

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU BİLİM DALI

BOŞANMA VE AYRILIKTAN DOĞAN KANUNLAR
İHTİLAFI KURALLARI

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan
Merve ÖZCAN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Ankara - 2011

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU BİLİM DALI**

**BOŞANMA VE AYRILIKTAN DOĞAN KANUNLAR
İHTİLAFI KURALLARI**

Yüksek Lisans Tezi

**Hazırlayan
Merve ÖZCAN**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Vahit DOĞAN**

Ankara - 2011

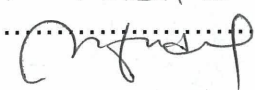
ONAY

Merve ÖZCAN tarafından hazırlanan "Boşanma Ve Ayrılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı Kuralları" başlıklı bu çalışma, 23.12.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Şehit Doğan (Başkan)



Yrd. Dr. M. Neci Çalınak (Üye)

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM
..... (Üye)


ÖNSÖZ

Türk Devletler Özel Hukukunda “Boşanma ve Ayrılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı Kuralları” adlı bu çalışma, Prof. Dr. Vahit DOĞAN yönetiminde 2011 Bahar Dönemi Yüksek Lisans Tezi olarak hazırlanmıştır.

Şahsıma akademik çalışma fırsatı tanımlarından ve ilgi duyduğum alanda kendimi geliştirebilme imkânı sunmalarından dolayı, aynı zamanda lisans öğrenimimi de tamamladığım değerli fakültem Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine ve çok değerli hocalarıma sonsuz müteşekkirim.

Yüksek lisans öğrenimim boyunca ve tezimi hazırlama döneminde beni yalnız bırakmayan ve sonsuz bilgi ve tecrübeleri ile yardımlarını esirgemeyen tez danışmanım ve saygıdeğer hocam Prof. Dr. Vahit DOĞAN’a bu vesile ile teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Aynı şekilde saygıdeğer hocam Doç. Dr. F. Bilge Tanrıbilir’e de teşekkür etmekten mutluluk duyarım.

Çalışmamızın uygulamaya da yararlı olacağı umudu ile...

Ankara - 2011

Merve ÖZCAN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1
I. GENEL OLARAK	1
II. İNCELEMENİN KONUSU VE SINIRLANDIRILMASI.....	2
III. KONUNUN İNCELENİŞ ŞEKLİ VE PLAN.....	3

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDİ HUKUK ALANINDA BOŞANMA VE AYRILIK

I. GENEL OLARAK BOŞANMA VE AYRILIK.....	4
II. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA	6
A. Genel Olarak	6
B. Boşanma Davalarında Yargılamayla İlgili Meseleler	8
1. Yetkili Mahkeme	8
2. Davada Uygulanacak Usul ve İspat.....	8
C. Taraflar ve Temsil	9
D. Geçici Tedbirler	10
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BOŞANMA.....	11
A. Boşanma Hakkı	11
B. Boşanma Sebepleri	12
C. Boşanmanın Usulü	13
1. Yargı Organı Dışında Boşanmalar.....	13
2. Yargı Organı Önünde Boşanmalar	14
IV. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA BOŞANMA.....	14

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA VE AYRILIKTA UYGULANACAK YETKİLİ HUKUK

I. YABANCILIK UNSURU VE BU UNSURUN TESPİTİ KURALLARI	17
A. Yabancılik Unsuru	17
B. Yabancı Hukukun Uygulanması	18

II. ÖNSÖRÜN.....	19
III. BOŞANMA VE AYRILIKTA BAĞLAMA KURALLARI	21
A. Genel Olarak	21
B. Müşterek Milli Hukuk	24
1. Genel Olarak	24
2. Müşterek Milli Hukukun Getirilmesinin Nedenleri.....	27
a. Genel Olarak	27
(1) Kanuna Karşı Hile.....	28
i. Genel Olarak.....	28
ii. Migratory Divorces	29
(2) Müşterek Milli Hukuk Halinde Yabancı Hukukun Uygulanacak Hükümleri.....	30
b. Eş(ler)in Çifte veya Çok Vatandaşlığa Sahip Olması Halinde Uygulanacak Bağlama Kuralı.....	31
c. Eş(ler)in Vatansız veya Mülteci Olması Halinde Uygulanacak Bağlanma Kuralı	33
C. Müşterek Mutad Mesken Hukuku.....	35
1. Genel Olarak	35
2. 2675s. Eski MÖHUK ile 5718 s. Yeni MÖHUK Arasındaki Fark	37
3. Mutad Mesken Kavramını Tespitte Uygulanacak Hukuk Meselesi ..	39
D. Türk Hukuku.....	39
IV. KURALLARIN UYGULAMA ALANI	41
A. Genel Olarak	41
B. Ölmüş Sayılma, Gaiplik ve Diğer Sona Erme Çeşitleri	42
C. Boşanma Sebepleri.....	43
1. Genel Olarak	43
2. Karşılaştırmalı Hukukta Boşanma Sebepleri	44
D. Ayrılık	46
1. Genel Olarak	46
2. Karşılaştırmalı Maddi Hukukta Ayrılık.....	47
3. Kanunlar İhtilafı Kuralı	49
V. KURALIN UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN DURUMLAR	51

A. Kamu Düzeni.....	51
1. Talâkın Tescili Talebi.....	58
2. Boşanma Yasağı	61
B. Topal Evliliklerde Uygulanacak Hukuk	62
VI. KURAL VE STATÜ DEĞİŞİKLİKLERİNİN ETKİSİ	64
A. Genel Olarak	64
B. Bağlama Kuralının Değişmesinin Etkisi.....	65
C. Eski Bağlama Kuralı Zamanındaki Olayların Etkisi	66

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARINDAN NAFKA VE VELAYET

I. NAFKA.....	69
A. Genel Olarak	69
B. Yoksulluk Nafakası	72
1. Kavram	72
2. Türk Kanunlar İhtilafı Kuralı	73
3. 1973 Tarihli Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme	75
a. Genel Olarak	75
b. Kuralın Uygulanma Alanı.....	77
c. Fiilen Ayrı Yaşamak.....	78
d. Boşanma	80
e. Döviz Mevzuatı.....	81
f. Nafaka Miktarı	82
C. İŞTİRAK NAFKASI	83
1. Kavram	83
2. Türk Kanunlar İhtilafı Kuralı	83
3. 1956 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme.....	86
a. Genel Olarak	86
b. Kuralın Uygulanma Alanı.....	87
c. Kuralın Uygulanmayacağı Haller	89

(1) Kuvvetlendirilmiş Müşterek Milli Hukuk (md. 2).....	89
(2) Müracaat Makamının Hukuku (md. 3).....	90
(3) Kamu Düzeni (md. 4).....	92
4. 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesi	92
a. 1956 tarihli Nafaka Sözleşmesi Karşısında Uygulanma Alanı	92
b. Nafaka Alacaklısı Çocuğun Temsili	95
c. Nafaka Miktarı	96
II. GEÇİCİ TEDBİRLER	96
A. Genel Olarak	96
B. Geçici Tedbir Taleplerine Uygulanacak Hukuk.....	97
1. 5718s. MÖHUK Düzenlemesinden Önceki Durum	97
2. 5718s. MÖHUK Düzenlemesinden Sonraki Durum	100
III. VELAYET	101
A. Kavram	101
B. Türk Kanunlar İhtilafı Kuralı	103
1. Genel Olarak	103
2. Kamu Düzeni	105
3. Velayet Meselesinde Önsorun.....	108
C. Milletlerarası Sözleşmeler	110
1. Genel Olarak	110
2. Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi ..	112
a. Genel Olarak	112
b. Makamların Yetkisine İlişkin Hükümler	114
c. Uygulanacak Hukuka İlişkin Hükümler	117
3. Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Sözleşme.....	119
SONUÇ	121
KAYNAKÇA	124
ÖZET	130
ABSTRACT	131

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: bakınız
C.	: cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: esas
ed.	: edition
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: karar
md.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MK	: Medeni Kanun
MÖHK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s.	: sayfa
S.	: sayı
T.	: tarih
TPKKK	: Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB : Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK

Boşanma, eşler hayattayken evliliğin yargıç kararı ile ortadan kaldırılmasıdır¹. Toplumun temelini teşkil eden aile müessesesinin kurulması kadar sona ermesi de toplumu ve devleti yakından ilgilendirir. Zira boşanma sadece karı kocanın şahsı ve sosyal yaşamında değişiklik meydana getirmez. Ortaya çıkan hukuki ve sosyal sonuçlar aynı zamanda çocukları, iki tarafın ailelerini ve dolayısı ile toplumu etkiler.

Türk hukukumuz boşanmanın ancak hâkim kararı ile mümkün olacağını hüküm altına almıştır. Başka bir ifade ile Türkiye’de boşanma kararı sadece adli mahkemelerce verilebilmektedir. Bununla birlikte diğer bazı hukuk sistemlerinde boşanma başka şekillerde gerçekleştirilebilir.

Kadın erkek arasında tam bir eşitlik sağlayan Türk Medeni Kanunumuz, her iki eşe de, “kanunda yazılı sebeplere dayanarak” boşanma davası açabilme hakkı tanımaktadır. Bununla birlikte bazı hukuk sistemlerinde eşler hiçbir sebep ileri sürmeksizin de boşanma davası açabilmektedirler. Boşanmanın sadece mahkeme kararı ile verilebilmesi ve ancak kanunda yazılı sebeplere dayanılarak talep edilebilmesi toplum menfaati ile açıklanır. Zira taraflar istedikleri zaman, sebepsiz ve sınırsız olarak evliliğe son verirler ise, mutsuz ve ruhen sağlıksız birçok insan toplum için sorun teşkil edecektir.

Görüldüğü üzere, her ülkede boşanmayı hüküm altına alan düzenlemeler farklı şekillerde oluşmuştur. Zira boşanma hususu; toplumların sosyal, dini ve ahlaki yapılarına göre şekillenir. Bu nedenle hukuk düzenleri karşılaştırıldığında büyük farklılıkların mevcut olduğu görülmektedir.

¹ Zevkliler, A. / Acabey, B. / Gökyayla, E., **Medeni Hukuk**, 6. Baskı, Ankara 2000, s. 877.

Milletlerarası ilişkilerin yoğunlaşması ile birlikte mahkemeler önüne çok sayıda boşanma ve ayrılık davası gelmektedir. Böylece sözünü ettiğimiz bu ülkesel farklılıklar iç hukuk bakımından etkisini, milletlerarası özel hukuk alanında hissettirmektedir.

Her ülke, yabancı unsurlu bir davada uygulanacak bağlama kurallarının ne olacağını içeren bir düzenlemeye sahiptir. Ülkemizde yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak bağlama kurallarını hüküm altına almıştır.

II. İNCELEMENİN KONUSU VE SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamızın konusu “Boşanma ve Ayrılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı Kuralları”dır. Bu konuyu seçmemizin nedeni, sayıları gün geçtikçe artan yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukukun ne olacağı hususunun önem arz etmesidir. Uygulamaya da yardımcı olması umulan bu çalışmanın, özellikle hâkimlerimize yol göstermesi arzulanmıştır. Zira boşanma ve ayrılık davalarında, Türk hukukunu uygulama kolaylığından yararlanmak maksadı ile eşlerin ve çocukların menfaatlerinin göz ardı edilmemesi gerektiği önemli bir husustur.

Bununla birlikte ikinci neden ise boşanma ve ayrılık ve bunların hukuki sonuçlarından nafaka ve velayet hususunun, 2007 yılında yürürlüğe giren 5718s. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun dönemindeki yeni düzenleme çerçevesinde ele alınması, zira yapılan değişiklikten sonra bu hususta yeterli sayıda bilimsel makalenin olmayışıdır.

Çalışmamızda sadece boşanma, ayrılık ve bunların hukuki sonuçlarından olan nafaka ve velayete uygulanacak hukukun ne olacağı meselesi, bir başka deyiş ile MÖHUK md. 14 ele alınmıştır. Bu husustaki yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu çalışmamız dışında bırakılmıştır.

III. KONUNUN İNCELENİŞ ŞEKLİ VE PLAN

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; maddi hukuk alanında boşanma ve ayrılık hususu genel olarak incelenecektir. Konumuz kanunlar ihtilafı kuralları olduğundan iç hukuk kurallarından bahsederken dahi, konumuz açısından önemli olan yerler vurgulanmaya çalışılacaktır.

İkinci bölümde; boşanma ve ayrılığa uygulanacak yetkili hukukun ne olacağı meselesi ele alınacaktır. Çeşitli hukuk düzenlerindeki bağlama kuralları ile birlikte incelenecek olan Türk kanunlar ihtilafı kuralları, yeni kanunda yapılan değişikliklerle birlikte ele alınacaktır.

Çalışmamızın son ve üçüncü bölümünde ise; boşanmanın hukuki sonuçlarından olan yabancı unsurlu nafaka ve velayete uygulanacak hukuk hususu ele alınacaktır. Bu konuda MÖHUK'taki bağlama kurallarımız milletlerarası sözleşmelerle birlikte incelenecektir. Zira Anayasamızın 90. maddesi uyarınca; aynı hususun hem iç hukukumuzda hem de milletlerarası sözleşmelerde düzenlenmiş olması halinde milletlerarası sözleşmeler öncelikle uygulanacaktır.

Bunun dışında, uygulanacak hukuku incelerken ortaya çıkabilecek önsorun, kamu düzeni, kanuna karşı hile gibi meseleler de incelenen her başlık altında ayrı ayrı ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDİ HUKUK ALANINDA BOŞANMA VE AYRILIK

I. GENEL OLARAK BOŞANMA VE AYRILIK

Boşanma, üzerinde çok tartışılan ve fikir yürütülen bir kurum olma özelliğini öteden beri sürdürmektedir. Zira boşanma, sosyal bir problem olduğu kadar, aynı zamanda hukuk düzenini de ilgilendiren önemli bir meseledir.

Boşanma, eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda öngörölmüş olan sebeplerden birine dayanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine, hâkim kararıyla son verilmesidir². Bu nedenle evliliğin hâkim kararıyla sona erdirilebildiği üç durumdan birisi olan boşanma müessesesi³, evlilik bağının eşler hayattayken ortadan kaldırılmasını sağlar⁴. Diğer iki durum ise; gaiplik nedeniyle evliliğin feshi ve butlan nedeniyle evliliğin iptalidir⁵.

Türk Hukukuna göre eşlerden her biri sadece, kanunda öngörölen sebeplerin gerçekleşmesi halinde boşanmayı talep edebilirler⁶.

Hukuk tarihinde oldukça önemli bir yer tutan boşanma kurumu devletlerin hukuk sistemlerinde birbirinden farklı olarak düzenlenmiştir. Zira hukuk sistemleri; devletlerin dini, örf-adet kuralları ve sosyal düzenleriyle yoğrulur⁷. Dolayısıyla hukuk sistemlerindeki farklılık, düzenlenen her bir hukuki olay veya ilişkiye yansır.

² Akıntürk, T., **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, C. II, 11. Bası, İstanbul 2008, s. 235.

³ Zevkliler, A. / Acabey, B. / Gökyayla, E., **a.g.e.**, s. 877.

⁴ Tiryakioğlu, B., **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara 1996, s. 1.

⁵ Zevkliler, A. / Acabey, B. / Gökyayla, E., **a.g.e.**, s. 877.

⁶ Öztan, B., **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, 24. Bası, Ankara 2006, s. 469.

⁷ Bilge, N., **Hukuk Başlangıcı**, 18. Bası, Ankara 2004, s. 12.

Çoğu devletin hukuk sistemi, eşlere boşanma hakkını tanımış ve bunları belirli sebeplere dayandırmıştır. Fakat İslam Hukuku bu esastan ayrılmış ve boşanma hakkını herhangi bir sebebe dayanma gereksinimi olmaksızın sadece kocaya ve sınırsız olarak tanımıştır⁸. İstisnai hallerde, nikâh yapılırken, kadının da kocayı boşayabileceği şart edilmiş veya daha sonradan böyle bir hak koca tarafında tanınmış ise, kadın da kocasını boşayabilmektedir⁹. Bir kısım devletler ise boşanma kurumunu halen kabul etmemişlerdir¹⁰.

Türk Medeni Kanunu¹¹; boşanma dışında bir de ayrılık kurumuna yer vermektedir. Boşanma davası açabilecek olan eşler, bunun yerine mahkemeden ayrılık kararı verilmesini isteyebilecekleri gibi¹², mahkeme de açılan bir boşanma davasında, somut olguları değerlendirerek, talep aramaksızın boşanma kararı yerine, ayrılığa hükmedebilmektedir. Bununla birlikte eşlerin sadece ayrılık kararı talep etmesi durumunda, mahkeme artık boşanmaya hükmedemez¹³.

Mahkemenin ayrılık kararına hükmetmesi durumunda, boşanmada olduğu gibi evlilik sona ermemekte; sadece eşler belirli bir süre ayrı yaşamaktadırlar¹⁴. Böylece evliliğin yükümlülüklerinden olan “*birlikte yaşama yükümlülüğü*” bir süre askıya alınmaktadır ki; bu süre en az bir yıl en fazla da üç yıldır¹⁵. Süre ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁶.

⁸ Cin, H. / Akyılmaz, G., **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 2003, s.47.

⁹ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 236 naklen: Hatemi, H. / Serozan, R.: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 206/207; Cin.H: Eski Hukukumuzda Boşanma, Ankara 1976, s. 61 vd.

¹⁰ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s.1.

¹¹ Bu kanun bundan sonra kısaca MK olarak anılacaktır.

¹² Medeni Kanun md.167.

¹³ Medeni Kanun md. 170/2.

¹⁴ Zevkliler, A. / Havutçu, A., **Medeni Hukuk: Temel Bilgiler**, Ankara 2003, s. 268.

¹⁵ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 910.

¹⁶ Bulut, H., **Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar**, İstanbul 2007, s. 130.

II. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA

A. Genel Olarak

Türk Hukukunda boşanma davasının açılabilmesi, MK'da md.161 ilâ md.166 arasında tahdidi olarak sayılan bir takım sebeplere dayandırılmıştır. Bu sebepler, kanunda düzenleniş sıralarına göre; zina (MK 161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (MK162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (MK163), terk (MK 164), akıl hastalığı (MK 165) ve evlilik birliğinin sarsılması (MK 166)'dır. Medeni Kanunumuzun en önemli özelliği karı koca arasında eşitliği sağlamasıdır¹⁷.

Medeni Kanunumuza göre, boşanma sadece hâkim kararıyla gerçekleşebilmektedir. Bunun dışında, eşlerin anlaşmalarıyla ya da başka herhangi bir makam veya kurumun kararıyla evlilik sona ermez. Bu husus Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁸ md. 14'te açıkça belirtilmemiştir. Örneğin; Alman kanunlar ihtilafı kurallarında, evliliğin sona ermesinin ancak Alman mahkemelerince verilen boşanma kararıyla mümkün olabileceği açıkça belirtilmiştir¹⁹.

Bununla birlikte, boşanmak isteyenlerin boşanma dilekçesi ile mahkemeye başvurusu gerekliliği ve boşanma kararının ancak Türk adli mahkemelerince verilebilmesi, Türk hukukunun kamu düzenine ilişkin bir husustur. Dolayısıyla Türk kanunlar ihtilafı sisteminde açıkça belirtilmeyen bir durum olmasına rağmen, Türk hukukunun genel prensipleri bizi bu sonuca ulaştırmaktadır.

MK'da düzenlenmiş olan boşanma sebeplerinin nitelikleri aynı değildir²⁰. Boşanma sebepleri *özel boşanma nedenleri-genel boşanma*

¹⁷ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁸ "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun" (R.G. 12 Aralık 2007-26728), bu kanun bundan sonra kısaca MÖHUK olarak anılacaktır.

¹⁹ Uyanık (Çavuşoğlu), A., **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, Beta, İstanbul 2006, s. 26.

²⁰ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 884.

nedeni ve mutlak boşanma nedenleri-nisbi boşanma nedenleri olarak çeşitlere ayrılmıştır²¹.

Özel boşanma nedenleri; kanunda 161 ilâ 165. maddeler arasında düzenlenmiş bulunan: zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığıdır. Bu sebeplere özel boşanma nedenleri adı verilmesinin sebebi; kanun maddesinde düzenlenen boşanma nedenine varlık kazandıran olayın açıkça belirtilmesi ve başka herhangi bir olayın bu maddede tanımlanan ifadenin kapsamında olmamasıdır²².

Genel boşanma nedeni ise md. 166'da düzenlenen "evlilik birliğinin sarsılması"dır. Bu durumda özel boşanma nedenlerindeki durumun aksine, boşanma nedenini doğuran olaylar sınırlayıcı olarak sayılmamış, genel bir ifade kullanılmış ve somut olayın özelliklerine göre hâkime bu hususta bir takdir yetkisi tanınmıştır²³.

Boşanma nedenlerinin mutlak ve nisbi olarak ayırma tutulması ise hâkimin takdir yetkisi bakımından önem taşır²⁴. Eğer hâkimin, önüne gelen somut olayda, yasada düzenlenen boşanma sebebinin gerçekleştiğine kanaat getirdiği ve başka herhangi bir koşul aramadığı bir durum söz konusuysa "mutlak boşanma nedeni"nden söz edilmektedir²⁵. Buna karşılık, hâkimin somut olayda salt boşanma nedeninin gerçekleştiği hususunda kanaate erişmesinin yeterli olmadığı, bununla birlikte "ortak hayatın çekilmez hale gelmesi" koşulunun da arandığı bir durum söz konusu olduğunda "nisbi boşanma nedeni" vuku bulmuş olacaktır²⁶.

²¹ Zevkliler / Havutçu, **a.g.e.**, s. 269.

²² Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 885.

²³ Zevkliler / Havutçu, **a.g.e.**, s. 270.

²⁴ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 7.

²⁵ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 886.

²⁶ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 7.

B. Boşanma Davalarında Yargılamayla İlgili Meseleler

1. Yetkili Mahkeme

Boşanma davalarında yetkili mahkeme MK md. 168’de ifade edilmiştir. Maddeye göre dava; “eşlerden birinin yerleşim yeri” veya “eşlerin davadan önce son altı aydan beri birlikte oturdukları yer” mahkemesidir.

2. Davada Uygulanacak Usul ve İspat

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yargılama usulünü düzenleyen genel hükümler içerir. Medeni Kanunumuz ise md. 184’te boşanma davalarında uygulanacak usule ilişkin özel hükümler getirmiştir. Zira boşanma davası eşlerin davacı veya davalı tarafı oluşturdukları bir çekişmeli yargı usulü olmasından dolayı özel hükümlere ihtiyaç duyar²⁷.

Özel hükümlerin bulunduğu yerde genel hükümlere gidilemeyeceğinden, usul hükümlerindeki genel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, boşanma davaları MK md. 184 hükmüne göre cereyan eder²⁸.

MK md. 184 : *Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir:*

1) *Hakim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği, bunları ispatlanmış sayamaz.*

2) *Hakim, bu olgular hakkında gerek re’sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez.*

3) *Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz.*

4) *Hakim, kanıtları serbestçe takdir eder.*

5) *Boşanma veya ayrılığın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.*

²⁷ Zevkliler / Havutçu, a.g.e., s. 281.

²⁸ Öztan, a.g.e., s. 476.

6) *Hakim, taraflardan birisinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.*

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, boşanma davalarında tarafların iradeleri çok rol oynamaz. Bunun nedeni; boşanmanın toplum düzenini yakından ilgilendiren bir konu olmasından ileri gelir²⁹. Boşanma davalarında hâkime, delilleri serbestçe takdir etme, taraf beyanlarıyla bağlı kalmama yetkisi tanınmıştır³⁰.

MK md. 6'ya göre, herkes iddiasını dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür. Boşanma davalarında da bu ana hüküm geçerlidir. Bu nedenle, taraflar iddialarını ispat etmek maksadıyla tanık, mektup, belge gibi her türlü delili ileri sürebilirler³¹. Hâkim kendisine tanınan takdir yetkisiyle beraber bu delillerin doğru olup olmadığına kanaat getirir.

C. Taraflar ve Temsil

Boşanma davasının tarafları eşlerdir. Boşanma hakkı şahsa sıkı suretle bağlı haklardandır³². Bu nedenle davayı eşler dışında başka bir üçüncü kişi açamaz.

Dava açıldıktan sonra eşlerden birinin ölmesi durumunda ise, dava kural olarak konusuz kalır; fakat MK md.181 uyarınca; mirasçılarının miras haklarını korumak amacıyla davayı devam ettirebilme hakları mevcuttur.

Boşanma, şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olmasından dolayı, sınırlı ehliyetsizler de yasal temsilcilerinin izni veya icazetine tabi olmaksızın bu haklarını kullanabilirler. Mümeyyiz olmayan tam ehliyetsizlerin ise dava açması mümkün değildir; yasal temsilcileri de kural olarak onlar adına bu

²⁹ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 9.

³⁰ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 9.

³¹ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 914.

³² Oğuzman, K. / Barlas, N., **Medeni Hukuk**, 10. Bası, İstanbul 2003, s. 112.

davayı açamazlar. Fakat Yargıtay; hayata kast veya pek kötü muamele nedenlerinin boşanma sebebi olduğu durumlarda, tam ehliyetsizler adına yasal temsilcilerinin dava açabileceği görüşündedir³³.

Bununla birlikte; bir tarafın akıl hastası eşinin bu durumundan yararlanarak, zinada bulunması halinde, yine yasal temsilcinin tam ehliyetsiz adına boşanma davası açma hakkının bulunduğu kabul edilebilmektedir³⁴.

D. Geçici Tedbirler

Boşanma veya ayrılık davası açıldığında, davanın neticelenmesine ve hükmün kesinleşmesine kadarki dönem için eşler ve/veya çocuklar açısından korunması gereken değerler ortaya çıkabilir. Bu nedenle hâkimin bir takım tedbirlere hükmetmesi gerekebilir. Zira dava aşamasında eşlerin birbirlerinin menfaatlerini korumaları artık düşünülemez³⁵.

Geçici tedbirler, MK md. 169'da tadadi olarak sayılmıştır. Madde uyarınca bu tedbirler daha çok; eşlerin barınmasına, geçimine, çocukların durumuna, evlilik mallarına ilişkin önlemlerdir.

Hâkim somut olayı değerlendirerek, eşlerin veya çocukların durumuna göre örnek kabilinde sayılan önlemlere veya gerek gördüğü başka tedbirlere hükmedebilir³⁶.

Geçici tedbirlerin talep edileceği mahkeme, boşanma davasının açıldığı mahkemedir ve hükmün kesinleşmesiyle, dava sırasında verilmiş olan geçici tedbirler kendiliğinden ortadan kalkar³⁷.

³³ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 11.

³⁴ Oğuzman / Barlas, **a.g.e.**, s. 113'ten naklen: Oğuzman, M.K. / Aybay, A. / Sarı, S.: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, C. I: Umumi Esaslar-Şahıslar-Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2000, s. 35; Akyol, Ş.: Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri, C. I: Genel İlkeler-Şahıslar-Aile Hukuku, İstanbul 1984, s. 116.

³⁵ Öztan, **a.g.e.**, s. 477.

³⁶ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 10.

³⁷ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 10.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BOŞANMA

A. Boşanma Hakkı

Hukuk sistemlerinin büyük bir kısmı “boşanma kurumu”nu kabul etmekle beraber, halen bir kısım hukuk sistemi vatandaşlarına boşanma hakkı tanımamıştır. Bu nedenle “boşanma ve ayrılık”, kanunlar ihtilafının (yasa çatışmalarının) en fazla ortaya çıktığı konulardandır³⁸.

Tarihsel gelişimlere paralel olarak, boşanma hakkı ve şekli de değişikliklere uğramıştır. Örneğin; ilk çağlarda yaşayan Pueblo Yerli kabilelerinde, kadın kocasının ayakkabılarını kapı eşiğine bıraktığı zaman boşanma gerçekleşmiş olurken, bazı eski toplumlarda çocuğun doğması evliliği kalıcı kılıyordu³⁹.

Eskiçağın Mezopotamya toplumlarında, boşanma birtakım kurallara bağlanmışken, eski Roma, Cermen, Musevi hukuk sistemlerinde, koca tek taraflı iradesiyle evliliği sona erdirebilmekteydi⁴⁰. İslam hukukunda ise, daha öncede ifade ettiğimiz gibi, koca sadece bir takım ilahi ve manevi kayıtlarla sınırlandırılmış olarak⁴¹, karısını tek taraflı iradesiyle(talâk) boşayabilmekte idi.

Katolik dininin etkisinde olan ülkelerin bazılarında yakın tarihlerde boşanma kurumu kabul edilmişken, bazılarında ise halen bu kurum kabul edilmemiştir⁴². Katolik kilisesine göre evlilik; eşlerin mezara dek birleşmelerini ifade eder⁴³. Bu durum eşlerin arasında çıkabilecek problemler göz önüne alındığında çok büyük sakıncalar yaratabilir. Bu nedenle Katolik geleneğe bağlı bazı ülkelerde bu husus biraz olsun yumuşatılmış ve belli şartların gerçekleşmesi halinde eşlerin boşanabileceği kabul edilmiştir.

³⁸ Aybay, R. / Dardağan, E., **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması**, İstanbul 2005, s. 193.

³⁹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Boşanma>, Erişim Tarihi: 14.04.2010.

⁴⁰ Tekinay, S., **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 167; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 2.

⁴¹ Tekinay, **a.g.e.**, s. 166.

⁴² Aybay / Dardağan, **a.g.e.**, s. 193.

⁴³ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 877.

Protestanlık boşanma yasağına karşı çıkmış ve bu sayede, boşanma kurumu Avrupa'da yayılmaya başlamıştır⁴⁴. Buna rağmen halen Güney Amerika devletlerinde bu sert ilke devam etmektedir⁴⁵. İtalya 1970 yılında çıkarılan ve 1974 yılında halkoyuna sunulan bir kanunla boşanmayı kabul etmişken, Portekiz 1978, İspanya ise 1981 yıllarına kadar vatandaşlarına bu hakkı tanımamıştır⁴⁶. Malta'da ise 2010 yılında, eşlere boşanma hakkı tanınip tanınmayacağına dair hukuki bir tartışma başlamış ve 2011 yılında bu yönde bir referandum yapılması kararına varılmıştır⁴⁷. Buna karşın, eşlerin karşılıklı anlaşmayla boşanmalarına izin veren ve aralarında Türkiye'nin de bulunduğu, İsveç, Norveç, Belçika, Macaristan gibi birçok ülke bulunmaktadır⁴⁸.

B. Boşanma Sebepleri

Boşanma hukuken önemli bir kavram olmasından mütevellit; çağdaş hukuk sistemlerinin çoğunda belirli nedenlere dayandırılmıştır. Bu hukuk sistemlerinde boşanma ancak kanunda tahdidi olarak sayılmış nedenler olduğu takdirde gerçekleşebilir. İslam hukuku ise bu kuraldan ayrılmış ve sadece kocaya ve sebeplerle sınırlandırılmamış, sınırsız bir boşanma hakkı tanımıştır⁴⁹.

Boşanma sebepleri çeşitli ilkelere dayandırılmıştır⁵⁰. Boşanmaya hükmedilebilmesi için "*Kusur İlkesi*"ne göre; eşlerden birinin kusurlu olması; "*Temelden Sarsılma İlkesi*"ne göre; eşlerden birinin kusuru bulunmasa dahi,

⁴⁴ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 3.

⁴⁵ <http://www.turkcebilgi.com/bosanma/ansiklopedi>, Erişim Tarihi: 14.04.2010.

⁴⁶ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 3, bkz. dn.9.

⁴⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Divorce>, Erişim Tarihi: 19.01.2011.

⁴⁸ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 3.

⁴⁹ Cin / Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 352.

⁵⁰ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 4.

evliliğin eşler için çekilmez hale gelmesi; “*İrade İlkesi*”ne göre ise eşlerin anlaşmaları veya birinin talebi gerekmektedir⁵¹.

Boşanma sebeplerinin dayandığı bu ilkeler hukuk sistemlerinde birbirleriyle özümşenerek uygulanır.

C. Boşanmanın Usulü

1. Yargı Organı Dışında Boşanmalar

Çağdaş hukuk sistemlerinde, boşanma hükümleri genellikle adli bir mahkeme hükmü ile gerçekleşse de⁵², idari, dini makamlara veya yasama organına boşanma yetkisi tanıyan hatta tek taraflı irade beyanı ile boşanmanın gerçekleşeceğine hükmeden hukuk sistemleri mevcuttur⁵³. Örneğin İslam hukukunda kocanın tek taraflı iradesi ile (talâk) kadını boşayabileceğinden bahsetmiştik.

Hollanda, Lüksemburg, Belçika ve Romanya gibi bir kısım ülke hukuklarında boşanma için, bu hükmün resmi sicile tescili gerekir. Danimarka ve Norveç gibi bazı ülke hukukları ise, boşanmanın gerçekleşmesi için idari bir fiili yeterli görmekte, Kanada özel nitelikli bir kanun ile boşanmayı gerçekleştirmektedir. Tayland, Pakistan, Güney Kore, Çin ve Japon hukukları ise; bir hukuki işlem ile boşanmayı temin etmektedirler. Ayrıca dini makam veya mahkemelerin kararı ile de boşanmayı temin eden hukuklar mevcuttur⁵⁴.

Roma hukukunda ise önceleri, boşanma kocanın tek taraflı iradesi ile gerçekleşiyordu. Bazı hallerde rahipler tarafından boşanmaya

⁵¹ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 880,881.

⁵² Nomer, C./ Şanlı, C., **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2009, s. 259.

⁵³ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 4.

⁵⁴ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 259.

hükmedilebiliyor idi. Anlaşmalı boşanma ise hiçbir idari veya dini makam tarafından kabul edilmemişti⁵⁵.

2. Yargı Organı Önünde Boşanmalar

Bugün dünyanın uygar ülkelerinin çoğunun kabul ettiği bu sistem, Protestan hukukunun Katolik kilise hukukunun boşanma yasağı prensibine bir tepkisi olarak doğmuştur⁵⁶.

Günümüzde birçok çağdaş hukuk sistemi boşanmayı bir adli mahkeme hükmüne dayandırmaktadırlar.

IV. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA BOŞANMA

Milletlerarası özel hukuk alanında boşanmaya ilişkin sorunların çözümü ülkeden ülkeye değişmektedir. Mahkemelerin milletlerarası yetkiye sahip olduğu durumlarda lex fori'nin (mahkeme yeri hukuku) uygulanması ya da bir yerde belirli süre ikamet etmenin mahkemelere milletlerarası yetki tanınması ve buna göre ikametgâh hukukunun uygulanması gibi esaslar birçok ABD eyaletinde kabul edilmiştir⁵⁷. Yine Danimarka, İsviçre, İngiltere vb. ülkelerde ikametgâh hukuku prensibini benimsemişlerdir⁵⁸.

Yugoslav Aile Hukuku ise, Yugoslav mahkemelerin, eşlerin her ikisinin de yabancı olması halinde, boşanmaya hem Yugoslav kanununda (EHTK),

⁵⁵ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 5.

⁵⁶ Cin, H., **İslamda Evlenme ve Boşanma**, Ankara 1976, s. 21.

⁵⁷ Çelikel, A / Erdem, B., **Milletlerarası Özel Hukuk: Açıklamalı MÖHUK Tasarısı ile Birlikte**, Yenilenmiş 8. Bası, Beta, İstanbul 2007, s. 245.

