

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI VE SONA ERMESİ**

**Hazırlayan
Çiçek ÖZGÜR**

**Danışman
Prof. Dr. Vahit DOĞAN**

Doktora Tezi

**Temmuz 2020
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI VE SONA ERMESİ**

(Doktora Tezi)

**Hazırlayan
Çiçek ÖZGÜR**

**Danışman
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
İkinci Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN**

**Bu Çalışma; Erciyes Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi Tarafından
Sdk-2015-6117 Kodlu Proje ile Desteklenmiştir.**

**Temmuz 2020
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Çiçek ÖZGÜR





T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
REKTÖRLÜĞÜ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Tez Başlığı: “MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI VE SONA ERMESİ”

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan toplam sayfalık kısmına ilişkin, ... tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı: % dır.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Giriş dâhil
- 2- Ana Bölümler dâhil
- 3- Sonuç dâhil
- 4- Alıntılar dâhil/hariç
- 5- Kapak hariç
- 6- Önsöz ve Teşekkür hariç
- 7- İçindekiler hariç
- 8- Kaynakça hariç
- 9- Özet hariç
- 10- Yedi (7) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edileceği muhtemel durumlarda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim.

Adı Soyadı : ÇİÇEK ÖZGÜR
Öğrenci No : 4031441200
Anabilim Dalı : ÖZEL HUKUK
Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK
Program Adı : DOKTORA

Birinci Danışman:
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
İkinci Danışman:
Prof. Dr. Murat DOĞAN

Öğrenci
Çiçek ÖZGÜR

YÖNERGEYE UYGUNLUK

“Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Birliğinin Kurulması ve Sona Ermesi” adlı doktora tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan

Çiçek ÖZGÜR

Danışman

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Özel Hukuk ABD Başkanı

Prof. Dr. Murat DOĞAN

KABUL VE ONAY SAYFASI

Prof. Dr. Vahit DOĞAN danışmanlığında **Çiçek ÖZGÜR** tarafından hazırlanan *“Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Birliğinin Kurulması ve Sona Ermesi”* adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü **Özel Hukuk** Anabilim Dalında **doktora tezi** olarak kabul edilmiştir.

06/ 07/ 2020

(Tez savunma sınav tarihi)

JÜRİ:

Danışman: **Prof. Dr. Vahit DOĞAN**

Üye : **Doç. Dr. Musa AYGÜL**

Üye : **Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL**

Üye : **Doç. Dr. Akın ÜNAL**

Üye : **Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN**

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

...../...../.....

Prof. Dr. Kenan GÜLLÜ

Enstitü Müdürü

ÖNSÖZ

“Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Birliğinin Kurulması ve Sona Ermesi”

başlıklı tez çalışmamızda, kişilerin günlük yaşantılarını doğrudan etkileyen ve milletlerarası aile hukukunun en önemli konularından olan evlilik birliğinin kurulması ve sona ermesine ilişkin hususların tek bir çalışmada birlikte incelenmesi amaçlanmıştır. Tez konusunun belirlenmesinden tezin son aşamasına gelene kadar bana yol gösteren, yoğun mesaisine rağmen kıymetli vaktini ayırarak tezimi defalarca okuyan ve akademik çalışma hayatıma başladığım günden beri desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Vahit DOĞAN’a şükranlarımı arz ederim. Aynı şekilde lisans yıllarından itibaren bizi her zaman güler yüzlü karşılayan değerli hocam ve ikinci tez danışmanım Prof. Dr. Murat DOĞAN’a teşekkürlerimi arz ederim.

Tezimi titizlikle okuyan ve yapıcı eleştirileriyle katkı sağlayan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Rifat ERTEN’e, Doç. Dr. Musa AYGÜL’e, Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL’e, Doç. Dr. Akın ÜNAL’a ve Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN’a ne kadar teşekkür etsem azdır. Yapıcı akademik katkıları ve destekleri için Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN hocama ve değerli arkadaşlarım Ar. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY’a ve Ar. Gör. Ömür KARAAĞAÇ’a da ayrıca teşekkürü borç bilirim.

Doktora tezim için gerekli kaynaklara ulaşma imkânı bulduğum ve misafir araştırma görevlisi olarak çalıştığım Ferrara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde danışmanlığımı üstlenen sayın hocam Prof. Dr. Pietro FRANZINA’ya ve her zaman yanımda olan iyilik meleğim sevgili arkadaşım Dr. Ilaria AQUIRONI’ye her şey için sonsuz teşekkürlerimi sunarım. İtalyan cana yakınlığının en güzel örneklerinden olan canım arkadaşlarım Amalia CAVALLO ve Giacomo GIANNOCARO’yu da burada anmak isterim.

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde çalışmaya başladığım 2010 yılından itibaren her zaman yanımda olan ve çalışma hayatımızı güzelleştiren kıymetli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN’e, Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY’a, Dr. Öğr. Üyesi Aslı NANEÇİ ARICI’ya saygı ve sevgilerimi sunarım. Ayrıca değerli çalışma arkadaşlarım Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU’ya, Ar. Gör. Harun BODUR’a, Ar. Gör. Dr. Abdulkadir SAKA’ya, Ar. Gör. Eda DEMİRİSOY AŞIKOĞLU’na, Ar. Gör. Hilâl AKIL ŞENOL’e, Ar. Gör. Dr. Mustafa UYANIK’a, Ar. Gör. Emre KÖROĞLU’na, Ar. Gör. Dr. İsmail Özgün KARAAĞMETOĞLU’na, Ar. Gör. Aydın

Alber YÜCE'ye, Ar. Gör. Zeynep AYAR BİRKİN'e, Ar. Gör. Alperen POLAT'a ve Ar. Gör. Alihan ÇELİK'e desteklerinden ötürü teşekkür ederim.

Son olarak maddî ve manevî desteklerini hiçbir zaman benden esirgemeyen canım aileme; Sayın Menderes CANER ve Ömer KÜCÜ'ye, sevgili arkadaşlarım Psikolog Nuray AYTEKİN, Psikolojik Danışman ve Avukat Şeyma KARPUZ, Av. Ebru ÖLMEZ, Av. Aslı ROUTLEDGE ve Hâkim Fatma KARABABA'ya en derin duygularıyla teşekkür ederim.

Çiçek ÖZGÜR

Kayseri, Temmuz 2020

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI VE SONA ERMESİ

Çiçek ÖZGÜR

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Doktora Tezi, Temmuz 2020
Danışman: Prof. Dr. Vahit DOĞAN

ÖZET

Tezimizde evlilik birliğinin kurulması ve sona ermesine ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarının, Türk hukuku ve mukayeseli hukuk çerçevesinde incelenmesi amaçlanmıştır. Yabancı unsurlu evliliklerin kurulması ve çeşitli sebeplerle sona ermesinin, farklı ülke hukuklarına tâbi olması yüksek ihtimâldir. Bu bağlamda, uygulama açısından da pratik ve faydalı olması gayesiyle, evlilik birliğinin kurulması ve sona ermesine ilişkin hususlar tek bir çalışmada birlikte ele alınmıştır. Birinci bölümde, evlenmenin şekli ve maddî geçerliliği için gerekli şartlar ile bu şartlara aykırılık durumunda uygulanacak müeyyide, hem maddî hukuk hem de milletlerarası özel hukuk açısından detaylı bir şekilde incelenmiştir. İkinci bölümde, evlilik birliğinin boşanma sebebi ile sona ermesi konusuna yer verilmiştir. Öncelikle mukayeseli hukukta boşanmaya ilişkin farklı yaklaşımlar ve Türk hukukunda kabul edilen boşanma sebepleri kısaca incelenmiştir. Sonrasında, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk, mukayeseli hukuk, Avrupa Birliği müktesebatı ve Türk hukuku uyarınca açıklanmıştır. Özellikle, 20 Aralık 2010 tarihli ve 1259/2010 sayılı “*Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü*” (Roma III Tüzüğü) detaylı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Evlilik Birliği, Evlenmenin Şartlarına Uygulanacak Hukuk, Boşanma ve Ayrılık, Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk, Roma III Tüzüğü

ESTABLISHMENT AND DISSOLUTION OF THE MARRIAGE UNION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Çiçek ÖZGÜR

Erciyes University, Social Sciences Institute
Ph. D Program Thesis, July 2020
Supervisor: Prof. Dr. Vahit DOĞAN

ABSTRACT

In this thesis, it is aimed to examine the conflict of law rules regarding the establishment and dissolution of the marriage union within the framework of Turkish law and comparative law. It is highly probable that the establishment of marriages with foreign elements and the dissolution of them because of various reasons are subject to different country laws. In this context, for practical and useful purposes, issues related to the establishment and dissolution of the marriage union were discussed together in a single study. In the first part, the conditions for the formal and substantive validity of the marriage and the sanctions to be applied in case of contradiction with these conditions are examined in detail in terms of both substantive law and private international law. In the second part, the issue of the end of the marriage union due to divorce is given. At the outset, different approaches to divorce in comparative law and the reasons for divorce accepted in Turkish law are briefly examined. Afterward, the law applicable to divorce and legal separation has been explained according to comparative law, the European Union acquis and Turkish law. Especially, “*Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*” (*Rome III Regulation*) has been examined in detail.

Key Words: The Marriage Union, Law Applicable to the Conditions of Marriage, Divorce and Legal Separation, Law Applicable to Divorce and Legal Separation, Rome III Regulation

İÇİNDEKİLER

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI VE SONA ERMESİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ ÖZGÜNLÜK (İNTİHAL) RAPORU	ii
YÖNERGEYE UYGUNLUK	iii
KABUL VE ONAY SAYFASI	iv
ÖNSÖZ	v
ÖZET	vii
ABSTRACT	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR CETVELİ	xvi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI

§1. EVLENME VE EVLİLİK KAVRAMLARI	4
§2. EVLENMENİN ŞEKLİ ŞARTLARI	11
I. ŞEKLE İLİŞKİN HUSUSLARIN TESPİTİ	16
II. EVLENMENİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK	18
A. <i>Lex Loci Celebrationis</i>	19
B. Konsolosluk Evlenmeleri	21
III. MUKAYESELİ HUKUKTA EVLENMENİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK	25
A. Alman Hukuku	25
B. Fransız Hukuku	26
C. Hollanda Hukuku	27
D. İngiliz Hukuku	28
E. Amerikan Hukuku	28
F. Avusturya Hukuku	29
IV. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM	30
A. Türkiye’de Gerçekleşen Evlenmeler	33
1. Evlenme Başvurusu	34
2. Evlendirmeye Yetkili Makamlar	35
2. Başvuru Sırasında İstenen Belgeler	37
a. Evlenme Ehliyet Belgesi	38
b. Önceki Evliliği Sona Ermiş ise Buna İlişkin Belge	42

c. Sağlık Raporu	44
d. Rıza veya İzin Belgesi.....	45
3. Başvurunun İncelenmesi	46
a. Evlenme İzni.....	47
b. Başvurunun Reddi ve Başvurunun Reddine İtiraz	47
4. Evlenmeye İtiraz.....	49
5. Evlenme Töreni	50
6. Evliliğin İspatı ve Tescili	54
B. Yurt Dışında Gerçekleşen Evlenmeler	56
C. Konsolosluklarda Gerçekleşen Evlenmeler.....	61
1. Yabancı Ülkelerdeki Türk Konsolosluklarında Gerçekleşen Evlenmeler	63
2. Türkiye’deki Yabancı Konsolosluklarda Gerçekleşen Evlenmeler	65
§3. EVLENMENİN MADDÎ ŞARTLARI	66
I. EVLENMENİN MADDÎ ŞARTLARINA UYGULANACAK HUKUK.....	67
A. Evlenmenin Yapıldığı Yer Hukuku	69
B. Şahsî Statü	70
1. Millî Hukuk	71
2. Yerleşim Yeri Hukuku	73
II. MUKAYESELİ HUKUKTA EVLENMENİN MADDÎ ŞARTLARINA UYGULANACAK HUKUK	74
A. Alman Hukuku	74
B. Fransız Hukuku.....	76
C. Hollanda Hukuku.....	76
D. İngiliz Hukuku.....	77
E. Avusturya Hukuku	78
III. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM	78
A. BAĞLAMA KURALININ TESPİTİ	78
B. BAĞLAMA KURALININ UYGULAMA ALANI	83
1. Evlenme İradesi.....	83
2. Evlenme Ehliyeti	84
a. Evlenme Yaşı	84
b. Ayırt Etme Gücü	88
c. Yasal Temsilcinin İzni.....	89
3. Evlenme Engelleri	91
a. Mevcut Evlilik.....	92

aa. Çok Eşliliğe İzin Veren Hukuk Düzenleri	93
bb. Sona Ermiş Önceki Evlilik	95
aaa. Önceki Evliliğin Boşanma veya İptal Kararıyla Sona Ermesi	96
bbb. Önceki Evliliğin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Sebebiyle Sona Ermesi	100
cc. Kayıtlı Hayat Ortaklığı Olan Kişilerin Evlenmesi.....	102
b. Yakın Hısımlık	103
c. Bekleme Süreleri	107
d. Akıl Hastalığı	108
e. Bulaşıcı Hastalıklar	109
4. Evlenme Engellerinden Muafiyet.....	112
C. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ	112
D. STATÜ DEĞİŞİKLİKLERİNİN ETKİSİ.....	117
E. TOPAL EVLİLİKLER	118
1. Topal Hukukî İşlem Kavramı	118
2. Topal Evlilikler.....	119
3. Çözüm Önerileri	121
§4. EVLENMENİN ŞARTLARINA AYKIRILIĞA UYGULANACAK MÜEYYİDE	122
I. UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ	125
A. Evlenmenin Farklı Cinsiyetten Kişiler Arasında Yapılmamış Olması ve Cinsiyet Değişikliğinin Mevcut Evlilik Üzerindeki Etkileri	126
B. Evlenmenin Şeklî Şartlarına Aykırılık.....	128
1. Esaslı (<i>Ağır</i>) Şekil İhlâlleri.....	128
2. Tâlî Şekil İhlâlleri.....	130
C. Evlenmenin Maddî Şartlarına Aykırılık	131
1. Evlenme Ehliyetinin Bulunmaması.....	133
a. Yaş Küçüklüğü	133
b. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk	135
c. Yasal Temsilcinin İzninin Bulunmaması	136
2. Evlenme Engellerinin Varlığına Rağmen Akdedilen Evlenmeler	137
a. Akıl Hastalığı Olan Kişilerin Evlenmesi.....	137
b. Yakın Hısımlar Arasındaki Evlilikler	138
c. Evlenme Sırasında Eşlerden Birinin Zaten Evli Olması	140
3. İrade Sakatlığı Hâlleri	141
a. Yanılma	143

b. Aldatma	144
c. Korkutma	145
D. Muvazaalı Evlenmeler	147
II. HÜKÜMSÜZLÜK STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI	150
A. Taraf Sıfatının Belirlenmesi	150
B. Dava Açma Süreleri	152
III. HÜKÜMSÜZLÜK KARARININ SONUÇLARI VE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ	154
A. Hükümsüzlük Kararının Sonuçları	154
B. Hükümsüzlük Kararının Sonuçlarına Uygulanacak Hukukun Tayini	155
IV. EVLİLİĞİN GEÇERSİZLİĞİNİN ÖN SORUN OLARAK GÜNDEME GELMESİ	156
V. HÜKÜMSÜZLÜK DAVASININ BOŞANMA DAVASINDA BEKLETİCİ SORUN YAPILMASI	160

İKİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA SEBEBİYLE SONA ERMESİ

§1. AYRILIK VE BOŞANMA KAVRAMLARI	164
I. AYRILIK KAVRAMI	164
II. BOŞANMA KAVRAMI VE SINIFLANDIRILMASI	168
A. Kavram	168
B. Boşanma Kavramının Sınıflandırılması	168
1. Mahkeme Huzurunda Gerçekleşen Boşanmalar	169
a. Anlaşmalı Boşanmalar	169
b. Çekişmeli Boşanmalar	171
aa. Kusur Prensibi	171
bb. Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması Prensibi	172
cc. Elverişsizlik Prensibi	174
dd. Fiili Ayrılık Prensibi	174
2. İdarî Makamlar Huzurunda Gerçekleşen Boşanmalar	174
3. Özel Boşanmalar	177
a. Tarafların Karşılıklı İradesi ile Gerçekleşen Boşanmalar	177
b. Eşlerden Birinin Tek Taraflı İradesi ile Gerçekleşen Boşanmalar	178
aa. Talâk	178
bb. Get (Ghet)	180
4. Dijital Boşanmalar	181

III. TÜRK MEDENÎ KANUNU UYARINCA BOŞANMA	183
A. Boşanmanın Hukukî Niteliği	183
B. Boşanma Sebepleri	184
1. Özel Boşanma Sebepleri	185
a. Zina.....	185
b. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış	188
c. Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme	189
d. Terk	191
e. Akıl Hastalığı	193
2. Genel Boşanma Sebepleri	194
a. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması.....	195
b. Eşlerin Anlaşması.....	196
c. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık)	198
§2. ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUK	200
I. AVRUPA BİRLİĞİ AİLE HUKUKUNDA YEKNESAKLAŞTIRMA İHTİYACI 201	
II. BRÜKSEL IIBİS TÜZÜĞÜ'NÜN DEĞİŞTİRİLMESİ TEKLİFİ VE GÜÇLENDİRİLMİŞ İŞBİRLİĞİNE GİDEN SÜREÇ	207
A. Brüksel Iibis Tüzüğü	207
B. Brüksel Iibis Tüzüğü'nün Değiştirilmesi Teklifi	209
C. Güçlendirilmiş İşbirliği ve Roma III Tüzüğü'nün Kabulü	210
III. ROMA III TÜZÜĞÜ'NÜN AMAÇLARI	212
A. Hukukî Kesinlik ve Öngörülebilirliğin Sağlanması	212
B. İrade Muhtariyetinin Kabul Edilmesi Suretiyle Hukukî Esnekliğin Sağlanması	213
C. <i>Forum Shopping</i> 'in Önlenmesi.....	215
IV. ROMA III TÜZÜĞÜ'NÜN YÜRÜRLÜKTE OLAN MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERLE İLİŞKİSİ.....	217
V. ROMA III TÜZÜĞÜ'NÜN KAPSAMI	218
A. Yabancılik Unsuru İçeren Uyuşmazlıklar	218
B. Boşanma ve Ayrılık Davaları	220
1. Resmî Boşanmalar.....	220
2. Özel Boşanmalar	221
3. Eşcinsel Evliliklerin Sona Ermesi	226
4. Kayıtlı Birlikteliklerin Sona Ermesi.....	227
C. Kapsam Dışı Bırakılan Hâller.....	227
VI. ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ ...	229

A. Hukuk Seçimi İmkânı	229
1. Seçilebilecek Hukuk Düzenleri	231
a. Müşterek Mutad Mesken Hukuku	232
b. Son Müşterek Mutad Mesken Hukuku	233
c. Millî Hukuk	234
d. Mahkemenin Hukuku	235
2. Hukuk Seçiminin Zamanı	236
3. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Şeklî Geçerliliği	238
4. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Maddî Geçerliliği	239
B. Objektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukukun Tespiti	241
1. Müşterek Mutad Mesken Hukuku	242
2. Son Müşterek Mutad Mesken Hukuku	242
3. Eşlerin Müşterek Millî Hukuku	243
4. Mahkemenin Hukuku	244
C. Ayrılığın Boşanmaya Dönüşmesi Durumunda Uygulanacak Hukuk	245
VII. TAYİN EDİLEN HUKUKUN UYGULANMASI	247
VIII. BÖLGELERARASI VE ŞAHISLARARASI KANUNLAR İHTİLAFI	
SORUNLARININ ÇÖZÜMÜ	248
IX. ROMA III TÜZÜĞÜ'NDEKİ KORUMA MEKANİZMALARI	249
A. Yetkili Yabancı Hukukun Maddî İçeriği Sebebiyle, Mahkemenin Hukukunun Doğrudan Uygulanması	250
1. Yetkili Yabancı Hukukta Boşanmaya İlişkin Hüküm Bulunmaması	250
2. Yetkili Yabancı Hukukta Eşler Arasında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Olması	252
3. Mahkemenin Hukukunun Doğrudan Uygulanmasının Değerlendirilmesi	255
B. Kamu Düzeni Müdahalesi	257
C. Roma III Tüzüğü'nü Uygulamaktan Kaçınma Hakkı	258
§3. MÖHUK UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUK	259
I. BAĞLAMA KURALININ TESPİTİ	260
A. Eşlerin Müşterek Millî Hukuku	261
B. Eşlerin Müşterek Mutad Mesken Hukuku	265
C. Türk Hukuku	267
II. ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR	269
A. Yetkili Yabancı Hukukun Hukuk Seçimine İzin Vermesi	269
B. Topal Evliliklerde Boşanmaya Uygulanacak Hukukun Tayini	271
III. KURAL VE STATÜ DEĞİŞİKLİKLERİNİN ETKİSİ	273
IV. BAĞLAMA KURALININ UYGULAMA ALANI	274

A. Evliliği İleriye Etkili Olarak Sona Erdiren Diğer Hâller	274
B. Boşanma ve Ayrılık Sebepleri	275
C. Boşanmanın Hüküm ve Sonuçları	277
1. Boşanmış Eşler Arasındaki Nafaka Talepleri	278
2. Boşanmada Velayet ve Velayete İlişkin Sorunlar	280
3. Maddî ve Manevî Tazminat Talepleri	282
4. Soyadına (<i>Aile Adına</i>) İlişkin Hususlar	283
5. Bekleme Süreleri	285
V.BAĞLAMA KURALININ UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN HÂLLER	285
A. Boşanmanın Şekline Uygulanacak Hukuk	285
B. Evlenmenin Hükümsüzlüğü.....	288
C. Geçici Tedbir Talepleri.....	288
D. Boşanmanın Mirasçılık Sıfatı ve Ölüme Bağlı Tasarruflar Üzerindeki Etkisi.....	290
E. Mal Rejimleri	291
SONUÇ.....	295
KAYNAKÇA	300
ÖZGEÇMİŞ.....	333

KISALTMALAR CETVELİ

AAÇD	Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	Article
AT	Avrupa Topluluğu
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
b.	bent
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
Bkz.	Bakınız
C	Case
C.	Cilt
c.	cümle
CEFL	Commission on European Family Law (Avrupa Aile Hukuku Komisyonu)
CFI	Court of First Instance
CIEC	La Commission Internationale de l'Etat Civil (Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu)
DCC	Dutch Civil Code (Hollanda Medenî Kanunu)
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	dipnot
E.	Esas
EC	European Commission
edt.	edition
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Alman Medenî Kanununun Yürürlüğü Hakkında Kanun)
EMHN	Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname
ERÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ET.	Erişim Tarihi
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ev. Yön.	Evlendirme Yönetmeliği
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Aile Hukukuna İlişkin Davalar ile Çekişmesiz Yargı İşlerine Dair Uyuşmazlıklarda Yargılamaya İlişkin Kanun)
FCC	French Civil Code (Fransız Medenî Kanunu)
fn.	footnote
GKY	Geçici Koruma Yönetmeliği
GSÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
I.	Issue
ICCS	International Commission on Civil Status (Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu)
IPR-G	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu)
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İNÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
LLC	Lex Loci Celebrationis
LRA	Locus Regit Actum
m.	madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	Number
NHK	Nüfus Hizmetleri Kanunu
NHKUIY	Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
NHUY	Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği
NVİ	Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü
OJ.	Official Journal
p.	page
PIL	Private International Law
pp.	page to page
RG.	Resmî Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ss.	sayfadan sayfaya
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medenî Kanunu
UHK	Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
UK	United Kingdom
Vol.	Volume
Y.	Yıl/Year
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBGK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YUKK	Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

GİRİŞ

Teknolojideki, özellikle ulaşım ve iletişim araçlarındaki gelişmeler sayesinde kolaylaşan milletlerarası ilişkilerin doğal sonucu olarak, aile hukuku ilişkilerinin de farklı ülke vatandaşları arasında ve farklı ülkelerde gerçekleşmesi günbegün artış göstermektedir¹. Yabancılık unsuru taşıyan evliliklerde eşler, ülke sınırlarının yanı sıra; dinî, kültürel ve etnik sınırları da aşmaktadır². Dolayısıyla, yabancı unsurlu evlilikler, farklı kültürlerle ve sosyal yaşama, farklı ahlâkî ve dinî kurallara adapte olmayı gerektirmektedir. Bu sebeple yabancı unsurlu evliliklerde yaşanan sıkıntıların ve boşanma oranlarının, yerel evliliklere göre daha fazla olduğu görülmektedir³. Bu minvâlde, sadece yerel özelliklere sahip aile hukuku uyumsuzluklarında dahi yaşanan sıkıntılar dikkate alındığında, yabancı unsurlu uyumsuzluklar açısından konunun önemi daha iyi anlaşılabilecektir.

Tezimizde evlilik birliğinin kurulması ve sona ermesine ilişkin kanunlar ihtilâfı problemlerinin, Türk hukuku ve mukayeseli hukuk çerçevesinde incelenmesi amaçlanmıştır. Yabancı unsurlu evliliklerin kurulması ve çeşitli sebeplerle sona ermesinin, farklı ülke hukuklarına tâbi olması yüksek ihtimâldir. Bu bağlamda, bu konuların birlikte ve uyum içerisinde incelenmesinin uygulama açısından faydalı olacağı düşünülmektedir. Nitekim evlenmenin şartlarına uygulanacak hukuk kuralları, evlilik birliğinin kuruluşu veya geçerliliğinin tespiti aşamasında olmak üzere iki farklı durumda karşımıza çıkabilir. İlk aşamada, evlenmenin gerçekleştiği ülkede evlendirmeye yetkili kabul edilen makamın, kendi hukukundaki kuralları uygulaması söz konusudur⁴. Evliliğin geçerliliğinin sorgulanması ise yabancı ülkede gerçekleşen evlenmenin, nüfus siciline tescilinde ortaya çıkabileceği gibi; boşanma, nafaka, velayet, mal rejimleri ve miras davalarında yahut sosyal güvenliğe ilişkin hakların talep edilmesi

¹ Küreselleşmenin milletlerarası aile hukukuna etkisi ve insan haklarına ilişkin gelişmelerin aile hukuku üzerindeki yansımaları hakkında bkz. Barbara **Stark**, “When Globalization Hits Home: International Family Law Comes of Age”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, Y. 2006, pp. 1551-1603, (“Globalization”).

² Iris **Sportel**, *Divorce in Transnational Families - Marriage, Migration and Family Law*, Palgrave Macmillan Publishing, Germany 2016, p. 2.

³ Sportel, s. 7-8.

⁴ Lennart **Palsson**, *Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws*, A. W. Sijthoff International Publishing Company B.V., Netherlands 1974, p. 169-170.

veya vatandaşlığın kazanılması gibi çeşitli hukukî meselelerde ön sorun olarak gündeme gelebilir⁵.

Tezin birinci bölümünde, evlilikle ilgili olarak mukayeseli hukukta ve Türk hukukunda yer alan düzenlemeler ele alınacaktır. Birçok hukuk düzeninde evlenmenin şekli şartları ile maddî şartları arasında zorunlu bir ayırım yapılarak, ayrı bağlama kuralları düzenlenmektedir⁶. Türk hukukunda da 5718 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un*⁷ (MÖHUK) 13. maddesinde, evlenmenin maddî ve şekli geçerliliği açısından ayrı bağlama kurallarına yer verilmiştir. Tezimizde de bu klasik ayırma uygun olarak, evlenmenin şekli ve maddî geçerliliği için gerekli şartlar ve uygulanacak hukuk meselesi, mukayeseli hukuk ve Türk hukuku çerçevesinde incelenecektir. Bu bölümde, evlenmenin şartlarına aykırılığa uygulanacak müeyyide ve uygulanacak hukuk meselesi de ele alınacaktır.

Tezin ikinci bölümünde, evlilik birliğinin boşanma sebebi ile sona ermesi incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle, boşanmaya ilişkin sistemler ve mukayeseli hukukta boşanmaya ilişkin farklı yaklaşımlar ele alınacaktır. Türk hukukunda düzenlenen boşanma sebeplerine de kısaca yer verilecektir. Sonrasında uygulanacak hukuk, mukayeseli hukukta yer alan pozitif düzenlemeler, Avrupa Birliği müktesebatı ve Türk hukuku uyarınca açıklanacaktır. Özellikle, 20 Aralık 2010 tarihli ve 1259/2010 sayılı “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü”⁸ (Roma III Tüzüğü) detaylı bir şekilde

⁵ James **Fawcett**, Janeen M. **Carruthers** and Sir Peter **North** (Consultant Editor), *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford University Press, Fourteenth Edition, New York 2008, p. 876; Kurt **Siehr**, “Family Unions In Private International Law”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 50, I. 3 December 2003, pp. 419-435, p. 428, (“*Family Unions*”); John **Swan**, “A New Approach to Marriage and Divorce in the Conflict of Laws”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 24, No. 1 (Winter, 1974), pp. 17-62, p. 18; Peter D. **Maddaugh**, “Validity of Marriage and the Conflict of Laws: A Critique of the Present Anglo-American Position”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 23, No. 2, (Spring, 1973), pp. 117-147, p. 117-118; Lona L. **Laymon**, “Valid-Where-Consummated: The Intersection of Customary Law Marriages and Formal Adjudication”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 10:2, Y. 2001, pp. 353-384, p. 353; Palsson, s. 170.

⁶ C. M. V. **Clarkson** and Jonathan **Hill**, *The Conflict of Laws*, Fourth Edition, Oxford University Press, Fourth Edition, New York 2011, p. 343; Adrian **Briggs**, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series - Oxford University Press, Oxford 2013, Third Edition, p. 329, (“*The Conflict of Laws*”); Lynn D. **Wardle**, “*International Marriage Recognition: A World Dilemma*”, Families Across Frontiers, (Edited by Nigel **Lowe** and Gillian **Douglas**), Martinus Nijhoff Publishers/ Kluwer Law International, The Hague/ Boston/ London 1996, pp. 75-88, p. 82, (“*Marriage*”); Ergin **Nomer**, *Devletler Hususî Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017, 22. Bası, s. 238, (“*Devletler Hususî*”); Aysel **Çelikel** ve B. Bahadır **Erdem**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2017, 15. Bası, s. 223; Swan, s. 19; Maddaugh, s. 118.

⁷ RG. T. 12.12.2007- S. 26728.

⁸ “Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation”, OJ. L 343/10 - 29.12.2010. Tüzük

incelenecektir. Boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralları açıklandıktan sonra, özellik gösteren durumlar ele alınacaktır. Boşanmanın sonuçlarına ilişkin hususlar, her biri tek başına incelemeyi gerektiren kapsamlı konular olması itibarıyla, tezimiz kapsamında yalnızca boşanma statüsünün kapsamının belirlenmesi açısından kısaca incelenecektir. Aynı şekilde, milletlerarası usûl hukuku ile tanıma ve tenfize ilişkin konulara da ayrı bölümler şeklinde yer verilmeksizin, ilgili başlıklar altında sadece konunun gerektirdiği ölçüde ele alınacaktır.

Sonuç kısmında, incelediğimiz konulara ilişkin temel hususların ve değerlendirmelerimizin özetlenmesi suretiyle çalışmamız tamamlanacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI

§1. EVLENME VE EVLİLİK KAVRAMLARI

Evlilik, en eski pozitif hukuk kurumlarından birisi olmakla birlikte, evlenmenin şartları hususunda, ülkeler arasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır⁹. Nitekim evlenme hakkı, temel insan hakları içinde kabul edilmekle birlikte; devletlerin, evlenmenin şeklini, şartlarını ve hukukî sonuçlarını yasal olarak düzenleme yetkisine sahip oldukları konusunda tereddüt yoktur¹⁰. Zira devletler, kendi toplum yapısına uygun farklı evlilik modelleri benimseyebilmektedir. Örneğin, sadece Avrupa Birliği'ne üye ülkelere

⁹ David **Hill**, *Private International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2014, p. 87; David **McClellan** and Verónica **Ruiz Abou-Nigm** (Originally by: The late J.H.C. **Morris**), *The Conflict of Laws*, Ninth Edition, Sweet & Maxwell/ Thomson Reuters, London 2016, p. 265; Hyacinthe **Ringrose**, *Marriage and Divorce Laws of the World*, The Carswell Company, Duncan Street – Toronto 1911, p. 7-15; M. Argun **Köteli**, *Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*, Kazancı Hukuk Yayınları No. 95, İstanbul 1991, s. 17; Wardle, “*Marriage*”, s. 75.

¹⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin 16. maddesi uyarınca, “*Evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, uyrukluk veya din bakımından hiçbir kısıtlamaya tâbi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir*”. Türkiye'nin de 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren taraf olduğu, 16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen *Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin 23. maddesinde de *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin 16. maddesine benzer bir hüküm getirilerek evlenme temel bir hak olarak düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, devletlere, “*eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri*” alma yükümlülüğü getirilmiştir. Benzer şekilde Türkiye'nin de taraf olduğu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 12. maddesinde de evlenme hakkı temel bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, evlenme çağına gelen kadın ve erkek, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen millî kanunlar çerçevesinde, evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir. Bu noktada devletlerin, evlenmenin şeklini, şartlarını ve hukukî sonuçlarını yasal olarak düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisi vardır. Bununla birlikte söz konusu yetkinin, aile kurma ve evlenme haklarının özünü zedelemeyecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Evlenme hakkı konusunda bilgi için bkz. Osman **Doğru** ve Atilla **Nalbant**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 - Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 maddeler), Pozitif Matbaa, Ankara 2013, s. 539-559; Ufuk Ramazan **Çakmak**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı”, SÜHFD, C. 25, S. 2, Y. 2017, ss. 163-184. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Avrupa aile hukuku üzerindeki etkileri hakkında bkz. Dagmar **Coester-Waltjen**, “*The Impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European Family Law*”, *European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law* (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 49-95.

baktığımızda, ortak bir evlilik modelinin kabul edil(e)mediği görülmektedir¹¹. Hâl böyle olunca da ortak kabul gören bir tanıma ulaşmak oldukça zor gözükmemektedir.

Türk hukukunda, Türk Medenî Kanunu'nda¹² evliliğin veya evlenmenin tanımına yer verilmemiştir. Evlendirme Yönetmeliği'nde¹³ ise geleneksel tanım kabul edilmiştir. Buna göre “evlenme”, “*Bir kadın ve bir erkeğin usulüne göre yetki verilmiş bir memur önünde bir aile kurmak amacı ile yapmış oldukları medenî hukuk sözleşmesi*” olarak nitelendirilmiştir (Ev. Yön. m. 2/1-f). Doktrinde evlenmeye veya evliliğe ilişkin benzer özellikleri olan çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Bir tanıma göre evlenme, “*bir erkekle bir kadının, şekli ve şartları hukuken düzenlenen bir akidle, tam bir yaşama ortaklığı yaratmak üzere hayatlarını birleştirmeleridir*”¹⁴. Başka bir tanıma göre evlenme, “*Kadınla erkek arasında, kanunun tanıyıp koruduğu ve kamu vicdanının saygı duyduğu bir hayat ortaklığı kurar*”¹⁵. Evlilik, “*tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere ayrı cinsiyetteki iki kişinin hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmesi olup, sosyal, ahlâkî ve aynı zamanda hukukî bir kurumdur*”¹⁶. Diğer bir tanıma göre evlilik, “*aynı cinsiyette bulunmayan iki kişinin hukuk düzeninin öngördüğü şekilde süreklilik hedefiyle kurdukları hayat ortaklığıdır*”¹⁷. Bu şekilde, benzer tanım örneklerini arttırmak mümkündür. Ancak önemle belirtmemiz gerekir ki, evlilik kavramı; kadın ve erkeğin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kanunun öngördüğü şekilde kurulan birlikteliği ifade etmek üzere kullanılmakta; evlenme kavramı ise bu birlikteliği meydana getiren hukukî işlemi karşılamaktadır¹⁸. Evlenme ile

¹¹ Kurt **Siehr**, “*Family Law (International)*”, Max Planck Encyclopedia of European Private Law- Volume I, (Edited by Jürgen **Basedow**, Klaus J. **Hopt**, Reinhard **Zimmermann** and Andreas **Stier**), Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 681-686, p. 683, (“*Family Law*”). Ayrıca bkz. Caroline **Sörgjerd**, “*Marriage in a European Perspective*”, European Family Law Volume III - Family Law in a European Perspective (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham- Northampton 2016, pp. 3-41.

¹² 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, RG. T. 8.12.2001 - S. 24607.

¹³ RG. T. 07.11.1985 - S. 18921; Bakanlar Kurulu Karar Numarası ve Tarihi: 85/9747 - 10 Temmuz 1985.

¹⁴ Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, *Aile Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 89.

¹⁵ Selâhattin Sulhi **Tekinay**, *Türk Aile Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 67, (“*Aile Hukuku*”).

¹⁶ Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, *Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku*, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s. 45; Bilge **Öztan**, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 119; Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş Karaman**, *Türk Medenî Hukuku – Aile Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 59.

¹⁷ Ömer Uğur **Gençcan**, *Milletlerarası Aile ve Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 223, (“*Milletlerarası*”).

¹⁸ Mehmet **Erdem**, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 47. Lâkin uygulamada ve doktrinde, evlenme ve evlilik kavramlarının sıklıkla karıştırıldığı ve birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. İngilizce’de ise “*marriage*” kelimesi, hem evlenme hem de evlilik kavramlarını karşılamaktadır. Başka bir anlatımla, hem evlenmek isteyen tarafların anlaşması hem de bu anlaşma sonrasında edinilen statü açısından aynı kelime kullanılmaktadır (Gerhard O. W. **Mueller**, “*International Choice of Law to*

birlikte, Kanun'da açıkça ifade edildiği üzere, eşler arasında evlilik birliği kurulmaktadır (TMK m. 185/1). Evlilik birliği, eşlere birtakım haklar sağlayan ve yükümlülükler getiren, tüzel kişiliği bulunmayan kendine özgü bir yapıya sahiptir¹⁹.

Türk Medeni Kanunu'nda, evlenmenin kurucu şartı olarak, kişilerin ayrı cinsiyetten olmalarına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Türk aile hukukunda, evlenecek kişilerin farklı cinsiyetten olmaları, tabîi hukuktan kaynaklanan doğal bir gereklilik olarak görülmektedir²⁰. Diğer yandan, evlenmeye ilişkin çeşitli hükümlerde, “*birbiriyle evlenecek erkek ve kadın*” (TMK m. 134; Ev. Yön. m. 16/1); “*erkek ve kadından her biri*” (TMK m. 136); “*Bir kadın ve bir erkeğin*” (Ev. Yön. m. 2/1-f), “*yurtdışında Türk vatandaşı kadın ve erkek*” (Ev. Yön. m. 11) gibi cinsiyete yönelik ifadeler yer almaktadır. Dolayısıyla evlenmenin farklı cinsten kişiler arasında yapılabileceğini vurgulayan özel bir hükmün gerekli olmadığı belirtilmektedir²¹.

Türk hukukunun aksine birçok ülke hukukunda, evliliğin kadın ve erkek arasında kurulan bir hayat ortaklığı olduğu yönündeki geleneksel görüş; eşcinsel birlikteliklerin artması ve bu tarz birlikteliklere karşı yapılan ayrımcılığın, insan hakları ihlali olduğu yönündeki savunmaların haklı görülmeyle başlanmasıyla birlikte etkisini kaybetmeye başlamıştır²². Bu bağlamda, ilk etapta kayıtlı hayat ortaklığı²³ gibi kurumlar

Determine the Validity of Marriages”, *Howard Law Journal*, Vol. 2, N. 1, January 1956, pp. 21-56, p. 34).

¹⁹ Mustafa **Dural**, Tufan **Öğüz** ve Mustafa Alper **Gümüş**, *Türk Özel Hukuku- Cilt III- Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 47-48; Feyzioğlu, s. 100-102; Öztan, s. 121-125.

²⁰ Hüseyin **Hatemi** ve Burcu **Kalkan Oğuztürk**, *Aile Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 34; Velidedeoğlu, s. 49. Söz konusu şartın, “*Türk kamu düzeninin ve ahlâk anlayışının üzerinde mutlak hâkimiyeti bulunan doğal bir evlenme şartı*” olduğu vurgulanmaktadır (Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 237).

²¹ Ahmet M. **Kılıçoğlu**, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 44, (“*Aile Hukuku*”); Dural/Öğüz/ Gümüş, s. 48-49.

²² Candan **Yasan**, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 8-13.

²³ Tescil edilmiş hayat ortaklığı veya kayıtlı birliktelikler olarak da adlandırılan bu kurum, bazı hususlarda evliliğe benzer olmakla birlikte, evlilikten farklı özellikler de göstermektedir. Kayıtlı hayat ortaklığı, kurulabilmesi için belirli ehliyet şartları aranması ve bazı engellerin bulunmamasının öngörülmesi, birlikte ortak bir hayat yaşamamanın amaçlanması gibi birtakım özellikler yönünden evliliğe benzemektedir. Ancak evlilik töreni yerine sadece resmî sicile tescil şartı aranması, boşanma kurumunun kabul edilmemesi ve özellikle de eşlere tanıdığı haklar noktasında birtakım farklılıklar olması sebebiyle evlilik kurumundan ayrılmaktadır (Bkz. Yasan, s. 24-44). Esas itibarıyla geçmişte katı bir şekilde yasaklanan eşcinsel birlikteliklere çeşitli sebeplerle evlilik şeklinde izin veremeyen hukuk düzenleri tarafından sunulmuş bir alternatif olmakla birlikte, günümüzde birçok ülke hukukunda (*Fransa, Belçika, Hollanda, Lüksemburg ve İspanya gibi*) hem farklı cinsten hem de aynı cinsten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı kurmasına izin verilmektedir. Örneğin Fransız Medenî Kanunu'nda (m. 515-8) hayat ortaklığı, “*kari-koca hayatı sürdüren, aynı cinsiyetten veya farklı cinsiyetten iki kişi arasındaki sürekli ve düzenli bir ortak yaşamla belirlenen fîli birliktelik*” olarak tanımlanmıştır (Yasan, s. 16-17). Türk hukukunda ise evlilik birliği haricinde, bir kadın ve erkeğin dahi birlikte yaşamalarına ve müşterek bir hayat kurmalarına

aracılığıyla eşcinsel birlikteliklere yasal haklar tanınmıştır. Eşcinsel çiftlerin birlikteliğini, kayıtlı hayat ortaklığı şeklinde düzenleyen ilk ülke Danimarka'dır²⁴. Eşcinsel birlikteliklerin tanınması açısından, Danimarka'daki bu düzenleme dönüm noktası olarak nitelendirilmektedir²⁵. Sonrasında birçok ülke hukukunda, kayıtlı hayat ortaklığı veya benzeri düzenlemeler aracılığıyla eşcinsel çiftlerin birlikteliğine yasal statü tanınmış ve en nihayetinde evlenmelerinin önündeki yasal engeller de kaldırılmıştır. Örneğin, İngiltere'de ilk etapta aynı cinsiyetten kişilerin evliliğine izin verilmemekle birlikte, kayıtlı birliktelik kurmalarına izin verilmekteydi (*The Civil Partnership Act 2004*)²⁶. Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinin kurulması ve sona ermesi ile bu birlikteliğin sonuçları, evlilikten farklı şekilde düzenlenmişti. Sonrasında, 2013 yılında eşcinsel evliliklerle ilgili yasa tasarısının Kraliçe II. Elizabeth tarafından onaylanmasıyla birlikte, eşcinsel çiftlerin hem resmî hem de dinî törenle evlenebilecekleri kabul edilmiştir²⁷. Almanya'da da benzer şekilde, ilk aşamada “*Eşcinsel Birlikteliklere Karşı Ayrımcılığın Sona Erdirilmesine Dair Kanun: Hayat Ortaklıkları*”²⁸ düzenlemesi ile eşcinsel çiftlerin hayat ortaklığı kurmasına izin verilmiş ancak evlilik birliğinin bir kadın ve bir erkek tarafından kurulacağı temel prensibi

hukukî bir sonuç bağlanmamıştır. Türk aile hukukunda ilişki tiplerinin sınırlı sayı ilkesi uyarınca düzenlendiği dikkate alındığında, TMK'da veya özel bir kanunda bu yönde bir düzenleme yapılmadığı sürece, kayıtlı hayat ortaklığı kurulması mümkün değildir. Farklı cinsiyetten veya aynı cinsiyetten iki kişinin, yabancı bir ülkede kayıtlı hayat ortaklığı kurması durumunda ise Türkiye'de böyle bir ilişkiyi tescil ettirebilecekleri resmî bir sicil bulunmamaktadır (Yasan, s. 71). Kayıtlı hayat ortaklığı ve diğer birliktelik türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necla **Öztürk**, *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 15-165, (“Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri”); Alain **Devers**, “Evlilik Dışı Beraberliklerin Milletlerarası Özel Hukuk Yönü-Uygulanacak Hukuka İlişkin Fransa'daki Bazı Görüşler”, (Çevirenler: Prof. Dr. Bilgin **Tiryakioğlu** ve Doç. Dr. Necla **Öztürk**), *MHB*, C. 37, S. 2, ss. 963-994; Işıl Selin **Tekdoğan**, *Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014; Işıl Selin **Tekdoğan Bahçivancı**, “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, *TAAD*, Y. 9, S. 33, Ocak 2018, ss. 623-684; Köteli, s. 99-203.

²⁴ Bkz. “*Lov vom registreret partnerskab*”, 7 Haziran 1989; <http://danmarkshistorien.dk/leksikon-og-kilder/vis/materiale/lov-om-registreret-partnerskab-7-juni-1989/> (ET. 20.01.2018).

²⁵ Eşcinsel birlikteliklere saygı gösterilmesi ve haklar tanınması yönündeki bu tarz “olumlu” düzenlemelerin Avrupa Birliği hukukundaki yansımaları hakkında bkz. Mark **Bell**, “Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union”, *European Review of Private Law*, Y. 2004, V. 12, I. 5, pp. 613-632.

²⁶ İngiltere'de eşcinsel birlikteliklere ilişkin yasal düzenleme öncesi yaşanan problemler ve komşu birçok Avrupa ülkesinde eşcinsel birlikteliklere tanınan hakların İngiliz hukukundaki etkileri hakkında bkz. John **Murphy**, “The Recognition of Same-Sex Families in Britain: The Role of Private International Law”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 16, I. 2, August 2002, pp. 181-201.

²⁷ Bkz. Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 - <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted>, (ET. 19.04.2017). İngiliz aile hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nigel V. **Lowe** and Gillian **Douglas**, *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Eleventh Edition, Oxford 2015.

²⁸ “*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*”; (BGBl. I 2001, 266). Bkz. https://dejure.org/BGBl/2001/BGBl_I_S_266, (ET. 21.01.2018).

korunmuştu²⁹. Eşcinsel evliliklere "çocuğun esenliği" açısından sıcak bakmayan Başbakan Angela Merkel'in geri adım atması sonucu³⁰, 30 Haziran 2017 tarihinde, parlamentoda gerçekleşen oylamada kabul edilen ve eşcinsel çiftlerin de evlenmesine olanak sağlayan "Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evlenme Hakkının Sağlanmasına Yönelik Kanun"³¹, 1 Ekim 2017 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun ile hâlihazırda kayıtlı hayat ortağı olan kişiler açısından, her ikisinin de olumlu irade açıklaması ile kayıtlı hayat ortaklıklarının evliliğe dönüşmesine imkân sağlandığı da belirtilmektedir³².

Günümüzde; Hollanda (2001), Belçika (2003), İspanya (2005), Kanada (2005), Güney Afrika (2006), İsveç (2009), Norveç (2009), Portekiz (2010), Arjantin (2010), İzlanda (2010), Danimarka (2012), Brezilya (2013), Fransa (2013), Uruguay (2013), Yeni Zelanda (2013), İngiltere (2014) ve Almanya (2017) gibi birçok ülke hukukunda, aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesi mümkündür³³. Dahası eşcinsel kişilerin evliliğine izin vermeyen veya bu evlilikleri tanımayan yabancı ülke hukukları, ayrımcılık yasağının ihlâl edildiği gerekçesiyle, eşcinsel evliliği kabul eden ülkelerde, kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir³⁴. Eşcinsel evliliği kabul eden ülkelerde, bazı istisnalar hariç olmak üzere; evlenmenin kuruluşu, hüküm ve sonuçları ile sona ermesi bakımından, kural olarak farklı cinsiyetten kişilerin evliliği ile aynı cinsiyetten kişilerin evliliği aynı statüdedir³⁵.

²⁹ Bkz. Hatice Selin **Pürselim Doğan**, "Almanya'da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya'da Bulunan Terekenin Paylaştırılması", *MHB*, C. 31, S. 1, Y. 2011, ss. 243-266.

³⁰ Haber için bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-40454281>, (ET. 21.01.2018).

³¹ "Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts"; (BGBl. I 2017, 2787). Bkz. https://dejure.org/BGBl/2017/BGBl._I_S._2787, (ET. 21.01.2018).

³² Metin **İkizler**, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 100.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Daniele **Gallo**, Luca **Paladini** and Pietro **Pustorino** (Editors), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2014; Katharina **Boele-Woelki** and Angelika **Fuchs** (Editors), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe - National, Cross-Border and European Perspectives*, Intersentia Publishing, Cambridge – Antwerp – Portland 2012. Ayrıca bkz. Kâzım Sedat **Sirmen**, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi", *AÜHFD*, C. 58, S. 4, Y. 2009, ss. 825-879; Esen **Aydın**, "Maddî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Eşcinsel Evliliklerin Değerlendirilmesi", *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Editörler: Günseli **Öztekin Gelgel** ve Faruk Kerem **Giray**), Beta Yayınları, İstanbul 2017, ss. 103-137, ("Eşcinsel Evlilikler").

³⁴ Yasan, s. 90-92, 172. Bkz. Belgian Code on Private International Law (16 July 2004), Article 46. English translation by: Caroline **Clijmans** and Prof. Dr. Paul **Torremans**, <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>, (ET. 17.04.2017). Fransız hukukundaki yaklaşım için bkz. Angelique **Devaux**, "The New French Marriage in an International and Comparative Law Perspective", *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23, No.1 (Winter 2014), pp. 73-106.

³⁵ "Eşcinsel evlilik turizminin" önlenmesi gâyesiyle, evlenmek isteyen çiftlerin evlenmenin yapılacağı ülke ile vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bir bağlantısının aranması önemli bir farklılık

Evliliğe ilişkin farklı yaklaşımlar sebebiyle, bir ülkede geçerli evlilik olarak kabul edilen birliktelik, başka bir ülkede çeşitli sebeplerle aynı kategoride değerlendirilmeyebilir. Bu sebeple, yabancılık unsuru³⁶ taşıyan birliktelikler bakımından, hâkimin veya yetkili makamın önüne gelen bir ilişkinin, evlilik olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesi gündeme gelecektir. Bu şekilde, yabancılık unsuru taşıyan hukukî olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun, o hukukî olay ve ilişkiye, farklı hukukî nitelik tanınmasından kaynaklanan sorunlar, vasıflandırma problemi şeklinde adlandırılmaktadır³⁷. Bu durumda, ilk iş olarak uyuşmazlığa konu olan hukukî olay veya ilişkinin, pozitif hukukta belirli bir şekilde kategorize edilmiş kavramlardan hangisine dâhil olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim hukukî karakteri tespit edilmeden önce, olay veya ilişkiye uygulanacak hukukun belirlenebilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, vasıflandırma, kanunlar ihtilâfi sisteminin her zaman ilk basamağını oluşturmaktadır³⁸.

olarak vurgulanabilir. Diğer yandan özellikle de evlât edinme ve soy bağının kurulması noktasında da farklı düzenlemeler bulunmaktadır (Bkz. Yasan, s. 46-57). Türk Medenî hukuku açısından, eşcinsel birlikteliklerin hukukî statülerinin değerlendirilmesi hakkında bkz. Başak **Baçoğlu**, “*Legal Status of Same-Sex Couples Within the Framework of Turkish Civil Law*”, Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation (Edited by Macarena **Sáez**), Springer Publishing, Dordrecht-Heidelberg- New York- London 2015, pp. 189-208.

³⁶ 5718 sayılı MÖHUK’un 1. maddesinde, “yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun”, bu Kanun’la düzenlendiği ifade edilmekle birlikte, “yabancılık unsuru” kavramı tanımlanmamıştır. Doktrinde, belirli bir olay veya ilişkinin, şahsî hâl, coğrafi alan veya konu itibarıyla hâkimin hukukundan farklı en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile bağlantısı var ise söz konusu ilişkinin yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilmektedir. İlişkinin taraflarının farklı ülke vatandaşı olması, uyuşmazlığa konu olan hukukî işlemin yabancı ülkede yapılması ya da uyuşmazlığa konu teşkil eden şeyin yabancı ülkede bulunması gibi birçok durumda yabancılık unsurunun varlığından bahsedilir. Öz bir ifade ile yabancılık unsuru, hukukî olay veya ilişkinin birden fazla ülke hukuku ile irtibatlı olmasıdır. Bkz. Erdoğan **Göğer**, *Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi)*, AÜHF Yayınları No. 403, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, 4. Bası, s. 1-4, (“*Devletler Hususî*”); Gülören **Tekinalp** ve Ayfer **Uyanık**, *Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 12. Bası, s. 17-18; Cemal **Şanlı**, Emre **Esen** ve İnci **Ataman-Figanmeşe**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, 6. Bası, s. 5; Vahit **Doğan**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, 5. Baskı, s. 6-10, (“*Milletlerarası Özel*”); Rona **Aybay** ve Esra **Dardağan**, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 5-10; Hacı **Can** ve Ali Gümrah **Toker**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, 3. Bası, s. 41-65; Zeynep Derya **Tarman**, *Milletlerarası Özel Hukuk - El Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 39; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 4-8; Çelikel/ Erdem, s. 5-10. Yabancılık unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut **Aygün**, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *DEÜHFD*, C. 16, *Özel Sayı*, Y. 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, ss. 1025-1066, (“*Yabancılık Unsuru*”).

³⁷ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 97; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 49-50; Çelikel/ Erdem, s. 75; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 213-214; Aybay/ Dardağan, s. 148; Can/ Toker, s. 163.

³⁸ Masato **Dogauchi**, “*Four-Step Analysis of Private International Law*”, Recueil Des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005-Tome 315 de la Collection, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2006, pp. 15-138, p. 57; Göğer, “*Devletler Hususî*”, s. 82-83; Çelikel/ Erdem, s. 74-75; Aybay/ Dardağan, s. 147-148.

Vasıflandırmanın hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre yapılması gerektiği, genel kabul görmektedir³⁹. Buna göre, yabancılık unsuru taşıyan olay veya ilişkiye, hâkimin hukuku uyarınca hukukî nitelik tanınacaktır. Bununla birlikte, vasıflandırma ile ilgili kanunî bir düzenleme olmadığı da dikkate alındığında, milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşmesine hizmet edecek şekilde vasıflandırmanın yapılması da mümkündür⁴⁰. Dolayısıyla, tek bir vasıflandırma yöntemine bağlı kalmaktansa, mukayeseli hukuktan da faydalanarak, somut olayın özelliklerine göre mâkul ve âdil sonuçlar tanıyan bir vasıflandırma yapılması, tercihe şayan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹.

Neticede, Türk hukuku açısından, hâkimin önüne gelen ilişkinin, evlilik olarak vasıflandırılıp vasıflandırılmayacağı, prensip itibarıyla Türk hukukundaki yaklaşım çerçevesinde belirlenecektir. Bununla birlikte, milletlerarası özel hukuk açısından, evlilik kavramına atfedilen anlamın, iç hukuktaki evlilik kavramından daha geniş yorumlanabileceği de unutulmamalıdır⁴². Dolayısıyla somut olayın özelliklerine göre, milletlerarası özel hukuk adaletinin bir gereği olarak daha esnek bir yaklaşımın benimsenmesi mümkün olabilir. Ancak eşcinsel birlikteliklerin, Türk hukuku nezdinde evlilik olarak nitelendirilmesi hiçbir şekilde meşru kabul edilemez⁴³. Tezimiz kapsamında da aksi açıkça belirtilmediği sürece, evlilik kavramı ile sadece farklı cinsiyetten kişilerin evlilikleri kastedilmektedir.

³⁹ Ziya Akıncı ve Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 2-3; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 100; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 51; Çelikel/ Erdem, s. 79; Aybay/ Dardağan, s. 151; Can/ Toker, s. 167-168.

⁴⁰ Bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 51; Çelikel/ Erdem, s. 84-88; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 216-217.

⁴¹ Bkz. Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 100-104; Çelikel/ Erdem, s. 84-88; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 216-217.

⁴² Bkz. Aybay/ Dardağan, s. 154.

⁴³ Eşcinsel birlikteliklerin meşru kabul edilmesi ve yasal haklar tanınması, sorunlar zincirinin ilk halkasını oluşturmaktadır. Nitekim sonrasında, bu kişiler doğal olarak mümkün olmamakla birlikte, bir şekilde çocuk sahibi olmak istemekte; bunun için de sperm donasyonu ya da taşıyıcı annelik gibi yöntemlere başvurmaktadır. Bu gibi yöntemlerin doğurduğu hukukî problemler bir yana, bu şekilde dünyaya gelen ve gerçek bir anne-baba figürü olmaksızın yetişen çocukların yaşayacağı problemlerin göz ardı edilmesi de düşünülemez. Örneğin, dünya basınına yansıyan bir olayda, ABD'nin Nebraska Eyaleti'nde 59 yaşındaki bir anne, oğlu ve oğlunun kocası için taşıyıcı anne olarak kendi torununu doğurmuştur. Habere göre, çocuk sahibi olmak isteyen eşcinsel çift Matthew Eledge ve Elliot Dougherty'in, bu isteklerini gerçekleştirebilmeleri için sperm Matthew'den alınmış ve yumurta donörü de Eliot'un kız kardeşi Lea olmuştur (Haber için bkz. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47795932?ocid=socialflow_twitter, ET. 08.07.2020). Kanaatimizce, bu tarz birlikteliklere hiçbir şekilde yasal haklar tanınmaması suretiyle sorunların daha çetrefilli hâle gelmesinin en başından önlenmesi gerekmektedir.

§2. EVLENMENİN ŞEKLİ ŞARTLARI

Evlenme akdi, hem tarafları hem de ait oldukları toplumu doğrudan etkilemesi itibarıyla, borçlar hukuku sözleşmelerinden oldukça farklı, kendine özgü bir yapıya sahiptir⁴⁴. Borçlar hukuku sözleşmelerinde temel prensip olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesinin, evlenme akdinde aynı etkiyi gösterdiğini söylemek mümkün değildir⁴⁵. Aile hukuku ilişkilerinde, sözleşmeler hukukunun aksine “şekle bağlılık” ilkesi geçerlidir⁴⁶. Her devlet, evliliğin istikrarlı ve güvenilir bir kurum olmasını sağlamak üzere, evliliğe ilişkin kuralları detaylı ve emredici bir şekilde düzenlemektedir⁴⁷. Bu bağlamda; evlilik birliğinin kurulması, birliğin devamında eşlerin birbirleriyle ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri ile evlilik birliğinin sona ermesi gibi hususlar, her ülkede ayrıntılı kurallara tâbidir.

Evlenme, ülkeden ülkeye farklılaşan çeşitli şekli şartlara tâbi tutulmaktadır. Söz konusu şekli şartlar sayesinde, evlenme ehliyeti ve evlenme engellerine ilişkin hususların da kontrolü sağlanmaktadır⁴⁸. Evlenmenin şekli geçerliliği açısından dünyanın birçok ülkesinde, evlenme iradesinin resmî evlendirme memuru huzurunda, karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanması aranmaktadır. Çoğu ülkede resmî makam huzurunda evlenme zorunlu tek yol olmakla birlikte, istisnai olarak bazı ülkelerde dinî usûlde evlenme zorunlu görülmekte ve bazı ülkelerde ise eşlere, resmî veya dinî usûlle evlenme noktasında tercih hakkı tanınmaktadır⁴⁹. Bazı ülke

⁴⁴ Fawcett/ Carruthers/ North, s. 876; Feyzioğlu, s. 15.

⁴⁵ Frederik **Swennen**, “*Private Ordering in Family Law: a Global Perspective*”, Contractualisation of Family Law - Global Perspectives (Edited by Frederik **Swennen**), Springer International Publishing, Switzerland 2015, pp. 1-61, p. 8; Feyzioğlu, s. 15.

⁴⁶ Feyzioğlu, s. 15; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 5. Bununla birlikte özellikle son yirmi yılda, modern hukuk düzenlerinde, aile hukukunda da taraf iradesine daha geniş yer verilmesi suretiyle, sözleşmeler hukukuna daha yakın bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği savunulmaktadır. Türk aile hukukunda ise sınırlı sayıda düzenlenen ilişkiler haricinde tarafların iradesi ile yeni hukukî ilişkiler yaratılmasının mümkün olmaması, şekle bağlılığın esas olması, Türk Medenî Kanunu’nda düzenlenen şartların uygulanmamasının, farklı uygulanmasının veya değiştirilmesinin imkânsız olması gibi gerekçelerle; aile hukukunda taraf iradesine daha geniş yer verilmesi suretiyle sözleşmeler hukukuna yaklaştırılması pek mümkün görülmemektedir (Bkz. Kadir Berk **Kapancı**, “*Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey?*”, Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law, (Edited by Rona **Serozan** and Başak **Baçoğlu**), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, ss. 97-111).

⁴⁷ Sharon **Shakargy**, “Marriage by the State or Married to the State? On Choice of Law in Marriage and Divorce”, *Journal of Private International Law*, Vol. 9, N. 3, December 2013, pp. 499-535, p. 509; Bülent **Köprülü** ve Selim **Kaneti**, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, 2. Bası, s. 7; Swennen, s. 23; Feyzioğlu, s. 15; Öztan, s. 18; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 4.

⁴⁸ Kemal **Oğuzman** ve Mustafa **Dural**, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, 2. Baskı, s. 76.

⁴⁹ Kemal **Dal**, *Devletler Hususî Hukuku*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1966, s. 141; McClean/ Ruiz Abou-Nigm, s. 265; Palsson, s. 170-171; Tekinalp/ Uyanık, s. 142; Çelikel/ Erdem, s. 233; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 325; Aybay/ Dardağan, s. 202; Velidedeoğlu, s. 79-80.

hukuklarında ise herhangi bir şekle, törene ya da tescile tâbi olmaksızın sadece tarafların anlaşmasına dayanan beraberlikler, evlilik olarak kabul edilmektedir⁵⁰.

Resmî şekle tâbi evlenmeleri; şartları önceden soyut olarak kanunla veya benzeri yasal metinlerle düzenlenen, yetkili resmî memur huzurunda gerçekleşen evlenmeler şeklinde tanımlamak mümkündür⁵¹. Resmî şekle tâbi evlenmeler, hem şekli hem de maddî şartlar açısından sıkı denetimlerin yapılmasını gerektirdiğinden, hem taraf menfaatlerini hem de toplum menfaatini korumaktadır. Bu bağlamda, güvenilir ve ispatı kolay olması itibarıyla da günümüzde birçok ülkede, zorunlu tek evlenme modeli olarak benimsenmektedir⁵². Örneğin Alman Medenî Kanunu⁵³ uyarınca, evlenme akdinin resmî memur huzurunda ve onun katılımı ile yapılması şarttır (BGB § 1310). Fransa’da da benzer şekilde yalnızca belediye (*Mairie*) huzurunda gerçekleşen resmî evlenme usûlü kabul edilmiştir⁵⁴. İsviçre’de de evlenmek isteyen çiftlerin, evlenme işlemleri için yetkili makam olarak kabul edilen İsviçre Evlenme Dairelerine (*Zivilstandsamt*) başvurmaları zorunludur⁵⁵.

Dinî şekle tabi evlenmeler açısından baktığımızda; ilâhî (*semavi*) dinlerin (*İslâmiyet, Yahudilik ve Hristiyanlık*) evliliğe ve evlenme törenlerine ilişkin farklı yaklaşımları ve kuralları olduğu görülmektedir⁵⁶. Tarihi sürece baktığımızda, birçok ülke hukukunda evlilik, ağırlıklı olarak dinî kuralların etkisinde düzenlenmiştir. Günümüzde etkisi azalmış olmakla birlikte, hâlen dinî kuralların etkisinde kalan hukukî düzenlemeler vardır.

⁵⁰ W. H. **Howery**, “Marriage by Proxy and Other Informal Marriages”, *University of Kansas City Law Review*, Vol. 13, N. 1, Y. 1944-1945, pp. 48-102, p. 49-50; Palsson, s. 171. Hiçbir “resmî makamın” veya “dinî otoritenin” katılımı olmaksızın gerçekleşen evlenmeler, “Rızâî Evlilikler” şeklinde de anılmaktadır (Nuray **Eksi**, *Milletlerarası Özel Hukukta Medenî Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 1; “Medenî Olmayan Evlilikler”).

⁵¹ Doktrinde, bu şekilde resmî memurun katılımı ile yapılan evlenme şekli, “sivil evlenme” olarak da adlandırılmaktadır (Çelikel/ Erdem, s. 233). Kanaatimizce, yabancı dilden birebir çeviri neticesinde medenî kelimesini karşılamak üzere belki sivil kelimesi bu şekilde tercih edilmiş olmakla birlikte, Türkçe’deki kelime anlamı itibarıyla düşündüğümüzde sivil evlenme kavramının kullanılması isabetli değildir.

⁵² Siehr, “*Family Law*”, s. 682; Velidedeoğlu, s. 80; Göger, “*Devletler Hususî*”, s. 180.

⁵³ “*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*”, 1 Jan 1900. İlgili kanun için bkz. <https://dejure.org/gesetze/BGB>; <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>, (ET. 16.01.2018).

⁵⁴ Gerekli belgeler ve izlenmesi gereken prosedür hakkında bkz. <http://paris.bk.mfa.gov.tr/Mission/ShowInfoNote/121658>, (ET. 16.01.2018).

⁵⁵ İstenilen belgeler ve izlenmesi gereken prosedür kantonlara göre değişmekle birlikte genel bilgi için bkz. <http://zurich.bk.mfa.gov.tr/Mission/ShowInfoNote/121631>, (ET. 16.01.2018).

⁵⁶ Doktrinde bir görüş uyarınca, “*Katolik, Musevî ve Şer’i hukuka*” göre gerçekleştirilen evlenmeler, “*Dinî Evlilikler*” şeklinde de anılmaktadır (Eksi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 1). Kanaatimizce, dinî evlilikler ifadesinin kullanılması, böyle bir evlilik türü olduğu intibasını uyandırması sebebiyle isabetli bir tercih değildir.

İslâm hukukunda evlenmeyi ifade etmek üzere, kelime anlamı cinsî münasebet olan “*nikâh*” terimi kullanılmakta ve hukuken bu münasebeti meşru kılan âkit olarak tarif edilmektedir⁵⁷. Evlenme akdinin kurulması için, tarafların evlenmeye yönelik irade beyanlarını sadece iki şahit huzurunda açıklamaları yeterlidir⁵⁸. Bunun haricinde, nikâh akdi esnasında din görevlisinin bulunması, esas itibarıyla zorunlu değildir. “*İmam nikâhı*” kavramının ise uygulamada yaygınlaşarak gelenekselleşen yapının sonucu olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁵⁹.

Osmanlı Devleti’nde, zorunluluk olmamasına rağmen nikâh akdi, çoğunlukla, kadı huzurunda gerçekleştirilmekteydi. Nitekim nikâhın yetkili bir hukukçu tarafından kısılması, nikâhın hem dinî hem de hukukî anlamda geçerli ve sağlıklı kurulması amacına hizmet etmekteydi⁶⁰. Çeşitli sebeplerle kadı huzurunda kısılamayan nikâhlar da imam tarafından gelişigüzel kısılmamakta, tarafların mahkemeden aldıkları izinname (evlenme izni) ile gerçekleştirilmekteydi⁶¹. Bu bağlamda, evlenmenin gerçekleşmesi için din adamlarının veya dinî kurumlarının işleme katılmasının şart olmamasından bahisle; Osmanlı hukukundaki evlenmenin, dinî evlenme şeklinde nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir⁶². Günümüzde ise İslâm hukukunu uyguladığı iddia edilen ülkelerde⁶³, çoğunlukla, hem dinî hem de medenî nikâh usûlünün birlikte kabul edildiği görülmektedir. Örneğin, Irak, Suriye ve Lübnan’da, dinî veya medenî evlenme şekillerden birine uygun olarak evlenmek mümkündür⁶⁴.

⁵⁷ Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1988, s. 39, (“Evlenme”).

⁵⁸ M. Âkif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, Klasik Yayınları, İstanbul 2017, s. 51, (“Osmanlı”); Feyzioğlu, s. 99.

⁵⁹ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 31; Cin, “Evlenme”, s. 313; Feyzioğlu, s. 99; Velidedeoğlu, s. 79.

⁶⁰ Aydın, “Osmanlı”, s. 59-61.

⁶¹ Gayrimüslimler şer’iye mahkemeleri aracılığıyla evlenmek isterlerse, evlenme izinnamesi tercihen imamlara değil mahkeme kâtiplerine verilmekteydi. Kilisede evlenmek istemeleri durumunda ise bulundukları bölgenin piskopos veya metropolitinden aldıkları izin ile kendi kiliselerinde evlenebilirlerdi (Aydın, “Osmanlı”, s. 67-68).

⁶² Velidedeoğlu, s. 48.

⁶³ İslâm hukukunun kısmen kanun hükümleri ve kısmen de kanun boşluğunu dolduran ilkeler hâlinde, bazı Arap ülkelerinde (*Suriye, Ürdün, Suudi Arabistan, Yemen ve Mısır gibi*), bazı Kuzey Afrika ülkelerinde (*Fas, Tunus ve Cezayir gibi*) ve İran ile Pakistan’da uygulama alanı bulduğu ifade edilmektedir (Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, 24. Bası, s. 12).

⁶⁴ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 250. Suriye’deki evlenme usulünü ve evlenmenin şartlarını, Türk hukukuyla karşılaştırmalı bir şekilde inceleyen, “*Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü*” tarafından yayımlanan, “*Suriyeliler ile Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşları Arasındaki Evlilik İlişkileri Araştırması*” başlıklı raporda belirtildiği üzere, Suriye’de aile hukuku ilişkileri, 1975 tarihli ve 34 sayılı Kanun ile kısmen değişikliğe uğramış olan, 1953 tarihli ve **59 sayılı Kişisel Statü Kanunu** uyarınca düzenlenmektedir. Raporda, ilgili Kanun uyarınca, evliliklerin kuruluşu bakımından dinî ve resmî olarak ikiye ayrıldığı; evliliğin geçerli olarak kurulması açısından, Müslümanlar için iki şahit huzurunda veya Hristiyanlar için bir rahip tarafından kısılmış olmasının yeterli olduğu; mahkemede evliliğin tescilinin evliliğin kurulması için zorunlu olmadığı lâkin dinen geçerli bir evlilik ile

Hristiyanlıkta evlenme, eşlerin kilisede papaz huzurunda olumlu iradelerini açıklamaları ve evlilik yemini etmeleri suretiyle gerçekleşmektedir⁶⁵. Günümüzde kilise hukukuna uygun olarak kilisede papaz huzurunda evlenme, Vatikan’da zorunlu evlenme şekli olarak görülmektedir⁶⁶. Hristiyanlığın etkisinde olduğu kabul edilen diğer birçok ülkede ise evlenmek isteyen tarafların, kilise huzurunda evlenme veya resmî makamlar huzurunda evlenme noktasında tercih hakları vardır⁶⁷. Örneğin, İngiltere’de hem medenî (resmî) evlenme töreniyle hem de dinî törenle evlenmek mümkündür⁶⁸. Benzer şekilde, İspanya, Yunanistan ve İtalya’da, eşlerin yetkili idarî makamlar huzurunda veya kilise huzurunda evlenme noktasında seçim şansları vardır. Dahası İtalya’da sadece Katolik değil, aynı zamanda Protestan, Adventist, Metodizm ve Waldensist usûlüne uygun olarak gerçekleşen evlenme törenlerinin de *-kayıt altına alınmak şartıyla-* hukukî etkileri olduğu kabul edilmektedir⁶⁹.

Yahudilikte evlilik, tarafların rızasını gerektiren, belirli şeklî şartları olan, önemli kutsal vecibeleri barındıran bir akit olarak kabul edilmektedir⁷⁰. Evlenme töreni, genellikle sinagogda veya açık havada, bir haham ile cemaatin huzurunda, “*hupa*” ismi verilen bir çardağın (*yeni kurulan yuvanın çatısını sembolize eden örtünün*) altında, çifte yüzüklerinin takılması, “*ketuba (ketouba)*” olarak adlandırılan evlilik senedinin kadına

resmî bir evlilik arasında evliliğin hükümleri açısından farklılıklar bulunduğu ifade edilmektedir. Söz konusu rapor, çalışmamızın devamında, “*Suriyeliler-Rapor*” şeklinde anılacaktır. İlgili rapor için bkz. <https://www.ailevecalisma.gov.tr/yayinlar/raporlar/aile-ve-toplum/>, (ET. 14.07.2018).

⁶⁵ Hristiyanlıkta dinî evlenmenin, kiliselerdeki bir deftere yazılması ve bunun için küçük bir ücret ödenmesi usulüyle başladığı; ilk başta tamamen şeklî olan bu durumun, zamanla kilisenin evlenme işlemlerini benimsemesi neticesinde, evlilik kurumunun kutsal ve dinî bir kurum olduğu inancının köklü bir şekilde yerleştiği ifade edilmektedir (Velidedeoğlu, s. 47).

⁶⁶ Bkz. <https://www.intimateitalianweddings.com/getting-married-in-rome-catholic-marriage/>, (ET. 13.07.2020).

⁶⁷ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 31. Geçmişte Hristiyanlığın yoğun etkisinde olan bazı ülke hukuklarında, kendi ülke vatandaşlarına yönelik katı uygulamalar gözlemlenmiştir. Örneğin Yunanistan hukukunda 1982 yılına kadar Ortodokslar arasındaki evlenmelerin, mutlaka dinî törenle yapılması zorunlu tutulmuştur. Benzer şekilde İspanya’da 1981 yılına kadar, Katolik İspanyolların, hangi ülkede bulundukları fark etmeksizin, mutlaka kilisede ve kilise hukukunun emrettiği şekilde evlenebileceği düzenlenmiş ve diğer ülkelerde medenî nikâhla yapılan evlenmeler geçersiz kabul edilmiştir (Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 7-8; Tekinalp/ Uyanık, s. 144). Buna karşılık günümüzde, İslâmî usulde akdedilen evlenmelerin dahi İspanya’da hukukî etkileri olduğu kabul edilmektedir (Walter Pintens, “*Europeanisation of Family Law*”, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe (Edited by Katharina Boele-Woelki), Family Law Series - Volume 4, Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford- New York 2003, pp. 3-29, p. 9; “*Europeanisation*”).

⁶⁸ Bkz. Marriage Act 1949; “*Part II - Marriage according to Rites of the Church of England*”; “*Part III - Marriage under Superintendent Registrar’s Certificate*”, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/contents>, (ET. 19.01.2018).

⁶⁹ Pintens, “*Europeanisation*”, s. 9; Siehr, “*Family Law*”, s. 682.

⁷⁰ Hakime Reyhan Yaşar, “*İslam ve Yahudi Hukuku Münasebeti: Nikah Örneği*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü - Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı - İslam Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011, s. 15, (“*Nikah*”).

teslim edilmesi ve peşinden “yedi berahanın (kutsamanın)” okunması ile gerçekleşmektedir⁷¹. Evliliğin sona ermesi durumunda mâlî problemleri en aza indirmek gâyesiyle düzenlenen *ketuba*, kocanın karısına karşı maddî yükümlüklerini düzenleyen bir güvence belgesi niteliğindedir. Haham tarafından düzenlenen söz konusu belge, iki şahit huzurunda damat tarafından imzalanmakta ve geline sunulmaktadır⁷². Ketuba, İslâm hukukundaki mehir kavramına benzemekle birlikte; mehirden farklı olarak mutlaka evlenme töreni esnasında düzenlenmesi gerekmektedir⁷³. Diğer yandan nafaka ve tazminatın belirlenmesinde de esas alınması itibarıyla mehirci nazaran daha kapsamlı bir düzenlemedir. Ketuba, Yahudi evlenme töreninin bir parçası olmasına rağmen, mahkemeler tarafından genellikle “evlilik öncesi anlaşma” gibi değerlendirilmektedir⁷⁴. Günümüzde İsrail’de, Yahudi dinine mensup kişiler arasındaki evlilikler, münhasıran Yahudi hukukuna uygun şekilde akdedilmekte ve medenî evlenme usûlü bulunmamaktadır⁷⁵.

Son olarak şekle tâbi olmayan evlenmelere baktığımızda, kişilerin, devam eden birlikteliklerini ve çevrelerinde karı-koca olarak bilindiklerini ispatlamaları yeterli görülmektedir⁷⁶. Bu tarz evlenmenin en bilinen örneği, “*common law evlilik*” olarak adlandırılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde, on dokuzuncu yüzyılın başlarında

⁷¹ Neamat **Ullah**, “Yahudi Hukukunda Boşanma ve Aguna Problemi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü - Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 4 ve s. 9.

⁷² Yaşar, H.R., “*Nikah*”, s. 33.

⁷³ Bu noktada mehir kavramının da kısaca açıklanmasında fayda vardır. Mehir, kadının, evlenme akdi ile kocasından almaya hak kazandığı para veya maldır. Mehir, esasında nikâhın şartlarından biri olarak görülmemekle birlikte; uygulamada genellikle nikâh esnasında mehir de belirlenmektedir. Buna karşılık, nikâh esnasında tespit edilmese ve hatta verilmeyeceği ifade edilse dahi, kadın evlilikle birlikte mehirci hak kazanır. Bu sebeple, mehir, daha ziyade evlenmenin hukukî sonuçlarından biri olarak değerlendirilmektedir (M. Âkif **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, 10. Baskı, s. 283-285, “*Hukuk Tarihi*”; Saliha **Okur Gümrükçüoğlu**, “İslâm Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme”, *GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 4, ss. 223-256*, s. 229; Ayten **Vahapoğlu Erol**, *Karşılaştırmalı İslâm Milletlerarası Özel Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 201-204; Halil İbrahim **Acar**, *İslâm Aile Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2017, s. 149; Şükrü **Şirin**, *İslâm Aile Hukukunda Mehir*, Sakarya Üniversitesi - Sosyal Bilimler Enstitüsü - Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 1997, s. 15-16). Mehir kavramının vasıflandırılması hakkında bkz. Hatice Selin **Pürselim Arning**, “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması”, *MHB, Y. 33, S. 2, 2013, ss. 137-151*.

⁷⁴ Brian **H. Bix**, “*The ALI Principles and Agreements: Seeking a Balance between Status and Contract*”, *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution* (Edited by Robin **Fretwell Wilson**), Cambridge University Press, New York 2012, pp. 372-391, p. 378.

⁷⁵ Daniel A. **Crane**, “A Judeo-Christian Argument for Privatizing Marriage”, *Cardozo Law Review*, Vol. 27:3, Y. 2006, pp. 1221-1259, p. 1245.

⁷⁶ D. Marianne **Blair**, Merle **H. Weiner**, Barbara **Stark** and Solangel **Maldonado**, *Family Law in the World Community – Cases, Materials, and Problems in Comparative and International Family Law*, Carolina Academic Press, Durham- North Carolina 2009, p. 99-100; Fawcett/ Carruthers/ North, s. 887.

eyaletlerin büyük çoğunluğu *common law* evliliği kabul etmesine rağmen⁷⁷, günümüzde sadece on eyalette⁷⁸ geleneksel bir evlenme modeli olarak, *common law* evliliklere de izin verilmektedir⁷⁹. Herhangi bir törene ya da tescil işlemine gerek duyulmamasına rağmen, bu evlenmeler, kabul eden devletlerce yasal evlilik niteliğindedir. Dolayısıyla Türkçeye fiili evlenme ya da birlikte yaşama şeklinde çevrilmesi doğru değildir⁸⁰.

I. ŞEKLE İLİŞKİN HUSUSLARIN TESPİTİ

Evlenmenin şekline uygulanacak hukukun tespitinden önce, hangi hususların şekle ilişkin olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim ülkeler arasındaki düzenleme farklılıkları sebebiyle, hangi hususların şekle hangi hususların esasa ilişkin olduğu konusunda vasıf ihtilâfı doğabilecektir. Bu noktada hangi şartların evlenmenin şekli şartlarından olduğu, genel kabul gören *lex fori* vasıflandırma uyarınca belirlenecektir⁸¹. Bununla birlikte, vasıflandırma ile ilgili kanunî düzenleme olmadığı da dikkate alındığında, somut olayın özelliklerine göre, milletlerarası özel hukuk adaletine hizmet edecek nitelikte bir vasıflandırma yapılmasının daha yerinde bir yaklaşım olacağı da unutulmamalıdır.

⁷⁷ Bkz. Howery, s. 64-100.

⁷⁸ Alabama, Colorado, Iowa, Kansas, Montana, Oklahoma, Rhode Adası, Güney Karolina, Teksas ve Utah.

⁷⁹ Blair/ H. Weiner/ Stark/ Maldonado, s. 99. Tarihi süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rebecca Probert, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation (From Fornicators to Family, 1600–2010)*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, pp. 184-221. Kenya’da da benzer şekilde, tarafların karşılıklı rızasına dayanan ve herhangi bir şekle tâbi olmayan geleneksel evlenme modeli kabul edilmekle birlikte; eşlerin hangi etnik grubun kuralları uyarınca evlendiklerini gösteren, evliliklerini ve evlilik tarihlerini ispata yarayan bir yeminli beyan (*affidavit*) düzenlenerek, resmî işlemlerde kolaylık sağlanmaktadır. Söz konusu beyan, geçerli bir evliliğin varlığına dair adi karine fonksiyonu göstermektedir (Blair/ H. Weiner/ Stark/ Maldonado, s. 102-103).

⁸⁰ Gizem Ersen, *Yabancıların Evlenme Hakkı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 54. Buna karşılık, doktrinde bir başka görüş uyarınca, *common law* evliliklerde, kişilerin aile kurma amacı olmakla birlikte, evlenme iradesinin belirleyici rol oynamaması sebebiyle, bu birlikteliklerin evlilik olarak nitelendirilmemesi gerektiği savunulmaktadır. *Common law* evliliklerin, yine aile hukuku içinde lâkin evlilikten bağımsız yeni bir statü şeklinde değerlendirilmesini daha mâkul olduğu belirtilmektedir (Öztürk, N., “*Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*”, s. 197-198).

⁸¹ Aysel Çelikel, “*Aile Hukukuna İlişkin Bağlama Kuralları ve Uygulama Örnekleri ile Öntasarı*”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı - Medenî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, 18-20 Kasım 2005, (Yayına Hazırlayanlar: Doç. Dr. Şükran Şipka, Arş. Gör. Ebru Şensöz, Arş. Gör. Ayşe Nilay Şenol ve Arş. Gör. Arif Barış Özbilen), İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, ss. 61-73, s. 64, (“*Aile Hukuku*”); Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 240; Tekinalp/ Uyanık, s. 148; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 329; Çelikel/ Erdem, s. 225; Aybay/ Dardağan, s. 201.

Genel bir yaklaşımla, evlenme öncesi yapılması gereken işlemlerin, başvuruda istenen belgelerin, sağlık kontrollerinin ve başvuru usûlünün şekle ilişkin olduğu noktasında şüphe yoktur. Evlenme töreninin dinî ya da resmî nitelikte olması, evlendirme memurunun veya din görevlisinin tören esnasındaki görevleri, törenin yeri ve zamanı, evlenme öncesi ilân gerekli ise ilâna ilişkin hususlar, aleniyet, şahitlerin gerekip gerekmediği, gerekli ise kimlerin şahit olabileceği, evlenmeye ilişkin kaydın nasıl tutulması gerektiğine ilişkin hususlar ile evlenme akdinden sonra verilecek belgeler şekle ilişkin örnekler kapsamında sayılabilir⁸².

Şekle mi esasa mı ilişkin olduğu noktasında, en çok tartışılan konulardan biri evlenmenin temsilci aracılığıyla akdedilmesidir. Hazır olmayan taraf yerine, temsilcisinin evlenme iradesini beyan etmesi hâlinde, temsilci aracılığıyla evlenme söz konusu olur⁸³. Tarihi süreçte, İngiltere, Fransa, Almaya ve Meksika gibi birçok ülkede özellikle de uzun süren dünya savaşlarının da etkisiyle temsilci aracılığıyla evlenmenin geçerli kabul edildiği görülmüştür⁸⁴. Günümüzde ise daha ziyade İslâm hukukunu uyguladığı iddia edilen bazı ülkelerde, temsilci aracılığıyla evlenme kabul edilmektedir⁸⁵. İslâm hukuku uyarınca, evlenme iradesi, evlenmek isteyen kişiler tarafından bizzat beyan edilebileceği gibi, temsilcileri aracılığıyla da beyan edilebilir. Dahası İran ve Mısır gibi bazı ülkelerde, temsilcinin yetkisi, sadece evlenme iradesini beyan etmekten ibaret olmayıp, evlenilecek kişinin seçimini de içerecek kadar kapsamlıdır⁸⁶.

Temsilci aracılığıyla yapılan evlenmeler açısından, evlenme iradesinin temsilci aracılığıyla açıklanmasının şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğunun belirlenmesi

⁸² Edward J. Sykes, "The Formal Validity of Marriage", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 2, No. 1, (Jan., 1953), pp.78-88; Fawcett/ Carruthers/ North, s. 882; Briggs, "The Conflict of Laws", s. 331; Hill, s. 88; McClean/ Ruiz Abou-Nigm, s. 268; Nomer, "Devletler Hususî", s. 248; Tekinalp/ Uyanık, s. 148; Aybay/ Dardağan, s. 201.

⁸³ Barbara Stark, *International Family Law – An Introduction*, Ashgate Publishing Limited, England 2014, s. 15, ("Family Law"); Ekşi, "Medenî Olmayan Evlilikler", s. 16.

⁸⁴ Howery, s. 50-55.

⁸⁵ Ekşi, "Medenî Olmayan Evlilikler", s. 16. İstisnai olmakla birlikte, modern hukuk düzenlerinde de temsilci aracılığıyla evlenmeye rastlamak mümkündür. Örneğin, Hollanda Medenî Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca, zorlayıcı sebeplerin varlığı hâlinde, Adalet Bakanlığı tarafından, evlenmenin temsilci aracılığıyla yapılmasına izin verilebilir. Ancak temsilcilerin, geçerli resmî belge ile birinin veya her ikisinin iradesini beyan etmek üzere özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde de (*Montana, Kaliforniya, Teksas, Kolorado gibi*) belirli şartların gerçekleşmesi durumunda veya sadece bazı kişiler açısından geçerli olmak üzere temsilci aracılığıyla evlenme imkânı tanınmıştır. Bkz. <https://www.thespruce.com/where-you-can-have-a-proxy-marriage-2300679>, (ET. 21.01.2018).

⁸⁶ Nomer, "Devletler Hususî", s. 248, dn. 67.

gerekmektedir⁸⁷. Doktrinde, Türk Medenî Kanunu'nun 142. maddesi uyarınca, evlenmenin, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda kurulduğundan bahisle, temsilci aracılığıyla evlenmenin, esasa ilişkin bir sorun olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁸. Ancak katıldığımız karşıt görüş uyarınca, temsilcinin yetkilerinin değerlendirilmesi neticesinde, şekle mi esasa mı ilişkin olduğuna karar vermek daha doğru bir yaklaşım olacaktır⁸⁹. Şöyle ki temsilcinin görevi sadece evlenme iradesi olan kişinin, bu iradesini onun isteği yönünde ifade etmekten ibaret ise bu durum şekle ilişkin kabul edilmelidir⁹⁰. Buna karşılık, temsilciye verilen yetki, evlenilecek kişiyi seçmeyi de kapsayacak genişlikte ise bu tarz temsil, evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuka tâbidir⁹¹.

Neticede, hangi hususların şekle hangi hususların maddî şartlara ilişkin olduğuna dair tam bir liste verilmesi veya bu hususların sınırlı bir şekilde sayılması mümkün değildir. Somut olarak yapılacak bir değerlendirme neticesinde, ilgili şartın niteliğinin tespiti gerekmektedir.

II. EVLENMENİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

Hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, alternatif bağlama kuralından hareket edilmektedir. İşlemin esası hakkında yetkili olan hukuka (*lex causae*) veya işlemin yapıldığı yer hukukuna (*locus regit actum- LRA*) göre şekli geçerlilik şartları belirlenmektedir⁹². Ancak evlenmenin şekline uygulanacak hukuk

⁸⁷ Çelikel, “*Aile Hukuku*”, s. 65; Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 17; Çelikel/ Erdem, s. 234. Alman hukuku açısından temsilci aracılığıyla evlenmenin vasıflandırılması hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Albrecht **Dieckmann**, (Çev. Ejder **Yılmaz** ve Necip **Ortan**), “Bir Alman Yurttaşının Temsilci Aracılığıyla (Elden) Evlenmesinin Devletler Özel Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar” *AÜHFD*, C. 35, S. 1, Ocak 1978, ss. 457-484.

⁸⁸ Çelikel, “*Aile Hukuku*”, s. 65; Çelikel/ Erdem, s. 234. Öyle ki bir Türk vatandaşının, yabancı ülkede temsilci aracılığıyla gerçekleştirdiği evlenmenin, boşanma davasına konu olamayacağı, açılacak tek davanın, evlenmenin gerçekleşmediğinin tespitine dair dava olabileceği ifade edilmektedir (Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 30).

⁸⁹ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 251; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 330.

⁹⁰ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 330. İngiliz Temyiz Mahkemesi, temsilci aracılığıyla yapılan evlenmenin, İngiliz kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle kadın eş tarafından butlanının talep edildiği bir uyuşmazlıkta, evlenmenin temsilci aracılığıyla gerçekleştirilmesini evlenmenin esasına ilişkin değil, *evlenmenin şekline ilişkin kabul etmiştir*. Evlenmenin yapıldığı yer olan Arjantin hukukuna göre temsilci vasıtasıyla akdedilen evlenme geçerli olduğundan, İngiliz hukukuna göre de geçerli bir evliliğin varlığı kabul edilmiştir. Kamu düzeni itirazı ise yerinde görülmemiştir. Bkz. APT (otherwise MAGNUS) v. APT, [1947] P 127; <http://www.uniset.ca/other/1947P127.htm>, (ET. 21.01.2018).

⁹¹ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 251 ve s. 248, dn. 67; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 330.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Temel **Doğangün**, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996; Müjdat **Şakar**, “Türk Devletler Hususî Hukukunda Locus Regit Actum Kuralı”, *Yargıtay Dergisi*, C. 8, S. 4, Ekim 1982, ss. 536-549; Bahar **Küpe**,

tain edilirken, sadece “*evlenmenin gerçekleştiği yer hukukuna (lex loci celebrationis-LLC)*” tâbi tutulması, birçok ülkede genel kabul gören en eski yöntemlerden biridir⁹³. Evlenmenin şeklinin gerçekleştiği yer hukukuna tâbi olması kuralının genel kabul gören tek istisnası ise konsolosluk evlenmeleridir⁹⁴.

A. *Lex Loci Celebrationis*

Lex loci celebrationis kuralı uyarınca, evlenme, hangi şeklî şarta riayet edilerek yapıldığı önemli olmaksızın, *evlenmenin gerçekleştiği yer hukukuna uygun olarak yapıldığı sürece*, diğer ülkelerde de geçerli bir evlilik olarak kabul grmektedir⁹⁵. Dolayısıyla, bir ülkede geçerli bir şekilde akdedilmiş olan “*şekilsiz evlenme, fili evlenme ve dini usulde evlenme*” diğer ülkelerde de tanınır⁹⁶. Bu noktada evlenmenin şeklî açıdan tarafların yerleşim yeri hukuku ya da millî hukuklarındaki düzenlemelerden farklı yapılmış olması, şeklî anlamda geçerliliğini etkilememektedir⁹⁷.

Evlenmenin şeklî geçerliliğinin yapıldığı yer hukukuna tâbi tutulması, evlenme öncesi yapılacak işlemler, evlendirmeye yetkili makamlar gibi çeşitli usûle ilişkin hususlar bakımından pratik bir çözüm olmasının yanı sıra, basit ve kesin niteliği ile hukukî öngörülebilirliği sağlaması sebebi ile taraf menfaatine de hizmet etmektedir⁹⁸.

Milletlerarası düzenlemelerde de *lex loci celebrationis* kuralının benimsendiği görülmektedir. Aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla yapılan ilk düzenleme olan, 12 Haziran 1902 tarihli “*Evliliğe İlişkin Kanunlar*

“*Milletlerarası zel Hukukta şekil*”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü zel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum - Aralık 2018.

⁹³ J. David **Fine**, “The Formal Sufficiency of Foreign Marriages”, *Federal Law Review*, Vol. 7, Y. 1976, pp. 49-65, p. 49; Fawcett/ Carruthers/ North, s. 878; Wardle, “*Marriage*”, s. 83; Hill, s. 88; Sykes, s. 78; Swan, s. 19; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 247; Can/ Toker, s. 369.

⁹⁴ Rona **Aybay**, *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk*, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2009, s. 218-219, (“*Konsolosluk*”); A. Gündüz **kn**, “Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi”, *AÜSBFD, C. 22, S. 2, Y. 1967*, ss. 211-218, s. 212, (“*Türk Konsolosları*”); Sayman, s. 169; Tekinalp/ Uyanık, s. 142; Doğangün, s. 134. Genel kabul gören diğer bir istisna; bazı ülkelerin askeri personellerinin, yurt dışında gerçekleştirdikleri evlenmelerde farklı usuller benimsemesinden kaynaklanmaktadır (Wardle, “*Marriage*”, s. 83).

⁹⁵ Fine, s. 49; Fawcett/ Carruthers/ North, s. 878; Wardle, “*Marriage*”, s. 83; Hill, s. 88; Sykes, s. 78; Swan, s. 19; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 247; Can/ Toker, s. 369.

⁹⁶ Tekinalp/ Uyanık, s. 143.

⁹⁷ Fawcett/ Carruthers/ North, s. 878; Maddaugh, s. 119; Doğan, V., “*Milletlerarası zel*”, s. 325; Aybay/ Dardağan, s. 202.

⁹⁸ Cansu **Akn Tekgl**, “*Evliliğin şekline Uygulanacak Hukuk ve Konsüler Evlenmeler*”, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi - Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü - zel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara - Nisan 2018, s. 78; Doğangün, s. 60-61.

İhtilâfî Sorunlarının Çözümü Hakkında Lahey Sözleşmesi”⁹⁹ uyarınca evlenmenin şekli geçerliliği konusunda, evlenmenin gerçekleştiği yer hukuku bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. Evlilik ile ilgili 1902 tarihli Sözleşme’nin yerine geçmek üzere, on üçüncü Lahey Özel Hukuk Konferansı’nda düzenlenen 14 Mart 1978 tarihli “*Evlilik Töreni ve Evlenmenin Geçerliliğinin Tanınmasına Dair Lahey Sözleşmesi*”¹⁰⁰’nde de evlenmenin şekli şartları, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tâbi tutulmuştur (m. 2)¹⁰¹. Söz konusu düzenlemelerde, evlenmenin gerçekleştiği yer hukukunun tercih edilmesinin arkasında, evlenmeyle ilgili diğer problemler (*miras, sigorta, vatandaşlık gibi uyumsuzluklardaki etkileri*) dikkate alınmaksızın, her duruma uyacak çok amaçlı genel bir kural koyma düşüncesinin yattığı ifade edilmektedir¹⁰².

Evlenmenin gerçekleştiği yerin “*nokta atışı*” tespitini yapmak, genellikle kolay bir işlem olmakla birlikte, bazı sıradışı vakıalar bakımından zorluk arz edebilir¹⁰³. Örneğin, taraflardan birinin, törenin gerçekleştiği sırada başka bir ülkede olması ve evlenme merasimine telefonla iştirak etmesi durumunda, evliliğin nerede gerçekleştiğinin sorgulanmasının anlam ifade ettiği ve evliliğin şekli geçerliliği

⁹⁹ “*Convention Du 12 Juin 1902 Pour Régler Les Conflits De Lois En Matière De Mariage*”. Sözleşme metni ve taraf devletler için bkz. <https://www.hcch.net/fr/instruments/the-old-conventions/1902-marriage-convention/>, (ET.07.05.2017). Eski sözleşmeler kategorisindeki Sözleşme; Almanya, Macaristan, Lüksemburg, Hollanda Krallığı (Pays-Bas), Portekiz, Romanya, İtalya, İsveç ve İsviçre tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır. Sözleşme’ye hâlen taraf olan devletler; Almanya, Portekiz, Romanya ve İtalya’dır. 1978 tarihli Sözleşme’yi imzalayan devletler açısından, ilgili Sözleşme, 1902 tarihli Sözleşme’nin yerini almıştır (Tekinalp/ Uyanık, s. 152).

¹⁰⁰ “*Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*”, Sözleşme metni ve taraf devletler için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=88>, (ET. 08.05.2017). 1978 tarihli Sözleşme; Avustralya, Mısır, Finlandiya, Lüksemburg, Hollanda ve Portekiz tarafından imzalanmış, ancak yalnızca Avustralya, Lüksemburg ve Hollanda tarafından onaylanmıştır. Sözleşme’nin hazırlık komisyonuna, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, birçok Avrupa ülkesi ve Türkiye katılmış, ancak Sözleşme çok az ülke tarafından imzalanmıştır. Bu sebeple doktrinde, “*uyuyan dev*” olarak adlandırılmaktadır (Bkz. Hannah **Baker** and Maja **Groff**, “*The Impact of the Hague Conventions on European Family Law*”, European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 143-209, p. 187). İlgili Sözleşme hakkında ayrıca bkz. Usha **Tandon**, “Validity of Marriage Under International Private Law with Special Reference to 1978 Hague Marriage Convention: Towards Harmonization and Unification of the Rules of International Private Law Relating to Marriage”, *I JCLC*, September 2013, pp. 32-47.

¹⁰¹ Sözleşme’de kullanılan ifadeden yola çıkılarak, evlenmenin şekli açısından atfın nazara alındığı ve dahası atfın nerede kesileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, atıfta bulunulan yer hukukunun dahi kanunlar ihtilâfî kurallarının nazara alınabileceği ifade edilmektedir. Yazar bu sonuca, Lahey sözleşmelerinde Fransızca metninde ‘*loi*’ terimi yerine ‘*droit*’ teriminin kullanıldığı durumlarda, bunun “*en geniş anlamında hukuku*” ifade etmesinden yola çıkarak varmıştır (İnci **Ataman-Figanmeşe**, “Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış”, Prof. Dr. Ergin **Nomer’e Armağan – MHB**, Y. 22, S.2, 2002, ss. 39-74, s. 61, “*Atıf*”).

¹⁰² Willis L. M. **Reese**, “The Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 20:1, Y. 1979, pp. 25-37, p. 31-32.

¹⁰³ Adrian **Briggs**, *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, Oxford 2014, p. 897, (“*PIL*”).

açısından her iki ülke hukukunun bu evliliği geçerli sayması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴. İngiltere’de gerçekleşen bir olayda, her ikisi de Somali vatandaşı olan tarafların, biri Somali’de diğeri ise Suudi Arabistan’da iken, Somali’de akrabalarının organize ettikleri ve telefonla gerçekleşen evlenme töreninin geçerliliği, daha sonra taraflardan birinin İngiltere’de iltica talebinde bulunması sebebiyle İngiliz göç makamları nezdinde sorgulanmıştır. Neticede, İslam hukukuna uygun olarak akdedildiği iddia edilen evlenmenin, Somali ve Suudi Arabistan hukukları uyarınca geçerli olmasından bahisle, İngiliz hukuku açısından da geçerli olduğu sonucuna varılmıştır¹⁰⁵.

