

YABANCILIK UNSURU İÇEREN BOŞANMA DAVALARINA UYGULANACAK HUKUK

Av. Nurgül Kutlu DOĞAR

GİRİŞ

Günümüzde ülkelerarası hareketliliğin artması, çok vatandaşlık, sahip olduğu vatandaşlıktan başka bir devlette bulunma gibi olgular, yabancılarla evlenmeyi ve bu tür evliliklerin boşanmayla sonlanması gibi hadiseleri de beraberinde getirmektedir.

Bazı devletlerde boşanmak mümkün değilken bazılarında mümkündür. Boşanmanın mümkün olduğu devletlerin bir kısmında ise boşanma için mahkeme kararı gerekirken, İslam hukukunun uygulandığı devletlerde kocanın tek taraflı beyanı yeterli olabilmektedir¹. Bunun gibi tarafların anlaşması ile boşanmanın kabul edildiği devletler de vardır².

Boşanma davasının taraflarının vatandaşlıklarının farklı olması veya aynı vatandaşlıkta olmalarına rağmen mutad meskenlerinin yabancı bir devlette olması, buldukları devletin hukuku ile vatandaşlığına sahip oldukları devletin hukukunun boşanma konusunda farklı düzenlemeler içermesi gibi sebepler boşanma davasına hangi devletin hukukunun uygulanacağı sorusunu akla getirmektedir.

Yukarıda aktarılan örneklerde boşanma davası yabancılık unsuru içermektedir. Yabancılık unsuru, tarafların vatandaşlığından veya buldukları devletten kaynaklanmaktadır. Yabancılık unsuru içeren boşanma davalarına uygulanacak hukuku, her devlet kendi egemenlik yetkisi uyarınca kendisi belirler. Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan boşanma davalarına uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümlerine göre tespit edilir.

Bu çalışmamızda Türk mahkemeleri önüne gelen yabancılık unsuru içeren boşanma davalarına hangi hukukun uygulanacağı çeşitli ihtimaller belirlenerek incelenecektir. Yabancı bir devlette boşanan Türk vatandaşlarının boşanma davaları, buldukları devlet mahkemelerinin hukuk

1 Aysel Çelikel/ Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2016, s. 243.

2 Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2015, s. 256.

sistemlerine göre gerçekleşeceğinden bu tür boşanma kararlarının Türk mahkemeleri önüne gelmesi kararın tanınması ve tenfizi ile ilgili olup çalışmamızın dışındadır.

Çalışmamızda esas olarak MÖHUK (Kanun olarak anılacaktır) hükümleri incelenecektir. Bununla birlikte Anayasa'mıza göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir (ANY. m. 90). Kanun'un birinci maddesinin ikinci fıkrasında da: "Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır" (MÖHUK m. 1/2) denilerek Anayasa'nın hükmü tekrar edilmiştir. Aktarılan nedenle boşanma davalarına uygulanacak hukuk konusunda uluslararası sözleşme varsa öncelikle bu sözleşmenin hükümleri uygulanmalıdır.

Boşanma davasına uygulanacak hukuku belirleyen tek uluslararası sözleşme 1902 tarihli "Boşanma ve Ayrılık Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk'a ilişkin La Haye Sözleşmesi"dir³. Sınırlı sayıda devletin imzaladığı bu sözleşmeye Türkiye taraf olmadığından anılan sözleşme hükümleri çalışmamıza dahil edilmemiştir⁴.

Avrupa Birliği'nde, 1259/2010 sayılı ve 20 Aralık 2010 tarihli "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güclendirilmiş İsbirliğin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü" (Roma III Tüzüğü olarak anılacaktır), yabancı unsurlu boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk konusunda düzenlemeler getirmektedir. Türkiye Avrupa Birliği'ne üye⁵

3 Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması", AÜHFD, C. 61, S. 2, 2012, s. 508 dn. 7; Gülören Tekinalp/ Ayfer Uyanık, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, 2016, s. 173.

4 Tekinalp/Uyanık, s. 173; Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 508 dn. 7.

5 Roma III Tüzüğü'nün, Avrupa Birliği'nde yabancı unsurlu boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk konusunda yeknesak düzenlemeler öngördüğü yönünde bkz. Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 505 vd.; Aslı Bayata Canyaş, "Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi", GÜHFD, C. XIX, 2015, S. 3, s. 10. Tüzüğe katılan devletler, Belçika, Bulgaristan, Almanya, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya, Slovenya olup Litvanya da 2012/714/EU kararı ile 22.05.2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere katılmıştır: (www.ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_information_en.html), Aktaran: Bayata C., s. 10 dn. 39; Bayraktaroğlu Ö., Roma s.521. Tüzüğe katılmayan üye devletlerin katılmama nedenleri farklı olup İngiltere, İrlanda, Kıbrıs ve Hollanda'nın katılmama nedeni bu devletlerde lex fori'nin uygulanmasının kökleşmiş olmasından, İsveç ve Finlandiya'nın boşanmayı temel haklardan görmesinden, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Polonya ve Slovakya'nın ise politik nedenlerden kaynaklanmaktadır, [K. Boele-Woelki, «For Better For Worse: The Europeanization of International Divorce Law», Yearbook of Private International Law, 2010, pp. 1-26, at 11 (Aktaran: Sara De Vido, "The Relevance of Double Nationality to Conflict-of- Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2012, Vol. 4, No. 1, s. 227 dn. 22)]. Tüzük,

olmadığından tüzük hükümleri Türkiye açısından bağlayıcı değildir⁶. Ancak çalışmamızda yeri geldikçe anılan tüzüğün bazı hükümlerine değinilecektir.

1. BOŞANMA DAVALARINDA YABANCILIK UNSURU ve UYGULANACAK HUKUK

1.1. YABANCILIK UNSURU ve UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Yabancılık unsuru, herhangi bir hukukî olay veya ilişkiyi hâkimin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsurdur⁷. Eslerden birinin veya her ikisinin yabancı devlet vatandası olması veya eslerin yabancı ülkede ikamet ediyor olması gibi hususlar, boşanma ve ayrılıktan doğan davalardaki yabancılık unsurudur. Yabancılık unsuru içeren boşanma davalarında uygulanacak hukuk MÖHUK hükümlerine göre tespit edileceğini yukarıda belirtmiştik⁸.

Yabancılık unsuru içeren bir dava karşısında hakim yetkili hukuku re'sen tespit eder ve uygular ve bu konuda gerekirse taraflardan yardım isteyebilir (MÖHUK m. 2/1). Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 2/2).

sadece katılan devletler bakımından doğrudan uygulanacak; Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka'da ise uygulama alanı bulmayacaktır, (Bayata C., s. 10; Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 522).