⁵⁸ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 245.

hem de tarafların milli kanunlarında öngörülen sebeplerden birine dayanarak karar verebileceğini hüküm altına almıştır⁵⁹.

Türk Hukukunda boşanma sebep ve hükümlerine ise, Devletler Hususi Hukuku Kanunu (MÖHUK) yürürlüğe girmeden önce, 23 Şubat 1330 (1915) tarihli “*Memalik-i Osmaniye’de bulunan Ecnebiyenin Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Kanunu Muvakkat*”⁶⁰ (Türkiye’de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanun)’ın 4. maddesi uygulanmakta idi⁶¹.

Sözü edilen bu madde; “... *yabancılara ait olup, evlenme, boşanma, ayrılık, babalık, nesep, evlat edinme gibi aile hukukuna ve rüşd, mezuniyet, hacir ve vesayet gibi ehliyet ve menkul mallara ait vasiyet ve terekeye ilişkin davalar, Türk mahkemelerinde görüldüğü takdirde, kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla, ilgililerin milli kanunlarına, kanunlar ihtilafı halinde devletler hususi hukuku kaidelerine göre muamele görürler*” şeklinde ifade bulmuştur⁶².

Hükme göre yetkili hukuk eşlerin milli hukukudur. Bununla beraber eşlerin farklı tabiiyette olmaları halinde uygulanacak hukukun ne olacağı hususunda boşluk vardır. Bu boşluk; karşılaştırmalı hukuk, doktrin ve mahkeme kararları ile doldurulmakta idi⁶³. Hukuki ilişkinin ağırlık merkezi, ikametgâh kavramı gibi kıstaslar göz önüne alınarak çözüm bulunmaya çalışılıyordu⁶⁴.

Yargıtay verdiği kararlarda, çeşitli gerekçelere dayanarak Türk Hukuku’nu uyguluyor ve bu suretle boşluğu dolduruyor idi⁶⁵. Farklı tabiiyette olan eşlerin Türkiye’de evlenmiş olmaları ya da eşlerden birinin Türk vatandaşı olması, boşanma davasında Türk Hukukunun uygulanması için yeterli

⁵⁹ Özsunay, E., “Yugoslav Aile Hukukunda Evlenme ve Boşanma”, **MHAD**, Sayı 4, Yıl 3, İstanbul 1969, s. 162 vd.

⁶⁰ T.C. Kanunları, C.I, s.127-128.

⁶¹ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 244.

⁶² Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 208.

⁶³ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.209.

⁶⁴ Sakmar, A., **Devletler Hususi Hukukunda Boşanma**, İstanbul 1976, s. 96.

⁶⁵ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s.12.

görülyordu⁶⁶. Fakat herhangi bir kurala dayanmadan getirilen bu kriterler kararlarda birlik saęlamaktan uzaktı.

Muvakkat Kanun Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan yaklaşık altmış yıl sonra yerini 2675s. MÖHUK'a bırakmıştır. Sadece milletlerarası özel hukuku değil, aynı zamanda milletlerarası usul hukukunu da düzenleyen kanun⁶⁷, 1330 tarihli Muvakkat Kanunun yerine geçmek ve HUMK'un konu ile ilgili bazı maddelerinde değişiklik yapmak üzere çıkarılmış idi⁶⁸.

Bugün ise, 22.11.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK'u, 12.12.2007 yürürlük tarihli, 5718 sayılı MÖHUK yürürlükten kaldırmıştır. Boşanma ve ayrılıktan doğan kanunlar ihtilafı kurallarını 14. maddede düzenleyen yeni MÖHUK, boşanma ve ayrılık sebepleri ile bunların hükümlerine uygulanacak hukuku; eşlerin müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku olarak belirlemiştir.

⁶⁶ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 245.

⁶⁷ Ansay, T., "Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye'de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler", **MHB**, Sayı 2, Yıl 2, 1982, s. 2.

⁶⁸ Çelikel, A., "Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları", **MHB**, Sayı 2, Yıl 2, 1982, s. 7.

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA VE AYRILIKTA UYGULANACAK YETKİLİ HUKUK

I. YABANCILIK UNSURU VE BU UNSURUN TESPİTİ KURALLARI

A. Yabancılık Unsuru

Bir hukuki işlem veya ilişki birden fazla hukuk düzeni ile bağlantılı ise yabancı unsur veya milletlerarası unsur taşımaktadır. MÖHUK md. 1’de “*yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem veya ilişkilerde...*” ifadesi ile kanunun kapsamı belirtilirken, yabancılık unsurunun ne olduğu ve hangi hallerde var olduğu tespit edilmemiştir. Doktrin ve uygulamaya bırakılan bu kavramı açıklayan çeşitli yaklaşımlar mevcuttur.

Klasik anlayışa göre; bir hukuki işlem veya ilişki coğrafi anlamda birden fazla ülke ile irtibat halinde olur ise, bu işlem veya ilişki yabancılık unsuru ihtiva etmekte ve dolayısıyla milletlerarası özel hukukun kapsamına girmektedir⁶⁹.

Doktrinde ise yabancı unsur kavramı “bir hukuki işlem veya ilişkiyi oluşturan unsurlardan bir veya birkaçının birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesini sağlayan unsur” olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle salt coğrafi bağlantı, bir hukuki işlem veya ilişkinin yabancı unsur ihtiva etmesi için yeterli olmadığı gibi gerekli de değildir. Zira olay veya ilişkinin yabancı bir hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesi gerekmektedir⁷⁰. Mesela; belirli bir olay veya ilişkiye yabancı bir devlet vatandaşı iştirak etmiştir veya ihtilaf konusu şey

⁶⁹ Doğan, V., **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010, s. 23.

⁷⁰ Doğan, Milletlerarası, s. 24.

yabancı ülkededir veya ihtilaf yabancı ülkede gerçekleşmiştir veya ihtilafın taraflarından biri yabancı bir ülkede ikamet etmektedir⁷¹.

Somutlaştırmak gerekirse; boşanma ve ayrılıktan doğan davalarda; eşlerden birinin veya her ikisinin yabancı devlet vatandaşı olması veya eşlerin yabancı ülkede ikamet ediyor olması gibi hususlar, ihtilafı yabancı unsur ihtiva eder hale getirmektedir.

B. Yabancı Hukukun Uygulanması

Yabancılık unsuru taşıyan olay veya ilişkilerde hâkim kendi bağlama kurallarından hareket ile yetkili yabancı hukuku tespit edecektir. Bu hukuk hâkimin kendi hukuku (lex fori) olabileceği gibi, yabancı bir devlet hukuku da olabilir⁷².

MÖHUK md. 2/1 uyarınca, hâkim yetkili hukuku re'sen tespit etmek mükellefiyeti altındadır ve gerekirse bu hususta taraflardan yardım isteyebilir⁷³. Aynı zamanda **HUMK md. 76 c.1** uyarınca "*hakim re'sen Türk kanunları uyarınca hüküm verir*". Bununla ilgili olarak, Yargıtay bir kararında⁷⁴, iki Yugoslav arasındaki boşanma davasına müşterek milli hukukları olan Yugoslav hukukunu uygulamadan, Türk Medeni Kanunu hükümlerini uygulayarak, bağlama kurallarının yanlış tatbik edildiği gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur. Görüldüğü gibi, bağlama kurallarının yanlış uygulanması, **HUMK md. 428/I**'e göre bir bozma sebebi teşkil etmektedir.

Hâkim yabancı hukuku, milletlerarası bir mükellefiyete veya yabancı hukukun emrine göre değil, tamamen kendi milli hukukunun emrine dayalı

⁷¹ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 5.

⁷² Doğan, Milletlerarası, s. 157.

⁷³ Y. 2.HD. 08.12.1993 T., E.1993/9385-K.1993/11926, RUHİ, A.C, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun: Gerekçeli- Açıklamalı- Yargıtay İçtihatı**, s. 130.

⁷⁴ Y. 2. HD 11.05.1967 T., Yazıcı, H. / Atasoy, H, **Şahıs ve Aile Hukukunda Yargıtay Tatbikatı 1952-1970: Kanun Metni Açıklama ve Emsal İçtihatlar**, İstanbul 1970, s.242.

olarak uygulama zorunluluğu altındadır⁷⁵. Boşanma ve ayrılıktan doğan yabancı unsurlu davalarda da, hâkim MÖHUK md.14'te düzenlenen bağlama kurallarını tatbik etmek sureti ile uygulanacak hukuku tespit edecektir.

II. ÖNSORUN

Esas ihtilafın temelini oluşturan ve çözümü bu ihtilaf hakkında verilecek kararı etkileyecek olan meselelere “önsorun” denmektedir⁷⁶. Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu bir davada boşanma kararı verebilmesi için, öncelikle boşanma konusu olan evliliğin geçerli olması gerekir. Dolayısıyla burada önsorun (evlilik) halledilmeden esas sorunun (boşanma) çözülmesi mümkün değildir⁷⁷. Zira ancak geçerli bir şekilde tesis edilmiş olan evlilik ilişkisi hakkında boşanma kararı verilebilir.

Boşanma kararı verilmeden önce geçerli bir evliliğin mevcut olup olmadığı hususu incelenmelidir ki; bu müstakil bir bağlama konusu teşkil eder⁷⁸. Bu durum lex fori'ye göre çözümlenir⁷⁹. Bu nedenle evlilik ilişkisinin geçerli olup olmadığı meselesinde evlenmeyi düzenleyen hüküm (md.13/1) uygulanır. Evliliğin mevcut olup olmadığı, mevcut ise butlan ile sakat ya da yoklukla malûl olup olmadığı hususları da yine evlenmeyi düzenleyen hükme göre çözümlenir⁸⁰. Bununla birlikte; evliliğin hâlen mevcut olup olmadığı hususu ayrı bir tespittir⁸¹.

Geçerli bir evlilikten bahsedebilmek için; ya evliliğin MÖHUK md.13/1'e uygun olarak kurulmuş olması ya da yabancı ülke tarafından verilmiş olan

⁷⁵ Doğan, Milletlerarası, s. 158.

⁷⁶ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s.138.

⁷⁷ Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s.29.

⁷⁸ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.256.

⁷⁹ Esas ihtilaf için lex causae uygulanırken, “önsorun” için lex fori'nin uygulanması iç karar ahengini sağlamaya yönelik bir amaçtır. Bu nedenle bugün Türk hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre “önsorun” hususunu çözmektedir, bkz. NOMER/ŞANLI, 143.

⁸⁰ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s.248.

⁸¹ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.257.

boşanma kararının Türk mahkemelerince tanınmış olması gerekmektedir⁸². Zira diğer bir ülkede verilen karar tanınmışsa, artık boşanma kararı verme cihetine gidilemez. Bununla birlikte eşler, şekil ve esas bakımından evlenmenin tâbi olduğu hukuka göre geçerli bir evlilik akdetmişler ve fakat bunu tescil ettirmemişler ise, tescil evliliğin geçerliliğine etki etmeyeceğinden, aralarındaki evlilik ilişkisini boşanma davasına konu yapabilirler⁸³.

MÖHUK md.13/1'e göre geçerli olan ve geçerliliğini devam ettiren bir evlilik tarafların milli hukuklarına göre geçerli olmasa ya da sona ermiş bulunsa dahi Türk mahkemelerinde boşanmaya konu olabilir. Bununla birlikte Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre geçerli olarak kurulmamış bir evlilik, tarafların milli hukuklarınca geçerli kabul edilse dahi, Türk mahkemelerinde boşanma davasına konu olamaz⁸⁴. Zira Türk hukuk sistemine göre, başından itibaren geçerli olarak kurulmayan bir evlilikte boşanma kararı verilemez.

Yabancı mahkemede açılmış olan bir boşanma davasının aynı anda Türk mahkemelerinde de açılmış olması taraflarca derdestlik itirazı yapılmadığı müddetçe görülmeye engel değildir⁸⁵.

MÖHUK esas ihtilafın dayanağını oluşturan “önsorun” meselesine hangi hukukun uygulanacağını gösteren herhangi bir hüküm koymamıştır. Bu nedenle, mahkemeler her somut olayda, durumun özelliklerine göre karar vermekte ve iç karar ahengini sağlamaya yönelik olarak hareket etmektedirler⁸⁶. Bununla birlikte önsoruna uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına önem verildiği burada belirtilmelidir. Zira madde ifadesi bunu yasaklamamaktadır⁸⁷.

⁸² Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s.29.

⁸³ Doğan, Milletlerarası, s. 241.

⁸⁴ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.257.

⁸⁵ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.257.

⁸⁶ Alman hukukunda da somut olayın özellikleri göz önüne alınarak, lex causae veya lex fori uygulanmak sureti ile, milletlerarası karar ahengi ve iç karar ahengi arasında tercih yapılmaktadır, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, 144.

⁸⁷ Seviğ, V.R., “MÖHUK ve Atıf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, **MHB**, Sayı 1, Yıl 1982, s. 15.

Bununla birlikte Türkiye'nin taraf olduğu iki sözleşme, düzenledikleri konularda ortaya çıkabilecek “önsorun”lara hangi hukukun uygulanacağını hüküm altına alarak bu konulardaki belirsizlikleri ortadan kaldırmıştır. Bunlardan biri “*Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanıma ve Tenfizine İlişkin Sözleşme*⁸⁸” iken, bir diğeri “*Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme*⁸⁹” dir.

III. BOŞANMA VE AYRILIKTA BAĞLAMA KURALLARI

A. Genel Olarak

5718s. MÖHUK md.14 boşanma ve ayrılığa uygulanacak bağlama noktalarını 1.fıkırdaki belirtmiştir. Buna göre:

MÖHUK md.14: (1) *Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.*

Düzenlemede, bağlama noktaları birbirine alternatif olarak değil, kademeli olarak sıralanmıştır. Doktrinde bu düzenleme biçimine “kademeli”⁹⁰ veya “basamaklı” bağlama kuralı denilmektedir⁹¹. Aynı zamanda bu kural, iki Türk’ün veya davalı Türk vatandaşının yabancı ülkede boşanması halinde de dolaylı olarak uygulama alanı bulacaktır⁹².

1902 tarihli La Haye Boşanma Sözleşmesinde boşanmaya uygulanacak hukukun tespitinde ilk bağlama kuralı olarak müşterek milli hukuk kabul

⁸⁸ Türkiye sözleşmeyi 17.04.1975’te onaylamıştır. Ayrıca bkz. ÇELİKEL-ŞANLI-ÖZTEKİN-ERDEM-ATAMAN-GIRAY, Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, I, İstanbul 2005, s.169 vd.

⁸⁹ Türkiye La Haye Sözleşmesini 26.01.1982 tarihinde onaylanmıştır. RG. 06.02.1983-17961.

⁹⁰ Kademeli olarak kabul edilmiş kurallar ana kanunlar ihtilafı kuralı olmayıp, bir önceki hukukun bulunmaması halinde, sıra ile uygulanacak kurallardır, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, 75.

⁹¹ Çelikel / Erdem, a.g.e., s.64.

⁹² Özkan, I., *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara 2003, s. 111.

edilmiştir (madde 1). Taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler son müşterek milli hukukları yetkilidir⁹³.

Türk kanunlar ihtilafı kuralları da, boşanma ve ayrılığa uygulanacak ilk bağlama kuralını müşterek milli hukuk olarak belirlemiştir. Tarafların aynı vatandaşlıkta olmamaları halinde ise, birinin milli hukuku diğerine tercih edilmeyerek, ikinci bağlama noktası müşterek mutad mesken olarak belirlenmiş, bunun da bulunmaması halinde uygulanacak hukuk nihayet Türk hukuku olarak tespit edilmiştir.

Türk kanunlar ihtilafı kurallarında, diğer aile hukuku ilişkilerinde olduğu gibi, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukta da müşterek bağlama noktalarının esas alındığı görülmektedir⁹⁴. Zira boşanma iki kişinin dâhil olduğu ve müşterek noktaların belirlenmesi zaruretinin bulunduğu bir alandır.

Aynı şekilde örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun boşanma ve ayrılığa uygulanacak bağlama kurallarını düzenleyen 61. Maddesi'nin⁹⁵ 1. fıkrası; *“boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk İsviçre hukukudur”* demektedir. Hemen 2. Fıkrasında ise *“bununla birlikte taraflar müşterek milli hukuku haizler ise ve taraflardan sadece biri İsviçre’de ikamet ediyor ise, müşterek milli hukukları uygulanır”* demek sureti ile taraflar için ortak bir nokta getirmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrası ise, *“tarafların müşterek milli hukukları boşanmayı yasaklıyor veya boşanma için birtakım ağır şartlar getiriyor ise, o zaman eşlerden birinin İsviçre vatandaşı olması veya eşlerden birinin son iki yıldır İsviçre’de ikamet etmesi halinde İsviçre hukuku uygulanır”* ifadesi ile, eşlerin kendi ülke hukukları nedeni ile boşanamama ihtimalini bertaraf etmiştir.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da boşanma ve ayrılığa uygulanacak bağlama kurallarında müşterek noktalar esas alınmış ve eşler arasındaki eşitliğin zedelenmemesine dikkat

⁹³ Özkan, a.g.e., s. 112.

⁹⁴ Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 212.

⁹⁵ www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf, Erişim Tarihi: 13.01.2011.

edilmiştir⁹⁶. Bununla birlikte bu esaslar Türk hukukunda olduğu kadar kademeli olarak düzenlenmemiş ve maddede tek bir müşterek nokta olan “müşterek milli hukuk” esası hüküm altına alınmıştır.

Boşanma ve ayrılık davaları müşterek menfaatlerin ön planda tutulduğu davalar olduğundan, kanaatimize göre; MÖHUK kademeli bağlama kuralları getirmekle, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’na göre daha isabetli bir düzenlemeye gitmiştir.

Bir kısım başka ülkelerin pozitif düzenlemelerine baktığımızda ise; Alman hukukunda MÖHK md. 17/1-1’deki düzenleme ve Avusturya hukukunda MÖHK §20/1 uyarınca; boşanma davasının açıldığı anda evlenmenin genel hükümleri bakımından yetkili hukukun uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁹⁷.

İtalyan kanunlar ihtilafı kurallarına göre ise boşanma ve ayrılığa ilişkin uygulanacak bağlama kuralları, MÖHK md. 30’da düzenlenmiştir. Buna göre; uygulanacak hukuk dava tarihindeki müşterek milli hukuka göre belirlenir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde ise evlilik ilişkisinin merkezindeki ülke hukuku uygulanacak huktur. Bununla birlikte uygulanacak hukuk boşanmaya izin vermiyor ise, İtalyan hukuku uygulanır⁹⁸.

Fransız hukukunda ise; Fransız mahkemesinde görülen yabancı unsurlu bir boşanma davasında, Fransız hukukunun uygulanması koşullarının öncelikle saptanması yoluna gidilmiştir. Zira Fransız hukuku, boşanma statüsünün “lex fori” ağırlıklı olarak saptandığı bir hukuk sistemini haizdir. Buna göre; her iki eş de Fransız ise, eşlerden her ikisinin ikametgâhı Fransa’da ise ve yabancı kanunlardan hiçbiri de kendisini yetkili görmüyor ise Fransız hukuku uygulanacak hukuk olacaktır⁹⁹.

⁹⁶ Doğan, Milletlerarası, s. 242.

⁹⁷ Doğan, Milletlerarası, s. 242 bkz. dn. 58.

⁹⁸ Montanori, A. / Narcisi, V.A., **Conflicts of Law in Italy**, London 1997 s. 64.

⁹⁹ Uluocak, N., **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul 1989, s. 76.

B. Müşterek Milli Hukuk

1. Genel Olarak

Türk hukukunda, aile hukukuna ilişkin tespit edilen kanunlar ihtilafı kurallarında “müşterek” noktalar esas alınmıştır¹⁰⁰. Fransız hukukunda yer alan, aynı tabiiyetteki eşlerin boşanma ve ayrılık davalarında, onların müşterek milli kanunları uygulanmalıdır ilkesinde olduğu gibi¹⁰¹, MÖHUK boşanma ve ayrılıkta uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarında da bu prensibi esas almış ve 14. madde de müşterek bağlama noktaları getirmiştir.

Yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davaları bakımından getirilen ilk bağlama kuralı uyarınca; boşanma ve ayrılık sebepleri eşlerin “müşterek milli hukuku”na tâbidir. Zira boşanma ve ayrılık ahkâm-ı şahsiye ile ilgili olduğundan, her şeyden önce karı kocanın müşterek hukuklarının uygulanması gerekir¹⁰².

Milli hukukun aile hukuku meselelerinde milletlerarası özel hukukta bir bağlama kuralı olarak kabul edilmesi, milli devletlerin kurulması ve kanunlaştırma hareketlerinin başlaması neticesinde ortaya çıkmıştır¹⁰³.

Karı kocanın müşterek bir vatandaşlığı haiz olması, ya evlendikleri zaman aynı tabiiyette bulunmaları ya da kadının evlenmekle kocasının tâbiyetini kazanması neticesinde söz konusu olabilir¹⁰⁴.

“Müşterek milli hukuk” bağlama noktasına göre; eşler aynı devletin vatandaşı oldukları takdirde, boşanabilme imkânları ve sebeplerine eşlerin müşterek milli hukuku uygulanacaktır¹⁰⁵.

Bu husus ile ilgili Ankara 3. Aile Mahkemesi’nin 2010/1644 esas ve 2010/1618 karar numaralı hükmünde; Rus uyruklu Türk vatandaşı davacı ile

¹⁰⁰ Tekinalp, G., **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 9. Bası, İstanbul 2006, s.164.

¹⁰¹ Göger, E., **Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı**, 3. Bası, Ankara 1975, s. 182.

¹⁰² Berki, O.F., **Devletler Hususi Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 1956, s. 324.

¹⁰³ Tekinalp, G., “Kişisel Statü- Milli Hukuk- İkametgah Hukuku- Eğilimler- Düşünceler”, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 890.

¹⁰⁴ Berki, a.g.e., s. 323.

¹⁰⁵ Sakmar, a.g.e., s.97.

yine Türk vatandaşı davalının boşanma taleplerine; müşterek milli hukukları Türk hukuku olduğundan, Türk hukukunun maddi kuralları (Türk Medeni Kanunu) uygulanmış ve boşanmaya hükmedilmiştir¹⁰⁶.

Zira daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, aile hukuku ile ilgili kurallar ahkâm-ı şahsiye ile ilgilidir. Evlilik birliğinin infisah edip etmeyeceği hususu da aile hukukunun mütemmim cüzünü oluşturduğu için, ahkâm-ı şahsiyenin tabi olduğu hukuk ile tanzim ve idare olunur¹⁰⁷.

Davaya konu olan boşanma sebebinin, yabancı müşterek milli hukukta yer alması lâzım ve yeterlidir¹⁰⁸. Örneğin; sadece ayrılık müessesini kabul etmiş olan eski İspanyol hukukunun yetkili hukuk olduğu durumlarda, boşanmaya karar verilemez¹⁰⁹. Böylece Kanun, kişi hallerine ilişkin genel yaklaşımı korumuştur. Ayrıca tarafların müşterek milli hukukları bulunmasına rağmen, uygulanacak hukuku Türk hukuku olarak seçmeleri durumu, Türk hukukunun uygulanmasını gerektirmez¹¹⁰.

Yargıtay kararına konu bir boşanma davasında¹¹¹, Yargıtay, ABD vatandaşı olan tarafların “*Türk hukuku uygulansın*” biçimindeki beyanları ile yetinen ve tarafların müşterek milli hukukları olan ABD hukukunu uygulamadan hüküm kuran ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Bir şahsın vatandaşlığına, tabiiyeti söz konusu olan ülkenin hukukuna göre karar verilir; zira şahsın bir ülkeye tabiiyeti hakkında o ülke kararını vermişse; artık diğer ülkeler o kişinin vatandaşlığını kabul etmek zorundadırlar¹¹². Çünkü hiçbir devlet; başka bir devlet vatandaşlığı ile ilgili olumlu ya da olumsuz karar verme yetkisini haiz değildir¹¹³. Her devlet sadece kendi kanunları çerçevesinde bir kimsenin vatandaşı olup olmadığına

¹⁰⁶ Ankara 3. Aile Mahkemesi E.2010/1644-K.2010/1618 gerekçeli hüküm.

¹⁰⁷ Berki, O.F./ Ergüney, H., **Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara 1984, s. 77.

¹⁰⁸ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.257.

¹⁰⁹ Uluocak, N., **a.g.e.**, s.79.

¹¹⁰ Tekinalp, **Bağlama**, s.164.

¹¹¹ Y. 2. HD. 12.07.1995 T., E.1995/7581-K.1995/8106, bkz. RUHİ, A.C, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun: Gerekçeli- Açıklamalı- Yargıtay İçtihatlı**, Ankara 2008, s. 131.

¹¹² Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 113.

¹¹³ Doğan, **Milletlerarası**, s. 33.

karar vermektedir. Hiçbir devlet herhangi bir şahsa yabancı bir vatandaşlığı tevcih edemez¹¹⁴. Bu nedenle vatandaşlık hukuku milletlerarası hukuktan çok bir iç hukuktur¹¹⁵.

Her devletin kendi vatandaşının kim olacağını belirleme yetkisi aynı zamanda uluslararası bir ilkedir. Zira 12 Nisan 1930 tarihli *“Uyrukluk Yasalarının Çatışması ile İlgili Bazı Sorunlara İlişkin La Haye Sözleşmesi”*nin 1. ve 2. maddelerinde *“kişinin belirli bir devletin uyrukluğuna sahip olup olmadığı konusunda ortaya çıkan sorun, o devletin hukukunca çözülür”* hükmü yer almaktadır¹¹⁶.

Boşanma ve ayrılık davasında da uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralını belirlemek için öncelikle kişinin vatandaşlığının tespit edilmesi gerekir. Hâkim önüne gelen bir ihtilafta, milli hukukun tespiti zorunluluğu ile karşılaştığında bunu vatandaşlık hukuku prensipleri uyarınca çözmek durumundadır¹¹⁷. Bundan ötürü, vatandaşlık hukuku kanunlar ihtilafının bekletici meselesi olarak vasıflandırılmıştır¹¹⁸.

Taraflardan yabancı kişinin vatandaşlığı, kendi ülkesinin yetkili makamlarınca tanzim edilmiş belgelerle ispatlanmak zorundadır¹¹⁹. Bununla birlikte, taraflardan birinin Türk vatandaşlığını koruyup korumadığı, birden fazla ülke vatandaşı olarak görüldüğü hallerde, bunlardan hangisine gerçekten sahip olduğu, dava tarihi itibarı ile İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nden sorulup tespit edilecektir¹²⁰.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında¹²¹, Yargıtay, davacının Avusturya vatandaşı olduğu yazılmakla birlikte, aynı zamanda Reşadiye nüfus sicilinde kayıtlı olduğu, kişinin vatandaşlığı ile ilgili bu nitelikteki bir tereddüt halinde

¹¹⁴ Nomer, E., **Vatandaşlık Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul 1993, s. 59.

¹¹⁵ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 19.

¹¹⁶ Aybay, R., “Çifte Uyrukluk Sorunu”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.15, 1993, s. 102.

¹¹⁷ Bulut, H., **Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar**, İstanbul 2007, s. 217.

¹¹⁸ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 20.

¹¹⁹ Bulut, **a.g.e.**, s. 218.

¹²⁰ Y. 2. HD 03.06.1996 T., 4878-6037 s.kararı, YKD, 1997/7, s. 1056.

¹²¹ Y. 2.HD., 03.06.1996 T., E.199/4878- K.1996/6037, RUHİ, A.C, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun: Gerekçeli- Açıklamalı- Yargıtay İçtihatı** s. 131.

çözüm merciinin İçişleri Bakanlığı olduğu ve böyle bir araştırma yapılmadan hüküm verildiği gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

2. Müşterek Milli Hukukun Getirilmesinin Nedenleri

a. Genel Olarak

Uygulanacak hukuku belirlemede ilk bağlama noktası olarak, müşterek milli hukukun seçilmesinin birçok nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki; kişi ile en yakın irtibatlı hukukun müşterek milli hukuk olmasından ileri gelmektedir¹²². Zira hayat tecrübelerine göre kişinin vatandaşlığını haiz olduğu ve doğduğu yer, aynı zamanda kişinin yaşamakta olduğu yerdir¹²³. Aile hukuku meselelerinde mili hukukun bağlama kuralı olarak kabul edilmiş nedeni de zaten, milliyetçi hukuk akımlarının etkisidir¹²⁴.

Milli hukukun tespitinin kolay olması, kötüye kullanmaya imkân vermemesi, kişisel menfaati daha iyi temsil etmesi, milli hukukun tercih edilmesinin nedenleri arasındadır. Milletlerarası özel hukukta önemli olan; en adil çözüme ulaşmak için kişiye en yakın, en bildiği ve kendince en adil olduğunu düşündüğü hukukun uygulanmasıdır¹²⁵.

¹²² Özkan, I., **a.g.e.**, s. 83.

¹²³ Doğan, Milletlerarası, s.129.

¹²⁴ Tekinalp, Kişisel, s. 891.

¹²⁵ Tekinalp, Kişisel, s. 891.

(1) Kanuna Karşı Hile

i. Genel Olarak

Milli hukukun tercih edilmesinin bir başka nedeni ise; milli hukukun değiştirilmesindeki zorluktur¹²⁶. Bu nedenle müşterek milli hukuk, kanuna karşı hileyi de bir ölçüde engelleyebilmektedir.

Kanuna karşı hile; hukuki ilişkinin taraflarının, kendi menfaatlerine uygun olan hukukun uygulama alanı bulabilmesi için, kanunlar ihtilafı kurallarının tespit ettiği maddi hukuk kurallarından kaçınmak istemeleri ve bu nedenle milletlerarası özel hukukun bağlama kurallarına etki etmeleridir¹²⁷.

Eşler tâbi oldukları hukukun yasakladığı boşanmayı sağlayabilmek için, boşanmaya izin veren bir ülke hukukunun vatandaşlığına geçerek kanuna karşı hile yapabilirler¹²⁸. Bununla birlikte vatandaşlığın değiştirilmesi kolay olmadığından, kanuna karşı hile engellenebilmekte veya tespiti kolaylaşmaktadır.

Kanuna karşı hile kavramını engellemek için, ilk defa Fransız Yargıtayı tarafından “*kanuna karşı hile teorisi*” kavramı ortaya konmuştur. Fransız Yargıtayı bu teoriyi bir boşanma davasında verdiği karar ile meydana getirmiştir. Buna göre; hile amacı güdülerek ve meşru bir araç kullanılarak elde edilen netice tanınmamakta, bunun yerine yetkili yabancı hukukun bu değişiklikten önceki bağlama noktalarına göre tespit yapılmaktadır.

Türk doktrininde de bu çözüm yolu genellikle kabul edilmektedir¹²⁹. Örnek vermek gerekirse; eşlerin boşanabilmek amacı ile vatandaşlık değiştirmesi halinde, bu teori eski müşterek milli hukukun uygulanmasını sağlamaktadır

¹²⁶ Doğan, Milletlerarası, s.129.

¹²⁷ Doğan, Milletlerarası, s. 153.

¹²⁸ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 127.

¹²⁹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 140.

ii. Migratory Divorces

ABD Anayasası “*full faith and credit*” olarak adlandırılan bir ilke ihtiva etmektedir. Bu ilke; eyaletlerin birbirlerinin yargısal işlemlerine ve kamu düzeni ile ilgili maddelerine saygı duymaları ve onları tanımaları gerekliliği anlamına gelmektedir¹³⁰.

ABD Yüksek Mahkemesi boşanma hususuna bu ilkeyi ilk olarak 1906 yılında, “*Haddock v. Haddock*” davasında yorumlamak sureti ile yargısal bir zemin hazırlamıştır. Bu davada; bir çift New York’ta evlenmiş ve daha sonra koca Connecticut eyaletine taşınmış ve burada boşanma davası açarak boşanmıştır. Yüksek Mahkeme’nin görüşüne göre; Connecticut eyaletinin boşanma kararını New York eyaleti tanımak zorunda değildir; zira eşlerin birlikte oturduğu ve karının halen ikamet ettiği yer New York’tur¹³¹.

ABD’nin bazı eyaletlerinde boşanma yasağı olmasından dolayı, boşanma davalarının başka eyaletlere aktarılması sureti ile kanuna karşı hile yapılmaktadır. Eşlerin bulundukları eyalet boşanmayı çok sıkı şartlara bağlıyor veya boşanmayı hiç tanımıyor ise; eşler boşanmanın daha esnek şartlara bağlandığı eyaletlere taşınabilmektedirler. Akabinde bu eyalette yasal anlamda ikametgâhlarının tanınabilmesi için gerekli olan asgari süreyi geçiriyor ve böylece boşanma davası açıp, eyaletlerine boşanmış olarak dönebiliyorlar.

“*Migratory divorces*” diye adlandırılan bu çeşit boşanmalar ABD’nin çeşitli eyaletlerinde sıklıkla görülmektedir¹³². En bilinen örnek ise Nevada eyaletidir. Eyaletin çoğunluğunun erkeklerden oluşması, coğrafi koşullar ve

¹³⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Full_Faith_and_Credit_Clause, Erişim Tarihi:21.01.2011.

¹³¹ Woelki-Boele, K., **Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe**, New York 2003, s. 251.

¹³² Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.128.

sosyal yapı bu nitelikteki boşanmaları artırarak kanuna karşı hile problemini ortaya çıkarmıştır¹³³.

Bu husustaki en bilinen dava ise; ABD'nin Kuzey Karolina eyaletinde gerçekleşmiştir. Davada Kuzey Karolina eyaletinde ikamet eden eşler burada boşanmayı sağlayamamakta; bu nedenle Nevada eyaletine taşınıp orada boşanmaktadırlar. Akabinde koca, Kuzey Karolina eyaletinde tekrar evlenmekte; bu nedenle eyalet savcısı, koca hakkında "bigami" nedeni ile soruşturma başlatmaktadır. Savcı soruşturmayı "Haddock" kararına atıfla gerçekleştirmekte ve tarafların ikametgâhı ve müştereken oturdukları yer Kuzey Karolina'da olduğundan, Nevada'daki boşanma kararının hüküm ifade etmeyeceğini savunmaktadır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme Haddock kararındaki görüşünün tersine; burada "*full faith and credit*" ilkesinin geçerli olacağını; zira eşlerin boşanma anında Nevada'da ikamet edip etmediklerine dair herhangi bir delilin bulunamadığına hükmetmiştir. Bu nedenle karar bozulmuş ve değiştirilmiştir¹³⁴.

(2) Müşterek Milli Hukuk Halinde Yabancı Hukukun Uygulanacak Hükümleri

"Müşterek milli hukuk" prensibine göre; yabancılara kendi kanunlarının boşanmaya ilişkin hükümleri uygulanır. Zira böyle bir durumda, Türk kanunlar ihtilafı kuralları, tarafların müşterek milli hukukunu yetkili kılmaktadır. Yabancı hukukun farklı boşanma nedenleri kabul etmesi, bu hukukun uygulanmama nedeni olamaz¹³⁵. Bu nedenle, tarafların müşterek milli hukukunun boşanmaya ilişkin hükümleri tatbik edilirken, aynı zamanda Türk boşanma hukukunun hükümleri de uygulanamaz¹³⁶.

¹³³ Ingram, F.W./Ballard, G.A., **Law and Contemporary Problems Vol.2, No.3, The Business of Migratory Divorce in Nevada**, 1935, s.1.