B. Konsolosluk Evlenmeleri

Konsolosluk evlenmeleri, diplomatik veya konsüler evlilikler (*evlenmeler*) şeklinde de adlandırılmaktadır¹⁰⁶. Konsolosluklarda gerçekleşen evlenmelerde, evlenmenin şekli şartları, konsolosu gönderen ülkenin hukuku uyarınca tespit edilmektedir¹⁰⁷.

Konsolosların evlendirme memuru olarak hareket edebilmesi için “*çifte yetkilendirme*” gerekmektedir¹⁰⁸. Şöyle ki hem konsolosu gönderen devletin konsolosa evlendirme yetkisi vermesi hem de bu yetkinin konsolosun görev yaptığı devlet tarafından kabul edilmesi zorunludur¹⁰⁹. Konsolosu gönderen devletin konsolosa evlendirme yetkisi vermesi, iki veya çok taraflı bir milletlerarası sözleşme ile yapılabilir.

¹⁰⁴ Briggs, “PIL”, s. 898.

¹⁰⁵ Bkz. Prakash **Shah**, “Inconvenient Marriages, or What Happens When Ethnic Minorities Marry Trans-Jurisdictionally”, *Utrecht Law Review*, Vol. 6, I. 2, June 2010, pp. 17-31, p. 24-25.

¹⁰⁶ Nuray **Ekşi**, “Konsolosluklarda Yapılan Evlenmelerin Şekli Geçerliliği”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan- C. I, MÜHFHAD- Özel Sayı*, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 969-985, s. 971, (“Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler”); Sayman, s. 169; Nomer, “Devletler Hususî”, s. 252; Aybay, “Konsolosluk”, s. 218.

¹⁰⁷ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 252; Çelikel/ Erdem, s. 237; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 328; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 130; Aybay, “Konsolosluk”, s. 220; Ekşi, “Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler”, s. 972.

¹⁰⁸ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 328.

¹⁰⁹ Ökçün, “Türk Konsolosları”, s. 213-214; Göger, “Devletler Hususî”, s. 187; Sayman, s. 173; Çelikel/ Erdem, s. 237; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 328; Ekşi, “Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler”, s. 972; Aybay/ Dardağan, s. 203; Doğan, V., s. 137; Toker/ Ruhi, s. 103; Doğan, İ., “Aile Hukuku”, s. 37.

Konsolosların evlendirme yetkisine ilişkin en önemli düzenleme, “*Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi*”dir¹¹⁰. Sözleşme, konsolosluk ilişkilerinin kurulması ve yürütülmesi ile konsolosluk memurlarına sağlanan haklar, ayrıcalıklar, bağışıklıklar gibi temel konuları düzenlemektedir. Sözleşme’de, konsolosların evlendirme yetkisi olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak konsolosların görevlerinin sayıldığı beşinci maddesinin (f) bendinde, konsolosların, “*noter ve kişi hâlleri memuru sıfatıyla hareket edeceği ve benzer nitelikteki bazı idarî mahiyetteki görevleri kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde yapacağı*” ifade edilmiştir. Söz konusu bent uyarınca, konsolosların evlendirme yetkisine de sahip olduğu kabul edilmektedir¹¹¹.

Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu¹¹² tarafından hazırlanan 7 Nolu “*Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair*

¹¹⁰ Türkiye’nin de taraf olduğu “*Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi*”, 24 Nisan 1963 tarihinde Viyana’da imzalanmıştır. Sözleşmenin orijinal metni ve taraf devletler için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=III-6&chapter=3&lang=en, (ET. 06.02.2018). Türkiye’nin Sözleşmeye katılımı, 20 Mayıs 1975 tarihinde 1901 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur (RG. T. 29.5.1975 - S. 15249).

¹¹¹ İzzet Doğan, *Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 37, (“Aile Hukuku”); Aybay, “*Konsolosluk*”, s. 221.

¹¹² “*Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu (La Commission Internationale de l’Etat Civil - CIEC/ International Commission on Civil Status - ICCS)*”, şahsın hukuku ve aile hukuku alanında ihtiyaç duyulan uluslararası işbirliğini sağlamak üzere, hükümetler arası bir kuruluş olarak 30 Nisan 1948 tarihinde kurulmuştur. Komisyon, Fransa, Belçika, Hollanda, Lüksemburg ve İsviçre tarafından mektup teatisi yoluyla tanınmıştır. Kurucu ülkeler olarak adlandırılan tam yetkili temsilci niteliğindeki bu ülkeler, 25 Eylül 1950’de “*Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu’nun Resmî Olarak Tanınmasına Bern Protokolünü*” imzalamışlardır. 25 Eylül 1952 tarihinde ise Lüksemburg’da imzaladıkları Ek Protokol ile diğer devletlerin Komisyon’a katılmaları için uyulması gereken usulü belirlemişlerdir. Ek Protokol’de düzenlenen usule uygun olarak, başta Türkiye (24 Eylül 1953) olmak üzere, sırasıyla *Almanya, İtalya, Yunanistan, Avusturya, Portekiz, İspanya, İngiltere, Polonya, Hırvatistan ve Macaristan* Komisyon’a üye olmuştur. Komisyon, uluslararası işbirliğini sağlama amacıyla yola çıkmasına rağmen yeterli başarıya ulaşamamıştır. Ülkelerin çoğunluğu da yakın zamanda üyelikten çekilmiştir. Avusturya 2008, Macaristan 2012, İngiltere ve İtalya 2014, Hırvatistan, Almanya ve Portekiz 2015, Polonya 2017 tarihi itibarıyla üyelikten çekilmiştir. 2010 tarihinde üye olan Meksika’nın ise 15 Aralık 2017 tarihinde üyeliği sona ermiştir. Kurucu ülkelerden biri olan Hollanda’nın üyeliği ise 15 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla sona ermiştir. Güncel olarak, Belçika, Fransa, Yunanistan, Lüksemburg, İspanya, İsviçre ve Türkiye olmak üzere yedi üye ülke bulunmaktadır. Bazı ülkeler ise (*Kıbrıs, Vatikan, Litvanya, Moldova, Peru, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovenya ve İsveç*) gözlemci statüsündedir. Komisyonun resmî web sitesi için bkz. (<http://www.ciec1.org>). Tarihi süreç ve ICCS hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jacques Massip, Frits Hondius and Chantal Nast, “*International Commission on Civil Status (ICCS)*”, in Jan Wouters (Volume Editor), Roger Blanpain and Frank Hendrickx (General Editors), IEL Intergovernmental Organizations - International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International Press, The Netherlands 2014, pp. 1-118; Walter Pintens, “*The Impact of the International Commission on Civil Status (ICCS) on European Family Law*”, European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law (Edited by Jens M. Sherpe), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 124-143, (“*ICC*”); Şevki Eker, “*Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu (CIEC)*”, Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 411, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, ss. 287-312; Hatice Özdemir Kocasal, “*Uluslararası Kişi Hâlleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar*”, Prof.

Sözleşme”¹¹³ kapsamında da belirli şartlarla konsoloslara evlendirme yetkisi verilmiştir. Sözleşmenin beşinci maddesi uyarınca, âkit devletlerden birinin hukuku evlenmenin dinî merasimle yapılmasını zorunlu kılıyorsa, belirli şartlarla konsolosluk evlenmelerinin kabul edilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu hükme göre, “*Âkit Devletlerden birinin kanunu evlenmenin dini merasimle icrasını mecburi kıldığı taktirde, diğer Âkit Devletlerin elçilik veya konsolosluk memurları kendi kanunları müsaade ettiği taktirde bu memlekette evlenme akdini icra edebilirler. Şu şartla ki: Eşlerden en az biri elçilik veya konsolosluk memurunu tayin eden Devletin uyruklığında bulunmalı ve eşlerden hiçbiri evlenme akdinin yapıldığı Devlet vatandaşlığında olmamalıdır*” (m. 5). Böylelikle, dinî nikâhla evlenme zorunluluğu, daha esnek şartlarla konsolosluk evlenmelerine izin verilerek bertaraf edilmiştir¹¹⁴.

İki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmeler ile konsolosların evlendirme yetkisinin tanınmasından başka, gönderen devletin iç hukukunda yer alan bir düzenleme ile konsoloslara evlendirme yetkisi tanınmış da olabilir. Bu durumda, evlendirme yetkisinin, mutlaka konsolosun bulunduğu ülke tarafından da tanınması gerekmektedir. Söz konusu tanıma, yine bir iç hukuk düzenlemesiyle yapılabileceği gibi, diplomaside karşılıklılık ilkesinin bir sonucu olarak “*fîlen tanıma*” yoluyla da yapılabilir¹¹⁵. Bu durum, kabul eden devletin, söz konusu evlilikleri geçerli sayması suretiyle “*zımnî rıza*” gösterdiği şeklinde de yorumlanmaktadır¹¹⁶.

Konsolosların evlendirme yetkisi açısından, iki farklı sistem bulunmaktadır. Mutad (*geleneksel*) sistem olarak adlandırılan ilk sistemde, konsolosların sadece evlenmek isteyen kişilerin her ikisinin de kendi ülkesinin vatandaşı olması durumunda evlendirme yapabileceği kabul edilmektedir. Liberal sistem olarak adlandırılan ikinci

Dr. Ata Sakmar’a Armağan, GSÜHFD, Y. 2011, S. 1, ss. 561-609, (“*Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar*”).

¹¹³ Sözleşme’ye taraf devletlerin vatandaşlarının, diğer âkit devletlerde yapacakları evlenmelerin kolaylaştırılması amacıyla hazırlandığı ifade edilen 7 Nolu Sözleşme, Paris’te 10 Haziran 1964 tarihinde imzalanmıştır. Almanya, Belçika, Fransa, Yunanistan, Hollanda, Türkiye ve İspanya tarafından imzalanan Sözleşme, Belçika ve Fransa tarafından henüz onaylanmamıştır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti açısından 29 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG. T. 22.12.1967, S. 12783; Onay Kanunu No: 888, Kabul Tarihi: 28.06.1967 - RG. T. 08.07.1967, S. 12642).

¹¹⁴ Ersen, s. 95.

¹¹⁵ Cansu Akgün, “Konsolosluk Evlenmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk”, *GÜHFD, C. XXI, Y. 2017*, S. 3, ss. 109-136, s. 119-120.

¹¹⁶ Yücel Sayman, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 173.

sistemde ise konsolosların kendi vatandaşı ile üçüncü bir devlet vatandaşını evlendirmeleri mümkündür¹¹⁷.

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde, konsolosların evlendirme yetkisi açısından, hangi sistemin kabul edildiğine dair bir açıklama bulunmamaktadır. Lâkin Sözleşme'ye ilişkin resmî raporda (s. 7, pr. 12), "*Konsolosluk memurları aynı zamanda gönderen devletin hukukuna göre, kendi vatandaşları arasındaki veya kendi vatandaşları ile başka bir devletin vatandaşları arasındaki evlilikleri, bu evlilikler kabul eden devletçe yasaklanmadığı sürece, akdedebilirler*" şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu ifadeden, liberal sistemin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye ve diğer âkit devletler açısından, diplomatik evlenme alanının genişletildiği, taraf olan bütün devletlerin konsoloslarının, kendi vatandaşı ile üçüncü bir devlet vatandaşını evlendirme yetkisinin olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸. İki taraflı konsolosluk anlaşmalarında, sadece kendi vatandaşlarının evlenmelerinin yapılmasına izin veren düzenlemeler bulunması durumunda ise ikili ayırım yapılmaktadır. Eğer iki taraflı konsolosluk anlaşmasında, iki devletin de taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmeler saklı tutulmuşsa, bu durumda Viyana Sözleşmesi'ne üstünlük tanınacak ve liberal sistem uygulanacaktır. Lâkin böyle bir hüküm bulunmuyorsa, özellikle de sonraki tarihli ve özel mahiyette olan iki taraflı konsolosluk anlaşmalarına üstünlük tanınması gerekecektir¹¹⁹.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki evlenmek isteyen kişiler açısından, bulunduğu ülkenin yetkili makamları huzurunda evlenmek ya da konsoloslukta evlenmek tamamen bir tercih meselesidir. Evlenmenin geçerliliği açısından, birinin diğerine herhangi bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Lâkin konsolosluklarda evlenmenin, evliliğin tescili açısından sağladığı kolaylık ve kişilerin kendilerini dil ve kültür bakımından daha yakın hissetmeleri sebebiyle tercih edileceği düşünülebilir¹²⁰. Buna karşılık uygulamada, kişilerin bulunduğu ülkenin konsolosluk evlenmesini geçerli saymayabileceği kaygısı veya bulundukları yerde konsolosluk bulunmaması gibi sebeplerle, yabancı yerel makamlar huzurunda evlenmeyi tercih ettikleri ifade edilmektedir¹²¹. Örneğin, Almanya'da söz konusu kaygılar sebebiyle, birçok Türk

¹¹⁷ Göğer, "*Devletler Hususî*", s. 187; Sayman, s. 179; Aybay, "*Konsolosluk*", s. 219-220; Dal, s. 142; Aybay/Dardağan, s. 203-204; Akgün s. 116-117.

¹¹⁸ Ekşi, "*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*", s. 979-980.

¹¹⁹ Ekşi, "*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*", s. 980-981.

¹²⁰ Aybay, "*Konsolosluk*", s. 219; Akgün, s. 115.

¹²¹ Aybay, "*Konsolosluk*", s. 219.

vatandaşının, Almanya’da yerel makamlar huzurunda evlenmeyi tercih ettikleri belirtilmektedir¹²².

III. MUKAYESELİ HUKUKTA EVLENMENİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

Bu kısımda, Kıta Avrupası hukuku ve Anglo-Sakson hukuku ayrımı yapılmaksızın, çok sayıda Türk vatandaşının yaşadığı ülkelerde kabul edilen sistemlerin açıklanması suretiyle, uygulama açısından da fayda sağlanması amaçlanmıştır. Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan açıklama uyarınca; Almanya’da iki milyon, Fransa’da yedi yüz bin, Hollanda’da beş yüz bin; İngiltere’de dört yüz bin; Amerika Birleşik Devletleri’nde üç yüz bin ve Avusturya’da iki yüz elli bin Türk vatandaşı yaşamaktadır¹²³. Aşağıda bu sıralamaya uygun olarak, ilgili ülke hukuklarında evlenmenin şekline uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır.

A. Alman Hukuku

Alman hukukunda evlenmenin şekline uygulanacak hukukun tespiti açısından, Alman Medenî Kanununun Yürürlüğü Hakkında Kanun (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche - EGBGB*)¹²⁴ hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir. İlgili Kanun uyarınca, Almanya’da gerçekleşen evlenmeler, sadece iç hukukta düzenlenen şekil kurallarına uygun olarak akdedilebilir (EGBGB § 13/4-c.1). Ancak nişanlılardan ikisi de Alman değilse, içlerinden birinin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletin hukuku uyarınca hükümet tarafından usûlüne uygun şekilde yetkilendirilmiş bir kişi tarafından bu hukuk düzeninin öngördüğü şekil kurallarına bağlı olarak evlenmenin akdedilmesi mümkündür ve bu durumda yetkili kişi tarafından akdedilen evliliğe ilişkin kaydın onaylanmış sureti, kişisel durum sicili (*Standesregister*) açısından evliliğin tam ispatı niteliğini taşır (EGBGB § 13/4-c.2). Bu hüküm uyarınca evlendirme memuru olarak hareket edecek kişinin, taraflardan birinin millî hukukuna göre evlendirme memuru olması yeterli değildir; aynı zamanda ilgili ülkenin hükümeti tarafından

¹²² Aybay, “Konsolosluk”, s. 219. Konsüler evlenmeler hakkında daha detaylı bir inceleme için bkz. Akgün Tekgöl, s. 192-272.

¹²³ Bkz. <http://www.mfa.gov.tr/aciklamalar-genel.tr.mfa>; <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-47134873>, (ET. 05.10.2019).

¹²⁴ 1 Ocak 1990 tarihli ilgili Kanun için bkz. <https://dejure.org/gesetze/EGBGB>; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html, (ET. 05.10.2019).

diplomatik yoldan yetkilendirilmiş olması da gerekmektedir¹²⁵. Başka bir anlatımla, konsolosların evlendirme yetkisi, bu hüküm kapsamında açıkça düzenlenmektedir.

Yurt dışında gerçekleşen evlenmeler açısından ise, EGBGB § 13 hükmü bir düzenleme getirmemektedir¹²⁶. Bu sebeple de hukukî işlemlerin şekline ilişkin genel hüküm olan EGBGB § 11 kapsamında meselenin çözümlenmesi gerekir¹²⁷. İlgili hüküm uyarınca, hukukî işlem, işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun veya yapıldığı yer hukukunun şekli şartlarına uygun olarak gerçekleşmiş ise ilgili işlem, şekli açıdan geçerlidir (EGBGB § 11/1). Bu bağlamda nişanlılardan her birinin millî hukukuna (EGBGB § 13/1) veya evlenmenin gerçekleştiği ülke hukukuna uygun olarak akdedilen evlenmeler, Alman hukuku açısından da geçerlidir¹²⁸. Nitekim Alman hukuku öğretisinde de EGBGB § 11/1 hükmünün, yurt dışında akdedilen evlenmeler açısından evlenmenin gerçekleştiği yer hukukunda öngörülen şekil kurallarına alternatif getirdiği ifade edilmektedir¹²⁹. Örneğin iki Katolik Alman, İtalya’da kilise hukukuna uygun olarak papaz huzurunda evlenebilirler¹³⁰. Bu şekilde gerçekleşen evlenme EGBGB § 11/1 uyarınca Alman hukuku açısından da geçerlidir.

B. Fransız Hukuku

Fransız Medenî Kanunu¹³¹ uyarınca, evlenme, evlenmenin gerçekleştiği ülkenin hukukunda öngörülen şekli şartlara uygun olarak akdedilmişse, geçerli bir evlilik (FCC Art. 202-2). Ancak, yurt dışında, iki Fransız yahut bir Fransız ile bir yabancı arasında gerçekleşen evlenmeler açısından özel bir düzenleme getirilmiştir.

¹²⁵ Thomas **Rauscher**, Internationales Privatrecht - Mit internationalem Verfahrenrecht, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Hamburg 2012, p. 175.

¹²⁶ Rauscher, s. 176. Bu doğrultuda bkz. Michael **Coester**, “EGBGB Vor Art. 13, Art. 13, Anh. Art. 13”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1-26), (Redakteur: Dr. Jan v. Hein), 7. Auflage 2018, EGBGB Art. 13 Rn. 10, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019). Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 146-147, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

¹²⁷ Rauscher, s. 176.

¹²⁸ Rauscher, s. 176. Ayrıca bkz. Internationales Privatrecht (Ein Überblick zu den wichtigsten Regelungen privater Rechtsbeziehungen mit dem Ausland), Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Referat Öffentlichkeitsarbeit; Digitale Kommunikation, Berlin 2019, p. 10, (https://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Internationales_Privatrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=11, ET. 05.10.2019). Bundan sonraki atıflarda “*IPR- Rechtsbeziehungen mit dem Ausland*” şeklinde anılacaktır.

¹²⁹ MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 146, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

¹³⁰ Rauscher, s.176.

¹³¹ French Civil Code (FCC) - Act No. 2013-404 of 17 May 2013, (Entry into force: 01-07-2013). İngilizce metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>, (ET. 05.10.2019).

Buna göre yine kural olarak evlenmenin şekli şartları açısından yapıldığı yer hukuku yetkili görülmektedir. Bununla birlikte, yurt dışında bu kişiler arasında gerçekleşen evlenmenin geçerliliği; Fransız Medenî Kanunu'nun 143 ilâ 164. maddeleri arasında düzenlenen maddî şartlara ilişkin kuralların ihlâl edilmemesi şartına bağlanmıştır (FCC Art. 171-1).

C. Hollanda Hukuku

Hollanda Medenî Kanunu¹³² uyarınca, Hollanda'da gerçekleşen evlenmelerin, şekli şartlar açısından, Hollanda hukukuna uygun olarak mutlaka Hollanda yetkili makamları huzurunda akdedilmesi gerekmektedir. Ancak tarafların her ikisi de Hollanda vatandaşı değilse, yabancı diplomatik ve konsolosluk memurları, temsil ettikleri devletin yasalarına uygun olarak evlendirme yapabilirler (DCC Art. 10:30). Yurt dışında gerçekleşen evliliklerde, evlilik yapıldığı yer hukuku uyarınca geçerliyse veya sonradan geçerli hâle gelirse, Hollanda'da da geçerli bir evlilik olarak kabul edilmektedir (DCC Art. 10:31/1). Hollanda dışında, yabancı diplomatik ve konsolosluk memurları huzurunda, temsil ettikleri devletin yasalarına uygun olarak akdedilen evlenmeler, evlenmenin gerçekleştiği ülkede böyle bir evlenmeye izin vermesi şartıyla, Hollanda'da da geçerli bir evlilik olarak tanınır (DCC Art. 10:31/2). Söz konusu hükümlerin uygulanması açısından, “*hukuk*” kavramına, milletlerarası özel hukuk kurallarının da dâhil olduğunun ifade edilmesi suretiyle, evliliğin şekli şartlarına uygulanacak hukuk belirlenirken atfın kabul edildiği açıkça vurgulanmıştır (DCC Art. 10:31/3). Yetkili makam tarafından düzenlenmiş evlilik cüzdanının bulunması durumunda ise geçerli bir evliliğin varlığı karine olarak kabul edilmektedir (DCC Art. 10:31/4).

¹³² Dutch Civil Code (DCC)/ Book 10 - Private International Law, (Book 10, entry into force: 01-01-2012). İngilizce metni için bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/indexb1010.htm>, (ET. 05.10.2019). 7 Eylül 1989 tarihli, “*Evliliğe İlişkin Kanunlar İhtilâfî Kurallarına Dair Kanun (Act Conflict of Law Rules for Marriages)*” kapsamında da evliliğin şekli şartlarına ilişkin benzer düzenlemeler (m. 4 ve m. 5) yer almaktaydı. Bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/actconflictlawmarriage.htm>, (ET. 05.10.2019).

D. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda, evlenmenin şeklinin yapıldığı yer hukuku uyarınca yönetilmesi, 1752 yılında karara bağlanan “*Scrimshire v Scrimshire*”¹³³ davasından beri yerleşmiş bir kuraldır¹³⁴. Evlenmenin yapıldığı yer hukuku uyarınca belirlenen şekli gerekliliklerin yerine getirilmesi, genel bir kural olarak, gerekli ve yeterlidir¹³⁵. İngiliz hukukunda, evliliğin geçerliliği lehine “*karine*” kabul edildiğinin söylenebileceği ifade edilmektedir¹³⁶. Şöyle ki evlenme töreni gerçekleşmişse, tarafların ve ilgili üçüncü kişilerin, bu törenin geçerliliğine duydukları güvenin, evlenmenin geçersiz sayılması suretiyle sarsılması için gerçekten haklı sebeplerin olması gerekir¹³⁷. Bu bağlamda milletlerarası özel hukuk kurallarında herhangi bir esneklik payı varsa ve taraflar gerçekten geçerli bir evlenme töreni yaptıklarına inanıyorlarsa, herhangi bir şüphe evliliğin geçerliliği lehine yorumlanmalıdır¹³⁸.

E. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda, hem federal düzeyde hem de birçok eyalet hukukunda, evlenmenin geçerliliğinin tayini hususunda, evlenmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması, tarih boyunca genel kabul görmüştür¹³⁹. Birçok hukuk düzeninde kabul gören yaklaşımın aksine, Amerikan hukukunda, evlenmenin şekli ve maddi şartları şeklinde temel bir ayırım yapılmaksızın, uygulanmasındaki basitlik ve ispat kolaylığı sebebiyle, genel olarak sadece *lex loci celebrations* kuralı uygulanmaktadır¹⁴⁰. 1934 tarihli Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Birinci Kodifikasyonu (*The First Restatement of Conflicts of Law*) uyarınca, gerçekleştiği yer hukuku uyarınca geçerli olan evlenmeler, diğer bütün eyaletlerde de geçerli kabul edilmekteydi (§ 121, § 133, § 134). Bununla birlikte, kamu düzeni müdahalesi saklı tutulduğu gibi (*The First Restatement of*

¹³³ *Scrimshire v Scrimshire* (29th July 1752) 2 Hagg. Con. 395; <http://www.uniset.ca/other/th/161ER782.html>, (ET. 06.10.2019).

¹³⁴ McClean/ Ruiz Abou-Nigm, s. 268.

¹³⁵ McClean/ Ruiz Abou-Nigm, s. 268; Clarkson/ Hill, s. 348. *Lex loci celebrationis* kuralının istisnaları için bkz. Clarkson/ Hill, s. 351-354.

¹³⁶ Briggs, “*PIL*”, 897.

¹³⁷ Briggs, “*PIL*”, 897.

¹³⁸ Briggs, “*PIL*”, 897.

¹³⁹ Meg Penrose, “Something to [Lex Loci] Celebrationis: Federal Marriage Benefits following United States v. Windsor”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 41, N. 1, Fall 2013, pp. 41-70, p. 44.

¹⁴⁰ Mueller, s. 47, s. 52 ve s. 53. Bu bağlamda, evlenmek isteyen tarafların yaşı, yasal temsilcinin izni, ayırt etme gücü, akıl sağlığı ve mevcut evlilik gibi diğer bütün evlenme engelleri hususunda, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun yetkisi kabul edilmektedir (Mueller, s. 45-52).

Conflicts of Law, § 134); yapıldığı yer hukuku uyarınca geçerli olmakla birlikte, tarafların her birinin yerleşim yeri hukukuna aykırı olan evlilikler de butlan yaptırımına tâbi tutulmuştu (*The First Restatement of Conflicts of Law*, § 132). Bu kapsamda özellikle, çok eşli evlilikler ile çok yakın hısımlar arasındaki evlilikler (*ensest evlilikler*) her hâlükârda batıl kabul edilmekteydi¹⁴¹. Common law evlilikler açısından ise özel bir hüküm kabul edilmişti. Buna göre, herhangi bir şeklî tören gerçekleşmeksizin var olduğu iddia edilen evlilik, gerçekleştiği eyalet açısından geçerliyse, her yerde geçerli bir evlilik olarak kabul görmekteydi (*The First Restatement of Conflicts of Law*, § 123). 1971 tarihli Kanunlar İhtilâfı Kurallarının İkinci Kodifikasyonu (*The Second Restatement of Conflicts of Law*) uyarınca da evlenmenin geçerliliği, maddî ve şeklî şartlara ilişkin bir ayırım yapılmaksızın yapıldığı yer hukukuna tâbi tutulmuş olmakla birlikte; evlenmenin yapıldığı sırada eşlerin en sıkı ilişkili oldukları ülke hukukunun kamu düzenine açıkça aykırılık bulunmaması şartıyla her yerde geçerli olacağı hükme bağlanmıştır (*The Second Restatement of Conflicts of Law*, § 283)¹⁴².

F. Avusturya Hukuku

Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu¹⁴³ uyarınca, Avusturya’da gerçekleşen evlenmelerin, şeklî şartlar açısından iç hukuk kurallarına uygun olarak akdedilmesi zorunludur (IPR-G § 16/1). Yurt dışında yapılan evlenmeler açısından ise evlenmenin şeklî geçerliliği, nişanlılardan her birinin şahsi statüsüne göre değerlendirilmelidir; ancak evlenmenin gerçekleştiği yerin şeklî şartlarına riayet edilmesi de yeterlidir (IPR-G § 16/2). Dolayısıyla nişanlılardan her birinin millî hukuku veya yapıldığı yer hukukunun şeklî şartlarına uygun olarak akdedilen evlenme, Avusturya hukuku açısından da şeklen geçerli bir evliliktir. Bu şekilde alternatif bir sistemin benimsenmesi, evliliğin mümkün merteye ayakta tutulması düşüncesine hizmet

¹⁴¹ Lea **Brilmayer**, Jack **Goldsmith** and Erin **O’Hara O’Connor**, *Conflict of Laws – Cases and Materials*, Wolters Kluwer, New York 2015, s. 65.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Hans W. **Baade**, “Marriage and Divorce in American Conflicts Law: Governmental-Interests Analysis and the Restatement (Second)”, *Columbia Law Review*, Vol. 72, N. 2, February 1972, pp. 329-381.

¹⁴³ “*Bundesgesetz über das internationale Privatrecht*” (IPR-G); <https://www.jusline.at/gesetz/iprg>. Ayrıca bkz. https://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_aus_en.htm#3.5., (ET. 06.10. 2019).

eder niteliktedir. Nitekim herhangi bir şekle aykırılık (*ihlâl*) durumunda da daha hafif yaptırımını benimseyen ülke hukukunun tercih edilmesi gerekliliği ifade edilmektedir¹⁴⁴.

IV. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM

Türk hukukunda, evlenmenin şekline, “evlenmenin yapıldığı ülke hukukunun uygulanacağı” açıkça ifade edilmiştir (MÖHUK m. 13/2)¹⁴⁵. Bu bağlamda, şekli şartlar belirlenirken, evlenmenin esası hakkında yetkili olan hukukun devre dışı bırakıldığı ifade edilebilir¹⁴⁶. Diğer bir ifade ile evlenmenin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına uygun olarak akdedilmesi, zorunlu tek yöntem olarak benimsenmiştir¹⁴⁷.

Çok taraflı bir bağlama kuralı niteliğindeki MÖHUK m. 13/2 hükmünden iki sonuç çıkarılmaktadır. İlk olarak, Türkiye’de yapılan evlenmelerin, mutlaka Türk hukukundaki resmî şekil şartlarına riayet edilerek yapılması gerekmektedir¹⁴⁸. İkincisi ise evlenme hangi ülkede gerçekleşmiş ise o ülkenin şekli şartlarına riayet edilerek yapıldığı sürece, Türk hukuku açısından da şeklen geçerli bir evlilik olarak kabul edilmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Daphne-Ariane **Simotta**, “Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Austria”, *Family Law Quarterly*, Vol. 29, N. 3, Fall 1995, pp. 525-540, p. 536-537.

¹⁴⁵ 2675 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önceki dönemde dahi, evlenmenin şekline, yapıldığı ülke hukukunun uygulanacağı hem doktrinde hem de Yargıtay kararında kabul edilmekteydi. Doktrin görüşlerine de yer verilen 1974 tarihli bir Yargıtay kararına göre, “Devletler hususi hukukunda kabul olunan Türk Yargıtayının da benimsediği sisteme göre, evlenme ehliyeti kişilerin kendi milli kanunlarında yazılı hükümlere, evlenme merasimi ise evlenmenin yapıldığı yer kanununda yazılı şekle tabidir. Bu husus, 126.1902 günlü Lahey Antlaşmasında da teyit olunmuştur. (Prof. Osman Fazıl Berki, *Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı* 1971, Sh. 71, Prof. Osman Fazıl Berki *Devletler Hususi Hukuku*, 1956, Sh. 319, Prof. Muammer Raşit Seviş *Devletler Hususi Hukuku* 1937, Sh. 365, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 21.9.1946 günlü 6837/3705 sayılı kararı Prof. Erdoğan Göğçer, *Kanunlar İhtilafı* 1973, Sh. 58) 16 Kanunu evvel 1300 tarihli Şehbenderler Talimatının 67. ve 1 Haziran 1928 günlü Şehbenderler dahili nizamnamesinin (iç tüzüğü) 29. maddeleri ve 15 Nisan 1927 tarihli 5005 sayılı kararname ve 888 sayılı kanunla kabul edilen 10 Eylül 1964 günlü «Yabancı memleketlerde yapılan evlenmeleri kolaylaştırmaya ilişkin» sözleşme ile, konsoloslara evlendirme memurluğu yetkisi verilmiştir. (Prof. O. F. Berki *Age*. Sh. 68-69) Kişi seçimlik hakkına sahiptir. Dilerse konsoloslukta, dilerse o yer kanununun öngördüğü merci önünde evlenebilir. Öyle ise, davalının Irak’taki evlenmesinin yapılış şekli araştırılmak, merasim yukarıda açıklanan nitelikte ise evlenme geçerli sayılıp boşanma sebepleri incelenmek, aksi halde şimdiki gibi karar verilmek gerekir. Bu yolda bir işlem yapılmadan davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır” (Y. 2. HD. T. 29.11.1974, E. 1974/7820 ve K. K. 1974/7499 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 19.12.2017).

¹⁴⁶ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 129; Can/ Toker, s. 369.

¹⁴⁷ Doğangün, s. 117-118 ve s. 134.

¹⁴⁸ Ali Gümrah **Toker** ve Ahmet Cemal **Ruhi**, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 103; Nomer, “Devletler Hususî”, s. 247; Tekinalp/ Uyanık, s. 144; Çelikel/ Erdem, s. 234-235; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 325; Aybay/ Dardağan, s. 202; Doğangün, s. 136; Can/ Toker, s. 369.

¹⁴⁹ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 249; Tekinalp/ Uyanık, s. 143-144; Çelikel/ Erdem, s. 235; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 129; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 325; Aybay/ Dardağan, s. 202; Doğangün, s. 135; Toker/ Ruhi, s. 103.

Evlenmenin şekline uygulanacak hukuk tayin edilirken, atfın¹⁵⁰ nazara alınıp alınmayacağı noktasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Türk hukukunda atıf, MÖHUK m. 2/3'te düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, “*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*”. Görüldüğü üzere, atıf, kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarla sınırlı olmak üzere kabul edilmiştir¹⁵¹. Atfın, hâkim tarafından re’sen nazara alınıp uygulanması, Kanun’un emredici lafzı itibarıyla zorunludur¹⁵². Dolayısıyla hâkim, kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını da nazara almak zorundadır¹⁵³. Bununla birlikte doktrinde, kişiler hukuku ve aile hukuku alanına dâhil her konuda atfın mutlaka uygulanması zorunluluğundan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁴. Dolayısıyla,

¹⁵⁰ Yabancılik unsuru taşıyan ihtilâflarda, hâkim, kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili hukuku tayin edecektir. Söz konusu hukuk, hâkimin hukuku olabileceği gibi yabancı ülke hukuku da olabilir. Yetkili yabancı hukukun bir bütün olarak mı yoksa yalnızca maddî hukuk kurallarının mı nazara alınacağı meselesi ise atıf probleminin özünü oluşturmaktadır (Çelikel/ Erdem, s. 105-106; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 52; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 222-223; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 3; Aybay/ Dardağan, s. 154-158). Eğer yetkili yabancı hukukun, yalnızca iç maddî hukuk kuralları nazara alınarak uyumsuzluğun maddî çözümü sağlanırsa, kanunlar ihtilâfı anlamında atıf reddedilmiştir. Buna karşılık, yetkili yabancı hukuk bir bütün olarak nazara alınıp, ilgili hukuktaki kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca hangi hukukun yetkili olduğu tespit edilerek uyumsuzluk bu hukuka göre çözülmüşse kanunlar ihtilâfı anlamında atıf kabul edilmiştir (Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 223; Aybay/ Dardağan, s. 156-157). Atıf konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Vahit **Doğan**, “Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku”, *Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan – SÜHFD*, C. 6, S. 1-2, Y. 1998, ss. 821-851, (“*Atıf*”); Süheylâ **Balkar Bozkurt**, “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, GSÜHFD*, 2014/2, C. II, ss. 795-861; Esra **Dardağan Kibar**, “*Güncel Gelişmeler Işığında Atıf Sorununa Bakış Denemesi*”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler: Prof. Dr. Feriha Bilge **Tanrıbilir** ve Dr. Öğretim Üyesi Gülce **Gümüşlü Tunçağıl**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 26-48; Merve **Acun Mekengeç**, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması”, *EÜHFD*, C. XVII, S. 3-4, Y. 2013, ss. 237-283.

¹⁵¹ Atfı genel olarak kabul eden 2675 sayılı MÖHUK’tan farklı olarak, 5718 sayılı Kanun’da atfın konu yönünden sınırlandırılması, yerinde bir yaklaşım olarak görülmektedir. Bkz. Feriha Bilge **Tanrıbilir**, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, *TBBT*, Y. 2010, S. 87, ss. 195-227, s. 206-207, (“*Genel Hükümler*”).

¹⁵² Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 230; Balkar Bozkurt, s. 817.

¹⁵³ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 230. Uygulamadaki duruma bakıldığında ise Türk mahkeme kararlarında atfın neredeyse hiç dikkate alınmadığı, istisnai birkaç karar dışında uygulanmadığı ifade edilmektedir (Balkar Bozkurt, s. 817).

¹⁵⁴ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 156; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 231; Dardağan Kibar, s. 40; Balkar Bozkurt, s. 827, s. 830 ve s. 854. Belirli bir hukukî sonucun elde edilmesini amaçlayan bağlama kurallarının uygulanmasında, atfın nazara alınmaması mümkündür. Bunun tipik örneği olarak, soy bağının kurulmasına ilişkin MÖHUK m. 16 hükmü gösterilmektedir. Bu hüküm uyarınca belli bir basamakta tespit edilen yetkili hukukun maddî kuralları uyarınca soy bağı tesis edilebiliyorsa, artık bu hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının dikkate alınmasına gerek yoktur. Bu noktada, atfın uygulanmasına ilişkin değerlendirme yapılırken “*ilgili uyumsuzlukta korunması söz konusu olan menfaatlerin araştırılması*” gerektiği ifade edilmektedir (Dardağan Kibar, s. 44).

atfin nazara alınması zorunlu olmakla birlikte, uygulama alanının tespiti noktasında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Evlenmenin şekli açısından atfin nazara alınıp alınmayacağı bahsine döndüğümüzde, evlenmenin gerçekleştiği yer hukukunun maddî hukuk hükümleri mi nazara alınacaktır yoksa kanunlar ihtilâfî kuralları da nazara alınacak mıdır sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, evliliğin milletlerarası alanda geçerliliğini korumak amacıyla, maddî ve şeklî unsurlarıyla bir bütün olarak incelenmesi gerektiği ve bu sebeple atfin nazara alınması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁵. Diğer görüş uyarınca, özellikle evlenmenin gerçekleştiği yerin kanunlar ihtilâfî kuralları, tarafların millî hukukunu da bağlama kuralı olarak nazara almışsa, evlenmenin geçerliliğini sağlamak amacıyla atfin kabul edilebileceği ifade edilmektedir¹⁵⁶. Benzer bir görüş, bu konuya ihtiyatlı yaklaşılması gerektiğini vurgulayarak, *sadece evlenmenin milletlerarası alanda geçerliliğini sağlamak açısından* atfin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁵⁷.

Kanaatimizce kural olarak, evliliğin şekline uygulanacak hukuk tayin edilirken atfin nazara alınması zorunludur. Nitekim hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuka dair genel kuralda, hukukî işlemlerin, “*yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak*” yapılabileceği ifade edilerek atıf açıkça dışlanmıştır (MÖHUK m. 7). Buna karşılık, evlenmenin şekline uygulanacak hukuk, genel kuraldan farklı olarak ayrıca özel bir hükümle düzenlenmiştir (MÖHUK m. 13/2). İlgili hükümde, alternatif bağlama kuralına yer verilmediği gibi, yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bir ifadeye de yer verilmemiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun iradesinin, evlenmenin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken atfin nazara alınması gerektiği yönünde olduğu ifade edilebilir.

Doktrinde, atfa ilişkin mevcut düzenleme yerine, “*hâkim, hukukî ilişkinin özelliklerine göre tarafların menfaatleri ve hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarını dikkate alabilir*” şeklinde bir atıf

¹⁵⁵ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 154.

¹⁵⁶ Çelikel/ Erdem, s. 236.

¹⁵⁷ Acun Mekengeç, s. 263. Fransız Yargıtay’ının, evlenmenin geçerliliğini sağlamak amacıyla atfı kabul ettiği kararın incelenmesi hakkında bkz. Nihal **Uluocak**, “Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde “*In Favorem*” Atıf Uygulaması”, *MHB*, Y. 1984, C. 4, S. 2, ss. 107-113.

düzenlemesi yapılmasının daha isabetli olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁸. Olası bir MÖHUK değişikliğinde, atıf düzenlemesi bu şekilde değiştirilmediği sürece, evlenmenin şekline uygulanacak hukuk açısından, evliliğin geçerliliğini sağlamak amacıyla somut olayın özelliklerine göre, bir uyuşmazlıkta atfın nazara alınması, başka bir uyuşmazlıkta nazara alınmaması, atfın göreceli uygulanması anlamına geleceğinden, kanaatimizce kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş uyarınca, MÖHUK'un atfı düzenleyen 2. maddesinin 3. ve 4. fıkralarının tamamıyla Kanun'dan çıkarılması veya hangi hâllerde bağlama kuralıyla gösterilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurulacağının açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁹. Bu şekilde yoruma mahal bırakmayacak bir değişiklik sayesinde, uygulama açısından da yeknesaklık sağlanabilecektir.

Aşağıda, evlenmenin *lex loci celebrationis* kuralına uygun olarak Türkiye'de veya yabancı ülkede gerçekleşmesi ile konsolosluklarda akdedilen evlenmeler ayrı başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Türkiye'de Gerçekleşen Evlenmeler

Türkiye'de akdedilmek istenen evlenmeler açısından, MÖHUK m. 13/2 hükmü gereğince, mutlaka Türk hukukundaki resmî şekil şartlarına riayet edilmesi gerekmektedir. Konsolosluk evlenmeleri istisna olmak üzere, Türkiye'de gerçekleşecek evlenmeler, evlenmek isteyen tarafların Türk vatandaşı ya da yabancı olması ayrımı yapılmaksızın, Türk hukukunun emrettiği şekil kurallarına tâbidir¹⁶⁰. Nitekim bu husus, Evlendirme Yönetmeliği'nin "*Yabancıların Türkiye Evlenmesi*" başlıklı 12. maddesinin 3. fıkrasında da "*bu Yönetmeliğin Türk vatandaşlarının evlenmeleri hakkındaki esas ve usul hükümleri yabancılar için de uygulanır*" şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Türk hukukunda, en önemli anayasal prensiplerden biri, "*resmî evlilik*" ilkesidir. Anayasa'nın "*İnkılap Kanunlarının Korunması*" başlıklı 174. maddesinde "*17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin*

¹⁵⁸ Nuray Ekşi, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 84, ("*Miras Hukuku*"). Aynı yönde bkz. Çelikel, "*Aile Hukuku*", s. 70-71.

¹⁵⁹ Feriha Bilge Tanrıbilir, "*Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi*", Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu- Eskişehir, 21-22 Nisan 2016- Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, (Editörler: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Yrd. Doç. Dr. Mesut Aygün, Ar. Gör. Ali Önal, Ar. Gör. A. Kübra Altıparmak, Ar. Gör. Cansu Kaya), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, ss. 457-479, s. 474, ("*Evlenme*").

¹⁶⁰ Nomer, "*Devletler Hususî*", s. 247; Tekinalp/ Uyanık, s. 145; Çelikel/ Erdem, s. 234-235; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 130; Ekşi, "*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*", s. 971.

evlendirme memuru önünde yapılacağına dair **medeni nikah esası** ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü” koruma altına alınmıştır (Anayasa, m. 174/I-b.4). Böylelikle medenî nikâh esasının da “*Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını*” taşıdığı vurgulanmıştır (Anayasa, m. 174/I). Bu bağlamda, Türk hukukunda resmî makamlar huzurunda evlenme, tek geçerli evlenme şekli olarak kabul edilmektedir. Evlilik birliği, bir kadın ve erkeğin, evlendirme memuru ve ayırt etme gücüne sahip ergin iki tanık önünde, evlenme iradelerini sözlü olarak açıklamaları ile kurulmaktadır (TMK m. 141-142).

1. Evlenme Başvurusu

Türkiye’de, iki Türk vatandaşının, bir Türk vatandaşıyla bir yabancının veya farklı ülke vatandaşlığına sahip yabancı iki kişinin, yetkili Türk evlendirme memuru huzurunda evlenmesi mümkündür (Ev. Yön. m. 12/1). Evlenmek isteyen tarafların içlerinden birinin oturduğu yer¹⁶¹ evlendirme memurluğuna birlikte müracaat etmeleri esastır (TMK m. 134/1; Ev. Yön. m. 16/1). Evlenme başvurusunun, kadın ve erkek veya onların vekillerince örneğine uygun olarak düzenlenmiş ve imza edilmiş olan “*beyanname*” ile yapılması gerekmektedir¹⁶². Başvurunun sözlü olarak yapılması da mümkündür. Bu durumda, sözlü müracaat evlendirme memuru huzurunda “*beyannameye*” geçirilerek taraflarca imzalanır. İmzaların evlendirme memurları tarafından tasdik edilmesiyle birlikte başvuru tamamlanır (Ev. Yön. m. 18).

Evlendirme Yönetmeliği’nin 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, evleneceklerin ayrı illerde bulunması veya birinin yurt dışında olması gibi hâllerde ayrı ayrı müracaat da mümkündür. Ancak Türk Medenî Kanunu’nun 134. maddesi uyarınca, evlenecek erkek ve kadının ayrı ayrı evlendirme memurluklarına müracaatları mümkün

¹⁶¹ Doktrinde bir görüş uyarınca, madde metninde kullanılan “*oturduğu yer*” ifadesi sebebiyle başvurunun taraflardan birinin yerleşim yeri evlendirme memurluğuna yapılmasının zorunlu olmadığı, birlikte tatile gittikleri bir yerde bile evlenme başvurusunda bulunabilecekleri ifade edilmektedir (Dural/Öğüz/ Gümüş, s. 63-64).

¹⁶² İsviçre hukukunda da matbu hâlde düzenlenmiş beyanname (*Erklärung betreffend die Ehevoraussetzungen*) evlenme başvurusuna eklenecek belgelerden biri olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, Türk hukukundan farklı olarak, eşleri bilgilendirmek ve zorla evlilikleri önlemek amacıyla ayrıntılı bilgiler içermektedir. Örneğin, çok eşlilik ve birden fazla tescil edilmiş hayat ortaklığı kurulmasının suç olduğu, evlenme akdinin tarafların serbest ve özgür iradelerini gerektirdiği ve evlenmeye zorlamanın ceza hukukuna göre suç oluşturacağı uyarılarına yer verilmektedir (Bkz. Ayşe Havutçu, “Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirmesi”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı – 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkililer’e Armağan, C. II, ss. 1341-1383, s. 1366).

olmadığından, söz konusu düzenleme, 29.12.2014 tarihinde kabul edilen *Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*¹⁶³ gereğince yürürlükten kaldırılmıştır (m. 8/b). Dolayısıyla artık erkek ve kadının ayrı yerlerden müracaatları evlendirme memurluklarınca kabul edilmemektedir. Ancak vekil aracılığıyla başvurma imkânı sağlandığından, aynı yerden bizzat başvuru yapılamaması durumunda, sorunun bu yolla aşılması mümkündür. Vekil aracılığıyla başvuru için “*özel vekâletname düzenlenmesi ve bu vekâletnamede vekâlet veren ile vekili ve evleneceği kişinin tam kimlikleri ile evlenme işlemlerinin yürütülmesi için verilmiş olduğunun açıkça belirtilmesi şarttır*” (Ev. Yön. m. 17).

Evlenmek isteyen tarafların her ikisinin de yabancı olması durumunda, kendi millî hukukları uyarınca izin verilmesi şartıyla; vatandaşı oldukları ülkenin Türkiye’deki konsolosluklarında evlenebilecekleri gibi, dilerlerse yetkili Türk makamları önünde de evlenebilecekleri açıkça kabul edilmiştir (Ev. Yön. m. 12/2). Ayrıca, Evlendirme Yönetmeliği’nin 13. maddesinde “*4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamındaki yabancılardan; ikamet izni dışında Türkiye’de bulunan vatansız, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunanlar ve uluslararası koruma başvuru sahipleri ile geçici koruma kapsamına alınan yabancıların müracaatları evlendirme memurları tarafından kabul edilir*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir (Ev. Yön. m. 13/1)¹⁶⁴.

2. Evlendirmeye Yetkili Makamlar

Evlendirme memurluğu görevi, belediye bulunan yerlerde belediye başkanına veya bu işle görevlendireceği memura, köylerde ise muhtara verilmiştir. Ek olarak Bakanlık il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine, ilgili dış temsilciliklere ve “*il ve ilçe müftülüklerine*”¹⁶⁵ evlendirme memurluğu görev ve yetkisi

¹⁶³ Bakanlar Kurulu Karar Numarası ve Tarihi: 2014/7126 - 29.12.2014; RG. T. 10.02.2015 - S. 2926.

¹⁶⁴ Evlendirme Yönetmeliği’nin, “*Vatansız veya Vatandaşlık Durumu Muntazam Olmayanların Evlenmesi*” başlıklı 13. maddesi, 28 Kasım 2017 tarihinde, “*Evlenme ehliyet belgesi düzenlenmesi*” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Hükmün önceki hâlinde, “*Vatansız veya mültecilerle, vatandaşlık durumu muntazam olmayan yabancıların müracaatlarının da evlendirme memurları tarafından kabul edileceği*” belirtilmişti. Bkz. 28 Kasım 2017 tarihli ve 2017/11079 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca “*Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*”, m. 4, (RG. T. 2.12.2017 - S. 30258). 4 Nisan 2013 tarihli ve 6458 sayılı “*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*” (YUKK) için bkz. RG. 11.04.2013- S. 28615.

¹⁶⁵ Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 22/2 ek ibare, bkz. 19 Ekim 2017 tarihli ve 7039 sayılı “*Nüfus Hizmetleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”, m. 6; (RG. T. 03.11.2017 - S. 30229). Evlendirme Yönetmeliği m. 7/1 ek ibare, bkz. 28 Kasım 2017 tarihli ve 2017/11079 sayılı

verebilir (NHK m. 22/2; Ev. Yön. m. 7/1). Bununla birlikte eşlerden birinin veya her ikisinin de yabancı olması durumunda köy muhtarları¹⁶⁶ ile “il ve ilçe müftülüklerine”¹⁶⁷ evlendirme yetkisi tanınmamış, yalnızca belediye evlendirme memurluklarının ve nüfus müdürlüklerinin yetkili olduğu belirtilmiştir (NHK, m. 22/2; Ev. Yön. m. 7/2).

Kanaatimizce taraflardan birinin veya her ikisinin, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan Mavi Kartlı kişilerden olması durumunda da köy muhtarlarının ve müftülerin evlendirme yetkisi olmaması gerekir. Zira söz konusu kişiler artık Türk vatandaşı değildir. Bu anlamda yabancılara ilişkin şekli koşullara tâbi tutulmaları gerekmektedir¹⁶⁸. Bu kişiler, TVK m. 28’de belirtilen istisnalar haricinde

Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca “Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”, m. 1; (RG. T. 02.12.2017 - S. 30258). İl ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi verilmesi hakkında, resmî evlilik ilkesi ile bağdaşmadığı, din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğu ve laiklik ilkesinin ihlâl edildiği gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi’ne iptal başvurusu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi Kararı’nda, il ve ilçe müftülüklerinin Türk Medenî Kanunu’nun “Evlilik Hukuku” başlıklı kısımda belirlenen usûl ve esaslara uygun olarak ve tıpkı diğer evlendirme memurları gibi hareket edecekleri vurgulanmış, herhangi bir dinî gruba ayrıcalık tanınmadığı, kişilerin evlenme töreni esnasında dinî inançlarını beyan etmelerini gerektiren bir durum olmadığı ve müftülerin tercih etmek noktasında bir zorunluluk bulunmadığı gibi gerekçelerle, Anayasa’ya herhangi bir aykırılık görülmediğinden iptal talebi reddedilmiştir (Bkz. AYM, T. 6.12.2018, E. 2017/180 ve K. 2018/109; RG. T. 23.01.2019 - S. 30664). Doktrinde ise müftülere verilen evlendirme memurluğu yetkisi hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş uyarınca, “yine Devlet memuru olan” müftülere, nikâh kıyma yetkisi tanınması, faydalı bir düzenleme olarak görülmekte ve yeni düzenleme ile “eşlere Hukuk seçme değil sadece nikâh memuru seçme imkânı” tanındığı belirtilmektedir (Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 31). Başka bir görüş, il ve ilçe müftülerinin, “resmî evlendirme memuru statüsüne erişmesini” hem kanun yapma tekniği hem de esasa yönelik çeşitli sıkıntılar sebebiyle eleştirmektedir (Özlem Tüzüner, *Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, s. 60-77; “Müftüler”). Söz konusu görüş uyarınca, “İslâm’la büyük ölçüde örtüşen fakat İslâm Aile Hukuku’nu da her yönden teyit etmeyen Türkiye Cumhuriyeti’ne özgü müftü nikâhı” şeklinde adlandırılan düzenleme, dinî ve resmî nikâh karması şeklinde nitelendirilmekte; düzenlemenin amacını aştığı ve birçok sıkıntıyı beraberinde getirdiği belirtilmektedir (Bkz. Tüzüner, “Müftüler”, s. 81-89).

¹⁶⁶ Yerleşim yeri köy olan ve yabancı uyruklu kişilerle evlenecek Türk vatandaşlarının, yerleşim yerlerinin bulunduğu yerdeki belediye evlendirme memurluklarına ya da o yerin nüfus müdürlüğüne müracaat edebilecekleri açıkça düzenlenmiştir (Ev. Yön. m. 16/3).

¹⁶⁷ İl ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi verildikten sonra, Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından “Resmî Nikâh Yetkisi Hakkında Genelge” (S. 69097877-204-E.13744; T. 01.02.2018) yayımlanmıştır. Söz konusu Genelge’nin, “Müftülerin Yetki Alanı” başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrasında da eşlerden birinin yabancı uyruklu olması halinde müftülerin evlendirme yetkisinin olmadığı açıkça ifade edilmiştir.

¹⁶⁸ Yargıtay’ın bazı kararlarında, hatalı bir şekilde, Mavi Kart sahiplerinin, “doğumla Türk vatandaşı” olduğundan bahisle, taraf oldukları hukukî ilişkiler ve uyumsuzluklar bakımından yabancılık unsuru olmadığı sonucuna vardığı görülmektedir. “...Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 29.06.2004 tarihli 5203 sayılı Kanunla (R.G. 06.07.2004 gün ve 25514 sayı) 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 29. maddesi değiştirilmiş, yapılan değişiklikle; “..doğumla Türk vatandaşı olup da, vatandaşlıktan çıkma izni alanların ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı ergin olmayan çocuklarının, Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafien araç ve ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaya devam edecekleri..” hükmüne bağlanmıştır. **Davalı kadın doğumla Türk vatandaşı olduğuna göre, sözü edilen değişiklik gereğince Türk vatandaşlarına**

Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmakla birlikte, evlendirmeye yetkili makamlar ve başvuru usûlü açısından, tanınması gerekli bir haktan bahsedilmesi mümkün değildir.

2. Başvuru Sırasında İstenen Belgeler

Evlenmek isteyen kişilerin, evlenmek için gerekli şartlara sahip olup olmadıklarının incelenmesi ve tespiti, çeşitli belgeler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca, *“Erkek ve kadından her biri, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini*

tanınan haklardan yararlanacağı ve boşanma davasında “yabancı” muamelesine tâbi tutulamayacağı açıktır. Bu durumda dava, “yabancılik unsuru” taşımadığından, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkındaki Kanunun bu davaya tatbiki mümkün değildir” (Y. 2. HD. T. 01.04.2013, E. 2012/23566 ve K. 2013/8998 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 07.09.2017). Yargıtay başka bir kararında da aynı hatalı yaklaşımı tekrarlamıştır. **Türkiye’de yerleşim yeri olmayan** Alman uyruklu çiftin boşanma davasında, bu kişilerin doğumla Türk vatandaşı iken çıkma izniyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerden olduğu gerekçesiyle, uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşımadığına ve bu sebeple de MÖHUK’un davaya tatbikinin mümkün olmadığına karar vermiştir (Y. 2. HD. T. 03.04.2014, E. 2013/24136 ve K. 2014/7745 - Muktedir **Lale**, *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 66-67). Ayrıca bkz. Y. 2. HD. T. 21.03.2016, E. 2015/13927 ve K. 2016/5499 - <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 07.09.2017.

Buna karşılık yabancılik unsurunun varlığının kabul edildiği isabetli kararlara da rastlanmaktadır. *“...Dava, boşanmaya ilişkin olup 29.7.2005 tarihinde açılmıştır. Dosyaya alınan nüfus kaydından; tarafların ikisinin de 23.12.1998 tarihli 12264 sayılı kararlar Türk vatandaşlığından çıktıkları, çıkma belgesinin teslim alındığı 20.8.1999 ve 20.9.1999 tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kaybettikleri anlaşılmaktadır. Şu hâlde davada; hukukî ilişkisinin tarafları (öznesi) yönünden, yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, 5718 sayılı kanunla düzenlenmiştir”* (Y. 2. HD. T. 25.12.2007, E. 2006/21951 ve K. 2007/17742 - Nuray **Ekşi**, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1-2; *“Yargıtay Kararları”*). Bununla birlikte maalesef yabancılik unsurunun olmadığı yönünde verilen kararlar çoğunluktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı tarafından hazırlanan eserde, bu hususa ilişkin detaylı bir açıklamama yapılmamış olmakla birlikte sadece yabancılik unsurunun olmadığına yönelik kararlara yer verilmiş olması üzücüdür (Bkz. Gençcan, *“Milletlerarası”*, s. 96-99). Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, Türk vatandaşlığından izinle çıkan kişilerin taraf olduğu hukukî ilişki ve uyuşmazlıklar bakımından, hukukî işlemin öznesi yönünden yabancılik unsuru vardır ve doğrudan Türk maddî hukukunun uygulanarak uyuşmazlığın çözülmesi kabul edilebilir bir yaklaşım değildir (Doğan, V., *“Milletlerarası Özel”*, s. 9-10; Can/ Toker, s. 52-55). Önemle belirtmemiz gerekir ki Türk vatandaşlığından izinle çıkan kişilerin taraf olduğu hukukî ilişki ve uyuşmazlıklar bakımından yabancılik unsuru olmadığı yönünde verilen kararlardaki bir diğer sıkıntı; değerlendirmenin sadece vatandaşlık açısından yapılmış olmasıdır. Oysa taraflardan birinin yerleşim yerinin yurt dışında olması, hukukî ilişki veya uyuşmazlık açısından yabancılik unsurunun varlığının kabulü için yeterlidir. Söz konusu kararlarda, tarafların yerleşim yerinin başka bir ülkede olduğu açıkça ifade edilmiş olmakla birlikte; bu hususun yabancılik unsurunun değerlendirilmesinde dikkate alınmamış olması hatalıdır. Yurt dışında yerleşim yerine sahip iki Türk vatandaşı arasındaki hukukî olay veya ilişkide dahi yabancılik unsuru vardır (Bkz. Rifat **Erten**, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 91, *“MÖHUK m. 41”*). Mavi kart sahipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hacı **Can** ve Ekin **Tuna**, *Mavi Kartlı Yabancılar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018. Ayrıca bkz. Salimya **Ganiyeva**, *“Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk”*, *MÜHF - HAD*, C. 23, S. 2, Y. 2017, ss. 361-388, (*“Mavi Kartlılar”*)).

ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermek zorundadır”. Evlendirme Yönetmeliği’nde ise başvuru usûlü ve eklenecek belgeler, daha detaylı düzenlenmiştir.

a. Evlenme Ehliyet Belgesi

Evlenme ehliyet belgesi, kişinin evlenme anındaki millî hukukuna göre evlenme ehliyeti ve şartlarının yer aldığı ve evlenmeye sakınca bulunmadığını gösteren belge olarak tanımlanmaktadır (Ev. Yön. m. 2/ğ). Evlenme ehliyet belgesinin, Türk vatandaşları ve yetkili Türk makamları huzurunda evlenmek isteyen yabancılar açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk vatandaşları açısından, “Nüfus idarelerince aile kütük kayıtlarına dayanılarak düzenlenen ve kişinin tam künyesi ile nüfus açısından evlenmesine engel bir halinin bulunup bulunmadığını gösteren **nüfus kayıt örnekleri** evlenme ehliyet belgesi olarak kabul edilir. Evlendirme memuru, müracaat eden her Türk vatandaşından (Değişik ibare: 2014/7126 - 29.12.2014/ m.2) “nüfus kayıt örneğini veya evlenme ehliyet belgesini ister ve dosyaya ekler; Kimlik Paylaşımı Sistemini kullanan evlendirme memurlukları nüfus kayıt örneğini veya evlenme ehliyet belgesini sistem üzerinden temin eder”. Sadece nüfus cüzdanına göre evlenme yapılamaz” (Ev. Yön. m. 20/6). Görüldüğü üzere, günümüzde e-devlet projesinin yaygınlaşması ile birlikte, kimlik paylaşımı sistemini kullanan evlendirme memurluklarının, nüfus kayıt örneğini veya evlenme ehliyet belgesini sistem üzerinden “**temin edebilecekleri**” belirtilmiştir¹⁶⁹. Esasında, evlenme başvurusu sırasında istenen bütün belgelerin taraflarca temin edilmesi gerekmele birlikte; e-devlet projesi ile birlikte belgelerin temini ve kontrolü sistem üzerinden yapılmakta, evlenme engellerinden birinin bulunması durumunda sistem uyarı vermektedir. Bu sayede, sahte belge ibraz edilmesi engellendiği gibi, memurların hata yapma olasılığı da azalmaktadır.

¹⁶⁹ “Kimlik Paylaşımı Sistemi versiyon-2 “Evlenme Ehliyet Belgesi” sorgulama servisini kullanan evlendirme memurlukları, sistem üzerinden Evlenme Ehliyet Belgesini düzenleyeceklerdir. Kimlik Paylaşımı Sistemi versiyon-2 kullanamayan evlendirme memurlukları ile Kimlik Paylaşımı Sistemine bağlı olmayan evlendirme memurlukları ise Evlenme Ehliyet Belgesini bulundukları yerin ilçe nüfus müdürlüğünden temin ederek evlenme işlemini gerçekleştireceklerdir. Evlenme ehliyet belgesi, birbirleri ile evlenmelerinde engel bir durumu olmayan kişiler için kontrollü bir şekilde düzenlenmekte olup, evlenme engellerinden birinin mevcudu hâlinde sistem uyarı vermektedir. Bu durumdaki kişiler için evlenme engeli ortadan kalkmadıkça, evlendirme memurlarınca evlendirme işlemi gerçekleştirilmeyecektir” (Bkz. Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, 18/02/2015 tarihli “Evlenme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile ilgili talimat).

Türkiye’de evlenmek isteyen yabancılar açısından, yabancıların vatandaşı olduğu devletin Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu tarafından düzenlenen 20 Nolu *Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme*’ye¹⁷⁰ taraf devletlerden biri olması durumunda, ilgili Sözleşme’nin ekinde yer alan evlenme ehliyet belgesinin ibraz edilmesi gerekmektedir. Sözleşme’nin 1. maddesi uyarınca, her âkit devlet, yabancı bir ülkede evlenmek isteyen ve kendi kanununa göre bu evlenme için gerekli şartları taşıyan vatandaşına, bu Sözleşme’ye ekli örneğe uygun bir evlenme belgesi vermeyi taahhüt eder¹⁷¹. Bununla birlikte, evlenme ehliyet belgesindeki verilerin yeterli görülmemesi durumunda ek belge talep edilebilir. Elbette, evlenme engellerinin varlığı durumunda başvurunun reddedilmesi de mümkündür. Nitekim devletlerin Sözleşme’ye uygun olarak düzenlenen belgeleri kabul etme yükümlülüğü olmakla birlikte, evliliği gerçekleştirme konusunda yükümlülüğünün olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁷².

Diğer yabancılar açısından ise “*yetkili merkezi makamlarca veya o devletin yerel temsilcilikleri tarafından kişinin adını, soyadını, ana ve baba adı ile doğum tarihini ve evlenmesine engel hâlinin bulunup bulunmadığını gösterir şekilde düzenlenerek verilmiş ve usulüne göre tasdik edilmiş olan belge*” evlenme ehliyet belgesi olarak kabul edilir (Ev. Yön. m. 20/7)¹⁷³. Evlenme ehliyet belgesinin, tarafların uyuşunda bulunduğu devlet makamlarından bizzat temin edilmesi esastır. Bunun mümkün olmaması hâlinde bu belge evlendirme memurları tarafından, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü aracılığıyla da istenebilir (Ev. Yön. m.12/4). Bu bağlamda, evlenme ehliyet belgesinin taraflarca bizzat temin edilemediği durumlarda, evlenme başvurusunun reddedilmesi hukuka aykırıdır. Evlendirme memurları tarafından

¹⁷⁰ Taraf devletlerde evlenme ehliyet belgesinin şekil ve içerik bakımından yeknesaklığını temin etme amacıyla hazırlanan 20 Nolu Sözleşme, 5 Eylül 1980 tarihinde Münih’te imzalanmıştır. Almanya, Avusturya, Belçika, İspanya, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, İsviçre, Türkiye ve Moldova tarafından imzalanan Sözleşme, Belçika hariç diğer bütün devletlerde yürürlüktedir. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti açısından 1 Haziran 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG. T. 24.10.1988, S. 19969; Onay Kanunu No: 3436, Kabul Tarihi: 21.04.1988 - RG. T. 29.04.1988, S. 19799).

¹⁷¹ Türk vatandaşlarının da 20 Nolu Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme’ye taraf devletlerden birinde evlenmek istemesi durumunda, ilgili Sözleşme’nin ekinde yer alan örneğe uygun evlenme ehliyet belgesi tanzim edilecektir. Bu konuda nüfus müdürlükleri ve konsolosluklar yetkilidir.

¹⁷² Özdemir Kocasakal, “*Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar*”, s. 593-594.

¹⁷³ Evlendirme Yönetmeliği’ndeki düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, uygulamada Irak gibi bazı ülkelerin kendi politikaları gereği, kendi vatandaşlarının evlenme işlemleri için, kendi ülkelerden aldıkları belgelerle evlenmelerine izin verilmediği, evlenme ehliyet belgesinin mutlaka Türkiye’de bulunan temsilciliklerinden temin edilmesi gerektiği belirtilmektedir (Tanrıbilir, “*Evlenme*”, s. 468).

Genel Müdürlük aracılığıyla temin edilmesi ve evlenme başvurusunun mutlaka değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁷⁴.

Çifte veya çok vatandaşlığa sahip kişiler bakımından, evlenme ehliyet belgesinin teminine ilişkin durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Uygulamada, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü ile çeşitli belediyelerin evlendirme memurluklarıyla yaptığımız görüşmeler neticesinde öğrenebildiğimiz kadarıyla, çifte veya çok vatandaşlığa sahip kişilerin, vatandaşlıklarından birisi Türk vatandaşlığı ise münhasıran Türkiye'deki nüfus kayıtlarının dikkate alındığı belirtilmektedir. Eğer Türk vatandaşı değilse de vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu ülkelerin birinin yetkili makamlarından evlenme ehliyet belgesi ibraz etmesinin yeterli görüldüğü ifade edilmektedir. Kanaatimizce, bu kişilerin vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları her bir ülkeden ayrı ayrı evlenme ehliyet belgesi getirmelerinin talep edilmesi isabetli bir yaklaşım olacaktır. Nitekim uygulamada sıkça rastlanıldığı üzere; çok vatandaşlığa sahip kişiler, medenî durumlarında değişiklik meydana getiren olayları, nüfus sicillerine tescil ettirmek noktasında ihmalkâr davranmaktadır. Bazen de bilinçli olarak çeşitli sebeplerle bu tescilin yaptırılmadığı görülmektedir. Neticede kişilerin, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları her bir ülkeden ayrı ayrı evlenme ehliyet belgesi getirmeleri sayesinde, birden fazla evlilik yapmaları engelleneceği gibi, total evlilikler de büyük oranda önlenmiş olacaktır.

¹⁷⁴ “Olayda, davacının 2013 yılında Türkiye’ye giriş yaptığı ve Türkiye’den çıkmaksızın 4 yılı aşkın bir süredir Türkiye’de yaşadığı, insani ikamet izni sahibi olduğu, Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra ülkesinden nüfus açısından evlenmeye engel hâlinin bulunmadığını gösteren evlenme ehliyet belgesi-bekârlık belgesi edildiği, bu belgenin düzenlenme süresinin üzerinden 6 ay geçtikten sonra evlenme başvurusu yaptığı görülmekteyse de, davacının Çin (Doğu Türkistan) uyruklu olduğu, **Çin hükümetinin baskı ve zulmü nedeniyle ülkesine gidemediği, ülkesindeki fiili durumun davacının haklarını kullanması önünde engel teşkil etmekte olduğunun değerlendirildiği**, mevzuatımızda evlenme akdi öncesinde gerekli incelemelerin yapılmak suretiyle evlenme akdinin gerçekleştirilmesi gerektiğinin, Evlendirme Yönetmeliğinin 12. maddesinde de yer aldığı üzere yabancılar için evlenme akdi öncesinde evlenme ehliyet belgesi getirilmesi kuralının vurgulandığı **ancak evlenme ehliyet belgesinin tarafların uyuşu bulunduğu devlet makamlarından bizzat temin edilememesi hâlinde bu belgenin evlendirme memurları tarafından Genel Müdürlük aracılığı ile de istenebileceğinin, yine vatandaşlık durumu muntazam olmayan yabancıların müracaatlarının da evlendirme memurları tarafından kabul edileceği ve evlenme manilerinin bulunup bulunmadığının, Türkiye’de nüfus kaydı tutuluyorsa Genel Müdürlükten verilecek evlenme ehliyet belgesi ile henüz nüfus kaydı tesis edilmemiş ise emniyet makamlarınca tutulan dosyalardaki bilgilere göre bu makamlarca verilecek belge ile de tespit edileceği hüküm altına alınmış olduğundan**, davacının evlenmeye engel mani araştırmasının Genel Müdürlük aracılığıyla temin edilmesi yolunun kullanılabileceği, aksi hâlde temel vatandaşlık haklarının kullanılmasına dahi izin vermeyen menşe ülkesi nedeniyle başvurusunun vatandaşlık durumu muntazam olmayan yabancı müracaatları kapsamında değerlendirilerek alınıp incelenmesi gerektiği sonucuna varıldığından dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır” (İstanbul 1. İdare Mahkemesi, T. 27.09.2017, E. 1017/268 ve K. 2017/1373 - Nuray **Ekşi**, Milletlerarası Özel Hukuk I – Pratik Çalışma Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, 4. Bası, s. 28-32, (“Pratik”).

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamındaki yabancılardan; ikamet izni dışında Türkiye'de bulunan vatansız, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunanlar ve uluslararası koruma başvuru sahipleri ile geçici koruma kapsamına alınan yabancıların, evlenme ehliyet belgesinin temini açısından, Evlendirme Yönetmeliği'nin güncellenen 13. maddesi uyarınca hareket edilmelidir¹⁷⁵. Hükme göre, *“evlenme manilerinin bulunup bulunmadığı il göç idaresi müdürlüklerince tutulan dosyalarındaki bilgi ve belgelere göre il göç idaresi müdürlüklerince tespit edilerek evlenme ehliyet belgesi düzenlenir”* (Ev. Yön. m. 13/2). Bu hüküm uyarınca düzenlenen evlenme ehliyet belgelerinin, *“yabancıнын kimlik bilgilerini içerir ve kayıttaki bilgi ve belgelere göre evlenmesine engel bir hâlinin olup olmadığını belirtir şekilde”* düzenlenmesi gerekmektedir (Ev. Yön. m. 20/9). Evlenme ehliyet belgesine ek olarak *“...evlenecek kişinin pasaport ibraz etmesi, pasaportunun bulunmaması hâlinde pasaport yerine geçen seyahat belgesi veya 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa göre verilen vatansız kişi kimlik belgesi, uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi, geçici koruma kimlik belgesi gibi kişiyi tanıtıcı resimli ve onaylı bir kimlik belgesini ibraz etmesi de gerekmektedir”*¹⁷⁶. Bu suretle evlenecek kişilerin kimlik tespitinin tereddüte mahal bırakmayacak şekilde yapılması ve evlenme ehliyetinin tespiti ile ileride ortaya çıkabilecek hukukî sorunların bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır. Ancak yine de evlenme ehliyet belgesinin, il göç idaresi müdürlüklerince düzenlenmesi kanaatimizce doğru bir uygulama değildir. Nitekim il göç idaresi müdürlüklerince tutulan dosyalar, sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişinin beyanı esas alınarak dahi düzenlenebilmektedir. İlgili hüküm uyarınca, *“(1) Uluslararası koruma başvuruları valiliklerce kaydedilir. (2) Başvuru sahibi kayıt esnasında kimlik bilgilerini doğru olarak bildirmek ve varsa kimliğini ispatlayacak belge ve seyahat dokümanlarını yetkili makamlara teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, başvuru sahibinin üzerinde ve eşyalarında kontrol yapılabilir. (3) Kayıt esnasında başvuru sahibinin kimliğine ilişkin belge olmaması hâlinde, kimlik tespitinde kişisel verilerinin*

¹⁷⁵ Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ilgili hüküm, “Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile değiştirilmiştir (22.11.2017 tarihli ve 2017/11079 numaralı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. T. 02.12 2017 - S. 30258). Önceki düzenleme “...Türkiye’de nüfus kaydı tutuluyorsa Genel Müdürlükten verilecek evlenme ehliyet belgesi ile henüz nüfus kaydı tesis edilmemiş ise emniyet makamlarınca tutulan dosyalardaki bilgilere göre bu makamlarca verilecek belge ile tespit edilir” şeklindeydi.

¹⁷⁶ Bkz. Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan, 13/10/2015 tarihli “Mülteciler ve Geçici Koruma Altına Alınanların Evlenme ve Çocuklarının Tanınması” başlıklı Talimat.

*karşılaştırılmasından ve yapılan araştırmalardan elde edilen bilgiler kullanılır. **Kimlik tespit araştırmaları sonucunda da kimliğine dair bilgi elde edilememesi hâlinde, başvuranın beyanı esas alınır***” (YUKK m. 69/1-3). Geçici Koruma Yönetmeliği’nde¹⁷⁷ de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili hükme göre, “*Kimliğine ilişkin belge sunamayan yabancının, aksi ispat edilinceye kadar beyanı esas alınır*” (GKY m. 21/2-c). Bu noktada özellikle eşleriyle birlikte ülkemize gelemeyen kişilerin, medenî durumları hakkında yanıltıcı bilgi vermeleri ihtimâl dâhilindedir¹⁷⁸. Dolayısıyla da Türkiye’de yeniden evlenmeleri, tek eşlilik ilkesini benimseyen Türk kamu düzenini ihlâl edeceği gibi; evli olduklarının sonradan anlaşılması durumunda butlan davalarını da beraberinde getirecektir. Neticede, evlenme hakkının AIHS ile korunan temel insan haklarından biri olması da dikkate alındığında, evlenme hakkının kısıtlanması mümkün olmamakla birlikte, kanaatimizce evlenme ehliyet belgesi düzenlenmeden önce en azından daha detaylı araştırma yapılması şimdilik en mâkul yol olarak görülmektedir.

Son olarak vurgulamamız gerekir ki evlendirme memuru, evlenme ehliyet belgesine göre hareket etmek zorundadır. Söz konusu belgede evlenme engeli taşıdığı belirtilen kişi hakkında, takdir yetkisini kullanarak yeniden değerlendirme yapması ve evlenmeye izin vermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Buna karşılık, evlenme ehliyet belgesi olmasına rağmen evlenme izni verilmemesi ihtimâl dâhilindedir. Nitekim evlendirme memurunun evlenme şartlarının sağlanıp sağlanmadığına ilişkin değerlendirme yetkisi, evlenme töreni sona erene kadar devam etmektedir¹⁷⁹.

b. Önceki Evliliği Sona Ermiş ise Buna İlişkin Belge

Evlenmek isteyen erkek ve kadından her biri “*önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi*” evlendirme memurluğuna vermek zorundadır (TMK m. 136). Zira aşağıda da ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, “*mevcut evlilik*” evlenme engelleri arasında sayılmış ve yeniden evlenmek isteyen kimsenin, önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır (TMK m. 130). Evlendirme

¹⁷⁷ RG. 22.10.2014 – S. 29153.

¹⁷⁸ Doktrinde, geçici koruma altındaki Suriye vatandaşlarının çocuk yaşta evliliklerine ilişkin yayımlanan bir çalışmada da Suriyelilerin Türkiye’ye kitlesel giriş yapmaları ve medenî hâllerinin beyan esasına dayanması sebebiyle, bu kişilerin evlilikleri hakkında sağlıklı veriye ulaşılamadığı vurgulanmaktadır. Bkz. Ayşe Elif **Ulus Karataş**, “Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 1, Y. 2020, ss. 21-81, s. 25-26; (“Çocuk Yaşta Evlilikler”).

¹⁷⁹ İkizler, s. 81-82.

Yönetmeliği'nde ise Kanun'u aşan bir hükme yer verilmiştir. İlgili hükme göre “*Nüfus kaydına göre evli görünen bir kimse yeniden evlenemez. Müracaat sırasında, önceki evliliğin ölüm, boşanma veya evliliğin herhangi bir sebeple mahkeme kararı ile son bulmuş olması halinde, evlenme engeli ortadan kalkar. Ancak buna rağmen, bu durum aile kütüklerine tescil edilmedikçe yeniden (Değişik ibare: 2014/7126 - 29.12.2014/ m.7/c) “evlenme” yapılamaz*” (Ev. Yön. m. 15/1-b). Esasında doğum, ölüm, gaiplik, evlenme, boşanma ve evlenmenin iptali gibi nüfus olaylarına ilişkin bildirim yükümlülüğü ve bu olayların sicile tesciline ilişkin hususlar, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda ve Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde (NHUY)¹⁸⁰ detaylı bir şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, özellikle yurt dışında gerçekleşen olaylar açısından bildirim yükümlülüğüne uyulmaması veya yetkili memurun görevini yerine getirmemesi gibi sebeplerle, nüfus kayıtları ile gerçek durumun birbirine uymaması ihtimâl dâhilindedir. Ancak yine de Türk Medenî Kanunu'nda sadece önceki evliliğin sona erdiğinin ispatlanması yeterli görülmüşken, Yönetmelik hükümleriyle mutlaka aile kütüğüne tescilin aranması, hukukî yerindelik bakımından tartışmaya açıktır.

Doktrinde bu konuya ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş uyarınca, önceki evliliğin ölümle sona ermesi durumunda ölüm belgesi ve nüfus kaydının; boşanma ya da butlanla sona ermesi hâlinde ise bunlara ilişkin kesinleşmiş mahkeme ilamının evlendirme memuruna sunulmasının ispat için yeterli olduğu ifade edilmektedir¹⁸¹. Buna karşılık bir başka görüş uyarınca, nüfus kayıtlarında ölümüne veya boşanma ilâmına ilişkin kayıt görünmemesi durumunda, evlendirme memurunun evlendirme yapmayacağı (*yapmaması gerektiği*) belirtilmektedir¹⁸². Kanaatimizce ilk görüş kanunî düzenlemeye daha uygundur. Yönetmelik hükümleriyle veya yorum yoluyla ispat olanağının daraltılması, kanunilik ilkesine aykırıdır. Uygulama açısından değerlendirdiğimizde ise Türk vatandaşları açısından, “*Nüfus idarelerince aile kütük kayıtlarına dayanılarak düzenlenen ve kişinin tam künyesi ile nüfus açısından evlenmesine engel bir halinin bulunup bulunmadığını gösteren nüfus kayıt örnekleri*” (Ev. Yön. m. 20/6) evlenme ehliyet belgesi olarak kabul edildiğinden, önceki evliliğin sona erdiğine ilişkin belgeye sahip olsalar dahi, Kimlik Paylaşımı Sistemi üzerinde evli

¹⁸⁰ Cumhurbaşkanlığı Karar Sayısı: 2505 – T. 08.05.2020; RG. T. 09.05.2020 – S. 31122. İlgili Yönetmelik ile 29 Eylül 2006 tarihli ve 2006/11081 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan “*Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*” (NHKUY) yürürlükten kaldırılmıştır (NHUY m. 75).

¹⁸¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 59.

¹⁸² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 50.

görüneceklerinden sistem evlenme ehliyet belgesi düzenlenmesine izin vermeyecektir. Dolayısıyla da bu gibi durumlarda öncelikle sicildeki kaydın gerçek duruma uygun olarak düzeltilmesi gerekecektir. Olması gereken hukuk açısından, Kanun'daki düzenlemenin yeniden ele alınması ve aile kütüğüne tescil şartının kanun hükmüyle getirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Türkiye'de evlenmek isteyen yabancılar açısından ise kendi ülkesinin yetkili makamlarından, evlenmesine engel bir hâli olmadığını ispatlayan evlenme ehliyet belgesi temin etmiş olması yeterli görülmektedir.

c. Sağlık Raporu

Türk Medenî Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca, evlenmek isteyen erkek ve kadından her biri evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren **“sağlık raporunu”** evlendirme memurluğuna vermek zorundadır¹⁸³. Evlendirme Yönetmeliği'nde ise *“Resmi veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarından alınacak sağlık raporu/resmi sağlık kurulu raporu”* evlenme dosyalarında bulunacak belgeler arasında sayılmıştır (Ev. Yön. m. 20/1-c). Doktrinde, ilk başvuru esnasında sadece sağlık raporunun yeterli olduğu, *“akıl hastası olmadığını veya evlenmesinde tıbbi sakınca bulunmadığını”* belgeleyen resmî sağlık kurulu raporunun, ancak başvurunun incelenmesi aşamasında tereddüt duyulması hâlinde TMK m. 137 uyarınca istenebileceği ifade edilmektedir¹⁸⁴.

Evlendirme Yönetmeliği'nde, sağlık raporu alınmaması durumunda evlendirme işleminin yapılmayacağı vurgulanmış ve sağlık raporuyla ilgili usûl ve esasların, sağlık alanındaki değişen ve gelişen şartlar da dikkate alınmak suretiyle Sağlık Bakanlığı'nca

¹⁸³ Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu tarafından hazırlanan ve 8 Eylül 1976 tarihinde kabul edilen *Evlilik Hukukuna İlişkin Tavsiye Kararı*'nda, tıbbi bir muayenenin sonuçlarının evlenme için ön şart olarak belirlenemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Türkiye'nin sağlık raporuna ilişkin uygulamasının bu tavsiye kararını ihlâl ettiği söylenebilir. Lâkin tavsiye kararının, hukukî olarak herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Ancak getirdiği prensipler itibarıyla, günümüz milletlerarası aile hukukunun asgari şartlarını tespit ettiği söylenebilir. Tavsiye kararında, ICCS üyesi devletlerde, evlenmenin, kadın ve erkeğin yetkili makam önünde beyan ettikleri özgür iradelerine dayandığı vurgulanmıştır. Ülkeler arasındaki farklılıklara rağmen, evlenmeye ilişkin temel konularda geniş bir görüş birliği sağlandığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Komisyon, üye devletlerin yasama organlarına çeşitli tavsiyelerde bulunmuştur. Söz konusu Tavsiye Kararı için bkz. http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Accueil, (ET. 01.09.2017). Ayrıca bkz. Rona Aybay, “Uluslararası Kişisel Hâl Komisyonu (CIEC) Genel Kurulunun Evlilik Hukukuna İlişkin Tavsiye Kararı”, *AÜSBFD*, C. 34, S. 1, Y. 1979, ss. 87-92, (“CIEC”).

¹⁸⁴ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 62. Aynı yönde bkz. Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 60; İkizler, s. 66.

yayımlanacak genelgeyle¹⁸⁵ belirleneceği ifade edilmiştir (Ev. Yön. m. 20/2). “Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname”¹⁸⁶ uyarınca da sağlık raporu verilmeden önce muayenenin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin usûller belirlenmiştir. Uygulamada ise evlendirmeye yetkili belediyeler, evlenmek isteyen kişilerin getirmesi gerekli belgeleri önceden açıklamakta, birtakım testler yaptırmalarını ve bu testlere göre düzenlenecek sağlık raporunu getirmelerini istemektedir¹⁸⁷.

Evlenmeden önceki sağlık kontrolleri, şekle ilişkin hususlar kapsamındadır ve dolayısıyla da yapıldığı yer hukukuna tâbidir. Bu bağlamda, Türk hukukunun öngördüğü şekli şartlardan biri olması itibarıyla, yabancı ülke vatandaşları da evlenmelerine engel bir hastalıkları olmadığına dair sağlık raporu sunmak zorundadır. Ancak hangi hastalıkların evlenmelerine engel nitelikte olduğu, ileride inceleyeceğimiz üzere evlenmenin maddî şartları kapsamındadır. Dolayısıyla da taraflardan her birinin millî hukuku uyarınca hangi hastalıkların bu kapsamda olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

d. Rıza veya İzin Belgesi

Türk vatandaşları açısından, Türk Medenî Kanunu’nun 136. maddesi uyarınca, erkek ve kadından her biri, küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini evlendirme memurluğuna vermek zorundadır¹⁸⁸. Evlendirme Yönetmeliği’nin 20. maddesinin 4. fıkrasında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, “Yaşlarının küçüklüğü veya kısıtlama sebebiyle evlenmeleri ana, baba veya vasinin rızası ya da hakimin iznine bağlı olanlar, **müracaat sırasında beyannameye bunların rızalarını gösterir belgeyi ya da hakimin izin belgesini eklemek zorundadır**. Rıza belgeleri ana, baba veya vasi tarafından bizzat evlendirme memurunun huzurunda imzalanarak imza tasdiki evlendirme memuru tarafından yapılabileceği gibi, rıza gösteren şahısların imzalarının yetkili merciler tarafından tasdik edilmiş olması şartı ile

¹⁸⁵ Doktrinde bir görüş uyarınca, evlenme hakkının sınırlandırılmasının kanunla ayrıntılı düzenlemeler yapılmaksızın bir genelgeye bırakılması, yasama yetkisinin devri niteliğinde görülmekte ve eleştirilmektedir (Özge Yücel, “Evlilik Öncesi Muayene ve Testlerin Hukuksal Niteliği”, *Adli Bilimler Dergisi*, C. 8, S. 4, Aralık 2009, ss. 37-47, s. 39).

¹⁸⁶ RG. T. 21.09. 1931 - S. 1904.

¹⁸⁷ Yücel, s. 40.

¹⁸⁸ Yasal temsilcinin izni, aşağıda evlenmenin maddî şartları kapsamında daha detaylı bir şekilde incelenecektir. Bu başlık altında sadece, evlenme başvurusu sırasında eklenmesi gereken belgelerden biri olması itibarıyla yer verilmektedir.

rıza belgeleri imzalı olarak da sunulabilir. Ana ve babadan birinin ölmüş olması halinde sağ olan veya boşanma halinde velayet verilmiş olan tarafın imzası yeterlidir. Rıza belgesi vasi tarafından imza edildiği takdirde vasi tayinine dair mahkeme kararı istenir ve dosyaya eklenir”.

Uygulamada, evlenme beyannamesinde yasal temsilcinin izni için yer ayrıldığı, yasal temsilcinin bu belgede yer alan “*evlenmeye izin veriyorum*” şeklinde bir beyanla evlenmeye izin verip belgeyi imzaladığı ve evlendirme memuru tarafından da imzanın yasal temsilciye ait olduğunun onaylandığı ifade edilmektedir¹⁸⁹. Diğer yandan yasal temsilcinin başvuru esnasında hazır bulunması zorunlu değildir. Evlendirme Yönetmeliği m. 20/4’te belirtildiği üzere “*imzalarının yetkili merciler tarafından tasdik edilmiş olması*” şartıyla, ayrı bir belgenin de sunulması mümkündür. Hükümde geçen “*yetkili merciler*” noterler olabileceği gibi, yasal temsilcinin yurt dışında olması durumunda konsolosluk tarafından imzaların onaylanması da yeterli olacaktır.

3. Başvurunun İncelenmesi

Evlendirme memuru, evlenme başvurusunu ve buna eklenmesi gereken belgeleri, Türk Medenî Kanunu, Evlendirme Yönetmeliği ve Nüfus Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan genelge ve talimatlar çerçevesinde inceler. Başvuruyu alan evlendirme memurunun,

- *evlenme talebine dair beyannamenin usulüne göre doldurulup imza edilip edilmediğini,*
- *evlenme ehliyet belgesi ile nüfus cüzdanı arasında bir fark olup olmadığını,*
- *fark varsa bu farklılığın şahısta hataya sebebiyet verecek nitelikte olup olmadığını,*
- *yaşlarının küçüklüğü veya kısıtlama sebebiyle ana, baba veya vasinin rızası ya da hâkimin izninin zorunlu olduğu durumlarda rızanın veya hâkim izninin, rıza belgesi vasi tarafından imzalanmışsa vasi tayinine dair mahkeme kararının bulunup bulunmadığını*

¹⁸⁹ İkizler, s. 66-67.

kontrol etmesi gerekmektedir (Ev. Yön. m. 21/1). Evlendirme memurunun başvuruda bir noksanlık görmesi durumunda, bu eksikliği tamamlaması veya tamamlatması gerekmektedir (TMK m. 137/1).

Yapılan inceleme neticesinde, evlendirme memuru evlenmeye izin verebileceği gibi, gerekli koşulların sağlanmaması durumunda başvurunun reddi de mümkündür.

a. Evlenme İzni

Evlendirme memuru, evlenme başvurusunun incelenmesi sonucunda evlenme koşullarının varlığını, evlenmelerine engel bir durumun bulunmadığını ve belgelerinin de tam olduğunu tespit ederse veya aşağıda göreceğimiz üzere ret kararı mahkemece kaldırılırsa, evlenecekler evlenme gün ve saatini bildirir (TMK m. 139/1, Ev. Yön. m. 22/1). Taraflar hemen evlenmek istemiyorlarsa, yurt içinde veya yurt dışında evlendirmeye yetkili makam huzurunda evlenme hakkı tanıyan, altı ay boyunca geçerli evlenme izin belgesi talep edebilirler (TMK m. 139/2, Ev. Yön. m. 22/2-3).

Evlenme izin belgesi, evlenme şartlarının başvuru zamanında sağlandığını göstermektedir. Lâkin şartların zaman içerisinde olumsuz yönde değişmesi ihtimâli her zaman vardır. Bu sebeple, evlenme izin belgesinin kullanımı zaman yönünden sınırlandırılmış ve belgenin geçerlilik süresi altı ay olarak belirlenmiştir¹⁹⁰. Bu sürenin nispeten uzun bir süre olduğu, İsviçre hukukunda, altı aylık süre, “*birçok değişikliğin gerçekleşebileceği kadar uzun bir süre olarak değerlendirildiği için*”, evlenme izin belgesinin geçerlilik süresinin üç aya indirildiği ifade edilmektedir¹⁹¹.

b. Başvurunun Reddi ve Başvurunun Reddine İtiraz

Evlenme başvurusunun reddi yetkisi, TMK m. 137 gereğince evlendirme memuruna tanınmıştır. Reddi gerektiren hâllerin sayıldığı hükmün ikinci fıkrası uyarınca, “*Başvurunun usulüne uygun olarak yapılmadığı veya evleneceklerden birinin evlenmeye ehil olmadığı ya da evlenmeye yasal bir engel bulunduğu anlaşılırsa, evlenme başvurusu reddolunur ve durum evlenecekler yazıyla hemen bildirilir*” (TMK m. 137/2).

¹⁹⁰ İkizler, s. 68.

¹⁹¹ İkizler, s. 68.

Evlendirme Yönetmeliği'nde, evlendirme memurunun başvuruyu reddetme yetkisi 23. maddede düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, evlenme dosyasının incelenmesi sonucunda, Evlendirme Yönetmeliği'nin 15. maddesinde sayılan evlenme engellerinden herhangi biri tespit edildiği takdirde, evlendirme memurunun evlenme yapmayı reddedeceği ifade edilmektedir. Evlenmenin reddine dair kararın gerekçeli ve yazılı olarak taraflara bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ret kararında tespit edilen evlenme engelinin mevcut olmadığı belgelerle ispatı sağlanmadığı ve eğer engel nüfus kütüklerindeki bir işlem eksikliği sebebiyle ortaya çıkmışsa, bu eksiklik tamamlanmadığı sürece evlenmenin yapılamayacağı vurgulanmaktadır (Ev. Yön. m. 23). Hükümde, sadece Evlendirme Yönetmeliği'nin 15. maddesinde sayılan sebeplerden bahsedilmiş olmakla birlikte; TMK m. 137/2 ve TMK m. 140 hükümleri de nazara alınarak evlendirme memurunun evlenmenin bütün şekli ve maddi şartlarına ilişkin inceleme yapacağı ve inceleme neticesinde başvuruyu reddetme yetkisinin geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹².

Evlendirme memurunun ret kararına karşı, evleneceklerden her birinin mahkemeye başvurma imkânı vardır (TMK m. 138/1-c.1). Redde itiraz konusunda yetkili ve görevli mahkeme, red kararını veren evlendirme memurluğunun bulunduğu yer aile mahkemesidir¹⁹³. Kural olarak redde itiraz, mahkemece, evrak üzerinden incelenip kesin karara bağlanır (TMK m. 138/1-c.2). Ancak mutlak butlan sebeplerinden birinin bulunduğu ilişkin ret kararlarına karşı açılan davaların, basit yargılama usûlüyle görülmesi gerekmektedir¹⁹⁴ (TMK m. 138/2). Redde itirazın hangi süre içerisinde yapılabileceğine ilişkin kanunî düzenleme olmamakla birlikte; başvurudan altı ay geçtikten sonra evlenmenin yapılamayacağından yola çıkılarak, mahkemeye, bu altı ay içinde karar alınacak şekilde başvurulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁵.

¹⁹² İkizler, s. 74.

¹⁹³ Öztan, s. 173; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 67; İkizler, s. 80.

¹⁹⁴ Türk Medenî Kanunu'nun 138. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "ve Cumhuriyet savcısının hazır bulunmasıyla" ibaresi, 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'un 31/c maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır (RG. 14.04.2011 – S. 27905).

¹⁹⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 67.

4. Evlenmeye İtiraz

Evlendirme Yönetmeliği'nin 24. maddesi uyarınca, *“ilgililere”*, evlenmeye itiraz hakkı tanınmıştır. Buna göre, müstakbel eşlerin evlenmeye ehil olmadıkları veya evlenme engellerinden birinin bulunduğu ileri sürülerek¹⁹⁶, *“evlenme gününden önceki günün mesai saati bitimine kadar”* evlenmenin yapılmasına yazılı olarak itiraz edilmesi mümkündür. Bu hüküm kapsamında, ilgililerin kimler olduğuna dair açıklama bulunmamakla birlikte, bu kavramın geniş yorumlanması gerekmektedir. Örnek olarak; anne, baba, vasi, mirasçılar, evleneceklerden birinin zaten evli olması durumunda karısı veya kocası, evleneceklerden birine karşı nafaka talebi hakkına sahip olan kişiler ve yakın hısımların itiraz hakkına sahip olduğu ifade edilebilir¹⁹⁷. Mutlak butlan sebeplerinden birinin var olması durumunda, Cumhuriyet Savcıları'nın da evlenme yapıncaya kadar evlenmeye itiraz edebilecekleri hükme bağlanmıştır (Ev. Yön. m. 25/1).

Evlenmeye itiraz usûlü, itiraz sebebine dayanarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. İtiraz evlenme engellerinden birine dayanıyorsa, *“bununla ilgili belgelerin dilekçeye eklenmesi veya hiç olmazsa bir maniye dair inandırıcı belgelerin verilmesi gereklidir”*. Diğer sebeplere dayanarak yapılan itirazlarda, itiraz dilekçesinde itiraz edenin açık kimliği, adresi ile imzasının bulunması şarttır (Ev. Yön. m. 24/3-4). Ek olarak, evlenme engelinin bulunduğu iddiasıyla, Cumhuriyet Savcılığı'na ihbar yapılması da mümkündür. Söz konusu ihbar, Cumhuriyet Savcılığı tarafından ciddi bulunduğu takdirde evlendirme memurluğuna bildirilir (Ev. Yön. m. 25/2).

Söz konusu itiraz veya savcılık tarafından yapılan bildirim üzerine, evlendirme memuru tarafından gerekli ön inceleme yapılır. Yapılan inceleme neticesinde, itirazın aksini gösterir bir belgenin evlenme dosyasında bulunduğu anlaşılmaması üzerine, itiraz derhâl reddedilir ve taraflara bilgi verilir. Aksi takdirde, usûlüne uygun biçimde yapılmış itirazların yirmi dört saat içerisinde taraflara duyurulması ve cevap verilmesi için on günlük süre tanınması ve varsa iddianın aksini gösterir belgelerin gönderilmesinin talep edilmesi gerekmektedir (Ev. Yön. m. 24/5-6). Taraflarca ilgili

¹⁹⁶ Bu sebepler haricinde, tarafların ahlaki özelliklerine ilişkin kötü ithamların veya zaten başka biriyle nişanlı olduğu gibi itirazların dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir (Velidedeoğlu, s. 85).

¹⁹⁷ Bu örnek mahiyetinde saydığımız kişilerin bir kısmı, yürürlükteki Evlendirme Yönetmeliği'nden önce uygulanan 1 Eylül 1926 tarihli Evlendirme Talimatnamesi'nde itiraz hakkı olanlara örnek olarak sayılmıştı. Ancak Evlendirme Yönetmeliği'nde itiraz hakkı olan ilgililerin kim olduğuna dair açıklayıcı bir hükme yer verilmemiştir (Bkz. Velidedeoğlu, s. 85; Tekinay, *“Aile Hukuku”*, s. 106; İkizler, s. 88).

belgelerin gönderilmesi veya on günlük sürenin dolması neticesinde yapılan incelemede, evlendirme memuru, itirazı yerinde görürse evlendirme yapmayı reddeder. Buna karşılık, *“İtirazın gerçek olmadığı veya mevcut olsa dahi iddia edilen engelin daha sonra hukukî bir işlem ile ortadan kalkmış olduğu tespit edilirse evlenme memuru itirazı reddeder. Sonuç, taraflara ve itiraz edene bildirilir ve evlenme işlemi yürütülür”* (Ev. Yön. m. 24/6).

Evlenmeye itirazın, Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapıldığı durumlarda, itirazın yerinde görülmediğinin Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmesi gerekmektedir. Bildirim sonrasında, *“Cumhuriyet Savcılığınca 10 gün içinde **evlenmenin men'i davasının** açıldığıının bildirilmemesi hâlinde”* evlenmenin yapılması mümkündür. Evlenmenin gerçekleştiği sonucunun, gerekçeli olarak Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmesi gerekmektedir (Ev. Yön. m. 25/2). Evlendirme Yönetmeliği'ndeki düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, doktrinde *“evlenmenin önlenmesi”* davasının açılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Zira 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde düzenlenen *“Evlenmeye itiraz davasına”*, yeni Medenî Kanun'da yer verilmemiştir. Bu sebeple de Evlendirme Yönetmeliği'ndeki *“Evlenmeye itiraz”* maddelerinin, artık kanunî dayanağının kalmadığı belirtilmektedir. Neticede evlendirme memurluğuna evlenme engelleri bildirilmiş olmasına rağmen tarafların evlenmesinde bir sakınca görülmemiş ve evlenme izni verilmiş ise evlenmeye itiraz davasının açılmaması gerektiği savunulmaktadır¹⁹⁸.

5. Evlenme Töreni

Evlenme töreni, evlendirme dairesinde veya tarafların talebi üzerine evlendirme memurunun uygun bulacağı başka bir yerde, evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip ergin iki tanığın önünde açık olarak yapılır (TMK m. 141; Ev. Yön. m. 27/1). Kanun'da tanık kelimesi tercih edilmiş olmakla birlikte, Evlendirme Yönetmeliği'nde sonradan yapılan değişiklikler sebebiyle yeknesak bir kullanım söz konusu değildir. Bazı maddelerde tanık (m. 27/1) bazı maddelerde ise şahit (m. 27/4 ve m. 28) kelimesi tercih edilmiştir. Bilindiği üzere uygulamada da *“nikâh şahidi”* ifadesi daha yaygın kullanılmaktadır.

¹⁹⁸ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 64.