- 6 Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 508-509. Roma III Tüzüğü'nün 18. maddesine göre Tüzük, 21.6.2012 tarihinden itibaren uygulanmaktadır, (Bayraktaroğlu Ö., Roma s. 506; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, "Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları", GÜ-HFD, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, 2011/1, s. 235). Roma III Tüzüğü'nün getirdiği hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pietro Franzina, "The I Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2011, Vol. 3, No. 2, s. 85- 129; Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 505 vd; Uyanık Ç., s. 235 vd.
- 7 Çelikel/Erdem, s. 10; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2016, s. 7; Cemal Şanlı/Emre Esen/ İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2014, s. 5; Mesut Aygün, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan., C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066 (Basım Yılı: 2015), s. 1029. Yargıtay'ın yabancılık unsurunu tespit edemediği bazı kararları için bkz. Aygün, s. 1038-1045.
- 8 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2002/10808 E. 2002/11772 K. sayılı 15.03.2002 tarihli kararında davacının Alman uyruklu davalı Marlen Buhh ile evli olmasından dolayı olayda yabancılık unsuru bulunduğu, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk ile Türk Mahkemelerinin yetkisininin 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (yeni 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da) düzenlendiği, anılan Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrası (Yeni MÖHUK m. 14/1) gereğince hangi ülke hukukunun uygulanacağını araştırılmadan, tartışılmadan doğrudan doğruya Türk Hukukunun uygulanmasının usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilerek karar kanun yararına bozulmuştur, (RG 05.11.2002, S. 24927).

Yabancı unsurlu bir uyusmazlık karşısında kalan hâkim uyusmazlığa uygulanacak hukuku bulmak için önce kendi milletlerarası özel hukuk kanununda yer alan bağlama kurallarını inceler⁹. Yabancı unsurlu boşanma davalarına ilişkin bağlama kuralları Kanun'un 14. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; Türk mahkemeleri önüne gelen yabancı unsurlu boşanma davalarında hâkim MÖHUK m.14 hükmünde düzenlenen bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bu şekilde tespit edilen hukuk Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir devletin hukuku da olabilir. Tespit edilen hukuk, yabancı bir devletin hukuku ise hakim davaya (Türk kamu düzenine¹⁰ açıkça aykırı olmadığı sürece) yabancı hukukun boşanmaya ilişkin hükümlerini uygulayacaktır. Uyuşmazlığa uygulanacak yetkili yabancı hukukun ilgili hükümlerinin içeriğinin tespiti için hakim Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinden yararlanabilir veya Türkiye'nin yurt dışında bulunan diplomatik temsilcilikleri veya konsolosluk mensupları aracılığıyla yerel makamlardan bu devletin uyusmazlıkla ilgili olarak uygulanacak hukuk kuralları hakkında bilgi talep edilebilir¹¹. Hâkim bu şekilde sonuç alamıyorsa taraflardan yardım isteyebilir (MÖHUK m. 2/1/c.2). Bütün araştırmalara rağmen, yabancı hukukun muhtevası belirlenemediği takdirde, hâkim Türk hukukuna göre uyusmazlığı sonuçlandıracaktır¹².

1.2. YABANCI UNSURLU BOŞANMA DAVALARINA UYGULANACAK HUKUK

Kanunun "Bosanma ve Ayrılık" başlıklı 14. maddesine göre:

"Bosanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eslerin müsterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müsterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

Bosanmış esler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir.

Bosanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.

9 Feriha Bilge Tanrıbilir, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", TBB, S. 87, 2010, s. 201.

10 Yabancı unsurlu boşanma davalarında kamu düzeni etkisi aşağıda incelenecektir.

11 Tanrıbilir, s. 201-202.

12 Tanrıbilir, s. 201-202.

Gecici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanır”.

Madde başlığından anlaşılacağı üzere boşanmaya ilişkin bağlama kuralı ayrılık hakkında da uygulanır. Aşağıda, Kanun’un 14’ncü maddesinin boşanma, ayrılık, nafaka, velayet ve geçici tedbir talepleri hakkında getirdiği düzenlemeler incelenecektir.

1.2.1. BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUK

Yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarına uygulanacak hukuku belirleyen bağlama kuralının yer aldığı Kanun’un 14. maddesinde davaya, eşlerin müşterek milli hukukunun, eşler ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek mutad mesken hukukunun, müşterek mutad mesken bulunmadığı takdirde Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmektedir. Buna göre öncelikle tarafların müşterek milli hukukunun olup olmadığı, yoksa müşterek mutad mesken hukukunun olup olmadığı araştırılacak, bu da yoksa son aşamada Türk hukuku uygulanacaktır. Hükümden anlaşılacağı üzere bağlama noktaları birbirine alternatif olarak değil, kademeli olarak sıralanmıştır. Doktrinde bu düzenleme bicimi “kademeli” veya “basamaklı” bağlama kuralı olarak adlandırılmakta olup bununla, belirtilen bağlama noktalarının bir önceki hukukun bulunmaması halinde sıra ile uygulanacağı ifade edilmektedir¹³.

Türk vatandaşı olmayan kişilerin Türk mahkemesinde boşanma davası açmaları halinde bunların vatandaşlığına sahip oldukları devlet aynı ise Kanun’un 14’ncü maddesine göre davada bu devletin boşanmaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Zira bu durumda, Türk kanunlar ihtilafı kuraları, tarafların müşterek milli hukukunu yetkili kılmaktadır. Yabancı hukukta yer alan boşanma nedenleri Türk hukukundan farklı olsa bile (bu farklılıklar Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı sürece) yabancı hukuk uygulanacaktır¹⁴.

Yabancı unsurlu boşanma davasına uygulanması tespit edilen hukuk; boşanmanın mümkün olup olmadığına, boşanma ve ayrılık sebep ve koşullarına, bu sebep ve koşulların hükümlerine, boşanma ve ayrılık davası açma sürelerine, ayrılık kararının süresine ve hükümlerine, boşanma kararının hüküm ve sonuçlarına, velayete, iştirak ve yoksulluk nafakasına, boşanmadan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerine, boşanmanın eşlerin soyadı üzerindeki etkilerine, kusur, geçimsizlik, çekilmez-

¹³ Çelikel/Erdem, s. 64.

¹⁴ V. Doğan, s. 306. Kamu düzeni engellemesinin ancak kişi özgürlüğünü sınırlaması nedeni ile boşanma yasağı açısından inceleneceği yönünde Çelikel/ Erdem, s. 246.

lik gibi kavramların belirlenmesine yetkilidir¹⁵.

Bosanma ve ayrılık konusunda, “hangi andaki” müsterek bağlama noktalarının esas alınacağına dair acık bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle Kanun’un 3’ncü maddesi hükmündeki genel kural uygulanır. Buna göre: “Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır” (MÖHUK m. 3). Diğer bir anlatımla eşlerin dava tarihindeki müşterek milli hukukları veya müşterek mutad mesken hukukları esas alınacaktır¹⁶.

1.2.2. NAFAKA, VELAYET ve GEÇİCİ TEDBİR TALEPLERİNE UYGULANACAK HUKUK

Boşanmış eşler arasındaki nafaka ve velayete¹⁷ ilişkin hususlar boşanmaya uygulanan hukuka tabidir (MÖHUK m. 14/2-3).