¹³⁴ Woelki-Boele, K., **a.g.e.**, s.251,252.

¹³⁵ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s.246.

¹³⁶ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.257.

b. Eş(ler)in Çifte veya Çok Vatandaşlığa Sahip Olması Halinde Uygulanacak Bağlama Kuralı

Bağlama noktası olarak müşterek milli hukukun kabul edildiği durumlarda, kişinin tek bir vatandaşlığa sahip olması durumunda uygulanacak hukukun belirlenmesi kolaydır. Bununla birlikte günümüzde çifte vatandaşlık durumu giderek artmaktadır¹³⁷.

“Çifte vatandaşlık” kişinin yasal olarak birden fazla devlete bağlanmasını ifade etmektedir¹³⁸. Bu durumda hangi ülkenin hukukunun, milli hukuk olarak kabul edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Eşlerden birinin veya her ikisinin çifte vatandaşlığa sahip olması durumunda; MÖHUK md. 4/b hükmü uygulanacaktır. Buna göre:

MÖHUK md.4/b: *Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku,*

uygulanır. Fakat MÖHUK md.14/1 hükmünün uygulanabilmesi için diğer eşin de Türk vatandaşlığını haiz olması gerekir. Bununla birlikte; çok vatandaşlık hallerinde, “lex fori” de yer alıyorsa bu takdirde sadece lex fori’nin vatandaşlığının dikkate alınacağı hususu uluslararası bir karaktere sahiptir¹³⁹.

Türk hukukunda yabancı vatandaşlık karşısında Türk vatandaşlığı önceliğe sahiptir¹⁴⁰. Başka bir ifade ile eşlerden biri çifte vatandaşlığa sahip ise ve bu vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise; haiz olduğu diğer yabancı vatandaşlık eşininki ile aynı olsa dahi; müşterek milli hukuk uygulanmayacak, Türk hukuku’nun uygulanmasına gidilecektir. Yargıtay da

¹³⁷ Doğan, Milletlerarası, s.129.

¹³⁸ Uluocak, N., “Türk Vatandaşlığı Kanununda Çifte Vatandaşlık İlkesinden Yararlanma Olanakları”, **MHB**, Sayı 1, Yıl 3, 1983, s. 19.

¹³⁹ Nomer, E., Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2009, s.34.

¹⁴⁰ Nomer, Vatandaşlık, s. 35.

14.10.1943 tarihli bir kararında “*Türk tebaasından olan davacının boşanma davasına hiçbir yabancı kanunun uygulanamayacağını*” kabul etmiştir¹⁴¹.

Yargıtay da bir kararında¹⁴²; bu husus desteklenmiş ve yerel mahkemenin; davacının Fransız vatandaşı olmasının yanında Türk vatandaşı olup olmadığını araştırmadan karar verme cihetine gitmesini eksik inceleme olarak nitelendirmiş ve kararı esastan bozmuştur.

Çifte veya çok vatandaşlık hallerinde; Türk vatandaşlığının yer almadığı hallerde ise “*tâbiyetin gerçekliği ilkesi*” uygulanmaktadır. Milletlerarası Adalet Divanı’nın 6 Nisan 1955 tarihinde verdiği bu karar uyarınca; bir kişinin çifte veya çok vatandaşlığı haiz olduğu durumlarda, ortaya çıkan bir ihtilâfta kişinin vatandaşlığının tespitinde, bu ülkelerden hangisi ile daha yakın ve sıkı irtibat halinde bulunduğu dikkate alınacak ve bundan sonra bu ülkenin vatandaşı olarak kabul edilecektir¹⁴³. Doktrinde “daha sıkı irtibat halinde bulunulan ülke vatandaşlığı” efektif vatandaşlık terimi ile açıklanmaktadır¹⁴⁴.

“Sıkı irtibat”ın tespitinde dikkate alınacak hususlar; kişinin hayat ilişkisinin ağırlığı, yerleşim yeri, ekonomik ve mali ilişkilerinin toplandığı, dilini bilip bilmediği, ülkeye karşı mükellefiyetlerini yerine getirip getirmediğidir¹⁴⁵. Türk hukukunda da MÖHUK md.4/c hükmü ile aynı esas kabul edilmiştir. Buna göre:

MÖHUK md.4/c: *Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukuku,*

¹⁴¹ Göger, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁴² Y. 2.HD., 11.02.2004, E. 2004/2048, K.2004/3093, bkz. Ekşi, N., **Kanunlar İhtilafı Kurallarına, Milletlerarası Usul Hukukuna, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları**, İstanbul 2006, s. 6.

¹⁴³ Doğan, V., **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2006, s. 30.

¹⁴⁴ Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁴⁵ Doğan, Milletlerarası, s. 130.

uygulanır. Hâkim her somut olayda, kişinin hangi ülke ile daha sıkı irtibata sahip olduğunu araştırma ve tespit etme yükümlülüğü altındadır¹⁴⁶. Kanaatimizce; eşlerden birinin birden fazla vatandaşlığına sahip olduğu durumlarda, bu tâbiyetlerden birinin diğer eşin tâbiyeti ile müşterek olması halinde, daha sıkı irtibatlı ülke hukuku araştırılmadan, müşterek milli hukukun tatbikine gidilmelidir; zira bu durumda kanunun aradığı müşterek milli hukuk şartı oluşmaktadır.

c. Eş(ler)in Vatansız veya Mülteci Olması Halinde Uygulanacak Bağlanma Kuralı

“*Vatansız*”lar; hiçbir devlete ait olmayan şahıslardır¹⁴⁷. Milli hukukları bulunmayan bu kişilerin şahsi statülerinin belirlenmesinde, hangi bağlama noktalarının uygulanacağı meselesi ortaya çıkmaktadır.

28.09.1954 tarihli “*Vatansızların Hukuki Statüleri Hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*”nin 12.maddesi; bu gibi durumlarda kişinin yerleşim yeri hukukunun, bunun bulunmaması halinde ise mutad mesken hukukunun yetkili olduğunu belirtmiştir¹⁴⁸. Türkiye her ne kadar bu sözleşmeye taraf olmasa da, kuralı benimsemiş ve MÖHUK md. 4/a’da hüküm altına almıştır.

Buna göre:

MÖHUK md.4/a: *Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde*

bulunduğu ülke hukuku,

¹⁴⁶ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 70.

¹⁴⁷ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁴⁸ Doğan, Milletlerarası, s. 131.

uygulanır. Bununla birlikte günümüzde, ikametgâh kavramının tespitinde zorluklar yaşanması sebebi ile doğrudan doğruya sakin olunan yer hukukuna bağlanma yönünde eğilimler vardır¹⁴⁹.

Hükümden anlaşılaçağı üzere, düzenlenen bağlama noktaları sadece vatansızları değil, aynı zamanda mültecileri de kapsamaktadır. Mülteci; yerleşmek maksadı taşımadan, geçici olarak oturmak amacı ile bir ülkeye sığınan şahıslara denmektedir¹⁵⁰. Başka bir ifade ile; mülteci *“katlanılamaz olan koşullardan ya da kişisel durumlardan kaçıp kurtulmak isteyen bir kişi”dir*¹⁵¹. Bu durum fiili vatansızlık olarak da adlandırılmaktadır.

Mülteciler bir ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı olmalarına rağmen; sosyal, ekonomik veya siyasi nedenler ile ülkelerinden uzaklaştırılan ve bu nedenle ülkelerinin himayesinden yararlanamayan kişilerdir¹⁵².

Fiili vatansızların durumu ile ilgili olarak 28.07.1951 tarihli *“Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi”*¹⁵³ imzalanmıştır. Türkiye’nin de taraf olduğu bu sözleşmede mültecilerin durumu vatansızlarla bir tutulmuştur. Sözleşmenin 12. maddesi¹⁵⁴ uygulanacak hukuk konusunda düzenleme getirmiştir ve MÖHUK md.4/a da hükme paralel olarak düzenlenmiştir. Böylece 1951 tarihli Sözleşmeye taraf olmayan bir ülkeden gelen ve Türkiye’de bulunan mülteciler de md.4/a’nın kapsamına girmişlerdir¹⁵⁵.

Dolayısı ile Türk vatandaşı olmamakla beraber, Türkiye’de ikamet eden veya mutad meskeni bulunan veya davanın açıldığı tarihte Türkiye’de bulunan vatansızlar ve mülteciler hakkındaki boşanma davalarına da MÖHUK md.14 uygulanabilecektir.

¹⁴⁹ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁵⁰ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁵¹ Çiçekli, B., **Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar**, Ankara 2009, s. 39.

¹⁵² Doğan, Vatandaşlık, s. 164.

¹⁵³ RG. 5 Eylül 1961-10898.

¹⁵⁴ Sözleşmenin 12.maddesi; “her mültecinin şahsi statüsü ikametgâhı ülkesinin hukukuna, ikametgâhı yoksa sakin olduğu ülke hukuka tabidir”.

¹⁵⁵ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 71.

C. Müşterek Mutad Mesken Hukuku

1. Genel Olarak

Günümüzdeki pozitif düzenlemelere bakıldığında; şahsi statü¹⁵⁶ alanlarında bağlama noktası olarak milli hukuk kabul edilmiştir¹⁵⁷. Bununla birlikte yabancı unsur taşıyan milletlerarası nitelikli hukuki ilişkilerde, tarafların müşterek bir tabiiyeti haiz olmama olasılığı yüksektir. Bu nedenle, milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin yoğunluk kazandığı ülkelerde tabiiyet prensibinden uzaklaşma eğilimi vardır¹⁵⁸.

Özellikle farklı vatandaşlık hallerinde, boşanmada uygulanacak hukuku adil bir biçimde tespit edebilmek için, milli hukuk bağlama sebebinden uzaklaşmıştır. Zira böyle bir durumda; hukukunda boşanma özgürlüğü bulunmayan bir ülke vatandaşı ile boşanmaya imkân veren bir ülkenin vatandaşının boşanma davalarında, bu iki hukuktan hangisinin uygulanacağı hususu bir problem teşkil edebilir¹⁵⁹. Bu nedenle milli hukukun olmadığı durumlarda, yeni bir bağlama kuralının tespiti gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Zira müşterek milli hukukun bulunmadığı hallerde ne, taraflardan birinin milli hukukunu diğerine tercih etmek ve onu uygulamak ne de her iki hukuku bir arada tatbik etmek adil olacaktır¹⁶⁰. Bunun sonucu olarak milli hukuktan sonra kademeli bağlama noktaları getirilmiştir¹⁶¹.

MÖHUK md.14 boşanma ve ayrılık hususunda, tarafların müşterek milli hukukları bulunmadığı takdirde, “*müşterek mutad mesken*” bağlama noktasını kademeli olarak getirmiştir. Bunun nedeni; daha önce de ifade ettiğimiz üzere, eşlerin farklı vatandaşlıklara sahip olmaları halinde, birinin

¹⁵⁶ Şahsi statü; bir gerçek veya tüzel kişinin şahsi ilişkileridir, bkz. DOĞAN, Milletlerarası, 127.

¹⁵⁷ Doğan, V., Milletlerarası, s.129.

¹⁵⁸ Nomer / Şanlı, a.g.e., s.126.

¹⁵⁹ Tekinalp, Kişisel, s. 889.

¹⁶⁰ Tekinalp, Kişisel, s. 911.

¹⁶¹ Doğan, Milletlerarası, s.129.

milli kanunu diğerine tercih etmek hususunda geçerli bir sebebin olmayışdır¹⁶².

Türk hukukunda durum böyle iken, İngiliz hukukundaki boşanma davalarında mahkemeler tarafların müşterek milli hukukunu uygulamakta; fakat tarafların aynı vatandaşlığa sahip olmamaları halinde hangi hukukun uygulanacağı hususunda birlik göstermemektedirler. Bu nedenle Avrupa Komisyonu, 2005 yılının Mart ayında, “Yeşil Gazete” adlı yayını çıkarmışlardır. Yayın; boşanma davalarında uygulanacak hukuk ve yargılama yetkisine ilişkin yorumlar ve Avrupa kanunlar ihtilafı kurallarını da ihtiva eden birçok olası çözüm içermektedir¹⁶³.

Peki boşanma ve ayrılık davalarında “eşlerin mutad meskeni” kavramı ne anlama gelmektedir? Öncelikle mutad mesken kavramı ikametgâh gibi yerleşme niyetinin aranmadığı; fakat çok fazla geçici olmayan bir niyet ile oturulan durumu ifade etmektedir¹⁶⁴. Böylece, eşlerin, bir mahalde uzun süre oturma kastıyla hareket etmeleri veya böyle bir kasıtları olmasa dahi o yerde uzun süreden beri oturmaları¹⁶⁵, o yeri evlilik ilişkisinin devam ettiği “mutad mesken” haline getirmektedir. Böylece eşlerin sosyal ve psikolojik anlamda bağlı bulundukları ülkenin hukuku esas alınmaktadır. Zira boşanma davalarında önem arz eden şey; eşlerin karşılıklı menfaatleri göz önüne alınarak, bağlama noktalarının taraflar arasındaki hukuki ilişkiye en yakın ve gerçek irtibata sahip olan objektif kıstaslara göre belirlenmesidir¹⁶⁶.

Görüldüğü üzere, mutad mesken geçici bir bulunma yeri değildir; “devamlılığı” vardır. Hatta “kişinin varlığının merkezi” olarak kabul edilmektedir. Alman hukukunda her iki unsuru da içeren mahkeme kararları mevcuttur¹⁶⁷.

¹⁶² Tekinalp, Kişisel, s. 891.

¹⁶³ Morris, J.H.C/McClean D./ Beevers K., **The Conflict of Laws**, Londra 2005, s.242.

¹⁶⁴ Doğan, Milletlerarası, s. 133.

¹⁶⁵ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s.126.

¹⁶⁶ Sakmar, **a.g.e.**, s.171.

¹⁶⁷ Tekinalp, Kişisel, s. 896.

İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md.20; bir kişinin; süre baştan sınırlı olsa dahi, belirli bir süredir yaşadığı ülkenin mutad meskeni olduğunu kabul etmiştir¹⁶⁸. İsviçre MÖHK’da mutad mesken kavramı, getirilen tek kriterin süre olması nedeni ile, doktrinde niceliksel bir kavram olarak nitelendirilmiştir¹⁶⁹. “Belirli bir süre”den ne anlaşılması gerektiği kanunda yazmamakla beraber; doktrinde, bu kriterin her olayda farklı değerlendirilmesi gerektiği, kısa süreli ayrılmaların mutaden sakin olma durumunu ortadan kaldırmayacağı ve bu nedenle asgari bir sürenin olmadığı ifade edilmektedir¹⁷⁰.

“Mutad mesken” kavramı ikametgâh kavramı gibi hukuki bir kavram olmayıp bir vakıa veya fiili bir bağlantıyı ifade etmektedir¹⁷¹. Alman hukukunda kavramın fiili ve gerçek duruma uygun olduğu ileri sürülmektedir¹⁷².

2. 2675s. Eski MÖHUK ile 5718 s. Yeni MÖHUK Arasındaki Fark

2675s. eski MÖHUK’da boşanma ve ayrılığa uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen 13. madde; müşterek milli hukuktan sonra gelen bağlama kuralını müşterek ikametgâh hukuku olarak belirlemiş; müşterek mutad meskeni ise üçüncü basamak olarak düzenlemişti. 5718s. yeni MÖHUK madde 14 ise; müşterek ikametgâh kavramını kaldırarak, müşterek mutad mesken hukukunu ikinci bağlama kuralı olarak tespit etmiştir. Zira “müşterek mutad mesken” kriteri tarafların hayat ilişkilerinin merkezi niteliğinde olmakla birlikte, aynı zamanda gerçek ve fiili duruma “müşterek ikametgâh” kavramından daha yakındır¹⁷³. Ayrıca “ikametgâh” kavramının

¹⁶⁸ Güngör, G., **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007, s. 179.

¹⁶⁹ Özkan, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁷⁰ Güngör, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁷¹ Collier, J.G., **Conflict of Laws**, ed. 3, Cambridge 2004, s. 59.

¹⁷² Tekinalp, Kişisel, s. 895.

¹⁷³ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 242.

uygulanması halinde, eşlerin kocanın ikametgâhı ülkesi dışında uzun süreden beri oturmaları ihtimalinde belirlenecek yetkili hukuk gerçek durumu yansıtmayacaktır¹⁷⁴. Bununla birlikte ikametgâhın kolay değişebilmesi bu bağlama kuralının kötüye kullanılmasına ve boşanma kolaylıkları sağlanmasına neden olabilir¹⁷⁵.

“Müşterek ikametgâh” kriterinin madde metninden çıkarılmasının bir başka nedeni ise; eski Medeni Kanun’da yer alan “evli kadının ikametgâhı kocasının ikametgâhıdır” şeklindeki düzenlemenin yeni Medeni Kanun’da kaldırılmasıdır. Bununla birlikte “ikametgâh”, hukuki ihtilafta vasıflandırma yapılmasına ihtiyaç duyulan bir kavram olması nedeni ile de işlevini yitirmiştir¹⁷⁶.

Kanaatimizce de boşanma ve ayrılıktan doğan yabancı unsurlu davalarda bu kavramın yeni MÖHUK’dan kaldırılması isabetlidir; zira somut olayda hâkim müşterek ikametgâhı tespit ettikten sonra, buranın gerçekten eşlerin evlilik ve hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı yer olup olmadığını tespit etmeden, müşterek ikametgâhın bulunduğu ülke hukukunu uygulayacak ve bu gerçek durumu aksettirmeyecektir. Böylece belki de eşler, menfaatlerinin oldukça fazla olduğu bir davada, çok yabancı oldukları bir hukukun uygulanmasına muhatap kalabileceklerdir.

Bununla birlikte, mutad mesken kavramının önemi ve yararı o kadar da büyütülmemelidir. Zira bu kavram da kötüye kullanılmaya ve bu nedenle, özellikle aile hukukunda oldukça fazla sakıncalar doğurmaya elverişlidir¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Uluocak, Milletlerarası, s. 78.

¹⁷⁵ Tekinalp, Kişisel, s. 894.

¹⁷⁶ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 242.

¹⁷⁷ Tekinalp, Kişisel, s. 909.

3. Mutad Mesken Kavramını Tespitte Uygulanacak Hukuk Meselesi

Hâkimin, mutad mesken kavramını hangi hukuka tabi olarak tespit edeceği hususu tartışmalıdır. Her ne kadar 13.12.1995 tarihli “*Avrupa İkamet Sözleşmesine Ek Protokol*”de, bu kavramın “ilgilinin milli hukukuna göre” tayin edileceği¹⁷⁸ düzenlenmiş ise de; boşanma ve ayrılık davaları eşlerin menfaatlerinin ön planda olduğu davalar olması sebebi ile, müşterek noktaların aranması daha isabetli olacaktır. Zira eşler farklı vatandaşlıklara sahipler ise, bu ülke hukuklarının her birinin müşterek mutad mesken kavramını farklı yorumlaması ihtimali mevcuttur.

Bununla birlikte, uygulamada, mutad mesken kavramı lex fori’ye göre tespit edilmektedir¹⁷⁹.

D. Türk Hukuku

Hâkim, boşanma ve ayrılıktan doğan yabancı unsurlu davalarda, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili yabancı hukuku (müşterek milli hukuk, müşterek mutad mesken hukuku) belirleyemez ise, Türk hukukunu uygular. Bu durum, MÖHUK md.14/1’in son cümlesinde hüküm altına alınmıştır.

Düzenlemenin bu şekilde yapılmasının nedeni; taraflardan birinin Türk olması halinde Türk hukukunun uygulanmasına üstünlük verilmesidir¹⁸⁰. Böyle bir hâlde; hâkimin maddi hukuku uygulanmalıdır¹⁸¹.

Görüldüğü üzere kademeli olarak kabul edilmiş kanunlar ihtilafı kuralları arasında Türk hukuku son bağlama sebebi olarak düzenlenmiştir. Son

¹⁷⁸ Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁷⁹ Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁸⁰ Ansay, **a.g.m.**, s. 4.

¹⁸¹ Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s. 50.

aşamada, müşterek bağlama kriterlerinden ayrılmak bir zorunluluk arz etmiş ve “lex fori” yetkili kılınmıştır¹⁸².

Lex Foriden (hakimin hukukundan) kasıt; davanın açılmış olduğu mahkemenin bağlı bulunduğu ülke kanunudur. Buna “mahkeme kanunu” da denilmektedir. Lex fori, davanın açılmış olduğu ülkede mer’i hükümlerin ihtilafa uygulanması anlamına gelmektedir¹⁸³.

Boşanma ve ayrılıktan doğan kanunlar ihtilafı kuralları alanında “lex fori” bağlama noktası, öteden beri ABD hukukunda kabul edilmiştir. Zira Amerikan hukukunda, kadının kocadan ayrı ikametgâha sahip olabilmesi ve mahkemelerin kendi eyaleti kanunlarına bakarak, ülkede hiç oturmayan kimseler hakkında da boşanmaya hükmetmesi, ikametgâh esasının terkine neden olmuştur. Bunun yerine de “hâkimin hukuku” bağlama noktası getirilmiştir¹⁸⁴.

Hâkimin en iyi kendi hukukunu bildiği ve uygulayacağı kabul edildiğinden, lex fori’nin yardımcı bir bağlama kuralı olarak getirilmesi yararlıdır. Bu nedenle MÖHUK md.14’te de Türk hukuku son bir bağlama sebebi olarak ve tek yanlı¹⁸⁵ biçimde düzenlenmiştir¹⁸⁶.

Tek yanlı bir bağlama kuralı olan MÖHUK madde 14, Türk yargıcına hitap eder görünmektedir. Bununla birlikte burada geçen “Türk hukuku” kavramını “hâkimin hukuku” olarak anlamak, özellikle yabancı boşanma kararlarının ülkemizde tanınması ve tenfizi açısından, daha doğru olacaktır¹⁸⁷.

Örnek vermemiz gerekir ise; Almanya’da, Alman mahkemeleri nezdinde Türk veya Alman tâbiyetinde olmayan eşinden, boşanmak isteyen bir Türk

¹⁸² Doğan, Milletlerarası, s. 242.

¹⁸³ Berki, O.F., **a.g.e.**, s. 227.

¹⁸⁴ Göger, **a.g.e.**, s. 181.

¹⁸⁵ Tek yanlı kurallar, sadece kendi maddi hukuklarına atıfta bulunan kurallardır, bkz. TEKİNALP, Bağlama, 18.

¹⁸⁶ Tekinalp, **Bağlama**, s. 29.

¹⁸⁷ Ansay, **a.g.m.**, s. 5.

vatandaşının, eşi ile paylaştığı bir müşterek mutad meskenin de bulunmaması halinde, Alman mahkemesi MÖHUK md. 14 uyarınca Türk hukukunu uygulamak durumundadır. Bununla birlikte, “Türk hukuku” ifadesini “hâkimin hukuku” olarak kabul edersek; Alman mahkemelerinin kendi kanununu, yani Alman hukukunu uygulayarak boşanmaya hükmetmesi halinde, bu kararı Türk mahkemeleri tanıyabilir ve tenfiz edebilir hale gelmektedir¹⁸⁸.

Kanaatimizce de, burada önemli olan hususun eşlerin menfaati olduğu her zaman göz önüne alınmalıdır. Bir kişinin yabancı bir ülkede aldığı, şahsını ilgilendiren böyle bir kararı, vatandaşı olduğu ülkede de kabul ve icra ettirmek istemesi oldukça doğaldır. Bu nedenle, kişinin şahsını ilgilendiren hususlarda, kanun ifadelerini kamu düzenimizi zedelememek kaydı ile yorumlamak ve kişilerin menfaatine uygun kararlar vermek daha doğru olacaktır.

IV. KURALLARIN UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

MÖHUK md. 14, yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarına uygulanacak hukuku belirleyen bir bağlama kuralıdır. MÖHUK md. 14’ göre tespit edilen hukuk; evliliğin sona erdirilebilirliğine, boşanma yerine ayrılık talebinde bulunup bulunulamayacağına boşanma sebeplerine, boşanmanın mümkün olup olmadığına, boşanma yerine ayrılık kararı verilip verilemeyeceğine, ayrılığın hükümleri, şartları ve süresine, boşanmaya karar verebilmek için gerekli olan şartlara, kusur, geçimsizlik ve çekilmezlik

¹⁸⁸ Ansay, **a.g.m.**, s. 5.

unsurlarının hangi hallerde rol oynayacağına uygulanacaktır¹⁸⁹. Başka bir ifade ile yetkili hukuk, esasa ilişkin tüm sorunları idare etmektedir¹⁹⁰.

Bunun yanı sıra boşanma hükmü ile birlikte meydana gelen velayet, maddi/manevi tazminat, iştirak ve yoksulluk nafakaları¹⁹¹, boşanma davası açma süresi¹⁹², kadının soyadı gibi sair hususlar da MÖHUK md.14'e göre tespit edilecek hukuka göre çözülecektir¹⁹³.

Yabancı unsurlu bir boşanma davasına MÖHUK md.14'ün uygulanabilmesi için, öncelikle geçerli bir evliliğin varlığı gereklidir. Yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, bir evliliğin şekle uygun olarak akdedilip edilmediği, bağlama kuralları çerçevesinde bir önsorun oluşturmakta ve lex fori'ye göre çözümlenmektedir¹⁹⁴.

B. Ölmüş Sayılma, Gaiplik ve Diğer Sona Erme Çeşitleri

Eşler arasında geçerli şekilde kurulmuş olan bir evlilik sadece boşanma kararı ile sona ermez. Bu nedenle MÖHUK md. 14, kenar başlığı her ne kadar “boşanma ve ayrılık” olsa da, evliliğin diğer sona erme çeşitlerini de kapsamaktadır¹⁹⁵. Örnek vermek gerekir ise; ölüm, gaiplik ve ölüm karinesi herhangi bir boşanma veya ayrılık hükmü olmadan evliliği sona erdiren sebeplerdir. Evlilik birliği devam ederken meydana çıkan ve evliliği sona erdiren gaiplik kararının, evlenmeyi sona erdiren hükümleri MÖHUK md. 14'ün kapsamındadır.

Esasen, gaiplik kararı MÖHUK md.11 uyarınca, kişinin milli hukukuna tâbidir; fakat gaipliğin “evlenmeyi sona erdiren hükmüne” boşanma statüsü

¹⁸⁹ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 262.

¹⁹⁰ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁹¹ 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesinde de, boşanma sonucu olan nafaka talepleri boşanma statüsünün kapsamına bırakılmıştır.

¹⁹² Uluocak, Milletlerarası, s. 81.

¹⁹³ Doğan, Milletlerarası, s. 243.

¹⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.16 vd.

¹⁹⁵ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 258.

uygulanır¹⁹⁶. Gaiplik evliliği kendiliğinden ortadan kaldırmaz; bunun için gaibin eşinin, hâkimden evliliğin feshini istemesi ve hâkimin de buna karar vermesi gerekir¹⁹⁷.

Evliliğin sona ermesi başka hukuklarda farklı şekilde gerçekleşiyor olabilir. Örneğin; kilise hukukunda din değiştirme, Kaliforniya’da ömür boyu hapis cezası gibi sebepler evliliği sona erdiren sebepler olarak kabul edilmektedir¹⁹⁸. Bu nedenle 14. madde sadece boşanma ve ayrılığı değil, evliliği sona erdiren diğer sair hususları da kapsamaktadır. Zira 14. Madde evliliği “*ex nunc sona erdiren*” sebepleri ihtiva etmektedir¹⁹⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus; tüm bu olayların, evlenmeyi geçersiz kılan durumlar gibi salt evlenme olayına ilişkin olmayıp, evlenme devam ederken meydana gelmiş olmalarıdır²⁰⁰.

C. Boşanma Sebepleri

1. Genel Olarak

MÖHUK md. 14’e göre tespit edilen hukuk yabancı hukuk ise, boşanmanın gerçekleşmesi için gereken sebepler ve bu sebeplerin oluşması için gerekli olan şartlar, Türk hâkimince yabancı hukuka göre tespit edilecektir. Örneğin; evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi için aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği uygulanacak hukuka göre belirlenecektir²⁰¹.

Yetkili hukuk, Türk hukukuna nazaran boşanma sebeplerini daha kapsamlı düzenlemiş olabileceği gibi, bu sebepleri çok sınırlı tutmuş, hatta

¹⁹⁶ Tekinalp, Bağlama, s. 165.

¹⁹⁷ Zevkliler / Havutçu, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁹⁸ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 258.

¹⁹⁹ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 258.

²⁰⁰ Aybay / Dardağan, **a.g.e.**, s. 194.

²⁰¹ Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s. 51.

boşanmayı hiç öngörmemiş dahi olabilir. İlk durumda, yabancı hukuk Türk hukukundan farklı bir boşanma sebebi öngörmüş olsa bile, bu konuda yine de yetkili hukukun düzenlemesi uygulanacaktır²⁰². Yetkili hukukun boşanmayı kabul etmediği hallerde ise kamu düzeni sorunu ortaya çıkacaktır ki bu husus ileride incelenecektir²⁰³.

Yabancı hukukun boşanma hükümlerinin, Türk hukukunun boşanma hükümleri ile birlikte uygulanması söz konusu olamaz. Taraflar arasındaki evliliği sona erdiren boşanma sebeplerinin, uygulanacak hukukta bulunması gerekli ve yeterlidir²⁰⁴.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Boşanma Sebepleri

Alman medeni hukukunda, boşanma hususu Hristiyanlık dininin etkisi altında kalmış ve boşanma sebebi olarak “akıl hastalığı” veya “eşlerden birinin kusuru nedeni ile evlilik birliğinin temelden sarsılması” olarak kabul edilmiştir²⁰⁵. İskandinav hukukunda ise boşanma hukukunun temeli kusura dayanmaktadır; bu nedenle boşanmanın gerçekleşmesi için boşanma sebeplerinde kusur aranmaktadır²⁰⁶. Hindistan medeni kanununda boşanma sebepleri; “zina”, “eziyet”, “terk fiilinin iki yıl sürmesi”, “din çatışması”, “akıl hastalığı”, “cinsel yolla bulaşan hastalıklar” ve “cüzam” olarak tahdidi şekilde sayılmıştır²⁰⁷. İngiliz hukukundaki boşanma sebepleri ise; “zina”, “eşlerden her ikisinin de rızasının bulunması kaydı ile fiili ayrılığın iki yıl, eşlerden sadece birinin rızasının olduğu hallerde ise fiili ayrılığın en az beş yıl sürmesi” ve “evlilik birliğinin temelden sarsılmasını gerektirecek davranışlar” olarak sayılmıştır²⁰⁸.

²⁰² Uluocak, Milletlerarası, s. 80.

²⁰³ Bkz. s. 51 vd.

²⁰⁴ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 12.

²⁰⁵ Zweigert/Kötz, **a.g.e.**, s. 151.

²⁰⁶ Zweigert/Kötz, **a.g.e.**, s. 284.

²⁰⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Divorce>, Erişim Tarihi: 19.02.2011.

²⁰⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Law_and_divorce_around_the_world, Erişim Tarihi: 19.02.2011.

Batı hukuk sistemlerinin boşanma hukukları iki görüşte toplanmaktadır. Bunlardan ilki; “*kusursuzluk prensibi*”dir; bu ilke uyarınca eşlerin boşanma taleplerinin kabulü, diğer eşin kusurlu olduğunun ispatına bağlı değildir. Başka bir ifade ile boşanma hükmü için eşlerin birinin veya her ikisinin kusurlu olmaları mecburiyeti yoktur. Diğer ilke ise; “*kusur prensibi*”dir. Buna göre; davacı eşin boşanma isteminin kabulü, diğer eşin kusurlu olduğunu ispat etmesine bağlıdır. Dünyadaki birçok hukuk sistemi de günümüzde boşanma sebeplerinde “*kusur prensibi*”ni kabul etmekte ve uygulamaktadır²⁰⁹.

Tarafların boşanma hususunda anlaşmalarının bir boşanma sebebi oluşturup oluşturmayacağı ise, yine boşanma statüsüne göre tespit edilecektir. Birçok hukuk sistemi, eşlerin iradelerini ön planda tutarak, anlaşmalı boşanmaya düzenlemelerinde yer vermiştir (örneğin, Türk hukuku MK md.166/3, Fransız hukuku Code Civil Art.230-233, Avusturya hukuku EheG § 55 a)²¹⁰.

Anlaşmalı boşanmaya düzenlemelerinde yer veren hukuklar, MÖHUK’dan önce Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile tartışma nedeni olmuştur²¹¹.

Tarafların sadece boşanma hususunda değil, aynı zamanda boşanmanın sonuçları üzerinde de anlaşmalarının gerekip gerekmediği, gerekiyor ise boşanmanın hangi sonuçları üzerinde anlaşmış olmaları gerektiği de yine boşanma statüsüne tâbidir²¹². Taraflar bu yöndeki taleplerini sözlü olarak yapabilecekleri gibi, bir protokol aracılığı ile de yapabilirler. Burada bu talebin şeklinin, geçerliliğinin ve maddi şartlarının hangi hukuka tâbi olacağı sorunu ortaya çıkar ki; bu hususta her bir hukuki müessesenin tâbi olduğu statünün göz önüne alınması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.

²⁰⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Divorce>, Erişim Tarihi: 19.02.2011.

²¹⁰ Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s. 52; Uluocak, Milletlerarası, s. 80.

²¹¹ Uluocak, Milletlerarası, s. 80.

²¹² Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s. 52

Buna göre örneğin; nafakaya ilişkin bir hukuki işlemde nafaka statüsü uygulanmalıdır²¹³.

D. Ayrılık

1. Genel Olarak

MK md. 167'ye göre *“Boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir”*. Ayrıca yine MK md. 170/3 uyarınca, açılan bir boşanma davasında, hâkim eşlerin barışma ihtimalinin olduğu kanısına varırsa, boşanma yerine ayrılığa hükmedebilir. Ancak davacı eş ayrılık isteminde bulunmuş ise hâkim artık boşanmaya karar veremeyecektir (MK md. 170/2).

Ayrılık davasının açılabilmesi geçerli ve mevcut bir evliliğe ve boşanma sebeplerinden birinin varlığına bağlıdır²¹⁴. Boşanma gibi evliliği sona erdirmeyen ayrılık; eşler arasındaki ortak yaşama ara verilmesi, eşlerin hâkimin belirlediği süre çerçevesinde ayrı konutlarda yaşamalarını ifade etmektedir²¹⁵.

Boşanma evlilik birliğini ortadan kaldırırken, ayrılık da evlilik birliği devam etmekte ve fakat müşterek hayat sona ermektedir²¹⁶. Başka bir ifade ile evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerden olan “birlikte yaşama” ödevi geçici olarak askıya alınmaktadır²¹⁷.

Hâkimin belirleyeceği süre bir yıldan üç yıla kadar uzayabilen bir süreçtir (MK md. 171).

²¹³ Çavuşoğlu-Uyanık, **a.g.e.**, s. 52, dn. 221.

²¹⁴ Tutumlu, M.A., **Boşanma Yargılaması Hukuku**, C.1, Ankara 2005, s. 407.

²¹⁵ Zevkliler /Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 910.

²¹⁶ Göğer, **a.g.e.**, s. 179.

²¹⁷ Zevkliler /Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 910.