Nikâh şahidi olabilmenin şartlarına baktığımızda, TMK m. 141’de sadece ayırt etme gücü ve erginlik şartlarının arandığı görülmektedir. Evlendirme Yönetmeliği’nde ise “*Şahit olabilmek için "ergin" ve mümeyyiz olmak ve **tanıklık ettiği kişiyi tanımak şarttır. Görünüşleri itibariyle mümeyyiz olmadıkları ve evlenecek tarafı tanımadığı anlaşılanlar şahitlik yapamazlar. Şahit, evlenme isteğine ait iradelerin açıklanmasına dair bildirimlerin serbestçe yapıldığına, tanıklık ettiği kişinin kimliğinin doğruluğuna ve “evlenmenin” yapıldığına şahittir***” (Ev. Yön. m. 28). Görüldüğü üzere, Evlendirme Yönetmeliği’nde, yine Türk Medenî Kanunu’nu aşan bir düzenleme yer almaktadır. Kişinin tanıklık ettiği kişiyi tanımamasının şart olarak aranması bir yana, evlenecek kişiyi tanıyıp tanımadığına dair değerlendirmenin, evlendirme memuru tarafından nikâh esnasında nasıl yapılacağı da merak konusudur. Uygulamada ise sadece “*Sayın ile’in evlenme beyanlarını duydunuz, şahitlik ediyor musunuz?*” sorusuyla yetinilmektedir¹⁹⁹.

Nikâh şahidi olacak kişilerin Türk vatandaşı olması zorunlu değildir. Şahitlik açısından, kadın ve erkek ayrımı yapılmadığı gibi; vatandaşlık durumu ya da kişinin vatansız veya mülteci olmasının da tanıklığa engel olmadığı ifade edilmektedir²⁰⁰. Lâkin bu kişilerin Türkçe bilmemesi durumunda, nişanlılardan birinin veya ikisinin de yabancı olması durumunda olduğu gibi, nikâh esnasında tercüman bulundurulması gerekecektir (Ev. Yön. m. 27/6).

Evlendirme Yönetmeliği’nde, evlenme töreninin evlendirme dairesi haricinde nerede yapılabileceğine ilişkin kapsamlı bir hükme yer verilmiştir. İlgili hükme göre, “*Evlenme törenlerinin ilgili makamlarca bu iş için tahsis edilmiş olan resmi salon veya yerlerde yapılması esastır. Ancak tarafların isteği üzerine;*

- a) *İkametgâhlarda, özel bina veya salonlarda,*
- b) *Tutuklu veya hükümlüler için Cumhuriyet Savcılığınca izin verilmesi üzerine ceza veya tutukevinde,*
- c) *Hastalar için baştabibin veya müdürün izin vermesi üzerine hastanelerde evlenme yapılabilir.*

Evlenme töreninin yapılması istenen, ancak evlenmenin mahiyeti ile bağdaşmayan veya tarafların serbestçe iradelerini açıklamalarına imkân vermeyen

¹⁹⁹ Bkz. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan “*Evlendirme Yönetmeliği Uygulaması*” isimli kitapçık; Suat **Küçük** (Hazırlayan), *Evlendirme Yönetmeliği Uygulaması*, Ankara 2017, 1. Baskı, s. 26.

²⁰⁰ Küçük, s. 23 ve s. 24.

yerlerde veya mabetlerde resmi evlenme töreni yapılamaz. Bu durumda evlendirme memuru evlenmeyi erteler” (Ev. Yön. m. 26).

Türk hukukunda temsilci vasıtasıyla evlenmenin mümkün olmaması sebebiyle, evlenmek isteyen tarafların birlikte ve aynı zamanda evlendirmeye yetkili makam önünde hazır bulunmaları gerekmektedir²⁰¹. Vekâletle evlenme yapılması mümkün değildir (Ev. Yön. m. 27/3). Dolayısıyla evlenmede, “*iradî temsilci*” ve “*beyan aracısı*” kullanılmasına izin verilmemektedir²⁰². Yalnızca Türkçe bilmeyen yabancılar için tercüman ve işaret diliyle cevap verecek sağır ve dilsizler açısından lüzum görülmesi durumunda işaret dilini çevirebilecek birinin bulundurulması gerekmektedir (Ev. Yön. m. 27/5-6). Bu durum beyan aracılığı olarak nitelendirilmemekte, yalnızca çevirmenlik hizmeti olarak görülmektedir²⁰³.

Evlenme töreninin şekli, TMK m. 142 ve Evlendirme Yönetmeliği m. 27/4 uyarınca açıklanmıştır. İlgili hükümler uyarınca, evlendirme memuru, önceden tespit edilen tören yeri ve zamanında, şahitlerin önünde, kadın ve erkekten her birine ayrı ayrı olmak üzere birbirleriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, kadın ve erkeğin olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur²⁰⁴. Bu olumlu cevapların iki şahit tarafından da duyulduğunun doğrulanması üzerine, evlendirme memuru, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile Kanun’a uygun olarak yapılmış olduğunu yüksek sesle açıklar. Daha sonra evlenme kütüğünü taraflara ve şahitlere imzalatır ve kendisi de tarih ve saat koyarak imzalar. Bu noktada evlendirme memurunun yaptığı açıklama kurucu değil, sadece bildirici (*açıklayıcı*) niteliktedir²⁰⁵. O kadar ki kadın ve erkeğin olumlu sözlü cevaplarını verdikleri andan sonra henüz memur açıklama yapmadan önce, memurun veya taraflardan birinin ölmesi hâlinde dahi evlenmenin tamam olduğu vurgulanmaktadır²⁰⁶. Aynı şekilde, evlenme kütüğünün imzalanmaması da evlenmenin geçersizliğine yol açan şekli eksikliklerden biri olarak değerlendirilemez.

Önemle belirtmemiz gerekir ki zorla evlenmeleri önlemek açısından, Evlendirme Yönetmeliği’nde evlendirme memuruna, “*evlenmeyi yapmaktan çekinme*”

²⁰¹ Alman hukukunda da evlenme iradesinin açıklanması sırasında tarafların hazır olması, iradenin şahsen açıklanması zorunludur. Evlenme iradesinin şarta veya süreye bağlı olarak açıklanması da mümkün değildir (BGB § 1311).

²⁰² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 34.

²⁰³ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 34.

²⁰⁴ Tarafların evlenmeye ilişkin olumlu beyanlarının, herhangi bir şarta veya süreye bağlanması mümkün değildir. Zira evlenme şart kabul etmeyen işlemidir (Velidedeoğlu, s. 88).

²⁰⁵ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 32; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 68; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 48.

²⁰⁶ Velidedeoğlu, s. 90-91.

yetkisi tanınmıştır. İlgili hükme göre, “*Evlenmenin yapılacağı sırada taraflardan birinin iradesinin serbestçe açıklanmasını engelleyici ruh hali içinde bulunduğu davranışlarından açıkça anlaşılması halinde evlendirme memuru bu durumu taraflara bildirerek evlenmeyi erteleyebilir*” (Ev. Yön. m. 29). Dolayısıyla, evlenme töreni esnasında, evlendirme memurunun gerçekten istenerek olumlu cevap verilmiş olup olmadığı konusunda şüpheyi düşmesi durumunda, evlenme akdini yapmaktan kaçınması gerekmektedir²⁰⁷. Aynı şekilde, evlenme şartlarının bulunmadığının anlaşılması veya belgelerin verilmesinden başlayarak altı ayın geçmesi durumunda da evlendirme memuru evlenme törenini yapamayacaktır (TMK m. 140). Başka bir anlatımla, evlendirme memurunun başvuruyu kabul etmesi ve evlenme izin belgesi verilmesi, evlenme töreninin gerçekleşmesi açısından mutlak bir hak sağlamamaktadır²⁰⁸. Evlendirme memurunun evlenme şartlarının sağlanıp sağlanmadığına ilişkin yetkisi, evlenme töreni sona erene kadar devam etmektedir²⁰⁹.

Son olarak, “*nişanlılardan birinin ölümünden sonra yapılan evlenmelerin*” (*posthumous marriages*) kısaca açıklanmasında fayda vardır. Tarihi süreçte, Avusturya, İspanya ve Polonya’da kabul edilen ölümden sonra evlenme, Fransa’da hâlen uygulanmaktadır²¹⁰. Fransız hukukunda, belirli şartlar çerçevesinde ve devlet başkanının izniyle, nişanlılardan birinin ölümünden sonra evlenme kabul edilmiştir (*Fransız Medenî Kanunu, m. 171*). Böyle bir evliliğin gerçekleşebilmesi için, tarafların evlenmeyi ciddi bir şekilde planladıklarının ispat edilmesi gerekmektedir. Bu tarz evlilikler zaman zaman dünya basınında yer almaktadır. 2014 yılında gerçekleşen olayda, düğüne bir ay kala nişanlısının kalp krizi sebebiyle vefat etmesi üzerine Bayan Pascale, devlet başkanının izniyle, ölen nişanlısı Michael ile evlenme hakkı elde etmiştir²¹¹. Diğer bir örnekte, Magali ve Jonathan, evlenme isteklerini yerel evlendirme memurluğuna bildirmelerinin ardından iki gün sonra gerçekleşen trafik kazasında

²⁰⁷ Havutçu, s. 1375. Fransız hukukunda, zorla evlenmeleri engellemek amacıyla, evlendirme memuruna daha kapsamlı yetkiler tanınmıştır. Fransız Medenî Kanunu’nun 146. maddesine göre, tarafların karşılıklı uygun iradelerinin eksikliği halinde evlenme meydana gelmeyecektir. Evlendirme memuru, tarafların iradelerinin serbest ve özgür olduğunda tereddüt ederse, tarafları ayrı ayrı ya da birlikte dinlemek suretiyle; hâl ve şartlardan zorla evlendirmeye dair ciddi emareler olduğu kanaatine varırsa, savcılığı harekete geçirebilme yetkisine sahiptir. Bu durumda savcılık, kendisine başvurulması tarihinden itibaren iki hafta içinde, evlenme akdinin engellenmesi veya evlenmenin yapılması yönünde karar verebilir. Bu süre içinde yaptığı araştırmada bir sonuca varamaması durumunda ise evlenmenin ertelenmesine karar vermesi mümkündür (Havutçu, s. 1358).

²⁰⁸ İkizler, s. 81.

²⁰⁹ İkizler, s. 81-82.

²¹⁰ Tekinalp/ Uyanık, s. 134.

²¹¹ İlgili haber için bkz. <https://www.thelocal.fr/20140228/grieving-french-woman-to-marry-dead-partner>, (ET. 25.07.2017).

Jonathan vefat etmiştir. Çiftin iki küçük kız çocukları da bulunmaktadır. Magali'nin başvurusu, devlet başkanı tarafından kabul edilmiş ve evlenme töreni Jonathan'ın ölümünden bir yıl sonra gerçekleştirilmiştir. Bu tarz evlenmeler çok yaygın olmamakla birlikte, Fransa'da her yıl en az yirmi evlenme töreninin bu şekilde gerçekleştiği belirtilmektedir²¹².

Türk hukukunda, nişanlılardan birinin ölümünden sonra evlenmek mümkün değildir. Bu hususta Yargıtay kararına konu olan bir olay ilgi çekicidir. Karara göre, *“Davacı kadın, davalıların miras bırakanı (Y) ile aralarındaki nikâh bağı olmaksızın birleşip karı koca gibi yaşadıklarını beyan ederek bu fiili durumun evlenme akdi olarak tescilini istemiştir. Evlenme, tarafların yetkili memur huzurunda karşılıklı olarak evlenme arzu ve iradelerini uygun biçimde açıklamaları ile meydana gelir (14.6.1965 gün ve 3/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı). Arzusu ne kadar kesin olursa olsun, hatta sağ kalsa idi evlenme iradesini açıklayacağı muhakkak ve mutlak bulunsa bile, bir kişinin ölümünden sonra mirasçılarının başvurusu ile evlendirme memuru, taraflar arasında nikâh akdini icra edemeyeceği gibi, Mahkemece de bu doğrultuda karar verilemez. Zira ölümle kişilik sona ermiş olup, tamamen şahsa bağlı bir hakkı, onun adına hiç kimse kullanamaz. O hâlde davanın reddi gerekirken açıklanan yönler gözetilmeden olaya uymayan düşüncelerle evliliğin tesciline karar verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır”*²¹³. Neticede, ölüm ile kişiliği sona eren bir insanın, evlenme iradesini evlendirme memuru huzurunda beyan etmesinden söz edilemeyeceğinden, Türk hukuku uyarınca nişanlılardan birinin ölümünden sonra evlenmenin akdedilmesi mümkün değildir.

6. Evliliğin İspatı ve Tescili

Evlenme töreni tamamlandıktan sonra, taraflara, evlendirme memurluğunca düzenlenmiş *“uluslararası aile cüzdanı”* verilir (NHK m. 41/9; Ev. Yön. m. 30/1) Uluslararası aile cüzdanı, *“Bir aileyi oluşturan eş ve çocukların kimlik bilgilerini kapsayan ve uyruğunu kanıtlayan çok dilli resmi belge”* olarak tanımlanmaktadır (NHK m. 3/z/bb). Ayrıca eşlerin yabancı uyruklu olması durumunda, istekleri üzerine çok dilli

²¹² İlgili haber için bkz. <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/till-death-us-do-not-part-french-woman-marries-dead-fianc-1822425.html>, (ET. 25.07.2017).

²¹³ Y. 2. HD. T. 27.10.1986, E. 1986/8684 ve K. 1986/9357, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 19.12.2017).

evlenme belgesi düzenlenerek verilir (Ev. Yön. m. 34/1). Söz konusu evlenme belgesinin Türkiye'nin de taraf olduğu 15 Nolu *Uluslararası Aile Cüzdanı İhdasına İlişkin Sözleşme*'ye²¹⁴ ekli modele uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Sözleşmede, Uluslararası Aile Cüzdanı'nın nasıl düzenleneceği ve değişikliklerin kaydedilmesi gerekliliği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesinde, evlenme memurunun nikâh esnasında, eşlere bu Sözleşme'ye ekli modele uygun bir Uluslararası Aile Cüzdanı vereceği ve bu modele uymayan herhangi bir aile cüzdanı verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca, âkit devletlere, kendi ülkelerinde evlenen herkese *-âkit devlet vatandaşı olmasalar dahi-* sözleşmeye uygun olarak belirli sembollerle düzenlenmiş tek tip bir aile cüzdanı verme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu sayede, Uluslararası Aile Cüzdanı farklı ülkelerde ibraz edilse dahi, çeviri sorunu yaşanmaksızın, aile cüzdanı sahibi kişiler ve aile fertleri hakkında tam ve doğru bilgi sağlanabilecektir²¹⁵.

Evlendirme memurları, evlenmenin yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde düzenlenecek evlenme bildirimini nüfus müdürlüğüne göndermekle, nüfus müdürlüğü de evlenmeyi tescil etmekle yükümlüdür²¹⁶ (NHK m. 23/1). Kanun'daki düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde daha kolay bir yöntem benimsenmiştir. Buna göre, *"yetki verilen evlendirme memurluklarınca evlenme bildiriminin düzenlenmesine ilişkin bilgiler, on gün içerisinde **elektronik ortamda merkezi veri tabanına gönderilir veya tescil edilir**"* (NHUY m. 22/1). Ancak, evlenme bildirimlerinin elektronik ortamda gönderilememesi veya tescil edilememesi durumunda Kanun'da benimsenen yöntem tekrar edilmiş ve evlenmenin yapıldığı tarihten

²¹⁴ Yeknesak bir *"Uluslararası Aile Cüzdanı"* modeli oluşturmak amacıyla düzenlenen 15 Nolu Sözleşme, Paris'te 12 Eylül 1974 tarihinde imzalanmıştır. Belçika, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Portekiz ve Türkiye tarafından imzalanan Sözleşme, Belçika, Fransa ve Portekiz tarafından henüz onaylanmamıştır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti açısından 3 Mart 1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG. T. 08.01.1984, S. 18275; Onay Kanunu No: 2701, Kabul Tarihi: 11.08.1982 - RG. T. 13.08.1982, S. 17781).

²¹⁵ 5 Eylül 1990 tarihinde Madrid'de imzalan 24 Nolu *"Ahvali Şahsiye Cüzdanlarının Tanınmasına ve Güncelleştirilmesine İlişkin Sözleşme"* nin 3. maddesi uyarınca, eğer aile cüzdanı 15 Nolu Sözleşme'ye uygun olarak düzenlenmiş ise bunların tercümesine gerek olmaksızın tanınacağı ifade edilmiştir. Aile cüzdanlarının tanınmasını ve güncelleştirilmesini kolaylaştırmak ve geliştirmek amacıyla düzenlenen 24 Nolu Sözleşme, İspanya, Fransa, Yunanistan, İtalya, Portekiz ve Türkiye tarafından imzalanmış, ancak Yunanistan ve Portekiz tarafından henüz onaylanmamıştır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti açısından 1 Ağustos 2004 tarihinden beri yürürlüktedir (RG. T. 17.06.2003, S. 25141; Onay Kanunu No: 4890, Kabul Tarihi: 11.06.2003 - RG. T. 17.06.2003, S. 25141).

²¹⁶ *"İl göç idaresi müdürlüklerince düzenlenen evlenme ehliyet belgelerine göre yapılan evliliklere ilişkin evlenme bildirimi il göç idaresi müdürlüğüne yapılır"* (Ev. Yön. 13/3).

başlayarak on gün içinde düzenlenecek evlenme bildiriminin iki örneğinin o yerin nüfus müdürlüğüne gönderileceği hükmüne bağlanmıştır (NHUY m. 22/2).

Evlenmenin yapıldığına ilişkin tescil işlemi kurucu nitelikte değil, yalnızca açıklayıcı niteliktedir. Tescilin yapılmamış olması evliliğin geçerliliğine etki etmez²¹⁷. Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu üyesi bir devletin vatandaşı olan kişilerin Türkiye’de evlenmesi durumunda ise bu evlilik, 1958 tarihinde İstanbul’da imzalanan 3 Nolu “*Uluslararası Bilgi Teatisi Hakkında Sözleşme*”²¹⁸ gereğince, gerekli kart doldurularak yabancıнын doğum yeri nüfus idaresine gönderilir (Ev. Yön. m. 34/2).

B. Yurt Dışında Gerçekleşen Evlenmeler

Türk vatandaşlarının veya bir Türk vatandaşı ile bir yabancıнын, yurt dışında bulundukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenmeleri mümkündür (Ev. Yön. m. 11/1). Evlenme töreni, Türk hukukunda olduğu gibi resmî memur huzurunda gerçekleşebileceği gibi, dinî törenle yahut kabile dansıyla gerçekleşen bir evlenme dahi olabilir. Tarafların evlenmek istediği ülke, resmî memur huzurunda evlenmeyi zorunlu görebileceği gibi, taraflara idarî makamlar huzurunda veya dinî törenle evlenme konusunda seçimlik hak tanımış da olabilir. Her durumda, yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli olan evlilik, Türk hukuku uyarınca da şeklen geçerli kabul edilecektir²¹⁹.

Doktrinde, hiçbir şeklî şarta tâbi olmaksızın sadece “*rızaların birleşmesini tescil eden ülkelerde evlenen Türklerin*” evlenmelerinin geçerli olması gerektiği de

²¹⁷ “*Evlenme iradesinin olumlu şekilde evlendirme memuru önünde açıklanmasıyla oluşan evlenme aktinin; nüfus siciline kaydedilmemiş olması, akti geçersiz kılmaz*” (YİBGK, T. 14.06.1965, E. 1965/3 ve K. 1965/3 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 19.11.2017).

²¹⁸ Uluslararası Bilgi Teatisi Hakkında Sözleşme, Almanya, Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, Türkiye, Avusturya, İtalya, Portekiz, İspanya ve Polonya tarafından imzalanmış ve imzalayan bütün ülkeler tarafından da onaylanmıştır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti açısından, 8 Ekim 1962 tarihinden beri yürürlüktedir (Onay Kanunu No: 63, Kabul Tarihi: 06.07.1962 - RG. T. 13.07.1962 – S. 11153). Evlendirme Yönetmeliği’nde 3 Nolu Sözleşme’ye atıf yapılmış olmakla birlikte; 26 Nolu “*Kişi Halleri Konusunda Milletlerarası Karşılıklı Bilgi Verilmesine İlişkin Sözleşme*” nin 16. maddesi gereğince, 26 Nolu Sözleşme’nin yürürlüğe girdiği ülkeler açısından 3 Nolu Sözleşme yürürlükten kalkar. 12 Eylül 1997 tarihinde Neuchatel’de düzenlenen 26 Nolu Sözleşme, Fransa, Yunanistan, İtalya, Portekiz ve Türkiye tarafından imzalanmış, ancak sadece Türkiye ve Fransa tarafından onaylanmıştır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti açısından 1 Aralık 2004 tarihinden beri yürürlüktedir (Onay Kanunu No: 4887, Kabul Tarihi: 11.06.2003- RG. T. 17.06.2003, S. 25141).

²¹⁹ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 249; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 130; Çelikel/ Erdem, s. 235-236; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 325; Ekşi, “*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*”, s. 971; Can/ Toker, s. 370.

ifade edilmektedir²²⁰. Daha genel bir ifadeyle, şekle tâbi olmayan, sadece tarafların karşılıklı rızaları ile yapılabilen evlenmeler, yapıldıkları yer hukukuna göre geçerli görülüyor ise diğer ülkeler açısından da geçerli bir evlenme var demektir²²¹. Söz konusu evlilikler açısından yaşanacak ispat problemlerinin ise evlenmenin gerçekleştiği ülkenin yetkili makamlarından, ülkelerinde şekle tâbi olmayan evlenme usûlünün kabul edildiğine ve tarafların ilgili ülke hukukuna göre evli olduğuna ilişkin belge alınması yoluyla aşılması mümkündür²²². Ancak gerçekleştiği ülke hukuku, bu tarz evlenmeleri geçerli evlilik olarak kabul etmiyorsa, söz konusu evlenmenin başka bir ülkede de geçerli kabul edilmesi mümkün değildir²²³. Daha önce de belirttiğimiz üzere, bu tarz evlenmelerin en yaygın örneği common law evliliklerdir. Dolayısıyla taraflarca ispat edilebildiği sürece, common law evliliklerin de Türkiye’de geçerli sayılması mümkündür.

Evlenmenin şekli şartlarının evlenmenin gerçekleşeceği ülkenin hukuk kurallarına tâbi olması sebebiyle, talep edilen şekli gereklilikler ve evraklar açısından evlenmek istenilen ülkenin mevzuatının kontrol edilmesi gerekmektedir. Dahası,

²²⁰ Göger, “Devletler Hususî”, s. 177; Doğangün, s. 142.

²²¹ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 250-251.

²²² Ersen, s. 77.

²²³ Geleneksel evliliklerin tanınmamasına ilişkin olarak İspanya Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlık ilgi çekicidir. Söz konusu olayda, Roman etnik kökenli ve İspanya vatandaşı María Luisa Muñoz Díaz ve Mariano Dual Jiménez, İspanya’da Roman gelenekleri uyarınca evlenmiştir. Yirmi dokuz yıl karı-koca olarak birlikte yaşayan çiftin, altı tane de çocukları vardır. Mariano’nun ölümünden sonra, dul kalan eşi sosyal güvenlik haklarından faydalanmak istemiş ancak yasal olarak evli gözükmedikleri için talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine Maria İspanya Anayasa Mahkemesi’ne, Roman geleneksel hukuku uyarınca gerçekleştirdikleri evlenmenin tanınmamasının, ayrımcılık yasağını ihlâl ettiği gerekçesiyle başvurmuştur. Mahkeme ise İspanya’da medenî evlenme hakkının herhangi bir ırk, etnik köken, sosyal statü ayrımı yapılmaksızın herkese eşit olarak verildiğini ve İspanya Medenî Kanunu uyarınca dinî evliliklerin de yasal olarak tanındığını belirtmiştir. Geleneksel Roman evliliklerinin tanınması yolunun da mümkün olduğunu ancak bunun mahkemenin takdir yetkisi ile değil, ancak dinî evliliklerin tanınması imkânını sağlayan kanunkoyucunun, benzer bir düzenleme yapması ile mümkün olabileceğini vurgulamıştır (Blair/ H. Weiner/ Stark/ Maldonado, s. 103-104). İspanya Anayasa Mahkemesi’nin Kararı için bkz. <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/6036>, (ET. 21.01.2018). Daha sonra Muñoz Díaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur. Mahkeme bu başvuruyu, Sözleşme’nin on ikinci maddesiyle bağlantılı olarak on dördüncü maddesi ve Birinci Protokol’ün birinci maddesi çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, İspanya’da medenî nikâh kurumunun ayrımcılığa yol açmaksızın herkes tarafından başvuru son derece basit bir usul olduğundan bahisle, geleneksel Roman birlikteliğine medenî nikâhla aynı hukukî sonuçların tanınmamasını, Sözleşme’nin on ikinci maddesiyle bağlantılı olarak on dördüncü maddeye aykırı görmemiştir. Bununla birlikte, Birinci Protokol’ün birinci maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme’nin on dördüncü maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. Nitekim başvuru evlendiği tarihte İspanya’da Katolik kilise hukukunun öngördüğü usuller dışında evlenmenin mümkün olmadığı, sonradan resmî nikâhın yapılabileceği belirtilse de başvuru evliliğinin geçerli olduğu inancıyla hareket ettiği, kendisine bu birliktelik dolayısıyla sağlık yardımı ve sosyal güvenlik primi gibi çeşitli haklar sağlandığı tespit edilmiştir. Bu sebeplerle başvuru evliliğinin geleneksel birlikteliğin, evlilik benzeri haklar sağladığı yönünde meşru bir beklenti yarattığı kaydedilmiştir. Netice itibarıyla Mahkeme, İspanya’nın emekli aylığı konusunda Roman geleneklerine göre akdedilen nikâhı geçerli saymamasını, orantısız bir tedbir olarak değerlendirmiştir (Doğru/ Nalbant, s. 542).

evlenmek istenilen ülkede, yabancıların evlenmesine ilişkin çeşitli sınırlamalar öngörülmüş olabilir. Örneğin, Hollanda’da yetkili resmî makamlar huzurunda evlenebilmek için, taraflardan en az birinin Hollanda vatandaşı veya yerleşim yerinin Hollanda olması aranmaktadır²²⁴. Neticede ilgili ülkede evlenmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve şekli geçerlilik için gerekli şartlar noktasında, evlenmenin gerçekleştiği yer hukukunun araştırılması gerekmektedir.

Yurt dışında gerçekleşen evlenmelerin maddî geçerliliği noktasında ise iki düzenleme dikkat çekmektedir. İlk olarak NHK m. 24/1 uyarınca “*Yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde Türk vatandaşlarının yaptığı evlenmelerin, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine uygun olmak ve butlanla batıl olmayı gerektiren bir sebep bulunmamak kaydıyla geçerli*” olacağı düzenlenmiştir. Benzer şekilde Evlendirme Yönetmeliği m. 11/1’de “*Böyle bir evlenme, Türk mevzuatına aykırı olmaması şartıyla Türkiye’de de geçerlidir*” ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde bir görüş, Evlendirme Yönetmeliği’ndeki “*Türk mevzuatı*” tâbirinin, Türk milletlerarası özel hukuk kurallarını da kapsadığını ve bu bağlamda da yabancı ülkede yapılan evliliğin, MÖHUK’un yetkili kıldığı ülke hukukuna riayet edilerek gerçekleştirilmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir²²⁵. Söz konusu düzenlemeler, iki Türk vatandaşının evlilikleri hakkında uygulandığı durumlarda, MÖHUK m. 13/1 ile uyumlu olduğu söylenebilir. Buna karşılık, bildirim yükümlülüğüne ilişkin ikinci cümle dikkate alındığında, bir Türk vatandaşı ile yabancıların evlendiği hâller de kapsadığı ve dolayısıyla hatalı olarak Türk Medenî Kanunu hükümlerinin tek yanlı uygulanmasına sebebiyet verecek nitelikte olduğu görülmektedir²²⁶. Kaldı ki kural olarak Türk vatandaşlarının tâbi olduğu maddî şartların, evlenme başvurusunun yapıldığı ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği ülke hukuku uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere, söz konusu ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları, eşlerin her birine kendi millî hukukunun uygulanmasını kabul edebileceği gibi, müşterek bir noktadan hareketle yetkili hukuku tespit edebilir veya kendi ülkesini maddî şartlar açısından da yetkili görebilir. Söz konusu uyuşmazlık Türk yargı organları önüne geldiğinde ise hâkim tarafından MÖHUK uyarınca yetkili yabancı hukuk tespit edilerek, evlenmenin maddî geçerliliği hakkında karar verilmelidir. Neticede yurt dışında yetkili yabancı

²²⁴ Bkz. <https://www.government.nl/topics/family-law/marriage-registered-partnership-and-cohabitation-agreements>, (ET. 19.01.2018).

²²⁵ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 130. Aynı yönde bkz. Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 289.

²²⁶ Rifat **Erten**, “*Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler*”, TAAD, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, ss. 243-278, s. 259, (“*Butlan*”).

makamlar önünde gerçekleşen evlenmelerin hangi şartlarda hukuken geçerli olacağını açıklama iddiası taşıyan böyle bir hükmün, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda veya Evlendirme Yönetmeliği'nde yer almaması gerektiği ifade edilmektedir²²⁷.

Yurt dışında gerçekleşen evlenmelere ilişkin bildirim yükümlülüğüne dair hem Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda hem de Evlendirme Yönetmeliği'nde benzer görülen ama farklı yönleri de bulunan düzenlemeler yer almaktadır. Nüfus Hizmetleri Kanunu m.24/1'e göre, yurt dışında yapılan evlenmelerin, *"...koca, kocanın yabancı olması halinde kadın tarafından en geç otuz gün içerisinde evlenmeyi yapan yabancı makamdan alınmış belgenin o yerdeki dış temsilciliğe verilmesi veya dış temsilciliğe gönderilmesi suretiyle yapılır. Beyanı alan dış temsilcilik evlenme bildirimini usulüne göre düzenleyerek nüfus müdürlüklerine göndermekle yükümlüdür"*. Evlendirme Yönetmeliği m. 11/2'ye göre, *"Evlendirme bildiriminin, eşlerin ikisi de Türk vatandaşı ise erkek tarafından, eşlerden sadece birisi Türk vatandaşı ise Türk vatandaşı olan eş tarafından, yabancı yetkili makamdan alınacak belgenin evlendirme tarihinden itibaren en geç otuz gün içerisinde en yakın konsolosluga verilmesi veya gönderilmesi suretiyle yapılması zorunludur"*. Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde daha kolay bir yöntem benimsenmiştir. Buna göre, *"Evlenme bildiriminin, yabancı makamlardan alınmış belgeye göre dış temsilciliklere yapılması halinde dış temsilciliklerce iki örnek evlenme bildirimi düzenlenir ve evlenme olayı sistem üzerinden tescil edilir"* (NHUY m. 25/1).

Evlenmenin gerçekleştiği ülkenin dışında başka bir ülkedeki konsolosluga yapılacak evlenme bildirimi başvurularında izlenecek yöntem hususunda, evlenmenin gerçekleştiği ülkenin 16 Nolu Çok Dilde Nüfus Kayıt Örnekleri Verilmesine İlişkin Sözleşme'ye²²⁸ taraf olup olmamasına göre de farklı bir usûl

²²⁷ Nomer, "Vatandaşlık", s. 102, dn. 69.

²²⁸ Yabancı ülkelerde kullanılmak üzere verilecek çok dilde nüfus kayıt örneklerine ilişkin kuralların geliştirilmesi amacıyla düzenlenen 16 Nolu Sözleşme, Viyana'da 08 Eylül 1976 tarihinde imzalanmıştır. Almanya, Avusturya, Belçika, İspanya, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, İsviçre, Türkiye, Slovenya, Hırvatistan, Makedonya, Bosna-Hersek, Sırbistan, Karadağ, Polonya, Moldova, Litvanya, Estonya, Romanya, Bulgaristan, Yeşil Burun Adaları tarafından imzalanan Sözleşme, Yunanistan hariç olmak üzere bütün ülkeler tarafından onaylanmıştır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti açısından 30 Haziran 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG. T. 05.02.1985, S. 18657; Onay Kanunu No: 3041, Kabul Tarihi: 04.09.1984 - RG. T. 12.09.1984, S. 18513). 16 Nolu Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği devletler açısından Türkiye'nin de onayladığı 1 Nolu "Yabancı Memleketlerde Kullanılmak Üzere Verilecek Nüfus Kayıt Hülasası Suretleri Hakkında Sözleşme" yürürlükten kalkmıştır (m. 14). Ek olarak belirtmemiz gerekir ki, henüz Türkiye tarafından imzalanmamış olmakla birlikte, 16 Nolu Sözleşme'nin yerine almak üzere, 14 Mart 2014 tarihinde 34 Nolu "Çok Dilde ve Kodlu Nüfus Kayıt Örnekleri ve Belgelerinin Verilmesine İlişkin Sözleşme" kabul edilmiştir. Almanya, Belçika, İspanya, Fransa ve İsviçre tarafından imzalanan 34 Nolu Sözleşme, yalnızca Almanya (31.10.2017) ve Belçika (26.06.2017)

izlenmektedir. Şöyle ki *“Evlilik, sözleşmeyi onaylamış herhangi bir ülkenin yerel makamı huzurunda gerçekleştirilmişse, vatandaşlarımızın tescil başvurusunun alınmasında ülke ayırımı gözetilmez. Ancak, evliliğin anılan sözleşmeyi onaylamamış bir ülkenin yetkili makamı huzurunda gerçekleşmiş olması hâlinde, ibraz edilen evrak, doğruluğunun tespiti ve evliliğin tescili için bildirimde bulunmak üzere, evliliğin gerçekleştiği ülkedeki ilgili Dış Temsilciliğimize gönderilir”*²²⁹. Dolayısıyla uygulama açısından baktığımızda, illa ki evlenmenin yapıldığı yerdeki konsolosluga başvuru şartının aranmadığını, usûlde bir takım farklılıklar olduğunu ifade edebiliriz.

Evlenme bildirimin yurt içinde nüfus müdürlüğüne yapılması da mümkündür. Nüfus müdürlüğüne bildirim yapılabilmesi için NHK m. 24/2’de *“O yerde dış temsilcilik bulunmadığı veya dış temsilciliğe bildirimde bulunulamadığı takdirde”* ifadesi kullanılmışken; Evlendirme Yönetmeliği’nde *“Eğer evlenmenin yapıldığı yerde ve yakınında Türk Konsolosluğu yoksa”* ifadesine yer verilmiştir (Ev. Yön. 11/3). Her iki hükümde de yabancı makamdaki alınan evlenme belgesinin (resmi belgenin) Türkçe’ye çevirilmesi ve Dışişleri Bakanlığı’nca onanması gerektiği ifade edilmekle birlikte yine ifadelerde yeknesak bir kullanım söz konusu değildir. Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nde ise *“Yurt dışında gerçekleşen evlenmenin herhangi bir nedenle dış temsilciliklere bildirilememesi halinde, evlenme bildirimi; yabancı makamlardan alınan usulüne göre onaylanmış evlenme belgesinin aslı ile birlikte Türkçe’ye tercüme edilmiş noter tasdikli birer örneği yurt içinde bulunan yer nüfus müdürlüğüne verilmek suretiyle yapılır”* şeklinde daha genel bir hükme yer verilmiştir (NHUY m. 25/2).

Evlenme bildirimine dayanak teşkil eden yabancı yetkili makamlardan alınan belge, Türkiye Cumhuriyeti’nin de taraf olduğu milletlerarası bir sözleşme uyarınca düzenlenmiş çok dilli bir belge ise başkaca bir işleme tabi olmaksızın kütüğe tescil işlemi yapılacaktır (Ev. Yön. m. 11/4). Yabancı belgelerin onaydan muaf tutulması hakkında taraf olduğumuz milletlerarası sözleşme hükümleri de saklı tutulmuştur (Ev. Yön. m. 11/5).

Son olarak belirtmemiz gerekir ki bildirim yükümlülüğü, evlenmenin tescili ve ispatı açısından önemli olmakla birlikte, bildirim yapılmamasının evliliğin geçerliliğine

tarafından onaylanmıştır. Aile hukukundaki gelişmeler, özellikle de birçok ülkede yasal olarak kabul edilen eşcinsel evlilikler ve kayıtlı birliktelik kurumu, 16 Nolu Sözleşme’de revizyon ihtiyacı doğurmuştur (Pintens, “ICC”, s. 135).

²²⁹ Bkz. <https://www.konsolosluk.gov.tr/Procedure/ShowProcedure/3>, (ET. 10.08.2017).

etkisi söz konusu değildir²³⁰. Bu sebeple de uygulamada ihmâl edildiği gözlemlenmektedir. Belirtilen süreler dâhilinde bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, nüfus kayıtlarında evliliğin görünmemesi sebebiyle, evliliğin ispatı problemi yaşanacaktır²³¹. Lâkin herhangi bir uyuşmazlık durumunda, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, evliliğin her türlü delille ispat edilmesi mümkündür²³².

C. Konsolosluklarda Gerçekleşen Evlenmeler

Evlenmenin şekline yapıldığı yer hukukunun uygulanması kuralının tek istisnası, konsolosluklarda gerçekleşen evlenmelerdir. 2675 sayılı MÖHUK'un 12. maddesinde “*Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir*” ifadesine yer verilmişti. 5718 sayılı MÖHUK'ta böyle bir hükme ihtiyaç duyulmamıştır. Gerekçede, konsolosluk evlenmeleri hususunda da MÖHUK m. 1/2'deki milletlerarası sözleşmeleri saklı tutan genel hükmün, gerektiği gibi dikkate alınarak uygulanması yeterli görülmüştür (MÖHUK - Madde Gerekçeleri, m. 12, pr. 4)²³³. Nitekim Türkiye, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne taraftır. Ek olarak, Türkiye'nin birçok devlet ile imzaladığı ikili konsolosluk anlaşmalarında, evlendirme yetkisi açıkça düzenlenmiştir²³⁴.

Konsolosların evlendirme yetkisine ilişkin olarak, Türkiye ile İtalya ve Türkiye ile Bulgaristan arasında akdedilen konsolosluk anlaşmalarının ayrıca ele alınmasında

²³⁰ Nomer, “Devletler Hususi”, s. 249; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 327; Doğan, İ., “Aile Hukuku”, s. 36.

²³¹ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 327.

²³² “Tarafların yurt dışında evlendikleri, fakat evliliklerinin hâlen kayıtlı bulundukları nüfus siciline işlenmediği gerçekleşmiştir. Evliliğin nüfusa tescili evliliğin geçerlik şartı değildir. Usulüne uygun olarak gerçekleşmiş olan evlilik nüfusa tescil edilmeden önce de hukukî sonuç doğurur. Bu sebeple davacıdan tarafların evlendiklerini gösterir gerekli belgelerin istenmesi, bu konuda ibraz edilen belgeler yeterli görüldüğü takdirde davacının asıl isteği olan yabancı ülkede boşanma konusunda verilen ilamın tenfiz veya tanınması konusunda gerekli şartların aranarak sonucuna göre karar verilmesi zorunludur. Bu yön gözetilmeden ve tarafların evliliklerinin nüfusa tescil edilmediğinden söz edilerek isteğin reddi Usul ve Kanun'a aykırıdır” (Y. 2. HD. T. 3.6.1986, E. 1986/5498 ve K. 1986/5784 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 06.02.2018). Ayrıca bkz. Y. 2. HD. T. 17.3.2008, E. 2007/6488 ve K. 2008/3494, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 06.02.2018).

²³³ Bununla birlikte, bu düzenleme tarzı sebebiyle, Türkiye'nin taraf olmadığı milletlerarası sözleşmelere uygun olarak gerçekleşen evlenmelerin, “biçimsel” geçerliliğinin sorunlu hâle geldiği ifade edilmektedir (Aybay/ Dardağan, s. 203).

²³⁴ Bkz. Türkiye ile Azerbaycan, Gürcistan, Belçika, Bulgaristan, Çin, Makedonya, Romanya, Polonya, Rusya, Kırgızistan, Kazakistan, Cezayir, Hırvatistan, Ukrayna, Libya, Mısır ve Lübnan arasında akdedilen konsolosluk anlaşmaları. Benzer anlaşma örneklerini arttırmak mümkündür. Buna karşılık bazı iki taraflı konsolosluk anlaşmalarında, konsolosların evlendirme yetkisi olmadığı açıkça düzenlenmektedir. Örneğin, Türkiye ile Macaristan Krallığı arasındaki Konsolosluk Anlaşması'nın 13. maddesi uyarınca, konsolosların nikâh akdetme yetkilerinin olmadığı açıkça belirtilmiştir (Bkz. 20 Aralık 1939 tarihli Konsolosluk Mukavelesi). Ayrıca bkz. Akgün Tekgöl, s. 269-272.

Fayda vardır. Türkiye ile İtalya arasında akdedilen Konsolosluk Anlaşması'nın²³⁵ 18. maddesinde “*tebaalarının evlenme işlerini yapabilecekleri*” ve müstakbel eşlerden birinin diğer âkit devletin vatandaşı olduğu durumlarda ise evlendirme yetkisinin olmadığı ifade edilmiştir. Doktrinde ağırlıklı görüş, bu ifadeyi, evlenmek isteyen kişilerden yalnızca birinin kendi ülke vatandaşı, diğerinin ise üçüncü bir devlet vatandaşı olması durumunda, konsolosun evlendirme yetkisinin olduğu şeklinde yorumlamaktadır²³⁶.

Türkiye ile Bulgaristan arasında akdedilen Konsolosluk Anlaşması²³⁷ da liberal sistemin benimsendiği anlaşmalara örnek olarak gösterilmektedir²³⁸. Lâkin ilgili Anlaşma'nın 28. maddesi detaylı bir şekilde incelendiğinde, evlendirme yetkisi ile yapılan evlilikleri tescil etme yetkisi noktasında bir ayrım yapıldığı, yalnızca tescil için taraflardan birinin kendi ülke vatandaşı olmasının yeterli olduğu görülmektedir. Buna karşılık, evlendirme yetkisi açısından, müstakbel eşlerin her ikisinin de konsolosun tâbi olduğu devletin vatandaşı olması gerektiği ifade edilmektedir²³⁹.

İç hukuk açısından baktığımızda, Türk hukukunda konsolosların evlendirme yetkisi, ilk olarak 10 Nisan 1927 tarihli, 5005 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilmiştir²⁴⁰. Söz konusu Karar ile Türk konsolosluk memurlarına ve konsolosluk işlerini tedvire memur olanlara “*nüfus ve evlendirme memurluğu*” yetkisi verildiği; ancak uygulamada Adalet Bakanlığı tarafından mutad sistemin benimsenmesi ve Dışişleri Bakanlığı tarafından liberal sistemin benimsenmesi sebebiyle yorum farklılıkları olduğu ifade edilmektedir²⁴¹. Günümüz Türk hukukunda, aşağıda göreceğimiz üzere, hem Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda hem de Evlendirme Yönetmeliği'nde konsolosların evlendirme yetkisine ilişkin hükümler yer almaktadır.

²³⁵ RG. T. 07.04.1931- S. 1768.

²³⁶ Sayman, s. 180; Aybay, “*Konsolosluk*”, s. 226; Ekşi, “*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*”, s. 972.

²³⁷ RG. T. 16.07.1953- S. 14569.

²³⁸ Tekinalp/ Uyanık, s. 147; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 329, dn. 268; Aybay, “*Konsolosluk*”, s. 226; Akgün, s. 127.

²³⁹ Ekşi, “*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*”, s. 976-977.

²⁴⁰ Sayman, s. 170; Aybay, “*Konsolosluk*”, s. 223; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 328; Ersen, s. 97, dn. 218.

²⁴¹ Bkz. Sayman, s. 179-180; Aybay, “*Konsolosluk*”, s. 223, dn. 445.

1. Yabancı Ülkelerdeki Türk Konsolosluklarında Gerçekleşen Evlenmeler

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda, İçişleri Bakanlığı tarafından, “*dış temsilciliklere*” evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verilebileceği ifade edilmiştir (NHK m. 22/2). Evlendirme Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinde ise yurt dışında, bu yetkinin mahallî mevzuat ile tanınması ve eşlerden ikisinin de Türk vatandaşı olması şartıyla, ilgili ülkede Türk konsolosluğunda evlenme yapılabileceği kabul edilmiştir²⁴². Söz konusu madde uyarınca, evlendirme memurluğu yetki ve görevi; “...*misyon şefi olan büyükelçi ve başkonsolosun yanısıra Dışişleri Bakanlığının konsolosluk işlerini yürütmek amacıyla yetki vereceği görevlilere aittir*” (Ev. Yön. m. 10/1). Bununla birlikte “*Fahri konsolos ve fahri başkonsolosların evlendirme yetkisi yoktur*” (Ev. Yön. m. 10/2).

Çifte yetkilendirme şartına riayet edilerek yurt dışındaki Türk konsolosluklarında gerçekleşen evlenmeler, hem Türk hukuku hem de bulunduğu devletin hukukuna göre şeklen geçerli evliliklerdir²⁴³. Evlendirme Yönetmeliği'nde açıkça evlendirme yetkisinin “*mahallî mevzuat ile tanınması*” da aranmıştır (Ev. Yön. 10/1). Dolayısıyla, konsolosluğumuzun bulunduğu ülke, evlendirme yetkisi tanımıyor ise kural olarak Türk konsolosunun evlendirme yetkisi yoktur. Örneğin; Avusturya, Danimarka, Finlandiya, İngiltere, İrlanda Cumhuriyeti, İsviçre, Arjantin, Şili ve Avustralya konsolosluklarımıza evlendirme yetkisi tanınmamıştır²⁴⁴.

Evlenecek kişiler açısından, kural olarak mutad (*geleneksel*) sistemin benimsendiği görülmektedir. Dolayısıyla her ikisinin de mutlaka Türk vatandaşı olması gerekmektedir. Uygulamada, çifte vatandaşların dahi konsolosluklarda evlenmesine izin verilmemektedir²⁴⁵. Bu durumda çifte vatandaşların, bulundukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenmeleri gerekmektedir. Bu sayede, evliliğin, ilgili ülke nezdinde geçersiz sayılması ihtimâlinin engellenmesi amaçlanmaktadır²⁴⁶. Kanaatimizce de topal evliliklerin önlenmesi açısından yerinde bir yaklaşımdır. Lâkin bu uygulama, evlenme hakkının tamamen ortadan kaldırılması neticesine sebebiyet

²⁴² Yerleşim yeri Türkiye olan iki Türk vatandaşının, yurt dışında Türk konsolosluklarında gerçekleşen evliliğini, esas itibarıyla yabancı unsurlu bir evlilik olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira hem şekil hem de esas açısından kendilerine uygulanan hukuk, doğrudan Türk maddî hukuku olacaktır.

²⁴³ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 253; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 328.

²⁴⁴ Bkz. <https://www.konsolosluk.gov.tr/Faq/Index>, (ET. 09.06.2018).

²⁴⁵ Bkz. <https://www.konsolosluk.gov.tr/Procedure/ShowProcedure/3>, (ET. 09.06.2018).

²⁴⁶ Ayrıca bkz. Aybay, “*Konsolosluk*”, s. 230-232.

vermemelidir. Eğer çifte vatandaşlığa sahip kişilerin, bulundukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenmeleri hiçbir şekilde mümkün değilse, Türk konsolosluklarında evlenmelerine izin verilebilir.

Türk konsolosluğunda akdedilen evlenmelerin, evlenmenin yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde nüfus müdürlüklerine bildirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır (NHK m. 23/3). Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde ise daha kolay bir yöntem benimsenmiştir. Buna göre, *“Dış temsilciliklerce ve yetki verilen evlendirme memurluklarınca evlenme bildiriminin düzenlenmesine ilişkin bilgiler, on gün içerisinde **elektronik ortamda merkezi veri tabanına gönderilir veya tescil edilir**”* (NHUY m. 22/1). Ancak, dış temsilciliklerce yapılan evlenmelere ilişkin evlenme bildirimlerinin elektronik ortamda tescil edilememesi durumunda, düzenlenecek evlenme bildiriminin iki örneğinin otuz gün içinde, Türk vatandaşı olan kişinin kayıtlı bulunduğu nüfus müdürlüğüne gönderileceği belirtilmiştir (NHUY m. 22/3).

Evlenmenin yapıldığına ilişkin bildirim, kurucu nitelikte değildir. Lâkin bu sayede evliliğin tescili sağlanarak, nüfus kayıtlarının doğru bir şekilde tutulması sağlanmakta ve ispat problemlerinin önüne geçilmektedir. Nitekim uygulamada, bulundukları ülkenin yetkili makamları huzurunda evlenen Türk vatandaşlarının, evlenme bildirimlerini yapma noktasında ihmalkâr davrandıkları görülmektedir. Dolayısıyla, evli olmalarına rağmen, Türkiye'deki nüfus kayıtlarında bekâr olarak görünen çok sayıda Türk vatandaşı bulunmaktadır. Evlenmenin Türk konsolosluğunda gerçekleşmesi durumunda, en azından bu sakınca bertaraf edilmiş olmaktadır.

Son olarak, Türk vatandaşlarının, yabancı ülkelerde Türk konsolosluğu dışında başka bir ülkenin konsolosluğunda evlenmesi meselesinin de ele alınması gerekmektedir. Bu durumda, örneğin, Fransız konsolosunun bu yetkiye sahip olması ve Almanya'nın da bu yetkiyi kabul etmesi şartıyla, bir Fransız ile Türk vatandaşının, Almanya'daki Fransız konsolosluğunda evlenmeleri hâlinde, bu evlenmenin Türk hukuku açısından da geçerli olup olmayacağı sorgulanmaktadır²⁴⁷. Bu hususa ilişkin mevzuatta açık hüküm olmadığı belirtilmekte, böyle bir evlenme konsolosluk evlenmeleri kapsamında değerlendirilmeksizin, Evlendirme Yönetmeliği'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen yabancı yetkili makam huzurunda evlenme gibi nitelendirilmekte ve evlenme yeri hukukunun tanıdığı evlenmenin Türk hukuku

²⁴⁷ Çelikel/ Erdem, s. 238.

uyarınca da geçerli olacağı ifade edilmektedir²⁴⁸. Nitekim aynı sonuca, Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair Sözleşme uyarınca da varılabileceği belirtilmektedir²⁴⁹.

2. Türkiye'deki Yabancı Konsolosluklarda Gerçekleşen Evlenmeler

Evlendirme Yönetmeliği'nin 12'inci maddesinin ikinci fıkrasında, “*Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi millî kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye'deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri...*” açıkça ifade edilmiştir²⁵⁰. Görüldüğü üzere, kural olarak mutad sistem benimsenerek, sadece aynı devlet vatandaşı iki yabancının Türkiye'deki konsolosluklarında evlenebileceği kabul edilmektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, ikili veya çok taraflı anlaşmalarla, biri kendi devlet vatandaşı, diğeri konsolosun bulunduğu ülkeden farklı üçüncü bir ülke vatandaşı olan iki yabancının evlenmesi de istisnai olarak mümkündür²⁵¹.

Türkiye'deki yabancı konsolosluklarda yapılan evlenmenin şekli geçerliliği, konsolosun bağlı bulunduğu devletin hukukuna tâbidir. Bu durumda, eğer konsolosun bağlı bulunduğu devlette, dinî evlenme şekli kabul edilmişse, konsoloslukta bu tarz bir evlenme gerçekleşebilir mi sorusu gündeme gelmektedir. Doktrinde, evlendirmenin konsoloslukta yapılmasının yeterli olmadığı, evlendirmenin yetkisi her iki ülke tarafından da tanınan konsolos tarafından bizzat yapılması gerektiği ve bu sebeple de konsoloslukta bir din adamı tarafından yapılan evlendirmenin geçerli sayılmayacağı ifade edilmektedir²⁵². Esasında evlendirme yetkisinin kime ait olduğu konsolosun bağlı

²⁴⁸ Çelikel/ Erdem, s. 238. Aynı yönde bkz. Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 290.

²⁴⁹ Çelikel/ Erdem, s. 238. Aynı yönde bkz. Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 290, dn. 613.

²⁵⁰ Doktrinde bir görüş uyarınca, iç hukuk anlamında emredici nitelikte ve kamu düzeninden görülen bu hükmün, milletlerarası özel hukuk bakımından doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebileceği ifade edilmektedir. Yazara göre, “*Evlendirme Yönetmeliğinin ilgili hükümleri, devletin egemenlik hakkının belirli bir konuda yabancı temsilciliklere devrinin sınırlarını korumaya yönelik, devlet menfaatini koruyan hükümlerdir. Bu nedenle, evlendirme yetkisini kanunen belirlenen şartlar ve sınırlar dâhilinde kullanmayan, yetkilerini aşan yabancı dış temsilciliklerin yaptıkları evlenme işlemlerinin geçerliliği konusunda Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. madde hükmü doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilir ve kanunlar ihtilâfi kuralları devreye girmeksizin uygulanabilir*” (Ebru Şensöz Malkoç, “Yabancıların Türkiye’de Evlenmesi Konsolosluk Evlenmelerinin Hukukî Geçerliliği ve Sonuçları”, MHB, Y. 2017, C. 37, S. 2, ss. 711-760, s. 719-720; “*Konsolosluk Evlenmeleri*”). Kanaatimizce, ilgili hükmün doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yazarın görüşüne referans olarak gösterdiği eserde ise (Sayman, s. 19, s. 173, s. 177) yazarın görüşünü destekleyen açık bir ifade olmadığı gibi, eser boyunca, iç hukuk hükümlerine “*doğrudan doğruya uygulama alanı kazandırılması*” eleştirilmektedir.

²⁵¹ Aybay, “*Konsolosluk*”, s. 225-226.

²⁵² Sayman, s. 178-179; Ekşi, “*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*”, s. 980-981. Karşıt görüş için bkz. Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 288.

bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Dolayısıyla din görevlisinin aynı zamanda konsolos veya konsolosluk memuru olması durumunda kanaatimizce dinî usûle tâbi bir evlenme töreninin yapılması mümkündür.

Belirtmemiz gerekir ki, “*Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi*” 5. maddesinin (f) bendinde, konsolosların görevlerini icra ederken, “*kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde yapacağı*” belirtilmiştir. Bununla birlikte, “*iki yabancının kendi konsolosluklarında kendi millî hukuklarına uygun olarak ve usulüne göre yapacakları çok eşli evlilikler*”in kamu düzeni engeli ile karşılaşmayacağı ifade edilmektedir²⁵³. Kanaatimizce bu noktada kamu düzeni müdahalesi teknik olarak zaten mümkün değildir. Dolayısıyla konsolosun bağlı bulunduğu ülke hukuku uyarınca yasal olması durumunda, eşcinsel veya poligamik evlenmeler gibi Türk hukukunda akdedilmesi mümkün olmayan evlenmelerin konsoloslukta gerçekleşmesi mümkündür. Bu evlenmelerin uyuşmazlığa konu olması durumunda, Türk mahkemeleri nezdinde geçerliliğinin sorgulanması meselesinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

§3. EVLENMENİN MADDÎ ŞARTLARI

Evliliğin toplumdaki yeri ve önemi sebebiyle, devletler, çeşitli düzenlemelerle, evlenecek kişilerin genel olarak evlilik kurumunun mahiyetini ve önemini, evliliğin eşlere yüklediği sorumluluğu kavrayabilecek yetkinlikte olmasını aramaktadır²⁵⁴. Söz konusu yetkinliğin tespiti açısından, evlilik birliğinin kurulabilmesi ve aslî geçerliliği için pozitif hukuk düzenlemelerinde gerekli görülen şartlar, evlenmenin maddî şartları olarak ifade edilmektedir²⁵⁵. Söz konusu şartlar aracılığıyla, eşlerin ve evlilik birliğinin korunması yanında; toplumsal, ahlâkî ve dinî değerlerin de korunması amaçlanmaktadır²⁵⁶.

Toplumların ahlâk anlayışındaki ve kültürlerindeki farklılıklara paralel olarak, çeşitli ülke hukuklarında kabul edilen evlenmenin maddî şartlarına ilişkin kurallar da

²⁵³ Çelikel/ Erdem, s. 230. Aynı yönde bkz. Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 275, dn. 554 ve s. 288.

²⁵⁴ Alan Reed, “Essential Validity of Marriage: The Application of Interest Analysis and Depeceage to Anglo-American Choice of Law Rules”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Vol. 20, N. 3, Y. 2000, pp. 387-451, p. 387; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 44; Sayman, s. 29.

²⁵⁵ Jale Güral, “Evlenmeden Doğan Kanun İhtilâfları”, *AÜHFD*, C. III, Y. 1946, ss. 147-178, s. 147-148; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 320.

²⁵⁶ Güral, s. 148.

aynıyet göstermemektedir. Söz konusu farklılıklar sebebiyle, uygulanacak hukukun tespit edilmesi önem arz etmektedir.

I. EVLENMENİN MADDÎ ŞARTLARINA UYGULANACAK HUKUK

Uygulanacak hukukun tespiti açısından öncelikle, nelerin maddî şartlara ilişkin olduğunun tespiti gerekmektedir. Evlenmenin maddî şartlarının, evlenmenin şekline ilişkin şartlar dışındaki tüm şartları ifade ettiği belirtilmektedir²⁵⁷. Bu şartlar özellikle, evlenme ehliyeti, eşlerin evlenme iradesinin sağlıklı olması ve evlenme engellerinin olmamasıdır²⁵⁸. Esasında, tarafların evlenme iradesine sahip olmaları kurucu unsur niteliğindedir. Nitekim geçerli bir evlilikten bahsedebilmemiz için, her şeyden önce tarafların evlenme iradesine sahip olmaları ve bu yönde irade beyanında bulunmaları gerekmektedir²⁵⁹. Ancak bu niteliği itibarıyla da uygulanacak hukukun tespiti açısından, evlenmenin maddî şartları içerisinde değerlendirilmesi mümkündür²⁶⁰. Bu bağlamda, en genel anlamıyla, evlenme iradesi, evlenme ehliyeti ve evlenme engelleri, evlenmenin maddî şartları kapsamında incelenmektedir²⁶¹.

Evlenme ehliyeti, geçerli bir evliliğin kurulması için kişilerin taşıması gereken özellikleri; evlenme engelleri ise evlenecek kişilerde bulunması durumunda evliliğin geçerli şekilde kurulmasını engelleyen hâlleri ifade eder. Geçerli bir evliliğin kurulması için kişilerin taşıması gereken özellikler kapsamında; evlenme yaşı, ayırt etme gücü ve yasal temsilcinin izni mevzuları incelenmektedir. Evlenme engelleri açısından ise mevcut evlilik, yakın hısımlık, akıl hastalığı veya bulaşıcı hastalıklar ile bekleme sürelerine ilişkin hususlar ele alınmaktadır.

Mukayeseli hukukta evlenmenin maddî şartlarına ilişkin düzenlemeleri incelemeyen önce, evlenmenin şeklî şartlarını incelerken değindiğimiz iki Lahey Sözleşmesi'ndeki yaklaşımın kısaca açıklanmasında fayda vardır. Evlilik ile ilgili 1902 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin birinci maddesi uyarınca, evliliğin maddî geçerliliği konusunda, müstakbel eşlerden her birinin tâbiyetinde bulunduğu ülke hukuku -bu

²⁵⁷ MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 10, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

²⁵⁸ MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 10, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

²⁵⁹ Doğan, V., "Milletlerarası Özel", s. 320.

²⁶⁰ Tekinalp/ Uyanık, s. 131; Doğan, V., "Milletlerarası Özel", s. 320.

²⁶¹ Bkz. Öztan, s. 126-157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 48-62; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 61-83; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 30-61; Kılıçoğlu, "Aile Hukuku", s. 44-61.

hukuk başka bir hukuka açıkça gönderme yapmadığı- sürece uygulanır. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenlemeyle, müstakbel eşlerin tâbiyetinde bulundukları hukukun, kanunlar ihtilâfı kuralları da dikkate alınmıştır. Dolayısıyla, o dönemde Kara Avrupası hukuk sisteminde hâkim olan yaklaşıma paralel olarak, iade atıf ve devam eden atfın kabul edildiği ifade edilmektedir²⁶². 1978 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde ise evlenmenin maddî şartları açısından kural olarak, evlenmenin gerçekleştiği yer hukukunun yetkili olduğu kabul edilmiştir. Atıf konusunda ise iki farklı yaklaşım benimsenmiştir. İlk olarak, müstakbel eşlerden birinin evlenmenin yapıldığı yer vatandaşı olması veya o yerde mutad meskeninin bulunması durumunda, atıf nazara alınmamış ve evlenmenin maddî şartlarının evlenme yerinin iç maddî hukukuna tâbi olduğu hükme bağlanmıştır (m. 3/1). İkinci durumda ise “*favor matrimonii*” gâyesiyle, alternatif bir bağlama kuralı getirilmiştir. Buna göre, müstakbel eşlerden her biri bakımından, evlenmenin gerçekleştiği yerin kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukukun iç maddî hukuk kuralları uyarınca evlenmenin maddî şartları gerçekleşmişse, evlenme geçerlidir. Düzenleme atfın nerede kesileceğinin belirtilmesi açısından isabetli görülmekte birlikte, tek dereceli atıf sisteminin benimsenmesi sebebiyle evlenmenin gerçekleştiği yer hukukunun milletlerarası özel hukuk sistemini bozacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁶³.

İç hukuk düzenlemelerine baktığımızda, evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuk belirlenirken; ya evlenme işlemi ya da evlenen kişilerden yola çıkılmaktadır²⁶⁴. Bu bağlamda, pozitif kanunlar ihtilâfı sistemleri, evlenmenin maddî şartları bakımından, evlenmenin yapıldığı yer hukuku ve şahsî statü olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır²⁶⁵. Bunun haricinde, tarihi süreçte, İngiltere gibi bazı ülkelerde müstakbel aile konutunun bulunduğu ülke hukukunun uygulanması veya sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanması gibi farklı yöntemler²⁶⁶ benimsenmiş olmakla birlikte; genel kabul gören sistemler olmamaları sebebiyle ayrıntılı incelemeyi gerektirmemektedir. Bu sebeple, aşağıda, sadece evlenmenin yapıldığı yer hukuku ve şahsî statü sistemleri incelenecektir.

²⁶² Ataman-Figanmeşe, s. 41-42.

²⁶³ Ataman-Figanmeşe, s. 61-62.

²⁶⁴ Tekinalp/ Uyanık, s. 131.

²⁶⁵ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 238.

²⁶⁶ Clarkson/ Hill, s. 355-364.

A. Evlenmenin Yapıldığı Yer Hukuku

Evlenmenin şekli geçerliliği konusunda birçok ülkede genel kabul gören *lex loci celebrations*, bazı hukuk düzenlerinde, evlenmenin maddî şartları açısından da yetkili görülmektedir²⁶⁷. Yabancılar da tıpkı bu ülkelerin vatandaşı gibi, hem şekli şartlar hem de maddî şartlar açısından evlenmenin gerçekleştiği yer hukukuna tâbidir²⁶⁸. Evliliğin maddî şartları açısından, evlenmenin gerçekleştiği yer hukukuna tâbi olması, evliliğin bir bütün olarak tek bir hukuk düzeni tarafından yönetilmesi açısından isabetli bir yaklaşım olarak görülmekle birlikte, müstakbel eşlere, millî hukuklarındaki emredici düzenlemelerden kaçma imkânı sağlaması açısından eleştiriye açıktır²⁶⁹. Evlenmenin yapıldığı yer hukuku, tarafların “gerçekten ait olmadıkları” bir ülkede de evlenebilecekleri kaygısıyla, evlenmenin maddî geçerliliği açısından güvenilir bir bağlama noktası olarak nitelendirilmemektedir²⁷⁰.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Amerikan hukukunda, hem federal düzeyde hem de birçok eyalet hukukunda, evlenmenin geçerliliğinin tayini hususunda şekli ve maddî şartlar şeklinde temel bir ayrım yapılmaksızın, kural olarak sadece evlenmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanmaktadır²⁷¹. Rusya Federasyonu ile birkaç Güney ve Orta Amerika ülkesinde (*Arjantin, Paraguay, Peru gibi*) ve bazı istisnalarla Danimarka hukukunda da bu sistemin benimsendiği ifade edilmektedir²⁷².

Son olarak, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda²⁷³ (IPRG) çocuk yaşta evliliklerin önlenmesine yönelik olarak evlenmeye uygulanacak hukukta dikkat çekici bir değişiklik yapıldığı belirtilmektedir²⁷⁴. Söz konusu değişiklik uyarınca, “iki tarafın da yabancı olması halinde, İsviçre’de gerçekleştirilen evlenmenin ehliyet ve şartlarına, taraflardan her birinin milli hukukunun” uygulanacağına ilişkin IPRG Art 44/2 hükmünün yürürlükten kaldırıldığı ve “İsviçre’de gerçekleştirilen evliliklerin

²⁶⁷ Fatma Elif Çelik, “MÖHUK m.13/1 uyarınca Evlenme Ehliyet ve Şartlarına Uygulanacak Hukuk”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler: Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Dr. Öğretim Üyesi Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 149-205, s. 157; Hill, s. 87; Sayman, s. 15; Göğer, “Devletler Hususî”, s. 175; Çelikel/ Erdem, s. 223-224.

²⁶⁸ Francis Deak, “Conflict of Laws: Recent Development Concerning Marriage”, *Michigan Law Review*, Vol. 27, I. 4, February 1929, pp. 389-415, p. 391; Briggs, “The Conflict of Laws”, s. 329-330; Göğer, “Devletler Hususî”, s. 175; Ersen, s. 58.

²⁶⁹ Briggs, “The Conflict of Laws”, s. 330; Göğer, “Devletler Hususî”, s. 175.

²⁷⁰ Clarkson/ Hill, s. 355.

²⁷¹ Mueller, s. 47, s. 52 ve s. 53; Penrose, s. 44; Nomer, “Devletler Hususî”, s. 238.

²⁷² Nomer, “Devletler Hususî”, s. 238-239.

²⁷³ “Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18 Dezember 1987 (AS 1988 1776) in Kraft seit 1 Januar 1989”.

²⁷⁴ Ulusu Karataş, “Çocuk Yaşta Evlilikler”, s. 32-33.

İsviçre hukukuna tabi olduğu” şeklinde bir düzenlemeye yer verildiği ifade edilmektedir²⁷⁵. Böylelikle, IPRG Art 44 uyarınca, İsviçre’de yapılan evlenmelerin, gerek evlenmenin şekli gerekse evlenme ehliyet ve şartları açısından İsviçre hukukuna tâbi kılındığı belirtilmektedir²⁷⁶.

B. Şahsî Statü

Türk hukukunda ve diğer birçok hukuk düzeninde aile hukuku ilişkileri, ağırlıklı olarak şahsî statü kapsamında kabul edilmektedir²⁷⁷. Şahsî statünün tespiti noktasında ise çoğunlukla millî hukuk, yerleşim yeri hukuku veya mutad mesken hukuku bağlama noktası olarak düzenlenmektedir²⁷⁸. İstisnai olarak, belirli bir dine mensubiyetin de şahsî statünün tespitinde kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, Hindistan’da, Müslüman, Hindu ve Hristiyanlar için farklı kurallar kabul edilmiştir²⁷⁹. Benzer şekilde, Suriye, Lübnan, Libya, İsrail, İran, Bangladeş ve Pakistan’da; kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukukunda, Müslümanlar, Hristiyanlar ve Yahudiler açısından şahıslararası özel hukuk kurallarının farklılık arz ettiği ifade edilmektedir²⁸⁰.

Evlenme, şahsî hâlin tipik misali olarak nitelendirilmektedir²⁸¹. Doğrudan doğruya ve sıkıca evlenecek eşlere bağlı olan evlenmenin maddî şartlarının, daha evlenme kurulmadan önce, eşlerin kendi şahsî statüleri çerçevesinde geçerlilik kazanmaları gerektiği belirtilmektedir²⁸². Evlenmenin maddî şartları açısından, çeşitli ülke hukukları incelendiğinde, bağlama noktası olarak ya millî hukukun ya da yerleşim yeri hukukunun tercih edildiği görülmektedir²⁸³. Aşağıda bu iki bağlama noktası kısaca incelenecektir.

²⁷⁵ Ulusu Karataş, “Çocuk Yaşta Evlilikler”, s. 33.

²⁷⁶ Ulusu Karataş, “Çocuk Yaşta Evlilikler”, s. 33.

²⁷⁷ Briggs, “*The Conflict of Laws*”, s. 327. Kişinin hâl ve ehliyeti ile aile hukukundan kaynaklanan uyumsuzluklar, kişi hâllerine ilişkin konular olarak kabul edilmekte ve şahsî statü olarak adlandırılmaktadır. Şahsî statü alanında, kişilerin yakın ilişkili oldukları hukuk düzenlerinin uygulanmasının, tarafların menfaatlerini ve haklı beklentilerini koruyacağı düşünülmektedir. Ancak hangi bağlama noktasının bu amaca daha iyi hizmet edeceği, tamamen ülkelerin takdir yetkisindedir (Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 204-205 ve s. 281-282).

²⁷⁸ Briggs, “*The Conflict of Laws*”, s. 327; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 205 ve s. 282; Aybay/ Dardağan, s. 37.

²⁷⁹ Clarkson/ Hill, s. 304.

²⁸⁰ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 48.

²⁸¹ Şakir **Berki**, *Türk Hukukunda Evlenmenin Aslî Şartlarından Doğan Kanun İhtilâfları*, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1953, s. 3, (“*Evlenmenin Aslî Şartları*”).

²⁸² Sayman, s. 9.

²⁸³ Sayman, s. 10-11.

1. Millî Hukuk

Kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin hukuku, “*millî hukuk*” olarak adlandırılmaktadır²⁸⁴. Dolayısıyla, millî hukukun bağlama noktası olarak nazara alındığı durumlarda, kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet hukukunun tespiti gerekmektedir²⁸⁵. Bu tespit yapılırken, kişilerin etnik kökenleri dikkate alınmayacaktır²⁸⁶.

Evlenmenin maddî şartları açısından, evliliğin kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet tarafından geçerli olarak tanınmasının önemi nazara alınarak, çoğunlukla millî hukuk tercih edilmektedir²⁸⁷. Millî hukukun bağlama noktası olarak tercih edilmesi, tespitindeki kolaylık ve kesinlik ile değiştirilmesinin zor olması gerekçeleriyle de avantajlıdır²⁸⁸. Kişi yerleşim yerini başka bir ülkeye taşısa dahi, çoğu zaman doğup büyüdüğü ve kültürel kimliğini taşıdığı millî hukukundan kopması kolay değildir. Aile hukuku ilişkilerinin, toplumsal ve kültürel değerlerle şekillenen ve sosyal yönü ağır basan hukukî ilişkiler olmaları itibarıyla da millî hukukun bağlama noktası olarak kabul

²⁸⁴ Gülören **Tekinalp**, “Kişisel Statü - Millî Hukuk - İkametgâh Hukuku - Eğilimler - Düşünceler”, *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1979, ss. 889-912, s. 891; Bilgin **Tiryakioğlu**, “Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law”, *Ankara Law Review*, Vol.3 No.1 (Summer 2006), pp. 1-16, p. 13, (“*Multiple Citizenship*”); Aybay/ Dardağan, s. 117.

²⁸⁵ “...*Bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığı hakkında Türk makamlarınca tereddüte düşüldüğü takdirde bu husus İçişleri Bakanlığından sorulur*” (403 S. Türk Vatandaşlığı Kanunu 39). Davacı, davalının İzlanda tabiiyetine geçtiğini ileri sürmekte müşterek milli hukukun İzlanda hukuku olduğunu savunmaktadır. Davalının İzlanda Vatandaşlığına geçtiği yönünde olduğunu savunmaktadır. Davalının İzlanda Vatandaşlığına geçtiği yönünde yukarıda sözü edilen 13.12.1991 tarihli onaysız belgeden başka bir kayıt yoktur. Bu belgede yazılı olanların gerçek olduğu kabul edildiği takdirde, davalının İzlanda Vatandaşlığını almak için Türk Makamlarından izin alıp almadığı veya Türk Vatandaşlığından çıkıp çıkmadığının tespiti ve hatta Türk Vatandaşlığı Kanunun 25. maddesi uyarınca Türk Vatandaşlığını kaybedip etmediğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. İşte bu sebeplerle 403 sayılı Kanun’un 39. maddesi uyarınca davalının vatandaşlığını araştırmak zorunluğu doğmaktadır. Öte yandan davacının Vatandaşlığını araştırmak ve belgelemek de gerekmektedir. Çünkü Türk Vatandaşlık Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca “Bir Türk ile evlenen yabancı kadın Türk Vatandaşlığına geçmek isteği veyahut kendiliğinden kazanır”. Dosya arasında bu konuda İzlanda hukukunun nasıl bir düzenleme getirdiği davacının bir Türk’le evlenmekle İzlanda vatandaşlığını kaybedip etmeyeceği yönünde açıklayıcı bir belge ve bilgi yoktur” (HGK, T. 30.3.1994, E. 1993/2-949 ve K. 1994/189 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 10.09.2017).

²⁸⁶ Yargıtay kararına konu olan olayda, ilk derece mahkemesi Ayşe ile Adnan arasındaki boşanma davasında, tarafların Türk soylu olmasından bahisle Türk hukukunu uygulamıştır. Ancak Yargıtay isabetli bir şekilde, tarafların, Türk soylu olmakla beraber, Türk tabiiyetinde olmadıklarını vurgulamıştır. Uygulanacak hukukun MÖHUK uyarınca tespit edilmesi gerektiği gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir (Y. 2. HD. T. 23.11.1990, E. 1990/5729 ve K. 1990/11522 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 12.10.2017).

²⁸⁷ Sayman, s. 10-11; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 239; Ersen, s. 58. Evlenmenin maddî şartlarına millî hukukunun uygulanması prensibi, mantiken de en uygun yöntem olarak görülmektedir (Berki, “*Evlenmenin Aslı Şartları*”, s. 3).

²⁸⁸ Tekinalp, s. 891; Clarkson/ Hill, s. 328; Can/ Toker, s. 141-142.

edilmesi mâkul bir yaklaşımdır. Kişinin şahsî statüsü ile ilgili hukukî uyumsuzluklarda, vatandaş olduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını beklemesi de en doğal hakkıdır²⁸⁹.

Bağlama noktası olarak genellikle millî hukuk tercih edilmekle birlikte, millî hukukun nasıl uygulanacağı noktasında farklılıklar görülmektedir. Bu konuda en büyük problem, çifte veya çok vatandaşlık hâllerinde uygulanacak hukukun tespiti hususunda yaşanmaktadır. Bu durumda, Kıta Avrupası hukuk sisteminde genel kabul gören yaklaşım uyarınca, bu vatandaşlıklardan birinin, for devletinin vatandaşlığı olup olmasına göre hareket edilmektedir²⁹⁰. Bu bağlamda, kişinin vatandaşlıklardan biri, for devletinin vatandaşlığı ise münhasıran o devletin vatandaşı olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan, vatandaşlıklardan hiçbirisi for devletinin vatandaşlığı değilse, “sıkı ilişki” prensibinden hareket edilerek uygulanacak hukuk tayin edilmektedir²⁹¹. Söz konusu prensip, Milletlerarası Adalet Divanı’nın 1955 tarihli Nottebohm kararında tanımlanan ve ilke olarak kabul gören “*tâbiyetin gerçekliği ilkesine*” dayanmaktadır²⁹². Doktrinde, sıkı ilişki içerisinde bulunan devlet hukukunu tanımlamak üzere, *efektif vatandaşlık*²⁹³ veya *etkin vatandaşlık*²⁹⁴ ifadeleri de kullanılmaktadır. Söz konusu sıkı ilişkinin tespitinde, kişilerin ilgili ülkede mutad meskene sahip olup olmadığı, o ülkenin dilini bilip bilmediği, meslekî veya sosyal bir bağlantısının olup olmadığı, vergi veya askerlik yükümlülüğü gibi yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği gibi birtakım verilerden hareket edilmektedir²⁹⁵.

²⁸⁹ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 206. Nitekim yabancı ülkelerdeki temsilciliklerin, kendi ülke vatandaşlarını evlendirebilmeleri (*konsolosluk evlenmeleri*) vatandaşlık bağlama noktasının, şahsî statüdeki egemenliğinin açık bir delili olarak nitelendirilmektedir (Işıl **Özkan**, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, Ankara 2003, s. 54; “*İkametgâh*”).

²⁹⁰ Gülüm **Bayraktaroğlu Özçelik**, “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *GÜHFD, C. XIX, Y. 2015, S. 1, ss. 111-150*, s. 113, (“*Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları*”).

²⁹¹ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 207-208; Aybay/ Dardağan, s. 120; Bayraktaroğlu Özçelik, “*Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları*”, s. 113.

²⁹² Tâbiyetin gerçekliği ilkesine hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan **Unat**, *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi*, Sevinç Matbaası, Ankara 1966.

²⁹³ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 46.

²⁹⁴ Can/ Toker, s. 315. Ayrıntılı bilgi için bkz. Berk **Demirkol**, “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık Gerçek Kişilerde “*Etkin Vatandaşlık*” Sorunsalı”, *GSÜHFD, Y. 2015, S. 2, ss. 159-193*.

²⁹⁵ Tiryakioğlu, “*Multiple Citizenship*”, s. 14; Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 46; Can/ Toker, s. 315.

2. Yerleşim Yeri Hukuku

XII. yüzyıldan itibaren bütün uyumsuzlukların ulusal hukuk kuralları ile çözülemeyeceği, yabancıların taraf olduğu uyumsuzluklarda, yabancının mensubu bulunduğu ülke hukukuna etki tanımının adaletin bir gereği olduğu benimsenmeye başlanmıştır²⁹⁶. Bu anlayış neticesinde, insanların toprağa bağlılığı prensibinden hareket eden feodal felsefenin de etkisiyle, yabancılara uygulanacak hukukun tespiti için, tarihi süreçte ilk olarak ikametgâh (*yerleşim yeri*) kriteri benimsenmiştir²⁹⁷. Yerleşim yeri kavramının, “*domicile*” kavramının karşılığı olarak, kelime anlamı itibarıyla, “*daimi ev*” olarak ifade edilmesi mümkündür. Bir yerin, yerleşim yeri olarak kabul edilebilmesi için, kişinin bulunduğu topluma kalıcı bir şekilde ait olması, hayatının yoğunluk merkezinin kaldığı yer olması aranmaktadır²⁹⁸. İngiliz hukukunda ve Anglo Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerin çoğunda, geleneksel şahsî bağlama noktası olarak, yerleşim yeri kullanılmaktadır²⁹⁹. Bu sisteme tâbi hukuk düzenlerinde, evliliğin maddî şartları açısından yerleşim yeri hukuku yetkili görülmektedir. Örneğin, İngiltere, İskoçya ve Kuzey İrlanda’da, evlenmenin maddî şartları açısından yerleşim yeri bağlama noktası tercih edilmiştir³⁰⁰.

Yerleşim yeri hukukunun bağlama noktası olarak tercih edilmesi, çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir. Özellikle de evlenmenin maddî şartları açısından yerleşim yeri hukukunun tercih edilmesinin doğru olmadığı; kişinin yerleşim yeri ile ilişkisinin raslantısal olabileceği ve bu devlete askerlik, vergi, siyasi hak ve yükümlülükler bakımından bağlı olmadığı ifade edilmektedir³⁰¹. Diğer yandan yerleşim yeri kavramının tespiti noktasında da yeknesak bir yaklaşım söz konusu değildir³⁰².

²⁹⁶ Erdoğan Göğer, “Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh”, *AÜHFD*, Y. 1969, C. 26, S. 3, ss. 237-252, s. 237, (“İkametgâh”).

²⁹⁷ Göğer, “İkametgâh”, s. 237-238. İkametgâh kavramının tarihçesi ve kavramsal inceleme hakkında bkz. Özkan, s. 3-28.

²⁹⁸ Pippa Rogerson, *Collier’s Conflict of Laws*, Cambridge University Press, Fourth Edition, New York 2013, p. 11-14; Clarkson/ Hill, s. 305-306. Ayrıca bkz. Dietmar Baetge, “*Domicile*”, Max Planck Encyclopedia of European Private Law – Volume I, (Edited by Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann and Andreas Stier), Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 496-498.

²⁹⁹ Clarkson/ Hill, s. 304.

³⁰⁰ Çelik, s. 165.

³⁰¹ Berki, “*Evlenmenin Aslî Şartları*”, s. 8.

³⁰² Baetge, s. 497. Yerleşim yeri kavramı, İngiliz iç hukukunda dahi farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Her ne kadar Lordlar Kamarası “*Mark v Mark*” kararında, yerleşim yeri kavramının hangi uyumsuzlukla ilgili ortaya çıkarsa çıksın aynı anlamda kullanılacağını belirtmiş olsa da uygulamada ve elbette kanunlar ihtilâfî kurallarında çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. İngiliz hukukunda üç farklı yerleşim yeri düzenlemesi mevcuttur; kişinin doğumla kazandığı yerleşim yeri (*domicile of origin*), bağımlı yerleşim yeri (*domicile of dependence*) ve seçilmiş yerleşim yeri (*domicile of choice*). Kural olarak herkesin bir

Yerleşim yeri kavramı, çoğu zaman gerçek ve fiili durumu yansıtmamaktadır³⁰³. Bu gibi sebeplerle de evlenmenin maddî şartları açısından genel kabul gören bir bağlama kuralı niteliğinde görülmemektedir.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA EVLENMENİN MADDİ ŞARTLARINA UYGULANACAK HUKUK

Evlenmenin şekli şartlarını incelerken tercih ettiğimiz sıralamaya uygun olarak, mukayeseli hukukta evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuk meselesi kısaca ele alınacaktır³⁰⁴.

A. Alman Hukuku

Alman hukuku uyarınca, evlenmenin maddî şartları açısından, nişanlılardan her birinin millî hukuku yetkili kabul edilmiştir (EGBGB § 13/1). Ancak nişanlıların millî hukukuna göre gerekli şartların sağlanamaması durumunda, bazı istisnai durumlarda, Alman hukukunun uygulanabileceği kabul edilmiştir. Buna göre; (1) Nişanlılardan birinin olağan yerleşim yeri Almanya veya nişanlılardan biri Alman ise (2) Nişanlılar gerekli şartları sağlayabilmek için kendilerinden beklenebilecek özeni göstermişlerse ve (3) Evliliğe izin verilmemesi, evlenme özgürlüğüyle bağdaşmayacak nitelikteyse; özellikle de nişanlılardan birinin önceki evliliği, Almanya’da verilen veya tanınan bir karar uyarınca son bulmuşsa veya önceki evlilikteki eşin gaipliğine karar verilmişse

yerleşim yerinin olması gerektiği kabul edilmekte ve vasıflandırma lex fori uyarınca yapılmaktadır (bkz. Clarkson/ Hill, s. 306-328; Rogerson, s. 14-32). Günümüzde, yerleşim yeri bağlama noktası yerine, ülkeler arasındaki kavram farklılıkları ve tespitindeki zorluklar sebebiyle, birçok hukuk sisteminde ve Türk hukukunda, yaygın olarak mutad meskenin bağlama noktası olarak kullanıldığı görülmektedir (İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 17-18; Tekinalp, s. 895; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 211). Mutad mesken kavramı, kişinin fiilen oturduğu yer olarak tanımlanmakta ve söz konusu fiili oturma geçici nitelikte olmaması, mâkul bir süre devam etmesi aranmaktadır (Tekinalp, s. 896; Özkan, “*İkametgâh*”, s. 82). Buna karşılık, yerleşim yeri kriterinden farklı olarak, kişinin fiilen oturduğu yerde, yerleşme niyetinin bulunması gerekli değildir (Rogerson, s. 34; Can/ Toker, s. 147). Yine yerleşim yeri kavramından farklı olarak, hukukî değil fiili bir kavram olarak kabul edilmektedir (Özkan, “*İkametgâh*”, s. 82-83). Nitekim “*fiilen oturlan yerin*” esas alınması, kişinin birden fazla ikametgâhı bulunması durumunda yaşanan sıkıntıları da bertaraf etmektedir (Tekinalp, s. 896). “*Mark v Mark*” kararı için bkz. Judgments Mark v Mark (2006) 1 AC 98 at 113, <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/mark-1.htm> (ET. 20. 07. 2017).

³⁰³ Yerleşim yeri kavramının tercih edilmemesinin diğer sebepleri için bkz. Burak Huysal, “Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgâh ve Doğurduğu Sorunlar”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, Y. 2003, ss. 173-205; (“*İkametgâh*”).

³⁰⁴ Amerikan hukukunda kabul edilen sistem, evlenmenin şekline uygulanacak hukuk başlığı altında açıklandığından, tekrara düşmemek adına bu kısımda yeniden yer verilmemiştir.

evlenme engeli olarak görülemez (EGBGB § 13/2). Buradaki amacın, Almanya Federal Cumhuriyet Anayasası m. 6/I’de düzenlenen evlenme özgürlüğünün korunması olduğu ifade edilmektedir³⁰⁵.

Almanya’da evlenmek isteyen yabancılar (*EGBGB § 13/2’ye tabi olarak*), kendi ülkelerinin yetkili makamlarından, evlenmelerine engel olmadığına ilişkin belge (*evlenme ehliyet belgesi*) getirmedikleri sürece evlenemezler (BGB § 1309/1). Ancak istisnai bazı durumlarda, kendi millî hukukları uyarınca evlenme ehliyet belgesi temin edemeyen kişiler açısından Almanya’da evlenebilmeleri için Eyalet Yüksek Mahkemesi Başkanı’na (*der Präsident des Oberlandesgerichts*) bir muafiyet tanıma yetkisi verilmiştir³⁰⁶. Ancak bu yetkinin sadece, muafiyet tanınmaması durumunda aşılması mümkün olmayan engellerin bertaraf edilmesi amacıyla kullanılması mümkündür³⁰⁷. Bu sebeple, Alman hukuk öğretisinde de evlenmenin maddî şartlarının noksanlığı hâlinde bu muafiyetin tanınmaması gerektiği ifade edilmektedir³⁰⁸. Söz konusu muafiyetin kimler için uygulanabileceği ise BGB § 1309/2’de düzenlenmiştir. Hükme göre, söz konusu muafiyet, yurt dışında mutad yerleşim yeri olan vatansızlar ile ilgili makamları tarafından evlenme ehliyetine ilişkin belge düzenlemesi yapmayan devlet vatandaşları açısından uygulama alanı bulmaktadır³⁰⁹. Aynı hüküm bu iki hâl dışında bazı istisnai hallerde de bu muafiyetin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Örneğin, vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devlette askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması sebebiyle, devlet, bu kişiye evlenme ehliyet belgesi vermeyi reddediyorsa, bunun özel bir durum olarak nitelendirilmesi ve bu kişinin Eyalet Yüksek Mahkemesi Başkanı’nın izniyle Almanya’da evlenmesi mümkündür³¹⁰.

Yabancı unsurlu evliliklerde, 17 Temmuz 2017 tarihinde kabul edilen “*Çocuk Evlilikleriyle Mücadele Kanunu*”³¹¹ kapsamında EGBGB § 13/3’te özel bir düzenleme yürürlüğe girmiştir³¹². İlgili hüküm uyarınca, evlenmenin geçerliliği iki farklı şekilde ele alınmıştır. Bu kapsamda EGBGB § 13/3-b.1’e göre, evlenmenin yapıldığı anda nişanlılardan biri on altı yaşını henüz doldurmamışsa yapılan evlilik geçersizdir. Ancak

³⁰⁵ “*IPR- Rechtsbeziehungen mit dem Ausland*”, s. 11.

³⁰⁶ “*IPR- Rechtsbeziehungen mit dem Ausland*”, s. 10; Rauscher, s.173.

³⁰⁷ Rauscher, s. 174.

³⁰⁸ MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 108, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

³⁰⁹ Aynı yönde ayrıca bkz. Rauscher, s. 173-174.

³¹⁰ Rauscher, s. 174. Bu hususta başka örnekler için ayrıca bkz. MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 104, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

³¹¹ “*Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen*”, (BGBl. I S. 2429). 22 Temmuz 2017 tarihinde yürürlüğe giren ilgili mevzuat hakkında bkz. https://dejure.org/BGBl/2017/BGBl._I_S._2429, (ET. 05.10.2019).

³¹² “*IPR- Rechtsbeziehungen mit dem Ausland*”, s. 11.

evlenmenin yapıldığı anda, nişanlılardan biri on altı yaşına doldurmuş olmakla beraber on sekiz yaşını doldurmamışsa EGBGB § 13/3-b.2'ye göre evlilik iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir³¹³.

B. Fransız Hukuku

Fransız Medenî Kanunu³¹⁴ uyarınca, evlenebilmek için gerekli şartlar hususunda, taraflardan her birinin millî hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir (FCC Art. 202-1/1). Eşcinsel evlilikler açısından ise özel bir düzenleme getirilmiştir. Hükme göre, taraflardan en az birinin ya millî hukuku ya da ikamet ettiği veya yaşadığı ülke hukukunun, eşcinsel evliliklere izin vermesi şartıyla, aynı cinsiyetten iki kişinin evlenmesi mümkündür (FCC Art. 202-1/2). Bu bağlamda, eşcinsel evliliklerin akdedilmesinin kolaylaştırıldığı ifade edilebilir. Örneğin, taraflardan birinin millî hukuku eşcinsel evliliklere izin vermese dahi, yerleşim yeri hukukunun eşcinsel evliliklere izin vermesi yeterli görülmektedir.

C. Hollanda Hukuku

Hollanda Medenî Kanunu³¹⁵ uyarınca, evlenmenin maddî şartları açısından, tarafların Hollanda vatandaşı veya yerleşim yerlerinin Hollanda olup olmamasına göre farklı kurallar benimsenmiştir. Eğer taraflardan biri Hollanda vatandaşıysa veya çok vatandaşlık durumunda vatandaşlıklarından biri Hollanda vatandaşlığıysa veyahut yerleşim yeri Hollanda ise, evlenmek isteyen tarafların her ikisinin de Hollanda hukukuna göre gerekli şartları taşımaları durumunda evlenme akdedilebilir (DCC Art. 10:28/a). Diğer durumlarda ise evlenmek isteyen tarafların her birinin kendi millî hukuku uyarınca evlenmek için gerekli görülen şartları yerine getirmeleri aranmaktadır

³¹³ MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 38, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019). Doktrinde bir görüş uyarınca, söz konusu değişiklik hakkında, “Böylelikle, Alman kanun koyucu, Alman Medeni Kanunu ile getirilen evlenme yaşına ve hükümsüzlük hallerine ilişkin düzenlemelerin, Almanya dışında yapılan yabancı hukuka tabi evlenmeler bakımından da, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesine ihtiyaç kalmaksızın, doğrudan uygulanmasını temin etmiştir” şeklinde bir değerlendirme yapılmaktadır (Ulus Karataş, “Çocuk Yaşta Evlilikler”, s. 37).

³¹⁴ French Civil Code (FCC) - Act No. 2013-404 of 17 May 2013, (Entry into force: 01-07-2013). İngilizce metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>, (ET. 05.10.2019).

³¹⁵ Dutch Civil Code (DCC)/ Book 10 - Private International Law, (Book 10, entry into force: 01-01-2012). İngilizce metni için bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/indexb1010.htm>, (ET. 05.10.2019).

(DCC Art. 10:28/b). Bununla birlikte, Hollanda kamu düzenine aykırı evlenmelerin akdedilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır (DCC Art. 10:29). Bu bağlamda, tarafların millî hukukunun aradığı şartlardan bağımsız olarak; on beş yaşından küçük kişilerin, alt soy-üst soy hısımlar ile kardeşlerin birbirleriyle evlenmesi mümkün olmadığı gibi; taraflardan birinin evlenme hususunda özgür iradesi bulunmuyorsa yahut aklî melekelerini etkileyen bir durum sebebiyle ne isteğine karar verecek veya beyanının sonuçlarını algılayacak durumda değilse; taraflardan biri zaten evliyse veya kayıtlı hayat ortaklığı bulunuyorsa, bu kişilerin Hollanda’da evlenmesi mümkün değildir (DCC Art. 10:29/1/a-e). Dahası, tarafların millî hukukunda kabul edilen bir evlenme engeli, eğer Hollanda kamu düzeni bakımından kabul edilebilir nitelikte değilse, tarafların evlenme isteği, bu evlenme engeli sebebiyle reddedilmeyecektir (DCC Art. 10:29/2)

D. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda, evlenmenin maddî şartları, şahsî statü kapsamında değerlendirilmektedir³¹⁶. Şahsî statünün tespitinde ise yerleşim yeri esas bağlama noktası olarak kabul edilmekle birlikte, durumun özelliklerine göre, mahkeme kararlarında ve doktrinde farklı teoriler benimsenmiştir³¹⁷. Bu bağlamda, tarafların evlenme anındaki yerleşim yeri hukuklarının birlikte uygulanması, müstakbel aile konutunun bulunduğu ülke hukukunun uygulanması, sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanması, tarafların yerleşim yeri hukuklarının ayrı ayrı uygulanması yahut söz konusu bağlama kurallarının alternatif bir şekilde uygulanması gibi farklı teoriler örnek gösterilebilir³¹⁸. Ancak İngiltere’de gerçekleşen evlenmeler açısından önemli bir istisna kabul edilmektedir. Eğer evlenme töreni İngiltere’de gerçekleşmişse ve taraflardan birinin yerleşim yeri İngiltere ise, evlenmenin geçerliliği sadece İngiliz hukukuna tabidir³¹⁹. İngiltere’de akdedilen evlenmelerde, diğer tarafın yerleşim yeri hukuku uyarınca gündeme gelebilecek herhangi bir geçersizlik göz ardı edilmektedir³²⁰.

³¹⁶ Clarkson/ Hill, s. 355.

³¹⁷ Clarkson/ Hill, s. 355.

³¹⁸ Bkz. Clarkson/ Hill, s. 355-364.

³¹⁹ Clarkson/ Hill, s. 364.

³²⁰ Bu uygulamanın temelinde, 1879 yılında karara bağlanan, “*Sottomayor v De Barros (No 2)*” davasının olduğu ifade edilmektedir (Clarkson/ Hill, s. 364).

E. Avusturya Hukuku

Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu³²¹ uyarınca, evlenmenin maddî şartları ile evlenmenin geçersizliği ve iptali için gerekli şartlar, her bir nişanlının kendi millî hukuku uyarınca tespit edilir (IPR-G § 17/1). Evlenme için gerekli bütün maddî şartlar; özellikle evlenme yaşı, evlenme engelleri ve evlenme iradesi ile yasal temsilcinin iznine ilişkin hususlar, bu hüküm kapsamında değerlendirilmektedir³²².

III. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM

Aşağıda MÖHUK uyarınca evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuk ve bağlama kuralının uygulama alanı ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. BAĞLAMA KURALININ TESPİTİ

Evlenme ehliyeti ve şartları MÖHUK m. 13/1’de, çok taraflı kanunlar ihtilâfi kuralı şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraf menfaatlerinin sağlanması gâyesiyle, “*taflardan her birinin evlenme anındaki millî hukuku*” yetkili hukuk olarak tayin edilmiştir³²³. Hükümün lafzi yorumuna baktığımızda, erkeğin millî hukukundaki şartların sadece erkeğe, kadının millî hukukundaki şartların ise sadece kadına uygulanması gerekmektedir³²⁴. Nitekim evlilik birliği kurulmadan önce, taraflardan birini, diğerinin hukukuna tâbi tutmak âdil bir yaklaşım değildir³²⁵. Dolayısıyla MÖHUK m. 13/1’de, müşterek bir noktadan hareket edilmemesi isabetli olduğu gibi, millî hukukların birlikte uygulanması zorunluluğu getirilmemiş olması da doğru bir yaklaşımdır. Nitekim millî hukukların birlikte uygulanması, bazı durumlarda taraflardan birinin millî hukukunun hiç uygulanmamasına sebebiyet verebilir³²⁶.

³²¹ “Bundesgesetz über das internationale Privatrecht” (IPR-G); <https://www.jusline.at/gesetz/iprg>. Ayrıca bkz. https://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_aus_en.htm#3.5., (ET. 06.10.2019).

³²² Simotta, s. 537. Ayrıca bkz. https://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_aus_en.htm#3.5., (ET. 09.10.2019).

³²³ 2675 sayılı MÖHUK’un kabul edilmesinden önceki dönemde dahi evlenmenin maddî şartları tarafların şahsî statüsü kapsamında kabul edilmiş ve her eş için kendi millî hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir (Güral, s. 148; Berki, Ş., “*Evlenmenin Aslî Şartları*”, s. 4-5; Sayman, s. 16-19).

³²⁴ Şanlı/ Esen/ Ataman- Fıganmeşe, s. 126; Can/ Toker, s. 362; Çelik, s. 177-178.

³²⁵ Güral, s. 157.

³²⁶ Tekinalp, s. 911-912.

Doktrinde bir görüş uyarınca, müstakbel eşlerin farklı vatandaşlıkta olmaları durumunda, teoride her birine kendi millî hukuku uygulanıyor olsa da fiili olarak millî hukukların birlikte uygulandığı ifade edilmektedir. Şöyle ki, evlenmenin maddî şartları açısından iki ayrı hukuk uygulandığında, evlenmenin bir ülke hukukuna göre geçerli diğer ülke hukukuna göre geçersiz olması mümkündür. Yahut her iki ülke hukuku uyarınca geçersiz olmakla birlikte, sonuçta daha ağır yaptırım uygulayan ülke hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla da görünürde iki hukuk ayrı ayrı tatbik edilmekle birlikte, esas itibarıyla daha ağır şartlara sahip olan hukuk, uygulanan hukuk olarak ortaya çıkacaktır³²⁷. Kanaatimizce, hem teoride hem de uygulamada, hükmün lafzi yorumuna sadık kalınması suretiyle erkeğin millî hukukundaki şartların sadece erkeğe, kadının millî hukukundaki şartların ise sadece kadına uygulanması gerekmektedir. Bu uygulamanın doğru yapılması neticesinde, hükme aykırı olarak millî hukukların birlikte uygulanması riski de bertaraf edilecektir.

Millî hukukun tespiti noktasında ise vatansız kişilerin statüsü ile çok vatandaşlığa sahip kişilerin durumu çeşitli problemlere sebep olmaktadır. Türk hukukunda, vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun tayinine ilişkin problemler, MÖHUK m. 4'te düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, *“Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe;*

*a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hallerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku*³²⁸,

³²⁷ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 239-240.

³²⁸ Bu çözüm tarzı, 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne ilişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesiyle de uyum içerisindedir. Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'ye katılmamız, 1 Temmuz 2014 tarihli ve 6549 sayılı Kanun'la uygun bulunmuştur (RG. T. 10.07.2014- S. 29056). Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca, *“Vatansız bir kişinin kişisel statüsü daimi ikametgâhının ait olduğu ülkenin kanununa, ikametgâhı yoksa oturduğu ülkenin kanununa göre düzenlenir. Vatansız bir kişi tarafından daha önce elde edilen ve kişisel statüye ilişkin olan haklara, özellikle evliliğe bağlı haklara, her Sözleşmeci Devlet tarafından, eğer bu gereklyse, söz konusu devletin yasalarının gösterdiği koşulları yerine getirmek kaydıyla, saygı gösterilir; ancak, söz konusu hakkın, kişi vatansız olmasaydı o devletin yasaları tarafından tanınacak haklar arasında bulunması gereklidir.”* Benzer şekilde, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde (Cenevre Sözleşmesi) de mültecilerin hukukî statüsünün, *“daimi ikametgâhının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgâhı yoksa bulunduğu ülkenin yasalarına tâbi”* olduğu açıkça ifade edilmiştir (m. 12/1). Cenevre Sözleşmesi, Türkiye tarafından, 29 Ağustos 1961 tarihli ve 359 sayılı Kanun'la onaylanmıştır (RG. T. 05.09.1961- S. 10898). Ayrıntılı bilgi için bkz. Işıl **Özkan**, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku - Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Değişikliklerle*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2018, (“Göç”); Sibel **Safi**, *Mülteci Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017; Neva **Övünç Öztürk**, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku³²⁹,

c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde bulundukları devlet hukuku³³⁰, uygulanır.”