Yukarıda belirtildiği üzere, aynı konuda Türkiye, milletlerarası bir sözleşmeye taraf ise öncelikle bu milletlerarası sözleşmenin uygulanması gerekmektedir¹⁸. Türkiye, nafakaya uygulanacak hukuk konusunda loi uniforme (yeknesak hukuk) teskil eden 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi’ ne¹⁹ taraf olduğundan, MÖHUK hükümleri ancak bu sözleşmenin kapsamına girmeyen yabancı

15 Şanlı/Esen/Ataman F., s. 132; Çelikel/Erdem, s. 246; Tekinalp/Uyanık, s. 168; V. Doğan, s. 306-307; İzzet Doğan, Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara, 2010, s. 53; Ziya Akıncı/ Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, 2010, s. 29; Nomer, s. 259.

16 Şanlı/Esen/Ataman F., s. 131; V. Doğan, s. 307; Çelikel/Erdem, s. 250; Tekinalp/Uyanık, s. 169; Akıncı/Demir G., s. 32; Nomer, s. 255.

17 Bazı hukuk sistemlerinde Türk hukukundan farklı olarak boşanma sonucu çocukların velayeti eşlere müştereken verilebilmektedir. Hollanda mahkemelerinden verilmiş böyle bir kararın tenfizini konu alan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 2004/13947 E., 2004/5854 K. sayılı 27.12.2004 tarihli kararında Yargıtay, “Yabancı boşanma ilamında 9 Aralık 1988 doğumlu E. ve 24 Mart 1995 doğumlu M. isimli müşterek çocukların velayetleri anne babaya birlikte bırakılmıştır. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir (MK m. 336). Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanunu’na aykırıdır” gerekçesiyle kararı kamu düzenine aykırı bulmuştur. Yargıtay’ın bu görüşünün eleştirisi için bkz. Şanlı/Esen/Ataman F., s. 87 ve s. 132 dn. 72. Söz konusu kararla ilgili olarak Türk hukuk sistemine göre velayetin emredici karakterde olmasının, müşterek velayete ilişkin yabancı mahkeme kararına kamu düzeni müdahalesi için yeterli olmadığını; buna karşılık velayetin ana babaya müştereken verilmesinin toplumun temel değerleri ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesinin kabul edilebileceği yönünde bkz. V. Doğan, s. 309-310.

18 Akıncı/Demir G., s. 31.

19 Türkiye Sözleşme’yi 26.01.1982 tarihinde onaylamıştır, (RG 06.02.1983, S. 17951).

unsurlu nafaka taleplerine uygulanacaktır²⁰. Anılan sözleşmeye göre her tür nafaka alacağına “nafaka alacaklısının mutad meskeni” hukuku uygulanır²¹. Ancak bunun istisnalarından biri boşanmada doğan nafakaya uygulanan hukuktur. Sözleşme’nin 8’nci maddesine göre boşanmış eşler arasındaki nafaka yükümlülüklerine boşanmaya uygulanan hukuk uygulanır²². Bu düzenleme Kanun’un getirdiği hüküm ile paralel olduğundan uygulanacak hukuk konusunda bir farklılık olmayacaktır (MÖHUK m. 14/2)²³.

Boşanma ve ayrılık davaları esnasında söz konusu olabilecek her türlü geçici tedbir talebine Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 14/4). Niteliği gereği acele karar verilmesi gereken geçici tedbir taleplerine Türk hukukunun uygulanması isabetli bir düzenlemedir²⁴.

1.2.3. EVLİLİĞİ SONA ERDİREN DİĞER SEBEPLER ve UYGULANACAK HUKUK

Evlilik birliği sadece boşanma ile sona ermez. Ölüm, gaiplik gibi durumlar da evlilik birliğini sona erdiren sebeplerdir. Bu nedenle MÖHUK m. 14 hükmü, kenar başlığı her ne kadar “bosanma ve ayrılık” olsa da, evliliğin;ölüm, gaiplik, ölüm karinesi ile sona ermesine de uygulanmaktadır²⁵.

20 Akıncı/Demir G., s. 80; Çelikel/Erdem, s. 247; Aysin Aktürk, “Milletlerarası Aile Hukukunda Nafaka ve Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İsbirliğine İlişkin 4/2009 No’lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü”, İncelemeler, MHB, C. 31, S. 2, 2011, s. 20.

21 Avrupa Birliği’nde Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İsbirliğine İlişkin 4/2009 No’lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü (Nafaka Tüzüğü)’nün 15. maddesine göre nafaka yükümlülüklerine uygulanacak hukuk 2007 La Haye Protokolü uyarınca belirlenecek olup Protokolün 3. maddesine göre; Protokolde aksine bir hüküm olmadıkça nafaka yükümlülüklerine nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır, fakat buna rağmen nafaka alacaklısının alacağını elde edememesi halinde 4. ve 5. maddelerde belirtilen hukuk uygulanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aktürk, s. 15.

22 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi’nin 8. maddesinde düzenlenen diğer istisnalar ayrılık, evliliğin butlanı ve evliliğin iptalidir. Bu hallerde de boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri boşanmaya uygulanan hukuka tabidir, (Çelikel/Erdem, s. 247; Tekinalp/Uyanık, s. 168 dn. 8). Sözleşmenin 8’nci maddesine göre uygulanan hukuk, yoksulluk nafakası bakımından geçerli olup, boşanma sonucunda hükmedilen iştirak nafakası, nafaka alacaklısının mutad mesken hukukuna tabidir, (Akıncı/Demir G., s. 31).

23 Şanlı/Esen/Ataman F., s. 132 dn. 71; Çelikel/Erdem, s. 247; İ. Doğan, s. 53.

24 Şanlı/Esen/Ataman F., s. 133; V. Doğan, s. 312; Çelikel/Erdem, s. 248; Akıncı/Demir G., s. 41.

25 Tekinalp/Uyanık, s. 168; Şanlı/Esen/Ataman F., s. 134; V. Doğan, s. 307; Çelikel/Erdem, s. 250; Akıncı/Demir G., s. 29; Nomer, s. 255. Ömür boyu hapis cezasının, din değiştirmenin, evliliği sona erdirip erdiremeyeceğinin MÖHUK m. 14’deki kurala tabi olduğu yönünde bkz. Çelikel/Erdem, s. 250.

Gaiplik, evliliği kendiliğinden ortadan kaldırmaz; bunun için gaibin esinin, hâkimden evliliğin feshini istemesi ve hâkimin de buna karar vermesi gerekir (MK m. 131/1). Eşlerden biri ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamamışsa ve ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa sağ kalan eş mahkemeye başvurarak onun gaipliğine karar verilmesini talep edebilir (MK m 32)²⁶. Gaiplik kararı, MÖHUK md.11 uyarınca, kisinin milli hukukuna tâbidir; fakat gaipliğin “evlenmeyi sona erdiren hükmüne” bosanma statüsü uygulanır²⁷.

Evliliğin, evlenme ehliyet ve şartlarına aykırılık nedeniyle hükümsüz kalarak sona ermesine boşanmaya uygulanan hukuk değil, evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanan hukuk yetkilidir²⁸.