Ayrılıkta evlilik sona ermediği için, eşlerin kişisel durumlarında herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Bu nedenle eşler yeniden bir başkası ile evlenemezler, bu süre içerisinde doğmuş olan çocuk evlilik içinde doğmuş kabul edilir, kadın kocasının soyadını korumaya devam eder ve birbirlerine olan mirasçılık sıfatları, sadakat yükümlülükleri, devam eder²¹⁸. Ayrılık kararı verilmeden önce doğmuş çocukların velayeti her iki tarafta olsa dahi, çocuk kendisine bırakılmayan eş, çocuğa iştirak nafakası vermek zorundadır²¹⁹.

2. Karşılaştırmalı Maddi Hukukta Ayrılık

Medeni Kanunumuzun boşanma yanında kabul ettiği “ayrılık” kurumu, Katolik Kilisesi Hukukundan gelmektedir. Katolik Kilisesi Hukuku (Kanonik Hukuk) boşanmaya izin vermez, sadece ayrılığa müsaade eder. Bunun yanı sıra önceki Medeni Kanunda da ayrılık kurumunun bulunmasının nedeni, İsviçre’den iktisap edilmiş olmasından ileri gelir²²⁰.

Boşanmanın yasak olduğu hukuk sistemlerinde ayrılık kurumuna; boşanma yasağının doğuracağı kişisel ve toplumsal zararları hafifletmek amacı ile yer verilmiş idi²²¹.

Karşılaştırmalı maddi hukukta ayrılık, genellikle boşanmanın bir ön basamağı olarak vasıflandırılmaktadır²²². İsviçre Medeni Kanununda ayrılık süreli ve süresiz olarak ikiye ayrılmaktadır²²³. Süreli olarak bir ve üç sene arasında değişmekte; ancak süresiz olduğu takdirde belirsiz bir zamana kadar öngörülmektedir ve boşanma belirlenen sürenin sonunda veya üç yılın sonunda mümkün hale gelmektedir²²⁴ (ZGB Artt 147-148).

²¹⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 275.

²¹⁹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 53.

²²⁰ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 275.

²²¹ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 6.

²²² Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 53’ten naklen: OLG Frankfurt FamRZ 1985, s. 619-620.

²²³ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 275.

²²⁴ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s.53.

İspanya (Código civil Artt 81-84)²²⁵, Portekiz (Código civil D Artt 1794-1795), Arjantin (216 Código civil Artt 201-212,214 Nr 2, ayrılık iki yıllık fiili ayrılıktan sonra gerçekleşebilir, buna karşılık boşanma talep edilebilmesi için bir üç yılın daha geçmesi gerekir), Hollanda (BW Artt1:168), Yeni Zelanda (1980 Family Proceedings Act sec 20-26), Danimarka (04.06.1969 tarihli kanun § 32)²²⁶, İngiliz hukuku 1973 Matrimonial Causes Act sec 17 ve 18'e göre, "decree of judicial sepeation" tanımaktadır. Bununla birlikte İngiliz hukukunda "*1984 Matrimonial and Family Proceedings Act*" ile boşanmanın kolaylaştırılmasından sonra bu kurum eski etkisini kaybetmiştir. Bu hukukta ayrılık kararından iki yıl sonra dava boşanma davasına dönüştürülebilmektedir.

1858 yılından önce, İngiliz mahkemeleri önüne gelen ayrılık davaları, eşlerin boşanmasını önlemek amacını güden bir çözüm şekli idi. Evlilik bağıni çözmeden ve eşler arasındaki ilişkileri sona erdirmeden, onların birbirlerinden ayrı yaşamasına imkân tanınıyordu. Bugün İngiltere'de, ayrılık, özellikle boşanma konusunda dini çekinceleri olan kişiler tarafından yararlanılan bir müessesedir ve İngiliz mahkemeleri eşler başka bir ülkede ikamet ediyor olsalar dahi, İngiliz hukukunun maddi hükümlerini ayrılık davasında uygulamaktadırlar²²⁷.

İtalyan hukukunda ise ayrılık; mahkeme kararı ile olan veya mahkemenin onaylaması şartı ile anlaşmaya dayanan ayrılık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²²⁸. 1974 yılına kadar İtalya'da boşanma kabul edilmiyor, ayrılık kararı veriliyordu, Bu kararı vermeye yetkili makamlar önceleri kilise idi. Daha sonra bu yetki adli makamlara verildi²²⁹.

²²⁵ <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/indexni10.html#id-ni10-ni11-ni17>, Erişim Tarihi, 15.02.2011.

²²⁶ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 54.

²²⁷ Morris, **a.g.e.**, s. 243.

²²⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 54.

²²⁹ Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s. 6.

3. Kanunlar İhtilafı Kuralı

MÖHUK md. 14'te de düzenlendiği üzere; ayrılık boşanma statüsüne tabidir. Zira ayrılık ve boşanma kurumları birbirine çok yakın iki kurumdur. Bu nedenle boşanmanın ön basamağı olarak kabul edilen ayrılığın da boşanma statüsüne tabi tutulması ve ayrı bir statünün öngörülmemesi yerindedir²³⁰.

Madde 14 ayrılığa uygulanacak hukuku doğrudan doğruya belirlemiştir (bağımsız kanunlar ihtilafı kuralı). Boşanma statüsünde olduğu gibi ayrılığa da; uygulanacak hukuk davanın açıldığı tarihteki hukuk olacaktır.

Farklı ülke hukukları dikkate alındığında; ayrılık hali tarafların anlaşmasına dayanabileceği gibi, mahkeme kararına da dayanabilir. Bununla birlikte uygulanacak hukuk tarafların anlaşmasından sonra ayrılığın gerçekleşmesi için idari bir tescili yeterli görse dahi, ayrılığın hüküm ifade edebilmesi için davanın açılacağı yerde alınacak bir mahkeme kararı gerekecektir²³¹. Davanın açılacağı yerdeki mahkeme ise, iç hukukun yer itibari ile yetkiye ilişkin hükümlerine göre tespit edilecektir (örneğin; MÖHUK md. 40, MK md. 168).

İngiliz hukukunda olduğu gibi bazı yabancı hukuklarda ayrılık süresi sona ermeden, dava boşanma davasına dönüştürülebilir ve ayrılık davasının boşanma davasına dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği meselesi de boşanma statüsüne tâbidir. Bu durumda boşanma şartları için dikkate alınması gereken boşanma statüsüdür. Başka bir ifade ile bu konuda boşanma statüsünün öngördüğü hukuk uygulanacaktır. Her ne kadar boşanma ve ayrılık aynı statüye tâbidir demiş olsak da, “uygulama anı” nedeni ile uygulanacak hukuk farklılık arz edebilir. Örneğin; ayrılık davası açıldığı anda sahip olunan vatandaşlık veya mutad mesken, davanın boşanma davasına dönüştürüldüğü anda değiştirilmiş olabilir. Bu nedenle

²³⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 54.

²³¹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 55'ten naklen: Erman-Hochloch, BGB, 11. Auflage, 2004, s. 34.

böyle bir değişikliğin meydana geldiği durumda dikkate alınacak şey; boşanma statüsüdür²³².

Alman içtihadına göre, yabancı ülkede ayrılığa ilişkin alınan mahkeme kararının ilgilinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkede tanınmasının gerekip gerekmeyeceği de boşanma statüsüne tâbidir²³³. İtalyan ve İspanyol hukukunda ise; ayrılık kararı yenilik doğuran bir hüküm olmayıp sadece evlilik birliğinin sarsıldığına dair bir delalet olduğundan, bu şart bulunmamaktadır²³⁴.

Ayrılık süresi de boşanma statüsüne tabidir²³⁵. Bunun dışında ayrılık kararının hangi şartlar altında boşanma davasına dönüştürülebileceği ve bunun için eşlerin ne kadar süre ile fiilen ayrı kalmak zorunda oldukları da boşanma statüsüne tabi olacaktır.

Ayrılık süresinin maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı tabi olduğu meselesinde ise yine boşanma statüsünün bu hususu ne olarak kabul ettiğine ve nasıl nitelendirdiğine bakmak gerekmektedir. Bu nedenle boşanma statüsünün ayrılık süresini usul hukuku alanına ait kabul etmesi halinde, yukarıda belirtilen hususlar lex foriye göre belirlenecektir. Bununla birlikte Türk hukuku ayrılık süresini maddi hukuk alanında kabul ettiğinden sorun boşanma statüsüne göre halledilmelidir²³⁶.

Ayrılık sonuçları da aynen ayrılığın sebep, süre ve şartlarında olduğu gibi boşanma statüsüne tabi olacaktır.

²³² Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 55 vd.

²³³ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 56, bkz. dn. 235.

²³⁴ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 56, bkz. dn.236.

²³⁵ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 56, bkz. dn.237.

²³⁶ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 56.

I. KURALIN UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN DURUMLAR

A. Kamu Düzeni

Bağlama kurallarına göre tespit edilen yabancı hukukun uygulanması, sosyal ve hukuki anlayışımızı rencide eden neticeler doğurabilir. Böyle bir durumda Türk hâkimi; kamu düzenine (ordre public) aykırılık nedeni ile yabancı hukukun uygulanmasını engeller²³⁷. Bu duruma “*kamu düzeninin müdahalesi*” denmektedir²³⁸. Bu kural ile; milli hukukun, ailenin korunması gibi temel değerleri himaye edilmek istenmektedir²³⁹.

Yetkili hukukun “kamu düzenine aykırı” olması halinde bu hukukun uygulanmasından vazgeçileceği, her hukuk sisteminde benimsenmiş bir ilkedir²⁴⁰.

Kamu düzenine aykırılık kavramı, hâkimin hukukunun emredici kurallarına aykırılık manasına gelmemektedir. Aksinin kabulü, yabancı kanunların uygulanmasını imkânsız hale getirebilir²⁴¹. Bu nedenlerle MÖHUK’da kamu düzeninin tanımına yer vermekten kaçınılmıştır. Zira kamu düzeninin zamana ve mekâna göre değişen bir kavram olması sebebi ile, tespit yapma görevinin uygulayıcıya bırakılması uygun görülmüştür²⁴². Örneğin; Türk hukuku, din ayrılığı dolayısıyla boşanmayı kabul etmez; zira bu nitelikte bir boşanma talebi Türk kamu düzenine aykırıdır. Bununla birlikte, aynı kişi başka bir ülkede o ülke hukukuna göre bu sebep ile boşanmışsa, Türkiye’de bu karar tanır²⁴³.

MÖHUK md.5’e göre; “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu*

²³⁷ Dayınlarlı,K., “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65.Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 657.

²³⁸ Nomer/Şanlı, **a.g.e.**, s. 163.

²³⁹ Tekinalp, Bağlama., s. 39.

²⁴⁰ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 124.

²⁴¹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 132.

²⁴² Doğan, Milletlerarası, s. 172.

²⁴³ Dayınlarlı, **a.g.m.**, s. 691.

hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır". Hükümden de anlaşılacağı üzere, yabancı hukukun, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi nedeni ile uygulanmasından vazgeçilebilmesi için, bu aykırılığın "*açık ve tahammül edilmez*" olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile hâkim kamu düzenini uygulayarak, kendi hukukunu tatbik etme kolaylığından yararlanmak amacı ile yetkili hukukun uygulanmasının önüne geçmemelidir²⁴⁴. Zira Türk Milletlerarası Özel Hukuk sisteminde, kamu düzeni istisnai bir durumu yansıtır²⁴⁵.

Milletlerarası Özel Hukuk dalı, zaten ulusal hukuk sistemlerinin farklı değerleri yansıtan kurallar içermesi nedeni ile vardır. Bu nedenle bir ülkenin hâkiminin, her yabancı hukuk kuralı karşısında kendi kamu düzenini ileri sürmesi ve yabancı hukuku uygulamaktan vazgeçmesi, uluslararası karar ahengini ve Milletlerarası Özel Hukuku işlemez hale getirir²⁴⁶. Örneğin; Fransız mahkemeleri uzunca bir süre lex fori'nin uygulanması için, kamu düzeni müdahalesine başvurmuşlar ve kendi hukuk düzenlerinde yer almayan bir sebebe dayalı boşanma davalarında yabancı hukukun uygulanmasından kaçınmışlardır²⁴⁷. Günümüzde ise, Türk hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da kamu düzeni istisnai bir nitelik taşır.

Hükümde geçen "*açıkça*" ifadesinde göz önüne alınması gereken; yabancı hukukun Türk hukukundan farklı bir düzenlemeye sahip olması ile kamu düzenine aykırılığın farklı meseleler olduğudur²⁴⁸. Başka bir ifade ile yabancı hukukun maddi hükümlerinin, Türk hukukundan farklı bir düzenleme getiriyor olması, kamu düzeninin müdahalesi için yeterli değildir²⁴⁹. Boşanmayı Türk Medeni Kanunundan farklı nedenlere bağlayan yabancı hukukun maddi hükümleri, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyebilir;

²⁴⁴ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 165.

²⁴⁵ Dayınlarlı, **a.g.m.**, s. 674.

²⁴⁶ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 126.

²⁴⁷ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 151.

²⁴⁸ Dayınlarlı, **a.g.m.**, s. 676; Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 166.

²⁴⁹ Y. 2.HD.23.06.1983 T., E. 1983/5550-K. 1983/5697, **YKD**, C. X, S. 1, Ocak 1984, s.46-47.

örneğin, evlilik için Türk hukukundaki düzenlemeden daha küçük bir evlenme yaşı kabul eden yabancı kanun, kamu düzenine aykırı olmayabilir²⁵⁰.

Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na konu olan bir davada²⁵¹; bir Türk vatandaşı ile evli olan İtalyan uyruklu davalı; eşinden Türk Medeni Kanunu hükümleri icabınca Türk mahkemelerinde boşanmış ve yine Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre başka bir Türk vatandaşı ile evlenmiştir. Ancak, İtalyan hukukunda boşanmanın yasak olması nedeni ile halen ilk karısı ile evli sayıldığını ve kendi milli hukuku uyarınca evlenemeyeceğini, bu nedenle ikinci evliliğinin butlanını talep etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu ise Türkiye'de Türk vatandaşı ile evlenmiş bulunan yabancı uyruklu kişinin karısından boşanması ve bu hususta Türk kanunun uygulanmasının Türk kamu düzeni ile ilgili olduğunu; ayrıca boşanmayı yasaklayan yabancı bir kanunun Türk mahkemelerinde bir Türk aleyhine uygulanamayacağını ifade etmiş ve açıklanan bu nedenlerle davacının Türk kanunları karşısında ilk karısından boşanmış olduğu sonucuna varmıştır²⁵². Bu durumda Türk mahkemesinin boşanma kararını tercih etmek, boşanma hükmüne riayet fikrinin temelinde yatan kamu düzeni ilkesi sebebi ile uygun bir davranış olmuştur²⁵³. Şu halde, eşler kendi hukuklarında boşanma kurumu kabul edilmemiş olmasına rağmen, Türk mahkemelerinde Türk Medeni Kanununun boşanma hükümlerine göre boşanabilirler²⁵⁴.

Genel olarak ifade etmek gerekir ise; boşanmada politik, dini veya ırkçılığa dayalı sebeplere²⁵⁵ yer verilmesi, MÖHUK md. 5'te geçen "açık ve tahammül edilmez" tanımını açıklamaktadır.

²⁵⁰ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 159.

²⁵¹ YHGK, 15.01.1969 T., E. 967/2-652- K. 33, **RKD**, Yıl 4, S. 7, s. 198-200.

²⁵² Nomer, E., "**Türkiye'de Boşanan Yabancıların Yeni Evlilikleri**", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 484.

²⁵³ Çelikel, A. / Nomer, E., **Devletler Hususi Hukuku: Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları**, 8. Baskı, 2007, s. 141.

²⁵⁴ Nomer, Yabancıların, s. 488.

²⁵⁵ Göğer, **a.g.e.**, s. 185; Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 34.

İngiliz hukukunda ise, Fransız veya Türk hukukuna göre kamu düzeni müdahalesi daha nadir görülmekte ve uygulanmaktadır. Zira boşanma ve velayet gibi menfaatlerin ön planda olduğu hususlarda, İngiliz mahkemeleri zaten *lex fori*'yi uygulamaktadır²⁵⁶.

İsviçre hukukuna baktığımızda, 1 Ocak 1989 tarihinde yürürlüğe giren, İsviçre'nin Devletler Özel Hukuku Federal Yasası (LDIP)'nin “kamu düzeni” başlıklı 17. maddesinde de; yabancı hukukun, İsviçre'nin kamu düzenine aykırılık teşkil eden hükümlerinin uygulanmasından vazgeçileceği hüküm altına alınmıştır.

Yabancı unsurlu boşanma davalarında kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği hallerde, yetkili hukukun boşanma ile ilgili hükümlerinin tümünün Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı inceleme konusu yapılmayacaktır; yetkili hukukun somut ihtilâfa uygulanacak olan hükmü, Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektiriyor ise, hükmün uygulanmasından vazgeçilecektir²⁵⁷.

Kamu düzeni engellemesi açısından, yabancı hukuk kuralının soyut bir biçimde değerlendirilmesi ile yetinilmemeli, o kuralın uygulanması ile ortaya çıkacak hukuksal durum göz önüne alınmalıdır. Yabancı hukuk kuralının “belirli bir olaya” uygulanması neticesinde ortaya çıkacak sonuç, Türk kamu düzenini bozduğu takdirde o kuralın uygulanmasından vazgeçilmelidir²⁵⁸. Zira MÖHUK md. 5; “Yabancı hukuk kuralının *belirli bir olaya* uygulanan hükmünün...” ifadesini kullanmıştır.

Yetkili hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni, davanın açılma zamanındaki anlayışa göre değil, hâkimin karar verme anındaki anlayış göz önüne alınarak tespit edilecektir²⁵⁹.

²⁵⁶ Collier, **a.g.e.**, s. 269.

²⁵⁷ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 32.

²⁵⁸ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 130.

²⁵⁹ Doğan, Milletlerarası, s. 169.

Göz önünde tutulması gereken bir diğer husus; yetkili yabancı hukukun soyut olarak Türk hukukundan farklı boşanma sebepleri kabul etmesinin, her zaman kamu düzenine aykırılık neticesi yaratmayacağıdır. Zira hâkimin hukukundaki hüküm ile yetkili yabancı hukukun düzenlemesi lâfzen aynı olmak zorunda değildir; hâkimin hukuku başka bir hükümde aynı sebebi düzenlemiş olabilir. Bu nedenle Türk hukukundaki başka bir hüküm ile aynı neticeye varabiliyorsak, bu durum kamu düzenini ihlâl edecek mahiyette sayılamaz²⁶⁰.

Bununla birlikte yetkili yabancı hukuk ile Türk hukukunun aynı boşanma sebeplerini kabul etmesi halinde de Türk kamu düzeninin müdahalesi ihtimali mevcuttur. Bu durum, hükmün başka bir açıdan kamu düzenimize aykırılık teşkil etmesi halinde söz konusu olabilir²⁶¹.

Kamu düzeninin boşanma davalarındaki etkisini asgari tutmak ve eşler arasındaki istikrar ve münasebeti bozmamak gerekir. Bu nedenle yetkili yabancı hukukun boşanmayı öngörmemesi veya hâkimin hukukundan daha sıkı şartlara bağlaması, Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirmemelidir²⁶².

Yukarıda açıklandığı üzere, boşanma sebeplerinin Türk hukukundan daha dar bir şekilde düzenleyen yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulanması Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez. Bununla birlikte “zina, cana kast, çok kötü ve onur kırıcı davranış” gibi elzem nedenleri boşanma sebebi olarak düzenlememiş olan yabancı hukuk, elbette ki toplumun ahlak kurallarını zedelemesi açısından kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir²⁶³.

Aynı şeyi, boşanmayı Türk hukukundan daha geniş bir düzenleme ile ele alan yetkili hukuk için söylemek o kadar kolay değildir. Örneğin; Haiti gibi

²⁶⁰ Sakmar, **a.g.e.**, s. 135.

²⁶¹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 135, **Uluocak**, Milletlerarası, s. 82.

²⁶² Sakmar, **a.g.e.**, s. 133.

²⁶³ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 216; **Uluocak**, Milletlerarası, s. 82.

boşanma cenneti olarak bilinen ülke hukuklarından alınan boşanma kararlarının, Türkiye’de hüküm ifade etmesi için MÖHUK md. 58’deki tanımanın şartlarını haiz olması gerekmektedir²⁶⁴. Doktrinde savunulan bir görüş uyarınca ise, yabancılar arasındaki boşanma davasında dahi, ancak hukukumuzdaki mevcut sebeplere dayalı olarak boşanma kararı verilmesi mümkündür²⁶⁵.

MÖHUK md.14 uyarınca tespit edilen yetkili yabancı hukukun, kadın erkek eşitsizliğine yol açacak şekilde boşanma hükümlerini haiz olması halinde, Türk kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususu gündeme gelebilir²⁶⁶. Doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin, ülke ile sıkı ilişki içinde bulunmayan yabancılar hakkında uygulanmasının gerekmediği yönündeki görüş savunulmasına rağmen²⁶⁷, 07.05.2004 tarihinde Anayasamızın 10. Maddesine eklenen “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir ve devletler, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdürler” hükmü ve Türk milletlerarası özel hukuk doktrininin “temel hak ve özgürlükler bakımından Anayasada yer alan prensip ve kıymet hükümlerini belirli bir olayda tahammül edilmez bir şekilde ihlal edebilecek yabancı kanun hükümlerini kamu düzeni müdahalesi ile önlemek mümkün ve zaruridir”²⁶⁸ ifadesi, ülke ile sıkı ilişki içinde bulunmayan yabancılar hakkında dahi, kamu düzeni müdahalesi gerekmektedir; ancak kadın erkek arasında yapılan bu hak eşitsizliği, ciddi ayrımcılık derecesinde olmalıdır²⁶⁹.

Hâkimin hukukunda bulunmayan, bununla birlikte yetkili yabancı hukukun kabul ettiği bazı “boşanma sebepleri” kamu düzeninin müdahalesi bakımından tereddüt yaratmıştır. Bunun en önemli örneği ise “rıza boşanma”dır²⁷⁰. SAKMAR’a göre; eşlerin hiçbir sebebe dayanmadan, müşterek iradeleri ile evlilik birliğine son verebilmeleri kamu düzenine

²⁶⁴ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 34.

²⁶⁵ Sakmar, **a.g.e.**, s. 135.

²⁶⁶ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 34.

²⁶⁷ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 173.

²⁶⁸ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 174.

²⁶⁹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 35.

²⁷⁰ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 262.

aykırılık yaratır²⁷¹. Yargıtay'da 1984 tarihli bir kararında aynı gerekçe ile yabancı mahkemelerden verilen rızai boşanma kararlarının tenfizi talebini reddetmiştir²⁷².

Anlaşmalı boşanma Türk Medeni Kanunumuzda, 04.05.1988 tarihinde bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle bu tarihten önce, rızai boşanmanın Türk boşanma hukukunun temel ilkelerine ve Türk kamu düzenine aykırı olduğu hususu doktrinde genellikle kabul edilmiştir²⁷³. Yargıtay daha sonra 26.05.1986 tarihli kararında ise, rızai boşanmanın gerçekleştiği Avusturya mahkemesinin kararını, kamu düzenine aykırı görmeyerek kabul etmiştir²⁷⁴.

Bununla birlikte tarafların boşanma iradelerine geniş ölçüde yer veren, karşılıklı rızalarını boşanma sebebi olarak kabul eden veya aksine boşanmayı daha ağır şartlara bağlayan, hatta yasaklayan²⁷⁵ yabancı hukukun “yabancı eşler” arasında uygulanması kamu düzeninin müdahalesini gerektirmemelidir²⁷⁶. Zira özellikle boşanmayı daha ağır şartlara bağlayan yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık yaratacağını kesin olarak tespit etmek oldukça güçtür. Çünkü daha önceden de ifade edildiği üzere; yabancı ülke hukukunun Türk hukukundan farklı boşanma sebepleri kabul etmesi kamu düzenimizin müdahalesi için yeterli değildir. Göz önünde tutulması gereken; bu durumun yabancı hukukun uygulanmaması sonucuna yönelik bir araç haline getirilmemesidir²⁷⁷.

²⁷¹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 136.

²⁷² Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 592.

²⁷³ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 34.

²⁷⁴ Çelikel / Nomer, **a.g.e.**, Y.2. HD., 26.05.1986 T., E.3520-K.5471, s. 396-397.

²⁷⁵ Uluocak, Milletlerarası, s. 81.

²⁷⁶ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 262.

²⁷⁷ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 246.

1. Talâkın Tescili Talebi

Talâk daha önceden de ifade edildiği üzere; İslam hukukunda kabul edilen, evliliğin sadece koca tarafından tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesi anlamına gelmektedir²⁷⁸.

Talâk mahkeme dışı gerçekleştiğinden, milli hukuklarında bu nitelikte boşanma sebebi bulunan kişilere ait ihtilaflara çok sık rastlanmamaktadır²⁷⁹. Zira bağlama kurallarımıza göre yetkili yabancı hukukun İslam hukuku olduğu durumlarda, Türk hâkimi tarafından yetkili hukukun boşanma hükümlerinin uygulanması esasen söz konusu olmamaktadır²⁸⁰. Bununla birlikte; bu husus bazen talâkın tescili talebi ile veya evliliğin son bulmasının hükümlerine bağlı olarak veyahut da nafaka talepleri ile açılan davalarda Türk mahkemelerinin önüne gelmektedir²⁸¹. Bu gibi davalar inşai dava niteliğinde olmayıp; tespit veya eda davalarına konu olmaktadır. Burada ortaya çıkan husus, tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşmiş olan boşanmaların Türkiye’de geçerlilik arz edip etmeyeceğine ilişkin problemdir²⁸².

Talâkın tescili talebi Türk hukukunda genel olarak kamu düzenine aykırı kabul edilmiştir²⁸³. Gerçekten de; gerek ülkemiz hukuk sisteminde kabul edilen boşanmanın kazai karakteri, gerekse kadın erkek arasındaki eşitliği bozar nitelikte olması nedeni ile kamu düzenimize aykırılık teşkil ettiği söylenebilir²⁸⁴.

Yargıtay, 1945 tarihli bir kararında talâkın tescili talebini kamu düzenine aykırı bulmuştur²⁸⁵. Olayda ikisi de İranlı olan eşlerden koca, karısını talik ettiğini; fakat karısının konsolosluk defterini imzalamadığını, bu nedenle

²⁷⁸ bkz. s. 1.

²⁷⁹ Tekinalp, Bağlama, s. 169.

²⁸⁰ Sakmar, **a.g.e.**, s. 137.

²⁸¹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 137; Tekinalp, Bağlama, s. 169.

²⁸² Sakmar, **a.g.e.**, s. 137.

²⁸³ Göğer, **a.g.e.**, s. 185; Uluocak, N., **Kanunlar İhtilafı: Yasama Yetkisi Kuralları**, İstanbul 1971, s. 82.

²⁸⁴ Uluocak, Kanunlar İhtilafı, s. 21.

²⁸⁵ Y.2. HD., 26.10.1945 T., E.3019-K.4886, BERKİ/ERGÜNEY, 76.

talâkın tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Yüksek mahkeme ise talebi, kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile reddetmiştir. Yine Yargıtay'ın 1950 tarihinde verdiği kararda da, taraflardan biri Türk olan eşlerin Türkiye'de evlendikleri ve bu nedenle boşanmalarının da Türk kanunlarına göre yapılması gerektiği gerekçesi ile talâkın tescili istemi reddedilmiştir²⁸⁶.

Yargıtay'ın 1950 tarihli kararında talâkın tescili talebinin reddedilmesi haklı görülmele beraber; red gerekçesi yerinde değildir. Zira eşlerden birinin Türk vatandaşı olması ve evlenmenin Türkiye'de gerçekleşmesi, boşanmaya Türk kanunlarının uygulanması gerekliliğini doğurmaz²⁸⁷.

Türkiye'de yabancılar arasında tek taraflı irade beyanı ile meydana gelen boşanmalar mahkemelerimizin önüne gelmediği müddetçe, kamu düzeninin müdahalesi gerekmemektedir²⁸⁸. Ancak mahkemelerimize intikal ettiği zaman, somut olayların her birinde, talâkın kamu düzenine aykırı olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme esnasında, talâkın, Türkiye'de mi yoksa yabancı bir ülkede mi beyan edildiği göz önüne alınmalıdır. Türk hukukunda, temel ilkelerimize ters düşmesi nedeni ile kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilen talâkın boşanma sebebi olarak Türkiye'de uygulanması mümkün değildir. Zira talâk ne Türk mahkemelerinde ne de bu mahkemelerin dışında hüküm doğurabilir. Bununla birlikte, yabancı bir ülkede usulüne ve tarafların milli hukukuna uygun olarak beyan edilmiş talâkın Türk kamu düzenine aykırı olduğunu söylemek ve bu nedenle doğurduğu hükümleri tanımamak çok da doğru olmayacaktır²⁸⁹.

Eşlerden yalnızca birinin milli hukukuna uygun olan talâk beyanı ve bu beyanın o ülke kadılığına tesciline ilişkin bir belgenin, Türk hukuku açısından mahkeme kararı teşkil edip etmediği hususu önem arz etmektedir²⁹⁰. Bu belge, mahkeme kararı benzeri kabul edilebilir; zira kadılık tarafından tescil

²⁸⁶ Y.2. HD., 28.10.1950 T., E.3925-K.5045, BERKİ/ERGÜNEY, 62 vd.

²⁸⁷ Tekinalp, Bağlama, s. 170.

²⁸⁸ Sakmar, **a.g.e.**, s. 138.

²⁸⁹ Tekinalp, Bağlama, s. 170.

²⁹⁰ Tekinalp, Bağlama, s. 170.

edilmiş bir belgedir. Bu durumda, MÖHUK'un tanıma ile ilgili hükmü olan md. 58 atfı ile md. 54'e bakmak gerekir. 54. maddenin (c) bendini, milli hukukunda talâkın kabul edilmediği kadının, boşanmaya rıza gösterip göstermediğine göre yorumlamak gerekir. Eğer kadın eşin rızası var ise bunu rızai boşanma olarak kabul ederek olumlu cevap vermek gerekir²⁹¹. Ancak rızanın bulunmadığı hallerde rızai boşanma için gerekli olan sebepler gerçekleşmediğinden, aynı yoruma gidilemeyecektir²⁹².

Talâkın Türk kamu düzenine aykırı kabul edilmesi halinde, hukuki ihtilâfın çözümünün hangi hukuka göre yapılacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Burada doğan boşluğun, yine yabancı hukukun hükümleri ile doldurulması gerektiği, bu hükümlerin bütününe kamu düzenimizin müdahalesini gerektiriyor olması halinde ise lex fori'nin uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁹³. Bununla birlikte SAKMAR, boşanma davaları açısından kamu düzeni müdahalesinin, daima lex forinin uygulanmasını gerektirdiğini savunmuştur²⁹⁴. Böylece, Türk kamu düzenine aykırılık nedeni ile yetkili yabancı hukukun uygulanmaması karşısında, davanın belirsiz bir süre boyunca tamamlanamaması ve askıda kalması ihtimali önlenmektedir²⁹⁵.

Kanaatimizce, boşanma kararlarının kazai nitelik taşıması gerekliliği ve eşlerin menfaatlerinin önem arz etmesi nedeni ile talâkın tescili talebi kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir. Bununla birlikte kadın eşin rıza göstermesi halinde, mahkemelerimizin hâlâ kamu düzeninin müdahalesinin gerekeceği yönünde hüküm kurmaları yanlış olur. Zira eşleri evliliği devam ettirmeye mecbur kılmak da hukukumuzun temel ilkelerine uygunluk arz etmez.

²⁹¹ Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 07.02.1991 tarihli kararına konu olan olayda, Suudi Arabistanlı koca Türk vatandaşı eşini kadı önünde ve tanıklar huzurunda ayrı ayrı üç defa talâk ile boşadığını beyan etmiş ve Türk vatandaşı eş de kabul etmiştir. Türk eş tarafından kararın Türkiye'de tanınması talep edilmiş ve mahkeme de, Cide kadılığının tescilini mahkeme senedi olarak kabul etmiştir, bkz. ÇELİKEK, 568.

²⁹² Tekinalp, Bağlama, s. 171.

²⁹³ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 179.

²⁹⁴ Sakmar, **a.g.e.**, s. 139.

²⁹⁵ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 129.

2. Boşanma Yasağı

MÖHUK md. 14 uyarınca tespit edilen bağlama kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukta “boşanma yasağı” hükmünün yer alması halinde; bu durum Türk hukukunda kamu düzenine aykırı sayıldığından Türk mahkemelerinde nazara alınmayacaktır²⁹⁶. Başka bir ifade ile eşlerin müşterek milli hukuklarında veya bunun bulunmadığı hallerde müşterek mutad mesken hukuklarında “boşanma yasağı” hükmünün bulunması kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacaktır.

Gerçekten de özellikle eşlerden birinin Türk vatandaşı olması halinde, bu kişiye yabancı hukukun “boşanma yasağı” hükmünün uygulanması ve bu nedenle Türk vatandaşı eşin, Türk hukukunun boşanma için kabul ettiği sebeplerden daha ağırına tâbi tutan yabancı hukukun uygulanmasına maruz bırakılması kamu düzenine aykırılık yaratır. Böyle bir durumda, kamu düzeninin müdahalesi gerekmektedir²⁹⁷.

Bununla birlikte günümüzde, “boşanma yasağı” hükmünün taraflardan birinin milli hukukunda bulunması halinde, bu bağlama noktası göz ardı edilerek, MÖHUK md. 14 uyarınca boşanmaya uygulanan ikinci basamağa geçilebileceği ve nihayet Türk hukukunu uygulama imkânının söz konusu olabileceği; bu nedenlerle bu nitelikteki durumlarda boşanma yasağının kamu düzenine aykırılığından söz etmeye gerek kalmadığı söylenebilir²⁹⁸.

Eşlerin her ikisinin yabancı olması ile eşlerden en az birinin Türk vatandaşı olduğu haller arasında kamu düzenine başvurma yönünden yapılan ayırım objektif bir uygulama değil gibi görünmektedir; ancak örneğin eşlerin müşterek milli hukuklarının “boşanma yasağı” hükmü ihtiva etmesi halinde Türk mahkemesinin vereceği boşanma kararı milli hukuk ülkesinde

²⁹⁶ Tekinalp, Bağlama, s. 171.

²⁹⁷ Aybay/Dardağan, *a.g.e.*, s. 215.

²⁹⁸ Tekinalp, Bağlama, s. 172.

sonuç doğurmayacağı için kamu düzenine aykırılık teşkil etmemekte ve böyle bir ayrımı haklı kılmaktadır²⁹⁹.

Türk hukukunda evli bir kişinin tekrar evlenebilmesi, ilk evliliğinin sona ermesine bağlıdır. Bu nedenle esasen, evlenme hakkı bağlamında, “ülke ile yeterli ilişkinin mevcut olduğu olaylarda” yabancı-Türk vatandaşı ayrımı yapmak çok da doğru olmayabilir³⁰⁰.

Kamu düzeni engellemesi ancak kişi özgürlüğünü sınırlaması nedeni ile boşanma yasağı açısından söz konusu olabilir. Bundan ötürü, eşlerden birinin Türk vatandaşı olduğu hallerde, yabancı hukukun “boşanma yasağı” hükmünün uygulanması Türk vatandaşı eş açısından özgürlüğü kısıtlama nedeni teşkil edecek ve kamu düzeni müdahalesi gerçekleşecektir³⁰¹.