İlk olarak, hükmün a bendindeki, “mülteciler” ifadesinin, vatandaşlık durumu muntazam olmayan bütün kişi gruplarını kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde bir görüş uyarınca, madde metnindeki “mülteciler” ifadesinin kapsamına, “6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ile uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar (mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri) ile geçici koruma statüsü sahibi yabancıların da” girdiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³³¹. Benzer bir görüşe göre, mültecilerin yanı sıra şartlı mülteci, ikincil koruma ve geçici koruma statüsündekilerin “Türkiye’de gerçekleştirdikleri evlenmelerde”, evlenme ehliyeti ve evlenme engelleri açısından Türk hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir³³². Buna karşılık, doktrinde başka

³²⁹ Doktrinde bir görüş uyarınca, bu durumda, Türk vatandaşlığının “etkin vatandaşlık” olarak kabul edildiği ifade edilmektedir (Can/ Toker, s. 315). Kanaatimizce, böyle bir nitelendirme isabetli değildir. Kanun’un açık hükmü karşısında, “etkin vatandaşlığın” tespiti için inceleme yapılması gerekmemektedir. Nitekim Türk vatandaşlığı, “etkin vatandaşlık” olmasa dahi münhasıran nazara alınacaktır. Dolayısıyla bu şekilde bir ön kabul olduğundan bahsedilmesine ihtiyaç yoktur.

³³⁰ 2675 sayılı MÖHUK’ta da aynı şekilde kaleme alınmış olan hükmün, b ve c bentlerinin uygulama alanına ilişkin görüşler ve özellikle de c bendinin ifadesinin nasıl yanlış anlaşılmalara yol açtığı hakkında bkz. İnci Ataman-Figanmeşe, “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, MHB, C. 19-20, Y. 1999-2000, S. 1-2, ss. 95-114, (“Çifte Vatandaşlık”).

³³¹ Çelikel/ Erdem, s. 69. Aynı yönde bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 31, dn. 61; Tekinalp/ Uyanık, s. 63, dn. 25; Ulusu Karataş, “Çocuk Yaşta Evlilikler”, s. 50-52.

³³² Gençcan, “Milletlerarası”, s. 227 ve s. 235. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan “Mülteciler ve Geçici Koruma Altına Alınanların Evlenme ve Çocuklarının Tanınması” (S. 40004962-010.07.01-E.88237, T. 13.10.2015) konulu yazıda da “6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 61, 62, 63 ve 91’inci maddelerine göre mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunan veya geçici koruma altına alınanların evlenme ehliyeti şartları ile evlenme engelleri ve çocuklarının tanıma yoluyla babaları ile soybağı kurulması konularında Türk hukuku esas alınacaktır. Medeni durumu boşanmış veya dul olan kadınların evlenmelerinde Türk hukukuna göre 300 günlük bekleme süresi geçmedikçe veya bu süre hâkim tarafından kaldırılmadıkça evlenme yapılmayacaktır” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu kişilerin Türkiye’ye gelmeden önce gerçekleşen evlenmelerinde ise evlenme ehliyetine ve evlenme engellerine “milli hukukları olarak menşe ülke hukukunun uygulanması” gerektiği ifade edilmektedir (Gençcan, “Milletlerarası”, s. 226 ve s. 234-235). Kanaatimizce, milli hukukları olarak menşe ülke hukuku ifadesinin doğru bir kullanım olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Menşe ülke hukuku ise “Göç eden kişinin vatandaşı olduğu ya da uyruğunu taşıdığı ülke” şeklinde tanımlanmıştır (Gençcan, “Milletlerarası”, s. 226, dn. 226). Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te (m. 3/1-t) de aynen yer alan bu tanımda, kişinin bir ülkenin vatandaşı olması ile o ülkenin uyruğunu taşıması arasında ne gibi bir farklılık görüldüğü anlaşılmamaktadır. Diğer yandan, göç literatürü açısından baktığımızda, menşe devlet (state of origin) ve menşe ülke (country of origin) kavramlarının farklı anlamlarda kullanılmakta; ilki ‘İlgili kişinin vatandaşı olduğu Devlet’ şeklinde tanımlanırken, diğeri “Göç akınlarının (düzenli ya da düzensiz) kaynağı durumundaki ülke” şeklinde

bir görüş uyarınca, MÖHUK'un 4. maddesindeki mülteci kavramının, mevcut hâliyle geniş yorumlanmasının mümkün olmadığı, bu hükmün Türk yabancılar hukukundaki uluslararası korumanın kapsamı ve türleri nazara alınarak hazırlanmamış olması sebebiyle, sadece Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle mülteci statüsü alanlara uygulanacağı ifade edilmektedir³³³. Bu görüşe göre örneğin, mirasa ilişkin bir uyuşmazlıkta, Türkiye'de bulunan gayrimenkul miras hariç olmak üzere, muris, mülteci statüsüne sahipse MÖHUK'un 4. maddesi uyarınca, yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Murisin, “sığınmacı veya geçici veya tamamlayıcı koruma altında bulunan bir yabancı” olması durumunda ise MÖHUK m. 20/1'e göre millî hukuku dikkate alınacaktır³³⁴. Doktrinde diğer bir görüşe göre, bireysel başvuru ile statü belirleme işlemi baz alınarak, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü altındakiler MÖHUK'un 4. maddesi kapsamında kabul edilmektedir³³⁵. Diğer yandan, geçici koruma statüsündekilerin, MÖHUK'un 4. maddesi kapsamında mülteci kavramı içinde ele alınmaması gerektiği, nitekim bu kişilerin kitlesel sığınma hareketiyle gelmeleri sebebiyle, acil ve geçici koruma sağlama amacının bir sonucu olarak, bu kişilere bireysel statü belirleme işleminin yapılmadığı ifade edilmektedir³³⁶.

Kanaatimizce, özellikle de geçici koruma altındaki kişilerin MÖHUK m. 4/a kapsamında değerlendirilmesi ve bu kişilerin millî hukukları yerine Türk hukukunun uygulanması doğru değildir. Şahsî statülerinin tespitinde, vatandaşlık bağıyla bağlı

nitelendirildiği görülmektedir (Bkz. Göç Terimleri Sözlüğü, Editörler: Richard **Perruchoud** ve Jillyanne **Redpath-Cross**, Uluslararası Göç Örgütü - IOM, İkinci Baskı, s. 63; https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf, ET. 08.04.2020). Dolayısıyla menşe ülke kavramının, aynı zamanda yabancıların uzun süre kaldığı veya kalma hakkının bulunduğu ülkeyi de karşıladığı ifade edilmektedir (Aydoğan **Asar**, Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 128).

³³³ Ekşi, “*Miras Hukuku*”, s. 37-38. Söz konusu görüşün yer aldığı eser, YUKK tasarı hâlindeyken yayımlanmış olmakla birlikte, görüşün temelinde, Türkiye'nin 1951 Cenevre Konvansiyonu'na ek 1967 Protokolü'nü onaylarken koyduğu coğrafi kısıtlamanın olması ve bu kısıtlamaya ilişkin bir değişiklik olmaması sebebiyle güncelliğini korumaktadır. Diğer yandan, MÖHUK'un 4. maddesinde yer alan mülteci kavramı yerine, “**uluslararası koruma talep eden veya uluslararası koruma sağlanan yabancılar**” ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağı da ifade edilmektedir. Böyle bir değişiklik yapılması durumunda, mülteciler haricindeki kişi gruplarına da millî hukukları yerine, yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanabileceği ifade edilmektedir (Ekşi, “*Miras Hukuku*”, s. 37-38). Doktrinde başka bir görüş uyarınca, MÖHUK'un 4. maddesindeki mülteci kavramı yerine, “**vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamaması sebebiyle koruma talep eden veya sağlanan kişiler**” şeklinde daha geniş ve kapsayıcı bir ifade kullanılmasının isabetli olacağı belirtilmektedir (Ulus Karataş, “*Çocuk Yaşta Evlilikler*”, s. 51-52).

³³⁴ Ekşi, “*Miras Hukuku*”, s. 38.

³³⁵ Ayşe Kübra **Altıparmak**, *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 112.

³³⁶ Altıparmak, s. 112.

oldukları ülke hukukunun nazara alınması gerekmektedir. Nitekim bu kişilere daimi bir uluslararası koruma tanınmadığı gibi, asıl amaç ülkelerindeki kaos ortamı sona erdiğinde, güvenli bir şekilde kendi ülkelerine dönüşlerini sağlamaktır. Bu sebeple, bağlı oldukları vatandaşlıkların dikkate alınması, kültürel kimliklerini korumaları ve taraf menfaatlerinin gerçekleşmesi açısından da daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Bu kişilerin ilerleyen zamanlarda üçüncü bir ülkede yaşama ihtimalleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin evlenmenin maddî şartlarına her birinin millî hukukunun uygulanmasını kabul eden bir ülkeye taşındıklarında, evlenmenin geçersizliğine ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında, Türk hukukunun değil kendi millî hukuklarının uygulanacağı dikkate alınmalıdır.

MÖHUK'un 4. maddesinin b ve c bentlerinde düzenlenen çok vatandaşlığa sahip kişiler açısından, evlenme ehliyet ve şartlarının tespiti için sadece Türk vatandaşlığının veya sıkı ilişki içinde oldukları devlet vatandaşlığının nazara alınması da kanaatimizce yeterli değildir. Topal evliliklere sebebiyet vermemek adına, çok vatandaşlığa sahip kişinin bütün vatandaşlıklarının birlikte nazara alınması gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, evlenmek isteyen kişinin, vatandaşlığına tâbi olduğu ülkelerden ayrı ayrı evlenme ehliyet belgesini temin ederek ibraz etmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Evlenmenin şartlarına uygulanacak hukukun tespiti noktasında da paralel bir yaklaşımın sergilenmesi suretiyle topal evliliklerin mümkün mertebe engellenmesi gerekmektedir.

Uygulama açısından başka bir problem ise Türk Medenî Kanunu'nda kabul edilen şartların, doğrudan uygulanan kural gibi yansıtılmasından kaynaklanmaktadır. Türk Medenî Kanunu hükümleri doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı gibi, kamu düzeni müdahalesi de ancak yetkili yabancı hukukun tespitinden sonra ve somut olaya uygulanması neticesinde ortaya çıkacak sonucun tahammül edilemez nitelikte olması durumunda istisnai olarak gündeme gelebilir (MÖHUK m. 5). Dolayısıyla kanunlar ihtilâfî kurallarına hiç başvurulmaksızın doğrudan Türk Medenî Kanunu hükümlerinin uygulanması doğru değildir. Neticede Türkiye'de gerçekleşen evlenmelerde, evlenmenin yalnızca şeklî şartları açısından Türk hukukunun yetkisi mutlakdır. Maddî şartlar açısından, taraflardan her birine kendi millî hukukunun uygulanması esastır.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuk belirlenirken, hem evlenme ehliyeti açısından hem de evlenme şartları açısından

atfın nazara alınması gerekmektedir³³⁷. Bu durumda yetkili hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği ülke hukukunun maddî hukuk kuralları uyarınca evlenme ehliyet ve şartları tayin edilecektir (MÖHUK m. 2/3). Bununla birlikte, uygulamada MÖHUK m. 2/3'ün uygulanmadığı, dahası hükmün lafzı itibarıyla da (*hâkim ve ihtilâf ifadeleri sebebiyle*) uygulanmaya elverişli olmadığı ve farklı merciler tarafından çelişkili işlemler yapılmasına sebebiyet verecek nitelikte olduğu ifade edilmektedir³³⁸.

B. BAĞLAMA KURALININ UYGULAMA ALANI

Bağlama kuralının uygulama alanı; evlenme iradesi, evlenme ehliyeti ve evlenme engelleri tasnifine uygun olarak ele alınacaktır.

1. Evlenme İradesi

Kadın ve erkeğin, uzun süreli hayat ortaklığı kurmak üzere karşılıklı iradelerinin varlığı, birçok hukuk düzeninde, evlenmenin kurucu şartı olarak görülmektedir³³⁹. Türk hukukunda da evlenmenin gerçekleşebilmesi için, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının varlığı kurucu unsurdur³⁴⁰. Evlenme iradesi, “*kişinin, karşı cins ile tam ve sürekli hayat ortaklığı kurmak yönünde maksatlı, ciddi, samimi zihin tasavvuru*” şeklinde tanımlanmaktadır³⁴¹.

Evliliğin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, tarafların evlenme iradesinin hem şeklî boyutu hem de maddî boyutu önem arz etmektedir. Evlenme iradesinin açıklanış şekli, yukarıda gördüğümüz gibi şeklî şartlar kapsamındadır ve evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tâbidir. Bunun ötesinde, elbette, evlenme kararının kişinin özgür iradesine dayanması, bu iradenin sağlıklı oluşması esastır³⁴². Bu bağlamda, evlenme iradesinin varlığı ve geçerliliği, işlemin esasına ilişkin olması sebebi ile evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuk kapsamındadır³⁴³. Dolayısıyla tarafların gerçekte evlenme iradesine sahip olup olmadığı, kural olarak şahsî statü uyarınca tayin

³³⁷ Çelikel/ Erdem, s. 228; Tanrıbilir, “*Evlenme*”, s. 460; Can/ Toker, s. 362; Çelik, s. 179.

³³⁸ Tanrıbilir, “*Evlenme*”, s. 470-471.

³³⁹ Fawcett/ Carruthers/ North, s. 876.

³⁴⁰ Velidedeoğlu, s. 87; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 33.

³⁴¹ Çelik, s. 185.

³⁴² Havutçu, s. 1376.

³⁴³ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 323; Tekinalp/ Uyanık, s. 133; Çelik, s. 185-186.

edilecektir³⁴⁴. Başka bir anlatımla, taraflardan her birinin millî hukuku uyarınca, gerçekten evlenme iradesine sahip olup olmadıkları ayrı ayrı değerlendirilecektir³⁴⁵.

2. Evlenme Ehliyeti

Hukuk düzenlerinde, evlenme ehliyetinin varlığı için, asgari yaş şartı ve ayırt etme gücünün varlığı aranmaktadır.

a. Evlenme Yaşı

Kişilerin evlilik için gerekli görülen fiziksel, ruhsal ve cinsel açıdan olgunluğa ulaşması için, asgari bir yaşa erişmesi zorunludur³⁴⁶. Asgari yaş sınırının belirlenmesi suretiyle çocuk yaştaki evliliklerin ve çocuğun cinsel istismarının önlenmesi de amaçlanmaktadır³⁴⁷. Her ülke; kendi sosyal, kültürel, ekonomik ve toplumsal koşullarını dikkate alarak evlenme yaşını tespit etmektedir³⁴⁸. Evlenme yaşının tespitinde, evlenecek kişilerin, ailelerinin, toplum ve devlet menfaatlerinin nazara alındığından kuşku yoktur³⁴⁹.

Pozitif hukuk düzenleri incelendiğinde, dokuz yaşından on sekiz ya da yirmi beş yaşına kadar değişik aralıklarda asgari evlenme yaşı öngörüldüğü, bazı ülkelerde ise kadın ve erkek için farklı evlenme yaşlarının belirlendiği görülmektedir³⁵⁰. Örneğin, Çin hukukunda evlenme yaşı erkek için yirmi iki, kadın için yirmi, Bangladeş hukukunda ise erkek için yirmi bir, kadın için on sekiz olarak belirlenmiştir³⁵¹. Suriye hukukunda, asgari evlenme yaşı erkek için on sekiz, kadın için on yedi olarak belirlenmiş olmakla birlikte; bulûğ çağına girmiş olması şartıyla, on beş yaşını dolduran bir erkek çocuğu

³⁴⁴ Sayman, s. 43; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 323.

³⁴⁵ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 241.

³⁴⁶ Oğuzman/ Dural, s. 60; Kılıçoğlu, “Aile Hukuku”, s. 45.

³⁴⁷ Reed, s. 414. Çocuk yaştaki evlilik kavramı ve çocuk yaşta evlenmeleri yasaklayan milletlerarası ve bölgesel belgeler ile mukayeseli hukukta çocuk yaşta evliliklerinin önlenmesine yönelik mevzuat değişiklikleri hakkında bkz. Ulusu Karataş, “Çocuk Yaşta Evlilikler”, s. 27-41.

³⁴⁸ İstisnai bir örnek olarak, Suudi Arabistan ve Hindistan’da evlenme yaşı için herhangi bir alt sınır belirlenmemiştir. Hindistan’da, altı yaşında dahi evlenenlerin olduğu belirtilmektedir (Kudret Güven, “Milletlerarası Andlaşmaların Aile Hukukuna Etkisi”, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016, Yayına Hazırlayanlar: Yrd. Doç. Dr. Emel Badur ve Yrd. Doç. Dr. Gamze Turan Başara, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, ss. 139-155, s. 146).

³⁴⁹ Velidedeoğlu, s. 53; Sayman, s. 30; Oğuzman/ Dural, s. 60; Kılıçoğlu, “Aile Hukuku”, s. 45-46; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 49.

³⁵⁰ Stark, “Family Law”, s. 15; Dal, s. 138.

³⁵¹ Çelikel/ Erdem, s. 226.

veya on üç yaşını dolduran bir kız çocuğunun hâkim izniyle evlenmesi mümkündür³⁵². İran hukukunda, kızlar için asgari evlilik yaşı on üç ve erkekler için on beştir. Bununla birlikte, örneğin dokuz yaşındaki bir kız çocuğunun veya on beş yaşından küçük bir erkeğin de maslahata uyulması, velisinin izni ve yetkili mahkemenin onayı ile evlenmesi mümkündür. Sudan’da ise evlilik yaşı kızlar için on ve erkekler için on beş olarak belirlenmiştir³⁵³.

İsviçre, Almanya, Avusturya gibi bazı ülkelerde, normal erginlik yaşı, aynı zamanda evlenme yaşı olarak da kabul edilmiştir³⁵⁴. Örneğin, Alman hukukunda, kural olarak, tarafların erginlik yaşına ulaşmasından önce evlenmenin akdedilemeyeceği (BGB § 1303/1), erginliğin ise on sekiz yaşın tamamlanmasıyla başladığı kabul edilmektedir (BGB § 2). Diğer birçok hukuk sisteminde ise evlenme yaşı, Türk hukukunda olduğu gibi, genel ehliyet yaşından farklı şekilde düzenlenmiştir³⁵⁵. Türk vatandaşları açısından TMK m. 124/1 uyarınca olağan evlenme yaşı “*on yedi yaşın doldurulması*” olarak kabul edilmiştir³⁵⁶. Ek olarak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının da hâkim izniyle evlenebileceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 124/2)³⁵⁷. Aynı hüküm uyarınca, ana ve baba veya vasinin, olanak bulundukça karardan önce dinleneceği ifade edilmektedir. Olağanüstü durum ve pek önemli sebebin varlığı, her somut olayda hâkim tarafından

³⁵² Bkz. “*Suriyeliler-Rapor*”, s. 45. Hâkimin evlenmeye izin verebilmesi için, küçüğün babasının veya büyükbabasının da onayının gerektiği; Suriye hukukundaki bu düzenlemenin hem yaşların çok küçük belirlenmesi hem de annenin onayının aranmaması sebebiyle Türk hukukunun temel değerlerine açıkça aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir (Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 230).

³⁵³ Bu şekilde kadın-erkek eşitliğine riayet etmeyen ve çocuk yaşta evliliklere izin veren ülke örneklerini arttırmak mümkündür. Bu bağlamda PEW araştırma merkezi tarafından, “*2015 tarihli İnsan Hakları Uygulamaları Ülke Raporları*” baz alınarak hazırlanan, evlenme yaşına ilişkin olarak bütün ülkelerin incelendiği “*Marriage Laws around the World*” isimli çalışma için bkz. <https://assets.pewresearch.org>. İnsan Hakları Uygulamaları Ülke Raporları için bkz. <https://www.state.gov/reports/>, (ET. 02.07.2017).

³⁵⁴ Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 45; Tekinalp/ Uyanık, s. 132; Güven, s. 146.

³⁵⁵ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 240; Tekinalp/ Uyanık, s. 132; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 46; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 320; Can/ Toker, s. 362.

³⁵⁶ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 88. maddesinde evlenme yaşı, kadın için on beş, erkek için on yedi yaşın doldurulması olarak düzenlenmişti. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 124. maddesinin gerekçesinde, asgari yaş sınırının farklı düzenlenmesi kadın- erkek eşitliğini zedelediği ve on beş yaşın evlilik için yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda önceki düzenlemeden farklı olarak, yeni Türk Medenî Kanunu’nda cinsiyete dayalı bir ayırım yapılmaksızın, olağan evlenme yaşı on yedi olarak düzenlenmiştir.

³⁵⁷ Doktrinde, olağanüstü evlenme yaşı olan on altı ve olağan evlenme yaşı olan on yedi yaşını doldurmuş küçükler ile ergin olup da kısıtlandıkları için velayet veya vesayet altında bulunan kişilerin “*evlenmeye sınırlı ehliyetsiz*” oldukları ifade edilmektedir (Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 54-55). Ayrıca bkz. Özlem Tüzüner, “On Altı Yaşını Doldurmuş Kişinin Evlenmesine İzin Verilmesi”, *İKÜHFD, Y. 11, C. 11, S. 1, Ocak 2012, ss. 7-29, (“On Altı Yaş”)*.

değerlendirilecektir³⁵⁸. Bu noktada, hâkimin geniş bir takdir yetkisi olduğu, evlenme izni isteyen küçüklerin, evlenmek için gerekli görülen bedenî ve fikrî olgunluğa erişip erişmediğinin iyi değerlendirilmesi gerektiği; söz konusu evlenmenin, evlenmek isteyen küçük açısından ve eğer hamile ise doğacak çocuk açısından daha faydalı olacağına kanaat getirilmesi durumunda ancak evlenmeye izin verilmesinin mâkul olacağı; buna karşılık özellikle çocuğun menfaati aksini gerektiriyorsa, izin talebinin reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁵⁹. Uygulamada, evlenmek isteyen tarafların, hâkim tarafından hastaneye sevk edilerek, evlenmelerine engel olup olmadığı ve hatta evlenmelerinin ruhsal açıdan gerekli olup olmadığı hususunda heyet raporu düzenlenmesinin istendiği ifade edilmektedir³⁶⁰.

³⁵⁸ Örnek olarak, kadının evlilik dışı hamile kalması veya anne ve babasının ölümü sebebiyle kimsesiz kalması gibi sebepler gösterilmektedir (Velidedeoğlu, s. 59; Oğuzman/ Dural, s. 62-63; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 47; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 51). Evlenmeye izin davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Esra Çetin, Alpay Çalışkan ve Halil Polat, *Dilekçe-Tensip-Müzekkere ve Gerekçeli Karar Örnekleriyle Hukuk Davaları Rehberi, V. Cilt - Aile Mahkemesine İlişkin Davalar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, ss. 87-105.

³⁵⁹ Velidedeoğlu, s. 59-60. Yargıtay kararında isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere, “*Bir kızın erkek tarafından kaçırılıp bekâretinin izale edilmesi halinde evlenmeğe izin verilmesi, kızın menfaatine olmayıp, sadece erkeği cezadan kurtarmaktan başka bir işe yaramıyacaksa, olağanüstü hal ve önemli bir sebep dolayısıyla evlenmeğe izin verilemez*” (2. HD. 5.11.1935, 2463- 2654; Velidedeoğlu, s. 59, dn. 13). Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda, “*tarafların birlikte olup, karı koca gibi yaşamalarının*” olağanüstü durum olarak kabulüne imkân bulunmadığı ve bu husus gözetilmeden, yazılı şekilde evlenmeye izin verilmesinin doğru olmadığı hükme bağlanmıştır. Karşı oy yazısı ise şu şekildedir; “*Dosya kapsamından; davacı anne ve babanın, kızları A.'un S.Ö. ile evlenmesine izin verilmesini talep ettikleri, küçük A.'un da, S.Ö.'la birlikte yaşadıklarını beyanla, evlenmesine izin verilmesini istediği, tanık beyanlarına göre küçük A.ile, S.Ö.'un bir buçuk aydır birlikte yaşadıkları anlaşılmaktadır. Değerli çoğunluk, tarafların karı koca gibi birlikte yaşamalarını, pek önemli bir neden olarak görmemiştir. S.Ö.'la fiilen karı koca gibi birlikte yaşayan A.'un durumu, tam da Türk Medeni Kanununun 124. maddenin aradığı pek önemli bir neden mahiyetindedir. Nikah tarafların hak ve yükümlülüklerini güvence altına alan bir kurumdur. Fiili beraberliğin nikahla güvence altına alınmaması durumunda, küçük A.'un nafaka, tazminat ve mirasçılık hakları gibi haklarını güvence altına alacak hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Küçüğün yaşı dolduğunda, nikahtan kaçınabilecek karşı tarafı, küçükle nikah yapmaya zorlayabilecek hiçbir yasal olanak da mevcut değildir. Küçüğün evlenmesine izin verilmemesi durumunda küçüğün telafisi mümkün olmayan ağır zararlar karşılaşması söz konusu olacaktır. Fiilen S.Ö.'la karı koca hayatı yaşayan küçük A.'un evlenmesine izin verilmesi halinde; ne küçük, ne ailesi, ne de toplum hiçbir zarar görmeyecektir. Çağdaş hukuk anlayışı hak ve özgürlüklerin genişletilmesi esasına dayanır. Çağdaş ülkeler, evlilikleri teşvik etmekte, fiili beraberlikleri hukuki koruma altına alçak düzenlemeler yapmakta, hatta ilgili mercilere bildirilen fiili beraberliklere, evliliğe yakın hak ve hukuki korumalar sağlamaktadırlar. Sonuç olarak; Türk Medeni Kanununun 124. maddesinin aradığı asgari yaş sınırını dolduran küçük A.'un, fiilen birlikte yaşadığı S.Ö.'la evlenmesine izin verilmesi, hukuka ve çağdaş uygulamalara da uygundur. Yukarıda açıkladığım sebeplerle yerel mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu görüşündeyim. Farklı düşünüyorum*” (Y. 2. HD. T. 6.5.2015, E. 2015/3626 ve K. 2015/9331 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 09.11.2017).

³⁶⁰ Munise Dayı, “*Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar*”, Hukuk Davaları - Cilt IV (Aile Mahkemesi Davaları - Tüketici Mahkemesi Davaları - İş Mahkemesi Davaları), Editörler: Efrail Aydemir - Ahmet Cemal Ruhi - Sema Güleç Uçakhan - Çilem Bahadır - Mutlu Dinç, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, ss. 31-191, s. 56.

Olağanüstü evlenme yaşına ilişkin olarak TMK m. 124/2 hükmünün mehaızı olan İsviçre Medenî Kanunu'nun³⁶¹ 94'üncü maddesinin ikinci fıkrası, 19 Aralık 2008 tarihli “*Yetişkinlerin Korunması, Kişilik Hakları ve Çocuk Haklarına İlişkin Federal Yasa*” uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır³⁶². Söz konusu değişikliğin, zorla evlendirme ve erken yaşta evliliklerle mücadele bakımından önem taşıdığı ifade edilmektedir³⁶³. Aynı şekilde, Alman hukukunda da evlenme yaşını düzenleyen BGB § 1303'de yer alan ve eşlerden birinin on altı yaşını doldurmuş olması hâlinde hâkim kararıyla evlenmeye imkân veren hükmün yürürlükten kaldırıldığı ve asgari evlenme yaşının istisnasız olarak on sekize yükseltildiği ifade edilmektedir³⁶⁴.

Bu doğrultuda, Türk hukukundaki olağan ve olağanüstü evlenme yaşıyla ilgili kural eleştirilmekte ve “*erken yaşta zorla evlendirme olaylarının yasal kılıfa bürünerek gerçekleştirilmesine*” çanak tuttuğu belirtilmektedir³⁶⁵. Diğer yandan, on sekiz yaşından küçüklerin evlenmesine ilişkin söz konusu düzenlemelerin; her insanın on sekiz yaşına kadar “*çocuk*” sayılmasını kabul eden “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*”³⁶⁶ hükmüne (m. 1) aykırı olduğu vurgulanmaktadır³⁶⁷. Olması gereken hukuk açısından, Türk hukukunda da asgari evlenme yaşının, on sekiz yaş şeklinde düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır³⁶⁸.

Türk hukuku açısından son olarak belirtmemiz gerekir ki hâkim hükmüyle kazanılan erginlik, evlenmek için yeterli değildir. Türk Medenî Kanunu uyarınca, belirli şartlarla “*On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece*

³⁶¹ İsviçre Medenî Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>, ET. 12.04.2019).

³⁶² “*Bundesgesetz über Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht von 19. Dezember 2008*”, (AS 2011 725; BBl 2006 7001). Ayrıca bkz. Havutçu, s. 1365; Ulu Karataş, “*Çocuk Yaşta Evlilikler*”, s. 32-34.

³⁶³ Havutçu, s. 1365; Ulu Karataş, “*Çocuk Yaşta Evlilikler*”, s. 33.

³⁶⁴ Ulu Karataş, “*Çocuk Yaşta Evlilikler*”, s. 36. Hükmün önceki hâlinde, evleneceği kişinin on sekiz yaşını tamamlamış olması şartıyla, on altı yaşını tamamlamış olan kişinin başvurusu üzerine hâkim evlenmeye izin verebilmekteydi (Bkz. Havutçu, s. 1359).

³⁶⁵ Havutçu, s. 1375-1376. Benzer eleştiriler hakkında bkz. Meral **Sungurtekin Özkan**, “*Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol*”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı – 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, ss. 2177-2190, (“*Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi*”).

³⁶⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Türkiye tarafından 14 Ekim 1990'da imzalanmıştır. 4058 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş (RG. T. 11.12.1994 - S. 22138) ve sonrasında 27 Ocak 1995 tarihinde 22184 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁶⁷ Güven, s. 145-146.

³⁶⁸ Rona **Serozan**, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 118-119. Erken yaşta evlenmenin, özellikle de kız çocuklarının; sağlığını, eğitimini ve ekonomik bağımsızlığını olumsuz etkilediğinin Dünya Sağlık Örgütü'nün raporlarında da vurgulandığı; evlenme gibi önemli bir sözleşmeyi akdedebilmek için on sekiz yaşın benimsenmesinin “*olgunluk ve babadan görece bağımsızlaşma*” açısından da yerinde bir yaklaşım olduğu ifade edilmektedir (Serozan, s. 118-119).

ergin kılınabilir” (TMK m. 12). Evlenme yaşının özel olarak düzenlenmesi sebebiyle, mahkemece *"ergin"* kılınan on beş yaşını dolduran küçüklerin evlenmesi mümkün değildir (Ev. Yön. m. 14/2).

Asgari evlenme yaşı konusunda ayrıntılı hükümler içeren hukuk düzenlerine baktığımızda, evlenme yaşı için herhangi bir üst sınır getirilmediği görülmektedir³⁶⁹. Buna göre kural olarak, ayırt etme gücüne sahip *"ileri yaştaki kişilerin"* evlenmesi bakımından hukukî bir engel yoktur³⁷⁰.

Son olarak, *"tarafardan biri ölüm döşeğinde iken yapılan evlilikler"* (*in extremis marriages*) açısından da kişinin evlenme ehliyeti yine kendi şahsî statüsü uyarınca tespit edilecektir³⁷¹. Ölüm döşeğindeki kişi, ayırt etme gücüne sahipse ve evlenmelerine engel başka bir durum yoksa yapılan evlilik geçerlidir³⁷². In extremis evliliklerde, evliliği yozlaştıran bir durum olmadığından, kamu düzeni müdahalesi de gündeme gelmeyecektir. Bununla birlikte, evlilik yoluyla yasal olmayan bir kazanç elde etme ya da mirasçılardan mal kaçıрма gibi bir durum söz konusu ise evlilikten kazanılmak istenen sonucu tanımamanın yerinde olacağı ifade edilmektedir³⁷³.

b. Ayırt Etme Gücü

Kişilerin evlenme ehliyetinin olduğunun kabulü açısından, belli bir yaşa erişmiş olmalarının yanında, belirli bir olgunluğa erişmiş olmaları gerektiği de kabul edilmektedir³⁷⁴. Bu anlamda, evlenmek isteyen kişilerin, evlilik birliğinin mahiyetini ve anlamını anlayabilecek, evlenmeye bağlı sorumluluk ve görevleri kavrayacak

³⁶⁹ Oğuzman/ Dural, s. 62; Kılıçoğlu, *"Aile Hukuku"*, s. 45; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 50; Doğan, İ., *"Aile Hukuku"*, s. 25; Ersen, s. 49.

³⁷⁰ *"Dava, evlenmenin butlanı talebine ilişkindir. Evlenme ehliyetine sahip olmak koşuluyla gerek ülkemizde gerek dünyadaki diğer ülkelerde evlenme yaşı için üst sınır belirlenmemiştir. Başka bir evlenme engeli bulunmaması koşuluyla kişi isterse 100 yaşına dahi gelmiş olsa evlenebilir. Somut olayda S. Ö. evlenme tarihinde 84 yaşında olup evlenmeye engel derecede akıl hastalığının bulunduğu veya evlenme sırasında sürekli ayırt etme gücünden yoksun olduğu kanıtlanamamıştır...Tüm bu sebeplerle kanıtlanamayan davanın reddi gerekir"* (Y. 2. HD, T. 07.07.2014, E. 2014/13520 ve K. 2014/15668 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 02.08.2017).

³⁷¹ Sayman, s. 49; Nomer, *"Devletler Hususî"*, s. 242. Dünya basınından haber örnekleri için bkz. <https://www.isvecgundemi.com/kanser-hastasi-kadin-hastanede-evlendi-18-saat-sonra-esinin-gozune-bak-arken-son-nefesini-verdi-p7-aid,2780.html>, (ET. 08.01.2018); <https://onedio.com/haber/olmeden-once-sevgilisiyle-evlenme-hayalini-gerceklestiren-kanser-hastasi-kadin-849866>, (ET. 21.11.2018).

³⁷² Ersen, s. 49.

³⁷³ Sayman, s. 49, dn. 109.

³⁷⁴ Oğuzman/ Dural, s. 64; Kılıçoğlu, *"Aile Hukuku"*, s. 44; Doğan, V., *"Milletlerarası Özel"*, s. 321; Can/ Toker, s. 363.

kabiliyette olması gerekmektedir³⁷⁵. Evlenmek isteyen kişilerin ayırt etme gücüne sahip olma gerekliliği, şahsî statü içerisinde değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, geçici veya daimi olarak ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin evlenip evlenemeyeceği, kural olarak ilgilinin millî hukukuna tâbidir³⁷⁶.

Türk hukukunda, ayırt etme gücüne sahip olmayanların evlenemeyeceği kesin bir dille ifade edilmiştir (TMK m. 125; Ev. Yön. m. 14/2). Ayırt etme gücü ise olumsuz bir şekilde tanımlanmış ve “*yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin*” ayırt etme gücüne sahip olduğu ifade edilmiştir (TMK m. 13). Bu maddede sayılan sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, ayırt etme gücüne sahiptir. Özellikle evlenme açısından baktığımızda, ayırt etme gücü, evlenmek isteyen kişilerin, evlenmenin önemini ve evlenenlere yüklediği aile sorumluluğunu kavrayacak bir anlayışta olmalarını gerektirmektedir³⁷⁷. Bu anlamda, her akıl zayıflığı, evlenme hususunda ayırt etme gücünün yokluğu anlamına gelmemekte, mutlaka her somut olay bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir³⁷⁸.

c. Yasal Temsilcinin İzni

Millî hukukuna göre ergin kabul edilen kişiler, kural olarak, hiç kimsenin iznine ihtiyaç duymaksızın evlenebilirler³⁷⁹. Buna karşılık, mümeyyiz küçük veya kısıtlının evlenebilmesi için, yasal temsilcinin izninin gerekip gerekmediğinin tespiti, gerekli ise iznin şartları ve izin verilmemesinin sonuçlarının ele alınması gereklidir. Söz konusu tespitin yapılabilmesi için öncelikle temsilcinin izninin şekle mi esasa mı ilişkin olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

³⁷⁵ Velidedeoğlu, s. 52; Güral, s. 152; Oğuzman/ Dural, s. 64; Köprülü/ Kaneti, s. 68; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 52; Çelikel/ Erdem, s. 226.

³⁷⁶ Sayman, s. 33; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 241; Tekinalp/ Uyanık, s. 132-133; Can/ Toker, s. 363.

³⁷⁷ Velidedeoğlu, s. 52.

³⁷⁸ Velidedeoğlu, s. 52.

³⁷⁹ Çoğu ülkede genel kabul gören yaklaşım bu şekilde olmakla birlikte, bazı ülke hukuklarında ergin kişiler açısından da yasal temsilcinin izni aranmaktadır. Örneğin, Suriye Kişisel Statü Kanunu’nun 27. maddesi uyarınca, “*Yetişkin bir kadın yasal temsilcisinin rızası olmaksızın evlenmişse, evlilik kocanın sosyal statü yönünden kadına denk olması (kafa’ah), kadından daha aşağı bir sosyal statüde olmaması şartıyla geçerlidir. Aksi halde, yasal temsilci tarafından evliliğin feshi istenebilir*” (Bkz. “Suriyeliler-Rapor”, s. 48).

Yasal temsilcinin izninin gerekliliği, evlenmenin şekli şartları içerisinde kabul edilirse, yetkili hukuk, evlenmenin yapıldığı yer hukukudur. Bu bağlamda örneğin, İngiliz hukukunda, yasal temsilcinin izni, evlenmenin şekli şartları içerisinde değerlendirilmektedir. Yasal temsilcinin izni olmaksızın evlenmenin yapılmış olması, evlenmenin geçerliliğini etkilememektedir³⁸⁰. Buna karşılık iznin gerekliliği evlenmenin maddi şartları içerisinde ele alınırsa, ilgilinin kendi millî hukukuna tâbi olacaktır. Türk doktrininde ağırlıklı görüş, yasal temsilcinin iznini, esasa ilişkin bir sorun olarak değerlendirmektedir³⁸¹. Bu bağlamda, yasal temsilcinin kim veya kimler olduğu ve evlenmeye izni nasıl vereceği, bu iznin bulunmaması hâlinde ilgili bakımından hangi hukukî sonuçların ortaya çıkacağı gibi hususlar, izne ihtiyacı olan tarafın millî hukuku uyarınca tespit edilecektir³⁸². Buna karşılık doktrinde bir görüş uyarınca, milletlerarası özel hukuk adaletinin gereği olarak, evlenmenin geçerli sayılması sonucunu sağlayacak vasıflandırma yapılmasının, hem taraf menfaatine hem de işlem menfaatine daha iyi hizmet edeceği ifade edilmektedir³⁸³. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, örneğin, iki Türk vatandaşının yasal temsilcilerinin izni olmaksızın İngiltere’de evlenmeleri durumunda, yasal temsilcinin iznini şekle ilişkin gören İngiliz hukuku uyarınca vasıflandırma yapılması, menfaatlerin gerçekleşmesi açısından tercih edilmelidir³⁸⁴.

Türk hukukunda, küçüklerin ve kısıtlıların, yasal temsilcilerinin izni olmadıkça evlenemeyecekleri açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 126 ve m. 127). Yasal temsilcinin bu konudaki yetkisi, evlenme yaşına erişmiş ancak ergin olmayan ya da kısıtlı kişinin evlenmesine izin vermekten ibarettir³⁸⁵. Evlenme istek ve iradesini evlenecek kişi yerine açıklaması söz konusu değildir. Zira şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde görülen evlenme, kesinlikle temsil kabul etmez³⁸⁶. Yasal temsilcinin haklı sebep olmaksızın evlenmeye izin vermemesi durumunda, hâkim, izin vermeyen yasal temsilciyi dinledikten sonra, başvuran küçük ve kısıtlının evlenmesine izin verebilir

³⁸⁰ Clarkson/ Hill, s. 347; Fawcett/ Carruthers/ North, s. 878-879.

³⁸¹ Sayman, s. 32-33; Çelikel, “*Aile Hukuku*”, s. 64-64; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 240; Tekinalp/ Uyanık, s. 133; Çelikel/ Erdem, s. 234; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 126; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 16.

³⁸² Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 240; Tekinalp/ Uyanık, s. 133.

³⁸³ Can/ Toker, s. 170.

³⁸⁴ Can/ Toker, s. 170.

³⁸⁵ Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 51; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 32-33. Esas itibarıyla evlenme şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, TMK m. 16/1/c.2 uyarınca, sınırlı ehliyetsizin bu hakkını yasal temsilcinin katılımı olmaksızın kullanabilmesi gerekirdi. Ancak evlilik kurumunun önemine binaen özel düzenleme yapılarak, yasal temsilcinin iznine bağlanmıştır (Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 55).

³⁸⁶ Abdülkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 32, (“*Aile*”); Velidedeoğlu, s. 88; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 51; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 55.

(TMK m. 128; Ev. Yön. m. 14/3). Evlenmeye izin davasında, yasal temsilcinin dinlenmesi, davanın ön şartı olarak görülmektedir³⁸⁷. Bu noktada izin vermeyen yasal temsilci dinlenildikten sonra hâkim, izin vermeme sebebinin “haklı” olup olmadığını değerlendirecektir.

Yetkili yabancı hukukta küçük veya kısıtlı için bu şekilde bir izin şartının aranmaması, prensip olarak Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez³⁸⁸. Somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılarak sonuca varılması gerekmektedir.

3. Evlenme Engelleri

Evlenme ehliyetine sahip olmak, kişilere evlenme hakkı tanımakla birlikte, evlenebilmek için yeterli değildir. Kişide evlenmeye engel bir durumun da bulunmaması gerekmektedir³⁸⁹. Evlenme engelleri de hukuk düzenlerinde ayniyet göstermemekte, toplum yapısına ve hukuk anlayışına göre çeşitli evlenme engelleri gündeme gelmektedir. Kişinin evlenmesine engel bir durumun olup olmadığı da prensip itibarıyla kendi millî hukuku uyarınca tespit edilecektir.

Doktrinde hâkim görüş uyarınca, evlenme engelleri, tek taraflı- iki taraflı evlenme engelleri şeklinde ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bu tasnif uyarınca, taraflardan birinin millî hukukunda yer alan evlenme engelinin varlığı, diğer eşi etkilemiyor ise tek taraflı evlenme engelinden; taraflardan birinin millî hukukunda yer almakla beraber her ikisini de etkileyen bir engel var ise iki taraflı evlenme engelinden bahsedilmektedir³⁹⁰. Evlenme yaşı, yasal temsilcinin izni, bekleme süresi ve evlenme iradesindeki bozukluklar tek taraflı evlenme engeli olarak görülmekte³⁹¹; yakın hısımlık, evlâtlık ilişkisi, mevcut evlilik, akıl hastalığı ve bulaşıcı hastalıklar iki taraflı evlenme engeli olarak nitelendirilmektedir³⁹². Kanaatimizce, sadece Türk hukuku nazara alınarak böyle bir tasnif yapılması isabetli değildir. Diğer yandan sayma suretiyle tek taraflı-iki taraflı evlenme engeli şeklinde kategorize edilen hususlardan bazıları, evlenme ehliyetine

³⁸⁷ Çetin/ Çalışkan/ Polat, s. 89.

³⁸⁸ Sayman, s. 32; Nomer, “Devletler Hususî”, s. 238.

³⁸⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 69; Velidedeoğlu, s. 64; Dal, s. 139; Kılıçoğlu, “Aile Hukuku”, s. 54; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 48; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 56.

³⁹⁰ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 245; Tekinalp/ Uyanık, s. 131; Çelikel/ Erdem, s. 228; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 18-19; Can/ Toker, s. 364; Toker/ Ruhi, s. 103. Türk maddî hukukunda ise kesin- kesin olmayan evlenme engelleri ayrımı yapılmaktadır. Bkz. Öztan, s. 148-157; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 49-61; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 56-62.

³⁹¹ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 245; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 18-19; Toker/ Ruhi, s. 103.

³⁹² Nomer, “Devletler Hususî”, s. 245; Çelikel/ Erdem, s. 228-231; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 19; Toker/ Ruhi, s. 103.

ilişkindir. Yukarıda incelediğimiz üzere, kişinin öncelikle evlenme ehliyetine sahip olması, ehliyetin varlığı tespit edildikten sonra evlenmeye engel bir durumun olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

Doktrinde başka bir görüşe göre, MÖHUK m. 13/1 hükmünün gerek lafzı gerekse ruhu itibarıyla, evlenme engellerine ilişkin olarak tek taraflı- iki taraflı şeklinde tasnif yapılması uygun değildir³⁹³. Özellikle iki taraflı evlenme engeli olarak görülen hususların, kamu düzeni müdahalesi ile bertaraf edilebilecek nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Kanun'da olmayan soyut bir tasnif yaparak evlenme engellerini kategorize etmek yerine, Kanun'da açıkça düzenlenmiş olan “*kamu düzeni prensibinden*” faydalanmak daha mâkul bir yol olarak görülmektedir³⁹⁴. Kanaatimizce, evlilik birliği kurulduktan sonra bir uyuşmazlık çıkması durumunda, bu görüş uyarınca savunulan kamu düzeni prensibinden yararlanmak elbette mümkündür. Ancak evlenme başvurusu esnasında, evlendirme memurları tarafından kamu düzenine ilişkin bir değerlendirme yapılması beklentisindeki sıkıntılar nazara alındığında, söz konusu görüş de pratikte uygulanabilirliğini kaybetmektedir. Bu durumda kanaatimizce en mâkul yöntem, evlenme ehliyet belgelerinin daha detaylı düzenlenmesi suretiyle sorunun en başından önlenmesidir. Özellikle de uygulamada en çok sorun yaratan mevcut evlilik ve yakın hısımlıktan kaynaklanan evlenme engelinin, başka ülkelerde evlenme ile bertaraf edilmesini önlemek adına, evlenilecek kişiye ilişkin bilgilerin de eksiksiz talep edilmesi ve duruma göre evlenme ehliyet belgesinin verilmemesi düşünülebilir. Aksi takdirde evlenmenin kaderini, soyut tasniflere veya kamu düzeni müdahalesine terk etmek, total evliliklerin de artmasına sebebiyet verecek niteliktedir.

Aşağıda herhangi bir tasnif yapılmaksızın, genel kabul gören evlenme engellerinin her biri ayrı ayrı incelenecektir.

a. Mevcut Evlilik

İlk kez evlenecek kişiler açısından, doğal olarak böyle bir engelden bahsedilemez. Yeniden evlenmek isteyen kişiler açısından ise konunun iki farklı açıdan ele alınması gerekmektedir. İlk olarak, çok eşliliğe izin veren yetkili yabancı hukukun uygulanıp uygulanmaması meselesi üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise önceki

³⁹³ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 127-128.

³⁹⁴ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 127-128.

evliliğin; ölüm, gaiplik veya boşanma kararı ile sona ermesi durumunda kişilerin yeniden evlenmesine ilişkin hususlar ele alınacaktır.

aa. Çok Eşliliğe İzin Veren Hukuk Düzenleri

Yasal olarak, kişinin, birden fazla kişiyle evlenebilmesi, çok eşlilik (*poligami*) olarak adlandırılmaktadır. Çok eşlilik, hem kadın hem de erkek açısından mümkündür. Erkeğin birden fazla kadın ile evlenmesi “*polijini (polygynie)*”; kadının birden fazla erkek ile evlenmesi “*poliandri*” olarak anılmaktadır³⁹⁵. Bununla birlikte, çok eşliliği kabul eden çoğu ülkede, sadece erkekler açısından çok eşliliğe izin verilmektedir³⁹⁶. Örneğin, İslâm hukukunun uygulandığı iddia edilen birçok ülkede (*Mısır, İran, Libya, Pakistan, Suudi Arabistan gibi*) erkekler açısından çok eşlilik mümkündür³⁹⁷. Benzer şekilde Afrika’da da birçok kabile hukukunda, erkeklerin çok eşli evliliklerine izin verilmektedir³⁹⁸. Nadir rastlanan poliandri durumuna, Tibet’in bazı bölgelerinde, ailedeki en büyük erkek kardeşin karısının, diğer bütün erkek kardeşlerle de evli olması gibi uç noktada bir örnek gösterilmektedir³⁹⁹.

Günümüzde, belirttiğimiz istisnai durumlar haricinde, dünyadaki çoğu ülkede, tek eşlilik (*monogami*) benimsenmektedir⁴⁰⁰. Türk hukukunda da tek eşlilik prensibi kabul edilmektedir. 1926 yılında 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi ile birlikte, bir hukuk politikası olarak, bir erkeğin birden fazla kadınla evlenmesi yasaklanmış ve

³⁹⁵ L. O. C. **Chukwu**, “The Metamorphosis of Polygamy in Private International Law”, *The Nigerian Law Journal*, Vol. 15, N. 1, Y. 2011, pp. 163-180, p. 165; Velidedeoğlu, s. 46-47.

³⁹⁶ Hill, s. 92; Chukwu, s. 165; McClean/ Ruiz Abou-Nigm, s. 265.

³⁹⁷ Doğan, İ., “*Aile Hukuku*”, s. 28. Suriye hukukunda da çok eşlilik kabul edilmiş olmakla birlikte, belirli şartlara bağlanmıştır. Suriye Kişisel Statü Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca, erkeğin ikinci bir kadınla evlenmesi, “*yeterli bir gerekçenin bulunması ve erkeğin maddi durumunun iki kadını geçindirmeye yetecek ekonomik seviyede olması şartıyla*” ve hâkim izniyle mümkündür (Bkz. “*Suriyeliler-Rapor*”, s. 49).

³⁹⁸ Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 21.

³⁹⁹ Stark, “*Family Law*”, s. 15; Velidedeoğlu, s. 47, dn. 8.

⁴⁰⁰ David de la **Croix** and Fabio **Mariani**, “*From Polygyny to Serial Monogamy: A Unified Theory of Marriage Institutions*”, Discussion Paper No. 6599, May 2012 Germany. Bununla birlikte, tek eşliliği kabul eden ülkelerde dahi, çok eşliliğin veya en azından etkilerinin sinsice devam ettiği ileri sürülmektedir. Şöyle ki, birçok hukuk düzeninde, çok eşlilik kabul edilmemekle birlikte, ikinci- üçüncü evliliklere de birtakım haklar sağlandığı görülmektedir. Diğer bir durum ise eşler arasındaki evlilik birliği sona erse bile, özellikle de mali yükümlülükler sebebiyle bağlantının devam etmesi neticesinde, kişinin birden fazla kişi ile eş zamanlı kurumsal ilişkisinin olabildiği ifade edilmektedir. Üçüncü olarak, evlilik dışı birlikteliklerin kurumsallaştırılması ve birtakım haklar sağlanması, bir anlamda çok eşlilik olarak görülmektedir (Blair/ H. Weiner/ Stark/ Maldonado, s. 97).

mevcut evlilik, kesin evlenme engelleri arasında sayılmıştır⁴⁰¹. Bu düzenleme, 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nda da korunmuştur⁴⁰².

Çok eşliliğe ilişkin problemin, farklı açılardan ele alınması gerekmektedir. Kişinin şahsî statüsü çok eşliliğe izin veriyorsa; tek eşliliği kabul eden bir ülkede, ikinci evliliğin yapılması mümkün müdür? Yurt dışında çok eşliliği kabul eden bir ülkede gerçekleşen ikinci evlilik, tarafların millî hukuku izin vermese dahi geçerli kabul edilecek midir?

Tek eşliliği kabul eden ülkelerde, bu ilke genellikle, kamu düzeniyle alâkalı kabul edilmekte ve bu sebeple evli kişinin yeniden evlenmesine izin verilmediği ifade edilmektedir⁴⁰³. Hatta Alman hukukunda, her iki tarafın millî hukuku çok eşliliğe izin verse dahi bu kimselerin Alman makamları önünde evlenmesi mümkün değildir⁴⁰⁴. Türk hukukunda da ağırlıklı görüş, bir Türk vatandaşı ile millî hukuku çok eşliliğe izin veren bir yabancıнын, Türkiye’de kamu düzeni gerekçesi ile evlenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir⁴⁰⁵. Buna karşılık bir başka görüş uyarınca, kamu düzeni müdahalesine gerek olmaksızın, Kanun’un açık hükmü sebebiyle kişilerin böyle bir evlilik yapması mümkün değildir⁴⁰⁶. Bu görüşe göre, çok eşliliğe izin veren ülke vatandaşı ile bir Türk vatandaşı, ikinci eş olarak evlenmek istediğinde, evlilik ister Türkiye’de isterse yurt

⁴⁰¹ Türkiye’de evlenmenin tarihsel süreci ve çok eşli evliliğin sebepleri hakkında bkz. Zeynep Özlem Üskül Engin, *Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2008, s. 201-220.

⁴⁰² Tek eşlilik prensibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında da korunmaktadır. Öyle ki, “*birden çok evlilik*”, “*Aile Düzenine Karşı Suçlar*” kategorisinde değerlendirilmekte ve hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Hükme göre, “*Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*” (TCK m. 230/1-2). Benzer şekilde çok eşlilik, New York Ceza Kanunu’nda (§125.15.) da suç olarak düzenlenmiştir. New York mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Nijerya’da, Nijerya hukukuna uygun bir şekilde ikinci evliliğini yapan bir kişinin, ikinci eşi tarafından tecavüz iddiasıyla suçlanması sebebiyle ikinci evliliğin Amerikan hukukuna göre geçerli kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmiştir. Nitekim New York hukukunda evli insanlar arasında tecavüz suç olarak kabul edilmemektedir. Mahkeme yaptığı değerlendirme neticesinde, evliliğin Nijerya hukukuna göre geçerli olmakla birlikte, Amerikan hukuku açısından çok eşliliğin suç olarak düzenlenmesini de dikkate alarak, ikinci evliliğin geçerli kabul edilmesinin kamu düzenine açıkça aykırılık sebebiyle mümkün olmadığı ve dolayısıyla da evliliğe dayalı savunmanın dikkate alınmayacağı sonucuna varmıştır (People v. Ezeonu- 155. Misc. 2d 344, 588 N.Y.S.2d. 116- 1992). Söz konusu dava ve davanın değerlendirilmesi hakkında bkz. Brilmayer/ Goldsmith/ O’Hara O’Connor, 2015, s. 69-72.

⁴⁰³ Reed, s. 438; Çelikel/ Erdem, s. 229; Çelik, s. 189-191.

⁴⁰⁴ MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 67-68, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

⁴⁰⁵ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 242; Tekinalp/ Uyanık, s. 142; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 19; Çelikel/ Erdem, s. 229; Doğan, İ., “*Aile Hukuku*”, s. 28; Çelik, s. 191.

⁴⁰⁶ Sayman, s. 67-68.

dışında yapılsın, Türk vatandaşının evlenme şartlarını haiz olup olmadığı Türk Medenî Kanunu hükümlerine tâbi olduğundan bu evlilik yapılamayacaktır⁴⁰⁷.

Tarafların her ikisinin de yabancı olması durumunda ise her ikisinin de millî hukukları çok evliliğe izin veriyorsa, bekâr bir kadınla evli bir erkeğin Türkiye’de evlenmesinde bir sakınca olmadığı ifade edilmektedir⁴⁰⁸. Kanaatimizce taraflar Türk vatandaşı olmasalar dahi, bu noktada kamu düzeninin menfi etkisinin devreye girmesi kaçınılmazdır. Nitekim tek eşli evlilik, Türk hukuku açısından temel prensip niteliğindedir. Neticede, Türkiye’de yetkili makamlar huzurunda, çok eşli bir evlilik yapılması mümkün değildir.

Yurt dışında çok eşliliği kabul eden bir ülkede gerçekleşen evliliklere ilişkin olarak, İngiliz hukukundaki düzenleme ilgi çekicidir. İngiliz Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda (UK Private International Law (*Miscellaneous Provisions*) Act 1995), “*potansiyel*” çok eşli evliliklerin geçerliliğine ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır⁴⁰⁹. Bu düzenleme uyarınca, İngiltere ve Galler dışında çok eşli evliliğin yasal olarak mümkün olduğu bir ülkede ve her ikisinin de yerleşim yeri İngiltere olan taraflar arasında gerçekleşen evlilik, içlerinden hiçbirinin evli olmaması şartıyla, İngiliz ve Galler hukuku uyarınca da batıl değildir (UK PIL PART II- 5/1). Bu durumda esasında çok eşli bir evlilik olmamasına rağmen, çok eşliliği kabul eden ülkede evlenmenin gerçekleşmesi dahi özel düzenlemeyi gerektiren bir hâl olarak görülmüştür.

Türk hukukunda, yurt dışında gerçekleşen çok eşli evliliklere ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte, doktrinde, yabancı ülkelerde, eşlerin millî hukuklarına göre gerçekleştirilmiş çok eşli evliliklerin ve bu evliliklerden doğan hukukî sonuçların Türkiye’de tanınabileceği ifade edilmektedir⁴¹⁰. Nitekim Alman hukukundaki eğilim de bu yöndedir⁴¹¹.

bb. Sona Ermiş Önceki Evlilik

Tek eşlilik prensibinin olağan sonucu olarak, yeniden evlenmek isteyen kişilerin önceki evliliğinin sona ermiş olması gerekir. TMK m. 130 uyarınca yeniden

⁴⁰⁷ Sayman, s. 67-68.

⁴⁰⁸ Sayman, s. 68; Göğçer, s. 182.

⁴⁰⁹ Söz konusu Kanun metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/part/II>, (ET. 02.01.2018)

⁴¹⁰ Sayman, s. 69; Çelikel/ Erdem, s. 230; Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 275.

⁴¹¹ MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 67-68, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğinin sona erdiğini ispat etmek zorundadır⁴¹². Önceki evlilik, boşanma veya iptal kararıyla sona ermiş olabileceği gibi; ölüm, ölüm karinesi veya gaiplik sebebiyle de sona ermiş olabilir.

aaa. Önceki Evliliğin Boşanma veya İptal Kararıyla Sona Ermesi

Önceki evliliğin, boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi durumunda, kararın kesinleşmesiyle birlikte, evlilik birliği sona ereceğinden, kişilerin yeniden evlenmeleri mümkündür⁴¹³. Bununla birlikte, doktrinde, Türkiye’de gerçekleşecek evlenmenin, yabancı ülke mahkemesinden verilmiş bir boşanma kararına dayanması durumunda, ilgilinin yeniden evlenebilmesi için, yabancı boşanma kararlarının Türkiye’de tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹⁴. Kanaatimizce, bu tespitin, yabancı ülke vatandaşları ve Türk vatandaşları açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kendi ülke hukuku uyarınca geçerli şekilde boşanmış bir yabancının, Türkiye’de evlenebilmesi için, ülkesinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmelerin yapılması ve ülkesinin yetkili makamlarından evlenme ehliyet belgesi temin etmiş olması yeterlidir. Bu durumda, yabancı ülke mahkemesinden alınan boşanma kararının, ayrıca Türkiye’de tanınması gerekli değildir. Örneğin, kendi ülke hukukuna uygun olarak Almanya’da boşanan bir Alman vatandaşı, beş yıl sonra Türkiye’de evlenmek istediğinde, öncelikle Alman mahkemesinin verdiği boşanma kararının Türkiye’de tanınmasının talep edilmesi kanaatimizce mâkul görünmemektedir. Buna karşılık, eğer yabancı devlet vatandaşı kişinin evliliği, Türk mahkemelerinden alınan bir boşanma kararı ile sona ermişse, kararın kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkede tanınması gerekmektedir. Nitekim kişi kendi ülkesinden evlenme ehliyet belgesi temin edemediği sürece, evlendirme memurunun, sadece Türk mahkemelerinden alınan boşanma kararına dayanarak evlenmeye izin vermesi mümkün değildir⁴¹⁵. Neticede,

⁴¹² 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi’nin 93. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktaydı. Bu hükmün, iç hukuk kuralı olmakla birlikte, milletlerarası kamu düzeniyle de ilgisi olduğu ifade edilmişti. Şöyle ki Türkiye’de evlenmek isteyen herhangi bir yabancı, kendi millî hukuku zorunlu kılmasa da önceki evliliğinin sona erdiğini ispat etmek zorunda olduğu belirtilmekteydi (Yılmaz **Altuğ**, “Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)”, *AÜSBFD*, Y. 1972, C. 27, S. 3, ss. 371-386, s. 378).

⁴¹³ Türkiye’de gerçekleşen boşanmalar açısından, boşanma kararının kesinleşmesi üzerine, boşanma kararının verildiği mahkemenin yazı işleri müdürü, “*kesinleştirme işlemi*” tarihinden itibaren on gün içerisinde o yerin nüfus müdürlüğüne boşanma kararını bildirmekle görevlidir (NHK m. 55). Boşanma tarihi, boşanma kararının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmektedir (NHUY m. 27/c.1).

⁴¹⁴ Çelikel /Erdem, s. 225; Çelik, s. 190.

⁴¹⁵ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 243-244; Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 90.

kişinin önceki evliliği, kendi millî hukukunun kabul edeceği bir şekilde sona ermemişse ve kişi kendi millî hukukuna göre hâlâ evli sayılıyorsa ikinci evliliğe izin verilmeyecektir⁴¹⁶. Ancak iki hâlde, kişi boşanma kararına rağmen kendi millî hukukuna göre hâlâ evli görünse de evlenmesine izin verilebilir.

İlk olarak, Türk mahkemelerinde, boşanmayı kabul etmeyen bir ülke hukukunun kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile uygulanmaması neticesinde bir zaruretin gereği olarak Türk hukuku uyarınca boşanma kararı verilmişse, iç karar ahenginin sağlanması bakımından, taraflar kendi millî hukuklarına göre hâlen evli görünseler dahi Türkiye’de yeniden evlenmelerine izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴¹⁷. İkinci ihtimâlde ise 11 Nolu *Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme*’nin⁴¹⁸ 9. maddesi uyarınca, ilginin millî hukukuna göre

⁴¹⁶ Tekinalp/ Uyanık, s. 137.

⁴¹⁷ Bkz. Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 346-347.

⁴¹⁸ Evlilik bağına ilişkin olarak, üye devletlerin birinde verilmiş kararların bütün âkit devletlerde tanınmasını kolaylaştırmak amacıyla düzenlenen Sözleşme, Lüksemburg’da 8 Eylül 1967 tarihinde imzalanmıştır. Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, Yunanistan, Hollanda ve Türkiye tarafından imzalanan 11 Nolu Sözleşme, yalnızca Avusturya, Hollanda ve Türkiye tarafından onaylanmıştır. Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti açısından 10 Aralık 1977 tarihinden itibaren yürürlüktedir (RG. T. 14. 09. 1975, S. 15356; Onay Kanunu No: 1884, Kabul Tarihi: 17.04.1975 - RG. T. 14.09.1975, S. 15356). Evlilik bağına ilişkin kararlar kapsamında, “*evlilik bağının zevaline, gevşetilmesine, varlığına veya yokluğuna, geçerliğine veya butlanına ilişkin hükümler ile tarafların veya taraflardan birinin kusurlarını veya iptal hâlinde, iyi niyetini tespit eden hükümleri*” tanıma davasına konu olabilecektir (m. 7). Başka bir ifade ile Sözleşme kapsamında, boşanma ve ayrılık kararları ile evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin kararların tanınması mümkündür. Sözleşme’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, Türk hukukunda evlilik bağına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün hâle gelmiştir. Zira Sözleşmeden önceki dönemde, o tarihte yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK m. 537-545 hükümleri sebebiyle, kişinin hak ve ehliyeti ile aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildi. Bu durum ise uygulamada ciddi sıkıntılar yaratmaktaydı. Örneğin, taraflar yurt dışında boşanmış olmalarına rağmen, Türkiye’de yeniden dava açmak zorunda kalmaktaydı. Bu durum ise gereksiz masrafa ve zaman kaybına neden olduğu gibi, çelişkili kararlara da sebebiyet vermekteydi. Diğer yandan mirasçılık sıfatının belirlenmesi noktasında da hakkaniyete aykırı durumlar yaşanmaktaydı. Bu ve bunun gibi haklı gerekçelerle, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşı sayısındaki artış da gözetilerek, 2675 sayılı MÖHUK’un 46. maddesi uyarınca, “*Ecnebi mahkemelerinden verilen ilamların sureti tenfisi*” başlıklı söz konusu yabancı ilamların tanınması ve tenfizine ilişkin Dokuzuncu Babının Birinci Fasıl hükümleri, yürürlükten kaldırılmıştır (Bilgi için bkz. Tuğrul **Ansay**, “Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler”, *MHB, Y. 1982, C. 2, S. 2, (İncelemeler, s. 1-6)*; Metin **Tuluay**, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” Üzerine Düşünceler, *MHB, C. 2, S. 1, Y. 1982, ss. 22-30*; Şükrü **Özdemir**, “Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye’deki Etkisi”, *Yargutay Dergisi, C. 12, S. 1-2, Ocak- Nisan 1986, ss. 8-17, “Boşanma Kararı*”). Sözleşme hükümlerinin incelenmesi ve Türk hukukuna yansması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aysel **Çelikel**, “Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme ve Türk Hukuku”, *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1979, ss. 195-224, (“Evlilik Bağı”)*. Sözleşme’ye dair en ilgi çekici husus, Sözleşme’nin ekinde, Türkiye açısından tanıma konusunda yetkili makam olarak, ilk etapta Adalet Bakanlığı’nın gösterilmiş olmasıdır. Neyse ki o dönemde, bu yanlış erken fark edilmiştir. Adalet Bakanlığı’nın tanıma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmesinin güç olduğu ve hukuk sistemimize uygun düşmediği, bu tespitin ancak adli makamlar tarafından yapılabileceği isabetli bir şekilde vurgulanmıştır. Bu doğrultuda, Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla (4 Ocak 1979 tarihli ve UUK. 10- 48 sayılı yazı) yetkili makamın, adli makamlar olduğu hususunda gerekli düzeltmeler yapılmıştır (Çelikel, “*Evlilik Bağı*”, s. 218).

boşanma kararı tanınmamış olsa dahi Türkiye’de evlenmeleri mümkün olabilir. Şöyle ki, “*Bir âkit devlette bu Sözleşmenin uygulanmasıyla, evliliğin zevaline veya iptaline ilişkin bir karar tanınmışsa, bu devlette, yeni bir evliliğin akdi, bir başka devletin kanunun söz konusu zeval veya feshe izin vermemesi veya bunları tanımaması nedeniyle reddedilemez*” (m. 9). Hükme göre, bir âkit devlette, bir evliliğin son bulmasına ilişkin bir karar Sözleşme çerçevesinde tanındığı takdirde, bu kararın tarafları, bu kararı tanıyan devlette – *bir başka devlet hukuku evliliğin son bulduğunu tanımasa ya da izin vermese de-* yeniden evlenme akdedilebilir⁴¹⁹. Hüküm bu niteliği itibarıyla, “*evlenme ehliyet ve şartlarına eşlerin millî hukukunun uygulanması kuralının*” en önemli istisnası niteliğindedir. Sözleşme’ye taraf devlet sayısının artmasının, boşanma yasağı sebebiyle millî hukuka göre geçersiz sayılabilecek evliliklerin azalmasını sağlayabileceği ifade edilmekle birlikte, maalesef Sözleşme beklenen ilgiyi görmemiştir⁴²⁰. Lâkin problemin esas kaynağı olan boşanma yasağı uygulamasına; İspanya, İtalya ve Yunanistan hukuklarında son verilmesi ile birlikte sorunun kökten çözüldüğü belirtilmektedir⁴²¹.

Türk vatandaşları açısından baktığımızda ise gerekli değerlendirmenin yapılabilmesi adına, öncelikle Nüfus Hizmetleri Kanunu’na, 2017 yılında 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile eklenen 27/A hükmünün⁴²² kısaca ele alınması

⁴¹⁹ Benzer bir düzenleme, 1 Haziran 1970 tarihli, “*Boşanma ve Ayrılıkların Tanınmasına Dair Lahey Sözleşmesi*”nin 11. maddesinde de bulunmaktadır. Lâkin Türkiye, Sözleşme’yi henüz onaylamamıştır. Sözleşme’nin incelenmesi ve ilgili maddenin açıklaması hakkında bkz. Bilgin **Tiryakioğlu**, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, Yetkin Basımevi, Ankara 1996, s. 128-140, (“*Yabancı Boşanma Kararları*”). Sözleşme metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=80>, (ET. 03.01.2018)

⁴²⁰ Tekinalp/ Uyanık, s. 138.

⁴²¹ Tekinalp/ Uyanık, s. 138.

⁴²² Nüfus Hizmetleri Kanunu’na eklenen m. 27/A hükmüyle, *yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararların, bazı şartlar altında tanıma/tenfiz davası açılmaksızın nüfus kütüğüne tesciline imkân sağlanmıştır*. Söz konusu madde, 690 sayılı “*Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’na eklenmiştir (RG. T. 29.04.2017 - S. 30052-Mükerrer). İlgili değişiklik, 1 Şubat 2018 tarihinde 7077 sayılı “*Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun*” uyarınca aynen kabul edilmiştir (RG. 08.03.2018 – Sayı. 30354-Mükerrer). Yeni düzenlemeyle getirilen tescil usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feriha Bilge **Tanrıbilir**, “*Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler*”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, 18-20 Nisan Antalya, (Editörler: Prof. Dr. Vahit **Doğan**, Dr. Öğr. Üy. Alper Çağrı **Yılmaz** ve Dr. Lale **Ayhan İzmirli**), Savaş Yayınevi, Ankara 2019, ss. 375-385, (“*Tanıma*”); Ebru **Sensöz Malkoç**, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 237-245, (“*Tanıma*”); Burak **Huysal**, Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili, *MHB*, C. 37, S. 2, Y. 2017, ss. 473-507; (“*Doğrudan Tescil*”); Uğur **Tütüncübaşı**, “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler”, *DEÜHFD*, C. 19, S. 2, Y. 2017, ss. 103-127; (“*690 Sayılı KHK*”); Lâle **Ayhan İzmirli**, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde

gerekmektedir. Söz konusu hükümle, “*yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar*”ın, bazı şartlar altında tanıma davası açılmaksızın nüfus kütüğüne tesciline imkân sağlanmıştır. Tescili talep edilen kararın, verildiği devlet kanunlarına göre, yetkili adli veya idarî makam⁴²³ tarafından verilmiş ve usûlen kesinleşmiş olması gerekmektedir (NHK m. 27/A-1). Eğer kararda kesinleşme şerhi bulunmuyorsa, “*kararın verildiği ülke kanunlarına göre kesinleştiğine dair onaylanmış belge veya yazının aslı ile noter veya dış temsilcilik tarafından onaylanmış veya ilgili ülkenin yetkili makamı tarafından Apostil şerhi tatbik edilerek onaylanmış Türkçe tercümesinin*” başvuru esnasında sunulması gerekmektedir (Tescil Yön. m. 7/1-c)⁴²⁴. Başvuru yapılacak merciler, kararın verildiği ülkedeki dış temsilcilikler veya Türkiye’den başvuru yapılması durumunda taraflardan birinin yerleşim yeri il müdürlüğü olarak belirlenmiştir (Tescil Yön. m. 5). Tarafların Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması durumunda, Yönetmelik’te sayılan il müdürlüklerinden⁴²⁵ birine başvuru hakkı sağlanmıştır.

Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda, tarafların bizzat veya vekilleri aracılığıyla birlikte başvurması aranmaktadır (NHK m. 27/A-1). Ancak Yönetmelik’te fiili duruma daha uygun olarak, tarafların başvuru esnasında yetkili merci huzurunda birlikte hazır olmasının zorunlu olmadığı, tarafların başvurularını aynı anda birlikte veya ayrı zamanlarda yapabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte ayrı zamanlarda müracaat edilmesi durumunda, her iki müracaat arasındaki sürenin doksan günü geçmemesi gerekmektedir (Tescil Yön. m. 6/1). Diğer yandan, Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda 25 Mart 2020 tarihinde yapılan değişiklikle, 27/A maddesinin birinci fıkrasına “*birlikte*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*veya taraflardan birinin ölmüş ya da yabancı olması halinde Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekilinin tek başına*” ibaresi

Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII, Y. 2018, S. 4, ss. 67-126; Çelikel/ Erdem, s. 763-766; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 152-156; Erten, “*MÖHUK m. 41*”, s. 193-195.

⁴²³ Hüküm bu yönüyle, sadece mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine imkân tanıyan MÖHUK’un 50. maddesiyle uyumsuz bir şekilde düzenlenmiştir. Her ne kadar idarî kararların tesciline izin verilmesi suretiyle etki tanınması olumlu bir gelişme olsa da; MÖHUK’ta yapılacak bir değişiklikle idarî kararların tanınmasına imkân sağlanması daha doğru bir yaklaşım olurdu.

⁴²⁴ Bkz. “*Yabancı Ülke Adli veya İdarî Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik*” (RG. T. 07.02.2018 - S. 30325). İlgili Yönetmelik kısaca “*Tescil Yön.*” şeklinde anılacaktır.

⁴²⁵ Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kayseri, Konya, Karamanmaraş, Samsun, Siirt, Sivas, Trabzon, Şanlıurfa ve Van.

eklenmiştir⁴²⁶. Söz konusu düzenleme ile tescil imkânı fazlasıyla kolaylaştırılmış olmakla birlikte, özellikle diğer eşin yabancı olması durumunda Türk vatandaşı tarafından tek başına başvurunun yeterli görülmesi hukukî yerindelik bakımından tartışmaya açıktır.

Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 27/A maddesi uyarınca, yurt dışında gerçekleşen boşanmaya dayanarak nüfus sicilinde gerekli değişiklikler yapılmışsa ve kişi bekâr görünüyorsa, yeniden evlenebilmesi için boşanma kararının Türkiye’de tanınması gerekli değildir. İlgili hüküm kapsamında tescilin yapılamadığı durumlarda ise Türk vatandaşlarının yabancı ülke mahkemelerinden alınan kararlara dayanarak sona eren evliliklerinde, söz konusu mahkeme kararlarının, MÖHUK uyarınca tanınması meselesi karşımıza çıkmaktadır⁴²⁷. Bu durumda, yabancı ülke mahkemelerinden alınan boşanma kararının tanınması ve nüfus sicilinde gerekli değişikliklerin kaydedilmesi gerekmektedir⁴²⁸. Aksi takdirde, evlenme ehliyet belgesi (Ev. Yön. m. 20/6) temin edemeyecekleri için, evlenmeleri de mümkün olmayacaktır.

bbb. Önceki Evliliğin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Sebebiyle Sona Ermesi

Türk hukukunda, kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlamakta ve ölümle sona ermektedir (TMK m. 28/1). Kişinin ölümü ile birlikte hak ehliyetinin de sona erdiği kabul edilmektedir⁴²⁹. Hak ehliyetinin sona ermesinin doğal sonucu olarak, eşlerden birinin ölümü ile evlilik birliği de kendiliğinden sona ermektedir. Bu sebeple, ölüm, ayrıca evliliğin sona erme nedeni olarak

⁴²⁶ Bkz. 7226 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, RG. 26.03.2020 – S. 31080 (Mükerrer).

⁴²⁷ “Yabancı mahkemece verilen boşanma kararı yetkili Türk mahkemesince tanıma veya tenfiz kararı verildiği takdirde Türk hukuku bakımından hukukî sonuç doğurur. Yabancı kararlar ilgili tanıma veya tenfiz kararı verilmedikçe veya bu yönde açılan dava reddedildiği takdirde o karar Türkiye’de Türk hukuk sistemi açısından hukukî sonuç doğurmaz ve **tarafklar boşanmış sayılmazlar. O hâlde tarafların evliliği Türk hukuku açısından hâlen devam etmektedir**” (Y. 2. HD. T. 16.04.2009, E. 2008/1619 ve K. 2009/7297 – Ekşi, “Pratik”, s. 202-209). Ayrıca bkz. Y. 8. HD. T. 07.06.2010, E. 2010/61 ve K. 2010/3071 – Ekşi, “Yargıtay Kararları”, s. 66-67.

⁴²⁸ “Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen boşanma kararlarına yönelik Türk mahkemelerince tanıma/tenfiz kararı verilmesi ya da Kanunun 27/A maddesine göre yetkili kurumlar tarafından aile kütüklerine tesciline karar verilmiş olması halinde, **yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen kararın kesinleşme tarihi, boşanma tarihi olarak aile kütüklerine tescil edilir**” (NHUY m. 27/c.2).

⁴²⁹ Mustafa **Dural** ve Tufan **Öğüz**, *Türk Özel Hukuku – Cilt II – Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 23; Mehmet **Ayan** ve Nurşen **Ayan**, *Kişiler Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2011, s. 129.

düzenlenmemiştir. Evliliğin sona erdiğine dair mahkeme kararına da ihtiyaç duyulmamaktadır.

Bazı durumlarda, kişinin öldüğüne dair en ufak bir şüphe olmamasına rağmen, cesedi bulunamayabilir⁴³⁰. Bu durumda ölüm karinesi gündeme gelmektedir. TMK m. 31'de ölüm karinesi, *“Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda, söz konusu kişi hakkında *“o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür”* (TMK m. 44/1). Ölü kaydının kütüğe işlenmesiyle birlikte, olayın meydana geldiği andan itibaren kişi gerçekten ölmüş sayılır ve ölümün meydana getirdiği bütün sonuçlar kendiliğinden doğar. Dolayısıyla, mahkeme kararına gerek kalmaksızın; ölmüş sayılan kişinin evliliği de kendiliğinden sona erer⁴³¹.

Ölüm karinesini gerektirecek nitelikte olmamakla birlikte; kişinin yaşayıp yaşamadığına ilişkin kuşkulu durumlarda, gaiplik gündeme gelmektedir⁴³². Türk Medenî Kanunu'nda iki olasılıkta gaiplik kararı verilmektedir. İlk olarak, kişinin, ölüm tehlikesi içinde kaybolması ve ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl geçmiş olması durumunda; ikincisi ise kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık olması ve son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmesi durumunda, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine, mahkeme tarafından bu kişilerin gaipliğine karar verilebilir (TMK m. 32/1 ve m. 33/1).

Gaiplik kararı, mevcut evliliğin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmaz⁴³³. Gaipliğine karar verilen kişinin eşinin yeniden evlenebilmesi için, öncelikle mahkemece evliliğin feshine karar verilmesi gerekmektedir (TMK m. 131/1; Ev. Yön. m. 15/d). Söz konusu fesih, gaibin eşi tarafından, gaiplik başvurusuyla birlikte talep edilebileceği gibi, gaiplik kararı verildikten sonra, ayrıca açılacak dava yoluyla da talep edilebilir (TMK m. 131/2)⁴³⁴. Evliliğin feshi istenmediği sürece, evlilik birliği devam eder⁴³⁵.

⁴³⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay - Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 26; Dural/ Öğüz, s. 26.

⁴³¹ Dural/ Öğüz, s. 27; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 28; Ayan/ Ayan, s. 133.

⁴³² Dural/ Öğüz, s. 30; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 28; Ayan/ Ayan, s. 135. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Tokat, *Türk Hukukunda Gaiplik*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

⁴³³ Dural/ Öğüz, s. 35; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 35; Kılıçoğlu, *“Aile Hukuku”*, s. 59; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 59.

⁴³⁴ Evliliğin feshinin sonradan talep edilmesi durumunda, evliliğin hangi andan itibaren sona ereceği konusunda Kanun'da bir açıklık yoktur. Kural olarak, *“...gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur”* (TMK m. 35/2). Bu hükmün, kıyasen evliliğin feshinde de uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (Erdem, s. 97-98). Buna karşılık, doktrinde

Yukarıdaki üç durumun evliliğe etkisi noktasında, öncelikle yetkili yabancı hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Özellikle gaiplik açısından, bazı ülkelerde gaiplik kararı evliliği kendiliğinden sona erdirirken; bazılarında Türk hukukunda olduğu gibi evliliğin ayrıca feshedilmesi gerekebilir⁴³⁶. Bu noktada evliliğin sona ermesi gaiplik kararının bir sonucu olarak kabul edilip, gaiplik hakkında yetkili hukuk uyarınca mı tespit edilecektir? Yoksa yeniden evlenmek isteyen kişinin millî hukuku uyarınca mı tespit edilmesi gerekmektedir?

Doktrinde evliliği ileriye etkili olarak sona erdiren; ölüm, ölüm karinesi, gaiplik gibi hâllerde uygulanacak hukukun, MÖHUK m. 14 uyarınca tespit edileceği ifade edilmektedir⁴³⁷. Dolayısıyla, MÖHUK m. 11/1 uyarınca gaiplik veya ölmüş sayılma kararı, hakkında karar verilecek kişinin millî hukukuna tâbi olsa da; bu kararların evlilik birliğini sona erdirip erdirmeyeceği boşanma statüsü (*MÖHUK m. 14*) kapsamındadır. Hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilmiş kişinin, sonradan ortaya çıkmasının hukukî sonuçları da boşanma statüsüne tâbidir⁴³⁸.

Netice itibarıyla, her üç durumda da yeniden evlenmek isteyen kişinin, önceki evliliğinin sona erip ermediği, boşanma statüsü kapsamında değerlendirilecektir. Her hâlükârda, önceki evliliğinin geçerli bir şekilde sona erdiği ispatlanmadığı sürece, kişinin yeniden evlenmesi mümkün değildir.

cc. Kayıtlı Hayat Ortaklığı Olan Kişilerin Evlenmesi

Kayıtlı hayat ortaklığı olan kişilerin evlenmesi konusunda, bu durumun evlenme engeli teşkil edip etmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İsviçre, Danimarka ve Hollanda hukukunda, kayıtlı hayat ortaklığının evlenme engeli teşkil ettiği yönünde açık düzenleme bulunmaktadır. Diğer hukuk düzenlerinde açık hükümler

başka bir görüş uyarınca, evlilik ilişkisi, fesih kararının kesinleşmesiyle birlikte ortadan kalkar ve eş yeniden evlenebilir (Ayan/ Ayan, s. 138). Kanaatimizce de ikinci görüş, özellikle de yeniden evlenme açısından, hukuk mantığına ve fiili şartlara daha uygundur.

⁴³⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s. 36; Ayan/ Ayan, s. 138.

⁴³⁶ Sayman, s. 58. Örneğin, İsviçre hukukunda, gaiplik, evliliğin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Türkiye ve İsviçre hukukunda, gaipliğin evlilik üzerindeki etkisi açısından farklılık bulunmasının; “*bu ülkelerin hukuk politikalarının farklılığı ile*” açıklanabileceği ifade edilmektedir (Fatih Burak **Uzun**, “Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Hacettepe HFD, C. 6, S. 2, y. 2016, ss. 11-48, s. 27 ve s. 29).

⁴³⁷ Tekinalp/ Uyanık, s.168; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 258; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 29; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s.139; Çelikel/ Erdem, s. 249-250; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 342; Aybay/ Dardağan, s. 213; Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 19; Tarman, s. 79.

⁴³⁸ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 51.

olmasa dahi, mantıkî ve mâkul bir değerlendirme ile bu durumun evlenme engeli olarak sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁴³⁹.

Türk hukuku açısından baktığımızda, yetkili Türk makamları huzurunda evlenmek isteyen kişinin, bekâr olduğunun da ispatı niteliğinde görülen evlenme ehliyet belgesi ibraz etmesi yeterlidir (Ev. Yön. m. 20/1-e ve m. 12/4). Kişi evlenme ehliyet belgesi ibraz edebildiği sürece, bu tarz bir hayat ortaklığı olup olmadığı yönünde ayrıca bir araştırma yapılmayacaktır. Olsa bile Türk hukukunda böyle bir düzenleme olmaması sebebiyle evlenme engeli olarak nazara alınması şüphelidir. Kanaatimizce, kayıtlı hayat ortaklığı olan kişilerin, başka biriyle evlenmesinin engellenmesinin tek mâkul yolu, kendi ülke yetkili makamlarından evlenme ehliyet belgesi verilmemesidir.

Neticede kayıtlı hayat ortaklığı olan kişiler, eğer kendi ülkelerinden evlenme ehliyet belgesi temin edebilirlerse, Türkiye’de evlenmeleri mümkündür. Buna karşılık İsviçre, Danimarka ve Hollanda gibi açık düzenleme olan ülkeler, muhtemelen kayıtlı hayat ortaklığı olan kişilere, evlenme ehliyet belgesi vermeyecektir. Bu durumda da kendi ülkelerinin yetkili makamlarından evlenme ehliyet belgesi alamayan kişilerin, Türkiye’de evlenmelerine izin verilmesi mümkün değildir. Öyle ki kayıtlı hayat ortaklığı olan kişilerin, sonradan birbiriyle evlenmek istemeleri durumunda dahi sıkıntı yaşanabilecektir. Örneğin Hollanda’da kayıtlı hayat ortaklığı kurmuş kişiler, bu ortaklığı kendi ülkelerinde usûlüne uygun şekilde sonlandırmadıkları sürece, kendi ülkelerinin yetkili makamlarından evlenme ehliyet belgesi temin edememeleri sebebiyle Türkiye’de de evlenemeyeceklerdir.

b. Yakın Hısımlık

Yakın hısımlık, dinî kuralların ve geleneklerin etkisiyle, yüzyıllardan beri evlenme engeli olarak görülmüştür. Devletler de toplum sağlığını ve gelecek nesilleri korumak amacıyla bu yönde yasaklamalar getirmiştir. Bu bağlamda birçok ülke hukukunda, yakın hısımlık evlenme engeli olarak düzenlenmiştir⁴⁴⁰. Ancak ülke

⁴³⁹ Ian Curry- Sumner, *All's Well that Ends Registered? The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe*, European Family Law Series, Vol. 11, Intersentia Publishing, Cambridge - Antwerp - Portland 2005, p. 259-260.

⁴⁴⁰ Reed, s. 430; Sayman, s. 50; Velidedeoğlu, s. 67; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 57; Çelikel/ Erdem, s. 228; Ersen, s. 50; Çelik, s. 188.

hukukları arasında hısımlık derecesi bakımından farklılıklar bulunmaktadır⁴⁴¹. Genel kurala uygun olarak, hangi tür ve derecede hısımlığın evlenme engeli teşkil ettiği, taraflardan her birinin kendi millî hukuku uyarınca tespit edilecektir.

Türk hukukunda, özellikle yakın hısımlar arasındaki evlilikler açısından *geleneksel - muhafazakâr* çizgi devam etmektedir⁴⁴². Gerek neslin korunması, gerekse birtakım ahlâkî ve dinî düşüncelerin etkisiyle, belirli derecelerdeki kan hısımlığı, kayın hısımlığı ve evlâtlık ilişkisinden doğan hısımlık evlenme engeli olarak görülmüştür⁴⁴³. Türk Medenî Kanunu'nun 129. maddesi uyarınca;

➤ *Üstsoy ile altsoy arasında* evlenme sınır ve derece gözetilmeksizin yasaktır.

➤ *Kardeşler arasında* evlenmek yasaktır. Kanun'da bir açıklık olmamakla birlikte, gerekçede ifade edildiği üzere, kardeşler ifadesi, hem tam hem de yarım kan kardeşleri kapsamaktadır.

➤ *Amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında* evlenmek yasaktır⁴⁴⁴. Kanun'da, yarım kan amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında evlenme yasağı olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde hâkim görüş, yarım kan dahi olsa evlenme engeli olarak görülmesi gerektiğini kabul etmektedir⁴⁴⁵. Lâkin yine de tereddüdün giderilmesi açısından, Kanun'da bu hususu açıkça ifade eden bir düzenlemenin yapılmasının faydalı olacağı belirtilmektedir⁴⁴⁶. Diğer yandan, bir kimsenin amca, hala, dayı, teyze çocukları ile evlenmesinde yasal bir engel yoktur. Dolayısıyla Türk hukukunda kuzenler arasında evlilik mümkündür.

➤ Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, *eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında* evlenmek yasaktır. Kanun'da evliliğin sona ermesiyle, evlenme engelinin ortadan kalkmayacağı özellikle vurgulanmıştır. Bu bağlamda örneğin, bir kişinin eşinden boşandıktan sonra, boşandığı

⁴⁴¹ Stark, "Family Law", s. 14-15; McClean/ Ruiz Abou-Nigm, s. 265; Reed, s. 430; Velidedeoğlu, s. 67; Dal, s. 139; Oğuzman/ Dural, s. 69; Çelikel/ Erdem, s. 229; Can/ Toker, s. 365.

⁴⁴² Murat Doğan ve Sinan Okur, "Türk ve Alman Hukukunda Evlenmenin Mutlak Butlanı Sebepleri", Türkisch- Deutscher Familienrechtskongress, 23. – 25. Mai 2013; (Editörler: Zeynep Dönmez, Ünsal Dönmez ve Michael Martinek), Ankara 2014, ss. 55-72, s. 56.

⁴⁴³ Öztan, s. 149-151; Oğuzman/ Dural, s. 69-72; Doğan/ Okur, s. 59-61.

⁴⁴⁴ İsviçre Medenî Kanunu'nda sonradan yapılan değişikliklerle, bu kişiler arasındaki evlenme yasağı tamamen kaldırılmıştır (Kılıçoğlu, "Aile Hukuku", s. 55; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 55; Doğan/ Okur, s. 60).

⁴⁴⁵ Oğuzman/ Dural, s. 70; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 54-55; Doğan/ Okur, s. 60; Yıldırım, "Aile", s. 28.

⁴⁴⁶ Doğan/ Okur, s. 70.

eşinin daha önceki evliliğinden dünyaya gelmiş olan çocuğuyla evlenmesi mümkün değildir. Buna karşılık, evliliğin boşanmayla sona ermesinden sonra, boşanan eşlerden birinin sonradan dünyaya gelen altsoyu ile boşandığı önceki eşi arasında kayın hısımlığı meydana gelmeyeceğinden, böyle bir evlilik yapılması mümkündür⁴⁴⁷.

➤ *Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenmek yasaktır.* Doktrinde, madde metninde üstsoya ilişkin evlenme yasağı düzenlenmediğinden, evlât edinen ile evlâtlığın birbirlerinin üstsoyu ile evlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁴⁴⁸.

Alman hukukunda, altsoy ve üstsoy arasında; tam kan ve yarım kan kardeşler arasında evlenmek yasaktır (BGB §1307). Amca, dayı, hala, teyze ile yeğenleri arasında evlenme engeli söz konusu değildir⁴⁴⁹. Evlât edinmeden kaynaklanan evlenme engelinin ise iki farklı açıdan ele alınması gerekmektedir. İlk olarak; evlât edinmenin sonucu olarak, evlâtlığın ailesi ve akrabalarıyla ilişkisi tamamen kopmakla (*Volladoption*) birlikte; evlenme yasağı devam etmektedir⁴⁵⁰. Buna göre, evlâtlığın, ailesinden düz çizgi hısımlarıyla ve kardeşleriyle evlenmesi yasaktır (BGB §1307). İkinci olarak, evlât edinmeden sonra ortaya çıkan evlenme engeli ise BGB §1308’de düzenlenmiştir. Buna göre, evlâtlığın, evlâtlık ilişkisi kurulduktan sonra dâhil olduğu ailedeki düz çizgi

⁴⁴⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 58; Velidedeoğlu, s. 70; Doğan/ Okur, s. 61; Yıldırım, “*Aile*”, s. 29. Evlenmenin yapılması hukuken mümkün olmakla birlikte; doktrinde bir görüşe göre, olması gereken hukuk açısından, Medenî Kanun’a eklenecek bir hükümle evlenme yasağı kapsamına alınması gerektiğini belirtmektedir (Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 54).

⁴⁴⁸ Gözde **Çağlayan Aygün**, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 138-139; Oğuzman/ Dural, s. 72; Yıldırım, “*Aile*”, s. 29. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi uyarınca, “*Evlatlık ile evlatlık edinen ve bunlardan biriyle diğerinin koca veya karısı arasında*” evlenme yasağı olduğu kabul edilmiş olmakla birlikte (m. 92/3); evlâtlık rabıtası, “*butlanı mucip olmayan noksanlar*” kapsamında sayılmıştı (m.121). İlgili hüküm uyarınca, “*Evlatlık edinme sebebiyle evlenmeleri kanunen memnu olan kimselerin, evlenmesi fesholunamaz. Evlenme ile, evlatlık hükmü kalmaz*”. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, evlât edinmeden kaynaklanan evlenme yasağı, önceki hükümden farklı olarak genişletilmiştir. Ayrıca herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin, TMK m. 129’a aykırı olarak eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın varlığına rağmen yapılan evlilikler, mutlak butlan yaptırımına tâbi tutulmuştur (TMK m. 145/1-b.4). Neticede, önceki düzenlemeden farklı olarak, evlât edinme artık kesin bir evlenme engeli olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin, evlât edinmenin ruhuna daha uygun ve yerinde bir düzenleme olduğu ifade edilmekle birlikte; İsviçre hukukundan farklı olarak, kısmi evlât edinme rejiminin benimsenmiş olmasının, evlâtlığın mirasçılığı ve evlenme engeli gibi hususlarda çeşitli sorunlara yol açtığı belirtilmektedir (Bkz. Şükran **Şıpka**, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, *İÜHFM*, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, ss. 301-322, “*Evlat Edime*”; Mehmet **İşık**, *Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evlât Edinme*, Adalet Yayınevi, Ankara 2005, s. 109-112).

⁴⁴⁹ Marina **Wellenhofer**, “§§ 1303–1320”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht I §§ 1297-1588, (Redakteurin: Dr. Elisabeth Koch), 8. Auflage 2019, BGB § 1307 Rn. 8, <https://beck-online.beck.de/Home, ET. 28.12.2019>).

⁴⁵⁰ Herdem **Belen**, *Yeni Türk Medenî Kanun Hükümleri Uyarınca Evlât Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle)*, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 96; Çağlayan Aygün, s. 280.

hısımlarıyla ve öz-üvey ayrımı yapılmaksızın kardeşleriyle de evlenmesi yasaktır⁴⁵¹. Bununla birlikte, evlâtlık ilişkisinin sona erdiği hâller, bu kapsamda değildir. Başka bir anlatımla, evlâtlık ilişkisi sona erdikten sonra, hısımlık bağı ortadan kalkar ve evlenme akdedilebilir (BGB §1308/1-c.2). Diğer yandan, Alman hukukunda, evlâtlık ilişkisi, kesin bir evlenme engeli olarak düzenlenmemiştir⁴⁵². Evlenme engeline rağmen evlenme akdedilmişse, “*evliliğe dokunulmamakta*”; evlâtlık ilişkisi, kanun hükmü gereği (BGB §1766) kendiliğinden sona ermektedir⁴⁵³.

Son olarak, bazı ülkelerde kabul edilen “*Levirat evlilik*” ve “*Sorarat evlilik*” kavramlarının, bu kapsamda kısaca ele alınması gerekmektedir. Levirat evlilik, kocası ölen kadının, eşinin erkek kardeşiyle evlenmesi olarak tanımlanabilir. Geleneksel İsrail hukukunda, dul kalan eşin kim tarafından bakılıp gözetileceği sorununa çözüm bulmak ve özellikle de doğrudan mirasçısı (*çocuğu*) olmaksızın ölen eşin “*adını*” ve malvarlığını korumak amacıyla gerçekleştirilen çözüm odaklı bir evlilik modeli olarak görülmektedir⁴⁵⁴. Sorarat evlilik ise erkeğin, vefat eden eşinin bekâr kız kardeşiyle evlenmesidir. Batı Avustralya’da yaygın olduğu ifade edilen bu evlilik modelinde de esas itibarıyla çocukların yararı gözetilmekte, bir yabancı tarafından bakılmalarından ziyade, teyzeleri tarafından yetiştirilmelerinin daha iyi olabileceği anlayışıyla hareket edildiği belirtilmektedir⁴⁵⁵. Ülkemizde, Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgeleri’nde, Levirat evliliklere rastlandığı ifade edilmektedir⁴⁵⁶. Türk hukuku açısından baktığımızda, evlenme engeli kapsamındaki yakın hısımlardan olmaması sebebiyle, Levirat- Sorarat evliliklerin hukukî geçerliliği noktasında bir problem olmadığı açıkça ifade edilebilir⁴⁵⁷. Buna karşılık, bu tarz evlilikleri hukuka aykırı kabul eden ülkeler de

⁴⁵¹ Belen, s. 96.

⁴⁵² Wilfried **Schlüter**, *BGB-Familienrecht*, C. F. Müller, Heidelberg/ München/ Landsberg/ Frechen/ Hamburg 2012, p. 17-18; Belen, s. 96; Çağlayan Aygün, s. 280.

⁴⁵³ Belen, s. 96, dn. 228; Çağlayan Aygün, s. 280.

⁴⁵⁴ Bkz. Dvora E. **Weisberg**, “Levirate Marriage”, <https://www.bibleodyssey.org/443/en/people/related-articles/levirate-marriage>, (ET. 21.01.2018).

⁴⁵⁵ Lütfi **Sezen**, “Türkiye’de Evlenme Biçimleri”, *A.Ü. Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, Prof. Dr. Şinasi Tekin Özel Sayısı, S. 27, Erzurum 2005, ss. 185-195, s. 190.

⁴⁵⁶ Sezen, s. 189.

⁴⁵⁷ Eski tarihli Yargıtay kararlarında da Levirat evliliklere ilişkin çeşitli tespitler yer almaktadır. Örneğin, destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin bir karara göre, “*davacı (M), bazı yerlerde özellikle köylerde uygulanmakta olan gelenek gereği, ölümden sonra kalan erkek kardeşe karı koca gibi yaşamaya başlamıştır. Çünkü Anadolu’nu bir çok yerlerinde her halde mirasın dağılmaması davacı ile, bazıları ölen erkek kardeşlerinin karıları ile evlenme geleneğini uygulamakta ve sürdürmektedirler. Birlikte yaşadığı ikinci kişide, ölenin kardeşi olduğuna göre miras bırakanın ölümünden başlayarak evlenme gününe kadar da tam maddi tazminat isteyebilir. Ondan sonraki dönem için maddi tazminatın veya destek zararının hüküm altına alınması olanağı yoktur. Bu nitelikteki ilişkiler dahi, nikahla gerçekleşenler gibi, her zaman ve daha kolaylıkla boşanmada olduğu gibi, ayrılığı sağlayabilirsede, genellikle gelenek*

bulunmaktadır. Örneğin, yerleşim yeri İngiltere olan bir erkek ile onun vefat eden karısının kız kardeşi arasında Danimarka’da gerçekleşen bir evlilik, Danimarka hukukuna göre geçerli olmakla birlikte, o yıllardaki (1850) İngiliz hukuku uyarınca geçersiz kabul edilmiştir⁴⁵⁸.

c. Bekleme Süreleri

Hukuk düzenleri incelendiğinde, iki tür bekleme süresinden bahsedilmektedir. İlk olarak, bazı ülke hukuklarında, boşanma sonrasında *-bir süre yeniden evlenmeme cezası verilmesi suretiyle-* bekleme süresi gündeme gelmektedir⁴⁵⁹. Yeniden evlenmek için belirli bir süre beklemek, kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın, kusurlu tarafa verilen bir ceza niteliğindedir. Diğer bekleme süresi ise cezalandırma amacı gütmeksizin sadece nesebin karışmasını engelleme amacı taşımakta ve doğal olarak sadece kadın açısından geçerli olmaktadır.

Günümüz Türk hukukunda, bekleme süresi, sadece nesebin karışmasını engellemek amacıyla getirilmiştir⁴⁶⁰. Buna göre kural olarak, evliliği sona ermiş olan kadın, sona ermeden itibaren üç yüz gün geçmedikçe yeniden evlenemez (TMK m. 132/1; Ev. Yön. m. 15/c). Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda, kadının bekleme süresinin, mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlayacağı hükme bağlanmıştır (NHK m. 26). Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nde, kadın için üç yüz günlük bekleme süresinin, boşanma veya evliliğin iptali kararının kesinleştiği tarihten, kocası ölen kadının bekleme süresi ise kocasının ölüm tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği şeklinde daha açıklayıcı bir hükme yer verilmiştir (NHUY m. 23/1).