1.3. ÇOK VATANDAŞLILIK HALİNDE UYGULANACAK HUKUK

Yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda boşanmada uygulanacak müşterek milli hukukun tespiti, eşlerin tek vatandaşlıklarının olduğu durumda kolaydır. Ancak boşanacak eşlerden birinin veya her ikisinin birden çok vatandaşlığının olması durumunda hangi devletin milli hukukunun esas alınacağına ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir²⁹. Aşağıda vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olup olmaması ayrımla bu husus incelenecektir.

1.3.1. VATANDAŞLIKLARDAN BİRİ TÜRK VATANDAŞLIĞI İSE UYGULANACAK HUKUK

Eslerden birinin veya her ikisinin, birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda; MÖHUK 4/b hükmü uygulanır. Buna göre: “Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandası olmaları halinde Türk hukuku uygulanır”³⁰. Türk hukuku-

26 Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul, 2014, s. 196.

27 Tekinalp/Uyanık, s. 168.

28 Şanlı/Esen/Ataman F., 2014, s. 134; V. Doğan, s. 307; Tekinalp/Uyanık, s. 168; Akıncı/ Demir G., s. 29.

29 Roma III Tüzüğü'nün dibacesinin 22. paragrafı uyarınca, Tüzükte tabiiyet bağlama noktasının kabul edildiği durumlarda, çok vatandaşlık meselesinin çözümü, Avrupa Birliği'nin genel ilkeleri dikkate alınmak kaydıyla ulusal hukuk hükümlerine tâbi olacaktır, (De Vido, s. 228; Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 525, 528). Avrupa Birliği'nde boşanmaya uygulanacak hukuk bakımından, eslerin birden fazla müşterek vatandaşlıklarının bulunması durumunda hangi müşterek devlet vatandaşlığının dikkate alınacağı konusunda ileri sürülen görüşler için bkz. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C. XIX, 2015, S. 1, s.135-136; Franzina, s. 116- 117; De Vido, s. 228-230.

30 Bir görüşe göre MÖHUK m. 14/1 hükmünde yer alan “eşlerin müşterek milli hukuku”

nun uygulanmasının gerekçesi olarak, sahsa sıkı sıkıya bağlı durumlarda kişiyi en iyi koruyacak ve kişi ile en sıkı ilişki içinde olan hukukun Türk hukuku olduğu ifade edilmektedir³¹.

Anılan hükme göre birden çok vatandaşlığı olan eşin vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı ise, diğer vatandaşlığı eşiyile müşterek olsa bile, müşterek milli hukuk olmadığı sonucuna varılarak mutad mesken hukuku uygulanacaktır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2007/4214 E., 2008/1476 K. sayılı 13.02.2008 tarihli kararında; hem Türk hem İtalyan vatandaşı olan kadın ile İtalyan vatandaşı erkek arasında görülen boşanma davasında, kadının sahip olduğu birden fazla vatandaşlıktan biri Türk vatandaşlığı olduğu için kadının Türk vatandaşlığının esas alınacağını ve bu nedenle eşlerin müşterek milli hukukunun bulunmadığı sonucuna oyçokluğuyla varmıştır³². Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin aynı yöndeki 2004/9208 E., K. 2004/11702 K. sayılı 12.10.2004 tarihli kararında da Türk ve Avustralya vatandası koca ile Türk vatandası kadın arasındaki boşanma davasında çifte vatandaşlığa sahip kocanın Türk vatandası olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır³³.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, Kanun'da "müşterek vatandaşlık" bağlama noktasının kabul edildiği durumlarda m. 4 (1)(b) ve m. 4(1)(c) hükümlerinin katı şekilde uygulanması adil olmayan sonuçlar doğurabilir³⁴. Aynı yöndeki diğer bir görüşe göre; aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklar bakımından yer verilen bağlama kurallarının ilk basamağında müşterek millî hukukun uygulanmasının öngörülmesinin gerekçesinin tarafların ortak menfaatine en iyi hizmet eden hukuk olmasından kaynaklandığını belirterek, birden fazla vatandaşlık durumunda, eşlerin

ibaresi eşlerin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olduğu haller bakımından "eşlerin milli hakları müşterek ise bu hukuk" şeklinde anlaşılmalıdır. Bu görüşe göre MÖHUK m. 4 hükmü birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanların varsa Türk vatandaşlığını yoksa en sıkı ilişki halinde bulunan vatandaşlığın milli hukuk olarak uygulanmasını emreder, (Şanlı/Esen/Ataman F., s. 130 dn. 63).

31 Çeliker/Erdem, s. 68.

32 Karşıoy yazısında ise MÖHUK m. 4/b hükmünde yer alan kuralın, aksi öngörülmediği takdirde uygulanacak bir düzenleme olduğu; MÖHUK m. 14/1 hükmüne göre tarafların müşterek milli hukukunun bulunduğunu ve olaya (Türk kamu düzenine açık bir aykırılığın belirlenmediği takdirde) İtalyan hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmiştir, (karar için bkz. Nuray Ekşi, Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, İstanbul, 2014, s.7-9).

33 Bayraktaroğlu Ö., Vatandaşlık, s. 136.

34 Bilgin Tiryakioğlu: "Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law", Ankara Law Review, Summer 2006, Vol. 3, No. 1, s. 14, (Aktaran: Bayraktaroğlu Ö., Vatandaşlık, s. 138).

objektif olarak müsterek millî hukuku olmasına rağmen, somut uyuşmazlıkta MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin katı şekilde uygulanmasının müsterek milli hukukun bulunmadığı sonucunu doğurduğunu, bu nedenle MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) hükümlerinin amacı ile müsterek millî hukukun uygulanmasında tarafların öne çıkan menfaatlerinin birlikte dikkate alınarak, Kanun'un 4'ncü maddesinin kapsamının yeniden değerlendirilerek istisnaların da Kanun'da açık şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁵.

1.3.2. VATANDAŞLIKLARDAN BİRİ TÜRK VATANDAŞLIĞI DEĞİLSE UYGULANACAK HUKUK

Eşlerin, birden çok vatandaşlığı olup bunlardan hiçbirisi Türk vatandaşlığı değilse uygulanacak hukuk MÖHUK m. 4/c hükmüne göre tespit edilir. Buna göre: "Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde buldukları devlet hukuku uygulanır". Daha sıkı ilişki halinde bulunulan hukukun tespiti hakkında açık bir düzenleme olmamakla birlikte kisinin yerleşim yeri, mutad mesken veya işyerinin bulunduğu devlet, hayat ilişkisinin ağırlığının bulunduğu devlet, iktisadi ve mali ilişkilerinin yoğun olduğu devlet ve vatandaşlığın kişiye yüklediği mükellefiyetleri yerine getirdiği devlet, sıkı ilişkinin tespitinde yol gösterici nitelikte unsurlardır³⁶. Hâkim her somut olayda, kisinin hangi ülke ile daha sıkı irtibata sahip olduğunu araştırma ve tespit etme yükümlülüğü altındadır³⁷.