B. Topal Evliliklerde Uygulanacak Hukuk

Bir ülkede geçerli olmasına rağmen, diğer ülkede geçerli kabul edilmeyen işlem veya ilişkilere topal hukuki işlemler denilmektedir³⁰².

Bağlama kurallarına göre tespit edilen yetkili yabancı hukukun milli hukuk olduğu durumlarda, topal evlilik meselesi gündeme gelebilir. Örneğin; 1981’den önce, İspanyol hukukuna göre, Katolikler ancak kilisede evlenebiliyorlar idi. Bu durum asli bir şekil şartıydı. İki Katolik İspanyol vatandaşının 1981’den önce Türkiye’de evlendirme memuru önünde evlenmiş olduklarını farz edersek, bu kişilerin evliliği müşterek milli hukuklarına göre geçerli sayılmayacaktır³⁰³.

Milletlerarası özel hukukta boşanma davasının açıldığı ülke hukukuna göre geçerli olan bir evliliğin, eşlerin müşterek milli hukuklarınca geçersiz

²⁹⁹ Uluocak, Milletlerarası, s. 81.

³⁰⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 33.

³⁰¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 246.

³⁰² Doğan, Milletlerarası, s. 180.

³⁰³ Tekinalp, Bağlama, s. 168.

sayılması haline “*matrimonium claudicans*” denmektedir³⁰⁴. Ortaya çıkan mesele; eşlerin müşterek milli hukuku haiz olmalarına rağmen bu hukukun, sona erdirilmesi istenen evliliği geçersiz sayması halinde, müşterek milli hukukun uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Türkiye’de, Türk Medeni Kanununun aradığı şekil şartlarına uygun olarak yapılmış bir evlilik Türk hukuku bakımından her hâlde geçerli bir evlilik olacaktır; zira evlilik kurumu vasıf ihtilâfında Türk hukuku bakımından şekle ait bir mesele olarak kabul edildiğinden “lex fori”ye tabîdir³⁰⁵.

Boşanma ve ayrılıktan doğan davalarda müşterek milli hukukun uygulanmasının nedeni; eşlerle en irtibatlı ve eşlere en yakın olan hukukun uygulanmasıdır. Ancak henüz evliliklerini, geçerli kabul etmeyen müşterek milli hukukları, boşanma konusuna tamamen yabancı olacaktır³⁰⁶. Zira milli hukuklarına göre geçerli olarak kabul edilmeyen bir hukuki işlem söz konusu olduğunda; ortaya çıkan bütün hukuki sonuçlar reddedilmektedir³⁰⁷.

Evlenmeyi geçerli olarak kabul etmeyen bir hukukun, boşanmaya uygulanması da mümkün değildir. Bu nedenle müşterek milli hukuk uygulaması söz konusu olmayacaktır. Geçersiz kabul ettiği bir evlilik hakkında evliliği geçerli saymayan bir hukukun uygulanması pek tabii ki isabetli olmayacaktır³⁰⁸.

Böyle bir boşanma ihtilafının olduğu durumlarda, diğer ortak bağlama kurallarına (müşterek mutad mesken, Türk hukuku) göre problemi çözmek önerilmektedir. Bu nedenle hâkim ya bu basamaktaki bağlama kuralını göz ardı ederek bir sonraki basamaktaki bağlama kuralını tatbik edecek³⁰⁹ ya da Türk hukukundaki genel eğilime de uygun olarak “lex fori”nin uygulanmasına

³⁰⁴ Sakmar, **a.g.e.**, s. 123.

³⁰⁵ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 109.

³⁰⁶ Sakmar, **a.g.e.**, s. 124.

³⁰⁷ Doğan, Milletlerarası, s. 180.

³⁰⁸ Doğan, Milletlerarası, s. 246.

³⁰⁹ Doğan, Milletlerarası, s. 246.

gidecektir³¹⁰. Burada dikkat edilmesi gereken, bu sonucun kamu düzenine aykırılıktan değil, bir zorunluluktan kaynaklandığıdır³¹¹.

Uygulanacak hukukun boşanmayı kabul etmediği durumlarda, Türk hukukuna göre verilen boşanma kararının, ülkede hüküm ve sonuç doğurması zarureti de vardır. Başka bir ifade ile Türk mahkemelerinden Türk hukukuna uygun olarak boşanma kararı alan ilgililer, tekrar evlenmek istediklerinde evlenmelerinin mümkün olup olmayacağı meselesi ortaya çıkar. Zira kişilerin evlenme ehliyeti milli hukuklarına tabidir. Milli hukuklarına göre boşanmamış olan bu kişiler evlenme ehliyetine sahip olmayacaklardır. Bu durumda bunu göz ardı ederek lex foriye uygularsak da total evlilikler meydana gelecektir³¹².

VI. KURAL VE STATÜ DEĞİŞİKLİKLERİNİN ETKİSİ

A. Genel Olarak

Boşanma ve ayrılıktan doğan yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukuku tespiti yarayan bağlama kurallarının (müşterek milli hukuk, müşterek mutad mesken hukuku) sonradan değişmesi halinde hangi andaki duruma göre tespit yapılacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Zira boşanma ve ayrılık ile evliliğin diğer sona erme sebeplerine uygulanan hukuk değişkendir³¹³.

Statü değişikliğinin konusu; birbirini takip ederek yürürlüğe girmiş olan eski ve yeni hukuk düzenlerinden hangisinin uygulanacağı hususudur.

Statü değişikliğinden doğan meseleler, bağlama noktasında zaman içinde yapılan değişiklikler nedeni ile meydana gelmektedir³¹⁴. Örneğin;

³¹⁰ Sakmar, **a.g.e.**, s. 124.

³¹¹ Doğan, Milletlerarası, s. 246; Tekinalp, Bağlama, s. 168.

³¹² Doğan, Milletlerarası, s. 247.

³¹³ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 195; Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 258; Ruhi, **a.g.e.**, s. 128.

³¹⁴ Doğan, Milletlerarası, s. 183.

tarafların boşanma davası açtıkları anda, müşterek milli hukuku haiz olmalarına rağmen, davanın devamı sürecinde eşlerden birinin vatandaşlığının değişmesi halinde ne olacağı hususunun çözümü önemlidir. Bu nedenle konu, çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak ayrı ayrı incelenecektir.

B. Bağlama Kuralının Değişmesinin Etkisi

Boşanma sebepleri gerçekleştikten sonra, uygulanacak hukukun tespiti için gerekli olan bağlama kurallarının değişmesinin meydana getireceği etkinin ne olacağı hususu önemlidir. Boşanma ve ayrılık hususunda “hangi andaki” müşterek bağlama noktalarının esas alınacağına dair MÖHUK’ta açık bir hüküm yer almasa da, “değişken ihtilâflar”ı düzenleyen MÖHUK md. 3; *“yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, **dava tarihinde** vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır”* demektedir³¹⁵. Örneğin; Türk vatandaşı eşler evlendikten belirli bir süre sonra boşanmanın yasak olduğu bir ülke vatandaşlığına geçmişler ise, boşanma imkânının olup olmayacağı bu hukuka tabi olacaktır³¹⁶.

Kanun koyucuların görüşü; bağlama kuralında değişiklik olması hâlinde, değişikliğin boşanma statüsüne etki etmeyeceği yönündedir³¹⁷. Bu nedenle pozitif düzenlemelere bakıldığında da bağlama kuralının tayininde *“davanın açıldığı an”* dikkate alınmaktadır. Örneğin; Alman içtihadı ve doktrininde “eski boşanma, eski hukuk” ilkesine yer verilmekte ve böylece uygulanacak hukuk, davanın açıldığı tarihe göre belirlenmektedir³¹⁸. Zira yetkili kanunun, zaman içinde değişerek değerini ve ilgisini kaybetmiş kıstaslara göre değil, hali

³¹⁵ Doğan, Milletlerarası, s. 243.

³¹⁶ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 249.

³¹⁷ Doğan, Milletlerarası, s. 243.

³¹⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 36.

hazırda mevcut olan bağlama noktalarına göre tespit edilmesi daha doğru olacaktır³¹⁹.

Boşanma gerçekleştikten sonra değişen maddi hukuk normları kural olarak göz önüne alınmaz. Bununla birlikte yapılan kanun değişikliği boşanmanın hukuki sonuçlarına (nafaka, velayet gibi) etki ediyor ise; yapılan değişiklik bu nitelikteki sonuçlar üzerinde etkili olacak ve uygulanacak hukuk buna göre belirlenecektir³²⁰.

C. Eski Bağlama Kuralı Zamanındaki Olayların Etkisi

Değişken ihtilâflarda “dava tarihindeki” müşterek bağlama noktalarının esas alınacağını söylemiştik. Bu durum göz önüne alındığında, davanın açılmasından önceki müşterek hukukta yer alan boşanma sebepleri yeni hukukta kabul edilmeyebileceği gibi, eski hukuk zamanında gerçekleşmiş ancak boşanma sebebi olarak kabul edilmemiş bir olay, dava anındaki yeni hukuka göre boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olabilir³²¹.

Tarafların müşterek milli hukuku sonradan yine müşterek bir şekilde değişmişse, boşanma ve ayrılık sebeplerine eşlerin yeni müşterek milli hukukları uygulanacaktır³²². Eşlerin müşterek olarak yeni bir milli hukuk iktisap ettikleri durumlarda evlilik birliğini sona erdirirken, onları ilgilerinin kalmadığı bir hukuka tâbi kılmak uygun değildir³²³.

Eski müşterek hukukun hâkim olduğu dönemde gerçekleşmiş ve fakat boşanma sebebi olarak kabul edilmemiş bir olayın yeni müşterek hukukta, boşanma sebebi olarak düzenlendiği hâllerde boşanma gerçekleşemez³²⁴. Zira herhangi bir olay, o olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan

³¹⁹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 110.

³²⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 37.

³²¹ Doğan, Milletlerarası, s. 243.

³²² Sakmar, **a.g.e.**, s. 109; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 167.

³²³ Sakmar, **a.g.e.**, s. 109.

³²⁴ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 195; Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 259; Doğan, Milletlerarası, s. 243.

kanunlara göre değerlendirilir³²⁵. Akıl hastalığı gibi durumlarda dahi, kural değişmez. Böyle bir olay hem eski hem yeni müşterek hukukta varlığını devam ettiriyor olsa dahi, evliliği sona erdirip erdirmeyeceği yeni hukuka göre tespit edilecektir³²⁶.

Türk doktrininde olduğu gibi, Alman ve İsviçre hukuklarında da, geçmiş dönemdeki olayların yeni hukuk da göz önüne alınmayacağı görüşü mevcuttur³²⁷. Bununla birlikte, Fransız hukukunda eski müşterek hukuk zamanında gerçekleşmiş olayların evlilik bağına verdiği zararlar göz önüne alınarak aksi bir görüş benimsenmiştir³²⁸. 14.03.1928 tarihli *Ferrari* kararında; eski müşterek kanunun hâkim olduğu dönemde sadece ebedi ayrılık kararının alınabildiği bir sebep, yeni müşterek hukukta boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir³²⁹. Fransız Yargıtayı boşanma kararına hükmederken; *“boşanma davasının ileri sürülen maddi olaylardan ziyade, bunların evlilik bağına verdikleri derin ve devamlı zararlar yüzünden müşterek hayatın çekilmez hale gelmiş olması”* halini gerekçe olarak göstermiştir³³⁰.

Tarafların eski müşterek hukuklarında boşanma sebebi olarak kabul edilen bir olayın, yeni bağlama kuralına göre boşanma sebebi sayılmaması durumunda; eski bağlama kuralı hâkimken gerçekleşen ve boşanma sebebi olarak düzenlenmiş bulunan olaylara dayanarak boşanma gerçekleşemez³³¹. Başka bir ifade ile yeni bağlama kuralında *“eski statüdeki boşanma sebepleri”* mevcut değilse, artık bunlar yeni milli hukukun hâkim olduğu dönemde ileri sürülemezler³³².

Özetlemek gerekir ise, kanuni olarak devam eden bir ilişki niteliğini haiz boşanma ve ayrılık davaları, yeni bağlama kuralları yürürlüğe girinceye kadar eski milletlerarası özel hukuk kurallarının, yeni bağlama kuralları yürürlüğe

³²⁵ Sakmar, **a.g.e.**, s. 111; Tekinalp, Bağlama, s. 167.

³²⁶ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 259.

³²⁷ Uluocak, Milletlerarası, s. 80.

³²⁸ Tekinalp, Bağlama, s. 167.

³²⁹ Uluocak, Milletlerarası, s. 80.

³³⁰ Sakmar, **a.g.e.**, s. 111.

³³¹ Doğan, Milletlerarası, s. 243; Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 258.

³³² Tekinalp, Bağlama, s. 167.

girdikten sonra da yeni milletlerarası özel hukuk kurallarının yetkili gördüğü hukuka tâbidir³³³.

Dikkat edilmesi gereken husus; burada ifade edilenlerin sadece mahkeme kararı ile gerçekleştirilen boşanmalara ilişkin olduğudur. Özel boşanmaların tamamlanmış bir işlem olarak kabul edilebilmesi için, boşanmanın hüküm doğurabilmesinde gerekli olan tüm şartların; örneğin duruma göre mahkeme veya makamın izni veya tescil işlemlerinin mevcut olması gerekmektedir³³⁴.

³³³ Doğan, Milletlerarası, s. 184.

³³⁴ Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 37.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARINDAN NAFKA VE VELAYET

I. NAFKA

A. Genel Olarak

Boşanma kararı ile hüküm altına alınan ve eşlerin menfaatlerini büyük ölçüde ilgilendiren önemli hususlardan biri de nafakadır. Hem Türkiye'ye yerleşen yabancı vatandaşların hem de yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarının sayısının artması neticesinde, Türk mahkemeleri önüne birçok yabancı unsurlu nafaka uyuşmazlıkları gelmektedir.

Nafaka, aile birliğine dâhil bireylerin birbirlerine karşı olan bakım ve yardımlarına ilişkin kuralları ifade eden bir kurumdur.

Aile hukuku hükümleri içerisinde düzenlenmiş nafaka hakkında, aile birliğinin çevresi ve birliğe dâhil kişilerin yükümlülükleri, çeşitli hukuklarda farklı şekilde hüküm altına alınmıştır. Örneğin; İsviçre (01.01.2000'e kadar), Portekiz, İspanyol ve İtalyan hukuklarında nafaka yükümlülüğü kardeşler arasında da mevcutken, Hollanda, İsveç, Belçika, Fransa, Almanya ve İsviçre (01.01.2000'den itibaren)'de kardeşlerin böyle bir yükümlülüğü yoktur³³⁵.

Türk Medeni Kanunumuzun çeşitli hükümlerinde düzenlenen nafaka; esasen “*bakım nafakası*” ve “*yardım nafakası*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Bakım nafakası; “geçici önlemler” ve “birlikte yaşamaya ara verilmesi” madde başlıkları altında düzenlenmiş bulunan “*tedbir nafakası (MK md. 169, 197)*”, “*yoksulluk nafakası (MK md. 175)*”, “*iştirak nafakası (MK md. 182/2)*”, ana babadan istenecek bakım nafakası (MK md. 327) ve evlat edinme

³³⁵ Tekinalp, Bağlama, s. 211.

ilişkisindeki bakım nafakasıdır (MK md. 314/1)³³⁶. Yardım nafakası ise belirli derecede yakınlığı bulunan kan hısımları ile ilgili bir nafaka çeşididir. Bu nedenle yardım edilmediği takdirde zarurete düşeceği muhakkak olan üstsoy-altsoy ve kardeşler arasında karşılıklı bir dayanışma sağlamayı amaçlayan yardım nafakası³³⁷, bu yönden bakım nafakasından ayrılmaktadır³³⁸.

Eşlerin birbirlerine ve çocuklara bakma ve geçindirme yükümlülüğüne bağlı olan veya ana babanın çocuklarına karşı yüklendikleri bakım ödevine dayanması anlamına gelen bakım nafakası ise; kapsam, yükümlülükler ve hukuki sebep açısından yardım nafakasından farklılık arz etmektedir³³⁹.

Bakım nafakası, kendine yakın olan veya kendini yöneten hukuki ilişkinin tâbi olduğu bağlama kuralının uygulama alanına girer. Aynı şeyi yardım nafakası için de söyleyebiliriz³⁴⁰.

Anayasa md. 90/5 uyarınca; aynı konu hakkında düzenlenmiş bir kanun maddesinin ve milletlerarası sözleşmenin mevcut olması halinde, önceki tarihli olsa dahi, milletlerarası sözleşme hükümleri öncelikle uygulanır³⁴¹. Bu nedenle hukukumuzda her somut olayda, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasından önce, o konu ile ilgili mevcut bir milletlerarası sözleşmenin olup olmadığı incelenmelidir³⁴². Zira MÖHUK md.1/2; *“Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır”* demektedir. Sözleşmeden sonra kabul edilen kanunun milletlerarası sözleşme hükümlerini saklı kılması halinde, sözleşmeler yürürlükte kaldıkları sürece geçerli olacaklardır³⁴³.

Nafaka hususunda Türkiye birçok milletlerarası sözleşmeye taraftır. Bu sözleşmelerden bir kısmı “uygulanacak hukuk”a ilişkin, bir kısmı da

³³⁶ Doğan, Milletlerarası, s. 261.

³³⁷ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 444.

³³⁸ Tekinalp, Bağlama, s. 211.

³³⁹ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 444.

³⁴⁰ Tekinalp, Bağlama, s. 211.

³⁴¹ Bilge, N., **a.g.e.**, s. 49.

³⁴² Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 71.

³⁴³ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 44.

“nafaka alacaklarının tahsili” ve “nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi”ne ilişkindir³⁴⁴.

Uygulanacak hukuka ilişkin imzalanmış milletlerarası sözleşmeler; “1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme”³⁴⁵ (1956-Nafaka Sözleşmesi), “1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme”³⁴⁶ (1973-Nafaka Sözleşmesi)’dir.

Nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olanlar; “1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme”³⁴⁷ ve “1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme”³⁴⁸; ve son olarak nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin; “1956 tarihli Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsiline Dair Sözleşme”³⁴⁹ dir.

Türkiye’nin taraf olduğu bu milletlerarası sözleşmeler, nafaka ile ilgili yabancı unsurlu davalarda, MÖHUK’un ilgili hükümlerinden öncelikle uygulanacaktır. Dolayısı ile hâkim öncelikle milletlerarası sözleşme hükmüne göre ihtilafı çözmeli; ihtilafla ilgili sözleşmede hüküm olmadığı takdirde MÖHUK’un nafaka ile ilgili hükümlerini somut olaya uygulamalıdır.

Esasen, boşanmanın sonucu olarak ortaya çıkan nafaka talepleri, boşanma ve ayrılığa uygulanan hukuka tâbi olmalı ve kamu düzeni müdahalesi ancak yetkili hukukun nafaka imkânını tanımaması veya sınırlı bir şekilde hüküm altına alması halinde söz konusu olmalıdır³⁵⁰.

³⁴⁴ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 98.

³⁴⁵ RG. 24.12.1971-14052.

³⁴⁶ RG. 06.02.1983-17951.

³⁴⁷ RG. 11.01.1973-14418.

³⁴⁸ RG. 16.02.1973-17961.

³⁴⁹ RG. 18.03.1971-13782.

³⁵⁰ Sakmar, **a.g.e.**, s. 191.

B. Yoksulluk Nafakası

1. Kavram

Medeni Kanun md.175 uyarınca; boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak şartı ile yoksulluk nafakası talep edebilir. Nafaka yükümlüsünün ise kusurlu olup olmadığı aranmadığından, nafaka ödeyecek taraf kusursuz olsa dahi koşulları varsa nafaka ödemeye mahkûm edilebilir³⁵¹.

Boşanma sonrası ödenecek olan bu nafaka, bir açıdan, evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğünün bir devamı niteliğindedir³⁵². Yugoslav Aile Hukukunda da, boşanan kusursuz eşin çalışamayacak durumda olması veya işsiz olması halinde diğerinden nafaka talep edebileceği kabul edilmiştir³⁵³.

Medeni Kanunun, karşı tarafın nafaka ödemesi için kusur aramamasından açıkça anlaşıldığı üzere; boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek tarafı koruma amacı güder. Bu nedenle yoksulluk nafakası karşı tarafa yüklenen bir ceza veya tazminat niteliği taşımaz³⁵⁴.

Yoksulluk nafakası süresiz olarak talep edilebilir. Aynı zamanda taraflar, yoksulluk nafakasının miktarını ve süresini aralarında kararlaştırabilirler ve fakat bunun hüküm doğurabilmesi için hâkim tarafından onaylanması icap eder. Buna karşılık, tarafların arasında bu nitelikte bir anlaşma yoksa veya sağlanamamışsa, yoksulluk nafakası talebine hakkı olan bunu hâkimden isteyebilir³⁵⁵.

Mahkeme nafakanın toptan veya irat biçiminde ödenmesine karar verebilir. Verilecek karar, boşanmanın kesinleşmesinden sonra hüküm

³⁵¹ Öztan, a.g.e., s. 482.

³⁵² Zevkliler/ Acabey /Gökyayla, a.g.e., s. 938.

³⁵³ Özsunay, a.g.m., s. 162.

³⁵⁴ Akıntürk, a.g.e., s. 302.

³⁵⁵ Akıntürk, a.g.e., s. 307.

doğurmaktadır³⁵⁶. MK md. 178 uyarınca, talebe hakkı olan eş, bu hakkını boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde kullanmak zorundadır.

İtalyan Medeni Kanunu md. 433'te de; nafaka yükümlüleri grubunun en başında eşler gelmektedir. İtalyan Medeni Hukukuna göre; bu nitelikteki kanuni nafaka borcu hak sahibini borçluya bağlayan belirli ilişkilerin varlığına, hak sahibinin ihtiyaçlarına ve borçlunun kişisel ihtiyaçları göz önünde tutularak tespit olunan mali güce bağlıdır³⁵⁷.

2. Türk Kanunlar İhtilafı Kuralı

MÖHUK boşanma ve ayrılığa uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarını belirlediği md. 14'te aynı zamanda nafakaya uygulanacak hukuku da düzenlemiştir:

MÖHUK md.14/2: *Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı halinde de geçerlidir.*

2675s. Eski MÖHUK md.13, nafakaya uygulanacak hukuk hususunda; “geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka talepleri boşanma ve ayrılık hakkında yetkili olan hukuka tâbidir” demiştir. MÖHUK md. 14/2'de, boşanma ve ayrılık statüsüne tabi tutulan boşanma, ayrılık ve evlenmenin butlanı ile ilgili nafaka talepleri de (örneğin yoksulluk ve iştirak nafakası), geçici tedbir niteliğinde olmayan nafaka ile ilgili taleplerdir. Zira md.14/4; geçici tedbir taleplerine (örneğin tedbir nafakası) Türk hukukunun uygulanacağını açıkça hüküm altına almıştır³⁵⁸.

³⁵⁶ Doğan, Milletlerarası, s. 244.

³⁵⁷ Luzzatto, R., “İtalyan Hukukunda Küçüklere Karşı Bakım Yükümleri”, çev.: Cemal, A., **MHAD**, S. 6, Yıl 4, 1970, s. 183.

³⁵⁸ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 213.

2675s. eski MÖHUK'ta geçici nitelikte olmayan nafaka taleplerinin hangi hukuka tâbi olacağı ifade edilmiş ve fakat geçici tedbir taleplerine uygulanacak hukukun ne olduğu gösterilmemiştir. Bu nedenle doktrinde ve uygulamada bu hususta tartışma olmuştur³⁵⁹. Her ne kadar Yargıtay, geçici tedbir taleplerine, nafakanın niteliği nedeni ile ve geçici tedbirlerin kamu düzenini ilgilendirmesi sebebi ile Türk hukukunu uygulama eğiliminde olsa da, kanunda açık bir hüküm yer almaması farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden oluyordu³⁶⁰.

Madde, milletlerarası nafaka hukukunu yöneten ve “loi uniforme” (yeknesak kanun) niteliğinde bir milletlerarası sözleşme olan 02.10.1973 tarihli La Haye Nafaka Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmiştir³⁶¹. Karşılıklılık aranmaksızın uygulanan bu Sözleşmenin hükümlerine göre; her türlü nafaka alacağına uygulanacak hukuk *“nafaka alacaklısının mutad mesken hukuku”*dur.

Türk hukukunda da bütün nafaka taleplerine 1983'ten itibaren, Türkiye'nin çekinceleri ve Sözleşmedeki istisnalar dışında, Sözleşme hükümleri uygulanmaktadır³⁶². MÖHUK md. 18 de nafaka başlığı altında; nafaka taleplerine “nafaka alacaklısının mutad mesken hukuku”nun uygulanacağını hüküm altına almıştır.

Sözleşmedeki *“nafaka alacaklısının mutad mesken hukuku”* genel kuralına, aynı Sözleşmenin 8. maddesi ile istisna getirilmiştir. 8. madde; *“4,5 ve 6. maddelerden farklı olarak, boşanma kararının verildiği veya tanındığı bir âkit devlette boşanmaya uygulanmış olan kanun, boşanmış eşler arasındaki nafaka yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerle ilişkin kararların gözden*

³⁵⁹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 105.

³⁶⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 106.

³⁶¹ Güngör, **a.g.e.**, s. 279; Ruhi, **a.g.e.**, s. 127.

³⁶² Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 247.

*geçirilmesini de düzenler. Yukarıdaki fıkra hükmü ayrılık, evliliğin butlanı veya iptali hallerinde de uygulanır*³⁶³ ifadesi ile genel kuraldan ayrılmıştır.

Yeni Alman ve İsviçre kanunlarında nafaka tümü ile 1956 ve 1973 La Haye Sözleşmelerinde belirlenen bu genel kural başta olmak üzere basamaklı bir kanunlar ihtilafı kuralları düzenine tâbi tutulmuştur (Alman MÖHK md. 18; İsviçre MÖHK md. 83)³⁶⁴.

Görüldüğü üzere, MÖHUK md.14/2 de, Sözleşmenin 8.maddesi ile uyum arz etmektedir. Zira Türk hukuku da boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka taleplerini boşanma ve ayrılık statüsüne tâbi kılmıştır³⁶⁵.

Böylece, yoksulluk nafakasına uygulanacak hukuk, nafaka yükümlüsü olan eş ile nafaka alacaklısı müşterek milli hukuku haiz ise bu hukuk, yoksa müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku olacaktır³⁶⁶.

3. 1973 Tarihli Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme

a. Genel Olarak

“Loi Uniforme”³⁶⁷ (erga omnes³⁶⁸) nitelikte olan Sözleşme³⁶⁹, 2 Ekim 1973 tarihinde La Haye’de imzalanmış ve 1 Kasım 1983 tarihinde Türkiye’de

³⁶³ Ruhi, A.C., **Türkiye Cumhuriyeti’nin Onayladığı Devletler Özel Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslar arası Sözleşmeler**, Ankara 2006, s. 508.

³⁶⁴ Tekinalp, Bağlama, s. 211.

³⁶⁵ Doğan, Milletlerarası, s. 244; Uluocak, Milletlerarası, s. 81.

³⁶⁶ Ruhi, Sözleşmeler, s. 128; Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 107.

³⁶⁷ Doktrinde “loi uniforme” niteliğindeki sözleşmelere; çok yanlı hüküm içeren veya erga omnes hükümlü sözleşmeler de denilmektedir, bkz. TEKİNALP, Bağlama, s. 225; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 99, dn. 436.

³⁶⁸ “Erga omnes”in kelime anlamı; “herkese akan” demektir. Dar kapsamlı yasaklama ve yükümlülük getirir, BAŞLAR, K., Uluslar arası Hukukta Erga Omnes Kavramı, Nomer’e Armağan, **MHB** Yıl 2, Sayı 2, 2002, s. 80.

yürürlüğe girmiştir³⁷⁰. Bu hükümlerle 24 Ekim 1956 tarihli “Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme” hükümleri arasında uyum sağlanmak istenmiştir³⁷¹.

Sözleşmenin 1. maddesinde uygulama alanı hüküm altına alınmış ve Sözleşmenin hem küçükleri hem de büyükleri kapsayan, evlilik ve sıhri hısımlıktan doğan ve evlilik dışı soybağında söz konusu olan nafaka dâhil tüm nafaka ilişkilerine uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme yardım veya bakım nafakası şeklinde bir düzenlemeye gitmediğinden, hüküm altına alınan bağlama kuralının bunların hepsini kapsayacağı açıktır³⁷².

Sözleşmesinin 3.maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere, Sözleşmenin hükümlerine göre uygulanacak hukuk, âkit olmayan bir devletin hukuku dahi olsa, karşılıklılık şartı aranmaksızın uygulama alanı bulacaktır. Dolayısı ile nafaka ihtilafında göz önüne alınacak devletlerin âkit devlet olup olmadığını araştırmak yersiz olacaktır; zira Sözleşmenin uygulanması için ne âkit devlet vatandaşı olmak ne de âkit devlette mutad meskeni haiz olmak gereklidir. Vatansızlar ve mülteciler de Sözleşmenin kişisel uygulama alanına girmektedir³⁷³.

Sözleşmenin 4.maddesi; genel bağlama kuralı olarak “*nafaka alacaklısının mutad mesken hukuku*”nu kabul etmiştir. Bağlama kuralı olarak “mutad mesken hukuku”nun kabul edilmesinin çeşitli nedenleri mevcuttur. Öncelikle, bir kısım ülke hukuklarında milli hukukun, diğer bir kısım hukuklarda ise ikametgâh hukukunun bağlama kuralı olarak kabul edilmesi; birleştirici bir kavramın ortaya çıkması zorunluluğunu doğurmuş ve “mutad mesken hukuku” da bu görevi üstlenmiştir. Bunun dışında; ikametgâh

³⁶⁹ La Haye Konferansı 2001 listesine göre üye devletler; Hollanda, Lüksemburg, İspanya, Portekiz, Türkiye, İsviçre, Polonya, Almanya, Fransa, İtalya ve Japonya’dır.

³⁷⁰ Tekinalp, Bağlama, s. 225.

³⁷¹ Ruhi, Sözleşmeler, s. 507.

³⁷² Tekinalp, Bağlama, s. 225.

³⁷³ Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 99.

bağlama kuralının getirdiği sakıncaların önlenmesi, fiili ve gerçek duruma uygunluk, nafakanın belirlenmesinde göz önüne alınması gereken gerçek yaşam masraflarının ve ihtiyacının en iyi burada ortaya çıkması, nafaka alacaklısının sosyal çevre açısından en sıkı irtibatlı olduğu yerin burası olması, aynı yerde yaşayan nafaka alacaklıları arasında eşitliğin sağlanabilmesi nedenleri ile de mutad mesken hukuku, bugün nafaka, soybağı ve küçüklerin korunmasına ilişkin milletlerarası sözleşmelerde merkez kavram olarak kabul edilmiştir³⁷⁴.

1973 tarihli Nafaka Sözleşmesi, karşılıklılık aranmaksızın uygulanması nedeni ile Sözleşmedeki istisnalar ve Türkiye'nin koyduğu ihtirazi kayıtlar dışında Türk devletler özel hukukunda MÖHUK'un yerini almıştır³⁷⁵.

b. Kuralın Uygulanma Alanı

Sözleşme md.1 uyarınca; aile, hısımlık, evlilik veya sıhriyet ilişkilerinden doğan tüm nafaka yükümlülüklerine ve aynı zamanda nesebi sahih olmayan çocuklara karşı olan nafaka yükümlülüklerine uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere Sözleşme çok geniş kapsamlı bir uygulama alanını haizdir. Ayrıca Sözleşme, md.12 uyarınca, yürürlüğe girdikten sonra yapılan nafaka taleplerine uygulanmaktadır.

Sözleşmeye göre nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukuk; alacaklının kimden ve ne ölçüde nafaka talep edebileceğini, nafaka davasını açmaya yetkili olan kişinin kim olduğunu ve hangi süreler içinde bu hakkını kullanabileceğini, alacaklının nafakasını ödeyen kamu kurumunun ödediği edimlerin iadesini istediği takdirde borçlunun yükümlülük sınırlarının ne olacağını kapsamaktadır (md.10).

³⁷⁴ Tekinalp, Bağlama, s. 218.

³⁷⁵ Çelikel / Erdem, a.g.e., s. 292.

Eşin bakımı ile ilgili olan nafaka talepleri, tedbir nafakası ve iştirak nafakası da Sözleşmenin hâkimiyeti altındadır³⁷⁶. Türkiye'nin koyduğu ihtirazi kayıtlar uyarınca Sözleşme, civar ve sıhri hısımlara ilişkin nafaka taleplerine uygulanmayacaktır (md.14). Zira Türkiye bu Sözleşmeyi onaylarken 14. maddenin 1. ve 2. bentlerine ihtirazi kayıt koymuştur. Böylece Sözleşmenin uygulama alanına civar ve sıhri hısımlar arasındaki nafaka talepleri girmemektedir³⁷⁷.

Âkit devletler tarafından tek yanlı olarak konulan bu ihtirazi kayıtlar, sadece ilgili devletlerin akdi sorumluluklarını değiştirmiş veya sınırlandırmış olduğundan, başka hiçbir devleti bağlamaz. Sözleşmede açık bir hüküm olmadığı takdirde de, ihtirazi kayıt koyan devlet âkit devlet olmaya devam eder³⁷⁸.

c. Fiilen Ayrı Yaşamak

Sözleşme uyarınca nafaka taleplerine nafaka alacaklısının mutad mesken hukukunun uygulanacağını ve alacaklının mutad meskeninin âkit devletlerden birinde olması gibi bir zorunluluğun olmadığını belirtmiştik. Bu nedenle mutad meskeni Türkiye'de olan bir kadın fiilen ayrı yaşadığı kocasından nafaka talep edebilecektir ve Sözleşmeye göre bu talebe Türk hukuku uygulanacaktır. Kocanın nerede yaşadığı veya vatandaşlığı önemli değildir; hatta kadının vatandaşlığı dahi önem arz etmemektedir. Zira nafaka alacaklısının mutad meskeninin Türkiye'de bulunması gerekli ve yeterlidir³⁷⁹.

Görüldüğü üzere, Türk hukukuna göre fiilen ayrı yaşayan eşler arasındaki nafaka taleplerine MÖHUK md. 14 uygulanmayacak; bu hususta Sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

³⁷⁶ Tekinalp, Bağlama, s. 227.

³⁷⁷ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 290.

³⁷⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 99.

³⁷⁹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 100.

Her ne kadar Sözleşmeye göre uygulanacak hukukun tespitinde; eşlerin vatandaşlıklarının önem arz etmediği, nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunmasının o hukukun uygulanabilmesi için yeterli olduğunu belirtmiş olsak da, bu her zaman böyle değildir³⁸⁰. Eşlerin vatandaşlıklarının önem kazandığı iki durum vardır. Bunlar:

- (1) Md.15 uyarınca; her devlet nafaka alacaklısının ve borçlusunun kendi vatandaşı olması ve nafaka borçlusunun mutad meskeninin kendi ülkesinde bulunması halinde, yetkili mercilerinin kendi iç hukuku uygulayacağına dair çekince koyabilirler demiştir. Türkiye bu yönde bir ihtirazi kayıt koymuştur³⁸¹. Bu durumda Türk mahkemeleri Türk hukukunu iç hukuk olarak uygulamaktadır. Bunun dışında aynı şekilde İsviçre’de aynı ihtirazi kaydı koymuştur. Buna göre taraflar İsviçreli ve talep İsviçre’de yapılmış ve nafaka borçlusunun mutad meskeni de İsviçre’de ise, İsviçre hukuku uygulanacaktır³⁸².
- (2) Md. 5 ise; nafaka alacaklısının mutad mesken hukukuna göre nafaka talep edemediği durumlarda, kendisinin ve nafaka borçlusunun müşterek milli hukukuna göre talep edebileceğini hüküm altına almıştır.