Bekleme süresine ilişkin kural, mutlak nitelikte değildir. Şöyle ki kadın üç yüz günlük süre dolmadan önce doğum yaparsa, bu süre kendiliğinden sona erer (TMK m.

toplumun bazı kesimleri için hukuki bağlardan daha güçlü olanaklar doğurmaktadır. O halde bu konuda evlenme gibi destekten yoksun kalma tazminatı için de hesap yapılmamış olması bozmayı gerektirir” (Y. 4. HD. T. 25.5.1976, E. 1976/5263 ve K. 1976/5405 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 21.01.2018).

⁴⁵⁸ Fawcett/ Carruthers/ North, s. 877.

⁴⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, “üçüncü kez boşanma kararıyla birlikte İsviçre Medenî Kanunun 150. maddesi gereğince başvuruca 3 yıl süreyle yeniden evlenme yasağı konulması nedeniyle bu süre içinde dördüncü evliliğini yapamaması” AİHS’nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkının özünü zedeleyen, orantısız bir müdahale olarak değerlendirilmiştir. (Bkz. 18.12.1987 - 11329/85 F. - İsviçre davası; Nalbant/ Doğru, s. 545 ve s. 553-558).

⁴⁶⁰ 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi’nin 142. ve 96. maddelerinde yer verilen “cezaî bekleme müddeti”ne ilişkin düzenlemeler, 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. İsviçre Medenî Kanunu’nda da cezaî bekleme süresi uygulamasına, 1998 değişikliği ile son verilmiştir (Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 60).

132/2). Diğer yandan “kadının önceki evliliğinden gebe olmadığıнын anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde” mahkeme kararıyla da bu sürenin kaldırılması mümkündür (TMK m. 132/3).

Doktrinde, tıp biliminin gelişimi, DNA testlerindeki %99.99 kesinlik ve TMK m. 290’da düzenlenen ikinci evlilikteki kocanın baba sayılacağı yönündeki karine de dikkate alındığında TMK m. 132 hükmünün artık gerekli olmadığı belirtilmektedir⁴⁶¹. Buna karşılık, başka bir görüş uyarınca, bekleme süresinin muhafaza edilmesi gerektiği; karinelerin çakışmasına ilişkin TMK m. 290 ile diğer ilgililerin dava hakkına ilişkin TMK m. 291 hükümleri arasında uyum sağlanmasının yerinde bir yaklaşım olacağı ifade edilmektedir⁴⁶². Kanaatimizce, nesebin karışması tehlikesinin daha baştan önlenmesi amacıyla, bekleme süresine ilişkin hükmün muhafaza edilmesi mantıklıdır.

Türk hukukunda kesin olmayan evlenme engeli olarak adlandırılan bekleme süresi, kural olarak evlenmenin yapılmasına engeldir. Ancak her nasılsa evlendirme memurunun gözünden kaçmış ve taraflar evlenmiş ise yapılan evlilik geçerlidir⁴⁶³.

Bekleme süreleri konusunda, ilgilinin millî hukuku yetkilidir. Yetkili yabancı hukukta bekleme süresi öngörülmemiş olması mümkündür. Nitekim Türk vatandaşlığına sahip olmayan kadının, millî hukuku bekleme süresi öngörmüyorsa, evlendirme memurluklarınca üç yüz günlük sürenin dikkate alınmayacağı açıkça ifade edilmiştir (NHUY m. 23/2). Yetkili yabancı hukukun bekleme süresi öngördüğü durumlarda ise bu sürenin kaç gün olduğu, süreye uyulmamasının sonuçları veya süreyi kaldıran hâller, yetkili hukuk kapsamında değerlendirilecektir.

d. Akıl Hastalığı

Kural olarak, akıl hastalığının evlenme engeli teşkil edip etmediği, ilgilinin millî hukukuna göre tespit edilmelidir. Türk hukukunda, akıl hastalarının, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı, resmî sağlık kurulu raporuyla ispatlanmadığı sürece evlenmeleri mümkün değildir (TMK m. 133; Ev. Yön. m. 15/e). Burada sözü edilen akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan niteliktedir. Zira eğer akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nitelikte ise kişi zaten evlenme ehliyetine sahip değildir. Dolayısıyla evlenme engellerinin araştırılmasına dahi gerek yoktur. Bu

⁴⁶¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 61; Doğan, İ., “Aile Hukuku”, s. 29.

⁴⁶² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 60.

⁴⁶³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 60; Yıldırım, “Aile”, s. 30.

sebeple, ayırt etme gücünün varlığı, evlenme ehliyetine sahip olma şartı olarak düzenlenmişken; akıl hastalığı evlenme engelleri arasında sayılmıştır⁴⁶⁴. Bütün akıl hastalıkları kişinin muhakkak surette ayırt etme gücünden yoksun olması sonucunu doğurmamaktadır. Bu sebeple kişinin sahip olduğu akıl hastalığının, evlenmeye engel nitelikte olup olmadığının, her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Doktrinde bir görüş uyarınca, akıl hastalığına ilişkin kuralların “*kamu düzeninden olduğu*”, dolayısıyla akıl hastalığı olan kişinin, kendi millî hukukunda evlenmesine yönelik engel olmasa dahi, Türkiye’de evlenemeyeceği savunulmaktadır⁴⁶⁵. Dolayısıyla, her ne kadar kamu düzeni ifadesi kullanılmış olsa da; akıl hastalığına ilişkin şart doğrudan uygulanan kural niteliğinde görülmekte ve Türk vatandaşı veya yabancı ayrımı yapılmaksızın Türkiye’de evlenmek isteyen herkese uygulanacağı savunulmaktadır⁴⁶⁶. Kanaatimizce, akıl hastalığına ilişkin hükmün, doğrudan uygulanan kural şeklinde nitelendirilmesi isabetli değildir. Akıl hastalığının evlenme engeli teşkil edip etmediği hususunda, yetkili yabancı hukukun uygulanması esas olmalı, her talepte durumun özelliklerine göre ayrıca değerlendirme yapılmalıdır.

e. Bulaşıcı Hastalıklar

Evlenecek kişilerin ve doğacak çocukların sağlığını korumak amacıyla, birtakım hastalıkların evlenme engeli olarak düzenlenmesi mümkündür⁴⁶⁷. Yukarıda da belirttiğimiz üzere sağlık raporu sunulması, şeklî şartlar kapsamında kabul edildiğinden, Türkiye’de gerçekleşen evlenmelerde, şeklî bir prosedür olarak Türk hukukuna tâbidir. Ancak hangi hastalıkların evlenme engeli olarak kabul edileceği, evlenmenin maddî şartları kapsamında taraflardan her birinin millî hukukuna tâbidir.

Türk Medenî Kanunu’nda evlenmeye engel olarak görülen tek hastalık “*akıl hastalığı*” olarak tespit edilmiştir (TMK m. 133). Bu hüküm uyarınca, akıl hastaları kural olarak evlenemezler. Akıl hastalığı bilinen veya akıl hastası olduğundan şüphelenilen kişi hakkında, tam teşekküllü bir devlet hastanesinde yapılacak muayene neticesinde sağlık kurulu raporu düzenlenir. Akıl hastalığı, diğer eşin beden ve ruh sağlığına zarar verecek nitelikteyse ve kalıtım yoluyla doğacak çocuklara geçme

⁴⁶⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 60; Doğan/ Okur, s. 61.

⁴⁶⁵ Güral, s. 152.

⁴⁶⁶ Sayman, s. 37.

⁴⁶⁷ Ersen, s. 50.

ihitmâli varsa, tarafların evlenmesinde tıbbî sakınca olduğu kabul edilir⁴⁶⁸. Bu durumda, akıl hastalığı olan kişinin evlenmesi mümkün değildir. Buna karşılık, resmî sağlık kurulu raporuyla, evlenmelerinde tıbbî sakınca olmadığı ispatlanırsa evlenmeleri mümkündür (Ev. Yön. m. 15/e-c.2).

Türk Medenî Kanunu'nda evlenmeye engel olarak görülen tek hastalık, akıl hastalığı olmakla birlikte, bu konuya ilişkin diğer düzenlemelerde çeşitli hastalıklar evlenme engeli olarak düzenlenmiştir. Evlendirme Yönetmeliği'nde, "24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa dayanılarak, 17/8/1931 tarihli ve 11682 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamede öngörülen usul ve esaslar doğrultusunda..." düzenlenmiş sağlık raporunun olmaması, evlenme engelleri arasında sayılmıştır (Ev. Yön. m. 15/e-c.1). Diğer yandan, sağlık raporuyla ilgili usûl ve esasların, sağlık alanındaki değişen ve gelişen şartlar da dikkate alınmak suretiyle Sağlık Bakanlığı'nca yayımlanacak genelgeyle belirleneceği de ifade edilmiştir (Ev. Yön. m. 20/2). "Umumi Hıfzıssıhha Kanunu"⁴⁶⁹ uyarınca, tedavi edilip bulaşma tehlikesi geçtiğine dair rapor alınmadıkça "...frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzama ve bir marazı akliye müptela olanların..." evlenmelerinin yasak olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁷⁰ (UHK m. 123). İlerlemiş bulaşıcı verem hastalığında ise nikâhın altı ay erteleneceği, bu sürede iyileşme görülmezse tekrar altı ay verileceği ve nihayetinde her iki tarafa da bu hastalığın tehlikesinin ve evlenmenin zararlarının anlatılması gerektiği hükme bağlanmıştır (UHK m. 124). Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 18.03.2002 tarihli 4134 sayılı yazısında ise sağlık raporunun "Anne Çocuk Sağlığı ve Aile Planlama Merkezleri ve Sağlık Ocakları" tarafından düzenleneceği, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda sınırlı sayıda belirtilen hastalıklara ek olarak "AIDS, Hepatit B ve C ile diğer genetik geçişli hastalıklar" hakkında muayene yapılacağı belirtilmektedir⁴⁷¹. Buna karşılık, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü

⁴⁶⁸ Velidedeoğlu, s. 65.

⁴⁶⁹ RG. T. 06.05.1930 - S. 1489.

⁴⁷⁰ Bu şekilde bulaşıcı hastalığı olanların veya ayırt etme gücüne sahip olmayanların evlenmesinin yasaklanması, "evlenme hakkının özünü ortadan kaldırıcı nitelikte" görülmekle birlikte, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesine aykırı olmadığı ifade edilmektedir (Nuray Ekşi, "Türk Hukukunda Kamu Personelinin Yabancılarla Evlenmesi", MHB, C. 37, S. 2, ss. 294-331, s. 296; "Kamu Personeli").

⁴⁷¹ Uygulamada ayrıca; 3960 sayılı "Kalıtsal Kan Hastalıkları ile Mücadele Kanunu" (RG. T. 30.12.1993- S. 21804), "Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobinopati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği" (RG. T. 24.10.2002 - S. 24916) ve "İl Hıfzıssıhha Kurul Kararları" dikkate alınmaktadır.

tarafından yayınlanan “Evlendirme Yönetmeliği Uygulaması” isimli kitapçıkta, “*AIDS, Hepatit C gibi hastalıklara yakalanmış kişilerin evlenmelerinde mevzuat açısından bir engel bulunmadığı*” ifade edilmektedir⁴⁷². Neticede, Yönetmelik’te ve diğer alt kanunî düzenlemelerde Kanun’u aşan ve kendi içerisinde de çelişen hükümlere yer verildiği görülmektedir.

Doktrinde, bulaşıcı hastalığı olanların evlenmesini engellemek amacı taşıyan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerinin, “*halk sağlığına ilişkin*”⁴⁷³ olması sebebiyle doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu ve ülkemizde evlenmek isteyen herkes için uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷⁴. Kanaatimizce, 1930 yılından beri yürürlükte olan ve tıp bilimindeki gelişmeler de dikkate alındığında artık tedavisi kolaylıkla mümkün olan hastalıkları evlenme engeli olarak kabul eden Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümleri, doğrudan uygulanan kural niteliğinde değildir. Türkiye’de evlenmek isteyen yabancılar açısından, kendi millî hukuklarında evlenme engeli niteliğinde görülen bir hastalığın olup olmadığı araştırılmalı ve sağlık raporu bu doğrultuda düzenlenmelidir. Türk Medenî Kanunu’nda, bulaşıcı hastalıkların evlenme engeli olarak sayılmaması ve bulaşıcı hastalığı olan kişilerin evlenmesinin butlan sebeplerinden biri olarak kabul edilmemiş olması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Bu hastalıklar, doktrinde ve uygulamada kesin olmayan evlenme engeli olarak görülmekte ve her nasılsa bulaşıcı hastalığa rağmen evlilik yapılmış ise evliliğin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁷⁵.

Neticede, Türk hukuku açısından, sağlık raporuna ve evlenme engeli olarak kabul edilecek hastalıklara ilişkin düzenlemelerin yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda olduğu gibi hastalıkların sayma suretiyle belirlenmesi yerine, güncel durumun özelliklerine göre değerlendirme imkânı sağlayan genel bir düzenlemenin yapılması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

⁴⁷² Küçük, s. 16.

⁴⁷³ Tekinalp/ Uyanık, s. 138.

⁴⁷⁴ Tekinalp/ Uyanık, s. 138; Tanrıbilir, “Evlendirme”, s. 460. Doğrudan uygulanan kuralları, “devletin ekonomik, sosyal, siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar” şeklinde tanımlamak mümkündür. Bkz. Hatice **Özdemir Kocasakal**, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 3, (“Doğrudan Uygulanan Kurallar”).

⁴⁷⁵ Köprülü/ Kaneti, s. 75; Kılıçoğlu, “Aile Hukuku”, s. 61; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 62; Yıldırım, “Aile”, s. 30. Sadece, durumun özelliklerine göre şartları gerçekleşmişse yanılma veya aldatma kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir (Oğuzman/ Dural, s. 76).

4. Evlenme Engellerinden Muafiyet

Türk hukukunda evlenme engellerinden muafiyete ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, daha önce de belirttiğimiz üzere, Türkiye'nin de taraf olduğu 7 Nolu “Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair Sözleşme”de evlenme engellerinden muafiyete ilişkin hüküm bulunmaktadır. Hükme göre, “Âkit Devletlerden birinin vatandaşının evlenme akdi, o vatandaşın mutlak olarak oturduğu diğer bir Âkit Devlet ülkesinde icra edildiği takdirde bu akdin yapıldığı memleketin yetkili makamları, müstakbel eşin şahsi kanununun öngördüğü haller ve şartlarla bu kanunun tespit ettiği evlenme engellerinden muaf tutulabilirler” (Sözleşme, m. 1).

Sözleşme'nin 2. maddesinde, muafiyeti tanımaya yetkili makamlar düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili devletin iç hukuk kuralları gereğince kendi vatandaşlarına muafiyet vermeye yetkili olan makamlar, yabancılar açısından da yetkili kabul edilmiştir. Eğer iç hukuk kuralları gereğince kendi vatandaşlarına bu tarz muafiyetler tanımıyorsa, diğer âkit devlet vatandaşlarına muafiyet tanıyabilmek adına, kendi makamlarından birini yetkili makam olarak belirleyebileceklerdir.

C. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

Hukukun birçok alanında karşımıza çıkan kamu düzeni tâbiri; anlamı, mahiyeti ve uygulama alanı hakkında açık ve belirgin bir fikir edinilemeyen geniş ve esnek bir kavramdır⁴⁷⁶. Bununla birlikte, kamu düzeni kavramı, genel ve soyut bir şekilde; “toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürdürebilmesi için uyulması zorunlu olan hukuki, ahlaki ve vicdani temel prensiplerin bütünü” şeklinde tanımlanabilir⁴⁷⁷. Kamu düzeni, toplumda barış ve düzeni sağlama amacı bakımından hukuk kuralları ile benzerlik göstermekle birlikte; derinlemesine incelendiğinde, hukuk kuralları ile düzenlenemeyecek binlerce gerçek hayat ilişkisinin toplumdaki temel değerlerle uyum içerisinde sürdürülmesine hizmet eder⁴⁷⁸. Kamu düzeni kavramının, toplumdan topluma

⁴⁷⁶ Hıfzı **Timur**, “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı”, *İÜHFM*, Y. 1941, C. 7, S. 4, ss. 866-906, s. 868; Altuğ, s. 371.

⁴⁷⁷ Aydanur **Gürzumar**, “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, *MHB*, Y. 1994, C. 14, S. 1-2, ss. 21-55, s. 22. Diğer tanım örnekleri için bkz. Cemile **Demir Gökyayla**, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 24-28.

⁴⁷⁸ Altuğ, s. 371-372.

ve hatta aynı toplumda zaman içerisinde değişime uğrayan niteliği sebebiyle, her somut olayın özelliklerine göre ve güncel şartlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁷⁹.

Kamu düzeni kavramının, hangi hukuk dalında incelenmesi gerekiyorsa; yine o hukuk dalı açısından ele alınması gerekmektedir⁴⁸⁰. Bu bağlamda, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeni, esas itibarıyla, hâkimin uygulanacak yetkili yabancı hukuku tespitinden sonra gündeme gelmektedir⁴⁸¹. Yetkili yabancı hukukta yer alan düzenlemeler, hâkimin hukukundan farklı olsa da uygulanacaktır. Bununla birlikte yetkili yabancı hukukun uygulanması mutlak değildir. Söz konusu hukukun uygulanma çerçevesini, hâkimin hukukunun kamu düzeni anlayışı çizmektedir⁴⁸². Türk hukukunda, “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir (MÖHUK m. 5)⁴⁸³. Madde metnindeki “açıkça” ifadesine dikkat edilmesi, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesinin istisnai özelliği unutulmadan her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

⁴⁷⁹ Louwrens Rienk **Kiestra**, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Asser Press - Springer, The Hague-The Netherlands 2014, p. 22-23. Mahkemenin, karar vereceği andaki kamu düzeni anlayışını esas alması, “güncel kamu düzeni anlayışı” şeklinde adlandırılmaktadır (Can/ Toker, s. 281). Öyle ki, davanın açılma anıyla karar verme zamanı arasında geçen süreçte, kamu düzeninde meydana gelen değişikliklerin dahi nazara alınması zorunludur (Demir Gökyayla, s. 29).

⁴⁸⁰ A. Gündüz **Ökçün**, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s. 11, (“Kamu Düzeni”).

⁴⁸¹ Kiestra, s. 23-24. Yetkili yabancı hukuka hiç başvurulmaksızın, iç hukuk kurallarının, yabancı unsurlu uyumsuzluklara da uygulanması “doğrudan uygulanan normlar” kapsamında değerlendirilmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar da, “içerik” itibarıyla kamu düzenini sağlama amacı taşımakla birlikte, gerek uygulanma yöntemi gerekse sonuçları itibarıyla kamu düzeni müdahalesinden farklıdır. Yargıtay uygulamasında dahi, her iki kavramın karıştırıldığı, hatalı kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Kamu düzeni kapsamında değerlendirilmesi gereken hususların, adeta doğrudan uygulanan kural gibi kabul edilerek, yetkili yabancı hukuka başvurulmadan doğrudan Türk hukukunun uygulandığı kararlar bulunmaktadır. Bununla birlikte, yeni tarihli kararlarda, kamu düzeni kuralının amacına uygun işletildiği de memnuniyetle ifade edilmektedir. Bkz. Hatice **Özdemir Kocasakal**, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler: Prof. Dr. Feriha Bilge **Tanrıbilir** ve Dr. Öğretim Üyesi Gülce **Gümürlü Tunçağıl**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 48-83, s. 65-70, (“Sempozyum”).

⁴⁸² Altuğ, s. 372-373. Başka bir anlatımla, hâkimin yabancı hukuku uygulamadan önce, kendi hukukunun temel değer ve ilkelerinden oluşan bir süzgeçten geçirme zorunluluğu olduğundan bahsedilebilir (Can/ Toker, s. 281-282).

⁴⁸³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, “Yabancı mahkeme ilamının gerekçesiz olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği ve bu bağlamda gerekçeden yoksunluğun yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olup olmayacağı” hususunda içtihatların birleştirilmesi talebiyle incelediği başvuruda, kamu düzenine ilişkin isabetli tespitler yapmıştır. İlgili karar için bkz. YİBBGK, T. 10.02.2012, E. 2010/1 ve K. 2012/1 - RG. T. 20.09.2012- S. 28417. Ayrıca bkz. Y. 2. HD. T. 08.06.2006, E. 2006/2612 ve K. 2006/9147, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 17.09.2017)

Evlilik birliğinin kurulması aşamasında kamu düzeni müdahalesi, bazı durumlarda evlilik birliğinin kurulmasını engelleyebileceği gibi, bazı durumlarda kurulmasına imkân sağlayabilir. Şöyle ki bazı hukuk düzenlerinde, kişilerin evlenebilmesi için aynı dine mensup olması aranmakta ya da kast sisteminin olduğu bazı ülkelerde kadının kendi kastından aşağıda biriyle evlenmesi yasaklanmaktadır⁴⁸⁴. Bu gibi durumlarda, söz konusu ayrımcılık Türk kamu düzeni ile bağdaşmaz. Dolayısıyla yetkili yabancı hukukun, bu tür hükümlerinin uygulanması sonucunda verilecek karar, Türk hukukunun temel değerleri ile çeliştiği için uygulanmayacaktır. Bununla birlikte, milli hukukların uygulanmasının bertaraf edilmesi ve evliliğe izin verilmesi, total evliliklere sebebiyet vermemek adına kapsamlı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Evlenmenin gerçekleşeceği ülkenin, total evlenmelerin doğuracağı sıkıntılar ile insan haklarının geniş yorumlanmasının sağlayacağı yararı dengelemesi gerekmektedir⁴⁸⁵. Diğer yandan, örneğin, Türkiye’de ikinci evliliğini gerçekleştirmek isteyen İranlı’nın, bu isteği kamu düzeni müdahalesi ile reddedilecektir. Sonrasında kişinin evlenebilmesini sağlamak amacıyla herhangi bir çözüm arayışına girişmemiz söz konusu değildir. Kamu düzeninin menfi etkisinin gerçekleşmesi yeterlidir. Benzer şekilde, dokuz yaş gibi çok küçük bir yaştan asgari evlenme yaşı olarak kabul edilmesi veya kişinin üvey kızıyla evlenmek istemesi gibi durumlarda da kamu düzeni müdahalesiyle kişilere evlenme imkânının sağlanmaması, yani menfi etki yeterli olacaktır.

Uygulama açısından baktığımızda, evlenmede kamu düzeni değerlendirilmesinin kim tarafından ve nasıl yapılacağı problemi ortaya çıkmaktadır⁴⁸⁶. Evlilik birliğinin kurulması aşamasında, şekli ve maddî şartların yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi, yetkili evlendirme memurları tarafından, taraflarca sunulan birtakım belgeler üzerinden yapılmaktadır. Söz konusu belgelerde, evlenmeye engel herhangi bir husus belirtilmemişse, uygulamada, evlendirme memurları tarafından başkaca bir inceleme yapılmadığı ifade edilmektedir⁴⁸⁷. İdarenin, yabancıların evlenmelerinde, Evlendirme Yönetmeliği’nden ve dolayısıyla Türk Medenî Kanunu’ndan hareketle, kendine has bir uygulama geliştirdiği ve Türk hukukunda

⁴⁸⁴ Stark, “*Family Law*”, s. 15.

⁴⁸⁵ Ersen, s. 69.

⁴⁸⁶ Tanrıbilir, “*Evlenme*”, s. 471-472; Çelik, s. 178.

⁴⁸⁷ Tanrıbilir, “*Evlenme*”, s. 472.

aranan bazı şartları yabancılar açısından da arandığı belirtilmektedir⁴⁸⁸. Bu doğrultuda, çok evliliğe, küçüklerin evlenmesine, akıl hastalığı veya bulaşıcı hastalığı olanların evlenmesine ve aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesine izin verilmediği; ancak idarenin bu uygulamasının milletlerarası özel hukuktaki kamu düzenine aykırılık meselesi ile ilgili olmadığı; zira daha yabancıların evlenme başvuruları sırasında Türk hukukunda düzenlenen şartların arandığı ifade edilmektedir⁴⁸⁹. Bu şekilde Türk hukukunun doğrudan uygulanmasının, idarenin bu kuralları “*bilinçli*” bir şekilde doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirdiği şeklinde de yorumlanamayacağı vurgulanmaktadır⁴⁹⁰.

Evlenmenin akdedilmesi aşamasında yaşanan problemlerin ötesinde, evliliğin sicile tescili noktasında da kamu düzenine ilişkin sorunlar gündeme gelebilir. Evlilik, yapıldığı ülke hukuku uyarınca geçerli olsa dahi, başka bir ülkede kamu düzeni müdahalesi sebebiyle geçersiz kabul edilebilir. Örneğin, bekâr Türk vatandaşı kadının, İran hukukunun öngördüğü şekli şartlara uygun olarak, İranlı bir adamın ikinci eşi olarak evlenmesi durumunda; Türk vatandaşı kadın, bu evliliğin nüfus siciline tescilini talep ettiğinde, sunulan belgelerden ikinci eş olduğu anlaşılmıyorsa nüfus memuru muhtemelen tescili gerçekleştirecektir. Dahası nüfus memuru tarafından ikinci evlilik olduğu fark edilse dahi tescilin gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁹¹. Şöyle ki Türk vatandaşı kadının, örneğin, iki karısı olan Suudi Arabistanlı bir erkekle Irak’ta

⁴⁸⁸ Tanrıbilir, “Evlenme”, s. 473.

⁴⁸⁹ Tanrıbilir, “Evlenme”, s. 473.

⁴⁹⁰ Tanrıbilir, “Evlenme”, s. 473. Bu yanlış uygulamanın ve diğer problemlerin çözümü açısından, MÖHUK m. 13 hükmünün şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Evlilik ve genel hükümleri

Madde 13 – (1) Evlenme ehliyet ve şartları taraflardan her birinin evlenme anındaki milli kanunlarına tabidir.

(2) Bu Kanunun 5. maddesi saklı kalmak kaydıyla, evlenmek üzere başvuranların;

a- On altı yaşından küçük,

b- Alt ve üst soy hısımları veya kardeş (-yahut üçüncü dereceye kadar kan hısımları),

c- Evlât edinenle evlâtlık,

d- Ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması veya bulaşıcı hastalığı olması,

e- Önceki evliliği/evlilikleri sona ermemiş,

f- Aynı cinsten

olması Türkiye’de evlenmelerine engeldir.

(3) Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır.

(4) Türkiye dışında iki Türk vatandaşı veya biri Türk vatandaşı ile yabancı yetkili yabancı memurlar önünde evlenebilirler. Ancak Türk vatandaşlarının evlenme ehliyet ve şartları Türk hukukuna tabidir.

(5) Evlenme ehliyet ve şartları ile şekli hakkında bu Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrası uygulanmaz. (eğer m. 2/3 kaldırılmazsa)

(6) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.” (Tanrıbilir, “Evlenme”, s. 475).

⁴⁹¹ Göger, s. 183.

gerçekleşen evliliğinin, Türkiye’de geçerli sayılması ve nüfus siciline de tescil edilmesi gerektiği, bu sayede kadının şahsî statüsünde de istikrar sağlanacağı ifade edilmektedir⁴⁹².

Diğer sorunlu bir husus ise Fransız hukukunda olduğu gibi bazı ülkelerde nişanlılardan birinin ölümünden sonra dahi gerçekleşebilen evlenmelerin tescili noktasında doğmaktadır. Yurt dışında geçerli şekilde kurulmuş böyle bir evlilik, yetkili Türk makamları önüne geldiğinde kamu düzeni müdahalesi gündeme gelecek midir? Doktrinde bir görüş, bu tarz bir evliliği doğrudan kamu düzenimize aykırı saymanın mâkul bir çözüm tarzı olmadığını, bu tür evlenmenin sağ kalan eşe sağladığı çıkarlar açısından bir değerlendirme yapılarak ancak o noktada bir aykırılık var ise kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁹³. Diğer görüş ise eşlerden birinin Türk vatandaşı olması durumunda, kamu düzeni müdahalesinin gündeme geleceğini ifade etmektedir⁴⁹⁴. Kanaatimizce, özellikle de yaşayan eşin Türk vatandaşı olması durumunda, evliliğin eşe ve varsa çocuklara sağladığı haklar dikkate alınmalı ve evlilik mümkün mertebe geçerli sayılmalıdır.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki, evlenmeye bağlı olarak kazanılabilecek haklar noktasında da kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir. Örneğin Fransız hukukunda, Kuzey Afrika’dan ya da Ortadoğu ülkelerinden gelen Müslüman göçmenlerin ikinci veya üçüncü eşleri, Fransız kamu düzeni uyarınca poligaminin yasak olması sebebiyle, kocalarının yasal eşi olarak herhangi bir haktan yararlanamamaktadır⁴⁹⁵. Benzer bir düzenleme, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda da yer almaktadır. YUKK m. 34’te aile ikamet izni verilebilecek kişiler sayılmıştır. Bu madde uyarınca, vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eşi olan kişilerin, yalnızca eşlerinden birine aile ikamet izni verileceği hükme bağlanmıştır⁴⁹⁶.

⁴⁹² Göğçer, s. 183.

⁴⁹³ Sayman, s. 27-29.

⁴⁹⁴ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 324.

⁴⁹⁵ Stark, “*Family Law*”, s. 17.

⁴⁹⁶ Aile ikamet izni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğa **Elçin**, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?, *TAAD*, Y. 7, S. 30, Nisan 2017, ss. 117-198, (“*Aile İkamet İzni*”).

D. STATÜ DEĞİŞİKLİKLERİNİN ETKİSİ

Yabancılık unsuru taşıyan olay veya ilişkilerde, uygulanacak hukukun tayininde kullanılan vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bağlama noktalarında zaman içinde meydana gelen değişiklikler, statü değişikliği kavramı ile ifade edilmektedir⁴⁹⁷. Kanunkoyucu bazı bağlama kurallarında, uygulanacak hukukun tayini açısından açıkça hangi anın esas alınacağını belirtmiş olmakla birlikte, bu şekilde bir belirlemenin yapılmadığı durumlarda MÖHUK m. 3 uyarınca dava tarihi esas alınacaktır.

Evlenmenin maddî şartları açısından baktığımızda, Kanun'da açıkça ifade edildiği üzere “evlenme anı” esas alınacaktır (MÖHUK m. 13/1). Dolayısıyla evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukukun tayininde, statü değişikliklerinin etkisi yoktur. Başka bir anlatımla, tarafların evlenmeden sonra vatandaşlıklarının değişmesinden, geçerli olarak kurulmuş evlilikler etkilenmeyecektir. Önceki millî hukuka göre geçerli olarak kurulmuş bir evliliğin, yeni millî hukuka göre geçersiz olması, evliliği etkilemeyeceği gibi; önceki hukuka göre geçersiz bir evliliğin de statü değişikliği ile geçerli hâle gelmesi mümkün değildir⁴⁹⁸. Örneğin, Alman amca ile yeğen, Almanya'da geçerli şekilde evlendikten sonra Türk vatandaşlığını kazanırlar ise Alman hukukuna göre geçerli olan bu evlilikleri, geçerli kalmaya devam edecek; buna karşılık, her nasılsa evlenen Türk vatandaşı amca ile yeğenin evliliği, sonradan Alman vatandaşlığına geçmeleri hâlinde dahi geçerli olmayacaktır. Benzer şekilde, birden çok eşi olan bir İranlı'nın sonradan Türk vatandaşlığını kazanması durumunda, birinci evlilikten sonraki evliliklerinin geçerli kalmaya devam edeceği belirtilmektedir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Bilgi için bkz. Candan **Yasan Tepetaş**, “Statü değişikliğinden Kaynaklanan Problemler MÖHUK m. 3'ün Değerlendirilmesi”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler: Prof. Dr. Feriha Bilge **Tanrıbilir** ve Dr. Öğretim Üyesi Gülce **Gümüşlü Tunçağıl**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 100-111.

⁴⁹⁸ Tekinalp/ Uyanık, s. 139; Özkan, “*İkametgâh*”, s. 109-110; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 324. Doktrinde bir görüş uyarınca, evlenme anındaki millî hukuka göre geçersiz, yeni millî hukuka göre geçerli bir evliliğin, geçersiz kabul edilmesi eleştirilmektedir. Evliliği geçerli kılan böyle bir değişikliğin dikkate alınmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir (Aybay/ Dardağan, s. 200).

⁴⁹⁹ Tekinalp/ Uyanık, s. 139.

E. TOPAL EVLİLİKLER

İnsanlar kurdukları hukukî ilişkilerin, geçerli olduğu inancıyla hareket etmekte ve bu güvene dayanarak hak sahibi olmakta ve yükümlülük altına girmektedir⁵⁰⁰. Buna karşılık, ülkeler arasındaki hukukî düzenleme farklılıkları, bir ülkede geçerli olarak yapılan bir işlemin, diğer bir ülkede tanınmaması sonucunu doğurmaktadır⁵⁰¹. Bu bağlamda, ulusal hukuklardaki farklılıklar sebebiyle, hukukî statü kaybı yaşandığı gibi, haklar ve yükümlükler noktasında da değişiklikler gündeme gelmektedir⁵⁰².

Bu kısımda öncelikle total hukukî işlem kavramı kısaca açıklanacaktır. Sonrasında, total evlilikler incelenecek ve doktrinde ileri sürülen çözüm önerileri ele alınacaktır.

1. Total Hukukî İşlem Kavramı

Genel olarak, bir ülkede geçerli kabul edilen, başka bir ülkede geçerli kabul edilmeyen hukukî işlem veya ilişkiler, total hukukî işlemler şeklinde adlandırılmaktadır⁵⁰³. Aile hukuku ilişkileri açısından baktığımızda, bir ülkenin tanıdığı hukukî statünün, başka bir ülkede bilinmemesi, düzenlenmemesi yahut hukukî statü tanınıyor olmakla birlikte, farklı şartlar gerektiriyor olması sebebiyle tanınmaması neticesinde, “total” aile hukuku ilişkileri doğmaktadır⁵⁰⁴. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz total evlilikler bunun yaygın örneği olmakla birlikte, soy bağı veya evlât edinmeye ilişkin sistem farklılıkları da total ilişkilere sebebiyet vermektedir. Örneğin, bir ülke hukukuna göre evlilik dışı doğan çocuğun biyolojik babasıyla hukukî soy bağı geçerli olarak tesis edilmiş olmakla birlikte, bu durumun taraflardan birinin millî hukukunda tanınmaması mümkündür. Bu durum ise çocuğun seyahati, bakım ve gözetimi başta olmak üzere birçok hukukî problemi beraberinde getirecektir.

⁵⁰⁰ Dethloff, s. 50.

⁵⁰¹ Tanıma kavramı, çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Örneğin aile hukukunda çocuğun tanınmasından, milletlerarası kamu hukukunda ise yeni kurulan devletlerin veya hükümetlerin tanınmasından bahsedilmektedir (Eric Stein, “Conflict-Of-Laws Rules by Treaty: Recognition of Companies in a Regional Market”, *Michigan Law Review*, Vol. 68, No. 7, June 1970, pp. 1327-1354, p. 1327). Milletlerarası özel hukuk açısından, en genel anlamıyla tanıma, bir ülkede gerçekleşen hukukî olaylara atfedilen hukukî sonuçların, diğer bir ülkede de kendi hukuk sistemi içinde belli şekilde kabul edilmesi anlamına gelmektedir (Musa Aygül, *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 41, dn. 105; Stein, s. 1327).

⁵⁰² Dethloff, s. 43-44.

⁵⁰³ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 17-18; Çelikel/ Erdem, s. 38; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 265.

⁵⁰⁴ Dethloff, s. 44.

Modern aile hukuku yaklaşımlarının bir sonucu olarak ortaya çıkan kayıtlı hayat ortaklığı ve tescil edilmiş birliktelikler gibi yeni hukukî kurumlar da total ilişkilere sebebiyet vermektedir⁵⁰⁵. Kayıtlı hayat ortaklığını veya benzer kurumları yasal olarak kabul eden ülkelerde dahi, yeknesak bir uygulama söz konusu değildir. Tescil edildiği ülkede geçerli olarak kurulmuş olmasına rağmen, diğer ülkelerde tanınmaması sebebiyle, aynı kişilerin üçüncü kişilerle benzer kayıtlı birliktelikler kurması ve hatta evlenmeleri mümkündür⁵⁰⁶. Bu durumdaki kişilerin, hem hukukî statü noktasında hem de mal rejimleri ve mirasa ilişkin hususlarda çeşitli sıkıntılar yaşaması ihtimâl dâhilindedir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi aile hukuku ilişkilerinin, sosyal güvenlik hukuku, vergi hukuku gibi diğer alanlarda da önemli etkisi olduğu gibi, ikamet izni veya çalışma izni verilmesi gibi konularda da sağladığı çeşitli kolaylıklar bulunmaktadır. Bir ülkede kazanılan hukukî statü, diğer ülkelerde tanınmadığı sürece, bu tarz problemler artarak devam edecektir⁵⁰⁷.

2. Topal Evlilikler

Ülkeler arasındaki hukukî düzenleme farklılıkları sebebiyle, bir ülkenin aile hukukunda olağan ve mâkul görülen bir düzenleme, başka bir ülkede şaşırtıcı ve kabul edilemez olarak nitelendirilebilir⁵⁰⁸. Evlenmenin maddî ve şeklî şartlarındaki farklılıklar sebebiyle, eşlerden birinin millî hukukuna göre geçerli, diğerine göre geçersiz veya yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olmakla birlikte, millî hukuklara göre geçersiz evlilikler gündeme gelebilir. Bu şekilde hukuk düzenlerinden birisine göre geçerli, bir diğerine göre geçerli olmayan evlilikler, *total evlilikler (matrimonium claudicans - limping marriages)* şeklinde anılmaktadır⁵⁰⁹. Örneğin, evlenmenin geçerliliği için mutlaka dinî şekilde yapılmasını esasa ait bir şart olarak kabul eden ülke vatandaşı kişilerin, Türkiye’de medenî nikâh yoluyla gerçekleşen evlilikleri, Türk hukukuna göre geçerli olmakla birlikte, kendi millî hukukları uyarınca geçersiz sayılacaktır. Buna

⁵⁰⁵ Tekinalp/ Uyanık, s. 140.

⁵⁰⁶ Yasan, s. 239-240.

⁵⁰⁷ Dethloff, s. 45-46.

⁵⁰⁸ Ekşi, “Medenî Olmayan Evlilikler”, s. 1-2,

⁵⁰⁹ McClean/ Ruiz Abou-Nigm, s. 266; Mueller, s. 21; Nomer, “Devletler Hususî”, s. 248-249 ve s. 254; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 331; Ekşi, “Medenî Olmayan Evlilikler”, s. 2.

karşılık, Türkiye’de, kendi millî kanunlarına uygun olarak dinî törenle yaptıkları evlilik de Türk hukuku açısından yok hükmündedir⁵¹⁰.

Topal evlilikler, kişilerin statü ve hak kaybına neden olduğu gibi özellikle de boşanma veya yeniden evlenme durumunda sorun çıkarmaktadır. Örneğin, tarafların millî hukukuna göre geçersiz olan bir evlilikte, taraflar nüfus sicilinde bekâr gözükeceğinden, ikinci defa evlenmeleri mümkün olabileceği gibi, tarafların kendi ülkelerinde boşanmaları da imkânsızdır⁵¹¹.

Evliliğe ilişkin düzenleme farklılıklarının yanı sıra, topal evliliklere neden olan diğer bir durum da bir ülkede gerçekleşen boşanmanın, başka bir ülkede tanınmamasıdır⁵¹². Kişi boşanmanın gerçekleştiği ülkede bekâr statüsünde olmasına rağmen, boşanmayı tanımayan ülke nezdinde evli görünmektedir. Bu durum, nafaka, soy bağı ve miras hukuku açısından da âdil olmayan neticelere sebebiyet vermektedir⁵¹³.

Topal evlilikler, istenilmeyen bir durum olmasına rağmen, bazı ülke hukukları buna hizmet eder niteliktedir. Örneğin, Belçika hukukunda, kural olarak evliliğin maddî şartlarının eşlerin her birinin millî hukukuna tâbi olacağı düzenlenmiştir. Ancak bu kurala eşcinsel evliliklere ilişkin bir istisna getirilerek, eşlerden birinin eşcinsel evliliğe izin veren bir ülkenin vatandaşı olması veya mutad meskenin burada olması; diğerinin ise evliliğin maddî şartları bakımından eşcinsel evliliğe izin vermeyen bir ülke hukukuna tâbi olması durumunda, bu hukukun uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁵¹⁴. Bu durumda örneğin, Belçika vatandaşı bir erkek ile Türk vatandaşı bir erkeğin evlenme talebinde, eşcinsel evliliklerin mümkün olmadığı Türk hukuku dikkate alınmayacak ve bu evlenme Belçika’da geçerli bir şekilde akdedilebilecektir⁵¹⁵. Ancak söz konusu topal evliliğe dayanılarak yetkili Türk makamları önünde geçerli bir hukukî talepte bulunulması mümkün değildir.

⁵¹⁰ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 248; Toker/ Ruhi, s. 103.

⁵¹¹ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 331.

⁵¹² Don Macdougall, “Transnational Litigation in Family Matters”, Families Across Frontiers, (Edited by Nigel Lowe and Gillian Douglas), Martinus Nijhoff Publishers/ Kluwer Law International, The Hague/ Boston/ London 1996, pp. 63-75, p. 65; Siehr, “Family Law”, s. 683; Tiryakioğlu, “Yabancı Boşanma Kararları”, s. 21; Can/ Toker, s. 376.

⁵¹³ Tiryakioğlu, “Yabancı Boşanma Kararları”, s. 21; Macdougall, s. 65.

⁵¹⁴ Yasan, s. 90-91.

⁵¹⁵ Yasan, s. 91, dn. 46.

3. Çözüm Önerileri

Milletlerarası alanda total evlilikler hususunda yeknesak bir çözüm bulunmaması sebebiyle, her ülke münhasıran kendi hukukunu nazara almaktadır⁵¹⁶. Bu durumda da milletlerarası karar ahenginin sağlanabilmesi mümkün görünmemektedir. Total evliliklerin önlenebilmesi adına, yeknesak kurallar getiren milletlerarası sözleşmelerin yapılması gerekmektedir. Özellikle de yabancı ülkelerde gerçekleşen işlemlerin, diğer ülkelerde de geçerli kabul edilmesini sağlayacak ortak ve genel kurallar getirilmesi faydalı olacaktır⁵¹⁷.

Esnek kanunlar ihtilâfı kurallarının kabul edilmesi, en az yeknesak kurallar getiren milletlerarası sözleşmeler yapılması kadar önemlidir⁵¹⁸. Bu bağlamda örneğin, evlenmenin gerçekleştiği yer hukukunun ihtiyârî bir kural olarak kabul edilmesi ve eşlerin millî hukukuna uygun olarak yapılan evlenmelerin de geçerli sayılması tavsiye edilmektedir⁵¹⁹. Ancak pozitif hukuk düzenlemeleri incelendiğinde, durumun bu şekilde olmadığı; milletlerarası özel hukukun en problemli konularından biri olan total evliliklerin sayısının artmasına hizmet eden düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bu konuda yapılacak mukayeseli hukuk çalışmalarıyla, ülkelerin farkındalığının arttırılması gerekmektedir. Çok sayıda milletlerarası sempozyum düzenlenmesine rağmen, bu konulara gerektiği kadar önem atfedilmemektedir. Kişilerin günlük yaşamını bu denli etkileyen, hak kaybına uğramasına ve hatta bazen kandırılmasına sebebiyet veren bu tarz evliliklerin önlenebilmesi, devletlerarası gerçek bir işbirliğinin sağlanmasını gerektirmektedir.

Neticede, kültürel farklılıklar olduğu müddetçe, total evliliklerin önüne geçilebilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce, söz konusu farklılıkların, teknoloji ve ulaşım imkânları sayesinde “dünyanın küçük bir köy hâline gelmesiyle birlikte” azalacağı da söylenemez. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere, “modern dünyada” eşcinsel evliliklere gün geçtikçe artan bir oranda izin verilmekte ve ortak bir yaşamı evlilik birliği olmaksızın paylaşmak isteyen kişilere yönelik çeşitli hukukî alternatifler sunulmaktadır. Dolayısıyla ülkeler arasındaki farklılıklar azalmak bir yana, daha da vahim bir boyuta taşınmaktadır. Bu sebeplerle de total evliliklerin önlenmesi adına,

⁵¹⁶ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 331.

⁵¹⁷ Dethloff, s. 50-51; Mueller, s. 21.

⁵¹⁸ Çelikel/ Erdem, s. 235.

⁵¹⁹ Çelikel/Erdem, s. 234.

lkeler arasındaki iş birliği ve haberleşme güçlendirilmeli; evlenme yapılmadan önceki kontrollerin sıkı tutulması suretiyle aksaklıkların baştan engellenmesi gerekmektedir. Evlilik birliği kurulduktan sonra ise evlenmenin mümkün mertebe ayakta tutulması düşüncesiyle hareket edilmesi, hak kayıplarının önlenmesi açısından daha mâkul bir yaklaşım olacaktır.

ř4. EVLENMENİN şARTLARINA AYKIRILIğA UYGULANACAK MÜEYYİDE

Evlilik birliğinin sağlıklı ve geçerli şekilde kurulabilmesi adına, yetkili hukuk veya hukuklar uyarınca gerekli görülen şartların, ilgili hukuklara uygun bir şekilde gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵²⁰. Aksi takdirde söz konusu şartlara aykırılığın müeyyidesi gündeme gelecektir.

Evlilik birliğinin kurulması için aranan şartlarda yeknesaklık olmadığı gibi, gerekli şartlara aykırı olarak yapılan evlenmelerin akıbeti konusunda da farklı düzenlemeler kabul edilmiřtir⁵²¹. Bu bağlamda geçersizlik, hükümsüzlük, yokluk, butlan, evliliğin feshi yahut iptali gibi farklı hukukî kavramlar karşımıza çıkmaktadır⁵²². Kavram kargaşası bir yana, geçersizliğin kendiliğinden mi gerçekleşeceği yoksa bir mahkeme veya idarî bir kurumun kararına mı ihtiyaç duyulduğu noktasında da yeknesak bir uygulamadan bahsedilmesi mümkün değildir. Diğer yandan geçersizliğin hangi andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı da ayniyet göstermemektedir. Bu bağlamda evliliği baştan itibaren geçersiz sayan hukuk düzenleri olduğu gibi, geçersizliğin yetkili mahkeme veya idarî makamın kesin kararını takiben hüküm ve sonuç doğurmasını kabul eden ülke hukukları da bulunmaktadır.

Türk hukuku açısından baktığımızda, evlenmenin geçerliliği için aranan şartlara aykırılık, şartın niteliğine göre farklı sonuçlar doğurmaktadır. Doktrinde evlenmenin hükümsüzlüğü hâlleri, yokluk ve butlan şeklinde tasnife tâbi tutularak incelenmektedir. Butlan hâlleri ise Türk Medenî Kanunu'ndaki ayrıma uygun olarak, mutlak butlan ve nisbî butlan şeklinde sınıflandırılmaktadır.

⁵²⁰ Nomer, "Devletler Hususî", s. 235 ve s. 254; elikel/ Erdem, s. 232.

⁵²¹ Clarkson/ Hill, s. 345.

⁵²² Tezimiz kapsamında, üst kavram olarak "hükümsüzlük" tâbiri tercih edilmiştir. Gerek şeklî gerekse maddî şartlara aykırılığın müeyyidesine uygulanacak hukuk ise "hükümsüzlük statüsü" olarak adlandırılacaktır.

Türk Medenî Kanunu'nda “*yokluk*” müeyyidesi açıkça düzenlenmemiştir. Yokluk kavramı, evlenmenin kurucu unsurlarının mevcut olmadığı durumlara özgü olarak doktrinde yaratılmıştır⁵²³. Türk hukukunda üç hâlde evliliğin yokluğundan bahsedilmektedir. Tarafların aynı anda evlenme memuru huzurunda olumlu irade beyanında bulunmamış olması, evlenmenin yetkili evlendirme memuru huzurunda yapılmamış olması ve son olarak evlenmenin farklı cinsiyetten kişiler arasında yapılmamış olması durumlarında evlenmenin yokluğu söz konusudur⁵²⁴. Evliliğin yokluğuna sebebiyet veren durumların varlığı hâlinde, yokluk açısından başka bir işlem yapmaya gerek bulunmamaktadır. Yok hükmünde evlilikler, boşanma davasının konusunu da oluşturmazlar⁵²⁵. Zira hukuk alanında doğmuş bir evlilik mevcut değildir. Taraflar arasında evlilik bağı hiç kurulmamıştır. Bununla birlikte, gerekli olduğu durumlarda, mahkemeden yokluğun tespiti talep edilebilir⁵²⁶. Özellikle de evlilik yok hükmünde olmasına rağmen her nasılsa sicile tescil edilmiş ise gerekli düzeltmenin yapılabilmesi (*kaydın iptali-düzeltilmesi*) için dava açılması mümkündür⁵²⁷.

Butlan, Türk Medenî Kanunu'nda tespit edilmiş olan kurucu unsurları tam olmasına rağmen, Kanun'nda sayılan sebeplerden birinin bulunması dolayısıyla, evliliğin, hâkim kararıyla sona erdirilmesidir⁵²⁸. Başka bir anlatımla, şeklen kurulmuş bir evliliğin, Kanun'un taraflarda veya taraf iradelerinde aradığı bazı niteliklerin gerçekleşmemesi sebebiyle, bir müeyyide olarak sona erdirilmesi butlan kavramıyla ifade edilmektedir⁵²⁹. Butlan, geçerlilik unsurlarındaki eksiklik veya sakatlığın niteliğine göre, mutlak butlan ve nisbî butlan olarak sınıflandırılmaktadır⁵³⁰. Bu

⁵²³ Abdurrahman Savaş, “Evlenmenin Yokluğu”, *SÜHFD*, Y. 2000, C. 8, S. 1-2, ss. 121-140, s. 124; Oğuzman/ Dural, s. 87; Köprülü/ Kaneti, s. 96; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 72; Öztan, s. 572; Doğan, İ., “*Aile Hukuku*”, s. 30.

⁵²⁴ Ali İhsan Özüğür, *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler – Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları – Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 22-23, (“*Boşanma*”); Velidedeoğlu, s. 281; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 72-79; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 33-42; Yıldırım, “*Aile*”, s. 37-38.

⁵²⁵ Öztan, s. 643. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, “*Evliliğin yokluğunun tespitine karar verilmesi gerekirken boşanmaya karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*” (Y. 2. HD. T. 31.03.2003, E. 2003/3387 ve K. 2003/4492). Diğer bir uyuşmazlıkta ise “*...daha önce boşanma davası açılmış olmasının, yoklukla malul evliliği geçerli hâle getirmeyeceği*” isabetli bir şekilde ifade edilmiştir (Y. 2. HD. T. 30.03.2004, E. 2004/2975 ve K. 2004/4024 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 09.11.2017).

⁵²⁶ Velidedeoğlu, s. 281; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 66; Yıldırım, “*Aile*”, s. 37.

⁵²⁷ Velidedeoğlu, s. 281; Köprülü/ Kaneti, s. 92; Doğan, İ., “*Aile Hukuku*”, s. 31; Erdem, s. 72.

⁵²⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 80-82; Köprülü/ Kaneti, s. 97; Velidedeoğlu, s. 285; Doğan, İ., “*Aile Hukuku*”, s. 32- 33; Yıldırım, “*Aile*”, s. 40; Erdem, s. 72.

⁵²⁹ Velidedeoğlu, s. 283; Sayman, s. 189.

⁵³⁰ Velidedeoğlu, s. 285; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 54; Doğan/ Okur, s. 55. Mutlak butlan ve nisbi butlan kavramlarının karşılaştırılması için bkz. Şakir Berki, “Türk Medenî Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan”, *AÜHFD*, Y. 1962, C. 19, S. 1, s. 201-231; s. 201-203, (“*Butlan*”); Yıldırım, “*Aile*”, s. s.

bağlamda, kamu düzenine ilişkin sayılan evlenme şartlarındaki eksiklikler mutlak butlan sebebi, sadece evlenenleri veya yasal temsilcilerini ilgilendiren hususlar ise nisbî butlan sebebi olarak düzenlenmiştir⁵³¹. Mutlak butlanda kamu menfaati ön planda tutulmuşken, nisbî butlanda tarafların menfaatleri esas alınmıştır⁵³². Her iki butlan sebepleri de Kanun'da sınırlı olarak sayılmıştır⁵³³. Mutlak butlan sebepleri; eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması, evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması, evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması veya eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması şeklinde belirlenmiştir (TMK m. 145). Nisbî butlan sebepleri ise ayırt etme gücünden geçici yoksunluk, yanılma, aldatma, korkutma ve yasal temsilcinin izninin bulunmaması olarak sayılmıştır (TMK m. 148-151 ve m. 153). Kanun'da sayılan sebeplere benzer nitelikte olsa dahi, bu sebeplerden başka sebeplerin varlığı, evliliğin butlanı sonucunu doğurmaz⁵³⁴. Bununla birlikte, butlan sebeplerinin sınırlı bir şekilde sayılmış olması, hukuka uygun olmadığı aşikâr olan; ancak söz konusu sınırlı sebepler arasında düzenlenmemiş olduğundan müeyyidesiz kalan evliliklere yol açması sebebiyle eleştirilmektedir⁵³⁵.

Yokluktan farklı olarak, butlanı gerektiren durumlarda, eşler arasında evlilik birliği kurulmuştur. Dolayısıyla batıl evliliklerin sona ermesi için mutlak butlan davası veya iptal davası açılması gerekmektedir. Bununla birlikte, evlenmenin butlanına veya iptaline karar verilmeden önce boşanma davası açılması da mümkündür. Zira batıl evlenmeler, hâkim hükmüyle sona erinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğururlar (TMK m. 156).

40-41. Alman hukukunda ise klasik mutlak butlan- nisbi butlan tasnifinden vazgeçilmiş ve sakat evliliklerin müeyyidesi, yokluk- iptal edilebilirlik tasnifi üzerinden belirlenmiştir. Mutlak butlan yaptırımının kaldırılması suretiyle, geleneksel kilise anlayışından gelen yasakların etkisinin hafifletildiği ve böylelikle söz konusu yasakların önemli ölçüde bertaraf edildiği ifade edilmektedir (Doğan/ Okur, s. 55).

⁵³¹ Velidedeoğlu, s. 285; Köprülü/ Kaneti, s. 97; Doğan/ Okur, s. 55; Doğan, İ., "Aile Hukuku", s. 32; Yıldırım, "Aile", s. 40.

⁵³² Öztan, s. 619; Velidedeoğlu, s. 285-287; Köprülü/ Kaneti, s. 97.

⁵³³ Alman Medenî Kanunu'nun 1314. maddesinde de iptal sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. İlgili madde konuyu iki farklı şekilde düzenlemiştir. Maddenin birinci fıkrasında, kanunkoyucu, BGB'de düzenlenmiş olan evlenme ehliyeti ve evlenme yasaklarına ilişkin hükümlere (BGB § 1303, 1304, 1306, 1307, 1311) atıf yapmış ve bu hükümlere aykırı olarak akdedilen evlenmeleri iptal yaptırımına tâbi tutmuştur. Hükmün ikinci fıkrasında yer alan düzenlemelerde ise kanunkoyucu farklı birtakım özel iptal sebeplerine yer vermiştir. Söz konusu sebepler, aşağıda ilgili başlıklar altında ele alınacaktır.

⁵³⁴ Örneğin, eşlerden birinin tek taraflı ve bilinçli bir şekilde, iradesiyle beyanı arasında uyumsuzluk yarattığı durumlarda (*latife beyanı veya zihni kayıt gibi*) yapılan evlenme geçerlidir (Öztan, s. 597; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 75).

⁵³⁵ Doğan/ Okur, s. 70.

Netice itibarıyla, Türk hukukunda evlenmenin kurucu unsurlarına veya şartlarına aykırılık durumunda, yokluk ve butlan olmak üzere iki farklı kavram karşımıza çıkmaktadır. Yetkili yabancı hukukta benzer müeyyideler öngörülmüş olabileceği gibi, daha ağır veya daha hafif müeyyideler de düzenlenmiş olabilir.

Aşağıda, evlenmenin şartlarına aykırılığa uygulanacak müeyyide bakımından yetkili hukuk tespit edilecek ve yetkili hukukun uygulama alanı ele alınacaktır. Evlenmenin geçerliliği ön sorun olarak ortaya çıkarsa, nasıl bir yol izleneceği de bu başlık altında incelenecektir.

I. UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

Türk hukukunda, hükümsüzlüğe uygulanacak hukuka dair bağımsız bir bağlama kuralına yer verilmemiştir. Doktrinde, hükümsüzlüğün, evlenme için gerekli şartlara uyulmamasının müeyyidesi olmasından bahisle, bağımsız bir bağlama kuralının oluşturulmasının gerekli de olmadığı ifade edilmektedir⁵³⁶. Nitekim hükümsüzlük sebepleri, geçerli ve eksiksiz bir şekilde kurulmuş evlilik sürecinde ortaya çıkan sebepler değil, evlilik birliğinin kuruluşunda ve hatta daha öncesinde meydana gelen sebeplere dayanmaktadır⁵³⁷. Dolayısıyla evlenmenin geçerlilik şartlarından bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda bakıldığında, evlenmenin geçerliliği ile hükümsüzlüğünün aynı statü kapsamında değerlendirilmesi mantığa da uygun görülmektedir⁵³⁸.

Hükümsüzlük statüsü belirlenirken atfın nazara alınması gerektiği de unutulmamalıdır (MÖHUK m. 2/3). Türk hukukunda bağımsız bir bağlama kuralı düzenlenmemiş olmakla birlikte; yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı sistematüğinde, bu yönde ayrı bir bağlama kuralı düzenlenmiş olabilir. Dolayısıyla ilgili bağlama kuralının gösterdiği hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanması gerekmektedir.

⁵³⁶ Sayman, s. 190. Aynı yönde bkz. Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 20.

⁵³⁷ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 20.

⁵³⁸ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 20. Bununla birlikte, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda (IPRG) yapılan değişiklik dikkat çekicidir. Yapılan değişiklik ile IPRG Art 45a’da “evlenmenin hükümsüzlüğü”ne ilişkin tamamen farklı yeni bir düzenleme getirildiği belirtilmektedir. Buna göre; “evlenmenin hükümsüzlüğü davalarında, eşlerden birinin İsviçre’deki yerleşim yeri mahkemesi, bulunmadığı takdirde, İsviçre’de evlenmenin yapıldığı yer veya eşlerden birinin İsviçre’deki mutad mesken mahkemesinin yetkili olacağı ve *davaya İsviçre hukukunun uygulanacağı*”nın hüküm altına alındığı ifade edilmektedir (Bkz. Ulusu Karataş, “Çocuk Yaşta Evlilikler”, s. 34).

Netice itibarıyla, mevcut durumda kanunî bir düzenlememe olmaması sebebiyle, hükümsüzlük hâlleri evlenme statüsüne tâbi kabul edilmekle birlikte, özellik gösteren durumların ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Evlenmenin Farklı Cinsiyetten Kişiler Arasında Yapılmamış Olması ve Cinsiyet Değişikliğinin Mevcut Evlilik Üzerindeki Etkileri

Evlenmenin farklı cinsiyetten iki kişi arasında akdedilmesi, Türk hukuku bakımından kurucu unsurdur. Aynı cinsiyetten iki kişinin Türkiye’de yasal olarak mümkün değildir. Aynı cinsiyetten iki kişinin birlikteliğinden bir evlilik ilişkisi doğmayacağı gibi, bu birlikteliğe, aile hukukuna özgü herhangi bir hukukî sonuç bağlanması da düşünülemez⁵³⁹. Türk vatandaşlarının aynı cinsiyetten kişilerin evliliğine izin veren bir ülkede, her nasılsa böyle bir evlenme akdetmesi durumunda, bu evliliğin Türk hukukuna göre evlilik olarak kabul edilmesi ve Türk vatandaşının nüfus kütüğünde evli olarak tescil edilmesi de kabul edilemez⁵⁴⁰. Bu tarz evlilikler, Türk hukuku anlamında bir “evlilik” olmadığı için yok hükmündedir⁵⁴¹. Her nasılsa sicile tescil edilmiş olsa dahi bu evlilik her hâlükârda yok hükmündedir⁵⁴².

Evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden birinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olması ve bunun evliliğe etkilerinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk hukukunda, mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için kişinin evli olmaması gerekmektedir (TMK m. 40). Ancak her nasılsa bu hükme aykırı olarak Türkiye’de veya yurt dışında bir merkezde cinsiyet değiştirme operasyonu geçirilmesi durumunda, mevcut evliliğin akıbeti konusunda Türk Medenî Kanunu’nda açık bir düzenleme olmadığı gibi⁵⁴³ doktrinde de görüş birliği yoktur.

⁵³⁹ Yasan, s. 72-73.

⁵⁴⁰ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 237.

⁵⁴¹ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 237; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 34-35; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 72.

⁵⁴² Özügür, “Boşanma”, s. 22.

⁵⁴³ 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi m. 29/2’de, evli kişilerin de cinsiyet değiştirebilmelerine imkân sağlayan bir düzenleme yapılmıştı. Eğer evli bir kişi cinsiyet değiştirmişse, evliliği kendiliğinden sona ermekteydi. Lâkin 4721 sayılı TMK’nda aile yapısını koruma amacıyla, cinsiyet değiştirebilme şartları arasında “evli olmama” şartı getirilerek, evli kişilerin cinsiyet değiştirmesi kural olarak yasaklanmıştır. Kanun’da, evli kişilerin cinsiyet değiştirmesi kabul edilmediğinden, evli bir kişinin cinsiyetini her nasılsa değiştirmesi durumunda, onun evliliğinin akıbetinin ne olacağı da düzenlenmemiştir (Doğan/ Okur, s. 62-63). Kanun’da düzenleme olmamakla birlikte, böyle bir evliliğin devam etmesinin kamu düzenine aykırı olacağı vurgulanmaktadır (Çelikel/ Erdem, s. 231).

Bir görüşe göre, cinsiyet değiştirme operasyonu sonrasında, mevcut evlilik, hâkim kararına dahi gerek kalmaksızın, kendiliğinden yoklukla mâlûl olacaktır⁵⁴⁴. Buna karşılık, başka bir görüş uyarınca, yokluk ancak başlangıçta kurucu unsurların olmadığı durumlarda gündeme gelebilecek bir hukukî kurum olduğundan, bu durumda evliliğin yok sayılması mümkün değildir⁵⁴⁵. Zira kişinin sonradan cinsiyet değiştirmesi durumunda dahi, geçerli olarak kurulmuş bir evlilik söz konusudur. Diğer bir görüş uyarınca, eşlerin cinsiyet değiştirme ameliyatı sonrasında “hemcins” olması neticesinde, evlenmenin şartlarının ortadan kalkması sebebiyle söz konusu evlilik sona erer; ancak bu durumun “tespit” davasıyla karara bağlanması gerekmektedir⁵⁴⁶. Başka bir görüşe göre, cinsiyet farklılığının, evlenmeden sonra meydana gelmiş bir ameliyatla ortadan kalkması durumunda; eşlerden biri, ilgililer veya Cumhuriyet Savcısı tarafından evlilik kayıtlarının iptalinin istenebileceğini belirtilmektedir⁵⁴⁷. Oysaki bu evliliğin iptalinin talep edilebilmesi için gerekli yasal dayanak bulunmamaktadır. Zira butlan sebepleri Kanun’da sınırlı sayı ilkesi uyarınca belirlenmiştir ve bu yönde bir butlan sebebi mevcut değildir. Bu durumda evlilik birliğinin sonlandırılması için tek yol boşanma davası açılmasıdır⁵⁴⁸. Eğer taraflar boşanmak istemiyorlarsa ve cinsiyet değiştiren kişi kişisel durum sicilinin düzeltilmesi yönünde bir girişimde bulunmuyorsa, hukuken başvurulabilecek bir yol bulunmamaktadır⁵⁴⁹. Olması gereken hukuk açısından ise cinsiyet değişikliği durumunda mevcut evliliğin akıbetinin, Kanun’da açıkça, “savcıya da dava açma yetkisi veren bir mutlak butlan sebebi” olarak düzenlenmesi tavsiye edilmektedir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 76-77; Doğan, İ., “Aile Hukuku”, s. 31; Yıldırım, “Aile”, s. 71.

⁵⁴⁵ Öztan, s. 573; Erdem, s. 71.

⁵⁴⁶ Bilâl Köseoğlu ve Köksal Kocağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması (Bilimsel Görüşler-Yargı İçtihatları)*, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 7.

⁵⁴⁷ Özügür, “Boşanma”, s. 22.

⁵⁴⁸ Nafi Ertuğrul ve Tuba Ertuğrul, *Uygulamada Boşanma Davaları (Nişanlanma – Evlenme - Boşanma Davaları - Maddî ve Manevî Tazminat Davaları)*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011, C. 1, s. 281-282; Öztan, s. 573; Erdem, s. 71.

⁵⁴⁹ Erdem, s. 71.

⁵⁵⁰ Doğan/ Okur, s. 63. Belirtmemiz gerekir ki eşlerin her ikisinin de yabancı olduğu ve millî hukuklarının eşcinsel evliliğe izin verdiği faraziyesinde, böyle bir ameliyat sonrasında, evliliğin kendiliğinden geçerli kalmaya devam edip etmeyeceği yahut nafaka, tazminat gibi çeşitli taleplerde bulunmaları durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği de ayrı bir problemdir (Bkz. Çelikel, “Aile Hukuku”, s. 66-67).

B. Evlenmenin Şekli Şartlarına Aykırılık

Evlenmenin şekli şartlarına aykırılığın sonuçları, evlenmenin şekline uygulanacak hukuka dolayısıyla da evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tâbidir⁵⁵¹. Türk hukukunda bu konuda tarafların millî hukuku dikkate alınmamaktadır⁵⁵². Oysa Alman hukukunda alternatif bağlama kuralı benimsenerek (*EGBGB § 11*), yurt dışında gerçekleşen evlenmeler açısından, yapıldığı yer hukukunun şekli şartlarına veya hüküm statüsünün şekli şartlarına uygun olan evlenmeler geçerli kabul edilmektedir⁵⁵³. Yukarıda total evlilikler bahsinde de belirttiğimiz üzere, olası bir MÖHUK değişikliğinde, Türk hukukunda da bu şekilde esnek bir yaklaşımın benimsenmesi daha yerinde bir yaklaşım olabilir.

Konsolosluk evlenmeleri açısından ise şekli şartlara aykırılığın müeyyidesi, konsolosu gönderen devlet hukuku uyarınca belirlenecektir⁵⁵⁴. Türk hukuku bakımından, çifte yetkilendirme ve açıkça izin verilen durumlar haricinde, tarafların her ikisinin de konsolosun tâbi olduğu ülke vatandaşı olması şartları gerçekleşmemiş ise bu tür evlilikler yok hükmündedir⁵⁵⁵.

1. Esaslı (Ağır) Şekil İhlalleri

Türkiye’de yapılan evlilikler açısından, mutlaka Türk hukukunda düzenlenen şekli şartlara riayet edilmesi gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Türkiye’de akdedilen evlenmelerin mutlaka resmî nikâh esasına uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Örneğin, eşlerin her ikisinin de millî hukuku, dinî evlenmeyi kabul eden bir ülke hukuku olsa dahi Türkiye’de bu şekilde gerçekleşen evlenme, Türk hukuku açısından yok hükmündedir⁵⁵⁶.

Türk hukukunda evlenecek kişilerin aynı anda ve bizzat evlendirme memuru önünde hazır bulunmaları ve evlenme konusunda olumlu iradelerini açıklamaları

⁵⁵¹ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 254; Tekinalp/ Uyanık, s. 150; Doğangün, s. 117-118; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 21; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 330; Çelikel/ Erdem, s. 233.

⁵⁵² Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 254.

⁵⁵³ Rauscher, s. 176; MüKoBGB/Coester EGBGB Art. 13 Rn. 146, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

⁵⁵⁴ Tekinalp/ Uyanık, s. 150; Aybay/ Dardağan, s. 205.

⁵⁵⁵ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 131.

⁵⁵⁶ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 247; Tekinalp/ Uyanık, s. 145; Çelikel/ Erdem, s. 235.

gerekmektedir. Aksi takdirde evlenmenin yokluğu söz konusudur⁵⁵⁷. Diğer yandan, evlenmenin, evlendirmeye yetkili resmî memur huzurunda akdedilmiş olması zorunludur. Yetkili olmayan bir kişi veya makam huzurunda, evlenmeye yönelik olumlu iradeler karşılıklı olarak açıklansa dahi evlenmenin varlığından bahsedilemez⁵⁵⁸.

Evlenmenin yapıldığı yer hukuku, gerekli şeklî şartlara riayet edilmeksizin yapılan evlilikler konusunda hiçbir yaptırım düzenlememiş olabileceği gibi, yokluktan daha hafif bir yaptırımın benimsenmiş olması da mümkündür. Örneğin, Alman hukukunda, eşlerin irade açıklamalarında BGB § 1311'e aykırılık bulunan evlilikler iptal edilebilirlik yaptırımına tâbidir (BGB § 1314/1-b.2). Daha önce de belirttiğimiz üzere, BGB § 1311 uyarınca, evlenme iradesinin açıklanması sırasında tarafların hazır olması, iradenin şahsen açıklanması zorunludur. Evlenme iradesinin şarta veya süreye bağlı olarak açıklanması da mümkün değildir. Bununla birlikte, evliliğin akdedilmesinin üzerinden beş yıl geçmişse veya eşlerden biri ölmüş ve eşlerin ölümüne kadar birlikte yaşadıkları süre en az üç yıla ulaşmışsa, bu beş yıllık süre içerisinde veya ölüm anında iptal talebinde bulunulmamış olmak kaydıyla, evliliğin iptalini isteme hakkı sona erer (BGB § 1315/2-b.2).

Şeklî şartlara riayet edilmeksizin akdedilen evlenmeleri, butlan yaptırımına tâbi tutan ülkeler açısından baktığımızda, yetkili hukukta öngörülen butlan sebeplerinin

⁵⁵⁷ Velidedeoğlu, s. 89; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 36; Doğan, İ., “Aile Hukuku”, s. 31; Özüğür, “Boşanma”, s. 22; Erdem, s. 67-68. Yargıtay kararına konu olan bir uyumsuzlukta, evlenme töreni esnasında evlendirme memuru huzurunda bulunmayan eşlerden biri yerine, evlenme defterinin başka bir şahıs tarafından imzalanması sebebiyle, akdin geçerli şekilde kurulmadığı ve evlenmenin yoklukla mâlûl olduğu, tarafların uzun yıllar fiilen birlikte yaşamasının ve çocuklarının olmasının sonuca etkili olmadığı gibi, objektif iyi niyete ilişkin kuralların da uygulanmasının mümkün olmadığı isabetli bir şekilde belirtilmiştir (Y. 2. HD. T. 26.02.2008, E. 3540 ve K. 4355 - Ömer Uğur **Gençcan**, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku (Yargıtay Uygulamaları - Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 108, “Boşanma”).

⁵⁵⁸ Velidedeoğlu, s. 89; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 36; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 77; Özüğür, “Boşanma”, s. 22; Erdem, s. 68. Evlendirme yetkisi olmamakla birlikte, öyleymiş gibi davranan kişiler huzurunda gerçekleşen evlenmeler bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Tarafların iyi niyetinin korunması ilkesine dayanan ilk görüş uyarınca, eğer taraflar evlendirme memuru gibi davranan kimsenin yetkisizliğini bilmiyorlarsa bu evlilik geçerlidir (Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 78; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 206) Örneğin, İsviçre’de yaşanan bir olayda, evlendirme görevinden azledilen bir kişinin, azledildikten sonra on evlenme töreni daha gerçekleştirdiği ve bu durumu bilmeyen çiftlerin evliliklerinin korunduğu ifade edilmektedir (İkizler, s. 120). Başka bir görüş ise evlendirme memuru gibi hareket eden kişinin, “evlenme kütüğünü de ele geçirerek” evlenmeyi tescil ettirmesi durumunda, evlenmenin geçersizliğinin ileri sürülmemesi gerektiğini ifade etmektedir (Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 39). Örneğin, Alman hukukunda, gerçekte evlendirme memuru olmamasına rağmen bu sıfatla hareket eden kişi tarafından evlenme töreninin gerçekleştirilmesi ve bunun evlenme kütüğüne geçirilmesi durumunda, bu evlenmenin, yetkili memur huzurunda yapılmış bir evlenme gibi kabul edileceğine dair açık yasal düzenleme olduğu belirtilmektedir (İkizler, s. 121). Buna karşılık bir başka görüş, her iki görüşün de hukukî dayanağının olmadığını ve her iki durumda da yapılan evlenmenin yok hükmünde olduğunu savunmaktadır (Erdem, s. 69). İlgili bütün görüşler ve detaylı bir inceleme için bkz. İkizler, s. 119-130.

gerçekleşmesi durumunda evlilik iptal edilmelidir. Nitekim evliliği butlan yaptırımına tâbi tutmak, sonuçları açısından baktığımızda da yokluk yaptırımına nazaran daha mâkul görülmelidir. İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki tavrı emsal olacak niteliktedir. Şöyle ki boşanma davasında, Londra'da İslâm hukukuna uygun olarak gerçekleşen ancak İngiliz hukukuna göre kaydı bulunmayan “*dinî nikâhın*” geçerli olup olmadığı meselesi gündeme gelmiştir. Mahkeme, evliliği geçerli saymamakla birlikte, yokluk yaptırımı yerine butlan yaptırımına tâbi tutmak suretiyle, tarafların birbirlerine karşı birtakım malî yükümlülükleri olduğu sonucuna varmıştır. Neticede batıl bir evlilik, yok evliliğe nazaran, özellikle de dinî usûlde evlenmeler sebebiyle mağdur duruma düşen kadınların haklarını korumak açısından daha kabul edilebilir sonuçlar sağlamaktadır⁵⁵⁹.

Son olarak, serbest evlenme modelini benimsemiş ülkeler açısından baktığımızda, zaten herhangi bir şekil şartı öngörülmediği için bu şartlara aykırılıktan bahsedilmesi de mümkün değildir. Taraflar, bu ülkelerde geçerli bir şekilde evlendiklerini ispat edebildikleri sürece, söz konusu evlilikler Türk hukuku açısından da geçerli kabul edilmelidir.

2. Tâlî Şekil İhlâlleri

Evlenmenin şeklî şartlarından nelerin esaslı nelerin tâlî (*ikincil*) şart niteliğinde olduğu, yapıldığı yer hukuku uyarınca belirlenecektir. Ancak genel olarak, evliliğin geçerliliğine etkisi olmayacak nitelikteki şartların, tâlî şekil şartı olduğunu ifade edebiliriz. Doktrinde bir görüş uyarınca, kurucu nitelikte olmayan usûl ve şekil şartlarının, evlenmenin butlanına sebebiyet vermemesi gerekçesiyle, “*kesin olmayan evlenme engeli*” sayılabileceği de ifade edilmektedir⁵⁶⁰. Kanaatimizce, şekle ilişkin hususların evlenme engeli gibi nitelendirilmesi isabetli bir yaklaşım değildir.

Türk Medenî Kanunu'nun 155. maddesine göre, “*Evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olan bir evliliğin kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebiyle butlanına karar verilemez*”. Bu bağlamda, tanık olmadan yahut tek tanıkla gerçekleşen bir evlenmenin dahi geçerli olduğu, butlanına karar verilemeyeceği ifade

⁵⁵⁹ Bkz. Akhter v Khan (Rev 4) [2018] EWFC 54 (31 July 2018), <http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWFC/HCI/2018/54.html>, (ET. 09.09.2018). Ayrıca bkz. Lowe/ Douglas, s. 67-70.

⁵⁶⁰ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 61.

edilmektedir⁵⁶¹. Benzer şekilde, evlenme iradesinin olumlu irade beyanıyla sözlü olarak açıklanmasından sonra, evlenme defterinin imzalanmamış olmasının da gerçekleşen evliliği hükümsüz hâle getirmesi mümkün değildir⁵⁶². Nitekim defterin imzalanmasının kurucu bir etkisi yoktur⁵⁶³. Benzer şekilde, evlenmenin “gizli olarak” yapılmış olması durumunda dahi evlenmenin geçerli olduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁴.

Yetkili yabancı hukukta, tanıkların bulunması veya defterin imzalanması yahut sicile gerekli kayıtların yapılması farklı nitelikte düzenlenmiş olabilir. Bu şartlara riayet edilmemesi durumunda da uygulanacak yaptırım, ihlâl edilen ülke hukuku uyarınca belirlenecektir. Bazı ülke hukuklarında ise evlilik öncesi ilanları zorunlu görülmektedir. İlan yapılmaksızın gerçekleşen evliliğin akıbetinin ise yine yetkili yabancı hukuk kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

C. Evlenmenin Maddî Şartlarına Aykırılık

Evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuk, taraflardan her birinin millî hukuku uyarınca tayin edilmektedir. Aynı şekilde, söz konusu şartlara aykırılık durumunda uygulanacak müeyyide de yine taraflardan her birinin millî hukukuna tâbidir⁵⁶⁵. Başka bir anlatımla, evlenme ehliyet ve şartlarına aykırılığın müeyyidesini, ihlâl edilen ülke hukuku tayin edecektir⁵⁶⁶.

Doktrinde bir görüş uyarınca, hükümsüzlük hâllerine uygulanacak hukukun, mutlak butlan- nisbî butlan ayırımına paralel olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Mutlak butlan hâllerinde iki taraflı evlenme engeli olduğundan bahisle, eşlerin hukukunun birlikte uygulanması tavsiye edilmektedir. Bu bağlamda, eğer evlenme, eşlerden birinin hukukuna göre mutlak butlanla batılsa, diğer eşin hukukuna göre geçerli olsa dahi, evlenme mutlak butlanla batıldır. Nisbî butlan hâllerinde ise sakatlık hangi tarafın millî hukukundan kaynaklanmışsa, bu hukukun uygulanacağı belirtilmektedir⁵⁶⁷.

Kanaatimizce henüz uygulanacak hukuk tayin edilmeden önce, sadece Türk hukukundaki düzenleme esas alınarak bu şekilde bir ayırım yapılması, kanunlar ihtilâfi

⁵⁶¹ Öztan, s. 177-178; Köprülü/ Kaneti, s. 91; Yıldırım, “Aile”, s. 34; Küçük, s. 25.

⁵⁶² Köprülü/ Kaneti, s. 91; Gençan, “Boşanma”, s. 109; Yıldırım, “Aile”, s. 34; Küçük, s. 25.

⁵⁶³ Bkz. YİBK, T. 14.06.1965, E. 1965/8 ve K. 1965/3 – RG. T. 15.07.1965 ve S. 12049.

⁵⁶⁴ Küçük, s. 25.

⁵⁶⁵ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 239 ve s. 254; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 330.

⁵⁶⁶ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 254; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 128; Can/ Toker, s. 368.

⁵⁶⁷ Çelikel/ Erdem, s. 233.

sistematikliğine uygun değildir. Dolayısıyla, evlenmenin maddî şartları tespit edilirken taraflardan her birinin millî hukukundaki şartlar ayrı ayrı uygulandığı gibi; yaptırım noktasında da ilk etapta ihlâl edilen şartlar bazında ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

Eşlerin farklı vatandaşlıkta olmaları ve her ikisinin de millî hukuklarının ihlâl edilmesi durumunda nasıl hareket edilmelidir? Daha ağır yaptırımı öngören hukuk düzeni mi nazara alınmalıdır yoksa evlilik mümkün merteye ayakta mı tutulmalıdır? Doktrinde, evlenmedeki sakatlık her iki eşin millî hukukuna göre mevcut ise sakatlığı daha ağır şekilde yaptırma bağlayan millî hukukun nazara alınması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶⁸. Bu görüşe göre, örneğin, evlilik eşlerden birinin millî hukukuna göre yok hükmünde, diğerine göre batıl ise evlilik yok hükmündedir⁵⁶⁹. Birinin millî hukukuna göre batıl, diğerine göre feshedilebilir ise evlilik batıldır⁵⁷⁰. Daha somut bir örnekle, çok evlilik İngiliz hukukunda yok hükmünde, Alman hukukunda batıldır; bir İngiliz ile bir Alman evlenseler ve İngiliz eş ilk evliliği sona ermeden ikinci evliliğini yaparsa; ağır müeyyidenin tercih edilmesi neticesinde söz konusu ikinci evlilik yok sayılır⁵⁷¹.

Doktrinde bir görüşe göre, ağır müeyyidenin tercih edilmesi, yaptırımın sonuçları açısından da gündeme gelmektedir⁵⁷². Şöyle ki mevcut evliliğe rağmen yapılan evlilikler hem Türk hukukunda hem de Alman hukukunda butlan yaptırımına tâbi olmakla birlikte; Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda butlan kararının geriye etkili olduğu ifade edilmektedir⁵⁷³. Bu durumda, zaten evli olan bir Türk vatandaşının, Almanya’da bir Alman vatandaşıyla yaptığı evlilik, her iki hukuka göre batıl olmakla birlikte, ağır müeyyidenin tercihi neticesinde, butlan kararının geriye etkili olması gerektiği belirtilmektedir⁵⁷⁴.

Kanaatimizce, daha hafif yaptırımın tercih edilmesi suretiyle evliliğin mümkün merteye ayakta tutulması, eşler ve varsa çocuklar açısından doğabilecek hak kayıplarının önlenmesi bakımından daha isabetli bir yaklaşımdır. Aynı şekilde, aynı

⁵⁶⁸ Çelikel, “*Aile Hukuku*”, s. 67; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 254; Tekinalp/ Uyanık, s. 149; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 331; Çelikel/ Erdem, s. 233; Doğan, İ., “*Aile Hukuku*”, s. 35; Can/ Toker, s. 368; Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 227.

⁵⁶⁹ Çelikel/ Erdem, s. 233.

⁵⁷⁰ Çelikel, “*Aile Hukuku*”, s. 68; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 254.

⁵⁷¹ Tekinalp/ Uyanık, s. 149.

⁵⁷² Tekinalp/ Uyanık, s. 149.

⁵⁷³ Tekinalp/ Uyanık, s. 149. Buna karşılık, Alman hukukunda, iptal kararıyla evliliğin geleceği mi geçmişe mi etkili olarak sona ereceği konusunda Kanun’da açık bir düzenleme olmadığı; ancak Kanun metninin evliliğin sadece geleceğe etkili olarak ortadan kalkacağı şeklindeki görüşü destekler nitelikte olduğu da ifade edilmektedir (Doğan/ Okur, s. 70).

⁵⁷⁴ Tekinalp/ Uyanık, s. 149-150.

türdeki yaptırımların farklı sonuçlar doğurması durumunda da daha lehe olan ülke hukukunun tercih edilmesi daha mâkul görülmelidir.

Aşağıda, evlenmenin maddî şartlarındaki tasnife paralel olarak, muhtemel aykırılık hâllerinde uygulanacak yaptırım incelenecektir.

1. Evlenme Ehliyetinin Bulunmaması

a. Yaş Küçüklüğü

Tarafların evlenme yaşı, her birinin kendi millî hukuku uyarınca tayin edilmektedir. Evlenme ehliyetinin varlığı için maddî hukuklarda aranan asgari yaş şartının gerçekleşmemesinin sonuçları hakkında da ilgili tarafın millî hukuku yetkilidir⁵⁷⁵. Diğer yandan, “yaş şartının yerine gelmemesinin, diğer eşe muhtemel etkisi” hususunda, “sadece onun kendi millî hukukunun” yetkili olduğu ifade edilmektedir⁵⁷⁶.

Türk Medenî Kanunu’nda on altı yaşından küçüklerin her nasılsa evlenmeleri durumunda, evliliğin akıbeti konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargıtay, on altı yaşını dahi tamamlamayan kişilerin evlenmelerini, evlenmenin aslî ve kurucu unsurlarında eksiklik şeklinde değerlendirmekte ve bu evlenmelerin yok hükmünde olduğu yönünde kararlar vermektedir⁵⁷⁷. Küçüklerin evlenmesinin mutlak ve nisbi butlan sebepleri arasında sayılmadığı vurgulanmakta, evlenme tarihinde on dört yaşını ikmal etmeyen küçüğün taraf olduğu bir uyuşmazlıkta, davanın ancak evlenmenin yokluğunun tespiti ve nüfustaki kayıtların düzeltilmesine ilişkin olabileceği belirtilmektedir⁵⁷⁸. Öyle ki bu durumun mutlak butlan sebepleri arasında yer alması

⁵⁷⁵ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 240.

⁵⁷⁶ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 240.

⁵⁷⁷ Karara göre, “Evleneceklerin evlenme yaşını (TMK madde 124) doldurmuş olmaları, evlendirmeye selahiyetli memur önünde irade beyanı gibi geçerli bir evlenmenin asli ve kurucu unsurudur. Aktin kurucu unsurlarındaki noksanlık evlenmenin yokluğu sonucunu doğurur. Evlenme tarihinde davacı E.; onbeş yaşını doldurmamış, hakim tarafından izin verilebilecek onaltı yaşını dahi tamamlamamıştır. (TMK madde 124/2) Bu durumda yapılan evlenme akdi, butlanla sakat değil, yok hükmünde olur. (2.H.D'nin 14.4.2003 tarihli 2003/4315-5370 sayılı, 30.10.2006 tarihli 2006/6049-14441 Sayılı kararları) Öyleyse evlenmenin yokluğunun tespitine karar verilmesi gerekirken, iptal hükmünün kurulması da usul ve yasaya aykırı olmuştur” (Y. 2. HD. T. 03.05.2011, E. 2011/4235 ve K. 2011/7649 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 04.03.2018).

⁵⁷⁸ Y. 2. HD. T. 05.05.2003, E. 2003/4315 ve K. 2003/5370 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 04.03.2018.

sebebiyle yaş küçüklüğü sebebiyle evlenmenin iptali davasının Cumhuriyet Savcısı tarafından açılmayacağı hükme bağlanmaktadır⁵⁷⁹.

Söz konusu içtihatlarla rağmen konu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, ağırlıklı görüş, “*kanunun belirlediği yaş sınırından daha küçük yaştaki birinin evlenmesinin*”, ayırt etme gücünden yoksun olanların evlenmesiyle aynı mahiyette kabul edilmesi gerektiği yönündedir⁵⁸⁰. Zira kanunkoyucu, on altı yaşını tamamlamamış küçüğün evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip bulunmadığını “*kanunî bir faraziye*” olarak kabul etmiştir⁵⁸¹. Küçük yaştaki kişilerin evliliği, ayırt etme gücünden yoksun olmaları sebebiyle mutlak butlan kapsamında değerlendirildiğinde, yaş sınırına uyulmaması müeyyideye bağlandığı gibi, küçük yaşta yapılmış bir evliliğin devam etmesinin de önleneyeceği ifade edilmektedir⁵⁸².

Doktrinde, on altı yaşında bir kişinin hâkim izni olmadan evlenmesi durumunun da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Hâkimin evlenme izni verirken yapacağı değerlendirmenin, kişilerin ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları, evliliğin anlam ve mahiyetini kavrayacak nitelikte olmadığına kanaat getirdiği kişilere evlenme izni vermeyeceği, dolayısıyla da izin alınmadan gerçekleşen evlilikte ayırt etme gücünün varlığının şüpheli olduğu gerçeğinden hareket edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁵⁸³.

İsviçre Medenî Kanunu’nda, evlenmenin yapıldığı sırada eşlerden birinin ergin olmaması geçersizlik sebebi olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, evlenmenin geçersizliğine hükmedilebilmesi için ergin olmayan eşin, evliliğin devamı konusunda üstün bir menfaatinin olmaması aranmaktadır (ZGB Art. 105/B/I/6). Alman hukukunda ise evlenmenin yapıldığı sırada, on altı yaşını doldurmuş olan ergin olmayan bir küçükle, Kanun’un 1303. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olarak yapılmış bir evliliğin iptal edilebilir olduğu hükme bağlanmıştır (BGB § 1314/1-b.1). Ancak ergin

⁵⁷⁹ Y. 2. HD. T. 30.10.2006, E. 2006/6049 ve K. 2006/14441 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 04.03.2018.

⁵⁸⁰ Velidedeoğlu, s. 281-282; Oğuzman/ Dural, s. 64; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 45; Erdem, s. 79; Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 228 ve s. 259. Diğer görüşler için bkz. Dilşad **Keskin**, “*Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi*”, *GÜHFD*, C. XV, Y. 2011, S. 4, ss. 65-83.

⁵⁸¹ Oğuzman/ Dural, s. 64; Keskin, s. 80.

⁵⁸² Doğan/ Okur, s. 64.

⁵⁸³ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 45-46; Yıldırım, “*Aile*”, s. 27; Erdem, s. 79. Karşıt görüş uyarınca, olağan evlenme yaşının altında izin almadan gerçekleşen evlenmelerin, nisbi butlanla batıl sayılması gerektiği ifade edilmektedir (Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 229). Diğer yandan aynı eserde, “*olağan dışı evlenme yaşına ulaşmış ancak olağan evlenme yaşına erişilmemişse olağan dışı evlenmeye izin kararı mevcut bulunmadan evlenme yapıldığı için bu evlilikler de mutlak butlanla batıl sayılmalıdır*” ifadesine de yer verilmiştir (Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 259).

olmayan taraf, ergin olduktan sonra evliliğe devam etmek istediğini açıklarsa, evliliğin iptalini isteme hakkı ortadan kalkar (BGB § 1315/1-b.1/a). Aynı şekilde, istisnai durumlarda, evliliğin iptali ergin olmayan taraf açısından ağır sonuçlar doğuracak nitelikteyse, özellikle evliliğin devam etmesi (*ayakta tutulması*) gerekli görülmeekteyse, evliliğin iptali istenemeyecektir (BGB § 1315/1-b.1/b).

b. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk

Birçok hukuk düzeninde evlenecek kişilerin ayırt etme gücüne sahip olması aranmaktadır. Türk hukukunda da evlenecek kişilerin ayırt etme gücüne sahip olması, evlenme şartlarından biridir (TMK m. 125). Bu şarta aykırı olarak gerçekleştirilen evlenmelere uygulanacak müeyyidenin, ayırt etme gücünden yoksunluğun, sürekli veya geçici olmasına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda, “*Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması*” mutlak butlan sebebidir (TMK m. 145/b. 2). Mutlak butlan müeyyidesinin uygulama alanı bulabilmesi için, ayırt etme gücünden yoksunluğun süreklilik arz etmesi aranmıştır. Bununla birlikte, her nasılsa ayırt etme gücünün, evlenmeden sonra kazanılması durumunda, “*mutlak butlan davasını*” yalnız ayırt etme gücünü sonradan kazanan eş açabilir (TMK m. 147/2). Davanın sadece ayırt etme gücünü sonradan kazanan eş tarafından açılabilir olması sebebiyle, artık mutlak butlan davasının, nisbî butlan davasına dönüştüğü ifade edilmektedir⁵⁸⁴. Kanaatimizce böyle bir nitelendirme yapılması Kanun’un lafzına aykırıdır. Kanun’da hâlen mutlak butlan davasının açılmasından bahsedilmekte; sadece ve sadece dava açma hakkı, ayırt etme gücünü sonradan kazanan eş ile sınırlandırılmaktadır.

Evlenme esnasında geçici olarak ayırt etme gücünün bulunmaması ise nisbî butlan sebebi olarak ayrıca düzenlenmiştir. Evlenme töreni sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlenmenin iptalini talep edebilir (TMK m. 148). Ayırt etme gücünden geçici yoksunluk; alkol, uyuşturucu, yüksek ateş, psikotrop ilaçlar sebebiyle olabileceği gibi, hipnoz gibi harici başka etkenlerden kaynaklı da olabilir⁵⁸⁵. Kişinin ayırt etme gücünü geçici olarak etkileyen duruma, kusuru ile sebebiyet vermiş olması dava açma hakkını ortadan kaldırmaz⁵⁸⁶. Evlenme töreni esnasında ayırt etme

⁵⁸⁴ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 72; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 86.

⁵⁸⁵ Öztan, s. 597; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 87; Erdem, s. 83.

⁵⁸⁶ Erdem, s. 83.

gücüne sahip olmayan taraf, nisbî butlan davasını, ayırt etme gücünü tekrar kazandığı tarihten itibaren altı ay içinde açmalıdır (TMK m. 152). Diğer yandan evlilik tarihinden itibaren beş yıl geçtikten sonra iptal davası açılması mümkün değildir. Dava açılırken altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle riayet edilmesi gerekmektedir.

Alman hukukunda, “*evlenme ehliyetine sahip olmayan*” kişilerin evliliği (BGB § 1304), iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi tutulmuştur (BGB § 1314/1-b.2). Ancak evlenme ehliyetine sahip olmayan taraf, sonradan ehliyetini kazanır ve evliliğe onay verirse, evliliğin iptali mümkün değildir (BGB § 1315/1-b.2). Alman Medenî Kanunu’nun 1314. maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendinde ise özel olarak, evlenmenin yapılması esnasında eşlerden birinin bilincinin yerinde olmaması veya geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olması durumları iptal sebebi olarak sayılmıştır (BGB § 1314/2-b.1). Ancak sonradan bilinci yerine gelen veya ayırt etme gücünü kazanan kişi, evliliği devam ettirmek istediğinden bahisle evliliği onaylarsa, evliliğin iptalini isteyemez (BGB § 1315/1-b.3).

c. *Yasal Temsilcinin İzninin Bulunmaması*

Yasal temsilcinin izninin, şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu vasıflandırma problemidir. Doktrinde, yasal temsilcinin izni, esasa ilişkin bir sorun olarak değerlendirilmektedir⁵⁸⁷. Bu bağlamda, yasal temsilcinin kim veya kimler olduğu, nasıl izin vereceği ve bu iznin bulunmaması hâlinde ilgili bakımından hangi hukukî sonuçların ortaya çıkacağı gibi hususlar, izne ihtiyacı olan tarafın millî hukuku uyarınca tespit edilecektir. Bu bağlamda izne ihtiyacı olan tarafın, bu izin olmaksızın gerçekleştirdiği evliliğin akıbeti konusunda da ilgilinin millî hukuku yetkilidir⁵⁸⁸.

Türk hukukunda yasal temsilcinin izni olmaksızın gerçekleşen evlenmeler, nisbî butlan yaptırımına tâbi tutulmuştur. Evlenme yaşına erişmiş olmakla birlikte ergin olmayan, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı; ancak yasal temsilcisinin izni ile evlenebilir (TMK m. 126-127). Kural olarak, yasal temsilcinin izin belgesi olmadığı sürece, evlendirme memurunun evlendirmeyi yapması mümkün değildir. Ancak her nasılsa evlenme akdedilmişse, yasal temsilcinin bu evliliğin iptalini talep etme hakkı doğar (TMK m. 153/1). Ancak yasal temsilci dava açmadan önce veya dava devam

⁵⁸⁷ Sayman, s. 33; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 240; Çelikel/ Erdem, s. 234; Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 126; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 16.

⁵⁸⁸ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 240.

ederken, izin almadan evlenen kişi on sekiz yaşını doldurmak suretiyle ergin olur, kısıtlının kısıtlılığı kaldırılır yahut kadın hamile kalırsa, artık evlenmenin iptaline karar verilemez (TMK m. 153/2).

2. Evlenme Engellerinin Varlığına Rağmen Akdedilen Evlenmeler

Genel kurala uygun olarak, evlenme engeline sahip tarafın millî hukuku uyarınca, evlenme engeline rağmen gerçekleşen evliliğin akıbeti tayin edilecektir. Her iki tarafın millî hukuku uyarınca da aykırılık söz konusu ise kanaatimizce evliliğin mümkün mertebe ayakta tutulması amacına riayet edilerek, daha hafif yaptırım öngören millî hukukun tercih edilmesi mâkul olacaktır. Aşağıda evlenme engellerine rağmen akdedilen evlenmenin akıbeti, her bir evlenme engeli açısından kısaca incelenecektir.

a. Akıl Hastalığı Olan Kişilerin Evlenmesi

Akıl hastalarının, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığına ilişkin resmî sağlık kurulu raporu sunmadıkça evlenmeleri mümkün değildir (TMK m. 133). Ancak sahte sağlık kurulu raporuyla yahut evlendirme memurunun ihmâlî neticesinde her nasılsa evlenmişlerse, söz konusu evlilik mutlak butlanla batıldır (TMK m. 145/1-b. 3). Akıl hastalığının “evlenmeye engel olacak derecede” olup olmadığı, evlenme akdinin yapıldığı tarih esas alınarak tespit edilecektir⁵⁸⁹.

Akıl hastalığı sebebiyle mutlak butlan davası, Cumhuriyet Savcısı tarafından re’sen açılabilceği gibi, her ilgili bu davayı açabilir (TMK m. 146). Lâkin evlilik birliği kurulduktan sonra, kişinin iyileşme ihtimâli nazara alınarak TMK m. 147/2 uyarınca

⁵⁸⁹ “...Yerel mahkemece yapılan yargılama sonunda Küçükçekmece Sulh Hukuk Mahkemesinin 2001/2279 Esas sayılı vesayet dosyasında, Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 29.11.2001 tarih ve 2001/6546 sayılı Sağlık Kurulu Raporu ile davacının akıl hastası olduğunun tespit edildiği, dolayısıyla davacının, evlilik aktinin yapıldığı sırada ve hâlen ayırt etme gücünden yoksun olduğu ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunduğu gerekçesi ile evliliğin iptaline karar verilmiştir. Az yukarda belirtildiği üzere akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel bulunmamaktadır. Bu nedenle evlenme tarihinden önce vesayet dosyasında alınan rapor davacının evlenme tarihi itibarıyla evlenmesine engel olacak şekilde akıl hastalığının bulunup bulunmadığına ilişkin bir bilgiyi içermemektedir. Hâl böyle olunca; mahkemece, **davacı/davalı (koca)nın evlenme akdinin yapıldığı 21.04.2006 tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığı ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunup bulunmadığı hususu tıbben belirlenerek** sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru bulunmamıştır” (YHGK, T. 13.05.2015, E. 2015/2-167 ve K. 2015/1328 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 04.03.2018).

dava açma hakkı sınırlandırılmıştır. Şöyle ki akıl hastası olan kişi, tamamen iyileşir yahut hastalığı ciddi bir iyileşme kaydederek evlenmeye engel olacak seviyenin altına inerse, artık butlan davası açma hakkı yalnızca iyileşen eşe aittir. Doktrinde bu durum, “*mutlak butlan sebebinin nisbi butlana dönüşmesi*” şeklinde ifade edilmektedir⁵⁹⁰. Kanaatimizce böyle bir nitelendirme yapılması kanunun lafzına aykırıdır. Kanun’da hâlen “*mutlak butlan davasının*” açılmasından bahsedilmekte; sadece ve sadece dava açma hakkı, akıl hastalığı sonradan iyileşen eş ile sınırlandırılmaktadır.

Evlenmeden önce var olan akıl hastalığı, mutlak butlan sebebi olarak ileri sürülebileceği gibi, evlilik süresince de devam etmesi durumunda boşanma sebebi olarak da gösterilebilir⁵⁹¹. Mutlak butlan davasının, boşanma davasıyla birlikte terditli olarak dava konusu yapılması mümkündür. Şöyle ki öncelikle akıl hastalığı sebebiyle evliliğin butlanının, bu talep kabul edilmediği takdirde ise akıl hastalığı sebebiyle (TMK m. 165) boşanmaya karar verilmesinin talep edilmesi mümkündür⁵⁹². Bununla birlikte, akıl hastalığı sebebiyle evliliğin butlanı talep edilmiş ancak butlan şartları oluşmamışsa, mahkeme kendiliğinden akıl hastalığı sebebiyle boşanma kararı veremez⁵⁹³.

b. Yakın Hısımlar Arasındaki Evlilikler

Türk Medenî Kanunu’nun 129. maddesinde evlenmeleri yasak olan hısımlar, sayma suretiyle belirtilmiştir. Türk vatandaşları açısından, Kanun’da belirtilen hısımlar arasında evlenmenin gerçekleşmesi mümkün değildir. Ancak her nasılsa bu hükme aykırı olarak evlenme gerçekleşmiş ise söz konusu evlilik, mutlak butlan yaptırımına tâbidir (TMK m. 145/1-b.4). Bu noktada nüfus sicilindeki kayıtlar esas alınmakta ve tarafların veya tanıkların aksi yöndeki beyanları esas alınmamaktadır⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ Öztan, s. 598; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 87; Erdem, s. 81. Doktrinde bir görüş uyarınca, dava açma hakkının süre noktasında da sınırlandırılması gerektiği ve nisbi butlan davası için öngörülen altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle (TMK m. 152) riayet edilerek davanın açılması gerektiği savunulmaktadır (Erdem, s. 81). Kanaatimizce, dava açma hakkının bu şekilde sınırlandırılması mâkul bir yaklaşım değildir.