1.4. VATANSIZ VE MÜLTECİ EŞLERİN BOŞANMASINDA UYGULANACAK HUKUK

Vatansızlar hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişilerdir³⁸. Mülteciler ise yerleşmek maksadı tasımadan, gecici olarak oturmak amacı ile bir ülkeye sığınan şahıslardır³⁹. Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde buldukları ülke hukuku uygulanır (MÖHUK m. 4/a).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin Afgan uyruklu olup, Türkiye'de mülteci olarak bulunan tarafların boşanmasıyla ilgili verdiği 2012/13194 E., 2013/1781 K. sayılı 24.1.2013 tarihli kararında: "Mahkemece yapılacak iş; davanın kişi bakımından "yabancı unsur" ihtiva ettiği dikkate alınarak "Türk Milletlerarası Özel Hukuku" hükümlerine göre boşanmada

35 Bayraktaroğlu Ö., Vatandaşlık, s. 138 -139.

36 V. Doğan, s. 174; Çelikel/Erdem, s. 68; Akıncı/Demir G., s. 7.

37 Çelikel/Erdem, s. 68.

38 Çelikel/Erdem, s. 69.

39 Nomer, s. 116.

uygulanacak yetkili hukuku re'sen belirlemek (MÖHUKm.2), aynı Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, Kanunda aksi öngörülmemiş ise, mülteciler hakkında yetkili hukuku 5718 sayılı Yasanın 4. maddesinin (a) bendine göre tespit etmek, bu yolla belirlenen yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde Türk hukukunu uygulamak (MÖHUKm. 5), yetkili hukuk açıklanan şekilde aranıp belirlendikten sonra, tarafların delillerini toplayıp hasıl olacak sonucuna göre karar vermektir ibarettir” denilmektedir⁴⁰.

1.5. TOPAL EVLİLİKLERDE UYGULANACAK HUKUK

Boşanmanın söz konusu olabilmesi için öncelikle geçerli bir evliliğin bulunması gereklidir⁴¹. Eşlerin milli hukukuna göre geçersiz, ancak yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olan evlilikler total evlilikler olarak adlandırılmaktadır⁴². Örneğin; 1981'den önce, İspanyol hukukuna göre, Katolikler ancak kilisede evlenebileceklerinden iki Katolik İspanyol vatandaşının 1981'den önce Türkiye'de evlendirme memuru önünde evlenmiş olmaları halinde, bu kişilerin evliliği müsterek milli hukuklarına göre geçerli sayılmayacaktır⁴³. Bu gibi durumlar eşlerin müşterek milli hukuku olmasına rağmen bu hukuk evliliği geçersiz saydığından, boşanmaya bu hukukun uygulanması hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır⁴⁴. Bu gibi durumlarda MÖHUK m. 14 hükmünün birinci basamağındaki kural atlanarak müşterek mutad mesken hukukunun, yoksa Türk hukukunun uy-

40 www.kazanci.com.tr, (çevrimiçi, 24.4.2016).

41 Şanlı/Esen/Ataman F., s. 131; V. Doğan, s. 305. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2007/6488 E., 2008/3494 K. sayılı 17.3.2008 tarihli kararında, tarafların Almanya'da Alman hukukuna uygun olarak resmi meMUR önünde evlendikleri, bu evliliğin Alman Nüfusunda kayıtlı olduğu ancak; davacı Ahmet'in Alman vatandaşı karısının soyadını alması nedeniyle Türkiye'deki Ahmet'in nüfusuna kaydının yapılmadığı hususlarında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı Ahmet, Alman eşinden Alman Mahkeme kararı ile boşandığını belirterek bu kararın tanınmasını istemiş yerel mahkeme; “Tarafların evliliğinin Türk yasaları çerçevesinde geçerli olmadığından nüfusa kaydedilmediğini, bu nedenle tanıma isteğinde bulunulamayacağı” gerekçesiyle isteği reddetmiştir. Yargıtay, “Davacının Almanya'da Alman vatandaşı ile yaptığı evlilik akdi şekil yönünden 5718 sayılı Kanun'un 13/2'ye uygun olup, 'evlenme akdi' gerçekleşmiştir. Davacının Alman eşinin soyadını alması nedeniyle bu şekilde kaydın Türk nüfusuna yapılmaması (MK m. 187) bu evliliği geçersiz kılmaz ve yok sayılmasını gerektirmez” yönünde karar vermiştir, (karar için bkz. V. Doğan, s. 305 dn. 246).

42 V. Doğan, s. 311.

43 Tekinalp/Uyanık, s. 170.

44 Tekinalp/Uyanık, s. 170; V. Doğan, s. 311. Kendi milli hukuklarına göre boşanamayan ve Türk kamu düzeninin etkisiyle Türk hukukuna göre boşanan eşler, tekrar evlenmek istediklerinde kendi milli hukuklarına göre hala evli sayılacaklarından, evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanan milli hukuk yerine tarafların evlenmelerine olanak tanıyan hukukun uygulanması sonucu da total evliliklerin ortaya çıkacağı yönünde bkz. V. Doğan, s. 311-312.

gulanması gerektiği belirtilmektedir⁴⁵. Diğer taraftan, hakimin öncelikle bir önmele teşkil eden evliliğin geçerli bulunup bulunmadığını MÖHUK m. 13 hükmüne göre tespit etmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁴⁶.

Buraya kadar yabancı unsurlu boşanma davalarında hangi devletin hukukunun uygulanacağı konusunda açıklamalar yapıldı. Aşağıdaki bölümlerde ise yabancı unsurlu boşanma davalarında atıf, Roma III Tüzüğü ile karşılaştırmalı olarak Türk hukukunda eşlerin boşanma davasına uygulanacak hukuku seçme imkanının olup olmadığı ve boşanma davalarında kamu düzeninin etkisi incelenecektir.

2. YABANACI UNSURLU BOŞANMA DAVALARINDA ATIF

Yabancı unsurlu boşanma davalarında uygulanacak hukuk, bağlama kurallarına göre tespit edildikten sonra yetkili kılınan hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir devletin hukukunu yetkili görmesi “*atıf (renvoi)*” olarak adlandırılmaktadır⁴⁷.

Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır (MÖHUK m. 2/3)⁴⁸. Boşanma bir aile hukuku meselesi olduğu için uygulanacak hukukun tayininde atıf kuralının dikkate alınması gerekir⁴⁹.

45 Tekinalp/Uyanık, s. 170; V. Doğan, s. 311.

46 Şanlı/Esen/Ataman F. s. 132; Çelikel/Erdem, s. 249; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2009/19952 E. 2010/2037 K. sayılı 8.2.2010 tarihli kararında Afgan uyruklu olan tarafların evli olup olmadıklarının yetkili makamlardan sorulması gerektiğine karar verilmiştir. (Karar için bkz. Ekşi, s. 10-12). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2012/13194 E., 2013/1781 K. sayılı 24.1.2013 tarihli kararında: “Tarafların Afgan uyruklu oldukları ve Türkiye’de “mülteci” olarak buldukları anlaşılmaktadır. Dosyaya aslı ve Türkçe tercümesi sunulan belgeye göre, İran’da 11.06.2004 tarihinde o ülke kanunlarının öngördüğü şekle uygun olarak evlendikleri sabittir. Evliliğin şekli, yapıldığı ülke hukukuna tabidir (Mülga 2675 s.MÖHUK.md.12/1). Bu evlilik geçerlidir. Bunun geçerli kabul edilmesi için Türk hukukuna uygun olması gerekmez. Boşanma davası için, geçerli bir evliliğin mevcudiyeti yeterli olup, evliliğe ilişkin bir kaydın varlığı zorunlu” olmadığı belirtilmektedir. (www.kazanci.com.tr, çevrimiçi, 24.4.2016).