Görüldüğü üzere, bu durumlarda eşlerin vatandaşlıkları önem arz etmekte ve nafaka taleplerine uygulanacak hukuk bu bağlama kurallarına göre tespit edilmektedir.

1973 Nafaka Sözleşmesi, uygulanacak hukuk hususunda objektif bağlama kuralları getirmiştir. Dolayısı ile nafaka alacaklısı ve borçlusu kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile başka bir hukuku yetkili kılamazlar³⁸³.

³⁸⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 100.

³⁸¹ Tekinalp, Bağlama, s. 228.

³⁸² Tekinalp, Bağlama, s. 229.

³⁸³ Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 101.

d. Boşanma

Boşanma, fiilen ayrılıkta olduğu gibi, Sözleşmenin genel kuralı olan “nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku”na tabi değildir. Zira md.8 uyarınca; evliliğin, boşanma, ayrılık, fesih veya butlan sebepleri ile sona ermesi halinde, hâkimin tespit edeceği nafaka, evliliği sona erdiren statüye tabidir. Başka bir ifade ile boşanmaya uygulanacak hukuk, aynı zamanda nafaka taleplerine de uygulanacaktır. 8.maddenin getirdiği bu istisna; sadece eşler arasındaki nafaka taleplerine ve ancak kararın verildiği veya tanındığı devlette uygulanacaktır³⁸⁴.

Boşanma statüsüne göre tespit edilen hukuk, eşe nafaka bağlamıyor ise bu takdirde doğrudan doğruya Türk hukukunun uygulanmasına gidilemez³⁸⁵. Her ne kadar Sözleşmenin 6.maddesi; “alacaklının...borçludan nafaka alamaması halinde, başvuru mercii kanunu uygulanır” ifadesini içerse de; bu hüküm 8.maddenin uygulama alanı bulduğu durumlarda göz önüne alınmayacaktır. Zira bir âkit devlette boşanma kararı verilmişse, boşanan eşler arasındaki nafaka taleplerine de, boşanmaya hâkim olan hukuk uygulanacaktır³⁸⁶. Bu nedenle, Türkiye’nin yabancı ülkenin boşanma kararını tanıdığı hallerde, bu yabancı hukuk, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre boşanma statüsünün tabi olacağı hukuk olmasa dahi, nafaka taleplerine uygulanacaktır³⁸⁷.

Türk mahkemelerinin nafakaya hükmederken, boşanmaya hâkim olan yetkili hukukun getirdiği hükümlere dikkat etmesi gerekir; zira yabancı hukuk sistemlerinin nafaka düzenlemesinde bir takım sınırlandırmalar olabilir. Örneğin; Sırbistan’da nafakanın boşanma hükmü kesinleşmeden talep edilmesi gerekir³⁸⁸. Oysa Türk hukukunda nafaka talebi, boşanma hükmünün

³⁸⁴ Tekinalp, Bağlama, s. 229.

³⁸⁵ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 101.

³⁸⁶ Uluocak, Milletlerarası, s. 267.

³⁸⁷ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 102.

³⁸⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 102.

kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülebilir. Dolayısıyla bu hususlar, ilgili hukukun uygulanmasında göz önüne alınmalıdır.

e. Döviz Mevzuatı

Nafakanın miktarı ve biçimini hâkim belirlemektedir³⁸⁹. Nafaka kural olarak para ile ödenmeli ve ülke içi olaylarda Türk lirası olarak kararlaştırılmalıdır³⁹⁰. Yabancı unsurlu nafaka taleplerinde ise, taraflar aralarında açıkça nafakanın yabancı para üzerinden ödeneceği yönünde bir anlaşma yapmışlar ise, hâkim bunu dikkate alabilir.

Türkiye’de oturan bir Türk vatandaşı nafaka yükümünü ifa ederken, nafaka statüsü yabancı bir hukuk dahi olsa, TPKK mevzuatı gereğince hareket etmelidir³⁹¹. Bu mevzuata göre nafaka miktarının belirli bir döviz cinsinden olması gerekmemektedir. TPKKH 32 sayılı Karar ile Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın 91-32/5 sayılı Tebliğine İlişkin I-M Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Genelgesi’nin³⁹², “Görünmeyen İşlemlere İlişkin Hükümler” başlığı altında düzenlenmiş bulunan 25. maddesinde kanuni nafakaları da (H-2) döviz transfer edilebilecek hizmetler içerisinde kabul etmiştir.

Nafaka alacaklısı genellikle, nafaka miktarının, kendi mutad meskeninin para birimi ile yapılmasını talep etmektedir. Bununla birlikte ikamet ettiği yerdeki yüksek enflasyon gibi nedenlerden ötürü, nafaka borçlusunun ikamet ettiği ülkenin para birimi ile de ödenmesini talep edebilir. Buna karşılık nafaka borçlusu da, nafaka borcunu çeşitli nedenlerden ötürü, nafaka alacaklısının ikamet ettiği ülkenin para birimi ile ödememe menfaatinin

³⁸⁹ Zevkliler /Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 1028.

³⁹⁰ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 403; Öztan, B., **Aile Hukuku**, Ankara 2004, s. 453.

³⁹¹ Tekinalp, Bağlama, s. 217.

³⁹² RG 03.07.1991-20918

olduğunu ileri sürebilir. Bu durumlarda hâkim hangi tarafın menfaatinin ağır bastığını tespit ederek kararını vermelidir³⁹³.

f. Nafaka Miktarı

Sözleşmenin 10. Maddesi uyarınca; nafaka statüsünün; alacaklının kimden ne ölçüde nafaka talep edebileceğine, nafaka süresine, hangi şartların gerçekleşmesi halinde nafaka miktarının değişebileceğine uygulanmaktadır.

Farklı ülkelerde yaşayan nafaka alacaklısı ve borçlusunun geçim masrafları da farklı olabileceğinden, nafaka miktarının tayini önem arz etmektedir. Boşanma statüsünün Türk hukuku olduğu durumlarda veya nafaka alacaklısının mutad meskeninin Türkiye’de olması halinde uygulanacak hukuk Türk hukukudur. Nafaka statüsünün Türk hukuku olduğu durumlarda eşlerin boşanmadan önceki yaşam standartlarının tayini gerekmektedir³⁹⁴.

Yabancı unsur içeren nafaka taleplerinde göz önüne alınması gereken hususlar; toplumun sosyal ve ekonomik durumudur. Yoksulluk nafakası, kişinin yerleşim yerini, sağlıklı ve sosyal hayatını devam ettirebilecek masrafları karşılamalıdır³⁹⁵.

³⁹³ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 104.

³⁹⁴ Öztan, Aile, s. 500.

³⁹⁵ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 103.

C. İŞTİRAK NAFAKASI

1. Kavram

Çocuğa verilen nafakaya iştirak nafakası denmektedir³⁹⁶. Çocuğun velayeti ana babadan birine verilmiş olsa dahi, velayet kendisine bırakılmayan tarafın çocuğa bakma yükümlülüğü ortadan kalkmaz. Bu nedenle çocuk kendisine verilmeyen taraf da, çocuğun geçim ve eğitim giderlerine katılmak ve bunun için parasal gücü oranında nafaka ödemek yükümlülüğü altındadır³⁹⁷.

İtalyan Medeni Kanunda da; “evlilik dışı doğan çocuğun babası çocuğuna nafaka ödemekle yükümlüdür” ifadesi mevcuttur³⁹⁸.

Hâkim nafakanın miktarını, takdir yetkisine dayanarak serbestçe belirler ve bu karar velayet hakkındaki mahkeme hükmünün kesinleştiği tarihten başlayarak, çocuğun ergin olduğu güne kadar devam eder. Bununla birlikte ailenin sosyal durumu çocuğun okula gönderilmesini gerektiriyor ise, çocuk erginlik yaşına varsa dahi, iştirak nafakası kesilmeyecektir³⁹⁹.

2. Türk Kanunlar İhtilafı Kuralı

MÖHUK md. 14/2 uyarınca; boşanan eşler arasındaki iştirak nafakası taleplerine de boşanmanın tabi olduğu hukuk uygulanacaktır. Buna göre nafaka yükümlüsü olan eş ile kendisine nafaka ödenecek çocuk aynı vatandaşlığı haizler ise “*müşterek milli hukuk*” uygulanacaktır.

Müşterek milli hukukun uygulanabilmesi için, tarafların vatandaşlıklarının tespiti gerekecektir. Bunu yaparken herhangi bir şekilde

³⁹⁶ Öztan, Medeni, s. 479.

³⁹⁷ Zevkliler /Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 943.

³⁹⁸ Luzzatto, **a.g.e.**, s. 180.

³⁹⁹ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 316.

ilişkili olduğu ülke veya ülkelerin hukuk düzenleri dikkate alınır. Bu hukuk düzenlerinde vatandaşlığın nasıl ve ne şekilde kazanıldığı göz önüne alınarak vatandaşlığın tayinine gidilir⁴⁰⁰.

Türk hukukunda, Türk Vatandaşlık Kanunu md. 7 uyarınca; *“Türkiye içinde veya dışında Türk ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır”*. Aynı zamanda md. 8’in hüküm altına aldığı gibi; yabancı ana ve babadan doğumla vatandaşlığını kazanamayan, Türkiye’de doğan çocuklar, doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlarıdır.

Görüldüğü üzere, asli tabiiyetin kazanılmasında “doğum”un önemi fazladır; zira vatandaşlığın tayininde doğum anı göz önüne alınmaktadır⁴⁰¹. Gerek eski Tabiiyet Kanunu, gerek 1929 tarihli Vatandaşlık Kanunu, gerekse 2009 tarihli Türk Vatandaşlık Kanunu olsun, öz vatandaşlığın tayininde her zaman doğum anına önem vermişlerdir⁴⁰².

Vatandaşlığın ilk kazanılma imkânı doğum ile olduğu için, yabancı unsurlu iştirak nafakası taleplerinde vatandaşlığın tespitinde öncelikle çocuğun doğumu dikkate alınmalıdır. Bunu yaparken de, çocuğun o ülke ile *“kan esası”*⁴⁰³ veya *“toprak esası”*⁴⁰⁴ ile bağlantısı tespit edilir. Doğum ile kazanılan vatandaşlığın sonradan kaybedilmiş olup olmadığı hususunda tereddüt var ise; yeni bir vatandaşlık kazanılmış olup olmadığı da araştırılmalıdır⁴⁰⁵.

Birçok hukuk düzeninde olduğu gibi, Türk vatandaşlık hukukunda da *“toprak esası”*, vatansızlık halini engellemek için ikinci derecede kullanılan bir vatandaşlık kazanma yoludur⁴⁰⁶. Örneğin; TVK md. 8 uyarınca; *“Türkiye’de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin*

⁴⁰⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 112.

⁴⁰¹ Doğan, **Vatandaşlık**, **a.g.e.**, s. 27.

⁴⁰² Seviğ, M.R., **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul 1983, s. 82.

⁴⁰³ Kişinin soybağı ile bağlı olduğu ana ve/veya babasından vatandaşlık kazanması halidir, DOĞAN, **Vatandaşlık** 28.

⁴⁰⁴ Doğum hangi ülkede gerçekleşmiş ise, kişinin o ülke vatandaşlığını kazanmasıdır, DOĞAN, **Vatandaşlık** 28.

⁴⁰⁵ Nomer, **Vatandaşlık**, s. 25 vd.

⁴⁰⁶ Nomer, **Vatandaşlık**, s. 66.

vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır. Türkiye'de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye'de doğmuş sayılır”.

Çocuğun ana ve babasından vatandaşlığını kazanamamasının nedeni; örneğin ana ve babasının kesin bir prensip olarak “toprak esası”nı kabul eden bir hukuk düzenine sahip olması ve kendisinin de yabancı bir ülkede doğması nedeni ile ana babasının vatandaşlığını alamaması şeklinde olabileceği gibi, ana babasının vatansız olması veya ana babasının belli olmaması gibi sebeplere de dayanabilir⁴⁰⁷.

Görüldüğü üzere böyle bir durumda; Türk Vatandaşlık Kanunumuz, çocuğun ana ve babasının vatandaşı bulunduğu ülkenin, bu vatandaşlıktan çocuğu faydalandırmadığı hallerde, bu çocuğun Türkiye’de doğmuş olmak veya bulunmuş olmak şartı ile doğumdan başlayarak Türk vatandaşı olacağını ifade etmektedir⁴⁰⁸.

Nafaka yükümlüsü eşin ve kendisine nafaka ödenecek çocuğun müşterek milli hukuklarının bulunmaması halinde, iştirak nafakası ile ilgili taleplere müşterek mutad mesken, yoksa Türk hukuku uygulanacaktır⁴⁰⁹.

İştirak nafakasına uygulanacak olan bağlama kuralı, kimin kimden ne ölçüde, hangi sürede, nasıl nafaka talebinde bulunabileceğine ve dava açabilme süresine uygulanmaktadır⁴¹⁰. Zaten nafaka taleplerinin tabi olduğu hukuk, nafaka kurumunun beraberinde getirdiği bütün meselelere uygulanmaktadır. Örneğin; nafakaya hak sahibi olanlar, nafaka yükümlüleri, nafaka hakkının içerik ve kapsamı, bu hakkın doğması için gerekli olan şartların neler olduğu, nafakanın şekli, nafaka hakkını sona erdiren sebepler, nafaka davasını açmaya yetkili olan kişi ve hangi süreler içinde bu davanın açılabilceği, nafaka statüsüne tabidir. Bununla birlikte nafaka hakkının başkasına rehnedilmesi, temlik, mirasçılara intikali, takas kabiliyeti ve feragat

⁴⁰⁷ Nomer, Vatandaşlık s. 67.

⁴⁰⁸ Seviğ, **a.g.e.**, s. 85.

⁴⁰⁹ Doğan, Milletlerarası, s. 261.

⁴¹⁰ Tekinalp, Bağlama, s. 220, Uluocak, Milletlerarası., s. 110 vd.

imkânı gibi hususlar da nafaka taleplerine uygulanacak hukukun kapsamına dâhildir⁴¹¹.

3. 1956 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme

a. Genel Olarak

24 Ekim 1956 tarihli Nafaka Sözleşmesi⁴¹², çocuklara karşı nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukuk hakkında müşterek hükümler getirmek sureti ile akdedilmiştir. Adından da anlaşılacağı gibi, Sözleşmenin amacı; çocuklara karşı nafaka yükümlülüğü hususunda uygulanacak hukukun tespitinde müşterek bağlama noktaları getirmektir⁴¹³. Zira 1951 yılından itibaren, La Haye konferansının gündemine giren nafaka konusunda, en fazla korunmaya muhtaç olanların çocuklar ve özellikle gayri sahih nesepliler olduğu göz önüne alınmıştır⁴¹⁴.

Sözleşme sadece “çocuk”ları kapsamaktadır ki; “çocuk” kavramının ne anlama geldiği de Sözleşmenin 1. maddesinin 4. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre; “çocuk” tabirinden; nesebi sahih, gayrisahih veya evlat edinilmiş, evli olmayan ve 21 yaşını doldurmamış kişiler anlaşılmaktadır. Dolayısıyla çocuğun evlat edinilmiş olması veya evlilik içi veya evlilik dışı olması Sözleşmenin uygulama alanında bir farklılık yaratmamaktadır.

⁴¹¹ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 282.

⁴¹² Türkiye Cumhuriyeti tarafından 09.09.1971 tarih ve 1482 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. 25.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren bu Sözleşmeye taraf olan devletler arasında; Almanya, Belçika, Macaristan, Fransa, Avusturya, Hollanda, Danimarka, İtalya, İspanya, İsviçre, Finlandiya Portekiz, Lüksemburg, Lichtenstein ve Türkiye bulunmaktadır.

⁴¹³ Rezaki, S./ Özdemir, S., **Açıklamalı-Uygulamalı ve İçtihatlı Uluslar arası Hukuk Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat**, Ankara 1974, s. 353; Uluocak, N.: **La Haye Nafaka Sözleşmesinde (1956) Nafaka Statüsünün Neseb Statüsünden Bağımsız Düzenlenmesine İlişkin Sorunlar**, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 931.

⁴¹⁴ Uluocak, Nafaka, s. 931.

Md. 11'e göre; evlat edinilen çocuklar için ülkelerin ihtirazi kayıt koyma imkânı mevcut olmasına rağmen, Türkiye'nin bu hususta herhangi bir ihtirazi kaydı bulunmamaktadır⁴¹⁵.

1956 tarihli Nafaka Sözleşmesi, 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesine taraf olmayan devletler açısından uygulama alanı bulmaktadır⁴¹⁶. 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesinin 18. maddesi uyarınca; bu Sözleşme, taraf olan devletlerarasındaki ilişkilerde 1956 tarihli Nafaka Sözleşmesi'nin yerini almıştır. Türkiye'nin koyduğu ihtirazi kayıtlarda da bu sonucu önleyen bir husus bulunmadığından, Türkiye açısından 1973 tarihli Sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile 18. maddedeki sonuç meydana gelmiştir⁴¹⁷.

b. Kuralın Uygulanma Alanı

Sözleşmenin temelini birinci maddedeki hükümler oluşturmaktadır. Buna göre; nafaka mükellefiyetine uygulanacak hukuk; "*çocuğun mutad olarak oturduğu yer hukuku*" olacaktır. Başka bir ifade ile çocuk hangi vatandaşlığa sahip olursa olsun, devamlı olarak oturduğu ülkenin kanunu uygulama alanı bulacaktır⁴¹⁸.

Çocuğun kimden, ne kadar sürede nafaka isteyebileceği ve bu davanın kim tarafından açılabilmesi bu hukuka göre belirlenecektir. Genel kural olarak alacaklının mutad mesken hukukunun bağlama noktası olarak kabul edilmesinin nedenlerinden biri; borçlunun kötüniyetle mutad meskenini değiştirmesini önlemektir⁴¹⁹. Bunun yanı sıra; tabiiyet ilkesinden hareket eden devletler ile ikametgâh prensibinden hareket eden devletlerin Sözleşmeye

⁴¹⁵ Tekinalp, Bağlama, s. 220.

⁴¹⁶ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 107.

⁴¹⁷ Nomer, E., "Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1956 ve 1973 Tarihli La Haye Sözleşmeleri ve Milli Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanma Alanı", **MHB**, S. 1, Yıl 3, 1983, s. 14.

⁴¹⁸ Rezaki/Özdemir, **a.g.e.**, s. 353.

⁴¹⁹ Tekinalp, Bağlama, s. 218.

katılımını sağlamak amacı da, nafaka yükümlüsünün şahsi kanunundan vazgeçilmesinin diğer bir nedenini oluşturmaktadır⁴²⁰.

1956 tarihli Sözleşme, nafaka taleplerinde “çocuğun mutad meskeni hukuku”nu esas alan ilk sözleşmedir. Başka bir ifade ile mutad mesken kavramı bu Sözleşme ile yeni bir kavram olarak ortaya çıkmıştır⁴²¹. Zaten mutad meskeninin ikametgâh bağlama sebebini de aşarak milletlerarası özel hukukta ön plana çıkışı nafaka sözleşmeleri ile olmuştur⁴²².

Mutad meskenin tespitinde, kişinin fiziksel varlığı yanında, o yerde düzenli ve devamlı surette oturması aranmaktadır. Bu durum “kişinin hayat ilişkilerinin merkezi” olarak ifade edilmektedir⁴²³.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, yeni mutad mesken hukukunun değişme anından itibaren uygulanacağı belirtilmiştir. Değişikliğin âkit devletten, âkit olmayan bir devlete veya aksine söz konusu olduğu durumlarda bazen mutad meskeninin bazen de milli kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması mümkün olmaktadır⁴²⁴.

Çocuğun mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için; md. 6'ya göre; bu hukukun, âkit devletlerden birinin hukuku olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile Sözleşmeye göre tespit edilen hukuk, Sözleşmeye taraf olmayan bir devletin hukuku ise, bu takdirde uygulama alanı bulamayacaktır⁴²⁵.

Sözleşmenin 5. maddesi uyarınca; Sözleşme sadece “nafaka” alanındaki ihtilaflara uygulanacaktır. Sözleşme; *“Bu sözleşme, sadece nafaka mükellefiyetleri ile ilgili kanun ihtilaflarını halleder. İşbu Sözleşmenin tatbikatı sonucu alınmış olan kararlar, nesebe ve alacaklı ile borçlu arasındaki ailevi münasebetlere mütaallik olmayacaktır”* demek sureti ile bunu açıkça ifade

⁴²⁰ Nomer/Şanlı, **a.g.e.**, s. 283.

⁴²¹ Tekinalp, Kişisel, s. 898.

⁴²² Tekinalp, Kişisel, s. 910.

⁴²³ Tekinalp, Bağlama, s. 219.

⁴²⁴ Tekinalp, Bağlama, s. 220.

⁴²⁵ Rezaki/Özdemir, **a.g.e.**, s. 356.

etmiştir. Bu nedenle aile hukukuna ve nesebe ait konular Sözleşmenin uygulama alanına dâhil olmayacaktır. Başka bir ifade ile Sözleşme hükümlerini uygulayacak olan hâkim, nafakanın doğumuna sebep olan nesep ve ailevi ilişkiler hakkında da hüküm kurmayacaktır⁴²⁶.

c. Kuralın Uygulanmayacağı Haller

(1) Kuvvetlendirilmiş Müşterek Milli Hukuk (md. 2)

Sözleşmede “en sıkı irtibatlı yer hukuku”nun da göz önüne alındığı görülmektedir⁴²⁷. Buna göre âkit devletler md. 2 uyarınca; Sözleşmenin onayından sonra bile, bir çeşit kuvvetlendirilmiş milli hukuku uygulayacaklarını ilan edebilirler⁴²⁸. Bununla birlikte bu maddeden yararlanma âkit devletlerin isteğine bırakılmıştır. Bu şekilde beyanda bulunan devletler; Türkiye, İsviçre, Belçika, Lüksemburg ve İtalya’dır⁴²⁹.

Âkit devletlerin bu şekilde kendi kanunlarını uygulayabilmeleri için; talep makamının, nafaka alacaklısı ve borçlusunun milli hukukunun ve nafaka borçlusunun mutad meskeninin aynı hukuk olması gerekmektedir. Bu üç şartın bir arada gerçekleşmesi ve âkit devletin bu yönde bir beyanda bulunması halinde Sözleşmenin genel bağlama noktasını teşkil eden “çocuğun mutad meskeni hukuku” uygulanmayacaktır⁴³⁰.

Örnek vermemiz gerekir ise; Fransa’da oturan Türk uyruklu bir çocuk, Türk mahkemelerinde bir dava açtığı takdirde, nafaka borçlusunun da Türk vatandaşı olması halinde; çocuğun mutad mesken hukuku olan Fransız hukuku uygulanmayacaktır. Bu durumda nafaka miktarına, nafaka davasının

⁴²⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ULUOCAK, Nafaka, s. 934 vd.

⁴²⁷ Uluocak, Nafaka, s. 932.

⁴²⁸ Tekinalp, Nafaka, s. 14.

⁴²⁹ Rezaki/Özdemir, **a.g.e.**, s. 354.

⁴³⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 108.

açılma süresine ve kim tarafından açılacağı gibi hususlara Türk hukuku uygulanacaktır.

Yargıtay’a konu olan bir kararda⁴³¹ Yüksek Mahkeme; Türk baba ve yabancı ananın evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuklarının Türk mahkemelerinden, Türk babaya yönelik nafaka talebinin, Sözleşmenin 2. maddesine girdiğini ve bu nedenle Türk hukukunun uygulanacağını hüküm altına almıştır. Zira nafaka alacaklısı çocuk Zaim Wilhelm davalı babası tarafından tanındığı için Türk vatandaşıdır (TVK md. 7/3). Nafaka borçlusu davalı Türk vatandaşı olduğundan ve nafaka talebi de Türk mahkemelerine yapıldığından, Türk hukukunun uygulanması zorunlu hale gelmiştir. Bu nedenle Yargıtay, davalının nafaka yükümlüsü olup olmadığının, nafaka miktarının ne olacağının ve davanın kim tarafından açılması gerektiğinin Türk hukuku açısından tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Sözleşmeye bu yönde bir hüküm getirilmesinin nedeni ise; aile hukuku ilişkilerinde, “milli” veya “ikametgâh” hukuku bağlama noktalarını benimsemiş ülkelerin hukukçularının, nafaka mükellefiyetlerinde, “çocuğun mutad meskeni hukuku”nu ortalama bir kural olarak benimseyebileceklerini belirtip, nesep ve aile hukuku ilişkilerinde kendi hukuk sistemlerinin düzenlemelerinden feragat edemeyecekleri yönündeki ısrarlarıdır⁴³².

(2) Müracaat Makamının Hukuku (md. 3)

Sözleşmenin 3. maddesine göre; çocuğun mutad mesken hukukuna göre yetkili olan hukukun, çocuğa nafaka talep hakkı tanımaması halinde, bu hukuk uygulanmayacaktır. Bu durumda “müracaat makamı”nın hukuku

⁴³¹ Y. 2HD T. 28.02.1991, E.603-K. 3657, Gökkaya, Ş., **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, Ankara 1996, s.91.

⁴³² Uluocak, Nafaka, s. 933.

uygulama alanı bulacak ve böylece kendisine talepte bulunulan makam kendi hukukunu uygulayacaktır⁴³³.

Görüldüğü üzere, Sözleşmenin 2. maddesi milli hukuk lehine bir düzenleme getirirken, 3. maddesi de genel bir istisnaya yer vermiştir⁴³⁴.

Sözleşmenin bu maddesi milletlerarası özel hukukun kanunlar ihtilafı alanındaki bir yansımasını oluşturmaktadır⁴³⁵. Zira Sözleşmenin amacı; çocuğa azami koşullarda nafaka temin edebilme imkânı sağlamaktır. Bu nedenle Sözleşmede, “çocuğun mutad meskeni hukuku”nun yanında, bağımsız bir kanunlar ihtilafı kuralı da tesis edilmiştir⁴³⁶.

Bu durumda; Türk mahkemelerinde, âkit devletlerden birinde mutad meskeni bulunan küçük için nafaka talep edilirse, Türk hâkimi öncelikle “çocuğun mutad mesken hukuku”nu uygulayacaktır. Bu hukukun çocuğa nafaka talep etme hakkı vermemesi halinde hâkim kendi kanunlar ihtilafı sistemine göre⁴³⁷ uygulanacak hukuku tespit edecektir⁴³⁸.

Müracaat makamı kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorundadır; zira kendi hukukunu uygulayıp uygulamama hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁴³⁹.

⁴³³ Tekinalp, Nafaka, s. 15.

⁴³⁴ Tekinalp, Kişisel, s. 910.

⁴³⁵ Berki, O.F./ Ergüney, H., **a.g.e.**, s. 71; Rezaki/Özdemir, **a.g.e.**, s. 354.

⁴³⁶ Uluocak, Nafaka, s. 932.

⁴³⁷ Uygulanacak hukukun çocuğun mutad mesken hukuku olduğu durumlarda (birinci basamak), atıf bertaraf edilecek ve bu hukukun iç maddi hukuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır; bununla birlikte müracaat makamının yetkili hukuk olduğu durumlarda (ikinci basamak), durum farklı olacak ve burada makamın kanunlar ihtilafı kuralları uygulama alanı bulacaktır, TEKİNALP, Bağlama, s. 220.

⁴³⁸ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 289; Tekinalp, Bağlama, s. 221.

⁴³⁹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 108.

(3) Kamu Düzeni (md. 4)

Sözleşmenin 4. maddesine göre; nafaka mükellefiyetine uygulanacak hukukun, bu devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde uygulanmasından vazgeçilecektir.

Kamu düzeni istisnası da böylece, Sözleşmenin genel kuralı olan “çocuğun mutad mesken hukuku” bağlama noktasını bertaraf etmektedir⁴⁴⁰. Bununla birlikte âkit devletler, “kamu düzeni” kapsamını oldukça dar tutmuşlar ve genellikle Sözleşmenin genel kuralından ayrılmamaya çalışmışlardır⁴⁴¹.

4. 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesi

a. 1956 tarihli Nafaka Sözleşmesi Karşısında Uygulanma Alanı

Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi; 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesi bütün nafaka taleplerine uygulanmak üzere akdedilmiş ve 1956 tarihli Sözleşmenin yerini almak üzere kabul edilmiştir⁴⁴².

Sözleşme; her iki Sözleşmeye birden taraf olan, yani hem “1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi”ne hem de “1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi”ne taraf olan devletler bakımından, 1973 tarihli Sözleşmenin hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir (md. 18). Bununla birlikte, 1973 Nafaka Sözleşmesi, bir âkit devletin taraf olduğu veya

⁴⁴⁰ Tekinalp, Nafaka, s. 15.

⁴⁴¹ Tekinalp, Bağlama, s. 221.

⁴⁴² 1956 tarihli Sözleşmeyi tamamlamak amacı ile 1958 tarihinde “Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair La Haye Sözleşmesi” akdedilmiştir. 1973 tarihli Sözleşme her iki Sözleşmenin de yerini almak üzere akdedilmiştir, ÇELİKEL / ERDEM, 290.

olacağı ve Sözleşmenin düzenlediği konulara ilişkin hükümler içeren diğer milletlerarası sözleşmeleri etkilemeyecektir (md. 19).

Sözü edilen devletin, hem 1956 tarihli hem de 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesine taraf olması halinde, çocuğa karşı olan nafaka mükellefiyetlerinde de 1973 tarihli Sözleşme uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte söz konusu devlet, 1956 tarihli Sözleşmeye taraf olmasına rağmen 1973 tarihli Sözleşmeye iştirak etmemiş ise, Türkiye her ne kadar 1973 tarihli Sözleşmenin âkit devleti olsa da, çocuklara karşı nafaka mükellefiyetinde uygulanacak hukuk, kurulan karşılıklılık nedeni ile 1956 tarihli Sözleşmenin hükümleri olacaktır⁴⁴³.

Bu durumun gerçekleştiği hallerde; 1973 tarihli Sözleşmenin henüz yürürlüğe girmediği Avusturya, Belçika, Lichtenstein devletleri ile Türkiye arasındaki nafaka ihtilaflarına 1956 tarihli Sözleşmenin hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Buna göre 1956 tarihli Nafaka Sözleşmesindeki “çocuk” tanımına uyan bir küçüğün mutad meskeninin Avusturya, Belçika veya Lichtenstein’da olması halinde, 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesinin yerine 1956 tarihli Sözleşme uygulanmalıdır. Esasen bu durum yetkili hukukun tespitinde bir farklılık yaratmayacaktır; zira her iki Sözleşmede de bağlama noktaları aynıdır⁴⁴⁴.

Durumu özetlemek gerekirse, 1973 tarihli Sözleşmenin 18. ve 19. maddelerinden çıkan anlama göre; 1956 tarihli Sözleşmeye taraf ve fakat 1973 tarihli Sözleşmeyi onaylamamış devletler ile her iki Sözleşmeyi de onaylamış Türkiye gibi devletler açısından 1956 tarihli Sözleşme uygulanacaktır⁴⁴⁵. Bununla birlikte bir devletin sözü edilen her iki Sözleşmeye de taraf olmaması halinde, 1973 tarihli Sözleşme karşılıklılık aranmaksızın

⁴⁴³ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 291.

⁴⁴⁴ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 109.

⁴⁴⁵ Tekinalp, Bağlama, s. 218.

uygulandığından⁴⁴⁶, bu Sözleşmenin hükümleri, çocuklara karşı nafaka yükümlülüğünden doğan borçlara uygulanacak hukuku tespit edecektir⁴⁴⁷.

İştirak nafakası, 1973 tarihli Sözleşme md. 4 uyarınca, nafaka alacaklısı çocuğun mutad mesken hukukuna tabidir. Bu hukukun, âkit devletlerden birinin hukuku olup olmaması önemli değildir. Bununla birlikte nafaka alacaklısı çocuğun mutad meskeninin Avusturya, Belçika veya Lichtenstein'da olması halinde, yine çocuğun mutad mesken hukuku uygulama alanı bulacak ve fakat bu bağlama noktasının dayanağı 1973 tarihli Sözleşme değil, 1956 tarihli Sözleşme olacaktır⁴⁴⁸.

Söz konusu her iki Sözleşmeye göre tespit edilen yetkili hukukun “iç maddi hukuk hükümleri” uygulama alanı bulacaktır. Başka bir ifade ile Sözleşmedeki bağlama kuralına göre tespit edilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmeyecek ve böylece “atır” önleneyecektir. Bu durum 1973 tarihli Sözleşmenin 4. maddesinde açıkça hüküm altına alınmışken, 1956 tarihli Sözleşmede düzenlenmemiştir⁴⁴⁹. Bununla birlikte bu Sözleşme için de genel kanı aynı sistemin cari olduğudur⁴⁵⁰.

Nafaka alacaklısı çocuğun ve ana-babasının vatandaşlıkları kural olarak önem arz etmez⁴⁵¹. Bununla birlikte 1973 tarihli Sözleşmenin 15. maddesine göre; nafaka talebinin Türk mahkemelerinde yapıldığı hallerde, nafaka yükümlüsü ve alacaklısının Türk vatandaşı olması ve nafaka yükümlüsünün mutad meskeninin de ülke içerisinde bulunma şartları gerçekleşmiş ise, nafaka alacaklısı çocuğun mutad meskeni yabancı bir ülkede bulunsa dahi, Türk hukuku uygulanacaktır.

⁴⁴⁶ 1973 tarihli Sözleşme “loi uniform” (yeknesak kanun) niteliğini haiz olduğundan, Sözleşmeye göre tespit edilen yetkili hukuk, bir âkit ülkenin hukuku olmasa dahi, hiçbir karşılıklılık şartına bağlı olmaksızın uygulanır. Bununla birlikte, 1956 tarihli Sözleşmede, çocuğun mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, bu hukukun Sözleşmeye taraf bir devletin hukuku olması gerekmektedir, TEKİNALP, Nafaka, s. 16.

⁴⁴⁷ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 291.

⁴⁴⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 109.

⁴⁴⁹ Tekinalp, Nafaka, s. 16.

⁴⁵⁰ Tekinalp, Nafaka, s. 16, bkz. dn. 9.

⁴⁵¹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 110.

Bunun yanı sıra, Sözleşmenin 18. maddesine göre; nafaka alacaklısı çocuğun mutad mesken hukukuna göre nafaka talep edemediği hallerde, nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukuk nafaka yükümlüsü ve alacaklısının müşterek milli hukuku olacaktır.

b. Nafaka Alacaklısı Çocuğun Temsili

Sözleşmenin md.10/2'ye göre; nafaka yükümlülüğüne uygulanacak kanun, nafaka davasını açmaya kimin yetkili olduğunu tespiti de uygulanacaktır.