⁵⁹¹ Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 40.

⁵⁹² Akkaya, s. 36.

⁵⁹³ Akkaya, s. 37.

⁵⁹⁴ “Nüfus kayıtlarına göre; davalı Hayriye’nin, kızkardeşinin oğlu “M.Sıddık” ile evlendiği, eşler arasında “teyze-yeğen” (TMK m. 129/1) hısımlık ilişkisinin bulunduğu görülmektedir. Davalı M.Sıddık’ın, **ana adının düzeltilmesi talebiyle** 05.04.2010 tarihinde açmış olduğu nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin Turgutlu İkinci Asliye Hukuk Mahkemesi’ndeki 2011/55 esas sayılı davanın, bozma sonrasında takipsiz bırakılması sonucu, 11.03.2011 tarihinde işlemden kaldırıldığı, üç aylık yasal süre zarfında

Yurt dışında gerçekleşen evlenmelerin akıbetinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, Alman hukukunda hısımlıktan kaynaklanan iptal sebeplerine baktığımızda, sadece altsoy-üstsoy kan hısımları ile kardeşler arasında gerçekleşen evlenmeler iptal yaptırımına tâbi tutulmuştur⁵⁹⁵ (BGB § 1314/1-b.2). Kural olarak, hısımlık ilişkileri evlât edinme yoluyla kurulmuş olan iki kişi arasındaki evlenme de yasak (BGB § 1308) olmakla birlikte, 1314. maddede sayılan hükümler arasında, 1308. maddeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, evlenme engeline rağmen evlenme akdedilmişse; evlenmenin iptali söz konusu olmamakta; evlâtlık ilişkisi, kanun hükmü gereği (BGB §1766) kendiliğinden sona ermektedir⁵⁹⁶. Alman hukukunda, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenleri arasında evlenme engeli yoktur⁵⁹⁷. Dolayısıyla, bu hısımlar arasındaki evlilikler iptal yaptırımına tâbi değildir. Bu durumda, örneğin, hem Alman hem Türk vatandaşlığına sahip amca ile Alman vatandaşlığına sahip yeğenin, Almanya’da geçerli bir şekilde evlenmesi mümkündür. Söz konusu evlilik, yetkili Türk makamları önüne geldiğinde, evlenmenin geçerliliği sorun arz edecek niteliktedir. Nitekim evlenme engellerinin tespiti hususunda çifte vatandaşlığa sahip amca açısından, MÖHUK m. 4/b hükmü gereğince münhasıran Türk vatandaşlığı dikkate alınacaktır. Dolayısıyla da bu kişinin yeğeniyle evlenmesi, Alman hukuku uyarınca geçerli olsa dahi TMK m. 145/1-b.4 uyarınca mutlak butlan yaptırımıyla karşılaşabilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere evliliğin mümkün mertebe ayakta tutulması gayesiyle evliliği geçerli kabul eden Alman hukukunun tercih edilmesi, taraf menfaatleri ve varsa çocuklar açısından daha mâkul görülmelidir.

Son olarak vurgulamamız gerekir ki uygulanacak hukuk, Türk hukuku olarak tespit edilmediği sürece, doğrudan Türk Medenî Kanunu hükümlerinin uygulanması

yenilenmeyince, Hukuk Usulî Muhakemeleri Kanunu'nun 409/5. maddesi gereğince 15.07.2011 tarihinde açılmamış sayılmasına karar verildiği görülmüştür. Kanundan ötürü açılmamış hale gelen dava, bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar ve derdestlik vasfını kaybeder. Resmi siciller, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur, sicil düzeltilmedikçe de, içeriğinin gösterdiği olgu doğru kabul edilir (TMK m. 7). **Resmi sicile aykırı tanık sözlerine değer verilemez ve sicilin içeriğine aykırı karar oluşturulamaz.** Öyleyse Türk Medeni Kanunu'nun 129/1. maddesi ile evlenmeleri yasaklanmış olan kişiler arasında gerçekleşen evliliğin mutlak butlan sebebiyle iptaline (TMK 145/4) karar verilmesi gerekirken, **sicile aykırı tanık sözlerine değer verilerek isteğin reddi doğru bulunmamıştır**” (Y. 2. HD. T. 30.5.2012, E. 2012/7501 ve K. 2012/14383 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 04.03.2018).

⁵⁹⁵ Yakın hısımlar arasındaki evliliği mutlak butlan yaptırımına tâbi tutan Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda, yakın hısımlar arasındaki evliliklerin iptal edilebilir sayılmasının temelinde, her iki toplumun ve hukuk düzeninin, evlilik kurumuna bakışı arasındaki farklılığın yer aldığı belirtilmektedir (Doğan/ Okur, s. 70-71).

⁵⁹⁶ Belen, s. 96, dn. 228. Söz konusu düzenleme, eleştiriye mahkûm olarak nitelenen 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 121. maddesine benzetilmektedir (Belen, s. 96).

⁵⁹⁷ Wellenhofer, BGB § 1307 Rn. 8, <https://beck-online.beck.de/Home>, (ET. 28.12.2019).

mümkün değildir. Zira Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen mutlak butlana ilişkin kuralların, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer yandan, kamu düzeni müdahalesinin de istisnai niteliği unutulmamalıdır. Kural olarak, evlenmesi yasak hısımların her nasılsa evlenmeleri durumunda uygulanacak müeyyide hususunda da yetkili yabancı hukukta kabul edilen kuralların uygulanması gerekmektedir. Nitekim yetkili yabancı hukukta, farklı hısımlık ilişkilerinin bu kategoride değerlendirilmesi kamu düzenine doğrudan aykırı olmadığı gibi, daha hafif bir yaptırımın benimsenmiş olması da kural olarak kamu düzeni müdahalesini gerektirmez.

c. *Evlenme Sırasında Eşlerden Birinin Zaten Evli Olması*

Evlenme engelleri bahsinde incelediğimiz üzere, mevcut evlilik, kesin evlenme engeli olarak düzenlenmiştir (TMK m. 130). Bu evlenme engeline rağmen, önceki evliliği sona ermeden her nasılsa yeniden evlenen kişinin sonraki evliliği, mutlak butlanla batıldır (TMK m 145/b. 1). Bu sebeple, Cumhuriyet Savcısı'nın ikinci evliliğin iptali için dava açması gerekir. İlgili herkes tarafından da ikinci evliliğin iptali talep edilebilir (TMK m. 146). Bununla birlikte ikinci evlilik, butlan davası açılmadan sona ermişse, kamu düzeni gerekçesinin ortadan kalkması sebebiyle, Cumhuriyet Savcısı tarafından re'sen butlan davası açılması mümkün değildir (TMK m. 147/c. 1). Ancak ilgililerin dava hakkı, kural olarak devam etmektedir.

Dava hakkını ortadan kaldıran özel durumlar TMK m. 147/3'te açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre, *“Evliyken yeniden evlenen bir kimsenin önceki evliliği mutlak butlan kararı verilmeden önce sona ermişse ve ikinci evlenmede diğer eş iyiniyetli ise bu evlenmenin butlanına karar verilemez”*. Mutlak butlan nedeniyle ikinci evlilik iptal edilmeden önce, ilk evlilik; diğer eşin ölümü, boşanma kararı veya gaiplik sonrası evliliğin feshi kararının kesinleşmesi gibi bir sebeple sona erebilir. Bu durumda eğer ikinci evlilikteki eş iyiniyetli ise artık o evliliğin butlanına karar verilemeyeceği düzenlenmiştir⁵⁹⁸. Bu noktada iyiniyetli olmaktan kasıt, diğer tarafın evli olduğunu

⁵⁹⁸ “...Davalılardan Burhanettin, Jasmin'den Hamburg Wandibek Asliye Mahkemesinin 5.10.2005 tarihli kararı ile boşanmış, bu karar Elazığ Aile Mahkemesinin 15.9.2006 tarihli kararı ile tenfiz edilmiş, bu karar 18.9.2006 tarihinde kesinleşmiştir. Burhanettin'in ilk evliliği bu kararla sona ermiştir. Davalı Hediye'nin ikinci evliliğin yapılmasında kötü niyetli olduğu da ispat edilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında hükmün açıklanan sebeple bozulması gerekmektedir” (Y. 2. HD. T. 24.03.2010, E. 2010/2529 ve K. 2010/5695 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 04.03.2018).

bilmemek ve gerekli özeni gösterse de bilebilecek durumda olmamaktır⁵⁹⁹. Gerekli özeni gösterme yükümlülüğü de kişi hakkında detaylı bir soruşturma yapılmasını gerektirmemektedir. Nüfus sicilinde bekâr görünen ve evlendirme memuru tarafından evlenme izni verilen kişinin, evli olmadığını kabul etmek mâkul bir yaklaşımdır. Evlenecek kişinin, önceden bir evlilik yapıp yapmadığı veya yapmış ise sona erip ermediğinin araştırılması evlenecek kişiden beklenmemelidir⁶⁰⁰.

İkinci evlilik yapan eşin ölmesi durumunda, eşlerin mirasçılık sıfatının belirlenmesi problemi de doğmaktadır. Bu noktada yine ikinci eşin iyi niyetine sonuç bağlanmakta ve eğer ikinci eş iyiniyetli ise sağ kalan her iki eşin de mirasçı olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁰¹.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda, zaten evli birinin başka biriyle yeniden evlenmesi mutlak butlan yaptırımına tâbi tutulmuştur. Alman hukukunda, BGB § 1306'ya aykırı olarak, mevcut evlilik veya hayat ortaklığına rağmen yapılan evlilikler, iptal yaptırımına tâbi tutulmuştur (BGB § 1314/1-b.2)⁶⁰². Ancak ikinci (*yeni*) evlenme akdedilmeden önce, önceki evlilik boşanma veya iptal kararıyla son bulmuşsa veya hayat ortaklığı iptal edilmişse ve fakat bu kararlar ikinci evlenmenin akdedilmesinden sonra kesinleşmişse, ikinci evliliğin iptali istenemez (BGB § 1315/2-b.1). İngiliz hukukunda ise daha ağır bir yaptırım olan yokluk kabul edilmiştir. Buna göre, eşlerden birinin ikinci evlilik sırasında zaten evli olması durumunda evlilik kendiliğinden yok hükmündedir⁶⁰³.

3. İrade Sakatlığı Hâlleri

Genel olarak irade sakatlığı, kişinin iradesi ile beyanı arasında, bilgisi ve isteği dışında ve çoğunlukla dış etkenler sebebiyle ortaya çıkan uyumsuzluk durumunu ifade eder⁶⁰⁴. Evlilik açısından, kişilerin evlenmeye ilişkin iradesinde, “*iç istemini dışa*

⁵⁹⁹ Doğan/ Okur, s. 59; Erdem, s. 76-77. Doktrinde bir görüş uyarınca, kişinin sadece evlilik töreni esnasında iyi niyetli olmasının yeterli olduğu, evlilik boyunca iyi niyetinin devamının aranmayacağı ifade edilmektedir (Yıldırım, “*Aile*”, s. 42).

⁶⁰⁰ Erdem, s. 78.

⁶⁰¹ Doğan/ Okur, s. 59.

⁶⁰² Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda mevcut evliliğe rağmen yapılan evliliklerin iptal edilebilir sayılmasının temelinde, her iki toplumun ve hukuk düzeninin, evlilik kurumuna bakışı arasındaki farklılığın yer aldığı belirtilmektedir (Doğan/ Okur, s. 70-71).

⁶⁰³ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 240.

⁶⁰⁴ Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 271- 272; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 174-175, (“*Borçlar Genel*”).

vururken istenmeyen bir uyumsuzluk” bulunması durumunda, o kişinin iradesinin sakatlandığından bahsedilebilir⁶⁰⁵. Evliliğin geçerli ve sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi adına, evlenme iradesinin oluşum aşamasında sakatlanmamış olması aranmaktadır⁶⁰⁶. Bu noktada, eşlerin millî hukuku nazara alınarak değerlendirme yapılacaktır. Hangi hâllerin bu kapsamda değerlendirileceği ve uygulanacak müeyyide, evlenme yönünde gerçekten olumlu ve sağlıklı iradesi bulunmadığını iddia eden tarafın millî hukuku uyarınca tayin edilecektir⁶⁰⁷.

Türk hukukunda yanıltma, aldatma ve korkutma durumunda evlenme iradesinin sakatlandığı kabul edilerek, bu kişilere evlenmenin iptalini talep etme hakkı tanınmıştır (TMK m. 149, 150 ve 151). Bu evlilikler, nisbî butlanla batıl evlilikler olarak adlandırılmaktadır. Türk Medenî Kanunu’nda evlenmedeki irade sakatlıkları özel olarak düzenlendiğinden, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen borç sözleşmelerindeki irade sakatlıklarına ilişkin kuralların, evliliğe ilişkin uyuşmazlıklarda örnekseme yoluyla uygulanması mümkün değildir⁶⁰⁸. Dolayısıyla Türk hâkimi, evlenmedeki irade sakatlıkları ile ilgili vasıflandırma yaparken, Türk Medenî Kanunu’nda açıkça düzenlenen evlenmeye dair irade sakatlığı hâllerini esas alacaktır. Bununla birlikte, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar açısından sınırlı sayı ilkesi gözetilmeksizin, genel olarak kişinin evlenme iradesi ile beyanı arasındaki uyumsuzlukların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.

Yetkili yabancı hukukta, evlenmede iradeyi sakatlayan sebeplerin çok farklı şekilde düzenlenmiş olması ve hatta düzenlenmemiş olması ihtimâl dâhilindedir. Bu durum, kural olarak kamu düzeni müdahalesini de gerektirmez⁶⁰⁹. Zira söz konusu sebepler iç hukukta bile kamu düzeninden görülmemiş ve sadece iradesi sakatlanan tarafa dava hakkı tanınmıştır. Söz konusu dava hakkı da altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır (TMK m. 152). Dolayısıyla evlilik sağlıklı bir iradeyle kurulmamış olsa bile, iptalinin istenmemesi ve dolayısıyla iptal edilmemesi mümkündür. Bu noktada iradesi sakatlanan tarafın millî hukukunda kabul edilen çözüm yöntemi esas alınacaktır⁶¹⁰. Buna karşılık her somut olayın özellikleri kendi içerisinde

⁶⁰⁵ Doğan, İ., “Aile Hukuku”, s. 33.

⁶⁰⁶ Çelik, s. 186.

⁶⁰⁷ İngiliz hukukunda, irade sakatlığı hâllerine uygulanacak hukuk, evlenmede gerçekten rızası olmadığını iddia eden tarafın yerleşim yeri hukukuna tâbi tutulmuştur (Briggs, “The Conflict of Laws”, s. 335).

⁶⁰⁸ Öztan, s. 595; Köprülü/ Kaneti, s. 100; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 88; Kılıçoğlu, “Borçlar Genel”, s. 175.

⁶⁰⁹ Sayman, s. 43- 44; Nomer, “Devletler Hususî”, s. 241; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 323.

⁶¹⁰ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 241; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 323.

değerlendirilmeli ve örneğin diğer eşin mensup olduğu din veya ırkı konusundaki hatayı, iradeyi sakatlayan sebep olarak gören yabancı hukukun uygulanması bertaraf edilmelidir⁶¹¹.

Aşağıda Türk hukukunda evlenmenin iptali sebebi olarak düzenlenen yanılma, aldatma ve korkutma hâlleri kısaca incelenecektir.

a. Yanılma

Her evlilik bir rizikoyu da beraberinde getirmektedir⁶¹². Bu sebeple kanunkoyucu her yanılma durumunu evliliğin iptali sebebi olarak düzenlememiştir. Evlenmenin iptaline neden olacak nitelikte yanılma; “*evlenmenin niteliğinde yanılma*”, “*eşin kişiliğinde yanılma*” veya “*eşin önemli bir niteliğinde yanılma*” olmak üzere üç farklı şekilde gerçekleşebilir (TMK m. 149).

İlk durumda kişinin gerçekte evlenme iradesi söz konusu değildir. Dolayısıyla hukukî işlemin niteliğinde yanılma söz konusudur⁶¹³. Uygulamada çok karşılaşılabilecek bir durum olmamakla birlikte, bu yanılma hâlinde evlenen kişi, gerçek bir evlenme olduğunun farkında değildir⁶¹⁴. Örneğin, yabancı eşi ile o ülkenin geleneklerine göre nişanlandığını düşünen bir kişinin, yapılan törenin esasında evlenme merasimi olduğunu bilmemesi durumunda yanılmadan bahsedilebilir. Benzer şekilde, bir tiyatro oyununda rol gereği veya birine şaka yapılması gibi bir kurgunun içinde evlenilmesi durumları da yanılma kapsamında değerlendirilebilir.

İkinci durumda, kişinin evlenme iradesi vardır, lâkin evlenilen kişinin bizatihi şahsında yanılma söz konusudur⁶¹⁵. Kişi bir başkasıyla evlendiğini düşünerek evlenme iradesini açıklamıştır. Bu duruma örnek olarak, ikiz kardeşlerden biri ile evlenmek istenirken, yanlışlıkla diğeri ile evlenilmesi gösterilmektedir⁶¹⁶.

Son durumda ise diğer eşin önemli bir niteliğinde yanılarak evlenme söz konusudur. Lâkin bu durumun iptal sebebi olabilmesi için, söz konusu niteliğin bulunmaması “*onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak*

⁶¹¹ Sayman, s. 45.

⁶¹² Öztan, s. 603; Velidedeoğlu, s. 289-290.

⁶¹³ Öztan, s. 604; Köprülü/ Kaneti, s. 100-101; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 76; Yıldırım, “*Aile*”, s. 45.

⁶¹⁴ Velidedeoğlu, s. 289; Köprülü/ Kaneti, s. 101; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 76; Akkaya, s. 85; Yıldırım, “*Aile*”, s. 45.

⁶¹⁵ Velidedeoğlu, s. 289; Köprülü/ Kaneti, s. 101; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 76; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 88; Yıldırım, “*Aile*”, s. 45; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 33; Erdem, s. 85.

⁶¹⁶ Velidedeoğlu, s. 289; Köprülü/ Kaneti, s. 101; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 76; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 88; Yıldırım, “*Aile*”, s. 45.

derecede önemli” olmalıdır (TMK m. 149/2). Nitelikte yanılmanın bu derece önemli olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre, evlenmenin şartları, eşlerin sosyal ve kültürel durumları göz önünde bulundurularak hâkim tarafından değerlendirilecektir⁶¹⁷. Yanılmaya düşülen niteliğin, mutlaka eşin kendisine ilişkin olması gerekmektedir. Yakınlarına veya ailesine ilişkin eksiklik ne kadar önemli olursa olsun bu kapsamda dikkate alınmaz.

Alman hukukunda sadece evlenmenin niteliğinde yanılma hâli düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, eşlerden biri evlenme sırasında, söz konusu işlemin, bir evlenme işlemi olduğunun bilincinde değilse evlilik iptal edilebilir (BGB § 1314/2-b.2). Ancak yanılan taraf, yanıldığını fark ettikten sonra, evliliğin devam etmesini onaylamışsa artık evliliğin iptalini isteyemez (BGB § 1315/1-b.4).

b. Aldatma

Türk Medeni Kanunu’nun 150. maddesinde iki farklı aldatma durumu düzenlenmiştir. İlk durumda kişi, eşinin namus ve onuru hakkında aldatılması neticesinde evlenmeye razı olmuştur. Söz konusu aldatma, doğrudan evlenilen kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, evlenilen eşin bilgisi dâhilinde üçüncü bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir (TMK m. 150/1). Üçüncü kişinin gerçekleştirdiği aldatmada, bu durumdan evlenilen eşin de haberi yoksa aldatma değil, şartları gerçekleşmişse yanılma hükümlerine (TMK m. 149/2) başvurulması mümkündür⁶¹⁸. Namus ve onur hakkındaki aldatmanın, kural olarak aktif bir davranışla gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Bununla birlikte, kendisine sorulmuş olmasına rağmen yahut durumun özelliklerine göre açıklama yapmasını gerektiren bir durum varken sessiz kalınması hâlleri de aldatma olarak kabul edilebilir⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 89; Öztan, s. 608. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, “*Davacı-davalı kocanın davası Türk Medeni Kanununun 149/2 maddesine dayalı evliliğin iptali davasıdır. Davalı-davacı kadının zıfaf gecesi bakire (kız) çıkmadığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bu suretle kadında bulunması lazım gelen vasfın bulunmaması sebebiyle kocanın davasının kabulü gerekirken reddi isabetsizdir*” şeklinde hüküm tesis edilmiştir (Y. 2. HD. T. 22.2.2007, E. 2006/14649 ve K. 2007/2504–Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 05.03.2018). Başka bir uyuşmazlıkta ise “*...Davalının, evlenmeden önce iki yıldan beri bir başka kadınla fiilen beraber yaşıyor olması, Kanun’un 149/2.maddesinde öngörülen ve evliliğin butlanını gerektirecek nitelikte vasıfta hata oluşturmaz. İptal sebebinin gerçekleşmediği dikkate alınmadan evliliğin iptaline karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır*” (Y. 2. HD. T. 29.03.2010, E. 2010/3102 ve K. 22010/5943 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 05.03.2018). Kanaatimizce, tek başına bu iki kararın karşılaştırılması dahi ülkemizdeki “*namus anlayışına*” ilişkin çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir.

⁶¹⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 91; Yıldırım, “*Aile*”, s. 46; Erdem, s. 87.

⁶¹⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 90-91; Öztan, s. 611; Erdem, s. 87-88.

İkinci durumda ise “*davacının veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığın gizlenmesi*” hâli aldatma olarak nitelendirilmiştir (TMK m. 150/2). Özellikle AIDS gibi bulaşıcı hastalıklar bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu gibi durumlarda hastalığını bilen eş açısından, “*gizlememe yükümlülüğünün*” olduğu ifade edilmektedir⁶²⁰. Dolayısıyla, böyle bir hastalığı olduğunu bilen kişi, kendisine sorulmasa bile, evlenmeden önce bu konuya ilişkin bilgilendirme yapmalıdır.

Alman hukukunda, eşlerden biri, gerçek durumun bilincinde olsa ve evliliğin mahiyetine ilişkin doğru bir değerlendirme yapabilseydi, aslında yapmayacak olduğu bir evliliği aldatılma sonucunda yapmışsa, bu evlilik iptal edilebilir; ancak aldatmanın mâlî durumlara ilişkin olduğu ya da aldatmanın diğer eşin bilgisi olmaksızın üçüncü bir kişi tarafından yapıldığı hâllerde iptal söz konusu değildir (BGB § 1314/2-b.3)⁶²¹. Önemli bir hususta sessiz kalınması, açıkça o husus hakkında bilgi istenildiğinde veya bu husus sorulduğunda veya istisnai olarak belli bir durumun gerekli kıldığı açıklama yükümlülüğünün olduğu hâllerde, olumlu bir davranışla gerçekleşen aldatma eylemine denk görülmektedir⁶²². Ayrıca aldatma fiili ile evlilik arasında nedensellik bağı aranmaktadır⁶²³.

c. **Korkutma**

Korkutmanın etkisiyle evlenme iradesini beyan eden eş, nisbî butlan davası açabilir. Korkutma, eşin veya bir yakınının hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna zarar verileceği tehdidiyle gerçekleştirilmelidir (TMK m. 151). Malvarlığına yönelik bir korkutma bu kapsamda değerlendirilmez⁶²⁴. Madde metnindeki “*yakın*” kavramı düzenlenirken, hısımlık bağı aranmamıştır. Dolayısıyla her somut olayda kişinin bu hüküm kapsamında “*yakını*” olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir⁶²⁵. En genel anlamıyla, “*bir kimsenin sevincini ve kederini paylaştığı kişiler*” onun yakını şeklinde nitelendirilmektedir⁶²⁶. Korkutma, diğer eş veya üçüncü bir kişi tarafından yapılabilir. Korkutmanın üçüncü kişi tarafından yapıldığı durumlarda, diğer eşin

⁶²⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 91-92; Öztan, s. 613-614; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 35; Erdem, s. 88.

⁶²¹ Görüldüğü üzere, Türk hukukundan farklı olarak, ağır tehlike oluşturan bir hastalığın gizlenmesi madde metninde açıkça aldatma hâli olarak kabul edilmemiştir.

⁶²² Doğan/ Okur, s. 68.

⁶²³ Doğan/ Okur, s. 68.

⁶²⁴ Hatemi/ Kalkan Ögüztürk, s. 79; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 92; Öztan, s. 615; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 36; Yıldırım, “*Aile*”, s. 47.

⁶²⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 92; Öztan, s. 615; Yıldırım, “*Aile*”, s. 47; Erdem, s. 89.

⁶²⁶ Oğuzman/ Dural, s. 102; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 92.

iyiniyetli olması, korkunun tesiriyle irade beyanında bulunan eşin dava açma hakkını sona erdirmez⁶²⁷.

Korkutmanın, nitelik itibarıyla “*ağır ve pek yakın bir tehlikeye*” ilişkin olması gerekmektedir. Korkutmanın bu nitelikte olup olmadığı hâkim tarafından durumun özelliklerine göre tespit edilecektir⁶²⁸. Yakın tehlike kavramından, “*evlenme gerçekleşmezse, başka tedbir almaya imkân kalmayacak şekilde zararın meydana gelebileceği durumun*” anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁶²⁹. Dolayısıyla korkutma ile evlenmenin gerçekleşmesi arasında esaslı bir nedensellik bağı bulunması, evlenme iradesinin oluşmasında korkutmanın ağır basan etken olması gerekmektedir⁶³⁰. Bu durumda örneğin, kişi, “*benimle evlenmezsen şu anda annenin yanında olan ve benden haber bekleyen kardeşim, anneni öldürecek*” gibi bir tehdit sebebiyle evlenmeye razı olmuşsa, bunun iptal sebebi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre, TMK m. 151 hükmü, anne ve babanın manevi baskısı veya tehdidinin korkutma kapsamında değerlendirilmesi noktasında yarattığı tereddüt sebebiyle, isabetli bir düzenleme değildir⁶³¹. Söz konusu hükmün, “*Kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak nişanlısı ve ailesi veya kendi ailesi tarafından evlenmeye zorlanmış eş, evlenmenin iptalini dava edebilir*” şeklinde kaleme alınmasının, AIHS ve eklerine de daha uygun olacağı ifade edilmektedir⁶³².

Alman hukukuna baktığımızda, eşlerden birinin, evlenmeyi, hukuka aykırı bir şekilde tehdit sebebiyle kabul etmiş olması iptal sebebi olarak düzenlenmiştir (BGB § 1314/2-b.4). Ancak Alman hukukunda; hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna zarar verileceği şeklinde kişilik değerlerine yönelik bir tehlikenin varlığı aranmamıştır⁶³³.

⁶²⁷ Öztan, s. 616; Yıldırım, “*Aile*”, s. 47.

⁶²⁸ Örneğin, benimle evlenmezsen saçlarını keserim veya başkasıyla evlenirsen doğacak ilk çocuğunu öldürürüm gibi tehditler, iptal sebebi olarak değerlendirilmemektedir (Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 92).

⁶²⁹ Erdem, s. 90.

⁶³⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 104.

⁶³¹ Güven, s. 145.

⁶³² Güven, s. 145.

⁶³³ Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, söz konusu şartların aranmamasını kamu düzenine açıkça aykırılık kapsamında değerlendiren ve tanıma talebini reddeden Mersin 1. Aile Mahkemesi’nin kararının, usul ve yasaya aykırı olduğu isabetli bir şekilde belirtilmiştir. Karara göre, “*Davacı S.. A...’ın açtığı dava sonucu, Bonn Mahkemesi, evliliğin iptaline karar vermiştir. Davacı bu kararın tanınmasına karar verilmesini istemiştir. Mahkemece; yabancı mahkeme kararının evliliğin iptalini düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 151. maddesinde yer alan “hayat, sağlık, namus ve onur’a yönelik ağır bir tehdit ve tehlikeyi içermediği...” bu durumun kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacağını belirterek davanın reddine karar vermiştir.* Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel ilkelere, adil yargılanma ve savunma hakkında genel ahlaka, Türk hukuk düzeninin temelini oluşturan ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelere aykırılık oluşturmaması

Genel bir ifade ile “eşlerden birinin hukuka aykırı bir korkutma eylemi ile evlenmeye razı edilmesi” tehdit için yeterli görülmüştür⁶³⁴. Kanaatimizce, Türk hukukundaki hükmün de bu şekilde düzenlenmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

D. Muvazaalı Evlenmeler

Genel olarak muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak niyetiyle, gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmaları olarak tanımlanabilir⁶³⁵. Çeşitli amaç ve sebeplerle yapılabilen muvazaa, irade ve beyan arasında bilerek ve isteyerek yaratılan uyumsuzluk hâlidir⁶³⁶. Muvazaalı (câli) evlenmeler ise eşlerin gerçekte tam ve sürekli nitelikte evlilik birliği kurma niyetleri olmamasına rağmen, evliliğin sağladığı bazı haklardan yararlanmak için yaptıkları evlenmeler olarak ifade edilebilir⁶³⁷. Muvazaalı evlenmelerin, kolay yoldan vatandaşlık kazanmak, ikamet hakkı elde etmek, sosyal haklardan yararlanmak, çocuğun nesebini düzeltmek veya idarî mahiyetteki tedbirlerden kurtulmak gibi amaçlarla yapıldığı gözlemlenmektedir⁶³⁸.

halinde kamu düzenine açıkça aykırılıktan söz edilir. 5718 sayılı Yasanın 54/c maddesinde bu durum “açıkça aykırılık” ibaresiyle ifade edilmiştir. **Tanınması istenilen kararın açıkça kamu düzenine aykırılığından söz edilmesi mümkün değildir.** Mahkemece yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır” (Y. 2. HD. T. 30.04.2008, E. 2007/21645 ve K. 2008/6081 - <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 20.08.2018).

⁶³⁴ Havutçu, s. 1362.

⁶³⁵ Turhan **Esener**, *Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956, s. 7, (“Muvazaa”); İsmail **Atamulu**, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 23; Selâhattin Sulhi **Tekinay**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 407-408, (“*Borçlar Genel*”); M. Kemal **Oğuzman** ve M. Turgut **Öz**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 127-128; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt*, İstanbul 2014, s. 345; Kılıçoğlu, “*Borçlar Genel*”, s. 164.

⁶³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 345-354; Kılıçoğlu, “*Borçlar Genel*”, s. 164-166.

⁶³⁷ Osman Fazıl **Berki**, “Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyyete Tesiri”, *Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 303, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, ss. 89-101, s. 99, (“*Evlenmenin Tâbiyyete Tesiri*”); Esener, “*Muvazaa*”, s. 32; Velidedeoğlu, s. 50; Doğan/Okur, s. 64.

⁶³⁸ Esener, “*Muvazaa*”, s. 32; Berki, O. F., “*Evlenmenin Tâbiyyete Tesiri*”, s. 97; Çelik, s. 187. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, muvazaa vurgusu yapılmamış olmakla birlikte, karardan tarafların gerçekten evlenme iradesi olmaksızın evlendikleri anlaşılmaktadır. Karara göre, “*Dosyada yapılan incelemede Azime Ç’in önce Recep Ç’e karşı şiddetli geçimsizlik nedenine dayanarak 25/9/2000 tarihinde boşanma davası açtığı, bu davanın Bursa Yenışehir Asliye Hukuk Mahkemesinin 19/4/2001 tarih ve 2000/299 esas, 2001/56 karar sayılı kararıyla reddedildiği, hükmün 20/6/2001 tarihinde kesinleştiği, Bunun üzerine, adı geçen vekili tarafından 4/3/2002 tarihli dava dilekçesiyle Recep Ç aleyhine evliliğin iptaline karar verilmesi istemiyle dava açıldığı mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 149. maddesinde yanılma nedeniyle evlenmenin nisbi butlan ile iptali hali düzenlenmiştir. Dosya kapsamına göre, davacı Azime’nin davalı Recep ile yanılarak, değil taraflar arasında yapılan anlaşma gereğince Recep hakkında açılan ceza davasının evlenme nedeniyle ertelenmesi ve tutukluluk durumunun sona erdirilmesini sağlamak amacıyla evlendiği anlaşılmaktadır.* Mahkemece, anılan Kanunun 149.

Muvazaalı evlenmelerde, evlenmenin geçerliliği meselesi ile bu evlilik ile elde edilmek istenen sonuçların tanınması meselesinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Sosyal, hukukî ve ahlâkî bir kurum olan evlilik birliğinin, geçerli şekilde kurulabilmesi adına, gerekli maddî ve şeklî şartlara uygun olarak gerçekleşmiş olması yeterlidir. Esas itibarıyla, eşleri bir araya getiren sebepler, fikri veya duygusal bir beraberlik mi, yoksa doğal bir yaklaşım mı ya da eşlerden birinin maddî imkânlarının veya statüsünün diğeri bakımından önemi mi yoksa bunların hepsinin dışında bir zorunluluk mu olduğu hukukun konusu değildir⁶³⁹. Ek olarak, aile hukukuna ilişkin meselelerin, toplumsal ve ahlâkî önemi sebebiyle sadece tarafların serbest iradesine bırakılmadığı, dolayısıyla da arkasında gizlenmiş niyet ne olursa olsun yapılan işlemin geçerli olduğu ifade edilmektedir⁶⁴⁰.

Türk hukukunda tahdidi olarak sayılan butlan sebepleri arasında, muvazaanın bulunmaması nedeniyle, muvazaalı evlenmeleri butlan yaptırımına tâbi tutmak mümkün değildir⁶⁴¹. Ancak yetkili yabancı hukuk, evliliğin muvazaalı olmasını iptal sebebi sayabilir⁶⁴². Örneğin, Alman hukukunda “*tarafların gerçekte evlilik niyeti ile hareket etmediği ve birbirlerine karşı kanunun öngördüğü yükümlülükleri (BGB § 1353) üstlenmek istemediği evlilikler*” iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi tutulmuştur (BGB § 1314/2-b.5). Bununla birlikte, eşlerin, evlendikten sonra eş olarak birlikte yaşamış olmaları durumunda, evliliğin iptalinin istenemeyeceği hükme bağlanmıştır (BGB § 1315/1-b.5). İsviçre hukukunda ise muvazaalı evlenmelerin tamamı açısından hükümsüzlük yaptırımı bulunmadığı, sadece yabancıların ülkeye kabulüne ve ülkede ikametine ilişkin kuralların “*dolanılması*” amacıyla evlenme yoluna başvurulmasının, 1

maddesinde belirtilen yanıltma nedeniyle evlenmenin iptali şartları oluşmadığı halde, davanın kabulü ile Medeni Kanunun 149/1. maddesi hükmü gereğince evliliğin iptaline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” (Y. 2. HD. T. 13.2.2006, E. 2005/17016 ve K. 2006/1435 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 12.07.2017).

⁶³⁹ Köteli, s. 49.

⁶⁴⁰ Esener, “Muvazaa”, s. 30; Velidedeoğlu, s. 50.

⁶⁴¹ Yargıtay Kararlarında da istikrarlı bir şekilde evlenmenin muvazaa sebebiyle iptal edilemeyeceği vurgusu yapılmıştır. “*Medenî Yasada muvazaa nedeniyle iptale cevaz verilmediği için davacı hangi hak ve makul sebebe dayanırsa dayansın evlenmenin iptalini isteyemez... Amaç ne olursa olsun, eşler memur önünde evlenme iradelerini açığa vurmakla birlik kurur. Bunun çözümü, ancak kanunda açıkça yer alan sebeplerin gerçekleşmesi hâlinde mümkün olur (MK.114-118 ve 125-134). O hâlde Medenî Kanunda muvazaa sebebiyle iptale cevaz verilmediği için, davacı hangi haklı ve makul sebebe dayanırsa dayansın, evlenmenin iptalini isteyemez... Bu hususta ilmi ve kazai görüşler söz birliği içindedir. Öyle ise isteğin reddi gerekirken olaya uymayan sebep ve düşüncelerle iptal kararı verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır*” (Y. 2 HD, T. 23.06.1988, E. 1988/5120, K. 1988/6735- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 12.07.2017). Ayrıca bkz. Y. 2. HD. T. 25.11.2010, E. 2009/16481, K. 2010/19524; Y. 2. HD, T. 07.07.2014, E. 2014/13520, K. 2014/15668, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 12.07.2017).

⁶⁴² Erten, “Butlan”, s. 259. Muvazaalı evliliğin iptalinin, kamu düzenini ve üçüncü kişilerin haklarını koruma amacı taşıdığı ifade edilmektedir (Nalbant/ Doğru, s. 542).

Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun değişikliği ile süresiz hükümsüzlük nedeni olarak düzenlendiği (ZGB Art.105/B/I/4) belirtilmektedir⁶⁴³.

Muvazaalı evlenmelerin eşlerden birinin hukukuna göre iptal sebebi olarak düzenlenmesi, diğerinin hukukunda ise bu yönde bir düzenleme olmaması durumunda, uygulanacak yaptırımın belirlenmesi problem yaratabilir. Örneğin bir Alman vatandaşı ile bir Türk vatandaşının, sırf vatandaşlık kazanmak amacıyla evlenmesi ve evlenmenin iptaline ilişkin Türkiye’de dava açılması durumunda nasıl hareket edilmelidir? Doktrinde bir görüş, genel kurala uygun olarak, evlilik Türk hukuku açısından geçerli olsa dahi, daha ağır şartlar öngören yetkili yabancı hukukun uygulanmasını ve iptal davasının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁴⁴. Buna karşılık, diğer görüş uyarınca, muvazaalı evlenmelerde, sorunu yalnızca gerçekte evlenme iradesinin var olup olmadığına indirgemek ve bunu ilgilinin yalnızca millî hukukuna göre çözümlemek yeterli görülemez. Evlilik kurumunun birtakım haklar elde etmek ya da yükümlülüklerden kurtulmak için araç olarak kullanılması kabul edilemez. Dolayısıyla, tarafların iptali bir imkân olarak görerek, evliliği yozlaştırmalarının engellenmesi gerekmektedir⁶⁴⁵. Bu sebeplerle, eşlerin millî hukukunun birlikte uygulanmasının, yerindelik bakımından amaca daha uygun olduğu savunulmaktadır⁶⁴⁶. Eşlerin şahsî statülerinin farklı olması durumunda ise evliliği geçerli kabul eden hukukun uygulanmasının, evlilik birliğini koruyacağı gibi, iç hukukumuza ve kamu düzeni anlayışımıza da daha uygun olduğu ifade edilmektedir⁶⁴⁷. Kanaatimizce, tarafların muvazaalı evlilik yaparken, evliliğin iptaline güvenerek hareket ettiklerini söylemek mâkul görünmemektedir. Özellikle de bazı hukuk düzenlerinde, evliliğin iptali durumunda baştan itibaren geçersiz sayıldığı dikkate alındığında, muvazaalı evlenmeyle elde etmek istedikleri sonuca ulaşamama riski de bulunmaktadır. Dolayısıyla sonuç odaklı bir değerlendirme yapmak daha doğru bir yaklaşımdır.

Muvazaalı evlenmeyle elde edilmek istenen sonuca ilişkin değerlendirmenin ise durumun özelliklerine göre ayrıca yapılması gerekmektedir. Evliliğin muvazaalı olduğu yönünde güçlü emareler bulunması durumunda, muvazaalı evlenme ile ulaşılmak istenen sonucun eşlere tanınmamasının yerinde bir yaklaşım olacağı ifade

⁶⁴³ İkizler, s. 235; Havutçu, s. 1368-1369.

⁶⁴⁴ Erten, “*Butlan*”, s. 258-259.

⁶⁴⁵ Sayman, s. 46.

⁶⁴⁶ Sayman, s. 46. Aynı yönde, Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 241.

⁶⁴⁷ Sayman, s. 46-47.

edilmektedir⁶⁴⁸. Bu bağlamda, evliliğin sağladığı diğer sosyal, malî veya hukukî faydalar bakımından ek bazı şartlar getirilerek, evlilik kurumunun kötüye kullanılması engellenebilir⁶⁴⁹. Bu anlamda Türk hukukundan ilginç bir örnek olarak, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin⁶⁵⁰, “*canlıdan organ naklinin, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşinden*” yapılabileceğini düzenleyen hükmü gösterilebilir (m. 16/1). Söz konusu şartın yerindeliği tartışmaya açık olmakla birlikte, tıp literatüründe “*organ ticareti için yapılan anlaşmalı evliliklerin engellenmesi*” amacıyla söz konusu hükmün getirildiği ifade edilmektedir⁶⁵¹.

II. HÜKÜMSÜZLÜK STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI

A. Taraf Sifatının Belirlenmesi

Taraf sıfatı, Türk hukukunda dava konusu hakkın özüne ilişkin kabul edilmektedir. Öyle ki dava konusu sübjektif hak ile taraflar arasındaki ilişki olarak tanımlanmaktadır⁶⁵². Bir kimsenin davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı, tıpkı hakkın mevcut olup olmadığının tayininde olduğu gibi maddî hukuka göre belirlenir. Bu sebeple taraf sıfatının belirlenmesi bakımından yetkili hukuk, dava konusu hakkın esasının tâbi olduğu hukuktur⁶⁵³. Dolayısıyla hükümsüzlük davasında, kimlerin taraf sıfatına sahip olabileceği, hükümsüzlüğe sebep olan aykırılığın tâbi olduğu hukuk uyarınca belirlenecektir. Davanın taraflarının, ilgili davada taraf sıfatı bulunmuyor ise mahkemenin hakkın esasına ilişkin karar vermesi mümkün değildir⁶⁵⁴. Açılan bir

⁶⁴⁸ Doğan/ Okur, s. 64; Yıldırım, “*Aile*”, s. 49.

⁶⁴⁹ Özellikle vatandaşlık ve yabancılar hukukuna ilişkin mevzuat incelendiğinde, vatandaşla evli kişilere, diğer yabancılara nazaran tanınan daha avantajlı düzenlemelerden, muvazaalı evlenme yoluyla yararlanılmasının önlenmesi amacıyla ek birtakım şartlar getirildiği görülmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Çiçek **Özgür**, “Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *TAAD - Danıştay Başkanı Zerrin GÜNGÖR’e Armağan*, Y. 11, S. 42, Nisan 2020, ss. 307-341.

⁶⁵⁰ RG. T. 01.02.2012 - S. 28191.

⁶⁵¹ Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/organ-naklinde-evlilikte-2-yil-sarti-14075476>, (ET. 11.02.2018).

⁶⁵² Baki **Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü – Cilt: I*, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 2001, 6. Baskı, s. 1157.

⁶⁵³ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 29.

⁶⁵⁴ Kuru, s. 1157; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 29.

davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine⁶⁵⁵ sahip olsalar dahi dava, sıfat yokluğu sebebiyle reddedilir⁶⁵⁶.

Türk hukukunda mutlak butlan davası Cumhuriyet Savcısı tarafından re'sen açılacağı gibi, ilgisi olan herkes tarafından da açılabilir (TMK m. 146). Mutlak butlanı gerektiren hususların kamu düzenine ilişkin kabul edilmesi sebebiyle, Kanun'un ifadesi ile bir "görev" olarak, Cumhuriyet Savcısı tarafından davanın re'sen açılması gerekmektedir⁶⁵⁷. Mutlak butlan davası açmakta menfaati olan kişiler açısından ise dava açmanın bir "hak" olarak düzenlendiği ifade edilmektedir⁶⁵⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu uyarınca, "*Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça öngörülen hâllerde, hukuk davası açar veya açılmış olan hukuk davasında **taraf olarak yer alır***" (HMK m. 70/1). Cumhuriyet Savcısı tarafından açılan butlan davasında, her iki eş birlikte davalı gösterilir ve aralarındaki ilişki, "*şekli mecburî dava arkadaşlığı*" olarak nitelendirilir⁶⁵⁹. Eşlerden birinin dava açması durumunda doğal olarak husumetin yöneltileceği şahıs, diğer eş olacaktır. Cumhuriyet Savcısı dava açmadan önce, ilgililerden biri dava açmış ise savcının bu davaya katılması da zorunludur. Buna karşılık sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanı, Cumhuriyet Savcısı tarafından re'sen dava edilemez (TMK m. 147/1).

⁶⁵⁵ Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle alakalı kabul edilmektedir (Kuru, s. 1157). Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan kişilerin, davada taraf ehliyetine de sahip olduğu kabul edilmektedir (HMK m. 50). Dava ehliyetinin ise medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği hükme bağlanmıştır (HMK m. 51). Bu anlamda taraf ve dava ehliyeti, hak ve fiil ehliyetinin usûl hukukuna yansımaları olarak görülmektedir. Dolayısıyla, ehliyete uygulanacak hukuk (MÖHUK m. 9/1), taraf ve dava ehliyeti bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, davanın taraflarının taraf veya dava ehliyetine sahip olup olmadığı, ilgililerin millî hukuku uyarınca tayin edilecektir (Doğan, V., "*Milletlerarası Özel*", s. 28; Uyanık Çavuşoğlu, "*Boşanma*", s. 18-19).

⁶⁵⁶ Kuru, s. 1157; Doğan, V., "*Milletlerarası Özel*", s. 29. "*Mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa, davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir. Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için defî değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir*" (YHGK. T. 04.11.2009, E. 2009/2-402 ve K. 2009/484, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – ET. 09.05.2018).

⁶⁵⁷ Esas itibarıyla dava açma yükümlülüğünden bahsetmenin, daha doğru bir yaklaşım olacağı ifade edilmektedir (Doğan/ Okur, s. 64-65). Cumhuriyet savcısının, mutlak butlan davası açma yükümlülüğü hakkında daha detaylı bir inceleme için bkz. Adem **Bilgin**, Cumhuriyet Savcısının Hukuk Davalarındaki Görevleri, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 70-83.

⁶⁵⁸ Doğan/ Okur, s. 65.

⁶⁵⁹ Süha **Tanrıver**, *Türk Aile Mahkemeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 69.

Nisbî butlan davaları açısından ise dava açma hakkı, iradesi sakatlanan eş yahut izni olmadığını iddia eden yasal temsilciye aittir. Zira nisbî butlanda, mutlak butlanda olduğu gibi kamu düzeninin değil, taraf menfaatlerinin korunmasının amaçlandığından bahisle, dava açabilecek kişiler yönünden sınırlama getirilmiştir⁶⁶⁰. Dolayısıyla nisbî butlan davası açma hakkı, korkunun, aldatılmanın veya yanılmanın etkisiyle evlenmiş/evlenmeye razı olmuş eşe aittir.

Alman hukukunda, irade sakatlığı hâllerinde, evlenmenin iptalinin sadece iradesi sakatlanan eş tarafından talep edilebileceği kabul edilmiştir⁶⁶¹. İradesi sakatlanan eş dışında, başka bir kişiye iptal davası açma hakkı tanınmamıştır (BGB § 1316/1-b.2). Diğer iptal sebeplerinde ise her bir iptal sebebine bağlı olarak; eşlere, yetkili idarî makamlara ve üçüncü kişilere de dava açma hakkı tanınmıştır (BGB § 1316/1-b.1). Ancak bazı iptal sebeplerinde, Alman Medenî Kanunu'nun 1315'inci maddesinde belirlenen şartların gerçekleşmesi durumunda, dava açma hakkının tamamen ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁶⁶². Örneğin, tehdit nedeniyle iradesi sakatlanmış eşin, zorda kalma durumu ortadan kalktıktan sonra evliliği sürdürmek istediği anlaşılırsa, bu durum evliliği onayladığı anlamına gelmekte ve artık dava açma hakkı ortadan kalkmaktadır⁶⁶³.

B. Dava Açma Süreleri

Zamanın haklar üzerinde, hakkı düşüren etkisi ve hakkı engelleyen etkisi olmak üzere iki farklı etkisi olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁴. Hakkın belirlenen süre içinde talep edilmemesi durumunda hakkın sona ermesi (*kesin olarak ortadan kalkması*) sonucunu doğuran süreler, hak düşürücü süre olarak nitelendirilmektedir⁶⁶⁵. Zamanaşımında ise süresi içinde hakkın kullanılmaması hakkın sona ermesi sonucunu doğurmakla birlikte, dava yoluyla takip edilmesine engel teşkil etmektedir⁶⁶⁶. Başka bir anlatımla, zamanaşımına uğramış bir hakkın talep edilmesi durumunda, hak engellenir ve zamanaşımı hukukî niteliği itibarıyla bir def'i hakkını ifade eder⁶⁶⁷.

⁶⁶⁰ Öztan, s. 596.

⁶⁶¹ Havutçu, s. 1360.

⁶⁶² Havutçu, s. 1360.

⁶⁶³ Havutçu, s. 1360.

⁶⁶⁴ Eren, s. 1434.

⁶⁶⁵ Eren, s. 1434; Doğan, V., "Milletlerarası Özel", s. 310.

⁶⁶⁶ Doğan, V., "Milletlerarası Özel", s. 310.

⁶⁶⁷ Eren, s. 1434.

Zamanaşımı, hukuk sistemlerinde yer alan kavram ve müesseselerin, benzer isimlerle anılsalar dahi farklı fonksiyonlar ifa etmeleri itibarıyla farklı hukukî niteliğe sahip olmalarının, tipik örneğini teşkil etmektedir⁶⁶⁸. Zamanaşımının hukukî niteliği konusunda ülkeler arasında farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, Türk hukukunda ve Kara Avrupası hukuk sisteminde, maddî hukuka ilişkin olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁹. Zamanaşımına uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 8 uyarınca, “*Zamanaşımı, hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbidir*”. Hak düşürücü süreye ilişkin Kanun’da açık bir düzenleme olmamakla birlikte, doktrinde, hakkın özüne ilişkin olması itibarıyla, hakkın esasına uygulanacak hukuka tâbi olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷⁰. Dolayısıyla, her hâlükârda hükümsüzlük davasının açılmasına ilişkin olarak herhangi bir süre sınırlaması olup olmadığı, hükümsüzlük açısından yetkili hukukun kapsamında değerlendirilmelidir.

Türk hukuku açısından baktığımızda, yokluk kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurduğundan herhangi bir süreye tâbi değildir. Gerekli görüldüğü durumlarda mahkemeden yokluğun tespiti talep edilebilir. Mutlak butlan davası da kural olarak herhangi bir süreye tâbi tutulmamıştır. Batıl olan evlilik, ölüm, gaiplik veya boşanma gibi bir sebeple sonra erse dahi; her ilgili, mutlak butlanın karar altına alınmasını isteyebilir. Taraflardan biri öldükten sonra bile, butlan davası açmakta menfaatleri bulunduğu sürece, ilgililerin dava açması mümkündür. Özellikle de mirasçılık hakları bakımından, ilgililerin davayı açmakta menfaatleri bulunmaktadır⁶⁷¹.

Nisbî butlan açısından baktığımızda ise dava açma hakkı, hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır. İlgili hükme göre, “*İptal davası açma hakkı, iptal sebebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her hâlde evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşer*” (TMK m. 152).

Yetkili yabancı hukukta benzer bir düzenleme kabul edilmiş olabileceği gibi, daha kısa veya daha uzun süreler öngörülmüş olabilir. Örneğin Alman hukukunda, zorla evlendirmeye mücadele amacıyla, tehdit nedeniyle iradesi sakatlanan tarafın dava açması için bir yıllık sürenin tehdit mağduru açısından yeterli olmadığı düşünülmesi sebebiyle, tehdidin ortadan kalkmasından itibaren üç yıllık süre tanınmıştır⁶⁷². Fransız

⁶⁶⁸ Cemal Şanlı, “Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı”, *İBD*, S. 10-11-12, Y. 1989, s. 637-649, s. 637.

⁶⁶⁹ Şanlı, s. 637; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 312.

⁶⁷⁰ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 314-315.

⁶⁷¹ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 70; Erdem, s. 74-76.

⁶⁷² Havutçu, s. 1360-1361.

hukukunda ise zorla yapılan evliliklerde iptal davası açma süresi, yapılan revizyon ile altı aydan beş yıla çıkarılmıştır⁶⁷³.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki yabancı hukuklardaki farklı sürelerin uygulanması noktasında, hakkın kullanılmasını etkileyecek derecede kısa sürelerin benimsenmesi durumunda, somut olayın özelliklerine göre kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilecektir. Mağdur tarafın korunması düşüncesiyle, daha uzun sürelerin belirlenmesi durumunda ise prensip olarak kamu düzeni müdahalesinden bahsedilmesi mümkün değildir.

III. HÜKÜMSÜZLÜK KARARININ SONUÇLARI VE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

Evlilik birliğinin hükümsüzlük kararı sebebiyle sona ermesinin, başta eşlerin kişisel statülerinde değişiklik olmak üzere çeşitli hukukî sonuçları bulunmaktadır. Evliliğin baştan itibaren geçersiz sayılması durumunda, taraflar ve özellikle de çocuklar açısından çeşitli hak kayıpları gündeme gelecektir. Evliliği hâkim kararına kadar geçerli kabul eden hukuk düzenleri bakımından ise tıpkı boşanmada olduğu gibi; hükümsüzlük kararının da nafaka, velayet, mal rejimleri ve miras gibi hususlardaki etkisinin belirlenmesi gerekmektedir.

A. Hükümsüzlük Kararının Sonuçları

Türk hukukunda, mutlak butlan ve nisbî butlan davaları hukukî nitelik itibarıyla, bozucu yenilik doğuran davalardır. Bu davalar sonucu verilen kararlar da evlilik birliğini sona erdirmeleri itibarıyla bozucu yenilik doğuran kararlardır⁶⁷⁴. Türk Medenî Kanunu'nun 156. maddesi uyarınca, batıl bir evlilik ancak hâkim kararıyla sona erer ve mutlak butlan hâlinde dahi, hâkim kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur. Bu anlamda batıl olan evliliğin, mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren, ileriye etkili olarak sona erdiği ifade edilmektedir⁶⁷⁵.

Butlan davalarında, yetki ve yargılama usûlü bakımından boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 160). Butlan kararının, velayet, mal rejiminin tasfiyesi,

⁶⁷³ Havutçu, s. 1358-1359.

⁶⁷⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 93; Öztan, s. 630; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 75; Yıldırım, "Aile", s. 50; Erdem, s. 92.

⁶⁷⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 98; Öztan, s. 630-631; Yıldırım, "Aile", s. 50; Erdem, s. 92.

tazminat, nafaka ve soyadı hakkında sonuçları bakımından da boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır (TMK m. 157/2 ve 158/2).

Eşlerin evlenmeyle kazandıkları kişisel durumlarını koruyabilmesi için iyiniyetli olmaları aranmaktadır (TMK m. 158/2). İyiniyetli olmaları ile kastedilen ise eşin veya eşlerin her ikisinin de evlenme sırasında butlana sebebiyet verecek bir durumun bulunduğunu bilmemeleri ve gerekli özeni göstermelerine rağmen bu durumu öğrenememiş olmalarıdır⁶⁷⁶.

B. Hükümsüzlük Kararının Sonuçlarına Uygulanacak Hukukun Tayini

Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde, evliliğin butlanına ilişkin tek bir düzenleme bulunmaktadır. MÖHUK m. 14/2 uyarınca, *“Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir.”* Hüküm uyarınca, boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri butlan statüsüne değil, boşanma statüsüne tâbi tutulmuştur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda butlanın sonuçları düzenlenirken boşanmaya ilişkin hükümlere gönderme yapılarak, aynı koşulların uygulanması sağlanmıştır. Bağlama kuralı oluşturulurken de böyle bir yaklaşımın benimsenmesi isabetlidir.

Hükümsüzlük kararının nafaka talepleri haricinde farklı neticeleri de bulunmakla birlikte, Kanun’da bu hususlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde, evliliğin maddî ve şeklî şartlarına uymamanın, ad (soyad), malvarlığına ait ilişkiler ve özellikle çocuklar bakımından doğan hukukî sonuçları açısından, ihlâlâ uğrayan hukukun yetkili olduğu ifade edilmektedir⁶⁷⁷. Kanaatimizce, eşlerin müşterek çocukları yahut malvarlıkları üzerinde, ihlâlâ uğrayan hukukun tek başına yetkili kabul edilmesi mâkul bir yaklaşım değildir. Türk hukukunda butlan evliliği ileriye etkili olarak sona erdirmektedir. Butlan kararının sonuçları açısından ise boşanmaya ilişkin hükümlere atıf yapılmaktadır. Bu sebeplerle, butlan kararının sonuçları açısından, özel düzenleme olmayan hususlarda boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralının kıyasen uygulanması daha mâkul bir yaklaşım olabilir. Olması gereken hukuk açısından ise ayrı bir bağlama kuralının oluşturulması daha isabetli olacaktır.

⁶⁷⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 99.

⁶⁷⁷ Nomer, *“Devletler Hususî”*, s. 255. Aynı yönde bkz. Çelikel/ Erdem, s. 233.

IV. EVLİLİĞİN GEÇERSİZLİĞİNİN ÖN SORUN OLARAK GÜNDEME GELMESİ

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta, hâkimin önüne gelen “*asıl sorunu*” çözmeden önce halletmesi gereken, asıl sorunun dayanağı olan ve çözümü bu mesele hakkında verilecek kararı etkileyecek sorunlar “*ön sorun*” olarak adlandırılmaktadır⁶⁷⁸. Birçok hukukî ilişki veya hukukî statü bakımından ön sorunun ortaya çıkması mümkün olmakla birlikte, daha ziyade evlenmenin geçerliliği, evlât edinme ve çocuğun soy bağının kurulması gibi aile hukuku ilişkilerinde ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁶⁷⁹. Örneğin, mirasa ilişkin bir uyuşmazlıkta, muris ile sağ kalan eş arasındaki evlenmenin geçerli olmadığı iddiası gündeme gelirse, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının kabulü için öncelikle evliliğin geçerliliğine ilişkin meselenin çözülmesi gerekmektedir⁶⁸⁰. Boşanma davasında ise tarafların boşanma isteklerinin değerlendirilebilmesi için, öncelikle hukuken geçerli şekilde kurulmuş ve henüz sona ermemiş bir evliliğin olması zorunludur⁶⁸¹. Dolayısıyla, boşanma davasında evliliğin geçersizliğinin iddia edilmesi durumunda, boşanma talebinin değerlendirilmesinden önce, ön sorun olarak evliliğin geçerliliğinin tespiti gerekir⁶⁸². Aksi takdirde hâkimin asıl sorun olan boşanma davası hakkında karar vermesi mümkün değildir.

Milletlerarası özel hukuk anlamında gerçek ve teknik bir ön sorunun varlığından bahsedebilmemiz için, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları ile asıl sorun hakkında yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının ön sorununun

⁶⁷⁸ Ergin Nomer, “Devletler Hususi Hukukunda Ön Mesele”, *İÜHFM*, Y. 1961, C. XXVII, S. 1-4, ss. 340-357, s. 342, (“*Ön Mesele*”); Çelikel/ Erdem, s. 130; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 138; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 92; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 218; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 4; Can/ Toker, s. 194-195. Ön sorun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Torben Svénné Schmidt, “The Incidental Question in Private International Law”, *Recueil Des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992 - II - Tome 233 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/ Boston/ London 1993, pp. 305-416; Doğa Elçin, “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, *TAAD*, Y. 9, S. 33, Ocak 2018, ss. 211-241, (“*Ön Sorun*”).

⁶⁷⁹ Schmidt, s. 321; Elçin, “*Ön Sorun*”, s. 213.

⁶⁸⁰ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 92; Çelikel/ Erdem, s. 130-131.

⁶⁸¹ Fawcett/ Carruthers/ North, s. 876; Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 28. Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta, “*Boşanmaya ve çocukların bu sebeple velayetleri hakkında karar verilebilmesi için tarafların, hukukun tanıdığı biçimde evli olduklarının tespiti gerektiği*” isabetli bir şekilde belirtilmiştir (HGK, T. 30.3.1994, E. 1993/2-949 ve K. 1994/189 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 10.09.2017).

⁶⁸² Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 256; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 136-137; Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 28-29. Bununla birlikte, esas sorunun kısımları ile ön sorunun karıştırılmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Örneğin, evlenmenin genel hükümleri kapsamında eşlerin birbirinden talepleri konusunda, evlenmenin geçerliliğinin ön sorun değil, esas sorunun bir parçası olduğu ifade edilmektedir (Elçin, “*Ön Sorun*”, s. 217).

çözümü hakkında farklı hukukları yetkili görmesi ve söz konusu kanunların da muhteva bakımından farklı olması gerekmektedir⁶⁸³. Ön sorunun çözümü noktasında ise kanuni düzenleme olmadığı gibi, uygulama ve doktrinde de görüş birliği söz konusu değildir. Ön sorunun çözümü için iki farklı yöntem karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak “*bağımsız bağlama*” olarak adlandırılan yöntem uyarınca ön sorun hakkında *lex fori* yetkili görülmektedir. İkinci yöntem ise “*bağımlı bağlama*” olarak adlandırılmakta ve ön sorunun çözümü hakkında da *lex causae* yetkili görülmektedir⁶⁸⁴.

Bağımsız bağlama yönteminde, hâkimin çözmek zorunda olduğu ön sorun, asıl sorundan bağımsız bir şekilde önüne gelmiş gibi kabul edilmekte ve aynı asıl sorunda yaptığı gibi kendi kanunlar ihtilâfı kurallarından hareketle yetkili hukuku tespit etmesi beklenmektedir⁶⁸⁵. Ön sorunun *lex fori* uyarınca çözümü konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi evlenmenin geçerliliği; nafaka, velayet ve miras gibi birçok uyuşmazlık için ön sorun teşkil edebilir. Karşılaşılabilecek dava çeşitliliği nazara alındığında, evliliğin geçerliliğini hâkimin kanunlar ihtilâfı sistemine tâbi tutmak, millî karar ahenginin sağlanmasına hizmet edecek ve aynı evlenmeden doğan çeşitli sonuçlara ilişkin davalarda karar birliği sağlanacaktır⁶⁸⁶. Bağımlı bağlama yönteminde ise ön sorunun çözümü için yetkili hukuk, asıl sorunun tâbi olduğu ülke hukuku uyarınca tespit edilecektir⁶⁸⁷. Bu yöntem teknik olarak asıl sorun ve ön sorunun çözümü konusunda aynı hukuk düzenini yetkili görmektedir. For hâkimi yetkili yabancı hukukun hâkimi gibi hareket etmekte ve böylelikle milletlerarası karar ahengine hizmet etmektedir⁶⁸⁸.

Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta hangi yöntemi tercih etmesi gerektiği noktasında çözüm yöntemleri arasında önceden soyut bir tercih yapmak mâkul görülmemekte ve somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi uygun görülmektedir⁶⁸⁹. Söz konusu değerlendirme esas itibarıyla millî karar ahengi ile milletlerarası karar

⁶⁸³ Çelikel/ Erdem, s. 131; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 93; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 219; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 5; Can/ Toker, s. 195-196.

⁶⁸⁴ Çelikel/ Erdem, s. 132; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 140; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 92-93; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 220-221; Dethloff, s. 41; Can/ Toker, s. 199.

⁶⁸⁵ Çelikel/ Erdem, s. 132; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 140; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 92-93; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 220; Can/ Toker, s. 201.

⁶⁸⁶ Çelikel/ Erdem, s. 132-133; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 220; Can/ Toker, s. 201.

⁶⁸⁷ Çelikel/ Erdem, s. 133; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 140; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 93- 94; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 221; Can/ Toker, s. 201.

⁶⁸⁸ Çelikel/ Erdem, s. 134; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 141; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 94; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 221; Can/ Toker, s. 201.

⁶⁸⁹ Çelikel/ Erdem, s. 137-138; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 141; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 94; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 221; Elçin, “*Ön Sorun*”, s. 230.

ahengi arasında bir tercih sorunudur⁶⁹⁰. Bu noktada hâkimin, somut uyuşmazlığın özelliklerini ve verilecek kararın etki doğuracağı ülkeleri nazara alarak bir değerlendirme yapması beklenmektedir. Verilecek karar, doğrudan yabancı ülkede hüküm ve sonuç doğuracak nitelikteyse, hüküm statüsü uyarınca karar verilmesi daha uygun olacaktır⁶⁹¹.

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde, uygulama alanına dâhil konularda çıkabilecek ön sorunların çözümü için yetkili hukuk tespit edilmiş ise öncelikli olarak milletlerarası sözleşme hükümleri uygulanacaktır⁶⁹². Yukarıda incelediğimiz üzere, *Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme*'de bu yönde bir hüküm bulunmaktadır. Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca, evliliğin sona ermesine dair bir kararı tanıyan âkit devlet, tarafların yeni bir evlilik yapmasını, başka bir devletin bu sona erme veya feshe izin vermemesi veya bu kararı tanımaması nedeniyle reddedemeyecektir. Dolayısıyla boşanma kararı, yeni bir evlilik için ön sorun olarak ortaya çıktığında veya evlilik başka bir hukukî ilişki için ön sorun teşkil ettiğinde, önceki evliliğe ilişkin kararın Sözleşme hükümlerine göre tanınmış olması yeterlidir⁶⁹³.

Ön sorunun çözümü noktasında ikinci istisna ise vatandaşlıktan kaynaklanan ihtilâfların ön sorun olarak gündeme gelmesidir. Bu noktada farklı çözüm arayışlarına yönelmeksizin, uyuşmazlığın doğrudan, vatandaşlığı söz konusu olan devletin hukuk kurallarına göre karara bağlanması gerekmektedir⁶⁹⁴.

Önemle belirtmemiz gerekir ki, eğer asıl sorun konusunda görevli olan mahkeme ön sorun konusunda görevli değilse, ön sorun hakkında bağımlı bağlama yönteminin uygulanması fiili olarak mümkün olmayacağı için, lex fori bağlama kuralı yönünde zorunlu bir istisnanın varlığından bahsedilebilir⁶⁹⁵. Örneğin, sulh hukuk mahkemesinde mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin bir davada, evliliğin geçerliliği ön sorun olarak gündeme gelirse, aile mahkemelerinin görev alanına dâhil olan bu ön

⁶⁹⁰ Çelikel/ Erdem, s. 134. Bununla birlikte, hiçbir devletin, salt milletlerarası karar ahengini sağlamak uğruna, millî karar ahenginden vazgeçmesinin beklenemeyeceği de ifade edilmektedir (Can/ Toker, s. 202).

⁶⁹¹ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 222; Can/ Toker, s. 202. Ön soruna ilişkin çözüm önerilerinin değerlendirilmesi hakkında bkz. Elçin, “Ön Sorun”, s. 230-232.

⁶⁹² Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 94; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 222.

⁶⁹³ Çelikel/ Erdem, s. 136-137; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 95, dn. 171; Can/ Toker, s. 207; Elçin, “Ön Sorun”, s. 233.

⁶⁹⁴ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 222; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 31; Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 45; Can/ Toker, s. 206.

⁶⁹⁵ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 97.

sorun hakkında sulh hukuk mahkemesi karar veremeyeceğinden, evliliğin geçerliliğini bekletici sorun yaparak, asıl soruna ilişkin incelemesini ertelemek zorundadır. Dolayısıyla da ilgili uyuşmazlık bağımsız bir sorun olarak aile mahkemelerinin önüne gelmektedir ve bu mahkemenin lex causae teorisini esas alarak hareket etmesi zaten mümkün değildir⁶⁹⁶.

Evlenmenin geçersizliği meselesi bağlamında konuyu toparlayacak olursak, prensip itibarıyla bağımsız bağlama yönteminden hareketle, asıl sorundan bağımsız bir uyuşmazlık olarak görülmeli ve uygulanacak hukuk ayrıca tespit edilmelidir. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta da Türkiye’de sığınmacı statüsünde bulunan Afgan uyruklu eşlerin boşanma talebinde, tarafların “evli” olduklarına ilişkin belge bulunmaması ve ilk derece mahkemesi tarafından bu yönde bir araştırma yapılmaksızın eksik inceleme ile hüküm kurulması bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Yargıtay kararında, öncelikle tarafların Yabancılar Kütüğü’nde kayıtlı olup olmadıklarının, kayıtlı iseler aralarında “eş bağı” bulunup bulunmadığının Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nden sorulması gerektiği belirtilmiştir. Eğer Yabancılar Kütüğü’nde kayıt yoksa veya eş bağı kurulmamışsa, tarafların evli olup olmadıklarının Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla, Afganistan Büyükelçiliği’nden sorulması ve evli olduklarına dair bu ülke makamlarından alınan resmî belgenin dosyaya eklenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹⁷. Söz konusu Yargıtay kararında ön soruna ilişkin açıkça bir değerlendirme yapılmamış olmakla birlikte, doktrinde bir görüş uyarınca, “*ön soruna evliliğin şekli geçerliliği bakımından, evlenmenin yapıldığı yer olan Afganistan maddî hukukunu; evlenmenin, ehliyet ve şartlar yönünden geçerliliği bakımından ise tarafların millî hukuku olan Afganistan hukukunu uyguladığı*” gerekçesiyle, mahkemenin lex fori’nin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulandığı sonucuna ulaşıldığı ifade edilmektedir⁶⁹⁸. Bununla birlikte, mahkeme kararlarında sistematik bir şekilde tek bir yaklaşımın benimsendiğini söylemenin mümkün olmadığı, kararlarda lex fori bağlamanın mı veya

⁶⁹⁶ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 97.

⁶⁹⁷ Y. 2. HD. T. 08.02.2010, E. 2009/19552 ve K. 2010/2037 – Ekşi, “Yargıtay Kararları”, s. 5-7. Diğer bir uyuşmazlıkta ise boşanma davasının görülmesi için geçerli bir evliliğin mevcudiyetinin yeterli olduğu, evliliğe ilişkin bir kaydın varlığının zorunlu olmadığı ifade edilmiştir. Karara konu olan olayda, taraflar Afgan uyrukludur ve İran’da o ülke hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak evlendikleri sabittir. Kararda, yapıldığı yer hukukunun şekli şartlarına uygun olan bu evliliğin geçerli olduğu vurgulanmış ve “*kayıtlı bir evlilik bulunmadığından*” bahisle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir (Y. 2. HD. T. 02.01.2013, E. 2012/13194 ve K. 2013/1781 – Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, 3. Baskı, s. 468-469; “Pratik”).

⁶⁹⁸ Elçin, “Ön Sorun”, s. 225.

lex causae bağlamanın mı uygulandığı açıklanmadığı gibi ön sorun tespit edilmeksizin ön sorunun çözüldüğü kararlara da rastlandığı vurgulanmaktadır⁶⁹⁹.

Neticede, Türk hukuku açısından baktığımızda, bağımsız bağlama yönteminden hareketle, evliliğin geçersizliği meselesine uygulanacak hukuk belirlenirken MÖHUK m. 13'te düzenlenen evlenmenin şartlarına ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanması gerektiği ancak durumun özelliklerine göre milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşmesine hizmet edecek şekilde daha esnek bir yaklaşımın benimsenmesinin de mümkün olduğu ifade edilebilir.

V. HÜKÜMSÜZLÜK DAVASININ BOŞANMA DAVASINDA BEKLETİCİ SORUN YAPILMASI

Evliliğin butlanına sebebiyet verecek durumlar dava konusu edilmeksizin, boşanma sebeplerine dayanılarak ayrı bir boşanma davası açılması mümkündür⁷⁰⁰. Doktrinde, butlan ve boşanma sebeplerinin bir arada bulunması durumunda, seçme hakkının davacı eşte olduğu ifade edilmektedir⁷⁰¹. Eşlerden birinin butlan davası, diğerinin ise karşı dava olarak boşanma davası açma ihtimâlinde ise hâkim öncelikle butlan sebeplerinin mevcut olup olmadığını araştıracaktır⁷⁰².

⁶⁹⁹ Elçin, “Ön Sorun”, s. 230.

⁷⁰⁰ Öztan, s. 643; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 114. “...Davacı koca tarafından davalı kadının akıl hastası olduğundan bahisle 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 165. maddesi yasal dayanağı ile boşanma davası açılmıştır. Yargılama sırasında davalı kadının şizofren hastası olduğu, hastalığının davranış iradesini ortadan kaldırdığı ve bu hastalığın 10 yıllık bir süreden beridir devam ettiği hususunda rapor alınmıştır. Mahkemece, davalı kadının duçar olduğu akıl hastalığının evlenme akdinin yapıldığı sırada da var olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Türk Medenî Kanununun 145/3. maddesi uyarınca, akıl hastalığı, evlenme akdinin mutlak butlanla batıl olduğu hâllerden olmasına karşın, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 156. maddesinde, mutlak butlan hâlinde bile evlenmenin, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir. Öyleyse davalı kadının evlilik akdinin icrası sırasında da akıl hastası olmasının, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 165. maddede yer alan akıl hastalığına dayalı boşanma davası açılmasına engel oluşturmayacağı ortadadır. Hâl böyle olunca davacı tarafından 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 165. madde uyarınca açılan boşanma davasının kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bozulması gerekmiştir” (Y. 2. HD. T. 6.11.2014, E. 2014/7237 ve K. 2014/21913 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 10.03.2018).

⁷⁰¹ Öztan, s. 584.

⁷⁰² Öztan, s. 584. “...Davalı-davacı kadın tarafından açılan mutlak butlan sebebiyle evliliğin iptali davası, boşanma davası açısından bekletici sorun oluşturur. Mahkemece yapılacak iş, mutlak butlan sebebiyle evliliğin iptali davasının tefrik edilerek sonucu beklendikten sonra boşanma davası hakkında olumlu ya da olumsuz karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” (Y. 2. HD. T. 28.5.2012, E. 2011/18124 ve K. 2012/14211 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 10.03.2018).

Evliliğin mutlak butlanı veya iptali talebinin, boşanma talebiyle birlikte terditli dava konusu yapılması da mümkündür⁷⁰³. Örneğin, “*Eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlendiği*” (TMK m. 149/2) gerekçesiyle evliliğin iptaline karar verilmesi istenebilir. Bu talebin kabul edilmemesi durumunda ise “*Evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılması*” (TMK m. 166/1) sebebiyle boşanma kararı verilmesi isteği aynı dilekçede ifade edilebilir. Lâkin talepler arasında öncelik sonralık ilişkisi kurulmaksızın, aynı dilekçeyle hem evliğin butlanı hem de boşanma talep edilirse, bu durum davaların yığılması olarak adlandırılmaktadır⁷⁰⁴. Bu durumda da mahkeme her iki talep hakkında da inceleme yapmalıdır. Ancak her iki durumda da öncelikle evliliğin butlanı talebi hakkında karar verilmelidir. Zira evliliğin butlanına karar verilmesinin ardından, boşanma davası konusuz kalacaktır. Bu durumda hâkim, boşanma talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurmalıdır⁷⁰⁵.

Eşler arasında boşanma davası ile mutlak butlan veya iptal davası eş zamanlı olarak açılmış ve görülmekte ise iki davanın birleştirilmesi mümkündür⁷⁰⁶. Birleştirme kararı verilmesi durumunda hâkim öncelikle butlan davasını inceler. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, geçersizlik sebepleri öncelikle incelenmelidir. Eğer mutlak butlan veya iptal kararı verilir ise boşanma davası konusuz kalacaktır⁷⁰⁷. Diğer yandan butlan sebepleri mevcut değilse, boşanma davasına devam edilmelidir⁷⁰⁸.

Evlenmenin butlanına veya iptaline ilişkin karar ile birlikte evlilik birliği sona ereceğinden, boşanmayı talep etmekte hukukî yarar kalmamaktadır. Buna karşılık, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda dahi mutlak butlan sebeplerinden birinin olması durumunda, her ilgili, mutlak butlanın karar altına alınmasını isteyebilir (TMK m. 147/1). Zira bu durumda hukukî yarar bulunmaktadır.

Açılmış bir boşanma davasında, hâkimin mutlak butlan sebeplerini kendiliğinden dosyadan anlaması durumunda, nasıl hareket etmesi gerektiğine yönelik farklı görüşler ileri sürülmektedir. İlk görüş uyarınca, hâkim, bu durumu Cumhuriyet

⁷⁰³ Akkaya, s. 36; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 834.

⁷⁰⁴ Akkaya, s. 39.

⁷⁰⁵ Alman hukukunda, butlan ve boşanma taleplerinin her ikisinin de haklı olması durumunda, mahkemenin yalnızca evliliğin butlanına karar vermesi gerektiği hakkında açık hüküm (§ 126 Abs. 3 FamFG) olduğu belirtilmektedir (Akkaya, s. 39, dn. 46).

⁷⁰⁶ Akkaya, s. 64.

⁷⁰⁷ Öztan, s. 584; Akkaya, s. 64.

⁷⁰⁸ Akkaya, s. 64.

Savcısı'na bildirmeli ve eğer mutlak butlan davası açılırsa, bu davayı boşanma davası için bekletici sorun (HMK m. 165) yapmalıdır⁷⁰⁹. Diğer görüş uyarınca, boşanma davası görülmekteyken, hâkim mutlak butlan sebeplerinin mevcut olup olmadığını re'sen nazara alamaz⁷¹⁰. Hâkim, taleple bağıllık ilkesinin (HMK m. 26) bir sonucu olarak, talep edilmeyen bir husus hakkında karar veremeyecektir. Dolayısıyla boşanma davasında, boşanma kararı yerine, evlenmenin iptaline karar verilmesi mümkün değildir⁷¹¹. Evliliğin yokluğunu gerektiren bir durumun tespitinde ise davanın usûlden reddi gerekmektedir. Zira yok hükmündeki evlilik bakımından, tarafların boşanma davası açmakta hukukî yararları bulunmamaktadır⁷¹².

Görülmekte olan bir butlan davası varken, aynı ülkede boşanma davası açılması durumunda, bu durumun bekletici sorun yapılması mâkul olacaktır. Nitekim dava neticesinde evliliğin butlanına karar verilmesi durumunda, boşanma davası konusuz kalacaktır. Ancak söz konusu davaların farklı ülke mahkemelerinde açılması durumunda, nasıl hareket edilmesi gerektiğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, yabancı ülke mahkemelerinde, evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin görülmekte olan bir davanın, Türkiye'deki boşanma davasında bekletici sorun yapılması mümkün müdür? Doktrinde bir görüşe göre, yabancı mahkemede devam eden bir davanın, Türk mahkemelerinde bekletici sorun yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁷¹³. Nitekim yabancı ülke mahkemelerinde kesinleşen hükmün dahi nazara alınabilmesi için, Türkiye'de öncelikle tanınması gerekmektedir. Kararın Türkiye'de tanınmaması ihtimâli de nazara alındığında, yabancı ülke mahkemesinde görülmekte olan bir davanın bekletici sorun yapılması, "*ihkâkı haktan imtina*" anlamına gelir⁷¹⁴. Dolayısıyla, evliliğin hükümsüzlüğüne ilişkin yabancı ülkede görülmekte olan bir davanın,

⁷⁰⁹ Erdem, s. 74.

⁷¹⁰ Akkaya, s. 65; Yıldırım, "*Aile*", s. 50. Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı da bulunmaktadır. Karara göre, "...hâkimin evlenmenin butlanına karar verebilmesi için bu hususta dava hakkına sahip olan kimselerin butlan davası açmış olmaları şarttır. Burada hâkim, Borçlar Hukuku işlemlerinin butlanında olduğu gibi açılmış olan başka bir davada evlenmenin butlanını gerektirecek sebeplerin varlığını tespit etse bile, bunları kendiliğinden (re'sen) gözeterek butlana hükmedemez." (YHGK, T. 2.11.2011, E. 2011/7-695 ve K. 2011/673; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, ET. 09.07.2018).

⁷¹¹ Gençcan, "*Boşanma*", s. 113. "...Davacı, dava dilekçesinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açan maddî hadiseleri göstererek, **açıkça boşanma talebinde bulunmuş mahkeme evliliğin iptaline karar vermiştir**. İstek Türk Medenî Kanununun 116/1. maddesine dayanan boşanmaya ilişkindir. Davada tatbik edilecek kanun maddesini tespit etmenin hâkime ait olması (HUMK m. 76) hâkimin taleple bağlı olma ve talepten başka bir şeye hüküm vermemesi yükümlülüğüne bertaraf etmez (HUMK m. 74)...", (Y. 2. HD. T. 12.06.2008, E. 10292 ve K. 8459 – Gençcan, "*Boşanma*", s. 113).

⁷¹² Akkaya, s. 65-66.

⁷¹³ Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2018, 2. Bası, s. 97, ("*Usul*").

⁷¹⁴ Nomer, "*Usul*", s. 97.

Türkiye’deki boşanma davası için bekletici sorun yapılması mümkün değildir⁷¹⁵. Buna karşılık, doktrinde başka bir görüş uyarınca, milletlerarası özel hukuk alanındaki gelişmeler ve ihtiyaçlar nazara alındığında, en azından yabancı mahkemenin vereceği kararın Türkiye’de tanınıp tenfiz edilmesi mümkün ve muhtemel gözükmekteyse, yabancı mahkemedeki davalar lehine bekletici sorun kabul edilmesi mümkündür⁷¹⁶. Kanaatimizce, NHK m. 27/A uyarınca “*Yabancı ülke adlî veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar*” açısından getirilen kolaylaştırılmış “*idarî tanıma*” usûlü de dikkate alındığında, yabancı ülke mahkemelerinde görülmekte olan bir davanın bekletici sorun yapılması, taraf menfaatleri ve usûl ekonomisi yönünden de daha yerinde bir yaklaşımdır. Bununla birlikte, NHK m. 27/A uyarınca sicile tescil yapılmasına rağmen, yabancı ülkeden alınan ilamın kesin hüküm ve kesin delil etkisinin (*MÖHUK m. 58*) kabul edilebilmesi için ayrıca tanınmasının gerekliliği de ayrı bir tartışma konusudur.

⁷¹⁵ Benzer bir yaklaşım, yabancı ülkede açılan davanın, Türk hukuku açısından zamanaşımını kesip kesmeyeceğine ilişkin değerlendirme açısından da sergilenmektedir. Yabancı ülkeden alınacak kararın tanınması/tenfizi ihtimâline dayanarak zamanaşımının kesileceğinin kabul edilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmakta ve Türk hukuku açısından zamanaşımının kesilmesinin ancak davanın Türkiye’de açılması hâlinde mümkün olduğu belirtilmektedir (Şanlı, s. 640-641).

⁷¹⁶ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 443.

İKİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA SEBEBİYLE SONA ERMESİ

§1. AYRILIK VE BOŞANMA KAVRAMLARI

I. AYRILIK KAVRAMI

Ayrılık kavramının kökleri, evliliğin sonsuzluğu düşüncesini savunan ve boşanmayı yasaklayan geleneksel Katolik kilise hukukuna dayanmaktadır. Boşanma yasağının doğuracağı kişisel ve toplumsal zararları hafifletmek gâyesiyle ayrılık kurumuna yer verilmiştir. Ayrılık kararıyla, eşlerin yatakta, masada ve konutta ayrılmalarına izin verilmektedir⁷¹⁷. Boşanmanın aksine, ayrılık kararı ile birlikte evlilik bağı sona ermemekte, yalnızca evliliğin temel amacı olarak görülen “ortak yaşam” sona ermektedir⁷¹⁸. Ortak yaşamın sona ermesi, süresiz veya geçici nitelikte olabilmektedir. Zina, süresiz ayrılık sebebi olarak kabul edilmiştir. Geçici ayrılık sebepleri ise; eşlerden birinin Katolik dininden başka dine geçmesi, çocuklara Katolik inancına aykırı terbiye vermesi, fena hayat sürmesi, eşinin sağlığını tehlikeye düşürmesi ve eşine hakaret etmesidir⁷¹⁹. Süresiz ayrılık kararında dahi eşler arasındaki evlilik bağı sona ermediğinden, bu kişilerin başkasıyla evlenmesi mümkün değildir⁷²⁰.

⁷¹⁷ Dieter **Martiny**, “Divorce”, Max Planck Encyclopedia of European Private Law – Volume I, (Edited by Jürgen **Basedow**, Klaus J. **Hopt**, Reinhard **Zimmermann** and Andreas **Stier**), Oxford University Press, Oxford 2012, pp.493-496, p. 493, (“Divorce”); Namık **Yalçınkaya** ve Şakir **Kaleli**, *Boşanma Hukuku*, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1988, s. 1447-1448; Ali **Öztürk**, *Aile Hukuku’nda Ayrılık (Türk Hukukunda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 59; (“Ayrılık”); Tekinay, “Aile Hukuku”, s. 182; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 238.

⁷¹⁸ Halil **Cin**, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1988, s. 17, (“Boşanma”); Martiny, s. 493; Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1447; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 238.

⁷¹⁹ Cin, “Boşanma”, s. 17; Velidedeoğlu, s. 186; Öztürk, “Ayrılık”, s. 59.

⁷²⁰ Velidedeoğlu, s. 186; Öztürk, “Ayrılık”, s. 60.

Katolik kilise hukukunun etkisinde kalan birçok ülkede, boşanma yasağı yakın zamana kadar devam etmiştir⁷²¹. Örneğin; İtalya’da 1970, Portekiz’de 1978, İspanya’da 1981 ve Arjantin’de 1987 yılına kadar boşanma yasağı devam etmiştir⁷²². Bu konuda verilebilecek en yakın örnek ise 2011 yılına kadar boşanmaya izin vermeyen ve sadece ayrılık kurumunu kabul eden Malta’dır⁷²³. Ancak daha sonra bu ülkelerde gelişen sosyal ve ekonomik şartlar sayesinde; boşanma yasağının kişi özgürlüğüne ters düştüğünün kabul edilmesiyle birlikte, boşanmaya ilişkin kanunî düzenleme yapılması zorunlu hâle gelmiştir⁷²⁴. Günümüzde ise boşanma yasağı hâlâ devam eden ve yalnızca ayrılık kurumunu kabul eden iki ülke bulunmaktadır: Vatikan ve Filipinler⁷²⁵.

⁷²¹ Ebru **Ceylan**, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 8, (“Boşanmanın Hukuki Sonuçları”); Mehmet **Tezgel**, Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 5; Öztan, s. 638.

⁷²² Öztan, s. 638, dn. 2733. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta; İtalyan uyruklu taraflar arasındaki boşanma davasında, ilk derece mahkemesi hatalı olarak, “davalının bu davaya Türk mahkemesinde bakılmasına muvafakat etmemesi ve esasen katoliklerin boşanmasının mümkün bulunmaması sebebiyle isteğin reddine” karar vermiştir. Yargıtay kararında ise isabetli bir şekilde, “yer itibarıyla yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması, milletlerarası yetkinin de varlığı için gerekli ve yeterlidir. Hemen eklemek gerekirken, milletlerarası yetkinin belirlenmesinde, yer itibarıyla yetki kaideleri uygulanırken davanın taraflarının Türk vatandaşı veya yabancı olması rol oynamaz. Öyle ise davalının açılan boşanma davasına Türk mahkemesinde bakılmasına muvafakatı gerekli olmadığından ve muvafakat verilmemesi hukuksal sonuç doğurmayacağından mahkemenin bu yöne ilişkin red gerekçesi yerinde değildir” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Ek olarak kararda, uygulanacak hukukun tespiti de isabetli bir şekilde yapılmış ve kilise hukukuna dayanan ve hukukî bir sonuç ifade etmeyen belgeler yerine, İtalyan Medenî Hukuk mevzuatına göre karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, “2675 sayılı Kanunun 13/1. maddesi hükmüne göre, boşanma sebepleri ile hükümleri eşlerin müşterek millî hukuklarına tâbidir. Öyle ise mahkemece yapılacak iş tarafların her ikisinin de İtalyan uyruklu olması karşısında taraflara boşanmaya ilişkin İtalyan yasalarının onanmış örnekleri ile çevirilerini mahkemeye ibraz etmek için olanak vermektir ibarettir. Gerçekten, 1 Aralık 1970 tarihli, 898 sayılı “Evliliğin Çözülmesi Hâllerini Düzenleyen Kanun”un 1. maddesinde, Medenî Kanun hükümlerine göre kurulmuş olan evlilik birliğinin çözülmesine; 2. maddesinde de, dini merasimle kurulmuş ve usulüne göre tescil edilmiş evliliklerde ise evliliğin tescilinden doğan medenî hukuk sonuçlarının durdurulmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır. Mahkemece, boşanmaya ilişkin İtalyan Medenî Hukuk mevzuatı araştırılmadan, hukuksal sonuç taşımayan kilise yazısına önem ve değer verilerek isteğin reddi usul ve kanuna aykırı olup ayrıca bozmayı gerektirir” (Y. 2. HD. T. 28.02.1991, E. 1991/603 ve K. 1991/3657 – Aysel **Çelikel**, Ergin **Nomer**, F. Kerem **Giray** ve Emre **Esen**, Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, 14. Baskı, s. 540-541). İtalya’da siyasi birliğin sağlanmasının ardından, boşanmanın kabul edilme süreci ve yaşanan sıkıntılar hakkında bilgi için bkz. Rodolfo **Sacco**, (Çev. Hüseyin **Hatemi**), “İtalya’da Boşanma”, *İÜMHAD*, Y. 1977, C. 11, S. 14, ss. 126-132. İtalya’da boşanmayı mümkün kılan, Aralık 1970 tarihli ve 898 sayılı Evliliğin Çözülmesi Hâllerine İlişkin Kanun’un önemli maddelerinin çevirisi hakkında bkz. Feyzioğlu, s. 272-273. Söz konusu Kanun’un kabulünden sonra, beş ay içinde beş milyon çiftin boşanmak üzere başvurduğu ve sonrasında 1974 yılında kanunun yürürlükten kalkmasına ilişkin olarak yapılan referandumda, halkın yaklaşık yüzde altmışının hayır oyu kullandığı belirtilmektedir (Feyzioğlu, s. 273-274).

⁷²³ Bkz. Malta Civil Code (Amendment) Act Art. 1/2, Government Gazette Malta N. 18784, (29 July 2011).

⁷²⁴ Ata **Sakmar**, Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 1; Cin, “Boşanma”, s. 17-18.

⁷²⁵ Filipin aile hukukunda ayrılık kurumu düzenlenmiş olmasına rağmen, boşanma kurumu kabul edilmemiştir (Bkz. *The Family Code Of The Philippines*, July 1987, Art. 55). Bununla birlikte, son yıllarda boşanmanın yasal olarak kabul edilmesi amacıyla etkili girişimler yapılmaktadır. “Filipinler’de, Temsilciler Meclisi, 19 Mart 2018 tarihinde, boşanmayı yasalaştırmayı öngören tasarıyı kabul etmiştir. Tasarının Senato’da görüşülmesi ve kanunun yürürlüğe girebilmesi için önce Senato tarafından ardından

Modern hukuk düzenlerinde ayrılık, eşlere belirli bir süre ortak yaşama ara vererek, evliliklerini tekrar gözden geçirme ve değerlendirme olanağı sunan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁷²⁶. Bu bağlamda, bazı hukuk düzenlerinde ayrılık, boşanma davasının ön şartı (*ön basamağı/aşaması*) olarak düzenlenmektedir⁷²⁷. Bazı ülke hukuklarında ise boşanma davasından bağımsız olarak da ayrılık kararı talep edilebilmektedir⁷²⁸. Ayrılık kararının, boşanma davasının zorunlu bir ön şartı olarak düzenlenmediği durumlarda, bağımsız ayrılık kararından bahsetmek mümkündür. Bu bağlamda, ayrılık kararı talep etme hakkının, boşanma sebepleri ile paralel olarak düzenlenmesi yahut devam eden boşanma davasında hâkimin takdirine bağlı olarak boşanma yerine ayrılık kararı verilmesi, boşanma ve ayrılık kavramlarının birbirinden bağımsız olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

Türk hukukunda, boşanma hiçbir zaman yasaklanmamıştır. Bu sebeple ayrılık, Katolik kilise hukukunda olduğu gibi, boşanma yasağının zararlarının hafifletilmesine yönelik bir araç olarak düşünülmemektedir. Evlilik birliğini ayakta tutma düşüncesiyle ayrılık kurumuna yer verilmiştir. Türk hukukunda, ayrılık kararının, tarafların talebi üzerine veya hâkim tarafından re'sen verilmesi mümkündür. Şöyle ki boşanma davası açmaya hakkı olan eşin, boşanma veya ayrılık talebiyle dava açması kendi isteğine bırakılmıştır (TMK m. 167). Dolayısıyla, tarafların, boşanmayı talep etmeksizin (*boşanma davasından bağımsız olarak*) ayrılık talebiyle dava açma hakkı vardır. Davanın, yalnızca ayrılık talebiyle açıldığı durumlarda, boşanmaya karar verilmesi

da Devlet Başkanı Rodrigo Duterte tarafından onaylanması gerekmektedir. Filipinlerde geçerli olan mevcut hukukî durum uygulanması oldukça uzun bir prosedür gerektiren yasal ayrılık ve evliliğin iptali seçeneklerine izin veriyor. Yasal ayrılık sonrasında çiftlerin tekrar evlenmesine izin verilmezken, evliliğin iptali uygulamasında da evlilik süresince doğmuş olan çocukları hukukî durumunu etkiliyor.” Haber için bkz. <https://www.dw.com/tr/filipinler-bo%C5%9Fanmay%C4%B1-yasala%C5%9Ft%C4%B1rmaya-%C3%A7al%C4%B1%C5%9F%C4%B1yor/a-43052708>, (ET. 05.05.2018). Ayrıca Filipin halkının boşanma konusundaki yaklaşımlarına ilişkin çalışma hakkında bkz. Jeffrey B. **Abalos**, “Divorce and Separation in the Philippines Trends and Correlates”, *Demographic Research*, Vol. 36 (January-June 2017), pp. 1515-1548.

⁷²⁶ Yalçinkaya/ Kaleli, s. 1450. Mukayeseli hukukta, ayrılık kavramına ilişkin yaklaşımlar için bkz. Öztürk, “Ayrılık”, s. 65-69.

⁷²⁷ Martiny, s. 493. Örneğin İsviçre hukukunda, ayrılık süresi bir ila üç yıl arasında değişmekle birlikte, bazı durumlarda belirsiz süreli karar verilmesi de mümkündür. Boşanma hakkı ise ayrılık süresinin sonunda doğmaktadır. Arjantin hukukunda iki yıllık fiili ayrılıktan sonra yasal ayrılık talep edilebilmekte, boşanmanın talep edilebilmesi içinse üç yılın daha geçmesi gerekmektedir (Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 53-54).

⁷²⁸ Örneğin İspanya hukukunda, evlenmeden itibaren üç ay geçtikten sonra, eşlerden birinin veya her ikisinin talebiyle, hâkim tarafından ayrılık hükmü verilebilir. Belçika hukukunda da hâkim tarafından ayrılık hükmü verilmesi ve bu durumun sürekli ayrılık şeklinde olması da mümkündür. Eşler ortak hayatı yeniden tesis edemezler ise ayrılık süresi içerisinde boşanma davası açabilirler (Öztürk, “Ayrılık”, s. 67).

mümkün değildir (TMK m. 170/2). Ancak her hâlükârda, boşanma sebeplerinden birinin gerçekleşmesi (*ispatlanmış olması*) gerekmektedir⁷²⁹.

Diğer yandan, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunması şartıyla, boşanma talebiyle açılan bir davada da hâkim tarafından re'sen ayrılığa karar verilebilir (TMK m. 170/3). Dolayısıyla, davanın boşanmaya ilişkin olduğu durumlarda; hâkime, boşanma veya ayrılığa karar verme hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. Dava boşanma talebiyle açılmış olsa dahi ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının⁷³⁰ olması durumunda, hâkimin re'sen ayrılık kararı vermesi mümkündür (TMK m. 170/3). Boşanma davası devam ederken, tarafların, boşanma davasının ayrılığa çevrilmesini istemelerinin de mümkün olduğu; bu duruma, önceki davanın sınırlanması mahiyetinde olması ve evlilik birliğini ayakta tutma prensibine de hizmet etmesi itibarıyla izin verildiği ifade edilmektedir⁷³¹.

Kanun, ayrılık süresi hakkında da hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Ayrılık kararının kesinleşmesiyle işlemeye başlayan ayrılık süresinin, bir yıldan üç yıla kadar olması mümkündür (TMK m. 171). Sürenin bitiminde, başka bir işleme veya mahkeme kararına gerek duyulmaksızın ayrılık kendiliğinden sona erer (TMK m. 172/1). Elbette eşlerin ayrılık süresi boyunca herhangi bir aşamada, kendiliğinden ortak yaşamı yeniden tesis etmeleri de mümkündür. Sürenin yasal olarak tamamlanması, ortak hayat yeniden kurulamamış ise önem arz etmektedir. Bu durumda, eşlerden her biri boşanma davası açabilir (TMK m. 172/2). Başka bir anlatımla; daha önceden boşanmayı istemeyen veya kusurlu olan eş de ayrılık süresinin sonunda dava açma imkânına sahiptir⁷³².

Son olarak belirtmemiz gerekir ki ayrılık süresi devam ederken, ayrılık kararına konu olan sebep haricinde, yeni bir boşanma sebebi ortaya çıkarsa; sürenin bitimi beklenmeden, ayrılık kararı ile bağlantılı olmaksızın ayrı bir boşanma davası açılması mümkündür⁷³³.

⁷²⁹ Öztan, s. 708; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 134-135; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 154; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 809; Öztürk, “*Ayrılık*”, s. 70-71.

⁷³⁰ Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının varlığı hususunda; dava konusu boşanma sebebine göre hareket edileceği, eşlerin barışma ihtimâlini gösteren delillerin açıkça gösterilmesi ve barışma olasılığını kaldıran sebeplerin olmaması ve gerekirse uzman görüşü alınması gerektiği belirtilmektedir (Gençcan, “*Boşanma*”, s. 813-818).

⁷³¹ Bahattin Aras, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 31; Öztan, s. 707; Öztürk, “*Ayrılık*”, s. 158.

⁷³² Öztan, s. 711; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 137; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 276; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 156; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 830; Öztürk, “*Ayrılık*”, s. 205-206; Aras, s. 33.

⁷³³ Şakir Berkî, “Boşanma ve Ayrılık”, *AÜHFD*, Y. 1975, C. 32, S. 1-4, ss. 135-154, s. 151, (“*Boşanma*”); Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1472; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 137; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 829; Aras, s. 34.

II. BOŞANMA KAVRAMI VE SINIFLANDIRILMASI

A. Kavram

Boşanma, neredeyse evlenme kadar eski pozitif hukuk kurumlarından biridir⁷³⁴. Boşanma, hukuken geçerli şekilde kurulmuş olan evliliğinin, eşlerin hayat boyu birlikte yaşama amaçlarını kaybetmeleri gibi çeşitli sebeplerle “*ortadan kaldırılması*”⁷³⁵ ya da “*evlilik bağının eşler hayatayken çözülmesini sağlayan bir kurum*”⁷³⁶ olarak nitelendirilmektedir. Başka bir tanım uyarınca boşanma, tarafların hukukî statülerini, evliden bekâra çevirmelerini sağlayan hukukî mekanizmadır⁷³⁷.