47 Tanrıbilir, s. 203; Çelikel/Erdem, s. 105 vd.; V. Doğan, s. 190; Tekinalp/Uyanık, s. 22; Şanlı/Esen/Ataman F., s. 52; Nomer, s. 143 vd. Atıf hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Merve Acun Mekengeç, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması”, EÜHFD, C. XVII, S. 3-4, 2013, s. 237-283.

48 Ehliyet, vesayet, kısıtlılık, kayımlık, gaiplik veya ölmüş sayılma, nisanlılık, evlilik, boşanma ve ayrılık, evlilik malları, soybağının kurulması ve hükümleri, evlat edinme ve nafaka gibi kişi ve aile hukukuna giren uyumsuzluklara atıf uygulanacaktır. (Mekengeç, s. 278).

49 Şanlı/Esen/Ataman F., 2014, s. 131. Roma III Tüzüğü'nün 11. maddesi uyarınca, hukuki kesinliğin sağlanması amacıyla uygun olarak atıf reddedilmiş olup uyumsuzluk Tüzük hükümleri uyarınca uygulanacak hukuk olarak tespit edilen devletin hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmaksızın maddî hükümleri uygulanarak çözümlenecektir. (Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 529; Mekengeç, s. 253; Uyanık Ç., s. 238).

Kanunumuz atfın bir kez yapıldıktan sonra durmasını hükme bağlamıştır⁵⁰. Dolayısıyla yetkili kılınan yabancı hukukun Türk hukukuna veya üçüncü bir devletin hukukuna yaptığı atıf, anılan hukuk düzenlerinin maddi hukuk hükümlerine yapılmış sayılır ve uyuşmazlıkta bu hükümler uygulanır⁵¹.

3. YABANCI UNSURLU BOŞANMA DAVALARINDA HUKUK SEÇİMİ

Bazı hukuk düzenlerinde eslere boşanmaya uygulanacak hukuku seçme imkânının tanındığı, bazı hukuk düzenlerinde ise eslerin iradesine etki tanınmadığı görülmektedir⁵².

Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda, yabancı unsurlu boşanma davalarında taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır⁵³. Buna karşılık Avrupa Birliğine üye bazı ülkeler bakımından yürürlükte olan Roma III Tüzüğü eslere sınırlı⁵⁴ da olsa hukuk seçimi imkânı tanımaktadır.

Roma III Tüzüğü, uygulanacak hukukun tayini bakımından subjektif ve objektif bağlama yöntemleri kabul etmiş olup taraflar, aralarındaki boşanma veya ayrılık davasına uygulanacak hukuku, Tüzük'te öngörülen sınırlar içinde seçebilecekleri gibi böyle bir seçimin yapılmaması durumunda uygulanacak hukuk Tüzük'te öngörülen objektif bağlama kuralları uyarınca tespit edilecektir⁵⁵.

Taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa Roma III Tüzüğü'nün 5'nci maddesi; yapmamışlarsa 8. maddesi uygulanır. Tüzüğün 5'nci maddesine göre, taraflar, hukuk seçimi anlasmasının yapıldığı sırada müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu; anlaşma yapıldığı sırada eslerden birinin halen orada yerleşik olması koşuluyla son müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu, anlaşmanın yapıldığı sırada eslerden birinin millî hukukunu ve son olarak da hâkimin hukukunu seçebilirler. Görüldüğü üzere taraflar herhangi bir hukuku değil maddede belirtilen hukuklardan birini seçebilirler. Diğer bir anlatımla tarafların hukuk seçimi imkanı sınırlıdır⁵⁶.

50 Mekengeç, s. 267.

51 Tanrıbilir, s. 206; Mekengeç, s. 238-239.

52 Bayata C., s. 9.

53 Bayraktaroğlu Ö., Vatandaşlık, s. 140.

54 Taraflarla az bağlantısı olan ya da hiç bağlantısı bulunmayan bir hukukun uygulanması yerine evlilik ile irtibatlı olan hukuklardan birinin uygulanması kabul edilmiştir, (Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 517).

55 Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 522.

56 Bayata C., s. 11; Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 522; Uyanık Ç., s. 236. Tüzük hükümleri uyarınca, uygulanacak hukuk olarak tayin edilen hukuk, katılan bir üye devletin hukuku olabileceği gibi, katılmayan bir üye devletin hukuku ve hatta AB üyesi olmayan bir üçüncü devletin hukuku da olabilir, (Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 522; Uyanık Ç., s. 236; Simone Marina, "Matrimonial Matters and the Harmonization of Conflict of Laws:

Roma III Tüzüğü'nün 8'nci maddesine göre, taraflar hukuk secimi yapmamışlarsa bosa ve ayrılığa uygulanacak hukuk, kademeli olarak belirlenmiştir⁵⁷. Buna göre;

a. davanın acıldığı tarihte eslerin müsterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, bulunmaması durumunda,

b. davanın acıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce degistirilmemiş olmak ve eslerden birinin dava acıldığı tarihte hâlen soz konusu devlette yerlesik olması kosuluyla eslerin son müsterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukuku, bulunmaması durumunda,

c. davanın acıldığı sırada eslerin müsterek millî hukuku, onun da bulunmaması durumunda,

d. davanın acıldığı devlet hukuku olacaktır⁵⁸.

Yukarıda belirtildiği gibi Türk MÖHUK hükümlerine göre eşler, boşanmaya uygulanacak hukuku seçemezler. Ancak bir görüşe göre atıf hükümleri uyarınca hukuk seçimine etki tanınması mümkündür. Buna göre MÖHUK m. 2/3 hükmü uyarınca tespit edilen yetkili hukuk taraflara hukuk seçimi imkanı vermişse Türk hakimi seçilen hukuku uygulamalıdır⁵⁹.

Tarafların müsterek millî hukuku varsa, anlaşma yoluyla Türk hukukunun uygulanmasını istemeleri halinde dahi Türk hukukunun uygulanması söz konusu olmaz⁶⁰. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 6392/7628 sayılı kararında yerel mahkemenin kararını, "Taraflar yabancı uyrukludurlar. O halde kural olarak, Türk hukuku uyarınca boşanamazlar. Her ikisinin de Amerika Birleşik Devleti vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Vatandaşı oldukları Amerika Birleşik Devleti Milletlerarası Özel Hukuk kurallarının Türk hukukuna atıf yapması (2675 sayılı K. 2/3) halinde, Türk hukukunun (Lex fori) uygulanması, aksi halde müşterek millî hukuklarının araştırılması ve o çerçevede hüküm kurulması gerekirken Amerika Birleşik Devleti milletlerarası Özel Hukuk kurallarının Türk Hukukuna atıf yapıp yapmadığı belirlenmeden tarafların 'Türk hukuku uygulansın' biçimindeki beyanları ile yetinilerek Türk Hukuku uyarınca boşanmaya karar verilmesi doğru" olmadığı gerekçesiyle kanun yararına bozmuştur⁶¹. Bu olayda olduğu gibi taraflara hukuk seçimi imkanı vermek yargılamanın

A Way to Reduce the Role of Public Policy As A Ground For Non-Recognition of Judgments", Yearbook of Private International Law, (Ed. BONOMI, Andrea/ROMANO, Gian Paolo), C. 13, 2011, s. 262, (Aktaran: Bayata C., s. 11 dn. 42).

