana ait ortak prensipler olarak anlaşılmaktadır. Bu bakımdan ifade edilmek istenen milletlerarası hukukun genel ilkeleri ya da insan hakları ile sınırlı değildir. Burada önemli olan kendini bölgesel veya evrensel milletlerarası bir çevrede kabul ettirmiş olmaktır. Türk hukukunun ve kanunlarının ve başta anayasasının dayandığı temel prensipler de kamu düzeninin muhteviyatındadır³⁵. Yabancı bir kanunun uygulanması, Türk toplumunun ahlak ve dürüstlük anlayışına aykırı ise toplumun temel görüşlerini ciddi şekilde sarsıcı ise, kamu düzeni müdahalesi beklenebilir³⁶.

²⁹ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 83; Çelikel / Erdem, s. 160; Nomer, s. 177.

³⁰ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 469; Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, 2001, s. 142- 143.

³¹ Paul Lagrede, Recherches Sur L’ordre Public En Dorit International Privé, Paris, 1959, No: 204.

³² Yarg. HGK, E: 2010/1, K: 2012/1, T. 10.2.2012 (RG, T: 10.02.2012, Sy: 28417).

³³ Nuray Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2013, s. 180; Dayınlarlı, s. 20- 24; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2013, s. 210.

³⁴ Nomer, s. 161; Çelikel / Erdem, s. 163; Ekşi, s. 280; Yarg. İBGK, E: 2010/ 1, K: 2012/ 1, T. 10.02.2012, (RG, T: 20.09.2012, Sy: 28417).

³⁵ Nomer, s. 161; Gündüz Ökçün, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1967, s. 143-144; Yarg. 2. HD, E. 1998/2474, K: 1998/ 3498, T. 23.03.1998.

³⁶ Nomer, s. 161; Yılmaz Altuğ, Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet), AUSBFD, Cilt XXVII, Sy. 3: Doç. Dr. Cem Sar’a Armağan, Ankara, 1973, s. 379; Timur, s. 13.

3.3.2. Olumlu ve Olumsuz Etki

3.3.2.1. Olumlu Etki

Yabancı hukuk normunun kamu düzeni sebebiyle uygulanmadığı durumda doğan boşluk kural olarak yabancı hukukun hükümleri ile doldurulacaktır. Ancak bu mümkün olmayabilir. Yabancı hukuk hükümleri bütünü ile bizim kamu düzenimizin müdahalesine uğradığında, lex fori uygulanabilir³⁷ ve bu kamu düzeninin olumlu etki etmesi anlamına gelir³⁸. MÖHUK m. 5 hükmünde yer alan “gerekli görülen hallerde” Türk hukukunun uygulanacağına dair kayıt, kamu düzeninin olumlu etkisini ifade eder. Doğrudan uygulanan kurallar, bir olaya mahkeme hukukunun uygulanmasını temin ederek, kamu düzeninin olumlu etkisine benzer bir etki göstermektedir. Türk hukukunun emredici hükümleri ya da hukuk düzeninin temel değerleri de bu niteliktedir.

3.3.2.2. Olumsuz Etki

Kamu düzeninin olumsuz etkisi, yabancı hükmün uygulanmasını engelleyen etkisidir. Hâkim, yabancı hukukun hükmünün belirli bir olaya uygulanmasının kamu düzenini tahammül edilemez derecede sarsacağına kanaat getirirse bu hükmü uygulamaz³⁹. Kamu düzeni müdahale ettiğinden daima olumsuz etkisini gösterecektir. Bu durumda ya yabancı normun uygulanmasının engellenmesi yeterli olacak ya da alternatif bir norm bulunarak uyuşmazlık çözümlenecektir⁴⁰. Çok eşliliği yasal olarak kabul eden bir ülkenin ilgili yasının uygulanmaması ve ikinci evliliğin gerçekleşmemesi ilk duruma; yetkili yabancı hukuk yerine lex forinin uygulanması da ikinci duruma örnektir.