Boşanmaya ilişkin hukuk politikalarının nasıl belirlenmesi gerektiği noktasında, “*ferdiyetçi düşünce*” ve “*toplumcu düşünce*” olmak üzere iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Ferdiyetçi düşünce yaklaşımında, eşlerin serbest iradeleri ve istekleri ile evlenmeye karar verdikleri gibi, boşanmaya da karar verebilecekleri savunulmaktadır. Bu noktada boşanmayı zorlaştırmamanın veya daha üstün bir iradenin varlığını aramanın gereksiz olduğu ifade edilmektedir. Toplumcu düşünce ise toplumun temeli olan evliliğin, ferdiyetçiliğin üstünde olduğunu ve toplumsal yararın gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir. Özellikle de gelecek nesillerin korunması açısından boşanmanın sınırlarının geniş tutulmasına karşı çıkılmaktadır⁷³⁸.

Ülkeler arasında, tercih edilen hukuk politikasına bağlı olarak, boşanmaya ilişkin farklı sistemler kabul edilmektedir.

B. Boşanma Kavramının Sınıflandırılması

Günümüzde birçok hukuk sisteminde boşanma; eşlerden birinin veya her ikisinin, kanunlarda düzenlenen sebeplere dayanarak boşanmayı talep etmeleri üzerine, mahkemece verilen karar uyarınca gerçekleşmektedir⁷³⁹. Bununla birlikte, son yıllarda yaygınlaşan boşanmanın kolaylaştırılması anlayışına paralel olarak, boşanmanın yetkili

⁷³⁴ Ringrose, s. 11.

⁷³⁵ Erol Cansel, “Boşanmanın Dayandığı Hukukî Esaslar”, *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C. II, Boşanma Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, ss. 67-113, s. 71-72.

⁷³⁶ Sakmar, s. 1; Tiryakioğlu, “*Yabancı Boşanma Kararları*”, s. 1.

⁷³⁷ Stark, “*Family Law*”, s. 75.

⁷³⁸ Yalçinkaya/ Kaleli, s. 7-11; Öztan, s. 637-638; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 100-101; Öztürk, “*Ayrılık*”, s. 53-54; Aras, s. 8-10; Tezgel, s. 4.

⁷³⁹ Cin, “*Boşanma*”, s. 15 ve s. 21; Öztürk, “*Ayrılık*”, s. 61; Ceylan, “*Boşanmanın Hukuki Sonuçları*”, s. 9; Tezgel, s. 8.

idarî mercii huzurunda gerçekleşmesine ilişkin düzenlemelerde artış gözlemlenmektedir. Bazı ülkelerde ise boşanma serbestisi sistemi uygulanmaktadır. Son olarak “*dijital boşanma*” şeklinde anılan yeni bir uygulama karşımıza çıkmaktadır⁷⁴⁰. Aşağıda bu uygulamalar bağlamında kabul edilen boşanma sistemleri kısaca açıklanacaktır.

1. Mahkeme Huzurunda Gerçekleşen Boşanmalar

Modern ülke hukuklarında (*Almanya, Fransa ve İsviçre gibi*) çoğunlukla, evlilik birliğinin hâkim kararı ile sona ermesi kabul edilmektedir⁷⁴¹. Boşanma sebepleri ise kanunkoyucu tarafından önceden soyut olarak belirlenmektedir⁷⁴². Boşanma ancak kanunda yazılı sebeplerin varlığı hâlinde ve hâkim hükmüyle gerçekleşmektedir⁷⁴³. Bununla birlikte, boşanma sebepleri açısından ülkeler arasında yeknesaklık olmadığı gibi; hâkimin boşanma davasındaki fonksiyonu noktasında da farklılıklar söz konusudur. Aynı boşanma sebeplerinin kabul edildiği ülkelerde dahi, hâkime hem sebeplerin değerlendirilmesi hem de evliliğin sonlandırılması noktasında tanınan takdir yetkisi ayniyet arz etmemektedir.

Aşağıda genel kabul gören boşanma sebepleri kısaca incelenecektir.

a. Anlaşmalı Boşanmalar

Günümüzde birçok ülkede, özellikle de Avrupa ülkelerinde, anlaşmalı boşanmaya doğru bir eğilim görülmekte ve boşanma sisteminin temelinde anlaşmalı

⁷⁴⁰ Yukarıda ayrılık bahsinde incelediğimiz üzere, boşanma yasağı sistemi günümüzde geçerliliğini büyük oranda kaybetmiştir. Bu sebeple ayrı başlık altında tekrar incelenmeyecektir.

⁷⁴¹ Daha önce de belirttiğimiz üzere, Nüfus Hizmetleri Kanunu’na eklenen m. 27/A hükmüyle, yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararların, bazı şartlar altında tanıma/tenfiz davası açılmaksızın nüfus kütüğüne tesciline imkân sağlanmıştır. Söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin olarak, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından “*Yabancı Ülke Adli veya İdarî Makamlarınca Verilen Kararların Tesciline Yönelik Açıklama*” yayımlanmış ve söz konusu açıklamada yabancı ülkelerde boşanmaya karar veren makamlara (adli/idarî) ilişkin detaylı bir listeye (Ek-9) yer verilmiştir. İlgili liste incelendiğinde de günümüzde birçok ülkede hâlen adli boşanmaların tercih edildiği görülmektedir. Söz konusu açıklama ve karar makamlarına ilişkin liste için bkz. <https://www.nvi.gov.tr/talimat-aciklayici-yazilar>, (ET. 10.03.2019).

⁷⁴² Liberal bir örnek olarak, İspanya hukukunda 2005 yılında yapılan reform ile boşanmanın belirli sebeplere dayanması gerekliliği kaldırılmıştır. Boşanmayı talep edebilmek için evliliğin sadece üç ay devam etmiş olması yeterli görülmektedir (Martiny, s. 495).

⁷⁴³ Yalçınkaya/ Kaleli, s. 27; Öztan, s. 639; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 239; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 106; Ceylan, “*Boşanmanın Hukuki Sonuçları*”, s. 9.

boşanma ilkesi benimsenmektedir⁷⁴⁴. İrade prensibine dayanan anlaşmalı boşanmalar, eşlerin ortak iradeleriyle kurulan evlilik birliğinin, yine onların iradeleriyle sona erdirilmesini öngörür⁷⁴⁵. Bununla birlikte, ortak iradenin boşanma için yeterli olup olmadığı ve ek bazı şartların gerekli görülüp görülmediği noktasında ülkeler arasında farklı yaklaşımlar gözlemlenmektedir. Bazı hukuk düzenlerinde, başka herhangi bir şart aranmaksızın; sadece tarafların ortak iradesi boşanma için yeterli görülmekte ve hâkimin görevi tarafların iradesini onaylamaktan ibaret olmaktadır. Buna karşılık birçok hukuk düzeninde, anlaşmalı boşanmaya başvurabilmek için evliliğin belirli bir süre devam etmiş olması ve tarafların boşanmanın mâlî sonuçları ile ortak çocuklarına ilişkin hususlarda da anlaşmaları aranmaktadır⁷⁴⁶. Sadece tarafların iradesini yeterli görmeyen hukuk düzenlerinin çoğunda hâkimin görevi de ortak iradenin onaylanmasından ibaret değildir. Taraflar arasındaki anlaşmanın âdil olmaması gibi durumlarda, hâkime, anlaşmayı değiştirerek onaylama veya boşanmayı reddetme yetkisi de tanınmaktadır⁷⁴⁷.

Anlaşmalı boşanmanın en önemli özelliği, eşlerin evlilik birliğini hangi sebeplerle sona erdirmeye karar verdiklerini açıklama veya ispatlama yükümlülüklerinin bulunmamasıdır⁷⁴⁸. Bu sayede daha kısa sürede, daha sorunsuz ve sessizce boşanma sağlanmakta, özellikle de çocukların olumsuz etkilenmesi büyük oranda önlenmektedir⁷⁴⁹. Bununla birlikte, boşanma protokolünün her zaman tarafların gerçek iradesini yansıtmayabileceği, bazı durumlarda zayıf durumda olan yahut evlilikten bir an önce kurtulma düşüncesiyle geleceğini detaylı düşünmeden hareket eden eş açısından dezavantajlı olabileceği, anlaşmalı boşanmanın olumsuz yönleri olarak ifade edilmektedir⁷⁵⁰.

⁷⁴⁴ Şükran Şıpka, “Karşılaştırmalı Hukukta Evliliğin Sona Erme Nedenleri ve Sonuçlarına Toplu Bakış”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı - Medenî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, 18- 20 Kasım 2005, (Yayına Hazırlayanlar: Doç. Dr. Şükran Şıpka, Arş. Gör. Ebru Şensöz, Arş. Gör. Ayşe Nilay Şenol ve Arş. Gör. Arif Barış Özbilen), İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, ss. 33-45, s. 34 ve s. 38, (“Toplu Bakış”).

⁷⁴⁵ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 240; Velidedeoğlu, s. 183; Gençcan, “Boşanma”, s. 114; Aras, s. 17; Tezgel, s. 8.

⁷⁴⁶ Masha Antokolskaia, “Divorce Law in a European Perspective”, European Family Law Volume III - Family Law in a European Perspective (Edited by Jens M. Sherpe), Edward Elgar Publishing, Cheltenham- Northampton 2016, pp. 41-82, p. 71; Swennen, s. 34-35.

⁷⁴⁷ Bununla birlikte, uygulamada bu yetkinin nadiren kullanıldığı ifade edilmektedir (H. Bix, s. 388).

⁷⁴⁸ Yalçınkaya/ Kaleli, s. 22.

⁷⁴⁹ H. Bix, s. 387-388.

⁷⁵⁰ Şıpka, “Toplu Bakış”, s. 35.

b. Çekişmeli Boşanmalar

Tarafların boşanma veya boşanmanın sonuçları konusunda anlayamadıkları durumlarda, çekişmeli boşanmalar gündeme gelir. Çekişmeli boşanmalarda, boşanma sebeplerinin neler olacağına dair çeşitli temel prensipler benimsenmiştir. Aşağıda bu prensipler kısaca incelenecektir.

aa. Kusur Prensibi

Birçok hukuk sisteminde uzun yıllar egemen olan kusur prensibinde, evlilik birliğinin sona ermesi için eşlerin kusurlu olması aranmaktadır⁷⁵¹. Kusurun kaynağı, esas itibarıyla yükümlülüklerdir. Zira kusurdan bahsedebilmemiz için geçerli bir sebep olmaksızın yükümlülüklerin ihlâl edilmesi gerekmektedir⁷⁵². Aile, özellikle de evlilik birliği, eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı özel yükümlülüklerinin bulunduğu bir alandır⁷⁵³. Bu bağlamda, eşlerden birinin ve/veya her ikisinin, kusurlu bir şekilde evlilikten doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle evlilik birliğine zarar vermesi, boşanma sebebi olarak görülmektedir. Bu durumda, boşanma hakkının kusursuz veya daha az kusurlu eşe tanınmasıyla, diğer eşe karşı korunması amaçlanmaktadır⁷⁵⁴. Ancak, eşlerin dava sürecinde ağır ithamlara yönelmeleri, olayları saptırmaları, birbirlerini karalamaları gibi insan haysiyetiyle bağdaşmayan durumlar yaşanması ve dolayısıyla da eşler arasında barışma imkânını zorlaştırması da kusur prensibinin olumsuz yönlerindendir⁷⁵⁵.

Günümüzde, kusur prensibi birçok ülke hukukunda terkedilmiştir⁷⁵⁶. Özellikle 1960'lı ve 1970'li yıllardan itibaren, kusura dayanmayan boşanma prensiplerine doğru bir geçiş gözlemlenmektedir⁷⁵⁷. Örneğin, Alman hukukunda, boşanmaya ilişkin maddî

⁷⁵¹ Yalçinkaya/ Kaleli, s. 31; Feyzioğlu, s. 280; Cin, “Boşanma”, s. 22; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 240; Cin, “Boşanma”, s. 22; Gençcan, “Boşanma”, s. 115.

⁷⁵² Scott **FitzGibbon**, “*A City without Duty, Fault, or Shame*”, *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution* (Edited by Robin **Fretwell Wilson**), Cambridge University Press, New York 2012, pp. 28-47, p. 29.

⁷⁵³ FitzGibbon, s. 40-41.

⁷⁵⁴ Yalçinkaya/ Kaleli, s. 31; Cin, “Boşanma”, s. 22; Öztan, s. 639-640; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 240; Cin, “Boşanma”, s. 22; Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 57; Aras, s. 13.

⁷⁵⁵ Yalçinkaya/ Kaleli, s. 32; Velidedeoğlu, s. 184; Öztan, s. 640; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 240; Şıpka, “*Toplu Bakış*”, s. 34.

⁷⁵⁶ Martiny, s. 495; Swennen, s. 34.

⁷⁵⁷ Antokolskaia, “*Divorce*”, s. 69; Swennen, s. 34; Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 22. Ayrıca bkz. Šarūnas **Keserauskas**, “*Moving in the Same Direction: Presentation of Family Law Reforms in*

hukuk normlarının bir reform kanunu (*EheRÄndG*) ile değiştirilmesinden sonra, kusur prensibine yer verilmediği ifade edilmektedir⁷⁵⁸. Benzer şekilde, İsviçre Medenî Kanunu'nun 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren boşanmaya ilişkin yeni hükümlerinde; hem kusurun ve kusur oranlarının belirlenmesindeki zorluklar hem de eşlerin ve çocukların bu durumdan zarar görme olasılıkları gibi gerekçelerle, kusur prensibine yer verilmemiştir⁷⁵⁹. Türk hukukunda ise aşağıda göreceğimiz üzere, bazı boşanma sebepleri kusur prensibi temelinde düzenlenmiştir. Diğer yandan, boşanmanın sonuçları açısından da eşlerin kusuruna dayanarak bir değerlendirme yapılmaktadır⁷⁶⁰.

bb. Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması Prensibi

Modern ülke hukuklarının çoğunda (*İngiltere, Fransa, Yunanistan, İtalya, Kanada, Bulgaristan, Almanya gibi*) kusur prensibinin sakıncalarını bertaraf etmek amacıyla, “*evlilik birliğinin temelden sarsılması prensibi*” genel boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir⁷⁶¹. Bu prensip uyarınca, eşlerden biri veya her ikisi de kusurlu olsa dahi evlilik bağı temelden sarsılmamışsa ve evliliği devam ettirmek mümkünse boşanma yoluna gidilmemelidir⁷⁶². Buna karşılık, eşlere atfedilecek bir kusur olmaksızın evliliğin devamı imkânsız hâle gelmişse, evlilik birliğinin sarsıldığı

Lithuania”, The International Survey of Family Law - 2004 Edition, (General Editor: Andrew Bainham), Jordan Publishing, Bristol 2004, pp. 315-335.

⁷⁵⁸ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 57.

⁷⁵⁹ Ceylan, “Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, s. 11 ve s. 19-20. Amerikan hukukundaki yaklaşım için bkz. Lynn D. Wardle, “Beyond Fault and No-Fault in the Reform of Marital Dissolution Law”, *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution* (Edited by Robin Fretwell Wilson), Cambridge University Press, New York 2012, pp. 9-28, (“*Marital Dissolution*”).

⁷⁶⁰ Öztan, s. 640; Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 57; Aras, s. 13. Ayrıca bkz. Nafiye Yücedağ, “Yargıtay Kararları Işığında Kusurun Boşanmanın Mali Sonuçlarına Etkisi”, *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II - Aile Hukuku*, 20 Nisan 2017, (Editör: Prof. Dr. Baki İlkay Engin), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, ss. 287-315. Doktrinde bir görüş uyarınca, kusur prensibine ve özel boşanma sebeplerine dayalı boşanma sisteminin, Avrupa ülkelerinde ve İsviçre’de terk edilmesinden hareketle, Türk hukukunda da benzer bir revizyon ihtiyacı olduğu ifade edilmektedir (Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *MHB, Y. 35, S. 1, 2015*, ss. 29-47). Buna karşılık, doktrinde başka bir görüşe göre, özel boşanma sebepleri terk edilse dahi boşanma kararının tazminat gibi yan sonuçlarının düzenlenmesi noktasında kusurun etkisinin tamamen bertaraf edilmemesi gerektiği belirtilmektedir (Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 117).

⁷⁶¹ Evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanma ve özellikle de İsviçre ve Alman hukukunda evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı boşanmaya ilişkin düzenlemelerin incelenmesi hakkında bkz. Mustafa Ünlütepe, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

⁷⁶² Öztan, s. 640-641; Aras, s. 15.

gerekçesiyle boşanma hakkı tanınmalıdır⁷⁶³. Evlilik birliğinin temelden sarsıldığı gerekçesiyle eşlerden her birinin, boşanmayı isteme hakkı vardır⁷⁶⁴.

Boşanma sebeplerinin değerlendirilmesi noktasında hâkimin geniş takdir yetkisi söz konusudur. Doktrinde bir görüş uyarınca, hangi şartların varlığı hâlinde evliliğin temelden sarsıldığının önceden objektif olarak belirlenmesi mümkün değildir⁷⁶⁵. Öyle ki eşlerin eğitim ve kültür durumları, değer yargıları ve sosyal çevreleri de nazara alınarak evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir⁷⁶⁶. Diğer bir görüş uyarınca, hâkim objektif kıstaslara bakarak, evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığını araştırarak ve bu noktada eşlerin kusuru dikkate alınmayacaktır⁷⁶⁷. Önemli olan evlilik birliğini devam ettirmeme arzusunun taraflardan beklenebilir nitelikte olması, eşlerin kişiliklerinin korunması ve artık topluma da fayda sağlamayacak bir evliliğin sonlandırılmasıdır⁷⁶⁸.

Yukarıda belirttiğimiz görüş farklılıkları, ülkelerin evlilik birliğinin temelden sarsılması prensibini düzenlerken farklı kriterlerden yola çıkmasına sebebiyet vermiştir. Öyle ki bazı ülke hukuklarında (*Bulgaristan, Hollanda, Polonya ve Macaristan gibi*) subjektif bir kriter olarak mahkemenin evliliğin kurtarılamayacak nitelikte olduğuna ikna olması yeterliyken, bazı ülkelerde (*İtalya, Yunanistan ve Fransa gibi*) objektif bir kriter olarak evlilik birliğinin temelden sarsıldığının kabulü için belirli ayrılık süreleri gerekli görülmektedir⁷⁶⁹. Bazı ülkelerde (*İrlanda ve Malta gibi*) ise iki kriterin birlikte uygulanması suretiyle, evlilik birliğinin temelden sarsılması prensibine dayanarak boşanma oldukça zorlaştırılmaktadır⁷⁷⁰.

⁷⁶³ Cin, “Boşanma”, s. 24; Öztan, s. 641; Feyzioğlu, s. 282-283; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 241; Gençcan, “Boşanma”, s. 116; Ceylan, “Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, s. 12; Aras, s. 15.

⁷⁶⁴ Yalçınkaya/ Kaleli, s. 35; Velidedeoğlu, s. 185; Öztan, s. 641.

⁷⁶⁵ Yalçınkaya/ Kaleli, s. 34-35.

⁷⁶⁶ Yalçınkaya/ Kaleli, s. 34-35.

⁷⁶⁷ Öztan, s. 641; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 241.

⁷⁶⁸ Öztan, s. 641; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 241.

⁷⁶⁹ Örneğin; İtalya’da üç yıl, Yunanistan ve İsviçre’de dört yıl, İngiltere’de beş yıl, Avusturya’da altı yıl, Fransa’da ise iki yıllık ayrılık sonrasında evlilik birliğinin temelden sarsıldığı kesin karine olarak kabul edilmektedir. Ülkeler arasında gerekli görülen ayrılık süreleri farklı olduğu gibi, söz konusu ayrılık sürelerinin yasal ayrılık süresi mi yoksa fiili ayrılık süresi mi olduğu noktasında da yeknesaklık yoktur (Antokolskaia, “Divorce”, s. 70). Alman hukukunda ise bir yıllık ayrılık süresi aranmaktadır. Bir yıldan daha kısa süren ayrılıklarda boşanma ancak “katlanılamaz zorluk” durumunda mümkün görülmektedir. Üç yıllık ayrılık süresinden sonra ise artık evlilik birliğinin temelden sarsıldığı kesin karine olarak kabul edilmektedir (Martiny, s. 495).

⁷⁷⁰ Antokolskaia, “Divorce”, s. 70.

cc. Elverişsizlik Prensibi

Eşlerden birinin ruhsal veya fiziksel bir problemi sebebiyle, evlilik birliğinin kendisine yüklediği sorumlulukları yerine getirememesi durumunda, diğer eş yönünden evlilik birliğinden doğan haklı beklentilerinin karşılanamaması sonucu doğmaktadır. Bu durumda diğer eşin talebi üzerine boşanma kararı verilir⁷⁷¹. Evlilik birliğinin sona ermesine sebebiyet verecek nitelikteki ruhsal veya fiziksel problemlere; akıl hastalığı, iktidarsızlık, bulaşıcı hastalık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı gibi hâller örnek gösterilmektedir⁷⁷².

dd. Fiili Ayrılık Prensibi

Eşlerin herhangi bir zorunluluk olmaksızın, kendi istekleri ile bir arada yaşamamaları durumunda, evlilik birliğinin devamının bir anlamı kalmadığı düşünülmektedir⁷⁷³. Fiili ayrılığın boşanma sebebi olarak kabul edilebilmesi için ülke hukuklarında farklı süreler öngörülmüştür. Süre belirlenirken, çok uzun sürelerle boşanmanın aşırı zorlaştırılmaması, diğer yandan çok kısa sürelerle de bir nevi serbest boşanma sistemine benzetilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷⁴. Eşlerin öngörülen süre boyunca ayrı kalmaları durumunda, boşanmaya hükmedilmesi beklenmektedir.

2. İdarî Makamlar Huzurunda Gerçekleşen Boşanmalar

Boşanmanın kolaylaştırılması yaklaşımı, adlî olmayan muhtelif boşanma usûllerinin kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Son yıllarda, noterler huzurunda veya belediyeler ve valilik ofisi gibi idarî makamlar huzurunda boşanmaya izin veren ülke hukuklarında artış gözlemlenmektedir⁷⁷⁵. Bu tarz boşanmaların yasal olarak kabul edildiği başlıca ülkelere; Danimarka, İzlanda, Brezilya, Romanya ve Norveç örnek

⁷⁷¹ Yalçinkaya/ Kaleli, s. 36; Feyzioğlu, s. 283; Cin, “Boşanma”, s. 24; Öztan, s. 642; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 242; Gençcan, “Boşanma”, s. 116; Aras, s. 18.

⁷⁷² Cin, “Boşanma”, s. 24; Gençcan, “Boşanma”, s. 116-117; Ceylan, “Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, s. 12-13; Aras, s. 18; Tezgel, s. 8-9.

⁷⁷³ Yalçinkaya/ Kaleli, s. 37-38; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 242; Ceylan, “Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, s. 13; Tezgel, s. 9.

⁷⁷⁴ Yalçinkaya/ Kaleli, s. 38-39.

⁷⁷⁵ Swennen, s. 34-35.

gösterilebilir⁷⁷⁶. İdari makam huzurunda boşanmayı kabul eden bu ülkelerde; idarî boşanma, uzun zamandır adlî boşanmaya alternatif olarak görülmektedir⁷⁷⁷.

İdarî makamlar huzurunda gerçekleşen boşanmalar; genellikle tarafların karşılıklı anlaşmasına dayanmakta ve yetkili makamın görevi, söz konusu anlaşmayı onaylamaktan ibaret olmaktadır. Tarafların, hem boşanma hem de boşanmanın sonuçları konusunda (*nafaka ve velayet gibi*) anlaşmaları gerekmektedir. Yetkili idarî makamın, boşanmanın gerekliliği yahut boşanmanın sonuçları hakkında herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁷⁷⁸. Örneğin, Rus hukukunda boşanma konusunda yetkili kabul edilen belediyelerin görevi, boşanmanın tescilinden ibarettir. Belediyenin, evliliğin sona erme sebeplerini araştırmak yahut eşler arasında sulhun sağlanması gibi bir görevi yoktur⁷⁷⁹. Bununla birlikte, Danimarka hukukunda olduğu gibi, idarî makama, “*idarî boşanma kararının verilmesinin tavsiye edilemez nitelikte bulunması*” gibi sebeplerle, boşanma talebinin reddedilmesi yetkisi tanındığı da görülmektedir⁷⁸⁰.

Fransız hukukunda, 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme uyarınca, boşanma ve boşanmanın sonuçları üzerinde karşılıklı anlaşmaya varan eşler, avukatları aracılığıyla noter huzurunda boşanmak üzere başvuruda bulunabilirler. Düzenlemenin dikkat çeken noktalarından birisi, anlaşmalı boşanma sözleşmesini imzalamadan önce eşlere, on beş günlük bir zorunlu düşünme süresi öngörülmüş olmasıdır. Süre sonunda, anlaşmanın gerekli şekli şartları sağlayıp sağlamadığı noter tarafından kontrol edilip onaylandıktan sonra boşanma gerçekleşmektedir⁷⁸¹. Fransız hukukunda, idarî boşanma usûlünün adlî boşanmaya alternatif olarak düzenlendiği ifade edilebilir. Nitekim “*yargısal anlaşmalı boşanma*” usûlü de hâlen yürürlüktedir⁷⁸².

Japon hukukunda, “*Kyogi Rikon*” olarak adlandırılan ve eşlerin karşılıklı iradesine dayanan, kolay bir boşanma yöntemi kabul edilmiştir (*Japon Medenî Kanunu*, m. 763 vd.). Bu usûlde boşanma, eşlerin “*rikon todoke*” adı verilen bir boşanma

⁷⁷⁶ Antokolskaia, “*Divorce*”, s. 72-75; Swennen, s. 35; Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 43-46.

⁷⁷⁷ Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 44.

⁷⁷⁸ Salımya **Ganiyeva**, “Türk ve Rusya Federasyonu Milletlerarası Usul Hukukunda İdarî Boşanma Kararlarının Tanınması Sorunu”, *MHB*, C. 33, Y. 2013, S. 1, ss. 31-60, s. 36, (“*İdarî Boşanma*”).

⁷⁷⁹ Ganiyeva, “*İdarî Boşanma*”, s. 45.

⁷⁸⁰ Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 44-45; Ganiyeva, “*İdarî Boşanma*”, s. 36.

⁷⁸¹ Bkz. <https://www.notaires.fr/en/couple-family/differents-types-divorce>; <http://www.iha.com.tr/haber-fransada-bosanmalari-artik-noter-yapacak-621674/>, (ET. 13.05.2018).

⁷⁸² Bkz. Ebru **Ceylan**, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 6, S. 12, Aralık 2018, ss. 315-334, s. 327-328, (“*Boşanma Sebepleri*”).

formunu doldurması ve imzalaması suretiyle gerçekleşmektedir⁷⁸³. Daha sonra eşler, ilgili formu belediyede tescil ettirirler. Belediyelerin, boşanma formunu tescil etmekten başka fonksiyonu olmadığı gibi, başvuruyu reddetme yetkileri de bulunmamaktadır⁷⁸⁴. Bu yönüyle, aşağıda göreceğimiz özel boşanmalara yakın bir boşanma türü olmakla birlikte, belediyede tescil işlemi gerçekleşmeksizin tarafların anlaşmasının tek başına boşanma sonucu doğurmadığı gerekçesiyle, bu tür boşanmalar da idarî boşanma kategorisinde değerlendirilmektedir⁷⁸⁵.

Çin Halk Cumhuriyeti’nde, sadece anlaşmalı boşanmak isteyen çiftlerin boşanma işlemleri idarî makamlar huzurunda gerçekleşmekte, taraflarca hazırlanıp imzalanan sözleşmenin kayda geçirilmesiyle birlikte, her iki tarafa da nihai karar niteliği taşıyan “*boşanma cüzdanı*” verilmektedir. İspanya hukukuna da, Noterlik Kanunu’na 2015 yılında eklenen bir düzenlemeyle, “*çiftlerin anlaşmalı boşanma istemeleri, çocuklarının olmaması, başvuru sırasında kadının hamile olmaması, evlilik süresinin 3 aydan fazla olması ve yanlarında avukatlarının bulunması halinde Noterler ya da mahkeme adli katipleri önünde*” boşanma imkânı sağlanmıştır. Yunan hukukunda, 22 Aralık 2017 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme uyarınca, anlaşmalı boşanmaların noter huzurunda gerçekleşmesi imkânı tanınmış olmakla birlikte; söz konusu boşanmanın geçerlilik kazanması için mutlaka evliliğin tescil edilmiş olduğu belediyeye boşanmanın bildirilmesi ve boşanmanın belediye tarafından da tescil edilmesi gerekmektedir. Ek olarak; Letonya, Moldova, Özbekistan (*çocuksuz evlilikler*), Romanya, Tayland gibi diğer birçok ülkede de anlaşmalı boşanma hâlinde idarî makamların yetkili olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁶.

⁷⁸³ Bkz. http://www.international-divorce.com/kyogi_rikon.htm, (ET. 15.05.2018).

⁷⁸⁴ Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 64-65.

⁷⁸⁵ Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 64. İngiliz mahkemelerinin önüne gelen, Kyogi Rikon ile gerçekleşen bir boşanmanın tanınmasına ilişkin uyuşmazlıkta da boşanmanın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için sadece tarafların anlaşmasının yeterli olmadığına, tescil edilmesinin zorunluluğuna değinilerek, “*belirli bir usulle gerçekleşen boşanma*” olduğu sonucuna varılmıştır (Bkz. H v H (*Queen’s Proctor Intervening*) (*Validity of Japanese divorce*) - In the High Court Of Justice Family Division, (<https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed1852>, ET. 12.04.2018).

⁷⁸⁶ Paragrafta yer verilen ülkeler ve diğer birçok ülke hukuku hakkında bkz. NVİ- “*Yabancı Ülkelerde Boşanmaya, Evliliğin Butlanına/İptaline veya Mevcut Olup Olmadığının Tespitine İlişkin Karar Veren Makamların (İdari/Adli) Listesi*”, (<https://www.nvi.gov.tr/talimat-aciklayici-yazilar>, ET. 10.03.2019).

3. Özel Boşanmalar

Herhangi bir resmî makamın müdahalesi olmaksızın, sadece tarafların tek taraflı iradeleriyle veya karşılıklı anlaşmaları ile evlilik birliğini sonlandırmaları “*özel boşanma*” olarak ifade edilebilir⁷⁸⁷. Bu tarz boşanmalar, “*iradî boşanmalar*” şeklinde de adlandırılmaktadır⁷⁸⁸. Temelinde ferdiyetçi görüş prensibine dayanan ve eşlerin özgür iradelerine her şeyin üstünde değer veren bu tarz boşanmalarda, eşlerin karşılıklı olarak anlaşmaları veya içlerinden birisinin isteği ile evlilik birliği sona ermektedir⁷⁸⁹.

Roma hukukunda, özel boşanmalara izin verildiği görülmektedir. Nitekim Roma hukukunda, evlilik taraf iradelerine dayanan bir sözleşme olarak kabul edilmekteydi. Bu anlayışa paralel olarak, evlilik birliğinin sona ermesi için, mahkeme kararına gerek olmaksızın, erkek veya kadının tek taraflı olarak evliliğe son verme arzusu gerekli ve yeterliydi⁷⁹⁰. Tarihi süreçte farklı hukuk düzenlerinde (*Cermen, Babil ve İbrani hukukları gibi*) kabul edilen özel boşanmalara, özellikle de hâlen dinî kuralların etkisinde olduğu iddia edilen ülke hukuklarında (*Yemen, Kuveyt, Suudi Arabistan ve Suriye gibi*) rastlamak mümkündür.

Aşağıda, özel boşanmalar, “*tarafların karşılıklı iradesi ile gerçekleşen boşanmalar*” ve “*eşlerden birinin tek taraflı iradesi ile gerçekleşen boşanmalar*” şeklinde sınıflandırılarak incelenecektir.

a. Tarafların Karşılıklı İradesi ile Gerçekleşen Boşanmalar

Bazı ülke hukuklarında, yetkili bir makamın kurucu etkisi olmaksızın sadece tarafların karşılıklı iradesi ile evlilik birliğinin sona ermesini yasal olarak kabul edilmektedir. Doğu Asya ülkelerinin çoğunda; evlilik birliği, evlilik sözleşmesinin taraflarca feshi ile sona ermektedir. Örneğin, Tayvan Medenî Kanunu’na (§ 1049) göre

⁷⁸⁷ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 82. Benzer bir tanım uyarınca, devlet otoritesine ihtiyaç duyulmaksızın evliliğin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi (*feshedilmesi*) özel boşanma olarak adlandırılmaktadır (Susanne Lilian Gössl, “Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, “Private Divorces” and Islamic law under the Rome III Regulation”, *The European Legal Forum*, Issue 3/4-2017, pp. 68-74, p. 68).

⁷⁸⁸ Tiryakioğlu, “*Yabancı Boşanma Kararları*”, s. 37.

⁷⁸⁹ Yalçınkaya/ Kaleli, s. 19-20; Öztan, s. 638; Cin, “*Boşanma*”, s. 18; Öztürk, “*Ayrılık*”, s. 54.

⁷⁹⁰ Kemal T. Gürsoy, “Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler”, *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C. II, Boşanma Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, ss. 1-47, s. 1; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 236; Cin, “*Boşanma*”, s. 15-16; Velidedeoğlu, s. 179.

boşanma, eşler tarafından bizzat düzenlenen anlaşmanın iki şahit huzurunda imzalanması suretiyle gerçekleşmektedir⁷⁹¹.

İslâm hukukunda, eşlerin anlaşarak evlilik birliğine son vermeleri “*muhâlaa*” olarak adlandırılmaktadır⁷⁹². Karşılıklı anlaşma yoluyla boşanma talebi, çoğunlukla kadından gelmektedir. Kadınlar, kocalarını razı edebilmek amacıyla mehir, iddet nafakası gibi birtakım mâlî haklarından vazgeçmekte ve hatta kimi durumlarda üstüne bir bedel ödeyerek evliliği sonlandırmaktadırlar⁷⁹³. Osmanlı döneminde, karşılıklı anlaşma yoluyla boşanmanın mahkeme huzurunda gerçekleşmesi veya mahkemece onaylanması gerekli olmamakla birlikte, ispat kolaylığı sağlamak ve ferâgat edilen mâlî hakların sonradan talep edilmesini önlemek amacıyla, mahkeme huzurunda yapıldığı veya mahkeme defterine tescil ettirildiği ifade edilmektedir⁷⁹⁴.

b. Eşlerden Birinin Tek Taraflı İradesi ile Gerçekleşen Boşanmalar

Eşlerden birinin tek taraflı irade açıklaması ile boşanmanın en bilinen örnekleri, İslâm hukukundaki “*talâk*” ve Yahudi hukukunda kabul gören “*get*” sistemidir. Aşağıda bu iki boşanma usûlü kısaca açıklanacaktır.

aa. Talâk

İslâm hukukunda, en yaygın başvurulanan boşanma yöntemi olan talâk, kocanın veya bazı durumlarda kadının tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirdikleri boşanma olarak tanımlanmaktadır⁷⁹⁵. Tek taraflı irade beyanıyla boşanma yetkisi, esas itibarıyla kocada olmakla birlikte, nikâh anında veya sonrasında, kocanın karısına da boşanma yetkisi vermesi mümkündür. “*Tefvîz-i talâk*” olarak adlandırılan bu durumda, kadın eş

⁷⁹¹ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 26.

⁷⁹² Aydın, “Osmanlı”, s. 106 ve s. 120. Muhâlaa usulü, “*hul*” veya “*khul*” (“*khula*”- “*khul divorce*”) olarak da adlandırılmaktadır (Bkz. Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 43 ve s. 54-57). İslâm hukukunda, meydana geliş şekli ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla, muhâlaa, talâk ve tefrik olmak üzere üç farklı boşanma türünden bahsedilebilir (Aydın, “Osmanlı”, s. 106). Evlilik birliğinin hâkim kararıyla sona erdirilmesi tefrik kavramıyla ifade edilmiştir. Tek taraflı irade beyanıyla veya anlaşarak boşanma usulünde herhangi bir sebebin varlığı aranmazken, mahkemece boşanmaya karar verilebilmesi için kötü davranış/geçimsizlik veya cinsi hastalık, akıl hastalığı veya cüzzam gibi geçerli bir sebebin olması gerekmektedir (Bkz. Aydın, “Osmanlı”, s. 123-131).

⁷⁹³ Aydın, “Osmanlı”, s. 120-121; Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 43.

⁷⁹⁴ Aydın, “Osmanlı”, s. 120.

⁷⁹⁵ Aydın, “Osmanlı”, s. 106; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 235-236; Cin, “Boşanma”, s. 33.

de tek taraflı irade beyanıyla evlilik birliğine son verebilmektedir⁷⁹⁶. İslâm hukukunda, evlilik birliğinin sona ermesi hoş karşılanmamakla birlikte, kilise hukukunda olduğu gibi zorlaştırılmamış; aksine sebep göstermeksizin tek taraflı irade beyanıyla evliliği sona erdirme yetkisi verilerek oldukça kolaylaştırılmıştır⁷⁹⁷.

Talâk, kural olarak herhangi bir idarî veya adlî tamamlayıcı usûle tâbi olmaksızın kendiliğinden geçerli kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Osmanlı döneminde, kadı sicillerinde talâk ile gerçekleşen boşanmaların kaydedildiği gözlemlenmiştir. Talâk ile gerçekleşen boşanmaların mahkeme defterine kaydedilmesi zorunlu olmamakla birlikte, ispat kolaylığı sağlamak, mehir veya evlilik nafakası gibi ödemeleri kolaylaştırmak ve özellikle de yeniden evlenmek isteyen kadınların evlilik izinnamesi alabilmek için önceki evliliğinin sona erdiğini gösterebilmesi açısından bu usûlün benimsendiği ifade edilmektedir⁷⁹⁸.

Günümüzde, İslâm hukukunun uygulandığı iddia edilen ülke hukukları incelendiğinde, talâk usûlüne ilişkin farklı yaklaşımlar sergilendiği görülmektedir⁷⁹⁹. Yemen, Kuveyt, Suudi Arabistan ve Suriye’de, talâkın orijinal hâline sadık kalınarak, herhangi bir resmî makamın katılımı olmaksızın, kocanın tek taraflı beyanı boşanma için yeterli görülmektedir⁸⁰⁰. Bununla birlikte, Ürdün, Irak ve Fas gibi bazı ülke hukuklarında, tescil zorunluluğu getirilmiştir⁸⁰¹. Dolayısıyla, ilgili ülke hukukları

⁷⁹⁶ Aydın, “Osmanlı”, s. 114; Cin, “Boşanma”, s. 67. Bu yöntem çok sık kullanılmamakla birlikte, özellikle de uzun bir yolculuğa çıkan erkekler tarafından ölüm veya sair sebeplerle dönememe ihtimaline karşı eşlerini mağdur etmemek için kullanılmıştır. Zira kocanın gaip olması sebebiyle evlilik birliğinin mahkemece sonlandırılması mümkün değildi (Aydın, “Osmanlı”, s. 115).

⁷⁹⁷ Aydın, “Osmanlı”, s. 106. Kolay boşanma yaklaşımı benimsenmiş olmakla birlikte, boşanmaya “üç talâk” sınırı (*Talâkı selâse*) getirilerek, kocanın boşanma hakkını kötüye kullanması ve eşine yönelik bir tehdit hâline getirmesi engellenmek istenmiştir. Üç talâk hakkı kullanılır ise kocanın boşandığı eşyle yeni bir nikâh kıyarak evlenmesi, kural olarak mümkün değildir. Ancak boşanan kadın, başka biriyle hileli olmayan ve fiilen de gerçek bir evlilik yapar ve boşanırsa, eski kocasıyla tekrar evlenebilir. Bu durum yeniden evlilik için aranan mutlak bir ön şart niteliğindedir. Mahkemeler ikinci evlilik gerçekleşmeden, eşlerin tekrar evlenmelerine izin vermemiştir (Aydın, “Osmanlı”, s. 113-114). Doktrinde bir görüş uyarınca, üç talâk sınırının, esasında kadının onurunu korumak ve erkeğin kadına zulmetmesini engellemek amacıyla getirildiği ve bu anlamda boşanma hakkının son haddini gösterdiği de ifade edilmektedir (Berki, Ş., “Boşanma”, s. 137-138).

⁷⁹⁸ Aydın, “Osmanlı”, s. 110.

⁷⁹⁹ Bkz. Susan Rutten, “Recognition of Divorce by Repudiation (talaq) in France, Germany and the Netherlands”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 11, No. 3, Y. 2004, pp. 263-285, p. 264.

⁸⁰⁰ Rutten, s. 264; Ekşi, “Medenî Olmayan Evlilikler”, s. 56.

⁸⁰¹ Rutten, s. 264; Ekşi, “Medenî Olmayan Evlilikler”, s. 56. Hâlen yürürlükte olan 19 Aralık 1959 tarihli ve 188 sayılı Irak Aile Kanunu’nun 38. maddesine göre, Irak hukukunda iki tür talâk olduğu ifade edilmektedir: “1. Dönülebilir Talak: Koca karısıyla iddet süresi içinde yeniden evlenme sözleşmesi yapması gerekmeksizin evliliğe devam edebilir. Talak nasıl ispat edilmişse, eş geri çevirmek de öyle ispat edilir. 2. Bain, iki kısma ayrılır: a. Küçük Bain Talak: Karısını boşayan koca, onunla yeni bir evlenme sözleşmesi ile bir daha evlenebilir. b. Büyük Bain Talak: Karısını boşayan koca, boşadığı karısını üç talak ile boşayıp iddet süresi de bitmiş ise, onunla bir daha evlenemez” (Mervet Waleed Ali, “Türk ve

açısından, talâk beyanıyla gerçekleşen boşanmaların, kanaatimizce, idarî boşanmalar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Pakistan hukukunda ise talâk beyanı yapıldıktan sonra, talâkı yazılı olarak yerel idareye bildirme ve bir suretini de karısına verme zorunluluğu öngörülmüştür (*1961 tarihli Müslüman Aile Hukuku Kararnamesi*, m. 7). Talâk bildirimini alan yerel idare, eşler arasında uzlaşma sağlamak amacıyla bir tahkim konseyi oluşturur. Konseyin aldığı tedbirler neticesinde veya başka bir sebeple doksan gün içerisinde talâk beyanının geri alınması mümkündür. Buna karşılık, konseyin uzlaştırma çabaları sonuçsuz kalırsa ve bildirimin üzerinden doksan günlük süre geçmişse, talâk beyanı hüküm ve sonuç doğurur⁸⁰². Bu noktada Pakistan hukukunda, arabuluculuğa yakın bir usûlün benimsendiği ifade edilebilir. Son olarak, Cezayir ve İran hukukunda, talâk beyanıyla boşanmanın gerçekleşebilmesi, yalnızca bu yönde verilen bir mahkeme kararıyla gerçekleşmektedir⁸⁰³. Dolayısıyla bu boşanmaların da mahkeme huzurunda gerçekleşen boşanmalar kategorisinde değerlendirilmesi mümkündür.

bb. Get (Ghet)

Yahudi hukukunda (*Jewish Rabbinical Law*) boşanma, kocanın kadına “get” (*boşanma mektubu*) vermesi suretiyle gerçekleşmektedir⁸⁰⁴. Yahudi hukukunda, sadece kocaya tek taraflı olarak boşanma hakkı tanınmaktadır⁸⁰⁵. Bu hakkın kullanılabilmesi için öncelikle Haham Mahkemesi’ne (*beth din*) başvuru zorunlu olmakla birlikte, bu başvuru sadece bir formaliteden ibarettir ve başvurunun ilâma bağlanması dahi gerekli değildir⁸⁰⁶. Boşanma, kocanın, şahitlerin ve mahkemenin huzurunda kadına boşanma

Irak Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak Boşanmanın Eşler Yönünden Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Şubat 2019-Kayseri, s. 7).

⁸⁰² Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 42

⁸⁰³ Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 56; Rutten, s. 264.

⁸⁰⁴ Geleneksel bir get metni için bkz. https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/557971/jewish/Text-of-the-Get.htm, (ET. 14.09.2019)

⁸⁰⁵ David M. **Cobin**, “Jewish Divorce and the Recalcitrant Husband: Refusal to Give a "Get" as Intentional Infliction of Emotional Distress”, *Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 2, Y. 1986, pp. 405-430; p. 406; Ullah, s. 17-21; Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 42.

⁸⁰⁶ Cobin, s. 407; Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 42. Mahkeme dışı boşanma niteliği sebebiyle, Yahudi boşanmalarının, Amerikan mahkemeleri nezdinde doğurduğu çeşitli hukukî sorunlara ilişkin bkz. Bernard J. **Meislin**, “Jewish Divorce in American Courts”, *Journal of Family Law*, Vol. 16, No. 1, Y. 1977-1978, pp. 19-36; Cobin, s. 409-415.

mektubu vermesiyle gerçekleşir⁸⁰⁷. Kadının, boşanmaya itiraz etme veya get mektubunu reddetme hakkı yoktur⁸⁰⁸.

Yahudi hukukunda, boşanma hakkının sadece erkeğe tanınması, kadınlar açısından büyük problem teşkil etmektedir. Eğer koca get mektubunu hazırlayıp kadına teslim etmezse, Yahudi hukukuna göre kadının boşanması ve başka biriyle evlenmesi mümkün değildir. Bu şekilde boşanamayan kadınları ifade etmek üzere, Yahudi literatüründe kelime anlamı itibarıyla “zincirlenmiş” manasına gelen “*aguna*” tâbiri kullanılmaktadır⁸⁰⁹. Kadın get mektubu olmaksızın bir başkasıyla evlenirse, bu evlilik geçersiz sayıldığı gibi; zina gibi değerlendirilmekte ve bu evlilikten doğan çocuklar “*mamzer*” (gayri meşru) kabul edilmektedir⁸¹⁰. Neticede, koca boşanmak istemediği sürece, hem kadın hem de sonraki evlilikten doğan çocuklar mağdur olmaktadır. Öyle ki mamzerlerin, diğer mamzerler haricinde, Yahudilerle evlenmesi dahi yasaklanmıştır⁸¹¹.

4. Dijital Boşanmalar

Teknolojinin gelişmesi ve özellikle de sosyal medyanın etkisiyle, kişilerin günlük yaşamı kadar, aile ilişkileri de değişime uğramıştır. Günümüzde, bilgi ve iletişim teknolojileri, ilişkilerin başlamasında ve sona ermesinde etkin role sahiptir⁸¹². Öyle ki online görüşmelerle başlayan ve evliliğe kadar giden ilişkiler; artık “*dijital boşanma*” ile sona erebilmektedir⁸¹³. Dijital boşanma kavramı aslında, boşanma hususunda anlaşılan tarafların, mahkeme huzurunda dahi bir araya gelmek zorunda kalmaksızın, boşanmaya ilişkin bütün belgelerin online olarak dijital bir platforma yüklenmesini ve boşanma kararının verilmesini sağlayan usûlî bir süreci ifade etmektedir⁸¹⁴. Dolayısıyla sadece anlaşmalı boşanmanın daha da kolaylaştırılmasını sağlayan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda, ayrı bir boşanma türü

⁸⁰⁷ Cobin, s. 406-407; Ullah, s. 23; Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 27.

⁸⁰⁸ Marc **Feldman**, “Jewish Women and Secular Courts: Helping a Jewish Woman Obtain a Get” *Berkeley Women's Law Journal*, Vol. 5, No. 1, Y. 1989-1990, pp. 139-169, p. 142; Cobin, s. 407.

⁸⁰⁹ Cobin, s. 409; Ullah, s. 28. Kocanın uzun bir yolculuğa veya kutsal bir savaşa gidip dönmemesi durumunda da kadının aguna durumuna düştüğü kabul edilmektedir (Ullah, s. 289).

⁸¹⁰ Cobin, s. 409; Ullah, s. 28.

⁸¹¹ Cobin, s. 409. Aguna probleminin çözümü için sunulan; şartlı evlilik, şartlı boşanma, kocayı boşanmaya zorlama ve evlilik öncesi anlaşma gibi farklı öneriler hakkında bkz. Ullah, s. 31-42.

⁸¹² Christiane **Eichenberg**, Jessica **Huss** and Cornelia **Küsel**; “From Online Dating to Online Divorce: An Overview of Couple and Family Relationships Shaped Through Digital Media”, *Contemporary Family Therapy*, I. 39, December 2017, pp. 249-260, p. 249.

⁸¹³ Seldağ **Güneş Peschke**, “Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları”, *KADEM, Kadın Araştırmaları Dergisi*, C. IV, S. 1, Y. 2018, ss. 121-146, s. 129.

⁸¹⁴ Güneş Peschke, s. 129-130; Eichenberg/ Huss/ Küsel, s. 255.

olmamakla birlikte, güncel bir düzenleme olması itibarıyla ayrı başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür. Hâli hazırda Hollanda, Birleşik Krallık, Avusturya ve Amerika'da dijital boşanma sistemi kullanılmaktadır.

Hollanda'da, boşanmaları kolaylaştırmak amacıyla, bir yıllık deneme süresinin ardından, Aralık 2015 tarihinden itibaren dijital boşanma sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Yılda ortalama otuz beş bin çiftin boşanma başvurusu yaptığı Hollanda'da, dijital boşanma sistemi yaygın bir şekilde kullanılmakta ve bu sayede dava masraflarının da ciddi bir şekilde düştüğü ifade edilmektedir⁸¹⁵. Birleşik Krallık'ta belirlenen pilot bölgelerde Ocak 2018 tarihinde başlayan dijital boşanma uygulamasıyla, boşanmak isteyen eşler, doğrudan gerekli evrakları online mahkeme sistemlerine yüklemek suretiyle boşanma başvurularını yapmaktadır. Başvuru hâkim tarafından değerlendirilmekte ve yine mahkeme kararıyla evlilik birliği sona ermektedir; ancak boşanmak isteyen eşler mahkeme huzurunda bir araya gelmeksizin boşanmaya hükmedilmektedir. Dolayısıyla, teknolojinin yardımıyla, eşler bir araya gelmeden, sorunsuz ve kolay bir şekilde boşanma gerçekleşmektedir⁸¹⁶.

Avusturya'da, online başvuru eşlerden sadece biri tarafından yapılmış ve on sekiz yaşından küçük çocukları varsa duruşmaya katılmak zorunlu olmakla birlikte, eğer çocuk yoksa veya birlikte online başvuru yapılmışsa, duruşmaya katılma zorunluluğu yoktur⁸¹⁷. Amerikan hukukunda, hem başvurunun online yapılması hem de boşanmanın online karara bağlanması mümkündür; ancak eyaletler nezdinde boşanmaya ilişkin düzenlemeler farklılık arz etmektedir⁸¹⁸.

Almanya'da, başvuru sürecinin online yürütülmesi mümkün olmakla birlikte; tarafların karar aşamasında mahkeme huzurunda bulunma zorunluluğu olması itibarıyla, dijital boşanma olarak adlandırılması mümkün değildir⁸¹⁹. Son olarak belirtmemiz gerekir ki Türk hukukunda da Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) sayesinde; "**e-dava**" **Zaman ve Mekansız Dava Açma Sistemi** uygulanmakta, bu sistem aracılığıyla online olarak dava açılması, dava dosyalarına her türlü evrakın gönderilmesi, yargılama harcı, ücret ve diğer masraflara ilişkin her türlü para transferinin gerçekleştirilmesi hızlı

⁸¹⁵ Mahkeme huzurunda boşanmanın, mahkeme harçlarıyla birlikte yaklaşık üç bin Euro olduğu, online gerçekleşen boşanmaların ise toplam maliyetinin yüz yirmi Euro civarında olduğu belirtilmektedir. Haber için bkz. https://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/02/160228_hollanda_bosanma, (ET. 26.12.2019).

⁸¹⁶ Güneş Peschke, s. 130-131.

⁸¹⁷ Bkz. <http://www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/how-do-i/divorce/apply-for-a-divorce/apply-for-divorce>, (ET. 26.12.2019).

⁸¹⁸ Eichenberg/ Huss/ Küsel, s. 255.

⁸¹⁹ Eichenberg/ Huss/ Küsel, s. 255; Güneş Peschke, s. 141.

ve güvenli bir şekilde gerçekleştirilmektedir⁸²⁰. Ancak Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da anlaşmalı boşanma davasında, tarafların karar aşamasında mahkeme huzurunda bulunması zorunludur.

III. TÜRK MEDENÎ KANUNU UYARINCA BOŞANMA

Türk hukuku açısından boşanma; eşler henüz hayattayken, eşlerden birinin veya her ikisinin talebi doğrultusunda, kanunda öngörölmüş sebeplerden birine dayanarak açılan dava neticesinde, evlilik birliğine hâkim kararı ile son verilmesidir⁸²¹.

Aşağıda, boşanmanın hukukî niteliği ile Türk Medenî Kanunu'nda kabul edilen boşanma sebepleri, genel boşanma sebepleri ve özel boşanma sebepleri ayırımına uygun olarak incelenecektir.

A. Boşanmanın Hukukî Niteliği

Türk hukukunda boşanma ancak mahkeme kararıyla gerçekleşir. Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği sona erer. Bu bakımdan boşanma, dava yoluyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir hak, boşanma kararı da bozucu yenilik doğuran bir karardır⁸²². Boşanma davası açma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan biridir⁸²³.

Boşanma davasının dayanağını oluşturan sebeplerin ve ilgili vakıaların, evlilik birliğinin devamı süresince ve boşanma davası açılmadan önce gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Zira evlilik birliği kurulmadan önce gerçekleşen olaylar boşanma davasına konu olamayacağı gibi dava açıldıktan sonra gerçekleşen olaylar da ancak yeni bir boşanma davasında boşanma sebebi olarak ileri sürülebilir⁸²⁴. Buna karşılık, dava açıldıktan sonra öğrenilen bir vakıa, devam etmekte olan boşanma davasına dayanak

⁸²⁰ Bilgi için bkz. <https://www.uyap.gov.tr/e-dava--Zaman-ve-Mekansiz-Dava-Acma-Sistemi-Hizmetinizde>, (ET. 26.12.2019).

⁸²¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 104; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 235; Erdem, s. 98; Gençcan, “Boşanma”, s. 99; Aras, s. 27.

⁸²² Velidedeoğlu, s. 233; Öztan, s. 717; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 138; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 113; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 288-289.

⁸²³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 129; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 114; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 277; Yıldırım, “Aile”, s. 79; Erdem, s. 150.

⁸²⁴ Erdem, s. 142. Boşanma sebepleri farklı olduğu sürece, yeni açılan dava derdestlik itirazıyla da karşılaşmayacaktır. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, Almanya’da davalı kadın tarafından açılan boşanma davası ile kocanın Türkiye’de açtığı boşanma davasının, “sebepleri ve davadaki sıfatlarının” aynı olmadığından bahisle derdestlik itirazı reddedilmiştir (Y. 2. HD. T. 17.05.2011, E. 2010/6713 ve K. 2011/8635- Ekşi, “Pratik”, s. 369-370).

teşkil edecek nitelikteyse, bu vakıya dayanmak mümkündür. Örneğin, zina sebebiyle açılan boşanma davasında, davalı eşin çocuğunun olduğunun sonradan öğrenilmesi durumunda, bunun davada ileri sürülmesi mümkündür. Bu durum, davayı değiştirme veya genişletme yasağı kapsamında da değerlendirilmemektedir⁸²⁵.

B. Boşanma Sebepleri

Türk Medenî Kanunu'nda boşanma sebepleri, sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir (TMK m. 161-166). Bu altı maddede düzenlenen durumlar, temel olarak, özel ve genel boşanma sebepleri şeklinde sınıflandırılarak incelenmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 161 ilâ 165. maddeleri arasında düzenlenen sebepler, özel boşanma sebebi olarak adlandırılmakta; TMK m. 166'da düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, eşlerin anlaşması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması (*fiilî ayrılık*) ise genel boşanma sebepleri olarak kabul edilmektedir⁸²⁶.

Boşanma sebepleri, “*mutlak boşanma sebepleri*” ve “*nisbî boşanma sebepleri*” şeklinde de tasnif edilmektedir. Bu tasnif, hâkimin takdir yetkisi bakımından önem taşımaktadır. Nitekim özel boşanma sebebi olarak kabul edilen hâllerin varlığı, boşanma için yeterli görülüyorsa, mutlak boşanma sebebidir. Bu sebepler dolayısıyla ortak hayatın çekilmez ve katlanılması beklenemez nitelikte olması da aranıyorsa, nisbî boşanma sebebinden bahsedilmektedir⁸²⁷. Başka bir anlatımla; evlilik ilişkisi üzerindeki etkisine bakılmaksızın boşanma hakkını sağlayan sebepler, mutlak boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, boşanma sebebi olarak gösterilen olay veya olgunun açılmış davada ispat edilmesi boşanma kararı verilmesi için yeterli değilse ve söz konusu olgu veya olayın diğer eş için ortak hayatı çekilmez hâle getirip

⁸²⁵ Erdem, s. 142. Boşanma davalarında yargılama usûlü ve boşanma davasının dayandığı olguların değerlendirilmesi hususlarında bilgi için bkz. Cenk Akil, “*Boşanma Davalarında Yargılama Usulü (TMK m. 184)*”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2013, ss. 1319-1355.

⁸²⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 105; Öztan, s. 644; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 120-121; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 114; Yıldırım, “*Aile*”, s. 73; Erdem, s. 98. Doktrinde bir görüş uyarınca, “*ortak hayatın yeniden kurulamaması*” özel boşanma sebepleri kapsamında nitelendirilmektedir (Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 116). Doktrinde başka bir görüş ise Türk hukukundaki özel ve genel boşanma sebeplerinin, evlilik birliğinin temelinden sarsılması kapsamında “*tek bir sebep olarak*” toplanabileceğini; zira benimsenen boşanma sebeplerinin çoğunun evliliğin sarsılmasına dayandığını ifade etmektedir (Ceylan, “*Boşanma Sebepleri*”, s. 332).

⁸²⁷ Feyzioğlu, s. 285; Öztan, s. 644; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 117; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 105; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243-244; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 114-115; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 93-94.

getirmediğinin de hâkim tarafından takdir edilmesi gerekiyorsa, nisbî boşanma sebebi olarak nitelendirilmektedir⁸²⁸.

Boşanma davasının bir veya daha fazla sebebe dayanarak açılması ve aynı dilekçede hem özel hem genel boşanma sebebine yer verilmesi mümkündür⁸²⁹. Ancak ileri sürülen boşanma sebeplerinin birbiriyle çelişmemesine dikkat edilmelidir⁸³⁰. Örneğin, hem zina hem de evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma talep edilmesi mümkündür. Ancak terk sebebiyle boşanma davası açan eşin, aynı zamanda evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanması mümkün değildir. Zira ihtar yoluyla terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi, önceki olayların hoşgörü ile karşılandığı ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığı şeklinde yorumlanmaktadır⁸³¹.

Aşağıda, özel ve genel boşanma sebepleri, ayrı başlıklar altında kısaca incelenecektir.

1. Özel Boşanma Sebepleri

Özel boşanma sebepleri; zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığıdır (TMK m. 161-165).

a. Zina

Sadakat yükümlülüğü, evlilik birliğinin gerektirdiği temel yükümlülüklerden biridir. Bu yükümlülüğün en ağır ihlâli, evlilik birliği devam ederken başka bir kişiyle

⁸²⁸ Gençcan, "Boşanma", s. 121-122; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243-244; Kılıçoğlu, "Aile Hukuku", s. 115; Erdem, s. 99.

⁸²⁹ "Davacının dava dilekçesinin değerlendirilmesinde, özel boşanma nedeni olan "haysiyetsiz hayat sürme" (TMK.md.163) yanında dilekçe içeriğinde yer alan "evlilik birliğinin çekilmez hâle gelmesi... temelden sarsılması" gibi anlatımlarıyla genel boşanma nedeni olan Türk Medenî Kanununun 166/1-2.maddede düzenlenen "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" boşanma nedenine bağlı boşanma isteğinin de mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, tarafların gösterdikleri delillerin Türk Medenî Kanununun 166/1-2.maddedeki boşanma koşulları yönünden de değerlendirilerek; **bu genel boşanma nedenine bağlı istek hakkında da olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken**; bu konuda bir karar verilmemiş olması usul ve yasaya aykırıdır" (Y. 2. HD. T. 17.02.2017, E. 2010/1482 ve K. 2017/2689). Ayrıca bkz. Y. 2. HD. T. 11.4.2012, E. 2011/13956 ve K. 2012/9227 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 04.04.2018.

⁸³⁰ Akkaya, s. 41. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile özel boşanma sebeplerinin yarışması hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Ünlütepe, s. 86-122.

⁸³¹ Bkz. YHGK. T. 25.5.2011, E. 2011/2-239 ve K. 2011/344; Y. 2. HD. T. 18.1.2001, E. 2000/14895 ve K. 2001/746 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 04.04.2018.

isteyerek cinsel ilişki kurulmasıdır⁸³². Zina olarak adlandırılan bu durumun gerçekleşmesi hâlinde, diğer eşe boşanma davası açma hakkı tanınmıştır (TMK m. 161/1). Zina; kusura dayalı, özel ve mutlak bir boşanma sebebidir⁸³³.

Evlilik birliği devam ederken, üçüncü kişilerle gerçekleşen cinsel ilişkiler zina olarak değerlendirilmektedir. Doktrinde ağırlıklı görüş, kadının başka bir erkekle veya erkeğin başka bir kadınla cinsel ilişki kurmasını zina olarak tanımlamakta ve aynı cinsten kişilerle olan cinsel ilişkileri zina olarak kabul etmemektedir⁸³⁴. Aynı cinsten kişiler arasındaki cinsel ilişkiler, “*normal cinsel ilişki*” dışında değerlendirilmekte ve bu gibi durumlarda haysiyetsiz hayat sürme veya evlilik birliğinin temelden sarsılması gerekçesiyle dava açılabilir⁸³⁵. Buna karşılık bizim de katıldığımız karşıt görüş uyarınca, aynı cinsten kişiler arasındaki beraberlikleri de zina kapsamında değerlendirmek daha yerinde bir yaklaşım olacaktır⁸³⁶.

Zinanın dava sebebi olarak kabul edilebilmesi için evlilik birliğinin devamı esnasında meydana gelmiş olması gerekmektedir. Birlikte yaşamaya ara verme veya ayrılık kararı ile ayrı yaşama durumlarında da evlilik birliği henüz sona ermediğinden sadakat yükümlülüğünün devam ettiği aşikârdır. Boşanma veya butlan ilamının kesinleşmesine kadar geçen zaman içinde gerçekleşen cinsel ilişkiler de zina kapsamında değerlendirilir⁸³⁷. Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte sadakat yükümlülüğü sona ermektedir⁸³⁸.

⁸³² Velidedeoğlu, s. 193; Feyzioğlu, s. 288; Berki, Ş., “*Boşanma*”, s. 138; Öztan, s. 645-648; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 118; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 245; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 115; Erdem, s. 100.

⁸³³ Velidedeoğlu, s. 192-194; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 105; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 118; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 248; Yıldırım, “*Aile*”, s. 74; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 93-95.

⁸³⁴ Velidedeoğlu, s. 194; Feyzioğlu, s. 290; Öztan, s. 645; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 106; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 118; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 244, 246; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 95; Yıldırım, “*Aile*”, s. 74.

⁸³⁵ Velidedeoğlu, s. 194; Öztan, s. 645; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 106; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 118; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 246; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 95; Yıldırım, “*Aile*”, s. 74. Kanaatimizce bu durum, Türk kamu düzeni çerçevesinde eşcinsel birlikteliklere dair değerlendirme yapılırken gösterilen yaklaşım açısından da çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır.

⁸³⁶ Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 116; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 136-137; Erdem, s. 100.

⁸³⁷ Öztan, s. 647; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 117; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 245; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 95; Erdem, s. 103. Bununla birlikte, boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen zina, ancak yeni bir davanın konusunu oluşturabilir. Yeni bir vakıa niteliğinde olması sebebiyle, devam eden davada dikkate alınması mümkün değildir.

⁸³⁸ Yargıtay kararına konu olan bir olayda, Türk vatandaşı kocanın, Türk vatandaşlığından izinle çıkan Alman vatandaşı eski karısı aleyhine başka bir erkekle yaşadığından bahisle talep ettiği tazminat talebi, hatalı bir şekilde, ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Yargıtay ise isabetli bir şekilde, davalı kadının sadakat yükümlülüğünün, Almanya Asliye Hukuk Mahkemesi’nden alınan boşanma kararının kesinleştiği tarihte sona erdiğini ve aleyhine tazminata hükmedilmesinin doğru olmadığını belirtmiştir. Karşı oy yazısında ise hatalı bir şekilde, evlilik birliğinin yabancı mahkemece verilen kararın

Zina sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için, hâkimin zinanın gerçekleştiği konusunda tam bir kanaate ulaşması gerekir⁸³⁹. Ancak cinsel ilişkinin tam anlamıyla gerçekleştiğinin ispatındaki zorluklar sebebiyle cinsel ilişkiyi gösteren emarelerden yola çıkılması kaçınılmazdır. Bu bağlamda fotoğraflar, doğan çocuğun babasının koca olmadığına dair DNA raporları, zina yaptığı iddia edilen kişilerin bir otel odasında beraber kalmış olmaları, ortak çocuklarının olması veya çocuk aldırma gibi durumlar zinaya karine teşkil etmektedir⁸⁴⁰. Zina sebebiyle açılacak boşanma davaları bakımından, “*Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer*” (TMK m. 161/2). Dolayısıyla, zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için, hükümde belirtilen altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle riayet edilmesi zorunludur.

Zinanın mutlak bir boşanma nedeni olarak düzenlenmesinden dolayı, evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığının araştırılması gerekli değildir⁸⁴¹. Hâkim, zinanın varlığına kanaat getirdikten sonra boşanmaya karar vermek zorundadır. Buna karşılık, boşanma davası açma hakkı olan eşin, zina edeni affederek dava açma hakkından vazgeçmesi mümkündür. Kanun’da “*affeden tarafın dava hakkı yoktur*” şeklinde açık bir düzenlemeye yer verilmiştir (TMK m. 161/3). Ancak affın nasıl gerçekleşeceği noktasında Kanun’da bir açıklık yoktur. Doktrinde, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın açık veya örtülü, yazılı veya sözlü bir şekilde yapılabileceği ifade

tanınmasına karar verilmesi ve bu tanıma kararının kesinleşmesi ile sona erdiği ifade edilmiştir (Y. 2. HD. T. 24.12.2009, E. 2009/20084 ve K. 2009/22448 – Ekşi, “*Yargıtay Kararları*”, s. 20-22).

⁸³⁹ Öztan, s. 649; Yıldırım, “*Aile*”, s. 74; Özügür, “*Boşanma*”, s. 99; Erdem, s. 103.

⁸⁴⁰ Öztan, s. 649; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 246- 247; Erdem, s. 101-102. Yargı kararlarında da zinanın varlığına delalet eden birden fazla olaydan yola çıkılarak karar verilmektedir. Karara konu olan bir uyuşmazlıkta, “*...davacı-karşı davalı kadının tanık beyanları ile hatta bir kısım davalı-karşı davacı erkeğin kendi tanık beyanlarından da görüldüğü üzere, davalı-karşı davacı erkeğin başka bir kadınla beraber olduğunu kabul ettiği ayrıca başka bir kadınla farklı zamanlarda el ele dolaşırken, başka bir zamanda otelde, ayrıca muhtelif zamanlarda öpüşürken görüldüğü, kendi tanığına zaman zaman ilişki yaşadığı kadının evinde kaldığını beyan ettiği, otomobilinin dahi gayri resmi birliktelik yaşadığı kadının otoparkından çıktığı, davacı-karşı davalı kadın tanıklarınca da erkeğin bu kadınla beraber yaşadığının bilindiği, tüm bu anlatılanlarla birlikte davacı-karşı davalı kadın tarafından dosyaya sunulan fotoğraflar, otel rezervasyon kayıtları ile mail yazışmaları da dikkate alındığında davalı-karşı davacı erkeğin zina eylemini gerçekleştirdiğinin sabit olduğu ve böylelikle davacı-karşı davalı kadının zinaya dayalı boşanma davasını da (TMK m. 161) ispatladığı anlaşılmaktadır. O halde davacı-karşı davalı kadının zinaya dayalı (TMK m. 161) boşanma davasının kabul edilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile reddine karar verilmesi usule ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir*” (Y. 2. HD. T. 12.03.2019, E. 2018/6226 ve K. 2019/2588 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 05.05.2019). Yargıtay kararlarında zinanın vukuuna delil teşkil ettiği sabit kabul edilen olaylar hakkında bkz. Emin Şahin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı-Gerekeçli Aile Hukuku Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 144-145.

⁸⁴¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 108; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 118; Yıldırım, “*Aile*”, s. 74; Erdem, s. 104. Buna karşılık, zina sebebiyle açılan bir boşanma davasında, ortak hayatın yeniden kurulabileceği kanaatine ulaşırsa, hâkimin takdir yetkisini kullanarak ayrılığa da karar verebileceği ifade edilmektedir (Öztan, s. 654).

edilmektedir⁸⁴². Zinaya önceden muvafakat ise kural olarak geçersizdir ve af mahiyetinde kabul edilemez⁸⁴³.

b. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış

Kanun'da esasında iki ayrı özel boşanma sebebi, tek bir maddede (TMK m. 162/1) düzenlenmiştir. Hükme göre, *“Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir”*. Görüldüğü üzere hayata kast ile pek kötü veya onur kırıcı davranış birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gereken iki ayrı boşanma sebebi niteliğindedir⁸⁴⁴.

Hayata kast, özel ve mutlak bir boşanma sebebidir. Hayata kast, kişinin eşini öldürmeye yönelik aktif bir davranışıyla gerçekleştirebileceği gibi, ölmesini engelleyecek davranışlardan kaçınılması suretiyle pasif bir şekilde de olabilir⁸⁴⁵. Ancak her hâlükârda öldürmeye yönelik davranışın kasten yapılması veya kurtarmak için gerekli davranışlardan bilinçli bir şekilde kaçınılması gerekmektedir. Öldürme tehdidi hayata kast kapsamında değerlendirilmemekle birlikte, öldürme niyetini açıkça ortaya koyan lâkin henüz tam teşebbüs hâline gelmemiş fiiller de boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir⁸⁴⁶.

Hükümde diğer bir özel ve mutlak boşanma sebebi olarak düzenlenen, *“eşin diğer eşe karşı pek kötü davranması veya ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunması”* hem maddî hem de manevî nitelikteki *“zulmün”* bu kapsamda değerlendirildiğini göstermektedir⁸⁴⁷. Hükümde kullanılan *“pek kötü”* veya *“ağır derecede”* ifadelerinden anlaşılacağı üzere, hâkim tarafından, söz konusu zulmün bu

⁸⁴² Feyzioğlu, s. 293-294; Öztan, s. 651; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Kılıçoğlu, *“Aile Hukuku”*, s. 118; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 247; Gençcan, *“Boşanma”*, s. 149-150.

⁸⁴³ Öztan, s. 650-652; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 248; Özüğür, *“Boşanma”*, s. 95; Erdem, s. 104.

⁸⁴⁴ Öztan, s. 654. Hatta pek kötü veya onur kırıcı davranış da birbirinden bağımsız düşünülürse üç ayrı boşanma sebebi olarak görülebilir (Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 248; Özüğür, *“Boşanma”*, s. 112). Aynı yönde bkz. Gökçe **Canarşlan**, *“Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranışın, Genel Boşanma Sebepleriyle İlişkisi”*, *International Journal of Social And Humanities Sciences (IJSHS)*, Y. 2017, C. 1, S. 2, ss. 95-107.

⁸⁴⁵ Öztan, s. 654; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 249; Erdem, s. 105.

⁸⁴⁶ Berki, Ş., *“Boşanma”*, s. 140; Öztan, s. 655; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109-110.

⁸⁴⁷ Öztan, s. 656; Erdem, s. 105-106. Eşin vücut bütünlüğüne ve sağlığına saldırı (*eziyet, hapsetmek, aç bırakmak gibi*) pek kötü davranış kapsamında değerlendirilmektedir (Gençcan, *“Boşanma”*, s. 179-180). Onur kırıcı davranışın ise yazılı veya sözlü olarak gerçekleştirilebileceği, diğer eşe herkesin içinde hakaret edilmesi, eşinin peşine dedektif takması gibi hususların onur kırıcı davranış sayılabileceği belirtilmektedir (Gençcan, *“Boşanma”*, s. 192-193).

nitelikte olup olmadığına ilişkin, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁸⁴⁸. Bu anlamda mutlak bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, değerlendirme noktasında “*nisbîleştirilmiş*” bir boşanma sebebi olduğu ifade edilmektedir⁸⁴⁹.

Dava açma hakkı, altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır (TMK m. 162/2). Hükümde sayılan olumsuz durumlara maruz kalan taraf, eşini affederse dava hakkı düşer (TMK m. 162/3). Kanun’daki düzenleme bu şekilde olmakla birlikte; affin boşanma davasını açma hakkını ortadan kaldırııcı etki doğurması, özellikle de hayata kast durumunda, “*Kişinin Dokunulmazlığı, Maddî ve Manevî Varlığı*” başlıklı ve yaşama hakkını temel bir insan hakkı olarak düzenleyen Anayasa’nın 17. maddesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸⁵⁰. Hayata kast veya pek kötü veya onur kırıcı davranışa önceden rıza gösterilmesi ise kişinin dava hakkını ortadan kaldırmaz⁸⁵¹.

c. Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme

Eşlerden birinin küçük düşürücü bir suç işlemesi veya haysiyetsiz hayat sürmesi de özel boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Lâkin bu hâller mutlak boşanma sebebi niteliğinde değildir. Dava açma hakkının doğması için “*bu sebeplerden ötürü kişinin eşiyle birlikte yaşamasının ondan beklenemeyecek*” derecede olması aranmıştır (TMK m. 163). Bu bağlamda, nisbî boşanma sebebi niteliğindedir⁸⁵².

Kanun’da, işlenen suçun “*küçük düşürücü*” nitelikte olması gerektiği belirtilmiş olmakla birlikte, hangi suçların bu kapsamda değerlendirileceğine yönelik bir

⁸⁴⁸ “...mahkemece davacı-karşı davalı erkeğe yüklenen kusurlu davranışlar yanında, davalı-karşı davacı kadının da birden fazla kez başkaları yanında ve ayrıca mesaj atmak suretiyle, eşine sen erkek misin, sen aynaya bakmıyor musun, kendini görmüyor musun, kuş beyinli, salak ve gerizekalı tarzı hakaretlerde bulunduğu ancak boşanmaya sebebiyet veren olaylarda yine de davacı-karşı davalı erkeğin davalı-karşı davacı kadına nazaran daha fazla kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, dosya kapsamına yansıyan **hakaret ve aşağılamaların sıklığı ile içerikleri ve ağırlığı dikkate alındığında davalı-karşı davacı kadının, davacı-karşı davalı erkeğe onur kırıcı davranışta bulunduğu** görülmekle, davacı-karşı davalı erkeğin de boşanma davasının (TMK m. 162) kabulü zorunlu hale gelmiştir” (Y. 2. HD. T. 12.02.2019, E. 2018/196 ve K. 2019/929 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.05.2019).

⁸⁴⁹ Öztan, s. 657-660.

⁸⁵⁰ Tanrıver, s. 68.

⁸⁵¹ Öztan, s. 661.

⁸⁵² “**Türk Medenî Kanununun 163. madde gerekçesinde; küçük düşürücü suç ve haysiyetsiz hayat sürmenin nisbi boşanma sebebi hâline getirildiği, buna göre ister küçük düşürücü bir suç işlenmiş olsun, ister haysiyetsiz bir hayat sürülmüş olsun boşanmaya hükmetmek için bu durumların diğer eş için birlikte yaşamayı çekilmez hâle getirmesinin zorunlu olduğu** açıklanmıştır. Şu hâlde; suç işleme hâlinde birliğin diğer eş için çekilmez hâl aldığıının kanıtlanması gerekir” (Y. 2. HD. T. 01.12.2004, E. 2004/13099 ve K. 2004/14288 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 05.04.2018).

belirleme yapılmamıştır. Toplumsal yapı, eşlerin sosyal çevresi ve kişisel özellikleri dikkate alınarak her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması mâkul görülmektedir⁸⁵³. Örneğin, zimmet, uyuşturucu ticareti, dolandırıcılık, sahtecilik, kasten adam öldürme suçlarının bu kapsamda diğer eşe boşanma isteminde bulunma hakkı tanıyacağı ifade edilmektedir⁸⁵⁴. Küçük düşürücü suçun, boşanma sebebi olarak görülebilmesi için, evlendikten sonra işlenmiş olması gerekir⁸⁵⁵. Evlenmeden önce işlenen suçlar bakımından, sonradan öğrenen eş, şartları varsa yanılma veya aldatılma sebebiyle nisbî butlan davası açabilir yahut evlilik birliğinin sarsılmasına dayanarak boşanma davası açabilir⁸⁵⁶.

Hükümde eşlerden birinin *haysiyetsiz hayat sürmesi* de özel bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, bu kavram da açık değildir. Bu şekilde muğlak kavramların özel boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olması; dolayısıyla da yoruma ve tartışmaya sebebiyet verecek nitelikte olması eleştirilmektedir⁸⁵⁷. Somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekmele birlikte, sürekli ahlâk kurallarına ağır aykırılık oluşturacak şekilde (*kumar veya alkol bağımlılığı gibi*) davranış sergilemek, bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu bağlamda, bir defalık haysiyetsiz davranış, boşanma sebebi olarak yeterli değildir; fiilin devamlı olması gerekmektedir⁸⁵⁸. Davaya konu olan yaşam şeklinin, *haysiyetsiz hayat sürme* şeklinde nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde belirlenecektir⁸⁵⁹.

Eşlerden birinin küçük düşürücü bir suç işlemesi veya haysiyetsiz hayat sürmesi, diğer eş için birlikte yaşamayı çekilmez hâle getirmemişse boşanma sebebi

⁸⁵³ Öztan, s. 663-664; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 111; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 124.

⁸⁵⁴ Bkz. Gençcan, “*Boşanma*”, s. 208-212.

⁸⁵⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 111; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 253; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 122; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 213.

⁸⁵⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 111. Buna karşılık, küçük düşürücü suç evlenmeden önce işlenmiş olmasına rağmen diğer eşten gizlenmişse, TMK m. 163 bağlamında da dava açılabilceği ifade edilmektedir. Zira bu durumun boşanma sebebi olarak düzenlenmesindeki asıl neden, “*küçük düşürücü bir suç işlemiş bir eşe karşı diğer eşin saygı duymasının pek mümkün olmamasıdır*” (Öztan, s. 663).

⁸⁵⁷ Erdem, s. 108.

⁸⁵⁸ Öztan, s. 665; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 112; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 253; Yıldırım, “*Aile*”, s. 75; Gençcan, “*Boşanma*”, s. 228-229.

⁸⁵⁹ Konu ile ilgili bir Yargıtay kararına göre, “*Haysiyetsiz hayattan söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkisinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş olması ve bu şekilde yaşamının az veya çok devamlılık göstermesi gerekir. Davalı-davacının başka erkeklerle cep telefonu ve sanal ortamda çok sayıda görüşmeler yaptığı, yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Davalı-davacının gerçekleşen bu davranışları ve toplanan deliller haysiyetsiz hayat sürdüğünü kabule yeterli görülmemiştir*” (Y. 2. HD. T. 3.7.2014, E. 2014/3225 ve K. 2014/15341–Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 05.04.2018).

olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir⁸⁶⁰. Davacı açısından birlikte yaşamının çekilmez hâle gelip gelmediği hâkim tarafından takdir edilecektir. Kişinin evlenmeden önce, küçük düşürücü bir suçtan sabıka kaydı olduğunu bilmesi veya yaptığı işi bilerek evlenmesi veyahut eşini bu suçu işlemesi için teşvik etmesi veya haysiyetsiz hayat tarzına iştirak etmesi gibi durumların, *eşyle birlikte yaşamamasının ondan beklenemeyecek* nitelikte olmadığı şeklinde yorumlanması mümkündür⁸⁶¹.

Eşlerden birinin küçük düşürücü bir suç işlemesi veya haysiyetsiz hayat sürmesi sebebiyle açılacak boşanma davası için herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Söz konusu durumlar devam ettiği ve bu durumdan diğer eşin duyduğu rahatsızlık, birlikte yaşamasını kendisinden beklenemeyecek nitelikte kıldığı sürece dava açılabilir. Bununla birlikte kişinin bu sebepleri öğrenmesine rağmen, uzun zaman birlikte yaşamaya devam ettikten sonra boşanma davası açması durumunda, daha dikkatli bir incelemenin yapılması gerekmektedir⁸⁶².

d. Terk

Hayatı birlikte yaşamak ve paylaşmak amacıyla kurulan evlilik birliği, eşlerin ortak bir konutta birlikte yaşamalarını da gerektirmektedir. Bu sebeple eşlerden birinin, birlikte yaşadıkları ortak hayata iradi olarak kendiliğinden son vermesi, boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir⁸⁶³. Terk; kusura dayalı, özel ve mutlak bir boşanma sebebidir⁸⁶⁴. Dolayısıyla hâkim, TMK m. 164’de düzenlenen şartların varlığını tespit ederse boşanmaya karar vermek zorundadır. Terk sebebiyle evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığının incelenmesi gerekli değildir.

⁸⁶⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 112; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 124; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 253; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 124; Yıldırım, “*Aile*”, s. 75.

⁸⁶¹ Erdem, s. 107-110.

⁸⁶² Doktrinde bir görüş uyarınca, bu durumun affa karine sayılması gerektiği ve uzun bir süreden sonra davanın açılmaması gerektiği ifade edilmektedir (Öztan, s. 664). Lâkin kanunkoyucu bu yönde bir sınırlama yapmak isteseydi, diğer özel boşanma sebeplerinde olduğu gibi hak düşürücü süre öngörebilir veya affa dair açık bir düzenleme yapabilirdi. Kanaatimizce bu yönde açık bir düzenleme olmaması sebebiyle, dava açma hakkının yorum yoluyla sınırlandırılması mümkün değildir. Dolayısıyla dava açma hakkı her zaman vardır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, uzun yıllar sonra açılan boşanma davasının esastan incelenerek, “*çekilmezlik şartının gerçekleşmemesi sebebiyle*” reddedilmesi mümkündür (Gençcan, “*Boşanma*”, s. 233-234).

⁸⁶³ Berki, Ş., “*Boşanma*”, s. 141; Öztan, s. 666; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 126. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seher **Kandil**, *Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006; Nurşen **Ayan**, “Terk Nedeniyle Boşanma”, *SÜHFD, C. 15, S. 1, Y. 2007*, ss. 39- 59; Emre **Köroğlu**, “Türk Hukukunda Boşanmanın Sebeplerinden Terk (TMK. m. 164)”, *ERÜHFD, C. VII, S. 1-2, Y. 2012*, ss. 229-250.

⁸⁶⁴ Öztan, s. 674; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 113; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 258; Özüğür, “*Boşanma*”, s. 137; Yıldırım, “*Aile*”, s. 76; Erdem, s. 117.

Eşlerden birinin ortak konutu evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla terk etmesi veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmemesi durumunda, diğer eşe belirli şartlarda dava açma hakkı tanınmıştır. Ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmelerini engelleyen eşin de terk etmiş sayılacağı kabul edilmiştir (TMK m. 164/1)⁸⁶⁵. Terk sebebiyle boşanma davası açma hakkının doğması için ayrılığın en az altı ay sürmesi ve bu durumun devam etmekte olması ve terk edilen eşin istemi üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir (TMK m. 164/1).

Terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için, eşin ortak konutu terk etmesi veya diğer eşe terke zorlaması, haklı bir nedene dayanmamalıdır. Örneğin; askerlik, hastalık, başka yerde çalışma zorunluluğu, bakıma muhtaç ana-babasının yanına gitmesi gibi durumlar, ortak konuttan ayrılmak için haklı nedenler olarak görülebilir⁸⁶⁶. Buna karşılık, ortak konut haklı bir nedenle terk edilmiş olmakla birlikte, haklı neden sona ermiş olmasına rağmen ortak konuta dönmeyen eş açısından da terk hâli gündeme gelir⁸⁶⁷.

Terkin boşanma hakkı tanınması için diğer bir şart ise ihtardır. İhtar, davaya hakkı olan eşin talebi üzerine, hâkim veya noter vasıtasıyla yapılabilir. İhtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği; terke zorlayan eşe ise terke ilişkin zorlamayı ortadan kaldırması ve dönme imkânı tanınması gerektiği, aksi takdirde terke dayalı boşanma davası açma hakkı doğacağı yönünde uyarıda bulunulmalıdır⁸⁶⁸. İhtarın gerektiğinde ilan yoluyla da yapılması mümkündür⁸⁶⁹. Ancak, terkten itibaren en az dört ay süre geçmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ne kadar süre sonra yapılmış olursa olsun ihtardan itibaren iki ay süre geçmedikçe boşanma davası açılmaz (TMK m.

⁸⁶⁵ Kanun'da yer alan "*terk etmiş sayılacağı*" yönündeki ifadenin aile hukukuna ilişkin "*adî kanunî karine*" niteliğinde olduğu, aksinin iddia ve ispat edilebileceği ifade edilmektedir (Tanrıver, s. 80-81). Ayrıca bkz. YHGK. T. 04.11.2009, E. 2009/2-402 ve K. 2009/484; YHGK. T. 13.03.2015, E. 2013/2-1688 ve K. 2015/1032, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – ET. 09.05.2018).

⁸⁶⁶ Berki, Ş., "*Boşanma*", s. 141; Öztan, s. 668; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 113; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 119; Kılıçoğlu, "*Aile Hukuku*", s. 128; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 255; Yıldırım, "*Aile*", s. 76; Erdem, s. 111-112.

⁸⁶⁷ Öztan, s. 668; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 258; Kılıçoğlu, "*Aile Hukuku*", s. 129; Erdem, s. 112.

⁸⁶⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 113; Kılıçoğlu, "*Aile Hukuku*", s. 130-131; Özüğür, "*Boşanma*", s. 136; Erdem, s. 113-114.

⁸⁶⁹ İlan yolunun kullanılabilmesi için, konutu terk eden eşin adresinin bilinmemesi veya bulunamaması gerektiği ifade edilmektedir (Öztan, s. 673).

164/2). İhtarın tebliğinden itibaren iki ay geçtikten sonra, eşin ortak konuta dönmemesi durumunda boşanma davası açılabilir⁸⁷⁰.

e. Akıl Hastalığı

Akıl hastalığı; kusura dayanmayan, özel ve nisbî bir boşanma sebebidir⁸⁷¹. TMK m. 165 uyarınca, akıl hastalığının boşanma sebebi olabilmesi için, ortak hayatın bu hastalık sebebiyle diğer eş için çekilmez hâle gelmesi ve hastalığın iyileşmesinin mümkün olmadığının resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi gerekmektedir⁸⁷². Ayrıca bu nitelikteki bir akıl hastalığının, boşanma sebebi olarak kabulü açısından, evlendikten sonra ortaya çıkması gerekmektedir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz

⁸⁷⁰ Eğer uyuşmazlıkta yabancılık unsuru varsa da ihtar yapılması mümkün müdür? Uygulanacak hukuk henüz tayin edilmeden, sanki Türk Medenî Kanunu uygulanacak gibi hareket edilebilir mi? Henüz boşanmanın Türk hukukuna tâbi olup olmadığının belli olmadığı bir aşamada, TMK m. 164/2 uyarınca noter veya hâkim tarafından ihtar yapılması mümkün müdür? Kural olarak hâkim veya noter, terk ihbarı yapılması için kendisine başvuru yapıldığında, başka herhangi bir hususu incelemeksizin ihtarda bulunur (Öztan, s. 671; Yıldırım, “Aile”, s. 77). Hâkim tarafından ihtar yapılması durumunda da esasa ilişkin bir inceleme yapılmaksızın, iki ay içerisinde dönmezse boşanma davası açma hakkı doğacağı konusunda uyarıda bulunmaktadır. Bu durumda uygulanacak hukuka dair bir değerlendirme yapılması gerekli değildir. Bununla birlikte, uygulanması muhtemel yabancı hukukta da benzer düzenlemeler bulunabilir veya durumun gösterdiği özellikler sebebiyle Türk hukukunun uygulanabilir olduğu henüz dava açılmadan da tespit edilebilir. Kanaatimizce, yabancılık unsuru olan muhtemel boşanma davası için de ihtar yapılması mümkündür. Bu durumda eş yurt dışında ise uluslararası tebligat gündeme gelebilir.

⁸⁷¹ Öztan, s. 674; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 116; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 260; Yıldırım, “Aile”, s. 77. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yasemin Erol, “Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma”, *SÜHFD, C. 19, S. 1, Y. 2011*, ss. 119-149.

⁸⁷² “Dava akıl hastalığına dayalı boşanma istemine ilişkindir. Türk Medeni Kanunu’nun 165. maddesi uyarınca, eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir. Toplanan delillerle, davalının akıl hastalığının davacı eş için müşterek hayatı çekilmez hale getirdiği kanıtlanmamıştır. Davacının davasının reddi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır” (Y. 2. HD. T. 29.04.2010, E. 2009/5912 ve K. 2010/8623 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 20.12.2019). “Dava, akıl hastalığı (TMK m. 165) sebebine dayalı olarak açılan boşanma davasıdır. Yargılama sırasında davalı kadın hakkında aldırılan Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinden alınan 21.4.2011 tarihli raporuyla davalı kadına atipik psikoz tanısı konulmuş, davalı kadının akıl hastalığı olduğu, medeni hakları kullanamayacağı, vesayet altına alınmasının uygun olduğu ve mevcut hali ile ortak hayatı diğer eş için çekilmez hale getireceği belirtilmiştir. Bu rapor üzerine davalı kadın Sulh hukuk Mahkemesi’nin 2011/687 esas ve 2011/1234 karar sayılı ilamı ile Türk Medeni Kanununun 405. maddesi gereği kısıtlanmıştır. Yargılamanın ilerleyen safhalarında Üniversite Tıp Merkezin’den 28.2.2014 tarihli sağlık kurulu raporu alınmış, bu raporda da davalı kadının bipolar duygulanım bozukluğu tanısına sahip olduğu, hastalığın 2012 yılından beri remisyon olduğu, 17.5.2012-22.6.2012 tarihleri arasında yatarak tedavi gördüğü, hastalığın ortak hayatı çekilmez hale getirmedeği, hastalığın ataklar arasında tam iyileşmeyle gittiği, ancak tekrar eden bir hastalık olduğu belirtilmiş ve rapor esas alınarak davanın reddine karar verilmiştir. Alınan rapor davalı kadının sağlık durumunu yeterince ortaya koymaya elverişli olmadığı gibi davalı kadının halen kısıtlı olup olmadığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılamamaktadır. Bu durumda davalı kadının tüm tedavi evrakları ve raporlarla birlikte bir kez de Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek ilgili ihtisas dairesinden davalı kadının son durumu konusunda rapor alınmalı ve davalı kadının vesayet halinin devam edip etmediği de araştırılarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır” (Y. 2. HD. T. 06.06.2016, E. 2016/10469 ve K. 2016/11088 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 20.12.2019).

üzere evlenmeden önce mevcut olan ve evlenmeye engel oluşturacak seviyedeki akıl hastalığı, mutlak butlan nedenidir (TMK m. 145/3). Bununla birlikte, butlan davası açılmaksızın, akıl hastalığına dayanarak boşanma davası açılması mümkündür. Zira butlan kararına kadar geçerli bir evlenme gibi sonuç doğuracağı için, bünyesinde butlan sebebi barındıran bir evlilikte de boşanma davası açılabilir⁸⁷³.

Evlenmeye engel derecede olmayan akıl hastalıkları açısından, eşin bu hastalığa evlenmeden önce veya sonra yakalanmış olmasının esas itibarıyla önemi yoktur⁸⁷⁴. Bununla birlikte, bu hastalıklar evlenmeden önce bilinmesine rağmen evlenme gerçekleşmiş ise; akıl hastalığına dayalı boşanma davası açma hakkının devam edeceği ifade edilmektedir⁸⁷⁵. Zira hastalık evlenmeden önce bilinmekle beraber, birlikte yaşamaya başlamadan önce ortak hayatı çekilmez hâle getireceği öngörülebilir⁸⁷⁶. Ortak hayatın çekilmez hâle geldiğini ispat yükü ise davacıdadır. Bu noktada sağlıklı eş yönünden, evliliğin beklenemeyecek derecede zorlaşması ve evlilik birliğinin devamının imkânsız hâle geldiğinin tespiti gerekmektedir⁸⁷⁷.

2. Genel Boşanma Sebepleri

Kanunkoyucu, özel boşanma sebepleri yanında, önceden belirlenmesi mümkün olmayan pek çok olayın evlilik birliğini etkileyebileceği öngörüsüyle, belirli bir olguya dayanmayan genel bir boşanma sebebi düzenlemiştir⁸⁷⁸. Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, genel boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Üçüncü ve dördüncü fıkralarda ise eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları ile ortak hayatın yeniden kurulamaması durumlarında, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kanun hükmü gereği başkaca bir ispata lüzum olmaksızın kabul edilmiştir⁸⁷⁹. Bu durumlarda kanunkoyucu, “ *evlilik birliğinin sarsılmış olduğu faraziyesinden* ” hareket etmiştir⁸⁸⁰.

⁸⁷³ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 120; Ünlütepe, s. 33.

⁸⁷⁴ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 259.

⁸⁷⁵ Erdem, s. 119-120.

⁸⁷⁶ Erdem, s. 120.

⁸⁷⁷ Öztan, s. 676-677; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 260.

⁸⁷⁸ Öztan, s. 678-679; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 117; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 261; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 135.

⁸⁷⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 118; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 136; Yıldırım, “*Aile*”, s. 79.

⁸⁸⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 118; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 124; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 269; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 136.

Özel boşanma sebebinin varlığı, genel boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açmaya engel değildir⁸⁸¹. Bu noktada, davacının tercih hakkının olduğu ifade edilebilir.

Aşağıda, TMK m. 166 hükmündeki sıralamaya uygun olarak genel boşanma sebepleri incelenecektir.

a. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

Türk Medenî Kanunu m. 166/1 uyarınca, evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumunda, eşlerin her ikisinin de boşanma davası açma hakkı vardır⁸⁸². Ancak kanunkoyucu bu sarsılmanın, “*ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede*” olmasını aramaktadır⁸⁸³. Bu nedenle doktrinde, genel boşanma sebebinin, nisbî karakterde olduğu ifade edilmektedir⁸⁸⁴. Hâkim somut olayın özelliklerini nazara alarak, davacı açısından ortak hayatın sürdürülemeyecek hâle gelip gelmediğini, iddia edilen olguların evlilik birliğini temelinden sarsıp sarsmadığını değerlendirecektir⁸⁸⁵.

Mahkeme kararları incelendiğinde; şiddet, sadakatsizlik, kötü muamele, hakaret etme gibi kusura dayanan olguların evlilik birliğini sarsan durumlar olarak kabul edildiği görülmektedir⁸⁸⁶. Bununla birlikte, her iki eşin de kusuru olmasa bile

⁸⁸¹ Öztan, s. 705-707; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 125; Erdem, s. 98; Ünlütepe, s. 81-82.

⁸⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar Şahin **Anıl**, *Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması – Geçimsizlik*, Beta Yayınları, İstanbul 2008; Ünlütepe, s. 153-391.

⁸⁸³ Doktrinde bir görüş uyarınca, “*Gelecekte revize edilebilecek boşanma hukukumuz bakımından, sarsılma kavramının; temelinden, onarılamaz veya beklenemez gibi ilavelerle somutlaştırılması mümkün olmadığından, bunlar gibi nitelendirilmelerden vazgeçilmelidir*” (Ünlütepe, s. 392).

⁸⁸⁴ Öztan, s. 679; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 118; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 136; Erdem, s. 121.

⁸⁸⁵ Öztan, s. 685-687; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 119; Akıntürk /Ateş Karaman, s. 262-265; Yıldırım, “*Aile*”, s. 78; Erdem, s. 121-122.

⁸⁸⁶ “*Evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayalı olarak görülen karşılıklı boşanma davasında ilk derece mahkemesince davalı-karşı davacı **erkeğin şiddete yönelik eylemleri, tehdit ettiği ve kışkırtıcı tutum ve davranışlarının** olduğu gerekçesiyle ağır kusurlu, kadının ise sık sık evi terk ederek **birlik görevini ihmal ettiği, küçük düşürücü tutum ve davranışlarının** olduğu gerekçesiyle az kusurlu olduğu kabul edilerek her iki davanın da kabulüne, tarafların boşanmalarına karar verilmiştir*” (Y. 2. HD. T. 21.10.2019, E. 2019/3767 ve K. 2019/10395 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 30.12.2019). “*Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı karşılıklı boşanma davasıdır. Davalı-karşı davacı erkeğe kusur olarak yüklenen **güven sarsıcı davranışa konu olan mesaj kayıtları** davacı-karşı davalı kadının delil listesi ekinde sunulan ve erkeğin, kadının arkadaşı dışında, başka bir kadınla yaptığı yazışmalardır. Fiili ayrılık döneminde yapıldığı ileri sürülen yazışmaların tarihi belli değildir. Davalı-karşı davacı erkeğin fiili ayrılık döneminde üçüncü bir kişi ile yaptığı yazışmaların davacı-karşı davalı kadın tarafından ne şekilde elde edildiği belli olmadığından, hukuka aykırı olan bu delile itibar edilerek davalı-karşı davacı erkeğe kusur yüklenemez. Tarafların mahkemece kabul edilen ve gerçekleşen kusurlu davranışlarına göre eşit kusurlu olduklarının kabulü gerekir*” (Y. 2. HD. T. 16.9.2019, E. 2019/1601 ve K. 2019/8698 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 30.12.2019).

evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı iddiasıyla boşanma davası açılması mümkündür⁸⁸⁷. Diğer yandan eşlerin kusuru, dava açma hakkı üzerinde etkili olmamakla birlikte, dava sonucuna etkili olması itibarıyla önemlidir. Nitekim m. 166/2’de, davacının kusurunun daha ağır olması durumunda, davalıya açılan davaya itiraz hakkı tanınmıştır⁸⁸⁸. Bununla birlikte bu itirazın, “*hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yararın kalmaması durumunda*” boşanmaya karar verilebileceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 166/2). Doktrinde, hükmün kaleme alınış tarzının hatalı olduğu, eğer hakkın kötüye kullanılması söz konusu ise bu ilkeye başka şartların ilave edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁸⁹. Bu durumda, hâkim öncelikle, itirazın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığına karar verecek; bu nitelikte değilse davacının daha kusurlu olup olmadığı meselesi üzerinde duracaktır⁸⁹⁰. Ancak her hâlükârda, davacı daha fazla kusurlu olmasına rağmen; eğer evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilmesi mümkündür⁸⁹¹.

b. Eşlerin Anlaşması

Kanunkoyucu, TMK m. 166/3’te düzenlenen belirli koşullarla, tarafların boşanma konusundaki ortak iradelerine saygı göstererek anlaşmalı bir şekilde boşanma hakkı tanımıştır⁸⁹². İlk olarak tarafların evliliğinin en az bir yıl sürmüş olması

⁸⁸⁷ Öztan, s. 681; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 118; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 122; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 266; Yıldırım, “*Aile*”, s. 78; Erdem, s. 128-129. Bununla birlikte, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemişse (davalı “*kusursuz*” ise), tam kusurlu eşin açmış olduğu evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayanan boşanma davasının reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir (Gençcan, “*Boşanma*”, s. 387).

⁸⁸⁸ Doktrinde bu durumun teknik anlamda itiraz değil, def’i olduğu ifade edilmektedir. Zira hâkim tarafından re’sen davacının daha kusurlu olduğunun nazara alınması mümkün değildir (Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 121; Yıldırım, “*Aile*”, s. 78; Erdem, s. 130). Buna karşılık, doktrinde başka bir görüş uyarınca, hâkimin bu savunmayı re’sen göz önünde tutması gerektiği, bu sebeple de itiraz olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 123).