57 De Vido, s. 228.

58 Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 527; Uyanık Ç. s. 237; De Vido, s. 228.

59 Bayata C., s. 17 vd.

60 Tekinalp/Uyanık, s. 167.

61 RG 20.09.1995, S. 22410.

hızla bitmesin sağlayacağından usul ekonomisine uygun düşecektir. Bu nedenle Roma III Tüzüğü'ndeki düzenlemeye benzer bir hükmün Kanun'a ilave edilmesinin taraflara bu yönde kolaylık sağlayacağını düşünüyoruz.

4. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN BOŞANMA DAVALARINDA KAMU DÜZENİ ETKİSİ

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk Türk kamu düzenine aykırı ise bu kural uygulanmaz⁶². Kanun'un 5. maddesi hükmünde: "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır" denilmektedir⁶³.

Anayasa'nın temel ilkeleri, örf- adet ve ahlak anlayışı kamu düzenini temsil eden değerlerdir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan yabancı hukuk, kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmaz⁶⁴.

Kamu düzenizamana ve mekâna göre değişken bir yapıya sahip olup, toplumların ahlak ve hukuk anlayışlarında farklılıklar olduğu gibi zaman içinde aynı toplumdaki ahlak ve hukuk anlayışında da farklılıklar olabileceğinden Kanunda kamu düzeninin tanımına⁶⁵ yer verilmemiş ve hangi durumların kamu düzenine aykırı sayılacağı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır⁶⁶.

Kanunda kamu düzenine aykırılığın "açıkça" olması gerektiği belirtilerek kamu düzenine aykırılığın istisnai niteliğine vurgu yapılmıştır⁶⁷. Buna

62 Tanrıbilir, s. 215.

63 Yetkili yabancı hukukun ilgili hükümleri Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise bu hükümler yerine Türk hukukunun mu yoksa yetkili yabancı hukukun diğer hükümlerinin mi uygulanacağı konusunda bkz. Tanrıbilir, s. 216-217.

64 Şanlı/Esen/Ataman F., s. 74; V. Doğan, s. 218; Tekinalp/Uyanık, s. 43. Eşler arasında ayrımcılık yapan, yoksulluk nafakası öngörmeyen, ırk esasına dayalı nedenler koyan, boşanma yasağı getiren yabancı hukukun uygulanmasının taraflardan birinin Türk olması halinde kamu düzenine aykırı olabileceği yönünde bkz. Çelikel/Erdem, s. 249-250.

65 Doktrinde yapılan bir tanıma göre: "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür", (Çelikel/Erdem, s. 139).

66 V. Doğan, s. 218 vd; Tanrıbilir, s. 215; Tekinalp/Uyanık, s. 43. Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesine göre yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarında Tüzük hükümleri çerçevesinde uygulanacak hukuk olarak tespit edilen hukukun bir hükmünün uygulanmasının hâkimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda söz konusu hüküm uygulanmaz, (Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 532-533).

67 Tanrıbilir, s. 216; Nomer, s. 160.

göre uyuşmazlıkta uygulanması tespit edilen yetkili hukukun boşanmaya ilişkin hükümleri Türk hukukundan farklı olsa bile uygulanmalıdır. Bunun tek istisnası, ilgili hükümlerin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmasıdır. Örneğin, islam hukukunda evliliğin sadece koca tarafından tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesi anlamına gelen talak, Türk kamu düzenine aykırıdır⁶⁸. Kamu düzeni aykırılık bu durumda Türkiye'deki boşanmalarının kazai niteliğinden ve kadın- erkek eşitliğinden kaynaklanmaktadır⁶⁹. Zira Türk hukukuna göre eşler ancak mahkeme önünde boşanabilir ve boşanma davasını hem erkek hem kadın açabilir⁷⁰.

Günümüzde Vatikan, Filipinler ve Güney Amerika'nın bir kaç ülkesi gibi bazı devletlerde boşanmak mümkün değildir⁷¹. Yakın zamana kadar Malta⁷², İspanya ve İtalya gibi ülkelerde de boşanma yasağı uygulanıyordu⁷³. Yabancı hukuktaki boşanma yasağının Türk mahkemelerinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Yabancı hukuktaki "bosanma yasağı"nın Türk kamu düzenine aykırı sayılarak Türk mahkemelerinde dikkate alınmayacağı⁷⁴ belirten görüşler olduğu gibi kamu düzeni etkisinin ancak taraflardan birinin Türk olması halinde gündeme geleceğini belirten görüşer de vardır. Bu son görüşe göre, eşlerin müşterek milli hukuku boşanmayı yasaklamışsa, Türk mahkemeleri bu yasağı uygulamak zorundadır, ancak boşanmayı yasaklayan yabancı hukuk uygulanırken, eşlerden biri Türk ise, bu kural bir Türk

68 Tekinalp/Uyanık, s. 171; V. Doğan, s. 310.

69 Yukarıda değindiğimiz bir kısım Avrupa Birliği ülkelerinde uygulanan Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi uyarınca, Tüzüğün 5. ya da 8. maddesi uyarınca uygulanacak olan hukukun, bosanmaya yer vermediği ya da bosanma hakkı konusunda esler arasında cinsiyete dayalı ayırım öngördüğü durumlarda, Tüzüğün 10. maddesi uyarınca hâkimin hukukunun uygulanması hükme bağlanmış ve böylece boşanmanın esler arasında ayırım yapılmaksızın gerçekleştirilebilmesi amaçlanmıştır (Bayata C., s. 11-12; Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 522- 523, 531).

70 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 3019 E. 4886 K. sayılı 26.10.1945 tarihli kararında İrani olan eslerden kocanın, karısını talik ettiğini; fakat karısının konsolosluk defterini imzalamadığını, bu nedenle talâkın tesciline karar verilmesine yönelik talebini kamu düzenine aykırılık gerekcesi ile reddetmiştir, [Osman Fasıl Berki/Hilmi Ergüney, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü No 37, 1963, s. 76, (Aktaran: Tekinalp/Uyanık, s. 171)]. Buna karşılık yabancı ülkede usulüne uygun olarak yapılmış talâkın Türk kamu düzenine aykırılığından söz edilemeyeceği yönünde bkz. Tekinalp/Uyanık, s. 172.

71 Şanlı/Esen/Ataman F., s. 132 dn. 69; Nomer, s. 253.