Sözleşmenin bu maddesi uyarınca; çocuğun mutad meskeninin yabancı bir ülkede olduğu hallerde, nafaka talebinde bulunmaya ve nafaka davasını çocuk adına açmaya kimin yetkili olduğu hususu, ilgili yabancı hukukun iç hükümlerince belirlenecektir⁴⁵².

Nafaka alacaklısı çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması halinde ise, nafaka talebini yapmaya yetkili olan kişinin tespiti Türk hukukuna göre yapılacaktır. Hukukumuzda göre; çocuk adına dava açma hakkı MK md. 329'da hüküm altına alınmıştır. MK md. 329/1; *“küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir”* demektedir. Bununla birlikte kanun, ayırt etme gücüne sahip olsun veya olmasın küçüğe de nafaka davası açma hakkını tanımıştır (MK md. 329/3)⁴⁵³. Çocuk, ayırt etme gücüne sahip ise, bu davayı bizzat kendisi açacaktır. Zira bu davayı açma hakkı şahsa sıkı surette bağlı haklardandır⁴⁵⁴.

Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı hallerde ise, davayı çocuk bizzat kendisi açamayacağından, onun adına davanın açılabilmesi için bir kayyım atanabilir. Çocuk vesayet altında ise, bu dava elbette ki çocuğun vasisi tarafından açılacaktır (MK md. 329/2).

⁴⁵² Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 111.

⁴⁵³ Öztan, **a.g.e.**, s. 505.

⁴⁵⁴ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 402.

c. Nafaka Miktarı

Sözleşme md. 10/1 uyarınca; nafaka mükellefiyetine uygulanacak hukuk aynı zamandan nafaka alacaklısının kimden ve ne ölçüde nafaka talep edebileceği hususuna da hâkimdir. Sözleşmenin 11. maddesi ise; nafaka miktarının saptanmasında alacaklının ihtiyaçlarının ve borçlunun gelir durumunun göz önünde bulundurulacağını hüküm altına almıştır.

Nafaka alacaklısı çocuğun ve nafaka yükümlüsünün farklı ülkelerde bulunması halinde, nafaka miktarının tespitinde güçlükler yaşanabilir. Burada önemli olan husus; Türkiye’de yaşayan bir çocuğun, refah düzeyi yüksek bir ülkede yaşayan nafaka yükümlüsünün çocuğu olarak yaşaması ve eğitimi sürdürmesi için hangi miktarda nafakaya ihtiyaç duyduğunun tespitinin yapılabilmesidir⁴⁵⁵.

II. GEÇİCİ TEDBİRLER

A. Genel Olarak

Boşanma ve ayrılık davasının açılmasından sonra ve fakat henüz kesin kararın verilmesinden önce hâkimin alması gerekli olan tedbirlere “geçici tedbirler” denmektedir⁴⁵⁶.

Boşanma ve ayrılık davasının açılması ile birlikte eşlerin ve özellikle de çocukların menfaatlerinin zarar görme olasılığı bulunmaktadır. Böyle bir durumda, eşin özellikle de karının ve çocukların geçim durumu güçleşmektedir. Zira boşanma davasının açılması ile birlikte eşlerin “birlikte yaşama” yükümlülüğü askıya alınmaktadır⁴⁵⁷. Bu nedenlerle, Medeni

⁴⁵⁵ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 111 vd.

⁴⁵⁶ Doğan, Milletlerarası, s. 247.

⁴⁵⁷ Zevkliler /Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 915.

Kanunumuz, boşanma davası açıldıktan sonra, hâkimi gerekli “geçici tedbirleri” almak hususunda yükümlü tutmuştur⁴⁵⁸.

Gerçekten de MK md. 169; “ *Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarını yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alır*” demektedir.

Görüldüğü üzere, kanunda, davaya bakan hâkimin alacağı önlemler tahdidi olarak gösterilmemiştir. Kanunda tadadi, yani örnek niteliğinde birkaç önlemden bahsedilmiş ve davaya bakan hâkimin, her somut olayda, görev gereği her türlü önlemi tespit etmesi ve alması gerekliliği vurgulanmak istenmiştir⁴⁵⁹.

Taraflar davanın açılmasından önce söz konusu hususlarla ilgili olarak aralarında bir anlaşma yapmış olabilirler. Bu durumda hâkim geçici tedbirlere karar verirken, bu anlaşmayı göz önünde tutmalıdır. Tarafların aralarında bu nitelikte bir anlaşma yok ise, bu takdirde hâkim gerekli tedbirleri re’sen alacaktır⁴⁶⁰.

B. Geçici Tedbir Taleplerine Uygulanacak Hukuk

1. 5718s. MÖHUK Düzenlemesinden Önceki Durum

2675s. eski MÖHUK’ta; geçici tedbir taleplerine uygulanacak hukukun ne olacağı açıkça düzenlenmemiştir. Boşanma ve ayrılıktan doğan yabancı unsurlu davalara uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralını belirleyen md. 13, sadece geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka taleplerinin boşanma statüsüne tabi olduğunu hüküm altına almıştır. Ancak, geçici tedbir niteliğindeki nafaka taleplerine hangi hukukun uygulanacağını

⁴⁵⁸ Öztan, **a.g.e.**, s. 477.

⁴⁵⁹ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 283.

⁴⁶⁰ Doğan, Milletlerarası, s. 247.

düzenlememişti. Kanun hükmündeki bu boşluk doktrin ve uygulama tarafından doldurulmaktaydı⁴⁶¹.

2675 s. MÖHUK döneminde, hatta 1330 tarihli EHVK'nın yürürlükte olduğu dönemde, hükmün muhalifinden çıkan anlam ve geçici tedbirlerin niteliği nedeni ile bu tedbir taleplerine, doktrindeki baskın görüş uyarınca, *lex fori* uygulanıyor idi⁴⁶². Örneğin; Yargıtay'ın 1952 tarihli bir kararında⁴⁶³; geçici tedbir mahiyetinde bulunan nafaka davalarının mahalli kanuna göre görülmesinin istisnaen kabul ve teamülen uygulanma gelmiş bir milletlerarası özel hukuk kuralı olduğu ifade edilmiştir.

Tarafların vatandaşı bulundukları ülke hukuklarının maddi düzenlemeleri, geçici tedbir niteliğinde hükümler ihtiva etmiyor olsa dahi, hâkim kendi hukukunun hükümlerine göre bu tedbirleri almakta idi. Zira bu hususun, sadece şahsın himayesine ait olmayıp aynı zamanda kamu düzenini de ilgilendirdiği düşünülüyor idi⁴⁶⁴.

Bununla birlikte, Yargıtay çeşitli kararlarında bu hususun kamu düzenini ilgilendirdiğini ve bu nedenle *lex fori*'nin uygulanması gerektiğini söylerken, birbiri ile çelişen gerekçelere yer vermiştir⁴⁶⁵. Zira bilindiği üzere, yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile uygulanmasından vazgeçilebilmesi için, öncelikle hâkimin yetkili yabancı hukuku tespit etmesi, bundan sonra yetkili hukukun ilgili hükmünün Türk kamu düzenine aykırılığının saptanması ile yabancı hukukun uygulanmaması ve uygun görülürse Türk hukukunun uygulanması gerekir. Oysa Yargıtay'ın bu husustaki kararlarında yetkili yabancı hukukun tespitine gidilmeden, doğrudan Türk hukuku uygulanmaktadır.

⁴⁶¹ Çelikel, a.g.e., s. 248.

⁴⁶² Gökkaya, a.g.e., s. 87.

⁴⁶³ Y. 2. HD. 25.12.1952 7557/6366, Sakmar, A. / Yılmaz, İ. / Ekşi, N.: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları**, İstanbul 1989, s. 42

⁴⁶⁴ Berki, O.F., a.g.e., s. 339.

⁴⁶⁵ Tekinalp, Bağlama, s. 214.

Örneğin; Yüksek Mahkemenin 1994 tarihli bir kararında⁴⁶⁶; geçici tedbir niteliğinde olan “tedbir nafakası”nın açıkça kamu düzeninden olduğu ifade edilmiş ve bu sebeple yetkili yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanmasına gidilmiştir. Eğer Yargıtay, tedbir nafakasını usule ilişkin bir sorun olarak kabul etseydi veya tedbir talebi devletin ekonomik ve politik temel menfaatlerini düzenleyen ve bu nedenle kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına gidilmeden tatbik edilen “doğrudan uygulanan kurallar” niteliğini taşısa idi, bu gerekçeler ile Türk hukukunun uygulanmasına gidilmesi yerinde olurdu⁴⁶⁷.

Bununla birlikte daha önce de ifade ettiğimiz üzere; Yargıtay Türk hukukunu uygulama gerekçesini “kamu düzenine aykırılık” hususuna dayandırmıştır. Oysaki hâkim kamu düzeni gerekçesi ile yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf edebilmek için, öncelikle yetkili yabancı hukuku tespit etmelidir.

Geçici tedbirlere hükmederken, yabancı kanun hükümlerinin tespitinin ve ispatının uzun zamana ihtiyaç göstereceği, bu nedenle tedbirlerin alınmasının gecikeceği görüşü hâkim idi. Bu nedenle boşanma davası açıldığı zaman gerekli olan tedbirlerin lex fori gereğince alınmasının, bu tedbirlerin niteliğine ve amacına uygun düşeceği kabul ediliyordu. Bu görüşe göre; milletlerarası özel hukuk alanına dâhil bir müessese hakkında yetkili bağlama kuralı tespit edilirken, ilgili hükümlerin sevkediş nedenleri de önemlidir⁴⁶⁸. Nitekim Yargıtay’ın kararlarında da bu görüş benimsenmiş ve geçici tedbirlere Türk Medeni Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Y. 2. HD. 02.02.1994, 11964/1059, TEKİNALP, 215

⁴⁶⁷ Tekinalp, Bağlama, s. 214.

⁴⁶⁸ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 446.

⁴⁶⁹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 187.

2. 5718s. MÖHUK Düzenlemesinden Sonraki Durum

5718 s. yeni MÖHUK ile doktrin ve uygulamada görülen tereddütleri kaldırmak maksadı ile ve bunların ülkesel oldukları gerekçesi ile⁴⁷⁰, Türk hukukunda geçici tedbir taleplerinin lex fori'ye tabi olma ilkesi kanuni bir hüküm haline getirilmiştir⁴⁷¹. Böylece, geçici tedbir taleplerine uygulanacak hukukun ne olacağı meselesini, doktrin ve uygulamanın tespitine bırakan boşluk, yeni MÖHUK ile doldurulmuştur⁴⁷².

MÖHUK md. 14/4; *“Geçici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanır”* demiştir. Böylece açıkça hükme bağlanan bir düzenleme ile uygulamadaki tereddütler giderilmiş⁴⁷³ ve milletlerarası iki veya çok taraflı sözleşmelerde aksine hüküm bulunmayan hallerde, geçici tedbir taleplerine Türk hukukunun uygulanmasına gidilmesi yolu kesin bir şekilde belirlenmiştir⁴⁷⁴.

Boşanma ve ayrılık davasında, davanın devamı süresince gereklilik arz eden, eşlerin barınması ve geçimine, çocukların bakımına ilişkin geçici tedbirler ile ortak hayatın tatili sebebiyle, aile birliğini korumak için aile ilişkilerinin düzenlenmesi gibi “geçici tedbir” niteliğindeki düzenlemeler, geçici mahiyette usuli tedbirlerdir ve kanunlar ihtilafı kaidelerine göre karar verilmesi kuralına tabi olmazlar⁴⁷⁵. Bu nedenlerle bu tedbirlere uygulanacak hukuk Türk hukuku olacaktır. Ayrıca, geçici tedbir taleplerinin gerektiğinde değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması şartları da yine lex fori'ye tabi olacaktır⁴⁷⁶.

Eşlerden birinin diğerine, özellikle kocanın kadına barınması ve geçimi için ödediği nafakaya “tedbir nafakası” adı verilmektedir⁴⁷⁷. Tedbir nafakası da hâkimin boşanma davasının devamı süresince hükmedeceği geçici tedbirlerden birisidir. Zira boşanma davası açıldıktan ve fakat henüz kesin

⁴⁷⁰ Göğer, **a.g.e.**, s. 185.

⁴⁷¹ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 261.

⁴⁷² Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 251.

⁴⁷³ Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 213.

⁴⁷⁴ Ruhi, A.C., **a.g.e.**, s. 129.

⁴⁷⁵ Nomer/Şanlı, **a.g.e.**, s. 261.

⁴⁷⁶ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 449.

⁴⁷⁷ Öztan, **a.g.e.**, s. 477.

hüküm verilmeden önce talep edilebileceğinden, tedbir yönü ağır basmaktadır⁴⁷⁸. Hatta tedbir nafakasına, boşanma veya ayrılık söz konusu olmadan, sadece müşterek hayatın tatili halinde de hükmedilebilmektedir⁴⁷⁹.

Tedbir nafakası talebinin geçici tedbir olarak talep edilmesi, nafaka taleplerinin niteliğinin maddi hukuka ilişkin olduğunu değiştiriyor olmasa da, ivedilikle karar verilmesi zorunluluğundan ötürü, hâkimin bu hususu kendi hukukuna göre sonuçlandırması gerekliliği hukuki bir gerçektir⁴⁸⁰. Zira yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünün tespiti ve ispatlanması prosedürüne gidilmesi, bu tür tedbirlerin ivedilikle alınmasındaki amaca ters düşmektedir⁴⁸¹.

Kanaatimizce de, yeni MÖHUK'ta boşanma ve ayrılıktan doğan geçici tedbir taleplerine, Türk hukukunun uygulanacağını açık bir şekilde ifade eden bir hükme yer verilmesi ve doktrin ve uygulamaya paralel bir düzenleme yapılması isabetli olmuştur. Böylece acele halli gereken, ivedilik arz eden taleplere karar verme aşaması hızlanarak, tarafların menfaatlerinin zedelenmesinin önüne geçilmiştir.

III. VELAYET

A. Kavram

Velayet, kural olarak küçüklerin, istisnai olarak da kısıtlıların korunma ve bakımlarının sağlanması için, onların kişilikleri ve malları üzerinde ana babanın sahip olduğu hak, görev ve yetkileri ifade etmektedir⁴⁸².

⁴⁷⁸ Doğan, Milletlerarası, s. 261.

⁴⁷⁹ Tekinalp, Nafaka, s. 17.

⁴⁸⁰ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 248.

⁴⁸¹ Doğan, Milletlerarası, s. 247; Uluocak, Milletlerarası, s. 447.

⁴⁸² Öztan, **a.g.e.**, s. 506.

Velayet şahsa sıkı surette bağlı haklardan olması hasebiyle, bu hakkın bizzat ana baba tarafından kullanılması gerekir. Bu nedenle hakkın kullanılması başkasına devredilemez, ana baba kendileri de bu haktan vazgeçemezler⁴⁸³. Zira kural olarak, küçükler ergin oluncaya kadar velayet altındadırlar. Bununla birlikte, hâkim gerekli görürse çocuğa bir vasi de atayabilir⁴⁸⁴.

Evlilik devam ettiği müddetçe ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (MK md. 336/1). Boşanma ile birlikte evlilik birliği sona ereceğinden, ana babanın bu ana kadar birlikte kullandığı velayet, bundan böyle sadece birine bırakılacaktır⁴⁸⁵. Nitekim MK md. 336/2’de; hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceğini düzenlemiştir.

Hâkimin bu hususta geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁴⁸⁶ ve doktrinde, velayetin kime bırakılacağını belirlerken, hâkimin sadece çocuğun menfaatini göz önüne bulundurması gerektiği kabul görmektedir⁴⁸⁷. Önemli olan çocuğun hangi tarafa bırakıldığı zaman daha iyi yetiştirileceği ve bakılacağı, eğitim ve öğretiminin hangi tarafça daha iyi sağlanacağıdır. Bu göz önüne alındığında, boşanan tarafların yaşlarının ve boşanmada kusurlu olup olmadıklarının tespiti o kadar önemli olmayacaktır⁴⁸⁸.

Ana babadan birinin ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi halinde, diğeri velayet hakkını tek başına kullanır (MK md. 336/3).

Ana babanın evli olmaması halinde ise; velayet anaya aittir. Bununla birlikte, ana küçük veya kısıtlı ise veya velayet kendisinden alınmış ise, bu takdirde velayet babaya bırakılabileceği gibi, hâkimin gerekli gördüğü hallerde vasi de atanabilir (MK md. 337).

⁴⁸³ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 1014.

⁴⁸⁴ Öztan, **a.g.e.**, s. 506.

⁴⁸⁵ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 310.

⁴⁸⁶ Sakmar, **a.g.e.**, s. 189.

⁴⁸⁷ Doğan, Milletlerarası, s. 244.

⁴⁸⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 310.

B. Türk Kanunlar İhtilafı Kuralı

1. Genel Olarak

Boşanma ve ayrılık davalarının sonucunda çocuğun velayetinin hangi tarafa bırakılacağı meselesi, özellikle bu hakkın kullanılması ve kapsamı, bağımsız bir bağlama kuralına tabidir. Bununla birlikte velayet hakkı, doğrudan doğruya boşanmanın sonuçlarından olduğundan ve eşlerin çocukları ile ilişkileri kapsamında bulunduğu, boşanma statüsünün uygulama alanına girmesi gerekir⁴⁸⁹.

2675 s. eski MÖHUK'ta “velayet” ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralı; ayrı bir madde ile (md. 20) hüküm altına alınmıştı. 5718s. yeni MÖHUK'ta ise, sistematik açıdan bir faklılık yapılarak, velayete uygulanacak hukuk 14. maddeye 3. fıkra olarak eklenmiştir⁴⁹⁰. Kanaatimizce de, velayete uygulanacak hukuku boşanma statüsüne tabi tutmasına rağmen, boşanma ve ayrılığı düzenleyen maddeden ayrı bir maddeyle hüküm altına almış olan eski kanunun sistemi yerine, yeni kanunun bu hususu bir bütün olarak düzenlemesi isabetli olmuştur.

MÖHUK md. 14/3; *“Boşanma da velayet ve velayete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tabidir”* demektedir. Görüldüğü üzere maddenin üçüncü fıkrası; boşanmada velayete hangi hukukun uygulanacağını açıkça göstermemiş; birinci fıkraya atıf yapmakla yetinmiştir. Böylece, velayete ilişkin meseleler, boşanma statüsünün uygulama alanına dâhil edilmiştir⁴⁹¹.

Düzenlemeye göre; boşanmada velayete uygulanacak hukuk; öncelikle eşlerin müşterek milli hukukudur. Eşlerin müşterek vatandaşlığı haiz olmadıkları durumlarda ise; müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku olacaktır. Başka bir ifade ile hâkim

⁴⁸⁹ Gökkaya, a.g.e., s. 109.

⁴⁹⁰ Çelikel / Erdem, a.g.e., s. 251.

⁴⁹¹ Doğan, Milletlerarası, s. 244.

boşanma kararını verirken tatbik ettiği hukuku, boşanmanın sonuçlarına ve boşanmanın sonuçlarından biri olan velayete de uygulayacaktır⁴⁹².

Görüldüğü üzere, aynen boşanma ve ayrılık hususunda olduğu gibi burada da, basamaklı bağlama kuralı mevcuttur. MÖHUK md. 2 uyarınca; hâkimin kanunun belirttiği bu bağlama noktalarını sırası ile ve re'sen inceleme yükümlülüğü mevcuttur. Buna göre; hâkim öncelikle, tarafların müşterek vatandaşlığı haiz olup olmadıklarını inceleyecek, bunun bulunmaması halinde bir alt basamağı incelemeye geçecektir; yani fer'i bağlama noktaları tatbik edilecektir. Bunun aksinin yapılması halinde, başka bir ifade ile bir önceki basamaktaki bağlama kuralı incelenmeden karara hükmedilmesi durumunda; bu bir temyiz itirazı teşkil edecektir⁴⁹³. Bu durumda; kanunun yanlış uygulanması, Yüksek Mahkemece bir temyiz incelemesi nedeni oluşturacaktır (HUMK md. 428/1).

Velayete uygulanacak hukuk; boşanma kararı sonrasında ortaya çıkacak velayeti ve velayet ile ilgili tüm hususları kapsayacaktır. Buna göre velayete uygulanacak hukuk; velayet kendisine bırakılmayan tarafın küçük ile kuracağı kişisel ilişkiye, tarafların aralarında velayetin kime bırakılmasını istediklerine dair anlaşma yapma haklarının olup olmadığına, hâkimin velayet hakkını kime tanıyacağını karar vermeden önce, küçüğün, ana-babanın; vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini almasının gerekip gerekmediğine uygulanacaktır⁴⁹⁴.

Hâkim, kendisine velayet hakkı tanınmayan tarafın çocuklarıyla olan kişisel ilişkilerini, tatbik kabiliyeti olacak şekilde düzenlemelidir⁴⁹⁵. Örneğin Yargıtay bir kararında⁴⁹⁶; *“kendisine velayet hakkı tanınan annenin Almanya’da oturmasına rağmen babayla her hafta kişisel ilişki kurulmasına dair kararı doğru değildir”* demiştir. Görüldüğü üzere, Yargıtay’da, hâkimin;

⁴⁹² Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 286.

⁴⁹³ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 144.

⁴⁹⁴ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 286.

⁴⁹⁵ Sakmar, **a.g.e.**, s. 190.

⁴⁹⁶ Y. 2. HD. 24.02.1972, SAKMAR, 190.

kendisine velayet hakkı tanınmayan diğer tarafın çocukları ile ilgili ilişkilerini, uygulama kabiliyeti olacak şekilde düzenlemesi gerektiğine hükmetmiştir.

Hâkimin velayet hakkını taraflardan birine bırakırken göz önünde tutacağı tek hususun “çocuğun menfaati” olacağını daha önceden belirtmiştik. Bu hususun tespiti, yabancı unsur içeren boşanma ve ayrılık davalarında daha da zorluk teşkil etmektedir. Zira bu durumda, küçük velayet hakkı verilen tarafın dili, dini, kültürü ve sosyal yapısı içinde yetişecektir⁴⁹⁷. Hatta çoğu zaman, kendisine velayet hakkı bırakılan taraf ile diğer taraf farklı ülkelerde yaşıyor olabilirler. Bu durumda diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurması zorlaşabilir.

Sözü edilen bu nedenlerden dolayı; bu durumlardan hangisinin küçüğün menfaatine daha uygun olacağını başka bir ifade ile hangi hukuk düzeninin küçüğün menfaatini daha iyi gözetebileceğini tespit etmek gerekecektir⁴⁹⁸. Bu tespiti yaparken de, sistemli bir şekilde her zaman Türk vatandaşı olan eş lehine hüküm kurulması doğru olmayacaktır⁴⁹⁹. Hâkim önüne gelen her somut olayda, o olayın özelliklerine göre kararını oluşturmalıdır.

Bu nedenle yabancı unsurlu velayet meseleleri ile ilgili; önceden öngörülmüş, sabit bir kuralın konması mümkün değildir. Çocuğun menfaati göz önüne alınarak, hangi hukuk düzeni içinde bakılmasının ve yetişmesinin daha yararlı olacağı her olayda ayrı ayrı tespit edilmelidir.

2. Kamu Düzeni

Boşanmanın bir sonucu olan velayete uygulanacak hukuk konusu kamu düzeni (ordre public) ile yakından ilgilidir⁵⁰⁰. MÖHUK md. 14/3'ün

⁴⁹⁷ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 143.

⁴⁹⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 143.

⁴⁹⁹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 190.

⁵⁰⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 147.

uygulanması sonucu tespit edilen yabancı hukukun uygulanması, Türk kamu düzenini bozmamalıdır. Eğer, yabancı hukukun tatbiki, kamu düzenini bozacak nitelikte ise, bu takdirde MÖHUK md. 5 uyarınca, yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilmesi gerekir. Bu husus, ittifak ile kabul edilmiştir⁵⁰¹.

Yabancı hukukun uygulanmasını engelleme fonksiyonunu haiz olan kamu düzeni müdahalesi, bir kural haline getirilmemeli ve istisnai olarak uygulanmalıdır⁵⁰². Bununla birlikte, örneğin; çocuğun menfaatlerini gözetmeden, velayet hakkını yaşa ve cinsiyete göre doğrudan doğruya ana veya babadan birine tanıyan, ya da boşanmada kusursuz olan tarafa bırakan yabancı hukuklar, elbette ki kamu düzenine aykırı görülerek, uygulanmayabilirler⁵⁰³.

Kamu düzeni kavramı, yer ve zamana göre değişen, ülkeden ülkeye farklılık gösteren, hatta bir ülkede de her zaman aynı kalmayan bir kavramdır⁵⁰⁴. Dolayısı ile kamu düzeninin içeriğini tespit etmek kolay değildir. Bununla birlikte, 1998 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararına göre kamu düzeni; *“ahlak ve dürüstlük kuralları, toplumun, hukukun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır”*⁵⁰⁵.

Yargıtay HGK’nun bu tanımı bağlamında; yetkili yabancı hukuku uygularken, Türk hukukunda kabul edilmiş olan evlilik müessesesi içerisinde, kadının yeri, çocukların bakımı ve yetiştirilmesi, ana babanın çocuklar ile olan kişisel ilişkileri, özellikle çocuğun menfaati gibi ailenin temelini oluşturan ilkeler göz önünde tutulmalıdır⁵⁰⁶. Sözü edilen bu ilkeler, yetkili yabancı hukukun uygulanması neticesinde zarar görecektir ise, bu takdirde yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilmelidir.

⁵⁰¹ Berki, **a.g.e.**, s. 252.

⁵⁰² Sakmar, **a.g.e.**, s. 189.

⁵⁰³ Sakmar, **a.g.e.**, s. 189.

⁵⁰⁴ Berki, **a.g.e.**, s. 254.

⁵⁰⁵ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 147.

⁵⁰⁶ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 147.

Yetkili yabancı hukukun, velayeti ana ve babaya müşterek olarak tanınmasının, Türk kamu düzenine aykırılık yaratıp yaratmayacağı hususu da önemlidir. Türk Medeni Kanunumuz, boşanma sonucunda velayet hakkının, ana ve babaya müştereken tanınmasını kabul etmemiştir⁵⁰⁷. Ayrıca, Yargıtay'da yabancı mahkemelerce, ana ve babaya müştereken verilen velayet kararlarının tenfizi hususunda kamu düzeni müdahalesinin gerekliliğini ifade etmiştir⁵⁰⁸. Velayet düzenlemesinin kamu düzeni ile ilgili olduğunu gerekçe gösteren Yargıtay, bu hakkın müştereken ana ve babaya verilmesinin Türk Medeni Kanununa aykırı olduğunu kabul etmiştir.

Bununla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kamu düzeninin müdahalesi istisnai nitelikte olmalı ve ancak “*çocuğun menfaati*” yönünde uygulanmalıdır. “*Çocuğun menfaati*” ilkesine “*Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi*”nin 3. maddesinin 1. fıkrasında da yer verilmiştir. Buna göre; kamusal kuruluşlar, ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun menfaati ön planda tutulacaktır denmiştir.

Yetkili yabancı hukukun, çocuğun menfaatini sağlamaya imkân vermemesi halinde, kamu düzeninin müdahalesi gerekecektir⁵⁰⁹. Bu nedenle, MÖHUK md. 5 çok titiz bir şekilde, istisnai olarak uygulanmalıdır ve hâkim kendi hukukunu uygulama kolaylığından yararlanmak maksadı ile hareket etmemelidir. Önemli olan hususun çocuğun yüksek yararı olduğu göz ardı edilmemelidir.

⁵⁰⁷ Doğan, Milletlerarası, s. 245.

⁵⁰⁸ Doğan, Milletlerarası, s. 245 atfıyla, bkz. dn. 59.

⁵⁰⁹ Sakmar, **a.g.e.**, s. 189.

3. Velayet Meselesinde Önsorun

Boşanmanın hukuki bir sonucu olan velayete karar verilebilmesi için, öncelikle geçerli bir evliliğin mevcudiyeti gerekmektedir. Bu nedenle geçerli bir evliliğin mevcut olup olmadığı meselesi bir önsorun oluşturacaktır.

Hâkim bu hususu, boşanma davası çerçevesinde karara bağlamalıdır⁵¹⁰. Bu nedenle, boşanma davasında esasa geçilmeden önce geçerli bir evliliğin mevcut olup olmadığı inceleneceğinden, artık velayete karar verirken bunun bir önsorun olarak incelenmesine gerek kalmayacaktır.

Velayet hakkında karar verilirken, önsorun oluşturabilecek başka bir mesele ise; çocuk ile ana veya baba arasında uygun bir soybağı ilişkisinin kurulup kurulmadığıdır⁵¹¹. MK md. 282 vd.da düzenlenen soybağının; çocuk ile ana arasında ve çocuk ile baba arasında hangi şartlarda kurulmuş olacağı ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır.

Soybağı, çocuk ile ana arasındaki doğal veya yapay hukuki bağlantıyı ifade etmektedir⁵¹². Velayet kararında bir önsorun teşkil edebilecek soybağı; MK md. 282/1 uyarınca; “*çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur*” ve aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca da; “*çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur*” şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte evlatlık ilişkisi ile de, aralarında bir kan bağı bulunmasa dahi, evlatlık ile evlat edinen arasında da yapay soybağı ilişkisi kurulabilmektedir (MK md. 282/3).

Görüldüğü üzere; çocuk ile ana arasındaki soybağını belirlemede herhangi bir güçlük yoktur; zira doğum ile birlikte çocuk, ana ile olan

⁵¹⁰ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 144.

⁵¹¹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 144.

⁵¹² Öztan, **a.g.e.**, s. 486.

soybağını kendiliğinden kazanmaktadır. Başka bir ifade ile “*çocuğu doğuran anadır*”⁵¹³. Bu nedenle çocuk, ana yönünden daima neseplidir⁵¹⁴.

Çocuğun soybağı ilişkisinin baba ile kurulması ise, ana ile kurulduğu kadar kolay değildir. Zira ana için geçerli olan çocuğu doğuran kadının ana olduğuna dair kesin karine, baba için mevcut değildir⁵¹⁵. Kanunda belirtilen yollardan biri vasıtasıyla çocuk ile baba arasında soybağı kurulmamış ise, bu takdirde çocuk o babanın kanından geliyor olsa dahi, aralarında hukuki anlamda bir soybağı ilişkisi mevcut olamaz. Başka bir ifade ile çocuk baba yönünden nesepsizdir⁵¹⁶. Her ne kadar, evlilik devam ederken veya sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu hakkında bir karine (babalık karinesi) mevcut olsa dahi, bu kesin karine niteliğinde değil, aksi ispat edilebilen adi bir karine niteliğindedir⁵¹⁷.

Sözü edilen “babalık karinesi”, “*soybağının reddi davası*” açılarak çürütülebilir⁵¹⁸. İşte boşanma davası görülürken, kocanın, boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarından yükümlü tutulmamak amacı ile soybağını reddetmesi halinde, boşanmada velayet kararından öncelikle halledilmesi gereken bir önsorun meydana gelecektir⁵¹⁹.

Önsorunun hangi hukuka göre çözüleceği meselesi gündeme geldiğinde ise⁵²⁰; bir kısım yazarlar önsorunun lex causae’nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözüleceğini ifade ederken⁵²¹, diğer bir kısım yazarlar ise önsorunun bağımsız bir konu olarak ele alınması gerektiğini ve bu nedenle lex fori’nin devletler özel hukuku sistemine göre çözümlenmesi gerektiğini

⁵¹³ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 321.

⁵¹⁴ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 947.

⁵¹⁵ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 322.

⁵¹⁶ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 947.

⁵¹⁷ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 329.

⁵¹⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 339.

⁵¹⁹ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 146.

⁵²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 27 vd.

⁵²¹ Nomer, E., “Devletler Özel Hukukunda Ön Mesele”, İHFD, s.12 vd.

söylemektedirler. Bununla birlikte, her olay kendi şartları içerisinde değerlendirilmeli ve önsorun bu şekilde çözümlenmelidir⁵²².

C. Milletlerarası Sözleşmeler

1. Genel Olarak

*“Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi”*⁵²³ ile *“Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Sözleşme”*, yabancı unsurlu velayet konusu ile ilgili çalışmamızda inceleyeceğimiz iki milletlerarası sözleşmedir.

*“Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine Dair Avrupa Sözleşmesi”*⁵²⁴ ve *“Uluslar arası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi”*⁵²⁵ de velayet ile ilgili milletlerarası sözleşmedir. Bununla birlikte sözünü ettiğimiz Avrupa Sözleşmesi⁵²⁶ velayet kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olduğundan, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi ise, çocuğun korunması ile ilgili olmakla beraber, doğrudan velayet hususu ile ilgili olmadığından, çalışmamızda ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılmayacaktır.

Bununla birlikte Avrupa Sözleşmesi’nin amacına değinmemiz gerekir ise; çocuğun velayetine ilişkin kararların daha yaygın tanınması ve tenfizini sağlamak ve keyfi olarak kesintiye uğratılan çocuğun velayetinin iadesi için

⁵²² Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 146.

⁵²³ RG. 12.01.1977- 15817

⁵²⁴ RG. 02.11.1999- 23864.

⁵²⁵ RG. 15.02.2000- 23965.

⁵²⁶ Sözleşmeye taraf olan devletler; Almanya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İzlanda, İtalya, Lichtenstein, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Avusturya, Polonya, İsviçre, Kıbrıs, İspanya ve İngiltere’dir.

gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak bu Sözleşmenin amacı oluşturmaktadır⁵²⁷. Sözleşme; velayet konusundaki kararların tanınması ve tenfizinin kolaylaştırılmasına, ana babanın ziyaret hakkının güvence altına alınmasına, çocuğun haksız olarak uluslar arası sınırlar ötesine götürülmesi halinde geri verilmesi ve velayetin yeniden tesisine ilişkin hükümler içermektedir⁵²⁸.

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi⁵²⁹ Avrupa Sözleşmesi ile benzer amaçları içermekle beraber bu Sözleşmenin asıl amacı; hukuka aykırı olarak diğer âkit devlete getirilen ve orada tutulan 16 yaşından küçük çocukların uzaklaştırıldığı ülkeye iadesini güvence altına almak ve mutad meskeni âkit devletlerde olan küçüklerin korunmasını sağlayan bir sistem oluşturmaktır⁵³⁰. Adli yardım sözleşmesi niteliğini haiz olan⁵³¹ ve çocuğun kaçırılmasından önceki durumun tekrar canlandırılmasını amaçlayan bu Sözleşme, Avrupa Sözleşmesi ile paralel olarak uygulanmaktadır⁵³².

1961 tarihli Sözleşme⁵³³, küçüklerin hem velayeti ile ilgili konularını hem de onların kamu hukuku bakımından himayelerini düzenlemiştir⁵³⁴. Sözleşmenin milletlerarası yetkiye ve uygulanacak hukuka dair kuralları, Türkiye’de MÖHUK md. 1 gereğince, Sözleşmenin uygulama alanına giren velayete ilişkin tüm konularda öncelikli olarak uygulanır⁵³⁵. Zira MÖHUK md. 1’in getirilme gerekçesi de milletlerarası sözleşmelerin öncelikle uygulanacağını vurgulamaktır⁵³⁶. MÖHUK’un velayet ile ilgili hükümlerinin bu Sözleşme karşısında uygulanabilmesi, ancak bu Sözleşmede velayete ilişkin

⁵²⁷ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 279.