4. SONUÇ

Kamu düzenine ilişkin normlar, yabancı hukukun uygulanmasının milli nitelikli değerleri temsil eden normlara aykırılık teşkil eden sonuçlar doğurması durumunda uygulanan, müdahaleci nitelikteki düzenlemelerdir. Kamu düzeni normu forum ülkesini koruyucu özelliğiyle doğrudan uygulanan kurallara benzer. Ancak hâkimlerin her fırsatta kamu düzenini gerekçe göstererek lex foriye gitmelerini engellemek gerekir. Bu nedenle MÖHUK m. 5 hükmü kamu düzenine aykırılığı yeterli görmemiş; açıkça aykırılığı aramıştır. Bundan anlaşılması gereken şudur: Yetkili yabancı hukukun kendisinin Türk hukukuna aykırı olması kamu düzeninin müdahalesi için yeterli olmayıp, yabancı hukuk uygulanınca meydana gelecek sonucun Türk kamu düzeni bakımından tahammül edilemez olması gerekir. Kamu düzeninin müdahalesine ilişkin bu daraltıcı yorumun, milletlerarası özel hukukun işlevini koruyabilmesi için uygun ve önemi olduğu görüşündeyiz. Her kamu düzeni milli nitelikli olduğundan ve kamu düzenleri hususunda evrensel bir yeknesaklık yakalamak mümkün olmadığından, hâkimin kendi hukukuna uymayan her durumda lex foriye gitmesi engellenmek zorundadır.

KAYNAKÇA

- Altuğ, Y. (1973). Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet), *AUSBFD*, XXVII(3): Doç. Dr. Cem Sar'a Armağan, 5-75.
- Batiffol, H. & Lagarde, P. (1974). *Droit International Privé I*. Paris: Dalloz.
- Çelikel, A. & Erdem, B. (2014). *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta.
- Dayınlarlı, K. (2011). *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları*. Ankara: Seçkin.
- Demir-Gökyayla, C. (2001). *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*. Ankara: Seçkin.
- Doğan, V. (2013). *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Adalet.
- Ekşi, N. (2013). *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. İstanbul: Beta.
- Kahn, F. (2007). *Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)*. Paris: LexisNexis.
- Lagrede, P. (1959). *Recherches Sur L'ordre Public En Dorit International Privé*. Paris: Dalloz.

³⁷ Paulsen / Souvern, “Public Policy in the conflicts of law”, 56 Colum. L. Rev. ,1956, s. 969, 980-981; Franz Kahn, “Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)”, LexisNexis, 2007, s. 163.

³⁸ Dayınlarlı, s. 34. Doğan, s. 212; Nomer, s. 178; Le Cam Mayou, s. 47-49.

³⁹ Nomer, s. 162; Sudan, s. 141; Le Cam Mayou, s. 49.

⁴⁰ Dayınlarlı, s. 34.

- Le Cam-Mayou, C. (2012). *L'exception d'ordre public international dans l'application de la loi étrangère et la réception des jugements étrangers-Etude comparative en droit français et droit américain*. Lisans bitirme tezi, Paris II Üniversitesi, Paris.
- Libchaber, R. (1996). *L'exception de l'ordre public en droit international privé” in L'ordre public a la fin du XXeme siecle, themes et commentaires*. Paris: LexisNexis.
- Nomer, E. (2013). *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta.
- Okay-Tekinsoy, Ö. (2011). *İdare Hukukunda Kamu Düzeni*. İstanbul: Oniki levha.
- Ökçün, G. (1967). *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*. Ankara: Yetkin.
- Paulsen, P. / Souvern, S. (1956). Public Policy in the conflicts of law. *Colum. L. Rev.* (56), 215-292.
- Sudan, M. (1993). *Yabancı Hukukun Uygulanmasında Nazara Alınan Kamu Düzeni Kaydı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Şanlı, C., Esen, E. & Ataman-Figanmeşe, İ. (2013). *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta.
- Timur, H. (1942). *Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı*. İstanbul: Legal.
- Uluocak, N. (1971). *Kamunlar ihtilafı (Yasama Yetkisi) Kuralları*. İstanbul: Legal.