72 Bu yasak 2011 yılındaki Medeni Kanun değişikliği ile kalkmış olsa da bosanmanın gerçekleşmesi için eselerin dört yıldır ayrı yaşıyor olması ve tekrar bir araya gelme ihtimallerinin olmadığına mahkeme tarafından hükmedilmesi gibi koşullar aranmaktadır, (Bayata C., s. 6 dn. 15; Bayraktaroğlu Ö., Roma, s. 515 dn. 34).

73 İ. Doğan, s. 52; Nomer, s. 253.

74 Tekinalp/Uyanık, s. 173; V. Doğan, s. 310.

vatandaşının özgürlüğünü kısıtlama olarak ele alınır ve kamu düzeni engeli ile karşılaşılır⁷⁵.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 5.3.1962 tarihli kararına konu olan olayda iki İtalyan vatandaşının Türkiye'de yaptıkları boşanma, milli hukuklarına göre boşanma yasağına tabi buldukları için geçersiz kabul edilmiştir⁷⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.1.1969 tarihli kararında ise İtalyan vatandaşı erkek ile Türk vatandaşı kadın arasındaki boşanma davasında, eşlerden biri Türk vatandaşı olduğu için diğer eşin milli hukukunun boşanma yasağı getiren hükmü Türk kamu düzenine aykırı olduğundan dikkate alınamayacağı sonucuna varılmıştır⁷⁷.

Yukarıda belirtildiği üzere Türk hukuk sisteminde eşlerin boşanmaya uygulanacak hukuku seçme imkanı olmamakla birlikte MÖHUK m. 2/3 hükmüne göre uygulanan yabancı hukukun taraflara bu konuda seçim yetkisi vermesi halinde seçilen hukukun Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı incelenmeli ve taraflarca belirlenmiş olan yetkili yabancı hukukun örneğin, zinaya dayalı olarak sadece erkeğe boşanma hakkı tanınması, kadın bakımından ise bu hakkı tanımaması gibi bir durumda seçilen hukuk kadın-erkek eşitliğine aykırı olacağından Türk kamu düzenine aykırı sayılmalıdır⁷⁸.

SONUÇ

Türk mahkemeleri önüne gelen yabancı unsurlu boşanma davalarına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 14 hükmüne göre tespit edilir. Buna göre boşanma davasına uygulanacak hukuk eşlerin müşterek milli hukukudur. Müşterek milli hukuk yoksa müşterek mutad mesken hukuku, bu da yoksa Türk hukuku uygulanacaktır. Kanun'un getirdiği düzenleme sadece boşanma davalarına değil, ayrılık, gaiplik, ölüm karinesi gibi evliliğin diğer sona erme sebeplerine de uygulanır.

Velayet ve nafakaya ilişkin davalar da boşanmaya uygulanan hukuka tabidir. Nafaka talepleri hakkında Türkiye'nin taraf olduğu 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi de nafakaya ilişkin talepler hakkında boşanmaya uygulanan hukukun

75 Çelikel/Erdem, s. 249; İ. Doğan, s. 53; Nomer, s. 260.

76 Osman Fasil Berki/ Hilmi Ergüney, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü No 37, Ankara, 1963, s. 9 vd. (Aktaran: Şanlı/ Esen/ Ataman F., 2014, s. 77). Her iki eşin hukukunun boşanma yasağını kabul etmesi halinde, bu hükmün Türk kamu düzenine aykırı olmayacağı yönünde bkz. Çelikel/Erdem, s. 246.

77 YKD, 1969/5, s. 198 vd, (Aktaran: Şanlı/Esen/Ataman F., s. 77-78); Çelikel/Erdem, s. 246.

78 Bayata C., s. 19.

uygulanacağını düzenlediğinden bu iki düzenleme birbiriyle paraleldir. Buna karşılık niteliği gereği acele karar verilmesi gereken geçici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanacaktır.

Eşlerden birinin veya her ikisinin de birden çok vatandaşlığı varsa hangi vatandaşlığın esas alınacağı Kanun'un 4'ncü maddesine göre tespit edilir. Buna göre vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise Türk vatandaşlığı esas alınır. Vatandaşlıklardan bir Türk vatandaşlığı değilse daha sıkı ilişki içinde bulunan devletin vatandaşlığı esas alınacaktır.

Boşanma davası aile hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık olduğundan atıf hükümleri bir defaya mahsus olmak üzere dikkate alınır. Buna göre uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması halinde yetkili kılınan bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır.

Avrupa Birliği'nde uygulanan Roma III Tüzüğü'nden farklı olarak Türk hukukunda yabancı unsurlu boşanma davalarına uygulanacak hukuku tarafların seçme imkanı yoktur. Bununla birlikte MÖHUK m. 14 hükmüne göre tespit edilen yetkili hukukun, hukuk seçimine imkan vermesi halinde hakimin bu hukuku uygulaması suretiyle hukuk seçimine etki tanınabileceği yönünde görüşler ileri sürülmektedir.

Boşanma davasına uygulanması tespit edilen yabancı hukuk Türk kamu düzenine aykırı ise uygulanmaz. Kanunda kamu düzenine aykırılığın "açıkça" olması gerektiği belirtilerek kamu düzenine aykırılığın istisnai niteliğine vurgu yapılmıştır. Kanunda kamu düzeninin tanımına yer verilmemiş olup hangi durumların kamu düzenine aykırı sayılacağı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır.

KAYNAKÇA

ACUN MEKENGECİ, Merve: "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması", **EÜHFD**, C. XVII, S. 3-4, 2013, s. 237-283.

AKINCI, Ziya/ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, 2010.

AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN Derya: **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, İstanbul, 2014.

AKTÜRK, Aylin: "Milletlerarası Aile Hukukunda Nafaka ve Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine İlişkin 4/2009 No'lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü", *İncelemeler*, **MHB**, C. 31, S. 2, 2011, s. 1-33.

AYGÜN, Mesut: "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", **DEÜHFD**, C.

16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066 (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s.1025- 1066.

BAYATA CANYAŞ,Aslı: "Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi", **GÜHFD**, C. XIX, 2015, S. 3, s. 3-24.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: "Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulaması", **AÜHFD**, C. 61, S. 2, 2012, s. 505- 539. (Anılış: Roma)

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: "Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve Möhuk M. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **GÜHFD**, C. XIX, 2015, S. 1, s. 111- 150.(Anılış: Vatandaşlık)

ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, 2016.

De VIDO, Sara.: "The Relevance of Double Nationality to Conflict-of- Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe", **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 2012, Vol. 4, No. 1, s. 222- 232.

DOĞAN, İzzet: **Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, 2010.

DOĞAN, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara, 2016.

EKŞİ, Nuray: **Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı**, İstanbul, 2014.

FRANZINA, Pietro: "The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010", **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 2011, Vol. 3, No. 2, s. 85-129.

NOMER,Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, 2015.

ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, 2014.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", **TBB**, S. 87, 2010, s. 195-227.

TEKİNALP, Gülören/ UYANIK, Ayfer: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul, 2016.

UYANIKÇAVUSOĞLU, Ayfer: "Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları", **GÜHFD**, **Prof. Dr. AtaSakmar'a Armağan**,2011/1, s. 213- 240.

www.kazanci.com.tr