⁵²⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

⁵²⁹ Sözleşme için ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMAN-FİĞANMEŞE, Çocukların Uluslar arası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi, Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999, s. 55-100.

⁵³⁰ Tekinalp, Bağlama, s. 208.

⁵³¹ Çelikel / Erdem, **a.g.e.**, s. 279.

⁵³² Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 151.

⁵³³ Sözleşmeye taraf olan devletler; Almanya, Avusturya, Çin, Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz, Türkiye ve Yunanistan’dır.

⁵³⁴ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 285.

⁵³⁵ Tekinalp, Bağlama, s. 202.

⁵³⁶ Atamer, K., “MÖHUK Reformu Hakkında”, **MHB**, S. 1-2, Yıl 23, 2003, s. 90.

bir düzenleme eksikliği veya boşluğu bulunduğu durumlarda söz konusu olabilir⁵³⁷.

Henüz çok az devlet tarafından onaylanan 1996 tarihli Sözleşmeye ise, Türkiye henüz taraf olmamakla beraber⁵³⁸, 1961 tarihli Sözleşmenin yerini alması beklenmektedir. Zira bu Sözleşme 1961 tarihli Sözleşmenin eksikliklerini tamamlamak ve uygulama gücü olan bazı maddeleri yeniden düzenlemek amacı ile akdedilmiştir⁵³⁹.

2. Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Sözleşme, küçüklerin bulundukları ülke makamlarınca korunmaları için gerekli önlemlerin alınması amacı ile akdedilmiştir⁵⁴⁰. Sözleşme; küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin mahkemelerine veya idari makamlarına; küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirler alma yetkisi vermektedir (m.1). Bu Sözleşmenin uygulanması ile ilgili Alman mahkemelerinin verdiği birçok karar bulunmaktadır ve kararların çoğu, küçüğün hayatının tehlikeye düşmesi sebebi ile himaye altına alınması ve menfaati nedenlerine dayanmaktadır⁵⁴¹.

Sözleşmede geçen “küçük” kavramı md. 12’de açıklanmıştır. Buna göre; *“Bu Sözleşme anlamında küçük deyiminden, gerek vatandaşı olduğu Devletin iç hukukuna ve gerekse mutad meskeninin bulunduğu Devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kimseler anlaşılır”*.

⁵³⁷ Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 131.

⁵³⁸ Tekinalp, Bağlama, s. 207.

⁵³⁹ Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 131.

⁵⁴⁰ Çelikel / Erdem, a.g.e., s. 278.

⁵⁴¹ Çelikel / Erdem, a.g.e., s. 278.

Görüldüğü üzere, Sözleşmeye göre kimin küçük olduğu hususunda, mutad mesken hukuku ve milli hukuk birlikte uygulanır. Bununla birlikte; iki hukuka göre de küçük kabul edilen kişi hakkında koruma tedbirleri alınmasında, Sözleşmedeki ana bağlama kuralı (küçüğün mutad mesken hukuku) geçerlidir⁵⁴². Görüldüğü üzere ağırlık mutad mesken lehinedir⁵⁴³.

Mutad meskenin ağırlık kazanması ve milli hukukun ikinci plana düşmesi; küçüğün korunmasına ilişkin hükümlerin hukuk politikası gereği daha çok kamu düzenini ilgilendirmesi ve bu sebep ile ilişkinin çocuğun bulunduğu yer hukukuna tabi tutulması gerekçelerine dayanmaktadır⁵⁴⁴.

1961 tarihli Sözleşmenin en önemli özelliği; sadece uygulanacak hukuka ilişkin hükümler içermeyip, aynı zamanda milletlerarası yetkiye ilişkin hükümler de ihtiva etmesidir⁵⁴⁵.

Sözleşme, ancak küçüğün mutad meskeni âkit devletlerden birinde ise uygulanabilir; meğerki bu hususta bir ihtirazi kayıt konulmuş olsun (md. 13/1). Başka bir ifade ile küçüğün mutad meskeni Sözleşmeye taraf olmayan bir devlette bulunuyor ise, Sözleşme hükümleri uygulanmaz. Bu takdirde, MÖHUK md. 27'ye göre; ülke içi yer itibarıyla yetki kurallarına bakmak gerekecektir⁵⁴⁶.

Küçüğün mutad meskeni Türkiye'de ise, Türk mahkemeleri, Sözleşmenin verdiği yetkiye göre, gerekli koruma tedbirlerini almaya yetkilidir. Küçüğün mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması halinde ise artık Türk mahkemelerinin, Sözleşmeye göre milletlerarası yetkisi kalmayacaktır. Bu takdirde Türk mahkemeleri boşanmaya karar vermiş olsalar da, velayete

⁵⁴² Tekinalp, Bağlama, s. 206.

⁵⁴³ Tekinalp, Kişisel, s. 899.

⁵⁴⁴ Tekinalp, Kişisel, s. 899.

⁵⁴⁵ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 132.

⁵⁴⁶ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

ilişkin bir karara hükmedemeyeceklerdir. Taraflar bu hususta anlaşmış olsalar dahi, Türk mahkemelerinin böyle bir yetkisi bulunmayacaktır⁵⁴⁷.

Sözleşme md. 13/1 uyarınca; bu Sözleşmenin uygulanabilmesi için, küçüğün âkit devlet vatandaşı olması gerekmektedir. Bununla birlikte aynı maddenin 3.fıkrasına göre; devletler Sözleşmeyi sadece âkit devlet vatandaşlarına uygulama hakkını saklı tutabilirler. Başka bir ifade ile bu hususta bir ihtirazi kayıt koyabilirler. Bu durumda Sözleşmenin uygulanması için hem küçüğün mutad meskeni devletin âkit devletlerden olması hem de küçüğün âkit devlet vatandaşı olması gerekmektedir. Sözleşmeye taraf olan devletlerden; Türkiye, İsviçre ve Portekiz bu hususta bir ihtirazi kayıt koymamışlardır⁵⁴⁸.

1961 tarihli Sözleşmede, küçüğün milli devletinin ve mutad meskeninin bulunduğu devletin milletlerarası yetkisi ile milli hukukunun ve mutad mesken hukukunun uygulanması birbirine bağlanmıştır⁵⁴⁹. Bu nedenle Sözleşme milletlerarası uygulamada yoğun bir şekilde eleştirilmektedir. Zira mahkemelerin veya idari makamların yetkisinin mutad mesken makamları ile milli devlet makamları arasında bölüştürülmesi uygulamada problem doğurmuş ve bu nedenle yeni bir Sözleşme (1996 tarihli Sözleşme) hazırlanmıştır⁵⁵⁰.

b. Makamların Yetkisine İlişkin Hükümler

Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca; *“küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devlet’in mahkemeleri ve idari makamları”* koruma tedbirlerini almaya yetkilidirler. Bu maddede mahkemeler ve idari makamlar olarak iki ayrı kavram kullanılmasının nedeni; tedbirlerin bazı ülkelerde mahkemeler, diğer bazı ülkelerde ise idari makamlar tarafından alınmasından

⁵⁴⁷ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁴⁸ Tekinalp, Bağlama., s. 201, bkz. dn.9.

⁵⁴⁹ Nomer / Şanlı, **a.g.e.**, s. 285.

⁵⁵⁰ Tekinalp, Bağlama, s. 202.

kaynaklanmaktadır⁵⁵¹. Örneğin; İsviçre, Danimarka ve Norveç hukuklarında velayete ilişkin kararlar ilk derece idari makamları tarafından alınmaktadır⁵⁵².

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülkenin makamlarına, böyle bir yetki verilmesinin nedeni; küçüğün sosyal ve ailevi ilişkilerinin en kolay ve çabuk burada tespit edilebilmesidir⁵⁵³.

“*Mutad mesken*” kavramı Sözleşmede ana bağlama noktası olarak kabul edilmekle birlikte; bu kavramın ne anlama geldiği açık olarak ifade edilmemiştir. Bununla birlikte milletlerarası sözleşmede yer alan bir terim, uygulamada yeknesaklığın sağlanabilmesi için, milli hukuklardan bağımsız olarak değerlendirilmeli ve tanımlanmalıdır.

Sözleşmenin lafzı ve ruhundan, bir yerin küçüğün mutad meskeni olarak değerlendirilebilmesi için, bu yerde belirli bir süre bulunmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. Bu tespiti yaparken de, küçüğün ailevi ilişkilerini, kreş veya okula gidip gitmediğini ve yaşadığı ülkenin dilini bilip bilmediğini göz önüne almak gerekecektir⁵⁵⁴.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde veya tehlikeli bir durum olması halinde, mutad mesken devletleri kendi iç hukuklarına göre tedbir alabilirler (m.9); bununla birlikte bu nitelikteki kararları diğer âkit devletlerin tanınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Sözleşmenin 1. maddesi; “*Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin mahkemeleri veya idari makamları, bu Sözleşmenin 3. ve 4. maddeleri ile 5. maddesinin 3. fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, küçüğün şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirleri almaya yetkilidir*” demektedir.

⁵⁵¹ Tekinalp, Bağlama, s. 202.

⁵⁵² Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 132, bkz. dn. 567.

⁵⁵³ Tekinalp, Bağlama, s. 202.

⁵⁵⁴ Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 135.

Görüldüğü üzere madde, üç istisnadan bahsetmektedir. Maddenin atıf yaptığı 3. madde; *“Küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisi”⁵⁵⁵, bütün âkit devletlerce tanınır* demektedir. Buna göre; küçüğün milli hukukunda kanunlardan doğan otorite ilişkisine göre alınacak tedbirler, diğer devletlerde de geçerli olacaktır⁵⁵⁶.

İlk bakışta, 3. maddenin söz konusu olduğu hallerde, mutad mesken devleti makamlarının tedbir alma yetkisinin tamamen ortadan kalktığı düşünülebilirse de, zamanla bu görüş terk edilmiştir. Doktrinde savunulan görüşler uyarınca bu maddenin getirilmesi; 1. maddeye göre yetkili kılınmış makamların da tedbir alabilmesini engellemektedir. Zira bu maddenin getiriliş amacı bunu engellemek değil; mutad mesken makamlarının, milli devlet makamlarına karşı tedbirler almasını önlemektir⁵⁵⁷.

Sözleşmenin 1. maddesinde ifade edilen ve bir diğer istisnayı teşkil eden, 4. madde ise; küçüğün vatandaşı bulunduğu devletin makamlarına, mutad mesken makamlarına haber vermek kaydı ile kendi iç hukuklarına (milli hukuk) göre tedbir alma imkânı tanımaktadır.

Bir diğer istisna olan Sözleşmenin 5. maddesine göre ise; küçüğün mutad meskenini değiştirmesi halinde, yeni mutad meskeninin bulunduğu ülkenin makamları karar alıncaya kadar, eski mutad mesken devletince alınmış koruma tedbirleri yürürlükte kalmaya devam eder. Görüldüğü üzere, bağlama kuralı değişken olmasına rağmen, küçüklerin korunması ve zarar görmemesi amacı ile böyle bir düzenleme getirilmiştir.

Sözleşmeyi onaylayan her devlet, küçüğün ana babasının arasındaki evliliğin son bulması halinde, bu konuda karar veren makamların aynı

⁵⁵⁵ “Kanunen mevcut otorite ilişkisi”, Sözleşmenin getirdiği bir kavramdır. Bu kavram, yetkili makamlarca tesis edilmiş “koruma tedbirleri”nden farklı olarak, bir kamu tasarrufu olmaksızın doğrudan doğruya mili devletin kanuni düzenlemesinden ortaya çıkmış bir ilişkidir. Bazı hukuk düzenlerinde kanundan dolayı tanınan (ipso iure tanınan) eşlerin müştereken veya sağ kalan eşin veya evlilik dışı ilişkide annenin küçük üzerindeki velayet hakkı “kanunen mevcut otorite ilişkisi”ne emsal teşkil etmektedir (NOMER, 286), Bu kavramın yerine 1996 tarihli Sözleşmede “velayet sorumluluğu” kavramı getirilmiştir (TEKİNALP, s. 208).

⁵⁵⁶ Tekinalp, Bağlama, s. 203.

⁵⁵⁷ Tekinalp, Bağlama, s. 204, bkz. dn. 16.

zamanda küçüğün şahsının ve malının korunması ile ilgili tedbirleri alma hakkına da sahip olacağını saklı tutabilirler (md. 15).

Sözleşmeye böyle bir hükmün getirilmesinin amacı; evliliğe son veren makamların, aynı zamanda küçüğün aile içindeki durumunu da en iyi bilebilecek makamlar olmasıdır⁵⁵⁸. Türkiye bu yönde bir ihtirazi kayıt koymuştur. Türkiye dışında, ayrıca Lüksemburg ve Polonya’da çekincelerini korumaktadırlar. Almanya, İsviçre ve Fransa ise daha önceden bu yönde koydukları ihtirazi kayıtları kaldırmışlardır⁵⁵⁹.

c. Uygulanacak Hukuka İlişkin Hükümler

Küçüğün mutad mesken devleti makamları; koruma tedbirlerini almaya, değiştirmeye ve sona erdirmeye ilişkin şartlar ile bunların hükümlerine, kendi “iç hukukları”nı uygulayacaklardır; yani açık bir ifade ile atıf önlenmiştir⁵⁶⁰.

Görüldüğü üzere, Sözleşmenin yetkili kıldığı makamlar ile yetkili kıldığı hukuklar arasında paralellik mevcuttur. Başka bir ifade ile Sözleşmeye göre küçük için tedbirleri almaya yetkili makam, “küçüğün mutad mesken devleti”nin makamı iken, yetkili hukuk da yine “küçüğün mutad meskeni hukuku”dur⁵⁶¹.

Sözleşme, milletlerarası yetki tanıdığı makamlara, aynı zamanda, küçükle ilgili koruma tedbirlerine kendi iç hukuklarını uygulama imkânı da verdiğinden, Sözleşmenin 1. maddesinde yer alan istisnaları teşkil eden; 3. ve 4. maddeler ile 5. maddenin üçüncü fıkrasında milletlerarası yetkiyi haiz bulunan “küçüğün milli hukuk” makamları da böylece kendi iç hukuklarını uygulayabileceklerdir. Görüldüğü üzere, bu durum sözleşmedeki ana kural

⁵⁵⁸ Tekinalp, Bağlama, s. 204.

⁵⁵⁹ Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 133, bkz. dn. 572.

⁵⁶⁰ Tekinalp, Bağlama, s. 205.

⁵⁶¹ Tekinalp, Bağlama, s. 205.

olan “küçüğün mutad mesken hukuku”nın uygulamasının bir istisnasını teşkil etmektedir.

Bunun dışında, acele durumlarda küçük veya küçüğe ait mallar, ülkesinde bulunan her devletin kendi kanunlarına göre koruma tedbirleri alması hali (md. 9) de ana kuralın bir diğer istisnasıdır. Her ne kadar bu hüküm uygulanacak hukuk hakkında açıklayıcı bir bilgi vermese de; bütün acele hallerde olduğu gibi burada da koruma tedbirlerinin lex fori’nin öngördüğü koruma tedbirleri olduğu anlaşılmaktadır⁵⁶².

Göz önüne alınması gereken bir diğer nokta da; küçük hakkında koruma tedbirlerinin alınmasına hangi hukukun uygulanacağını belirlenmesinde, talepte bulunulan mahkeme veya makamın yetkisinin milletlerarası sözleşmeden mi yoksa iç hukuktan mı doğduğunun tespitine bağlı olduğudur⁵⁶³. Örneğin; küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke âkit devletlerden ise, bu takdirde mahkemenin milletlerarası yetkisi milletlerarası sözleşmeden doğacak ve örneğin Türkiye’de Türk mahkemeleri koruma tedbirlerine Türk Medeni Kanununu uygulayabileceklerdir. Bununla birlikte, küçüğün mutad meskeni, âkit devletlerden birinde değil ise; uygulanacak hukuk o ülkenin normal kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Başka bir ifade ile Sözleşme değil, MÖHUK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁵⁶⁴. Zira bu durumda, mahkemenin yetkisi bir milletlerarası sözleşmeden doğmamakta, tamamen iç hukuktan doğmaktadır.

Sözleşmenin 16. maddesine göre ise; 1961 tarihli La Haye Sözleşmesinin Hükümleri, âkit devletler tarafından, kamu düzenlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile uygulanmayabilir.

Türk hukuku açısından baktığımızda özetlememiz gerekir ise; Türkiye’nin de taraf olduğu bu Sözleşmeye göre, Türk mahkemeleri Sözleşme hükümlerini ancak küçüğün mutad meskeni âkit devletlerden

⁵⁶² Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 140.

⁵⁶³ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 139.

⁵⁶⁴ Tekinalp, Bağlama, s. 206.

birinde ise uygulayacak; aksi takdirde MÖHUK'un kanunların ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku tespit edecektir.

3. Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Sözleşme

Türkiye'nin henüz taraf olmadığı⁵⁶⁵ 1996 tarihli Sözleşmenin⁵⁶⁶ oluşturuluş amacı; 1961 tarihli La Haye Sözleşmesinin eksikliklerini tamamlamak ve işlerliği zor olan bazı hükümleri yeniden düzenlemek ve değerlendirmektir⁵⁶⁷. Bu Sözleşme taraf devletler açısından, 1961 tarihli Sözleşmenin yerini alacaktır.

1961 tarihli Sözleşmeden farklı olarak, 1996 tarihli Sözleşme, küçüğün mutad mesken devleti makamlarının yetkisini güçlendirmekte⁵⁶⁸, ve 1961 tarihli Sözleşmenin 3. ve 4. maddeleri ile 5. maddesinin 3. fıkrasının getirdiği sıkıntıları bertaraf etmekte, aynı zamanda milli hukuk makamlarının tedbir alma yetkisini, mutad mesken makamlarının takdirine bağlamaktadır⁵⁶⁹.

Küçük hakkında verilecek koruma tedbirlerine uygulanacak hukuk meselesinde ise; tedbir almaya yetkili makamlar aynen 1961 tarihli Sözleşmede olduğu gibi, yine kendi iç hukuklarını uygulayacaklardır. Bununla birlikte, 1996 tarihli Sözleşme farklı olarak; çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına gerektirdiği ölçüde “sıkı ilişkili hukuk”un uygulanmasına da imkân tanımaktadır (md. 5).

⁵⁶⁵ Tekinalp, Bağlama, s. 207.

⁵⁶⁶ 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ULUOCAK, N., Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihai Metin, 19 Ekim 1996), **MHB** Yıl 16, Sayı 1-2/1996, s. 119-129.

⁵⁶⁷ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 131.

⁵⁶⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

⁵⁶⁹ Tekinalp, Bağlama, s. 207.

Son olarak, 1996 tarihli Sözleşme, 1961 tarihli Sözleşmede yer almayan, “tanıma ve tenfiz” hükümlerine de yer vermekte ve bu husustaki boşluğu doldurmaktadır. Bunun dışında, yeni tarihli Sözleşmede “küçük” kavramı genişletilerek, mutad meskeni bulunmayan küçükler ile sığınmacı küçükler de, Sözleşme kapsamına dâhil edilmiştir⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ Tekinalp, Bağlama, s. 208.

SONUÇ

“Boşanma ve Ayrılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı Kuralları” konulu çalışmamızı tamamlamış bulunmaktayız. Birinci bölümde; maddi hukuk alanında boşanma ve ayrılık hususunu; ikinci bölümde boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk meselesini ve bu hukuku tespit ederken tatbik edilecek bağlama kurallarını ve üçüncü bölümde ise, boşanmanın hukuki sonuçlarından olan yabancı unsurlu nafaka ve velayete ilişkin ihtilaflarda uygulanacak hukuku incelemiş bulunmaktayız.

Türk kanunlar ihtilafı kuralları sistemini farklı ülkelerin hukuk düzenleri ve mahkeme kararları ile karşılaştırmalı olarak incelemiş bulunuyoruz. Bunun yanı sıra Türk mahkemelerinin, Yargıtayın ve doktrinin bu husustaki görüşlerini ve eğilimini de inceleme konumuz dâhil etmeye çalıştık.

Ortaya koyduğumuz görüş ve çözüm önerilerini özetlemek gerekir ise:

1. Öncelikle 5718s. yeni MÖHUK’un 2675s. eski MÖHUK’taki boşlukları doldurması oldukça isabetli olmuştur. Özellikle geçici tedbir taleplerine lex forinin uygulanacağına dair hükmü, doktrin ve uygulamada görülen tereddütleri kaldırmak açısından yerindedir. Böylece, geçici tedbir taleplerine uygulanacak hukukun ne olacağı meselesini, doktrin ve uygulamanın tespitine bırakan boşluk, yeni MÖHUK ile doldurulmuş ve uygulamada birlik sağlanmıştır. İvedilik arz eden bu nitelikteki tedbirlere, uygulanacak hukukun tespiti sürecine gidilmeden, doğrudan mahkemenin kanunun uygulanması taraf menfaatlerine uygun olmuştur.
2. Eski kanundan farklı olarak, boşanmanın hukuki sonuçlarından biri olan yabancı unsurlu velayet hususunun “boşanma ve ayrılık” madde başlığına dâhil edilmesi ve bu hususta sistematik açıdan birlik sağlanması yerinde olmuştur. Zira boşanma statüsüne tabi tutulan bu konunun ayrı bir maddede ele alınması çok da mantıklı değildir.

3. MÖHUK md. 14 her ne kadar yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak bağlama kurallarını tespit etmiş olsa da, madde aynı zamanda evliliği sona erdiren diğer sebepleri (ölüm, gaiplik, din değiştirme vb.) de tadadi olarak hükmünde açıkça belirtmesi uygulamada birlik arz etmesi açısından yerinde olurdu.
4. Türk hukukunda boşanmanın şekli mahkeme hükmü ile olur. Bununla birlikte bazı ülkelerde boşanmanın şekli Türk hukukundan farklıdır. Bir idari karar ile hatta sadece tarafların anlaşması ile boşanmanın gerçekleştiği ülke hukuk sistemleri mevcuttur.
5. Boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk öncelikle tarafların müşterek vatandaşlığı haiz olmaları halinde müşterek milli hukuktur. Bunun bulunmaması halinde tarafların müşterek mutad meskenleri bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanacak hukuk olacaktır. Eski kanundan farklı olarak kademeli bağlama noktalarında ikametgâh bağlama noktası çıkarılmıştır.

MÖHUK md. 4/b uyarınca; eşlerden birinin Türk vatandaşlığının yanı sıra başka bir vatandaşlığı da haiz ise ve bu vatandaşlık da diğer eşin vatandaşlığı ile aynı ise, tarafların müşterek milli hukuku bağlama noktasının uygulanmasına her zaman gidilemeyecektir. Bununla birlikte kanaatimizce eşlerin müşterek milli hukukları var iken, ısrarla Türk hukukunun uygulanması cihetine gidilmesi çok isabetli değildir. Zira milletlerarası özel hukukta eşlerin müşterek bir şahsi statüye sahip olması göz ardı edilmemelidir.

6. Boşanma ve ayrılık hususundaki bağlama noktalarında mutad mesken kavramının hangi hukuka göre tespit edileceği problemi mevcuttur. Mutad mesken kavramının ilgilinin milli hukukuna göre tespit edileceği prensibi her zaman uygulanmamalıdır; zira eşlerin milli hukuklarının farklı olması halinde her bir hukukun mutad meskeni farklı tanımlaması

problemi meydana gelebilir. Bu nedenle kanunda bağlama noktası olarak getirilen mutad mesken kavramının ne anlama geldiği de açıklanmalı ve tanımı yapılmalıdır.

7. Statü değişikliklerinin söz konusu olduğu hallerde boşanma ve ayrılığa uygulanacak bağlama kuralı “dava tarihindeki” duruma göre belirlenmektedir.
8. Yabancı unsur içeren nafaka ihtilaflarında MÖHUK md.14 hükmünün uygulanabilmesi için, taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmelerde bu hususta bir hüküm bulunmaması gerekmektedir. Zira daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, milletlerarası sözleşmeler Anayasa hükmü gereğince öncelikle uygulanırlar.
9. Yabancı unsurlu velayet davalarında ise, Türkiye 1961 tarihli La Haye Sözleşmesine taraf olması nedeni ile velayete ilişkin ihtilaflarda öncelikli olarak bu Sözleşme hükümleri uygulanacaktır.
10. Çalışmamızın sonucunda, yabancı unsurlu velayet ve nafaka konusunda Türkiye’nin birçok milletlerarası sözleşmeye taraf olduğunu ve bu sözleşmelerin bu hususlarda öncelikli olarak uygulandığını tespit etmiş bulunmaktayız. Bunun dışında boşanma ve ayrılık konusunda uygulanan bağlama kuralları uygulamada nadir problemler ortaya çıkarmaktadır. Zaten ortaya çıkan problemler de kamu düzeni müdahalesi ile çözümlenebilmektedir.

Çalışmamızdan çıkan en önemli sonuç ise; boşanma ve ayrılık hususunda ve bunların hukuki sonuçlarından olan nafaka ve velayette önemli olan hususun; tarafların ve çocukların menfaati olduğu, bu nedenle kanun koyucuların ve uygulayıcıların öncelikli olarak taraf menfaatlerini göz önüne almaları gerektiğidir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut; **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku: Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış**, C. II, İstanbul, Beta, 11. Baskı, 2008.

ANSAY, Tuğrul; “Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler”, **MHB**, S.2, Yıl 2, 1982, s. 1-6.

ATAMAN, İnci, GİRAY, F.Kerem; **Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri: Çok Taraflı Sözleşmeler**, C.I, İstanbul, Beta, 2005.

ATAMER, Kerim; “MÖHUK Reformu Hakkında”, **MHB**, S. 1-2, Yıl 23, 2003, s. 89-113.

AYBAY, Rona, DARDAĞAN, Esra; **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması**, İstanbul, İBÜ Yayınları, 2. Baskı, 2008.

AYBAY, Rona; “Çifte Uyruluk Sorunu”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.15, 1993, s. 101-108.

BAŞLAR, Kemal; “Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’ Armağan**, **MHB**, S. 2, Yıl 2, 2002, s. 75-107.

BERKİ, Osman Fazıl; **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, 1956.

BİLGE, Necip; **Hukuk Başlangıcı: Hukukun Kavram ve Kuramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 18. Baskı, 2004.

BULUT, Harun; **Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar**, İstanbul, Beta, 2007.

CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül; **Türk Hukuk Tarihi**, Konya, Sayram Yayınları, 2003.

CİN, Halil; **İslamda Evlenme ve Boşanma**, Ankara 1976.

COLLIER, J.G; **Conflict of Laws**, Cambridge, 3. Baskı, 2004.

COLLINS, Lawrence, MORRIS, John Humphrey Carlile; **Dicey and Morris on the Conflict of Laws**, Londra, 13. Baskı, 2001.

ÇELİKEL, Aysel, ERDEM, B.Bahadır; **Milletlerarası Özel Hukuk: Açıklamalı MÖHUK Tasarısı ile Birlikte**, İstanbul, Beta, 8. Bası, 2007.

ÇELİKEL, Aysel, NOMER, Ergin; **Devletler Hususi Hukuku: Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları**, İstanbul, Beta, 9. Baskı, 2008.

ÇELİKEL, Aysel, ŞANLI, Cemal, ÖZTEKİN, Günseli, ERDEM, B.Bahadır, ÇİÇEKLİ, Bülent; **Uluslar arası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2009.

ÇELİKEL, Aysel; “Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları”, **MHB**, S.2, Yıl 2, 1982, s. 7-13.

DAYINLARLI, Kemal; “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara 1988, s. 657-692.

DOĞAN, Vahit; **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2010.

DOĞAN, Vahit; **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 6. Baskı, 2006.

DROBNING, Ulrich; **Bilateral Studies in Private International Law: American- German Private International Law**, New York, 2. Baskı, 1972.

EKŞİ, Nuray; **Kanunlar İhtilafı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları**, İstanbul, Beta, 2006.

GÖĞER, Erdoğan; **Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı**, Ankara, AHF Yayınları, 3. Bası, 1975.

GÖKKAYA, Şevket; **Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, Ankara, Yetkin Basımevi, 1996.

GÜNGÖR, Gülin; **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara, Yetkin, 2007.

INGRAM, Frank W, BALLARD, G.A.; **Law and Contemporary Problems Vol.2, No.3, The Business of Migratory Divorce in Nevada**, 1935.

LUZZATTO, R.; “İtalyan Hukukunda Küçüklere Karşı Bakım Yükümleri”, **MHAD**, çev. Cemal A., S. 6, Yıl 4, 1970

MONTANORİ, Alberto, NARCİSİ, Vincent A.; **Conflicts of Law in Italy**, London 1997.

MORRIS, John Humprey Carlile, **The Conflict of Laws**, Londra, 6. Baskı, 2005.

NOMER, Ergin, ŞANLI Cemal; **Devletler Hususi Hukuku: Genel Prensipler- Kanunlar İhtilafı- Milletlerarası Usul Hukuku- Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta, 17. Bası, 2009.

NOMER, Ergin; “Türkiye’de Boşanan Yabancıların Yeni Evlilikleri”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 483-483-508.

NOMER, Ergin; **Devletler Özel Hukukunda Önmelele, İHFD**.

NOMER, Ergin; **Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 9. Baskı, 1993.

OĞUZMAN, M. Kemal, Barlas, Nami; **Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar- Temel Kavramlar**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 10. Bası, 2003.

- ÖZKAN, Işıl; **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara, Naturel Yayınları, 2003.
- ÖZSUNAY, Ergun; “Yugoslav Aile Hukukunda Evlenme ve Boşanma”, MHAD, S. 4, Yıl 3, İstanbul 1969,
- ÖZTAN, Bilge; **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 24, Baskı, 2006.
- REZAKİ, Sait, ÖZDEMİR, Salim; **Açıklamalı- Uygulamalı- İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974.
- RUHİ, Ahmet Cemal; **27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun: Gerekçeli- Açıklamalı- Yargıtay İçtihatlı**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2. Baskı, 2008.
- RUHİ, Ahmet Cemal; **Türkiye Cumhuriyeti’nin Onayladığı Devletler Özel Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 3. Baskı, 2006.
- SAKMAR, Atâ, YILMAZ, İlhan, EKŞİ, Nuray; **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uygulamadan Örnekler**, İstanbul, Evrim, 1989.
- SAKMAR, Atâ; **Devletler Hususi Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- SEVİĞ, Muammer Raşit; **Devletler Hususi Hukuku: Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası,
- SEVİĞ, V. Raşit, NOMER, Ergin, TEKİNALP, Gülören, SAKMAR, Atâ; **Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.

SEVİĞ, Vedat Raşit; “MÖHUK ve Atıf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, **MHB**, S.1, Yıl 1982, s. 14-16.

TEKİNALP, Gülören; “Kişisel Statü- Milli Hukuk- İkametgâh Hukuku- Eğilimler- Düşünceler”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul 1979, s. 889-911.

TEKİNALP, Gülören; “Nafaka Mükellefiyetlerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1956 ve 1973 Tarihli La Haye Sözleşmeleri ve Milli Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulama Alanı”, **MHB**, S.1, Yıl 3, 1983, s.14-18.

TEKİNALP, Gülören; **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul, Arıkan, 9. Baskı, 2006.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, 7. Baskı 1990.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Yetkin, 1996.

TUTUMLU, Mehmet Akif; **Boşanma Yargılaması Hukuku**, C.1, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2005.

ULUOCAK, Nihal; “Lahey Nafaka Sözleşmesinde (1956) Nafaka Statüsünün Nesep Statüsünden Bağımsız Düzenlenmesine İlişkin Sorunlar”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul 1979, s. 929-941.

ULUOCAK, Nihal; “Türk Vatandaşlığı Kanununda Çifte Vatandaşlık İlkesinden Yararlanma Olanağı”, **MHB**, S.1, Yıl 3, 1983, s.19-22.

ULUOCAK, Nihal; **Kanunlar İhtilafı: Yasama Yetkisi Kuralları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971.

ULUOCAK, Nihal; **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, Ankara, Beta, 2006.

WOELKİ-BOELE, Katharina; **Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe**, New York 2003

YAZICI, Hilmi, ATASOY, Hasan: **Şahıs ve Aile Hukukunda Yargıtay Tatbikatı 1952-1970: Kanun Metni Açıklama ve Emsal İçtihatlar**, İstanbul 1970.

ZEVKİLER, Aydın, HAVUTÇU, Ayşe; **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler: Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler (Dernekler, Vakıflar), Aile Hukuku**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 4. Baskı, 2003.

ZEVKLİLER, Aydın, ACABEY, M.Beşir, GÖKYAYLA, K.Emre; **Medeni Hukuk: Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 6. Baskı, 2000.

ZWEİGERT, Konrad, KÖTZ, Hein: **Introduction to Comparative Law**, New York, 3. Baskı, 1998.

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Bosanma>

<http://www.turkcebilgi.com/bosanma/ansiklopedi>

<http://en.wikipedia.org/wiki/Divorce>

<http://www.umbricht.ch/pdf/swissPIL.pdf>

<http://en.wikipedia.org/wiki/FullFaithandCreditClause>

<http://en.wikipedia.org/wiki/LawandDivorcearoundtheworld>

ÖZET

ÖZCAN, Merve. Boşanma ve Ayrılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı Kuralları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara – 2011.

Günümüzde milletlerarası ilişkilerin artmasıyla beraber mahkemelerimiz önüne çok sayıda yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davası gelmektedir. Dolayısıyla yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarında, boşanma ve ayrılığa ve bunların fer'i sonuçlarından olan nafaka ve velayet hususuna uygulanacak hukukun tespiti meselesi önem arz etmektedir.

Boşanma ve ayrılık konusunda ülkesel farklılıkların iç hukuk bakımından etkisini nasıl gösterdiğini incelediğimiz bu çalışmanın birinci bölümünde; maddi hukuk alanında boşanma ve ayrılık hususu genel olarak incelenmiş, ikinci bölümde boşanma ve ayrılığa uygulanacak yetkili hukukun ne olacağı meselesi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikler ve çeşitli hukuk düzenlerindeki kanunlar ihtilafı kurallarıyla birlikte değerlendirilerek incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise; boşanmanın hukuki sonuçlarından olan nafaka ve velayete uygulanacak hukuk üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın sonuç kısmında da; araştırmamız hakkında çözüm ve görüş önerileri ortaya konmuştur.

Anahtar Sözcükler:

1. Yabancı
2. Boşanma
3. Ayrılık
4. Nafaka
5. Velayet

ABSTRACT

ÖZCAN, Merve. The Conflict of Laws Rules in Divorce and Seperation, Master Thesis, Ankara – 2011.

Today with increasing in international relations, parties bring many divorce and seperation cases before the courts. Thus, in these cases containing a foreign element, it is crucial to analyse applicable law to divorce and seperation and also their secondary results; alimony and custody.

This study aims to analyse how the territorial regulations about divorce and seperation, show the effect of their differences in our domestic law. The first part of the study, I examined the matter of divorce and seperation in the area of substantive law. In the second part of our study; I examined applicable law entirely by discussing the reformings of new International Private and Procedural Law and the conflict of laws rules in various jurisdictions. In the third part of our study; I focused on the applicable law in alimony and custody. By examining the international conventions, I wanted to analyse to which provisions will be applied.

In the final part of the study; I put forth contentions and proposed solutions.

Key Words:

- 1. Foreign**
- 2. Divorce**
- 3. Seperation**
- 4. Alimony**
- 5. Custody**