⁸⁸⁹ Öztan, s. 692; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 121-122; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 268.

⁸⁹⁰ Öztan, s. 691.

⁸⁹¹ Öztan, s. 691; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 121-122.

⁸⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat **Özdemir**, *Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Beta Yayınları, İstanbul 2003, (“*Anlaşmalı Boşanma*”); Esra Pınar **Yılmaz Bilgin**, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 35-97; Helin Neval **Tekin**, *Anlaşmalı Boşanma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 65-146.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlükte olduğu dönemde (4 Mayıs 1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanun kabul edilene kadar), Türk hukukunda anlaşmalı boşanmanın kabul edilmemiş olması sebebiyle, eşlerin anlaşarak boşanmaları suretiyle elde edilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi dahi reddedilmekteydi. Türk hukukunda “*eşlerin rızâi (iradî) boşanmalarına yer verilememiş*” olması

gerekmektedir⁸⁹³. Bu şartın arkasında, eşlerin birbirlerini henüz iyice tanımadan boşanmalarını engellemek amacı yatmaktadır⁸⁹⁴. Bu sürenin yerindeliğine ilişkin çeşitli tartışmalar olmakla birlikte, kanunun açık düzenlemesi karşısında evlilik üzerinden bir yıl geçmeden anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi mümkün değildir.

Eşler, aralarında anlaşmak suretiyle doğrudan TMK m. 166/3 hükmüne dayanarak boşanma talebiyle birlikte başvurabilecekleri gibi; başka bir sebebe dayanarak açılmış bir boşanma davasında, diğer eşin boşanmayı kabul etmesi suretiyle de anlaşmalı boşanma gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte, doktrinde bir görüş uyarınca, her ne kadar madde metninde eşlerin birlikte başvurmasından bahsedilmiş olsa da; yargılama sistemimizde iki kişinin birlikte davacı veya davalı olmasının mümkün olmaması sebebiyle, bu hükmün usûlen uygulanma imkânının olmadığı belirtilmektedir⁸⁹⁵.

Hâkimin anlaşmalı boşanmaya karar verebilmesi için gerekli şartlardan biri de tarafları bizzat dinlemesidir. Bu sayede, eşlerin iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını kontrol edebilmektedir⁸⁹⁶. Dolayısıyla, eşler dışında avukatlarının, yasal temsilcilerinin yahut yakınlarının dinlenmesi yeterli olmadığı gibi, eşlerin mutlaka bizzat hâkim tarafından dinlenmesi gerekmektedir⁸⁹⁷. Hâkim, eşlerin iradelerinin serbestçe açıklanmadığı kanaatine varırsa, anlaşmalı boşanma davasını reddetmelidir⁸⁹⁸.

Son şart, tarafların “*boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda*” yaptıkları anlaşmanın hâkim tarafından uygun bulunmasıdır (TMK m. 166/3). Malî sonuçlar kapsamında, nafaka ile maddî ve manevî tazminata ilişkin hususların belirlenmesi, çocukların durumu açısından ise velayet hakkı ve velayet hakkına sahip olmayan tarafın ve hatta üçüncü kişilerin çocukla olan ilişkisinin

kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmekteydi (Y. 2. HD, T. 15. 05. 1985, E. 2674, K. 4577 – Yalçinkaya/ Kaleli, s. 2021). Daha sonra İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesi de, Yargıtay’ın söz konusu kararını emsal göstererek, Girne Aile Mahkemesi’nden verilen boşanma ilamının tanınması talebini reddetmiştir. Kararda, “*Tanıklar dinlenmeden tarafların rızai boşanmalarına karar verilmesi*” Türk kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmiştir (T. 14.12.1983, E. 1984/472 ve K. 1984/620; MHB, Y. 1985, C. 5, S. 1, s. 61-62).

⁸⁹³ İsviçre hukukunda ise bir yıllık süre aranmamakta ve uygulamada %98 oranında anlaşmalı boşanmanın tercih edildiği belirtilmektedir (Şıpka, “*Toplu Bakış*”, s. 37). İsviçre Medenî Kanunu’nda yapılan değişiklikler sonrasında kabul edilen boşanma sebepleri hakkında bkz. Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 111-113.

⁸⁹⁴ Öztan, s. 694; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 122-123; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 270; Erdem, s. 131.

⁸⁹⁵ Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 143.

⁸⁹⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 123; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 124; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 144; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 270-271; Yıldırım, “*Aile*”, s. 79; Erdem, s. 133.

⁸⁹⁷ Öztan, s. 692; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 123; Yıldırım, “*Aile*”, s. 79; Erdem, s. 133.

⁸⁹⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 124; Erdem, s. 133.

düzenlenmesi gerekmektedir⁸⁹⁹. Uygulamada “boşanma protokolü” olarak adlandırılan boşanmaya ilişkin anlaşma, genellikle önceden yazılı olarak düzenlenmektedir. Bununla birlikte yazılı anlaşma yapılması zorunlu değildir. Duruşma esnasında tarafların beyanlarının tutanağa geçirilmesi suretiyle de anlaşmanın yapılması mümkündür⁹⁰⁰. Her iki durumda da hâkim, tarafların yaptığı düzenlemeyi uygun bulmazsa, eşlerin ve çocuklarının menfaatlerini göz önünde bulundurarak gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Söz konusu değişikliklerin taraflarca da kabul edilmesi durumunda boşanmaya hükmolunur.

Yukarıda belirttiğimiz TMK m. 166/3’te sayılan şartların gerçekleşmesi durumunda, başka bir husus araştırılmaksızın eşlerin boşanma talebi kabul edilir. Bu noktada kanunkoyucu, hâkime takdir yetkisi tanımamıştır. Yine de anlaşmalı boşanma davasında hâkim, sadece onay makamı konumunda değildir. Anlaşmalı boşanma davası sonucunda verilen karar, “bir tespit kararı değil”; diğer boşanma sebeplerinde olduğu gibi, bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğindedir⁹⁰¹. Gerekli şartların gerçekleşmemesi durumunda ise anlaşmalı boşanma davasının reddedilmesi gerekmektedir.

c. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık)

Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle boşanma, TMK m. 166/4’ te düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca boşanmaya hükmedilebilmesi için üç şart aranmaktadır⁹⁰². İlk olarak, önceden herhangi bir boşanma sebebine dayanarak açılmış lâkin reddine karar verilmiş bir boşanma davası olmalıdır. Önceden reddedilen bir

⁸⁹⁹ Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi açısından eşlerin, yasal mal rejiminin tasfiyesi konusunda anlaşmalarının gerekip gerekmediği tartışması hakkında bkz. İpek Betül **Aldemir**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 148-151.

⁹⁰⁰ Öztan, s. 694-695; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 124; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 271; Kılıçoğlu, “Aile Hukuku”, s. 142. Doktrinde bir görüş uyarınca, boşanma protokolünde, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların devri veya tesisine ilişkin bir yükümlülük öngörülmüş olsa dahi, protokolün yazılı şekil şartına tâbi olmaksızın düzenlenebileceği ifade edilmektedir (Özkan Cavit **Hoşlan**, “Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II - Aile Hukuku, 20 Nisan 2017, (Editör: Prof. Dr. Baki İlkey **Engin**), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, ss. 203-287, s. 205). Doktrinde başka bir görüş uyarınca, olması gereken hukuk açısından, anlaşmanın önceden yazılı olarak sunulmasının geçerlilik şartı olarak düzenlenmesi gerektiği, böylelikle tarafların da daha dikkatli hareket edecekleri savunulmaktadır (Bkz. Öz **Seçer**, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, *İNÜHFD*, C. 7, S. 2, Y. 2016, ss. 259-286, s. 265-266).

⁹⁰¹ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 125.

⁹⁰² Şartların değerlendirilmesi ve tarihsel süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın **Ünal**, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, *ERÜHFD*, Y. 2007, C. II, S. 1-2, ss. 291-311.

boşanma davası olmaksızın tarafların çok uzun süreler ayrı yaşamış olmaları ve hatta evlilik birliğinin başından itibaren hiç bir araya gelmemiş bulunmaları dahi, bu madde bağlamında bir anlam ifade etmez. Teknik anlamda fiili ayrılıktan bahsedebilmemiz için mutlaka daha önce açılıp reddedilmiş bir boşanma davasının olması gerekmektedir⁹⁰³. İkinci olarak önceden reddedilen boşanma davasına ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi gerekmektedir⁹⁰⁴.

Doktrinde, reddedilen boşanma davasına ilişkin kararın yabancı ülke mahkemelerinden verilmiş bir karar da olabileceği ancak bu durumda TMK m. 166/4'e göre dava açılabilmesi için ilgili kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması⁹⁰⁵ ve kararın kesinleşmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰⁶. Eğer yabancı ülke mahkemesinden verilen karar Türkiye'de tanınmışsa, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren (*MÖHUK m. 59*) üç yıl geçtikten sonra, bu hüküm kapsamında boşanma talep edilebileceği belirtilmektedir⁹⁰⁷. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, yabancı mahkemenin boşanmanın reddine ilişkin verdiği kararın tanınmasında, tarafların hukukî yararının (*MÖHUK m. 52*) olduğu iddia edilebileceği gibi, kanaatimizce böyle bir durumda özellikle de taraf menfaatleri ve usûl ekonomisi açısından değerlendirildiğinde illâ ki yabancı mahkeme kararının tanınmasının şart koşulması tartışmaya açıktır.

⁹⁰³ Öztan, s. 701; Ünal, s. 295. Doktrinde bir görüş uyarınca, yapılacak bir kanun değişikliği ile önceden bir boşanma davası açılıp reddedilmesi ön şartının kaldırılması ve fiili ayrılığın her türlü delille ispatının yeterli görülmesi gerektiği ifade edilmektedir (Şıpka, “*Toplu Bakış*”, s. 44).

⁹⁰⁴ Üç yıllık süre, kararın kesinleşmesi için gereken süreler de nazara alındığında, oldukça uzun olduğu için eleştirilmekte; TMK m. 166/3'te düzenlenen anlaşmalı boşanmayla uyumlu olacak şekilde bir yıla indirilmesi; bu mümkün görülmezse, en azından, İsviçre hukukunda olduğu gibi iki yıllık sürenin yeterli görülmesi gerektiği savunulmaktadır (Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 146).

⁹⁰⁵ Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta da yabancı ülke mahkemesinden alınan red kararının dikkate alınabilmesi için, öncelikle tenfiz edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karara göre, “...*Dava, Medenî Kanunun 134 /son maddesi uyarınca fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya ilişkin olup anılan madde uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için evvelce açılan boşanma davasının redle sonuçlanması, davanın reddine ilişkin hükmün kesinleşmesi ve kesinleşme tarihinden başlayarak üç yıl süre geçmesine rağmen müşterek hayatın yeniden kurulmamış olması gerekmektedir. Olayımızda ise önceki dava ve o davada verilen red kararı yabancı mahkemeye ait bulunmaktadır. 2675 sayılı Milletlerarası Özet Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. maddesi uyarınca, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Başka bir ifade ile tenfiz edilmemiş (tenfizine karar verilmemiş) bir yabancı mahkeme ilamına genelde ve Medenî Kanunun 134 /son maddesinin uygulanması açısından da özelde hukuksal sonuç ve değer tanımak mümkün bulunmamaktadır. Öyle ise isteğin reddi gerekirken bu yön gözönünde tutulmadan boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır*” (Y. 2. HD. T. 16.09.1991, E. 1991/6557 ve K. 1991/10749 – Çelikel/ Nomer/ Giray/ Esen, s. 541-542).

⁹⁰⁶ Özügür, “*Boşanma*”, s. 525; Ünal, s. 303.

⁹⁰⁷ Özügür, “*Boşanma*”, s. 525.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için, boşanmanın reddine ilişkin kararının kesinleştiği tarihten itibaren geçmesi gereken üç yıllık sürenin kesintisiz olması da aranmaktadır⁹⁰⁸. Eşlerin zaman zaman, çocuklarla ilgili karar almak veya kaza/hastalık gibi durumlar sebebiyle bir araya gelmeleri sürede kesinti olarak kabul edilmemekte; sadece “*evlilik birliğini yeniden kurmak amacıyla bir araya gelmeleri*” durumunda süre kesilmektedir⁹⁰⁹.

Son olarak, boşanmaya hükmedilebilmesi için, bu üç yıllık süre zarfında, “*her ne sebeple olursa olsun*”, eşler arasında ortak hayat yeniden kurulamamış olmalıdır. Madde metnindeki her ne sebeple olursa olsun ifadesinden anlaşılabileceği üzere, ortak hayatın yeniden tesis edilememesinde, tarafların kusurlu olup olmamaları önemli değildir. Bu üç şart gerçekleştiğinde, evlilik birliği temelden sarsılmış kabul edilmektedir. Bu durumda, başkaca bir araştırmaya gerek kalmaksızın, “*eşlerden birinin istemi üzerine*” boşanmaya karar verilir⁹¹⁰. Bu noktada hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır⁹¹¹.

Ş2. ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUK

Tezin bu kısmında, öncelikle, Avrupa aile hukukundaki yeknesaklaştırma ihtiyacı ve Roma III Tüzüğü’nün kabul süreci kısaca açıklanacaktır. Bu kısımda, esas itibarıyla, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka dair bağlama kurallarının ayrıntılı bir şekilde incelenmesi amaçlanmıştır. Roma III Tüzüğü henüz iç hukukumuzun parçası olmamakla birlikte, çeşitli durumlarda Türk hukukçular tarafından dikkate alınması zorunluluk arz etmektedir. Zira Batı Avrupa ülkelerinde yaklaşık beş buçuk milyon Türk vatandaşının yaşadığı ifade edilmektedir⁹¹². Roma III Tüzüğü’ne katılan üye ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının taraf oldukları boşanma davaları açısından da uygulanacak hukuk, Roma III Tüzüğü uyarınca belirlenecektir. Diğer yandan Avrupa

⁹⁰⁸ Öztan, s. 703; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 145; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 274; Ünal, s. 304.

⁹⁰⁹ Öztan, s. 703; Kılıçoğlu, “*Aile Hukuku*”, s. 145; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 274.

⁹¹⁰ Madde metnindeki, “*eşlerden birinin istemi üzerine*” ifadesinin, boşanmanın ancak mahkeme kararıyla mümkün olması gereği sebebiyle, eşlerden birinin yeni bir boşanma davası açması şeklinde anlaşılması gerekmektedir (Ünal, s. 306).

⁹¹¹ Öztan, s. 705; Ünal, s. 298; Erdem, s. 141-142.

⁹¹² Bkz. http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_tr.mfa. Ayrıca Türkiye’nin yakın ilişki içerisinde olduğu bazı ülkelerde yaşayan ve o ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarına ilişkin bilgiler için bkz. <https://www.csgb.gov.tr/diyih/contents/distemsilciliklerimiz/ulkeler>, (ET. 07.05.2017).

Birliği üyesi devletlerin vatandaşı binlerce kişi Türkiye’de yaşamaktadır. Bu kişilerin Türkiye’de açtıkları davalarda, MÖHUK m. 2/3 gereğince atfın uygulanması neticesinde, Roma III Tüzüğü’nün nazara alınması zorunludur⁹¹³.

Avrupa Birliği Tüzükleri, Türk hukukunda doğrudan uygulama alanına sahip olmamakla birlikte, kanunların hazırlanması aşamasında ve doktrindeki tartışmaların zenginleştirilmesinde her zaman örnek olarak alınmaktadır⁹¹⁴. 5718 sayılı MÖHUK hazırlanırken, Avrupa Birliği düzenlemelerinin dikkate alındığı genel gerekçede ve bazı madde gerekçelerinde açıkça ifade edilmiştir. Öyle ki, Avrupa Birliği’ne üye olduğumuz takdirde iç hukukumuzun parçası hâline gelecek ilgili tüzüklere, şimdiden “*uyumlu bir kanunun kabulü ile ona ilişkin tatbikatın gelişmesinin, bazı zorlukları aşmada yardımcı olacağı*” ifade edilmiştir⁹¹⁵. Bu minvalde, olası bir MÖHUK değişikliğinde, Roma III Tüzüğü’nün dikkate alınması ihtimâl dâhilindedir⁹¹⁶.

I. AVRUPA BİRLİĞİ AİLE HUKUKUNDA YEKNESAKLAŞTIRMA İHTİYACI

Avrupa Birliği üyesi devletlerarasındaki ilişkilerin artması, özellikle 1992 yılından beri uygulanan ortak pazar sonucunda, hukukun sadece ulusal boyutta düzenlenmesinin yeterli olmadığı görülmüş ve en azından belli alanlarda ortak temel kuralların oluşturulması ihtiyacı doğmuştur⁹¹⁷. Parlamento da çeşitli kararlarında, üye devletlerin özel hukuklarını uyumlu hâle getirmeleri ve “*kapsamlı bir ortaklık kanunu*” düzenlenmesi gerekliliğini vurgulamıştır⁹¹⁸. Bu bağlamda, Avrupa Birliği nezdinde, ulusal hukuk düzenleri arasındaki farklılıkların, uluslararası temellerde uyum

⁹¹³ Aile hukukuna ilişkin Avrupa Birliği Tüzüklerinin, Türkiye ve Türk vatandaşları üzerindeki etkileri hakkında bir inceleme için bkz. Hanswerner **Odendahl**, “Die Bedeutung neuer internationaler IPR-Normen im Familien- und Erbrecht für Fälle mit Türkeibezug“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 4/2018, pp. 450-455.

⁹¹⁴ Ceyda **Süral**, “Avrupa Birliği’nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Düzenlemelerinin Türk Hukukuna Etkileri”, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, (Editörler: Doç. Dr. Ayfer Uyanık **Çavuşoğlu** ve Doç. Dr. Zeynep Derya **Tarman**), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 4, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, ss. 81-101, s. 81.

⁹¹⁵ Genel gerekçe ve madde gerekçeleri için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>, (ET. 07.03.2017).

⁹¹⁶ Gülüm **Bayraktaroğlu Özçelik**, “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, *AÜHFD*, C. 61, S. 2, Y. 2012, ss. 505-539, s. 509, (“Roma III”).

⁹¹⁷ Arzu **Oğuz**, *Karşılaştırmalı Hukuk (Kavram- Amaç ve İşlevler- Metod- Tarihçe- Büyük Hukuk Çevreleri)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 50.

⁹¹⁸ Bkz. ABLE 1989 C 158/400- 26.05.1989; ABLE 1994 C 205/518- 06.05.1994. Ayrıca bkz. Jürgen **Basedow**, (Çeviren: Arzu **Oğuz**), “Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu”, *AÜHFD*, C. 51, S. 3, Y. 2003, ss. 1-18; Zehra **Özkan**, “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, *AÜHFD*, C. 66, S. 1, Y. 2017, ss. 157-199, s. 166-191, (“Uyumlaştırma”); Oğuzman/ Barlas, s. 15.

sağlanması suretiyle azaltılması veya ortadan kaldırılması amacıyla, “*hukukun birleştirilmesi*” yönünde çeşitli çalışmalar yapılmaktadır⁹¹⁹.

Milletlerarası özel hukuk açısından baktığımızda, yeknesaklaştırma çalışmaları, hem milletlerarası yetki ve tanıma/tenfiz hem de kanunlar ihtilâfi kuralları açısından yürütülmektedir. Milletlerarası yetki ve tanıma/tenfiz bağlamında yeknesaklaştırma çalışmaları “*Brüksel*” üst başlığı altında düzenlenmektedir. Kanunlar ihtilâfi kurallarına ilişkin çalışmalar ise “*Roma*” üst başlığı altında düzenlenmektedir⁹²⁰.

Özel hukukunun diğer alanlarında yeknesaklaştırma yapılmasına rağmen, aile hukukunun açıkça ihmâl edilmesi sebebiyle, aile hukukunun adeta ‘*Sindirella*’ (*külkedisi*) muamelesi gördüğü ifade edilmektedir⁹²¹. Ancak güncel duruma

⁹¹⁹ Bkz. Oğuz, s. 48-66. Ulusal hukuk düzenleri arasındaki farklılıkların azaltılması veya ortadan kaldırılması denilince; “*hukukun birleştirilmesi*”, “*hukukun uyumlaştırılması*”, “*hukukun yaklaştırılması*”, “*hukukun yakınlaştırılması*” ve “*yeknesaklaştırma*” gibi farklı kavramlar gündeme gelmektedir. Kavram birliği olmadığı gibi, farklı anlamlara gelseler dahi bu kavramların sıklıkla birbiri yerine kullanıldığı da görülmektedir. Terminoloji sorunu hakkında bkz. Marie-Thérèse **Meulders-Klein**, “*Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means*”, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe (Edited by Katharina **Boele-Woelki**), Family Law Series-Volume 4, Intersentia Publishing, Antwerp- Oxford- New York 2003, pp. 105-117, p. 105-107. Tezimiz kapsamında, anlam farklılıklarına dikkat edilerek, konunun akışına uygun gördüğümüz terimler kullanılacaktır. Bu bağlamda ağırlıklı olarak, tek bir hukuk düzeni sağlamayı amaçlayan çalışmalar *yeknesaklaştırma* kavramı kapsamında, farklılıkların azaltılmasına yönelik çalışmalar *uyumlaştırma* kapsamında incelenecektir.

⁹²⁰ Bununla birlikte, bazı düzenlemelerde, hem yetki hem de kanunlar ihtilâfi kurallarına yer veren karma bir yaklaşım da sergilenmektedir (Gralf- Peter **Calliess**, “*Introduction*”; Rome Regulations Commentary, Edited by Gralf- Peter **Calliess**, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 1-25, p. 1-2). Ayrıntılı bilgi için bkz. Geert Van **Calster**, *European Private International Law*, Hart Publishing, Second Edition, Oxford and Portland - Oregon 2016.

⁹²¹ Geert **De Baere** and Kathleen **Gutman**, “*The Impact of the European Union and the European Court of Justice on European Family Law*”, European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 5-49, p. 5. Hukukun yeknesaklaştırılması veya uyumlaştırılması amacıyla yapılan çalışmalar, hukukun her alanında da aynı ilgiyi görmemektedir. Bilindiği üzere, aile hukuku, tarihi, sosyal, kültürel, ahlâki ve dinî değerlere köklü bir şekilde bağlıdır. Ekonomik boyutu ağır basan hukukî ilişkiler de ulusal kültürün etkisinde kalmakla birlikte, hukukun en çok korunan ve taviz verilmesi mümkün görülmeyen alanı, aile hukuku olarak görülmektedir. Nitekim aile hukukunun, sadece bireyleri ve onların kişisel çıkarlarını ilgilendiren bir alan olmadığından bahisle, yalnızca “*özel*” hukuka dâhil bir alan olmadığı, “*kamu düzeninin*” de bir parçası olduğu ifade edilmektedir (Meulders-Klein, s. 108-109). Bu sebeplerle, geleneksel yaklaşımda, aile hukukunun uyumlaştırılması konusunda kapsamlı karşılaştırmalı hukuk çalışması yapılmadığı gibi, bu yönde yapılan milletlerarası düzenlemeler de nadiren başarıya ulaşmıştır (Pintens, “*Europeanisation*”, s. 6-7). Aile hukukunun millî karakteri ve kendine has özellikleri sebebiyle, gerçek bir yeknesaklaştırmanın yapılıp yapılamayacağı bir yana, yeknesaklaştırmanın gerçekten istenilip istenilmediği de haklı olarak tartışılmaktadır (Wolfram **Müller-Freienfels**, “*The Unification of Family Law*”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, I. 1-2, February 1968, pp. 175-218; Dieter **Martiny**, “*Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?*”, Towards a European Civil Code, (Editors; Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman), Kluwer Law International, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, 3rd ed., pp. 307-335; “*Unification*”). Aile hukukunun yeknesaklaştırılmasını, kültürün önemli bir cephesinin kaybı olarak gören ve kültürel emperyalizm olarak nitelendirenler bulunmakla birlikte; ulusal hukukun korunmasının, uyumlaştırmaya karşı olmakla sağlanamayacağını, aile hukukunda yabancı hukuka karşı direnişin kanıtlanmış olumlu bir etkisi olmadığı, dahası hukukun gelişmesinin

bakıldığında, ‘uyuyan güzelin’ ihtişamlı bir şekilde ayaklandığı ve bu yönde birçok düzenlemenin yapıldığı gözlemlenmektedir⁹²². Nitekim Avrupa Birliği’nin bütünleşmesi ve gerçek anlamda bir “birlikten” bahsedilebilmesi, özellikle aile hukuku alanında hukukun birleştirilmesi gereğini de beraberinde getirmektedir⁹²³.

Avrupa Birliği’nde temel haklardan biri olarak görülen kişilerin serbest dolaşım hakkı, Birlik üyesi devlet vatandaşlarının artan hareketliliğine ve dolayısıyla da sınır aşan aile hukuku ilişkilerinin artış göstermesine sebep olmuştur⁹²⁴. Nitekim Avrupa ülkelerinde gerçekleşen evliliklerden yüzde on beşinden fazlası yabancılık unsuru taşımakta, bu evlilikler içerisinde doğan çocukların da çoğunlukla birden fazla vatandaşlığa sahip olması nedeniyle çok vatandaşlık gün geçtikçe artmakta, buna artan göç oranları da eklendiğinde sayı oldukça yüksek boyutlara ulaşmaktadır⁹²⁵.

Yabancılık unsuru taşıyan aile hukuku ilişkilerindeki artış sebebiyle, boşanma gibi kişilerin günlük yaşamını etkileyen davaların, ortak bir yargı ağı oluşturularak kolaylaştırılması, ortak ticaret kuralları oluşturmak kadar önemli hâle gelmiştir⁹²⁶. Diğer yandan, birden fazla üye ülkenin hukuku ile temas hâlinde bulunan uyumsuzlukların çözümünde, hem kanunlar ihtilâfı hukuku hem de maddî hukuk açısından birbirinden farklı düzenlemelere sahip ulusal hukuklar yetkili olmaktadır. Ulusal hukuklardaki farklılıklar ise tarafların her ülkede farklı hukukî sonuç elde etmesine, dolayısıyla da milletlerarası karar ahenginin bozulmasına neden olmaktadır⁹²⁷. Neticede, hem usûl hukuku ve uygulanacak hukuktaki farklılıklar hem de tanıma/tenfiz prosedürünün

ancak karşılaştırmalı hukuk çalışması ve uyumlaştırma ile sağlanabileceği de ifade edilmektedir (Pintens, “*Europeanisation*”, s. 7-8).

⁹²² De Baere/ Gutman, s. 5-6.

⁹²³ Burcu **Kalkan Oğuztürk**, “A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe”, *Annales XLI*, N. 58, Y. 2009, pp. 181-195, p. 182.

⁹²⁴ Nynke A. **Baarsma**, *The Europeanisation of International Family Law*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands 2011, p. 79, (“*Europeanisation*”); Veronika **Gaertner**, “European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”, *Journal of Private International Law*, Vol. 2, No. 1, April 2006, pp. 99-139, p. 99; Ayfer **Uyanık Çavuşoğlu**, “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, *GSÜHFD*, 2011/1, ss. 213-241, s. 214; (“*Birleştirme Çalışmaları*”); Pintens, “*Europeanisation*”, s. 27.

⁹²⁵ Nina **Dethloff**, “*Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*”, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe (Edited by Katharina **Boele-Woelki**), Family Law Series - Volume 4, Intersentia Publishing, Antwerp- Oxford- New York 2003, pp. 35-65, p. 35-36.

⁹²⁶ Baarsma, “*Europeanisation*”, s. 80; De Baere/ Gutman, s. 20-21.

⁹²⁷ Uyanık Çavuşoğlu, “*Birleştirme Çalışmaları*”, s. 215; Dethloff, s. 43-44.

yeknesak olmayışının yarattığı belirsizlik ortamı, Avrupa Birliği aile hukukunu yeknesaklaştırma çalışmalarının çıkış noktasını oluşturmaktadır⁹²⁸.

Tarihî sürece baktığımızda, Avrupa aile hukukuna ilişkin yeknesaklaştırma çalışmalarının yaklaşık otuz yıl öncesine dayandığını görmekteyiz⁹²⁹. Özellikle 2 Ekim 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, aile hukuku alanında yargısal işbirliği sağlanması, AB özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturma çabasının önemli bir yapı taşı hâlini almıştır⁹³⁰. 1999 yılında kabul edilen eylem planında beş yıl içerisinde, ilk adım olarak Brüksel II Tüzüğü ile yargılama ve tanıma/tenfiz konularına ilişkin gerekli düzenlemeler yapılması; sonrasında ise boşanmaya uygulanacak hukuka dair hukukî düzenleme yapılarak, *forum shopping*'in önlenmesi ihtiyacı vurgulanmıştır⁹³¹. Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesi ise AB kapsamında yenilenmiş girişimlerin yapılması için AB'nin çeşitli kurumları ve yetkili organları arasında gerekli ortamı hazırlamıştır⁹³². Bu bağlamda, AB milletlerarası özel hukukundaki esaslı değişikliklerin, Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde gerçekleştiği ifade edilmektedir⁹³³.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerin aile hukuklarında, kültürel çeşitlilik ve farklı gelenekler sebebiyle, hukukun yeknesaklaştırılması pek mümkün görülmediği gibi,

⁹²⁸ Katharina **Boele-Woelki**, "To be, or not to be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union", *Victoria University of Wellington Law Review*, Y. 2008, Vol. 39, N. 4, pp. 779-792, p. 781-782, ("Enhanced Cooperation").

⁹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Masha **Antokolskaia**, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, European Family Law Series-Volume 13, Intersentia Publishing, Cambridge 2006, ("Historical Perspective"); Máire Ní **Shúilleabháin**, "Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections From a Common Law Perspective", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 4, October 2010, pp. 1021-1053, ("Ten Years"); Maebh **Harding**, "The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character out of Family Law?", *Journal of Private International Law*, Vol. 7, No. 1, April 2011, pp. 203-229.

⁹³⁰ Teresa **Henderson**, "From Brussels to Rome: The Necessity Of Resolving Divorce Law Conflicts Across the European Union", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 28, No. 4, pp. 768-794, p. 771; Baarsma, "Europeanisation", s. 80. Amsterdam Anlaşması, etkili bir işbirliği için problemlerin ortadan kaldırılması konusunda usule ilişkin hukukun uyumlaştırılması ve hukukî konularda adli işbirliğinin tesis edilebilmesi için kapsamlı dayanağı oluşturmaktadır. Amsterdam Anlaşması yürürlüğe girdikten sonra, çok sayıda tüzük ve yönerge kabul edilmiştir (Peter **Gottwald** - Çev. Seda **Özmumcu**, "Avrupa Medenî Usul Hukuku", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan – Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, ss. 1291-1329, s. 1292).

⁹³¹ "Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice"; (Text adopted by the Justice and Home Affairs Council of 3 December 1998); O.J. C 019, 23.01.1999 P. 0001 – 0015; Part II- para. 41(a). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0123%2801%29>, (ET.07.09.2017).

⁹³² De Baere/ Gutman, s. 6.

⁹³³ Kiestra, s. 18.

lkeler de uzlaşma noktasında çok istekli grnmemektedir⁹³⁴. Bu sebeple aile hukukunu “*Avrupalılaştırma*” alışmaları, ağırlıklı olarak maddi hukuk alanında değil, milletlerarası usûl hukuku ve kanunlar ihtilafi hukuku alanındadır⁹³⁵. Özellikle de kanunların ihtilafi kurallarının uyumlaştırılması, ülkelerin ulusal yasalarındaki hassas meselelerle uğraşılmasını gerektirmemesi sebebiyle daha kolay ve uzlaşılması daha mümkün bir alan olarak grlmektedir⁹³⁶. Böylelikle, ye ülkelerin maddi hukuka ilişkin düzenleme yapma yetkileri korunmakla birlikte, en azından kanunlar ihtilafi kurallarının uyumlaştırılması sayesinde belirli bir hukuki güvence saęlanmaktadır⁹³⁷. Buna karşılık, gerçek bir özgürlük, güvenlik ve adalet birliği oluşturma amacı kapsamında, milletlerarası özel hukukun uyumlaştırılmasının yeterli olmadığı, maddi hukukların da yeknesaklaştırılması gerektiği ifade edilmektedir⁹³⁸. Lakin bu amaca, yakın gelecekte ulaşılması pek mümkün grlmemektedir⁹³⁹.

Avrupa Birliği’nde özel hukuka ait yeknesak düzenlemelerin artmasıyla, ye ülkelerin ulusal yasalarının yerini, yaygın olarak AB düzenlemeleri almaktadır⁹⁴⁰.

⁹³⁴ Magdalena **Pfeiffer**, “Choice of Law in International Family and Succession Law”, *The Lawyer Quarterly*, Vol. 2, No. 4, Y. 2012, pp. 291-305, p. 295. Doktrinde ağırlıklı görüş, ABİDA’nın 81. maddesinin tanıdığı yetkinin milletlerarası hukukta işbirliğini sağlamaya yönelik olduğunu, bu sebeple de aile ve miras hukukunda birleştirmeye gidilemeyeceğini ifade etmektedir. Buna karşılık, Avrupa Aile Hukuku Komisyonu’nda (CEFL) görevli uzmanlar, ye devletlerin aile hukuklarında son yıllarda yapılan reformlar ile ortak amaçlara hizmet edildiğini, ulusal gelenek ve kültürel etkilerin azaldığını belirtmektedir. **Bu sebeple, kısmen de olsa maddi aile hukukunda da yeknesaklaştırmanın mümkün olabileceği savunulmaktadır.** Bkz. Uyanık avuşoğlu, “*Birleştirme alışmaları*”, s. 221-222. Avrupa Aile Hukuku Komisyonu ve çalışmalarının Avrupa aile hukuku üzerindeki etkileri için bkz. Katharina **Boele-Woelki**, “*The Impact of the Comission on European Family Law (CEFL) on European Family Law*”, *European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law* (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 209-261, (“*CEFL*”). Ayrıca bkz. şükran **şıpka**, “Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL (Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu, Prensipleri, Amaçları ve Yapılan alışmalar)”, *İTÜSBD*, Y. 5, S. 10, Gz 2006/2, ss.163-172, (“*CEFL*”). Komisyon tarafından yayımlanan, “*Boşanma ve Eski Eşler Arasındaki Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeri*”nin Türkçe evirisi ve değerlendirilmesi hakkında bkz. Canan **Yılmaz**, “Avrupa Birliği’nde Aile Hukuku’nun Uyumlaştırılması”, *MÜHFHAD*, C. 14, S. 1-2, Y. 2008, ss. 85-113, s. 96-105. Yazara göre, ilkelerin ortak özellikleri, devlet müdahalesinin azaltılması, taraf iradesine ağırlık verilmesi, basitlik ve anlaşılmalı boşanma yönteminin kolaylaştırılması suretiyle boşanmanın kolaylaştırılması olarak özetlenebilir.

⁹³⁵ Kiestra, s. 17.

⁹³⁶ Pfeiffer, s. 295-296.

⁹³⁷ Bilgehan **etiner**, “AB’nin Aile ve Miras Hukuku Alanlarında Düzenleme Yetkisi”, *AAD*, C. 4, N. 2, Bahar 2005, ss. 85-104, s. 103, (“*Aile ve Miras*”).

⁹³⁸ Pintens, “*Europeanisation*”, s. 27; Dethloff, s. 39. Ancak doğrudan maddi hukukun birleştirilmesi çalışmaları yapılmadan önce, yeterli bilimsel ortaklığın sağlanması, ortak bir hukuk bilimi oluşturulması ve hukuk eğitiminde birlik ve eşitlik sağlanması gerektiği, isabetli bir şekilde belirtilmektedir (Pintens, “*Europeanisation*”, s. 27-28).

⁹³⁹ Pfeiffer, s. 295.

⁹⁴⁰ Baarsma, “*Europeanisation*”, s. 79. Avrupa birliği tüzüklerinin ulusal hukuka nazaran öncelikle uygulanması ve ulusal hukukla çatışma durumunda benimsenen yaklaşım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lale Burcu **nt**, *Avrupa Birliği Hukukunun ye Devletlerde Uygulanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Bununla birlikte, milletlerarası aile hukukuna ilişkin konuları, tüm veçheleriyle ele alan bir Avrupa Birliği düzenlemesi bulunmamaktadır⁹⁴¹. Nitekim tek bir düzenleme ile tüm aile hukuku ilişkilerinin düzenlenmesi, aile hukukunun özellikleri dikkate alındığında ütöpik bir yaklaşım olacaktır⁹⁴².

Aşağıda tezimizin ana inceleme konularından biri olan boşanmaya uygulanacak hukuka dair, en güncel ve en kapsamlı düzenleme olması itibarıyla Roma III Tüzüğü ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka ilişkin kurallar ve söz konusu kurallarının uygulanmasına ilişkin hususlardan önce, Roma III Tüzüğü'nün kabul süreci kısaca açıklanacaktır.

⁹⁴¹ Milletlerarası aile hukuku alanında bugüne kadar kabul edilen ve hâlen yürürlükte olan düzenlemeler şu şekilde sıralanabilir:

- 27 Kasım 2003 tarihli 2201/2003 sayılı “*Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük*”, (Brüksel IIbis Tüzüğü),
- 18 Aralık 2008 tarihli ve 4/2009 sayılı “*Nafaka Yükümlülükleri Konusunda Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Söz Konusu Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü*”
- 20 Aralık 2010 tarihli ve 1259/2010 sayılı “*Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü*”, (Roma III Tüzüğü)”
- 4 Temmuz 2012 tarihli ve 650/2012 sayılı “*Mirasa İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Miras Kararlarının ve Senetlerinin Tanınması ve Tenfizine ve Avrupa Miras Sertifikası Yaratılmasına İlişkin Tüzük*”
- 24 Haziran 2016 tarihli ve 2016/1103 sayılı “*Evli Eşlerin Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Güçlendirilmiş İşbirliği Uygulamasına Dair Tüzük*”
- 24 Haziran 2016 tarihli ve 2016/1104 sayılı “*Kayıtlı Birlikteliklerin Malvarlığına İlişkin Hususlarda Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Tanıma - Tenfiz Hakkında Güçlendirilmiş İşbirliği Uygulamasına Dair Tüzük*”

İlgili Tüzükler için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/>, (ET. 10.09.2017).

⁹⁴² Tek bir düzenleme ile milletlerarası özel hukukunun genel problemlerine ilişkin olarak yeknesak bir tüzüğe (“*Roma 0*”) ihtiyaç olup olmadığı da bir süredir tartışılmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak 2012 yılında Bayreuth Üniversitesi’nde, “*Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR (Do we need a Rome 0 Regulation? Reflections on the General Part of European PIL)*” başlıklı kapsamlı bir konferans düzenlenmiştir. Konferansta, esas itibarıyla mevcut AB düzenlemelerindeki boşlukları doldurmak amacıyla genel bir milletlerarası özel hukuk düzenlemesine ihtiyaç olup olmadığı tartışılmış ve eğer ihtiyaç olduğu kanaatine varılırsa, düzenlemenin hangi içerikte olması gerektiği üzerine çeşitli görüşlere yer verilmiştir. Konferanstaki sunumlar ve edinilen sonuçlar 2013 yılında, sadece Almanca olarak yayımlanmıştır (Bkz. Stefan **Leible**/ Hannes **Unberath** (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR- Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Band 43, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH, Germany 2013). Ancak daha sonra, doktrindeki talepler doğrultusunda 2016 yılında Stefan Leible editörlüğünde İngilizce olarak da yayımlanmıştır. Bkz. “*General Principles of European Private International Law*”, (Edited by Stefan **Leible**), Kluwer Law International B.V. (Wolters Kluwer), The Netherlands 2016.

II. BRÜKSEL IIBİS TÜZÜĞÜ’NÜN DEĞİŞTİRİLMESİ TEKLİFİ VE GÜÇLENDİRİLMİŞ İŞBİRLİĞİNE GİDEN SÜREÇ

A. Brüksel Iibis Tüzüğü

Brüksel Iibis veya Brüksel Ila Tüzüğü olarak anılan 2201/2003 sayılı “*Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük*”⁹⁴³, boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğü ile velayete ilişkin konularda, mahkemelerin milletlerarası yetkisini ve mahkeme kararlarının tanınması/tenfizini düzenlemektedir⁹⁴⁴. Brüksel Iibis Tüzüğü’nün amacı, aile hukukuna ilişkin düzenlediği konularla ilgili sınır aşan yargılamalarda, daha hızlı, kolay, basit ve yeknesak usûllerin getirilmesi suretiyle, kişilerin serbest dolaşım hakkının garanti altına alınmasıdır (*Tüzüğün gerekçesi, pr. 1 ve 4*). Brüksel Iibis Tüzüğü’nde, kanunlar ihtilâfi kuralları yer almamaktadır.

Brüksel Iibis Tüzüğü, coğrafi uygulama alanı itibarıyla, Danimarka hariç bütün AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanma özelliğine sahiptir ve ulusal hukuklara nazaran öncelikle uygulanır (m. 2/3). Brüksel Iibis Tüzüğü’nün, yetkili ülke mahkemelerinin sayıldığı 3. maddesine göre;

- Eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer veya
- Eşlerden birinin hâlâ orada oturuyor olması şartıyla, eşlerin son müşterek mutad meskeni veya

⁹⁴³ “Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility”, (OJ. L 338, 23.12.2003; P. 0001 – 0029); <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32003R2201>, (ET. 10.09.2017). Avrupa Birliği’nde aile hukukuna ilişkin uygulanan ilk yeknesak düzenlemenin, 1347/2000 sayılı “*Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayeti ile İlgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel II Tüzüğü*” olduğu ifade edilebilir (OJ. L 160, 30.06.2000 P. 0019 – 0036). Nitekim 1998 tarihli “*Boşanma Davalarında Yetkiye İlişkin Brüksel II Konvansiyonu*” (OJ. C 221/1, 1998), yürürlüğe girmeden yerini 1347/2000 sayılı Brüksel II Tüzüğüne bırakmıştır.

⁹⁴⁴ Brüksel Iibis Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulrich **Magnus** and Peter **Mankowski** (Editors) *Brussels Ibis Regulation – European Commentaries on Private International Law* (Volume 2 of the series), Sellier European Law Publishers, Munich 2012; Maire Ni **Shuilleabháin**, *Cross-Border Divorce Law: Brussels II Bis*, *Oxford Private International Law Series*, Oxford University Press, New York 2010, (“*Brussels II Bis*”). Ayrıca bkz. Nuray **Ekşi**, “*Avrupa Birliği Brüksel Iibis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan - DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, Y. 2009, (Basım Yılı: 2010- İzmir), ss. 1139-1168, (“*Brüksel Iibis*”); Sema **Çörtoğlu Koca**, “*Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)*”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Editörler: Işıl **Özkan**, Ceyda **Süral** ve Uğur **Tütüncübaşı**), Adalet Yayınevi, Ankara 2016, ss. 234-278. (“*Brüksel II-A*”); Nimet **Özbek Hadimoğlu**, “*Yeni Brüksel (II) Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme*”, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayın No: 2012/1, Sözkese Matbaası, Ankara 2012, ss. 343-381.

- *Davalının mutad meskeni veya*
- *Eşlerin birlikte dava açması durumunda, eşlerden herhangi birinin mutad meskeni veya*
- *Davayı açmadan hemen önce en az bir yıl orada yaşamış olması şartıyla davacının mutad meskeni veya*
- *Davacının, davayı açmadan hemen önce en az altı ay orada yaşamış ve davacının söz konusu devletin vatandaşı (İngiltere ve İrlanda açısından yerleşim yeri) olması şartıyla davacının mutad meskeni mahkemesi veya*
- *Eşlerin müşterek vatandaşı oldukları yer mahkemesi (İngiltere ve İrlanda açısından eşlerin müşterek yerleşim yeri mahkemesi),*
- milletlerarası yetkiye sahip üye ülke mahkemeleridir.

Görüldüğü üzere, milletlerarası yetkili mahkeme belirlenirken, mutad mesken, temel yetki kriteri olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan, Kıta Avrupası sisteminde birçok ülke tarafından kabul gören geleneksel yetki kuralı niteliğindeki “*eşlerin müşterek vatandaşı oldukları*” üye devlet mahkemesi de yetkilidir⁹⁴⁵. Önemle belirtmemiz gerekir ki söz konusu yetki kuralları arasında herhangi bir hiyerarşi ya da öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Brüksel IIbis Tüzüğü’nde, yukarıda saydığımız yedi farklı yetki kuralı, alternatif niteliktedir.

Brüksel IIbis Tüzüğü’nde kabul edilen geniş düzenleme tarzı, aşkın yetkiye sebebiyet verebilecek nitelikte olması gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹⁴⁶. Bu bağlamda örneğin, hiç Avrupa Birliği üyesi ülkelerden birinde yaşamamış Türk vatandaşı aleyhine, davacının son bir yıldır yaşadığı Avrupa ülkelerinden birinde boşanma davası

⁹⁴⁵ Ekşi, “*Brüksel IIbis*”, s. 1144; Çörtoğlu Koca, “*Brüksel II-A*”, s. 238. Tüzükte, çifte veya çok vatandaşlık hâllerinde yetkinin tesisi açısından nasıl hareket edilmesi gerektiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada, ‘*Hadadi-Mesko*’ kararı önemli bir dönüm noktası olarak görülmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Brüksel IIbis Tüzüğü’nün yetkiye ilişkin 3/1-b maddesinin nasıl yorumlanacağını değerlendirdiği ‘*Hadadi-Mesko*’ kararında, çok vatandaşlık durumunda, daha sıkı ilişkili olan vatandaşlığın (*etkili vatandaşlığın*) dikkate alınma zorunluluğu olmadığı; herhangi bir müşterek vatandaşlığın bulunmasının yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre, eşlerin müşterek vatandaşı oldukları üye devlet mahkemelerinden birinde dava açma konusunda tercih hakkı bulunmaktadır. Söz konusu üye devlet mahkemelerinden birinde açılan dava, başvuran kişinin bu devletle başka bağlantıları ortaya koymadığı gerekçesiyle reddedilemez (Judgment of the Court of Justice in Case C-168/08 Hadadi v Hadadi [2009] ECR I-6871- 16th July 2009). Avrupa Birliği üyesi devlet vatandaşlığı, Birlik vatandaşlığı ve çifte vatandaşlık hâllerine ilişkin düzenlemeler ile diğer önemli kararlar hakkında bkz. Stefania **Bariatti**, *Cases and Materials on EU Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2011, pp. 229-247, (“*Cases and Materials*”).

⁹⁴⁶ Thalia **Kruger**, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, New York 2008, pp. 403-407, (“*Civil Jurisdiction Rules*”).

açılması mümkündür. Zira davalının yerleşim yeri veya mutad meskeninin Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden birinde bulunması şartı aranmamaktadır⁹⁴⁷.

B. Brüksel IIbis Tüzüğü'nün Değiştirilmesi Teklifi

Boşanma davalarında uygulanacak hukuka dair yeknesak düzenlemelere duyulan ihtiyacın artması ile birlikte, Komisyon, Lahey programında, boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları hakkında Yeşil Kitap hazırlamaya davet edilmiştir⁹⁴⁸. Söz konusu davet üzerine Mart 2005 tarihinde Komisyon tarafından “*Boşanmaya İlişkin Konularda Hukuk Seçimi ve Yargı Yetkisi Hakkında Yeşil Kitap*” hazırlanmıştır⁹⁴⁹. Yeşil Kitabın amacı, evliliğe ilişkin hususlarda yargılama ve uygulanacak hukuka ilişkin çeşitli sorularla, ilgili taraflar arasında geniş kapsamlı bir müzakere ortamı oluşturmaktır. Çalışmada yeknesak bir düzenlemenin olmamasından kaynaklanan problemler beş başlık altında farklı örneklerle ortaya konmuştur⁹⁵⁰. Yeşil Kitabın ekinde ise mevcut farklılıklara vurgu yapmak adına, o dönemde üye ülkelerin boşanmaya ilişkin maddî hukuk kuralları, usûl kuralları ve kanunlar ihtilâfı kurallarına ilişkin bilgi sağlanmıştır⁹⁵¹.

Temmuz 2006 tarihinde, Komisyon, “*Brussels IIter- Proposal*” olarak adlandırılan; boşanmaya ilişkin ortak kanunlar ihtilâfı kurallarının Brüksel IIbis Tüzüğü'ne eklenmesi yönünde taslak teklifinde bulunmuştur⁹⁵². Ancak, ilgili teklifin kurallara bağlanması için, Avrupa enstitüleri ve akademik camiada çözüm odaklı çalışmalar yürütülürken, üye ülkelerin bazılarında da ciddi itirazlar yükselmiştir. Komisyonun ve başkanların olası bütün çözüm önerileri için gösterdiği yoğun çabaya rağmen, yakın gelecekte de yeknesaklığa dair bir karar verilmesinin mümkün olmadığı görülmüştür. Haziran 2008 tarihinde Lüksemburg'da toplanan Konsey, Tüzüğün kabul

⁹⁴⁷ Süral, s. 89-90.

⁹⁴⁸ “*The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union*”; OJ. C 53/01, 03.03.2005; [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52005XG0303\(01\)\(ET.07.09.2017\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52005XG0303(01)(ET.07.09.2017)).

⁹⁴⁹ “*Commission of the European Communities, Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters*”, {SEC(2005) 331} /* COM/2005/0082 final; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX:52005DC0082> (ET. 07.09.2017); (Green Paper).

⁹⁵⁰ Bkz. Green Paper, “*Shortcomings of the Current Situation*”, s. 3-6.

⁹⁵¹ “*Commission staff working paper - Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*”, {COM(2005)82 final} /*SEC/2005/0331 final*/; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52005SC0331>, (ET. 07.09.2017).

⁹⁵² “*Proposal for a regulation (EC) no. 2201/2003 as regards jurisdiction and introduction rules concerning applicable law in matrimonial matters*”, COM 2006 399 final - CNS 2006/0135, 17.7.2006, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52006PC0399>, (ET. 07.09.2017).

edilebilmesi için AB üyesi ülkeler arasında gerekli oybirliğinin mâkul bir süre içerisinde sağlanamayacağını tespit etmiştir⁹⁵³. Bu tespite rağmen, 2009 yılında kabul edilen Stockholm Programında, boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukuka dair yeknesak kurallar düzenlenmesine ilişkin sürecin devam etmesinin gerekliliği vurgulanmış ve ilgili düzenlemenin öncelikli olarak 2010 yılı içerisinde gerçekleşmesi talep edilmiştir⁹⁵⁴.

C. Güçlendirilmiş İşbirliği ve Roma III Tüzüğü'nün Kabulü

Tüzük şeklinde bir yeknesaklığın sağlanamayacağını kabullenen bazı Avrupa Birliği üyesi ülkeler⁹⁵⁵, son çare olarak Avrupa Birliği Komisyonu'ndan, yabancı unsurlu boşanma davalarına uygulanacak hukuk konusunda, kendi aralarında geçerli olacak şekilde güçlendirilmiş işbirliği kurulmasına dair talepte bulunmuştur. Güçlendirilmiş işbirliği, Avrupa Birliği'ne üye en az dokuz ülkenin, diğer üye ülkeler dâhil olmaksızın Avrupa Birliği yapılanması içerisinde gelişmiş entegrasyon ve işbirliği kurmasını sağlayan bir sistemdir⁹⁵⁶. Güçlendirilmiş işbirliğinin yasal temelini, Avrupa

⁹⁵³ 2873rd Council meeting, Justice and Home Affairs, Luxembourg, 5-6 June 2008. Basın açıklaması için bkz. http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-08-146_en.htm?locale=en (ET. 07.09.2017). Söz konusu oybirliğinin sağlanamamasının en temel sebebi ise AB üyesi devletlerin kanunlar ihtilâfi kurallarının, sözleşmeler hukukunun aksine, aile hukukuna ilişkin meselelerde maddî hukuklarla daha yakın bağlantı içerisinde olmasıdır. Maddî hukuklar arasında izlenen farklı aile politikaları ve kültürel değerler sebebiyle büyük farklılıklar bulunmaktadır. Boşanma konusunda katı düzenlemelere sahip hukuklarda boşanma öncesinde uzun süreli ayrılık süreçleri zorunlu iken, daha liberal düzenlemelere sahip ülkelerde boşanmak için herhangi bir sebebe dayanma zorunluluğu söz konusu değildir (Volker **Wiese**, “Article 1-5” and “Article 14- 16” and “Article 19”; Rome Regulations Commentary, *Edited by Graf- Peter Calliess*, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 857-867; pp. 950-955; pp. 962-964, p. 858). Oy birliğinin neden sağlanamadığına dair detaylı bir değerlendirme hakkında bkz. Nynke A. **Baarsma**, “European Choice of Law on Divorce (Rome III): Where Did It Go Wrong?”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol. 2009, No. 1, pp. 9-14, (“Rome III”); Aude **Fiorini**, “Rome III – Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Y. 2008, Vol. 22, No. 2, pp. 178-205, (“Rome III”).

⁹⁵⁴ Bkz. “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens - Action Plan Implementing the Stockholm Programme”, COM/2010/0171 final- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52010DC0171>, (ET. 07.09.2017).

⁹⁵⁵ Yunanistan, İspanya, İtalya, Macaristan, Lüksemburg, Avusturya, Romanya ve Slovenya'nın talepte bulunmasının ardından, teklife Bulgaristan ve Fransa da dâhil olmuştur. Komisyon kararını vermeden önce bu ülkelere, Belçika, Letonya, Malta, Portekiz ve Almanya da katılmıştır. Bununla birlikte, 3 Mart 2010 tarihinde, Yunanistan teklifini geri çekmiştir.

⁹⁵⁶ Bkz. http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/enhanced_cooperation.html, (ET. 07.09.2017). Tezimizde, doktrinde daha çok tercih edilen “güçlendirilmiş işbirliği” kavramı tercih edilmiştir. Ancak bazı eserlerde birebir İngilizce çevirisine sadık kalınarak, “gelişmiş işbirliği” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Necla **Öztürk**, Güven **Yarar** ve Şule **Arslan**, “Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sayılı Tüzük

Birliği Anlaşması'nın 20. maddesi ile Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 326 ila 334. maddeleri oluşturmaktadır⁹⁵⁷.

Komisyon, 30 Mart 2010 tarihinde, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka dair güçlendirilmiş işbirliğinin uygulanmasına ilişkin Konsey Tüzüğü'ne temel teşkil eden teklifi kabul etmiştir⁹⁵⁸. Konsey ise 12 Temmuz 2010 tarihinde, talepte bulunan üye ülkeleri, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk alanında kendi aralarında geçerli olmak üzere güçlendirilmiş işbirliği kurmaları yönünde yetkilendirmiştir⁹⁵⁹. 20 Aralık 2010 tarihinde, on dört üye ülkenin (*Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Fransa, Almanya, Macaristan, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Malta, Portekiz, Romanya, Slovenya ve İspanya*) katılımıyla, 1259/2010 sayılı “*Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirmiş İşbirliğine İlişkin Konsey Tüzüğü*” (Roma III Tüzüğü) kabul edilmiştir⁹⁶⁰. Tüzük, 29 Aralık 2010 tarihinde Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlandıktan bir gün sonra yürürlüğe girmiştir (Roma III, m. 21/1). Bununla birlikte, 21 Haziran 2011 tarihinde uygulanmaya başlayan 17. maddesi⁹⁶¹ haricinde, Roma III

Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelik Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk, Yetkili Mahkeme ve Tanıma Tenfiz Meseleleri”, *İNÜHFD*, C. 8, S. 2 Y. 2017, ss. 1-20.

⁹⁵⁷ Bilgi için bkz. Tolga **Candan**, “*Avrupa Birliği'nde Esnek Bütünleşme Modelleri ve “Güçlendirilmiş İşbirliği” Kavramı*”, Avrupa Birliği Temel Konular, (Editörler: Çağrı **Erhan** - Burçak **Kızılırmak** - Deniz **Senemoğlu**), İmaj Yayınevi, Ankara 2011, ss. 307-329.

⁹⁵⁸ “*Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*” - {COM(2010) 104 final} /* COM/2010/0105 final - CNS 2010/0067 */ - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010PC0105R%2801%29>, (ET. 07.09.2017).

⁹⁵⁹ “*Council Decision of 12 July 2010 authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation*”, (OJ. L 189/12 - 22.7.2010). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:32010D0405>, (ET. 07.09.2017). Brüksel IIbis Tüzüğü'nün değiştirilmesi teklifinin kabul görmemesi, güçlendirilmiş işbirliğine giden süreç ve yasal temeli hakkında bkz. Aude **Fiorini**, “*Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation - Enhanced Cooperation As the Way Forward?*”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 4, (October 2010), pp. 1143-1158, (“*Enhanced Cooperation*”).

⁹⁶⁰ “*Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*”, OJ. L 343/10 - 29.12.2010. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1529940409276&uri=CELEX:32010R1259>, (ET. 07.09.2017). Roma III Tüzüğü, Avrupa Birliğinin -*medenî konularda yargısal işbirliğinin*- en fazla öne çıkan düzenlemelerini temsil eden 593/2008 sayılı *Roma I Tüzüğü* ve 864/2007 sayılı *Roma II Tüzüğü* ile yakın bağlantı içerisindedir. Ancak, Roma I ve Roma II Tüzükleri gibi resmî tanımlamasında “*Roma*” ifadesi bulunmamaktadır. Buna rağmen, politik ve bilimsel müzakerede çoğunlukla *Roma III Tüzüğü* olarak anılmaktadır (Pietro **Franzina**, “*The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2011, Vol. 3, N° 2, pp. 85-129, p. 87). Sayın **Franzina**, Roma I Tüzüğü ve Roma II Tüzüğü'nden farklı olarak, resmî tanımlamasında Roma Tüzüğü olarak adlandırılmadığı ve bu sebeple de Roma tüzükleri ailesine dâhil olmadığı gerekçesiyle; Roma III Tüzüğü terimini çalışmada kullanmayı reddetmektedir (Bkz. Franzina, s. 87, dn. 4). Bununla birlikte, doktrinde yaygın bir şekilde kullanıldığı ve kabul gördüğü için, kendisinin de izniyle, bizim çalışmamız açısından kullanımında bir sakınca görülmemiştir.

⁹⁶¹ Söz konusu madde, katılan üye ülkeler tarafından, Komisyon ile iletişime geçilmesi ve ulusal hukuklarıyla ilgili olarak bilgi sağlanması gereken hususları düzenlemektedir.

Tüzüğü'nün diğer maddeleri 21 Haziran 2012 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanmıştır (Roma III, m. 21/2).

Roma III Tüzüğü, Avrupa Birliği'nde -*güçlendirilmiş işbirliğinin*- ilk ürününü temsil etmektedir⁹⁶². Güçlendirilmiş işbirliği kurulduktan sonra, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 328/1 hükmü uyarınca, tüm üye devletlerin katılımına her zaman açıktır. Söz konusu hüküm uyarınca; Litvanya (21 Kasım 2012); Yunanistan (27 Ocak 2014) ve son olarak Estonya (10 Ağustos 2016) Roma III Tüzüğü'ne katılmıştır. Diğer ülkelerin katılımı sağlanana kadar, Roma III Tüzüğü, yalnızca katılan üye devletler açısından doğrudan bağlayıcı niteliğe sahiptir. Tezimizin tamamlandığı tarih itibarıyla, Roma III Tüzüğü, toplam on yedi katılan üye ülke nezdinde uygulanmaktadır.

III. ROMA III TÜZÜĞÜ'NÜN AMAÇLARI

Roma III Tüzüğü'nün amaçları; başta Roma III Tüzüğü'nün Gerekçesi (*özellikle pr. 9 ve 29*) olmak üzere, hazırlanma ve kabul sürecinde yapılan ön çalışmalarda da sıkça vurgulanmıştır. Söz konusu çalışmalarda vurgulanan amaçların aşağıdaki üç başlık altında özetlenmesi mümkündür.

A. Hukukî Kesinlik ve Öngörülebilirliğin Sağlanması

Avrupa'da ciddi artış gösteren yabancı unsurlu boşanma davalarında uygulanacak hukuk, sadece ilgili devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde yer alan kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca tayin edilmekteydi. İç hukuk düzenlemelerindeki farklılıklar ise tarafların, aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku öngörememelerine sebebiyet vermekte ve bu anlamda hukukî kesinliği bertaraf etmekteydi. Bu sebeplerle, boşanmaya uygulanacak hukuka dair yeknesak kuralların getirilmesi suretiyle, hukukî kesinlik ve öngörülebilirliğin sağlanması amacıyla Roma III Tüzüğü kabul edilmiştir.

⁹⁶² İlk kez 1997 yılında Amsterdam Anlaşması ile tanıtılan “*güçlendirilmiş işbirliği*”, 2010 yılına kadar hiç uygulanmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jan-Jaap Kuipers, “The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation”, *European Law Journal*, Vol. 18, I. 2, March 2012, pp. 201-229; Steve Peers, “Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, I. 03, October 2010, pp. 339-358. Güçlendirilmiş işbirliği yönteminin, Avrupa Birliği boşanma hukuku açısından avantajları ve dezavantajları hakkında bkz. Boele-Woelki, “*Enhanced Cooperation*”, s. 786-792.

Roma III Tüzüğü, Avrupa Birliği aile hukukunun birleştirilmesi ihtiyacını karşılamak için yeterli olmasa bile; bu yönde olumlu bir adım olması açısından önemli bir düzenlemedir. Roma III Tüzüğü, eşlerin yakın irtibatlı olmadıkları bir hukukun uygulanması neticesinde, beklentilerini karşılamayan sonuçlara maruz kalmalarını önlemek amacıyla, yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukuk konusunda öngörülebilir kesin bir çerçeve çizmeyi hedeflemektedir⁹⁶³.

B. İrade Muhtariyetinin Kabul Edilmesi Suretiyle Hukukî Esnekliğin Sağlanması

Sözleşmelere uygulanacak hukukun tayini noktasında, irade muhtariyeti temel prensip olarak görülmektedir⁹⁶⁴. Birçok milletlerarası sözleşmede ve ulusal hukuk düzenlerinde, taraflara, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmaktadır. Seçilebilecek hukuk düzenleri noktasında ise neredeyse hiçbir sınırlama bulunmamaktadır⁹⁶⁵. Buna karşılık, irade muhtariyetinin sözleşmeler hukuku alanında gördüğü itibarın, aile hukuku ilişkilerinde devam ettiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim taraf menfaatlerinin yanı sıra, devletin ve toplumun da menfaatlerinin korunması düşüncesi sebebiyle maddî hukukta gördüğümüz katı yaklaşım, milletlerarası aile hukukunda da devam etmektedir.

Genel olarak bakıldığında, aile hukuku ilişkilerinde taraflara, uygulanacak hukuku seçme hakkı kural olarak tanınmamaktadır. Belirli aile hukuku ilişkilerinde hukuk seçimi imkânı tanıyan ülkelerde dahi, seçilebilecek hukuk düzenleri sınırlandırılmaktadır. Buna karşılık, özellikle son yirmi yıldır, taraf iradesinin, aile

⁹⁶³ Bayraktaroğlu Özçelik, “Roma III”, s. 516.

⁹⁶⁴ İrade muhtariyeti, kişilerin özgür iradelerine göre *-diledikleri gibi-* ilişkilerini düzenleme konusunda, bireylere hukuk düzeni tarafından tanınan genel bir yetki olarak tanımlanmaktadır (Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, 24. Baskı, s. 16). Milletlerarası özel hukuk bakımından ise “*irade muhtariyeti*”, tarafların kendi iradeleriyle, yabancılık unsuru taşıyan hukukî olay veya ilişkilere uygulanacak hukuku tespit etmeleridir (Turhan **Esener**, “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, *AÜHFD, C. 11, S. 1, Y. 1954*, ss. 478-513, s. 478; “*İradenin Muhtariyeti Prensibi*”; Tekinalp/ Uyanık, s. 275-276; Özkan, “*İkametgâh*”, s. 124; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 212; Can/ Toker, s. 123-124. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu **Alibaba**, “*Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2005, ss. 20-57; Uğur **Tütüncübaşı**, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 3-46, (“*Akit Dışı*”); Ekin **Ömeroğlu**, *Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Merciiinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, ss. 118-148. Milletlerarası özel hukukta taraf iradesinin tarihi gelişimi ve güncel bir karşılaştırmalı hukuk çalışması için bkz. Alex **Mills**, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

⁹⁶⁵ Pfeiffer, s. 292.

hukukuna ilişkin ihtilâflarda da yavaş lâkin istikrarlı bir şekilde nüfuz etmesi, milletlerarası aile hukukunun en güncel konularından biri olarak kabul edilmektedir⁹⁶⁶. Geleneksel yaklaşımda taraf iradesine çok sınırlı bir şekilde yer verilmiş olmakla birlikte, modern yaklaşımlarda artık hukuk seçimi imkânının tanınması gerektiği haklı bir şekilde savunulmaktadır. Netice itibarıyla, öncelikle sözleşmeler hukuku alanında ve sonrasında sözleşme dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk alanında temel prensip olarak kabul gören irade muhtariyeti, günümüzde artık aile hukuku ve mirasa ilişkin uyuşmazlıklarda da etkisini hissettirmeye başlamıştır⁹⁶⁷.

Roma III Tüzüğü'nün en önemli özelliklerinden biri de boşanma ve ayrılık davalarında belirli ölçüde esnekliği sağlamak amacıyla, sınırlı da olsa irade muhtariyetini kabul etmesidir. AB üyesi ülkelere baktığımızda; Roma III Tüzüğü'nün kabul edildiği tarihlerde, ulusal hukuklarda çok az katılan üye ülkede hukuk seçimine izin verildiği, bu iznin ise oldukça sınırlı olduğu görülmektedir⁹⁶⁸. Roma III Tüzüğü ile birlikte, her ne kadar henüz bütün AB üyesi ülkeler tarafından kabul edilmemiş olsa da, her hâlükârda daha geniş bir hukuk seçimi olanağı sağlandığı ifade edilebilir.

Eşlere hukuk seçimi imkânı sağlanması, uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında esneklik sağladığı gibi, öngörülebilirliğin ve hukukî kesinliğin sağlanmasına da hizmet edecektir. Nitekim tarafların tâbi olacakları hukuk düzenini önceden seçebilme imkânı; hukukî belirlilik, kesinlik ve güvenliği de beraberinde getirmektedir⁹⁶⁹. Hukuk seçiminin olası bir bağlama noktası olarak kabulü, birçok farklı yaklaşım ve bağlantı noktası arasında bir uzlaşma sağlandığının kanıtı olarak görülmektedir⁹⁷⁰. Ek olarak, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınması “*hileli*

⁹⁶⁶ Toni Marzal **Yetano**, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *Journal of Private International Law*, Vol. 6, No. 1, April 2010, pp. 155-193, p. 155; Pfeiffer, s. 292.

⁹⁶⁷ Felix **Maultzsch**, “Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 12, No. 3, Y. 2016, pp. 466-491, p. 466-467; Csongor István **Nagy**, “What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective”, *Nederlands International Privaatrecht*, Inhoud 2012, Aflevering 4, pp. 576-586, p. 576-577.

⁹⁶⁸ Örneğin; Almanya (Art. 17 EGBGB), Belçika (Art. 55 § 2 Code Civil), İspanya (Art. 107(2)(b) Código Civil) ve Hollanda (Art. 1 Wet Conflictenrecht Echtscheiding of 25 March 1981, Staatsblad 1981 No. 166). Ulusal hukuklardaki düzenlemeler ve karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. “*Commission staff working paper - Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*” - {COM(2005)82 final} /* SEC/2005/0331 final */; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52005SC0331>, (ET. 07.09.2017).

⁹⁶⁹ Aslı **Bayata Canyaş**, “Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi”, *GÜHFD*, C. XIX, Y. 2015, S. 3, ss. 3-24, s. 7, (“*Hukuk Seçimi*”).

⁹⁷⁰ Thalia **Kruger**, “Rome III and Parties' Choice”, *Familie en recht - ISSN 2213-3798 - (2014)*, pp. 1-16, p. 2, (“*Rome III*”).

hareketliliğin” önlenmesine de hizmet edecektir⁹⁷¹. Şöyle ki, taraflara hukuk seçimi imkânı tanımayan yahut sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanıyan hukuk düzenlerinden kurtulmak için taraflar, daha uygun veya esnek görülen hukuk sistemine sahip ülkelere seyahat ederek, bulundukları ülke hukukundan kaçma yolunu tercih edebilirler⁹⁷². Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınması sayesinde, bu tarz hileli hareketlere gerek kalmayacaktır⁹⁷³. Roma III Tüzüğü uyarınca tanınan hukuk seçimi imkânı ve eşlerin seçebilecekleri hukuk düzenleri, aşağıda ilgili kısımda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

C. *Forum Shopping’in* Önlenmesi

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların, birden fazla hukuk düzeniyle irtibatlı olmasının doğal bir sonucu olarak, çoğunlukla birden çok devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda yetkili ülke mahkemelerinden hangisinde dava açılacağı, dava açmayı düşünen tarafın tercihinine kalmıştır. Davacının milletlerarası yetkiye haiz farklı ülke mahkemeleri arasından, özellikle kendi menfaatine en çok hizmet edeceğini düşündüğü mahkemeyi seçmesi durumu “*forum shopping*” olarak adlandırılmaktadır⁹⁷⁴. Davacının dava açacağı mahkemeye karar vermesinde; dava masraflarının daha düşük olması, yargılamanın daha kısa sürmesi, ispat usûllerinin daha kolay olması, kararların daha kolay ve daha hızlı icra edilebilmesi gibi usûle ilişkin hususlar etkili olabileceği gibi; özellikle de uygulanacak hukuka ve neticede verilecek karara ilişkin yapacağı değerlendirme belirleyici olacaktır⁹⁷⁵. Bu bağlamda salt usûle ilişkin bir problem değil, aslında esasa ilişkin bir sorun olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Boşanma ve ayrılık davaları açısından *forum shopping* sayesinde, eşlerden biri, diğer eşten önce mahkemeye başvurarak, boşanma veya ayrılığa kendi menfaatine daha uygun olan bir hukukun uygulanmasını sağlayabilecektir. Nitekim davacı, davayı açacağı ülkeye karar vermeden önce, hem boşanma sebepleri hem de boşanmanın sonuçları açısından, ilgili mahkemenin kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca uygulanacak

⁹⁷¹ Yetano, s. 156; Pfeiffer, s. 291.

⁹⁷² Yetano, s. 156; Pfeiffer, s. 291-292.

⁹⁷³ Pfeiffer, s. 291-292.

⁹⁷⁴ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 12 ve s. 494, Tarman, s. 18.

⁹⁷⁵ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 12 ve s. 494; Tarman, s. 18.

olan maddî hukuk kurallarının, kendi menfaatine hizmet edip etmeyeceğini değerlendirme imkânına sahiptir⁹⁷⁶.

Roma III Tüzüğü'nün *forum shopping*'in önlenmesine nasıl hizmet edeceğini açıklamadan önce, kısaca Brüksel Ibis Tüzüğü'nün açıklanması gerekmektedir. Brüksel Ibis Tüzüğü'nde yetki kurallarının alternatif bir şekilde düzenlenmiş olması, fiilen (*de facto*) *forum shopping*'e imkân sağlamaktadır⁹⁷⁷. Başka bir anlatımla, taraflardan birinin, kendisi için en avantajlı yargılamanın gerçekleşeceği mahkemeyi seçerek işlemleri başlatması mümkündür⁹⁷⁸. Özellikle de maddî anlamda daha güçlü olan taraf, hem yargılama açısından hem de uygulanacak hukuk açısından kendi lehine olan ülke mahkemelerini tespit ederek öncelikle dava açma imkânına sahiptir. Dahası Brüksel Ibis Tüzüğü m. 19/1 uyarınca yabancı derdestlik de kabul edilmiştir. Şöyle ki iki farklı üye devlet mahkemesinde boşanma davası açılması durumunda, ilk davanın açıldığı mahkemeye öncelik tanınmaktadır. İlk mahkemenin uyuşmazlıkta yetkili olması durumunda, dava açılan ikinci üye devlet mahkemesinin yetkisiz olduğu ve bu davanın reddedilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁷⁹. Bu sebeplerle mahkemeye öncelikle başvuran eş, kendi lehine karar alabilmek açısından avantajlı durumdadır. Diğer eş bakımından ise bağlantısının az olduğu veya menfaatlerini dikkate almayan bir hukukun uygulanması söz konusu olabilir⁹⁸⁰. Bu sakıncanın bertaraf edilebilmesi, ancak yeknesak kuralların kabul edilmesi ile mümkündür. Farklı üye devletlerde yeknesak kanunlar ihtilâfî kurallarının kullanılmaya başlanması ile *forum shopping* daha az çekici hâle gelecektir. En azından bu sayede hangi eşin mahkemeye önce başvurduğu ya da davanın hangi üye devlet mahkemesinde açıldığı esasa uygulanacak hukuk açısından önemsiz bir hâl alacaktır⁹⁸¹.

Daha net bir şekilde ifade etmemiz gerekir ise Roma III Tüzüğü'nü kabul eden ülke sayısının artmasıyla birlikte, davanın hangi ülkede önce açıldığı önemli olmaksızın her halükarda uygulanacak hukuk, Roma III Tüzüğü uyarınca belirlenecektir. Bu sayede eşler arasında davayı önce açma yarışı yaşanmayacaktır. Bununla birlikte, Roma III

⁹⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hillary Una **Waldron**, “*Forum Shopping in Cross Border Divorce Cases, Problems and Solution*”, University of Portsmouth - Dissertation in accordance with the Masters of European Law and Policy, 30 September 2010.

⁹⁷⁷ Franzina, s. 87.

⁹⁷⁸ Franzina, s. 87; Dethloff, s. 51.

⁹⁷⁹ Calliess, s. 11; Franzina, s. 87; Bayraktaroğlu Özçelik, “*Roma III*”, s. 517.

⁹⁸⁰ Calliess, s. 11; Bayraktaroğlu Özçelik, “*Roma III*”, s. 517.

⁹⁸¹ Calliess, s. 11; Franzina, s. 87; Dethloff, s. 51-52; Uyanık Çavuşoğlu, “*Birleştirme Çalışmaları*”, s. 216.

Tüzüğü'nün bu amacı tam olarak sağlayabileceğini söylemek güçtür. Nitekim aşağıda göreceğimiz üzere boşanmanın sonuçları Roma III Tüzüğü kapsamında düzenlenmemiştir.

Neticede, Roma III Tüzüğü, Brüksel Ibis Tüzüğü ile birlikte ve uyumlu bir şekilde uygulanmalıdır. Roma III Tüzüğü ile Brüksel Ibis Tüzüğü'nün birlikte uygulanması eşlere; tarafsız bir zeminde, hangi üye devlette boşanma veya ayrılık davasını açacaklarına karar verme imkânı sağlamaktadır. Söz konusu uygulama, esasa uygulanacak olan hukuku ve bu temelde elde edilecek muhtemel sonuçları önceden tahmin edebilmeyi ve ilgili kararların bütün Avrupa Birliği ülkeleri nezdinde tanınacak olmasının getirdiği güveni sağlayacaktır⁹⁸².

IV. ROMA III TÜZÜĞÜ'NÜN YÜRÜRLÜKTE OLAN MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERLE İLİŞKİSİ

Katılan üye devletlerin uluslararası sorumlulukları ile Avrupa adalet alanı yaratılması amacı arasında denge sağlanmaya çalışılarak, Roma III Tüzüğü'nün yürürlükte olan milletlerarası sözleşmelerle ilişkisi açıkça düzenlenmiştir⁹⁸³. Söz konusu düzenleme uyarınca, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 351. maddesi kapsamında katılan üye devletlerin yükümlülüklerine hâlel getirmeksizin, boşanma ve ayrılığa ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları getiren bazı milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasının Roma III Tüzüğü'nden etkilenmeyeceği ifade edilmiştir. Yalnızca, Roma III Tüzüğü'nün kabul edildiği veya aynı Antlaşma'nın m. 331/1 hükmünün 2. ve 3. bentleri uyarınca güçlendirilmiş işbirliğine ilişkin kararın alındığı anda, bir ya da daha fazla katılan üye devletin taraf olduğu sözleşme hükümleri bu kapsamda değerlendirilecektir (Roma III, m. 19/1). Buna karşılık, iki ya da daha fazla katılan üye devlet arasında akdedilen ve Roma III Tüzüğü'nün uygulama alanına giren konularla ilgili düzenleme getiren diğer milletlerarası sözleşmelere nazaran, Tüzük hükümleri öncelikle uygulanacaktır (Roma III, m. 19/2). Lâkin ilgili sözleşmeye bir üçüncü ülkenin taraf olması durumunda, somut uyuşmazlığın olgusal yönlerinin gerçekte nerede olduğuna bakılmaksızın, Tüzük hükümleri yine geri planda kalacaktır⁹⁸⁴.

⁹⁸² Franzina, s. 87.

⁹⁸³ Özçelik, "Roma III", s. 531.

⁹⁸⁴ Wiese, s. 963.

V. ROMA III TÜZÜĞÜ'NÜN KAPSAMI

Roma III Tüzüğü, yabancılık unsuru içeren boşanma ve yasal ayrılık davalarında uygulanacaktır (Roma III, m. 1/1). Roma III Tüzüğü uyarınca tayin edilen hukuk, boşanma ve ayrılık sebepleri hakkında da yetkilidir (Gerekçe, pr. 10). Roma III Tüzüğü'nün kapsamının, Brüksel IIbis Tüzüğü ile uyum içerisinde yorumlanması gerektiği vurgulanmış olmakla birlikte (*Roma III, m. 2; Gerekçe, pr. 10*), Brüksel IIbis Tüzüğü'nden farklı olarak, evliliğin geçersizliği ve iptali Roma III Tüzüğü'nde kapsam dışı bırakılmıştır.

Aşağıda öncelikle, Roma III Tüzüğü uyarınca yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği, boşanma ve yasal ayrılık kavramlarının özellik gösterdiği hususlar açıklanacaktır. Sonrasında ise kapsam dışı bırakılan uyuşmazlıklar incelenecektir.

A. Yabancılık Unsuru İçeren Uyuşmazlıklar

Roma III Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için, yabancılık unsurunun varlığı şarttır. Bununla birlikte, Tüzük kapsamında yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Genel yaklaşıma uygun olarak, Roma III Tüzüğü'nün uygulanabilmesi açısından, hukukî olay veya ilişkinin, birden fazla devletin hukuk düzeni ile irtibatlı olması gerektiği ifade edilebilir. Tamamen ulusal unsurlara sahip davalar, Roma III Tüzüğü'nün uygulama alanına dâhil değildir. Yabancılık unsurunun gerekliliği, Roma I Tüzüğü ve Roma II Tüzüğü'nde de benzer şekilde ifade edildiğinden; yabancılık unsurunun, ilgili düzenlemelerle uyumlu bir şekilde anlaşılması ve yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁹⁸⁵.

Eşlerin farklı vatandaşlıkta olması veya mutad meskenlerinin farklı ülkelerde olması durumlarında, yabancılık unsurunun varlığı aşikârdır. Yeşil Kitapta da uluslararası evlilikler açıklanırken; eşlerin farklı vatandaşlıklara sahip olduğu, farklı üye ülkelerde yaşadığı veya her ikisinin de vatandaşı olduğu üye ülkeden farklı bir ülkede yaşadığı durumlar örnek gösterilmiştir⁹⁸⁶. Ancak yabancılık unsuru açısından, uyuşmazlığın katılan üye devletlerle alâkalı olması zorunlu olmadığı gibi, coğrafi olarak

⁹⁸⁵ Wiese, s. 859-860.

⁹⁸⁶ Green Paper, "Background", p. 3.

yabancılık unsuru bulunması da önemli değildir⁹⁸⁷. Önemli olan davanın birden fazla hukuk sistemi ile bağlantı içerisinde olmasıdır.

Roma III Tüzüğü'nde, yabancılık unsurunun bulunma zamanına ilişkin de bir düzenleme söz konusu değildir. Boşanma veya ayrılık davası açıldığı anda yabancılık unsuru bulunması durumunda, Roma III Tüzüğü'nün uygulanması gerektiği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak dava açıldığı anda yabancılık unsuru bulunmamakla birlikte, evlilik birliğinin kurulmasından son ana kadar geçen süreç dikkate alınacak mıdır? Bu noktada yabancılık unsurunun varlığı tarafların haklı beklentilerini korumak amacıyla dikkate alınabilir mi?

Doktrinde, evlilik birliğinin kurulduğu andan itibaren birden fazla devlet ile gerçek ve önemli bir bağlantısının bulunması, yabancılık unsurunun varlığı bakımından yeterli görülmüştür⁹⁸⁸. Dahası ilk etapta yabancılık unsuru taşımasa dahi, eşlerin hukuk seçimi yoluyla yabancı bir hukuku boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk olarak tayin etmelerinin mümkün olduğu ve bu yolla da Roma III Tüzüğü'nün uygulama alanının genişletildiği ifade edilmektedir⁹⁸⁹. Hukuk seçimine ilişkin 5. maddede, eşlerin hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı sırada mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukukunu seçmek suretiyle, mutad meskende sonradan meydana gelebilecek değişikliklere karşı önlem almalarına imkân sağlandığı; eğer yabancılık unsurunun varlığı, anlaşmanın yapıldığı sırada da aransaydı hükmün amacını tam olarak yansıtmayacağı belirtilmektedir⁹⁹⁰.

Son olarak, hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı sırada yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık, eşlerin vatandaşlıklarının veya mutad meskenlerinin değişmesi gibi nedenlerle, davanın açıldığı sırada tamamen tek bir ülke hukukuyla bağlantılı olarak görünse de Roma III Tüzüğü gereğince tarafların seçtiği hukuk uygulanacaktır⁹⁹¹. Buna karşılık, tarafların hukuk seçimi anlaşması yapmaması ve evliliklerinin yabancı

⁹⁸⁷ Wiese, s. 860.

⁹⁸⁸ Franzina, s. 103; Wiese, s. 860.

⁹⁸⁹ Franzina, s. 103; Wiese, s. 860.

⁹⁹⁰ Uğur **Tütüncübaşı**, “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma III Tüzüğü (AB 1259/2010)”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Editörler: Işıl **Özkan**, Ceyda **Süral** ve Uğur **Tütüncübaşı**), Adalet Yayınevi, Ankara 2016, ss. 428-453, s. 434, (“Roma III”). Aynı çalışma için bkz. (DEÜHFD, C. 18, S. 1, Y. 2016, ss. 1-32).

⁹⁹¹ Ilaria **Viarengo**, “The Rome III Regulation in Legal Practice: Case Law and Comments”, *ERA Forum* Vol. 15, December 2014, N. 4, pp. 547-559, p. 548-fn.3; Tütüncübaşı, “Roma III”, s. 434.

hukuk düzeniyle gerçek bir bağlantısının olmaması durumunda mahkemenin hukukunun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır⁹⁹².

B. Boşanma ve Ayrılık Davaları

Roma III Tüzüğü'nün boşanma ve ayrılık davalarına ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacağı açık olmakla birlikte, Tüzük'te bu kavramların anlamına ilişkin bir tanımlama söz konusu değildir. Tüzük kapsamında vasıflandırmaya ilişkin genel bir hüküm de yoktur⁹⁹³. Gerekçede, Roma III Tüzüğü'nün, evlilik bağlarını sona erdiren veya gevşeten durumlarda uygulanacağı; evliliğin iptalinde ise uygulanmayacağı ifade edilmiştir (Gerekçe, pr. 10/2). En genel anlamıyla, boşanmada, evlilik birliğinin sona ermesi, ayrılıkta ise sadece evlilik bağlarının gevşetilmesi söz konusudur⁹⁹⁴. Doktrinde ise özel boşanmaların, eşcinsel evliliklerin ve kayıtlı birlikteliklerin sona ermesi gibi konuların, Roma III Tüzüğü'nün kapsamında olup olmadığına dair farklı değerlendirilmeler yapılmaktadır. Aşağıda bu görüşler ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1. Resmî Boşanmalar

Roma III Tüzüğü'nde kullanılan ifadeler incelendiğinde, mahkeme huzurunda gerçekleşen boşanmaların düzenlendiği ifade edilebilir. Zira çeşitli maddelerde (1/2, 5/1/d, 8/d, 18/1 gibi) geçen “mahkeme”, “davanın açıldığı tarih” ve “usûle ilişkin

⁹⁹² Örneğin, eşlerin her ikisinin de İtalyan vatandaşı olduğunu ve sadece evliliklerinin ilk yılında Almanya'da yaşadıkları sonra İtalya'ya döndüklerini düşünelim. Bu çiftin İtalya'da evliliklerinin yirminci yılında açtıkları bir boşanma davasında, eğer taraflar Almanya'da bulundukları bir yıllık dönemde Alman hukuku lehine hukuk seçimi anlaşması yapmışlarsa, bu seçim uyarınca boşanma davalarında Alman hukuku uygulanacaktır. Buna karşılık hukuk seçimi anlaşmasının yapılmaması durumunda, boşanma davasının yabancılık unsuru taşıdığını söylemek mümkün değildir. Bu durumda boşanma İtalyan hukukuna göre gerçekleşecektir (Viarengo, s. 548-dn.3).

⁹⁹³ Genel olarak Avrupa Birliği tüzükleri incelendiğinde, vasıflandırmaya ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Olası bir Roma 0 Tüzüğü kapsamında, vasıflandırmaya ilişkin genel bir kuralın gerekliliği ve yerindeliği ise şüpheyle karşılanmaktadır. Zira bilindiği üzere, tüzükler yeknesaklığı sağlamak amacıyla düzenlenmiş olmakla birlikte, bu düzenlemeleri uygulayan tek bir mahkeme söz konusu değildir. Her ülke kendi millî mahkemelerinde yargılama yapmaya devam etmektedir. Dolayısıyla da vasıflandırmadan ne anlaşılması gerektiğine dair genel bir hüküm konulsa dahi, mahkemelerin yorum ve uygulama farklılıklarının önüne geçilmesi ve insicamın sağlanması mümkün görünmemektedir. Bu sebeple de vasıflandırma sürecine ilişkin standart sonuçlar elde edilmesi sağlanamayacaktır. Bütün bunlar göz önüne alındığında, Roma 0 Tüzüğü kapsamında, vasıflandırmaya ilişkin genel bir kural getirilmesinin gerekli olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Helmut Heiss & Emese Kaufmann-Mohi, “Classification: A Subject Matter for a Rome 0 Regulation?”, General Principles of European Private International Law, (Edited by Stefan Leible), Kluwer Law International B.V. (Wolters Kluwer), The Netherlands 2016, pp. 87-101.

⁹⁹⁴ Wiese, s. 860.

işlemler” gibi kavramlardan yola çıkıldığında, Roma III Tüzüğü’nün uygulanması için mahkeme müdahalesinin gerekli olduğu görülmektedir. Bununla birlikte “*mahkeme*” kavramının tanımlandığı 3. maddesinin 2. fıkrasında, kavram geniş yorumlanarak, katılan üye devletlerde Roma III Tüzüğü’nün kapsamına giren hususlarda karar verme yetkisine sahip tüm resmî kurumların da mahkeme niteliğinde sayılacağı açıkça ifade edilmektedir. Örneğin, eğer katılan üye devlet hukukunda, evlendirme memurluğunun veya belediyenin ya da noterlerin, boşanma ve ayrılık sürecini yönetme yetkisi var ise Roma III Tüzüğü kapsamında “*mahkeme*” olarak kabul edilebilir⁹⁹⁵. Daha doğru bir anlatımla, devletin veya yetkili idari makamın, evlenmenin sona ermesine ilişkin inceleme ve nihai kararı verme yetkisi olduğu sürece, bu tarz boşanmaların özel boşanma olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁹⁹⁶.

Roma III Tüzüğü’nün, Brüksel Ibis Tüzüğü ile uyum içerisinde yorumlanması gerekmektedir. Brüksel Ibis Tüzüğü’nde hüküm kavramı, “*karar, emir ve benzeri gibi her ne adla anılırsa anılsın, üye devletlerden birinin mahkemesi tarafından verilen boşanmaya, ayrılığa, evliliğin hükümsüzlüğüne ve velayete ilişkin kararı ifade eder*” şeklinde tanımlanmaktadır (m. 2/4). Doktrinde bir görüş uyarınca, bu tanımdan yola çıkılarak, “*adli olmayan boşanmaların*” Brüksel Ibis Tüzüğü’nün kapsamına girmediği savunulmaktadır⁹⁹⁷. Bununla birlikte, Roma III Tüzüğü açısından baktığımızda, Brüksel Ibis Tüzüğü ile uyumlu olmasa dahi Roma III Tüzüğü m. 3/2 hükmündeki açık ifade karşısında, kanaatimizce idarî boşanmaların Roma III Tüzüğü’nün kapsamında olduğu noktasında tereddüt bulunmamaktadır.

2. Özel Boşanmalar

Özel boşanmaların, Roma III Tüzüğü’nün kapsamında olup olmadığı sorgulamaya değer bir konudur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, Roma III Tüzüğü kural olarak, mahkemeler ve ilgili devlette boşanmaya dair karar verme yetkisine sahip idarî makamlar tarafından verilecek boşanma ve ayrılık kararlarında uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşılık eşlerden birinin tek taraflı iradesine veya karşılıklı anlaşmaya dayanan, yetkili makamların karar verme fonksiyonu göstermediği boşanmalara ilişkin olarak, Roma III Tüzüğü’nde herhangi bir açıklama

⁹⁹⁵ Wiese, s. 866.

⁹⁹⁶ Gössl, s. 68-69.

⁹⁹⁷ Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 62-63.

bulunmamaktadır⁹⁹⁸. Bu durumun katılan üye ülkelerin maddî hukuklarında özel boşanmaya ilişkin düzenleme bulunmamasından dolayı dikkate alınmadığı; ancak Roma III Tüzüğü'nün 4. maddesinde düzenlenen evrensel yorum ilkesi uyarınca, özel boşanmaların da uygulama alanı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği Alman doktrininde genel kabul görmektedir⁹⁹⁹. Boşanma kavramının, AB üyesi ülkelerin geleneksel bakış açısıyla değil, evrensel olarak yorumlanmasının, uyumlaştırma amacına da hizmet edeceği ifade edilmektedir¹⁰⁰⁰.

Konuyla ilgili olarak, Münih Eyalet Yüksek (*İstinaf*) Mahkemesi (*Oberlandesgericht München*) tarafından, 11 Haziran 2015 tarihinde, Roma III Tüzüğü'nün kapsamının değerlendirilmesi talebiyle, AB Adalet Divanı'na başvuru yapılmıştır¹⁰⁰¹. Söz konusu başvuruda, üçüncü bir ülkede dinî bir mahkemeden erkeğin tek taraflı iradesiyle alınan boşanma hükmünün “*tanınmasına*” ilişkin görülen davada, bu tarz özel boşanmaların Roma III Tüzüğü'nün kapsamında olup olmadığına ilişkin çeşitli sorular sorulmuştur¹⁰⁰².

Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde görülen esas dava, AB Adalet Divanı tarafından şu şekilde özetlenmiştir:

“Somut uyuşmazlıkta Bay M. ve Bayan S., 27 Mayıs 1999'da Suriye'de dinî mahkeme huzurunda evlenmişlerdir. Doğuştan Suriye vatandaşı olan Bay M., 1977 yılında Alman vatandaşlığını sonradan yetkili makam kararıyla kazanmıştır. Doğuştan Suriye vatandaşı olan Bayan S. ise Alman vatandaşlığını evlendikten sonra kazanmıştır. 2003 yılına kadar Almanya'da yaşayan çift, daha sonra Suriye'nin Humus (Homs) şehrine taşınmıştır. Ancak 2011 yılında Suriye'de çıkan iç savaş sebebiyle kısa süreliğine Almanya'ya dönmüş; bu süreçte Kuveyt ve Lübnan'da da yaşamış ve birkaç kez de Suriye'de kalmıştır. Davanın görüldüğü tarihte ise Almanya'da farklı adreslerde ikamet etmektedirler.

19 Mayıs 2013 tarihinde Bay M., evliliği sona erdirmeye niyetini yasal temsilcisi aracılığıyla Suriye'nin Lazkiye (Lakatia) dinî mahkemesine sunmuştur. Mahkeme 20

⁹⁹⁸ Wiese, s. 861; Tütüncübaşı, “Roma III”, s. 439-440.

⁹⁹⁹ Bkz. Tütüncübaşı, “Roma III”, s. 440, dn. 45'te zikredilen yazarlar.

¹⁰⁰⁰ Bkz. Tütüncübaşı, “Roma III”, s. 440, dn. 46'da zikredilen yazarlar.

¹⁰⁰¹ “Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht München (Germany) lodged on 11 June 2015- Soha Sahyouni v Raja Mamisch (Case C-281/15) (2015/C 294/36)”. Söz konusu başvuru için bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2015_294_R_0036&from=EN, (ET. 07.05.2017). Başvuru, Roma III Tüzüğü ile ilgili olarak AB Adalet Divanı'na yapılan ilk başvuru olması sebebiyle de dikkate değerdir.

¹⁰⁰² European Court of Justice - Case 281/15, bkz. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-281/15&language=EN>, (ET. 07.05.2017)

Mayıs 2013 tarihinde boşanma kararı vermiştir. Sonrasında, Bayan S., dinî hukuka göre yapılan evlilik anlaşmalarına ve tek taraflı boşanmaya dayalı olarak alması gereken bütün ödemeleri aldığına ve kocasının kendisine karşı bir yükümlülüğü kalmadığına dair bir beyan imzalamıştır.

30 Ekim 2013'te Bay M. boşanma kararının tanınması için, Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi Başkanı, 5 Kasım 2013 tarihinde verdiği kararla, boşanmanın tanınması için gerekli hukukî şartlar sağlandığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Buna karşılık, 18 Şubat 2014 tarihinde Bayan S., bu kararın bozulması ve boşanmanın tanınmasına dayanak teşkil eden gerekli şartların bulunmadığının tespiti için istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bayan S.'nin tanıma kararına itirazı, ilgili mahkeme tarafından 8 Nisan 2014 tarihinde reddedilmiştir. Kararda, boşanmaya ilişkin tanıma talebinin, özel boşanmaları da kapsayan Roma III Tüzüğü hükümlerine dayanılarak verildiği ifade edilmiştir. Taraflar arasında hukuk seçimi anlaşması yapılmaması ve müşterek mutad meskenlerinin veya son bir yıldır birlikte yaşadıkları bir meskenlerinin olmaması sebebiyle, Tüzüğün 8/c hükmü uygulanmıştır. Söz konusu hüküm eşlerin müşterek millî hukukunun uygulanmasını düzenlemektedir. **Mahkeme çifte vatandaşlığa sahip eşlerin müşterek millî hukukunu tespit ederken, etkili vatandaşlık ilkesini nazara alarak somut uyumsuzlukta Suriye hukukunu yetkili görmüştür.** Ek olarak Tüzüğün kamu düzenine ilişkin 12. maddesinin, ilgili uyumsuzlukta boşanma kararının tanınmasını engellemeyeceğini, zira Bayan S.'nin, tek taraflı boşanmaya ilişkin edimleri kabul ettiğini açıklamak suretiyle, boşanma şeklini sonradan tanıdığını belirtmiştir. Ek olarak bir ayrımcılık yapıldığı muhtemel olmasına rağmen, bu koşullar altında Tüzüğün 10. maddesinin de ilgili kararın tanınmasını engellemeyeceği ifade edilmiştir”¹⁰⁰³.

¹⁰⁰³ Esas davada görülen olayın özeti hazırlanırken daha ayrıntılı bilgi verebilmek gâyesiyle, Adalet Divanı'nın C- 281/15 sayılı kararındaki bilgiler (pr. 9-14) ve *Hukuk Savcısı** A.G. Saugmandsgaard'ın C- 372/16 sayılı dava ile ilgili görüşlerindeki (pr. 22-26) bilgiler harmanlanarak yazılmıştır. C- 372/16 sayılı dava ile ilgili olarak Hukuk Savcısı A.G. Saugmandsgaard'ın, 14 Eylül 2017'de yayımlanan görüşü için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-372/16>. Ayrıca A.G. Saugmandsgaard'ın davayla ilgili görüşünün resmî olmayan özeti, 98/17 sayılı Basın Bülteninde yayınlanmıştır. Bkz. (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-09/cp170098en.pdf>). Ek olarak milletlerarası özel hukuk ile ilgili konuların günlük gazetelerin manşetinde yer alması pek alışık olmadığımız bir durum olsa da Almanya'nın önde gelen (*muhafazakâr*) gazetesi Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ); A.G. Saugmandsgaard'ın görüşlerine 15 Eylül 2017 tarihli bülteninde yer vermiştir. FAZ söz konusu haberde, "AB kanunlar ihtilâfî kurallarının" ("Europäisches Kollisionsrecht") ilgili davada gerçekten uygulanmadığının net olmadığını ifade etmiştir. (<http://conflictoflaws.net/2017/a-g-saugmandsgaard-on-the-recognition-of-private-sharia-divorces-under-rome-iii-2/>); (ET. 06.11.2017).

* Tezimiz kapsamında "hukuk savcısı" kavramının kullanılması uygun görülmüştür. Türkçe eserlerde "hukuk sözcüsü" ifadesi yaygın olarak kullanılmakla birlikte, kavram olarak ilgili kurumu doğru ifade

Bayan S. reddedilen itiraz kararına ilişkin karşı dava açmıştır. 2 Haziran 2015 tarihli kararla Başkan, davayı geri bırakarak, 1259/2010 sayılı Roma III Tüzüğü'nün yorumlanması amacıyla, Adalet Divanı'na temel olarak iki soru yöneltmiştir. İlk soru; özel boşanmalar, “*somut olaydaki Suriye dinî mahkemesinin şeriat hükümlerine dayanarak verdiği karar*”, 1259/2010 sayılı Roma III Tüzüğü'nün 1. maddesinde tanımlanan kapsamda mıdır? İkinci soru ise; birinci soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda; özel boşanmanın tanınmasının uygun olup olmadığına ilişkin ulusal hukuk uyarınca yapılan incelemede, (1259/2010 sayılı Tüzük) madde 10 uygulanmalı mıdır? Bu cevabın olumlu olması ihtimâlinde ise Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesine ilişkin değerlendirmenin nasıl yapılacağına ilişkin sorular yöneltmiştir¹⁰⁰⁴.

Adalet Divanı söz konusu davada, 1259/2010 sayılı Roma III Tüzüğü'nün, üçüncü bir ülkede verilen boşanma kararının tanınmasında uygulanmayacağını vurgulamıştır. Başvuruyu yapan Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin, Roma III Tüzüğü'nün hükümlerinin millî hukuk tarafından böyle olaylara doğrudan doğruya ya da koşulsuz uygulanabileceğine dair hiçbir dayanak noktası da sunmadığı ifade edilmiştir. Roma III Tüzüğü'nün yorumlanmasının teorik (*soyut*) olarak talep edilemeyeceği, somut olayda, Tüzük hükümlerinin uygulanmasına dair geçerli hukukî dayanakların olması gerektiği belirtilmiştir. İlgili uyuşmazlıkta ise Roma III Tüzüğü'nün ve Brüksel IIbis Tüzüğü'nün doğrudan uygulanmasını gerektiren bir husus olmadığını, dolayısıyla da talebin AB hukukunun kapsamı dışında olduğunu vurgulamıştır. Netice itibarıyla, Adalet Divanı, yargılama yetkisi bulunmadığını gerekçe göstererek (*AB Adalet Divanı İç Tüzüğü, m. 53/2*)¹⁰⁰⁵ Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin yönelttiği soruları cevaplandırmamıştır. Yine de ilgili mahkemenin,

etmemektedir. Zira görev tanımına baktığımızda “*Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü uyarınca katılımının gerekli olduğu davalarda, tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde hareket ederek, aleni oturumda gerekçeli görüşlerini sunmakla görevli*” kişiler olarak ifade edilmektedir (ABİDA, m. 252). Bu bağlamda, davanın maddî vakıaları ile hukukî boyutunu gözden geçirmek ve Adalet Divanı'nın nasıl karar vermesi gerektiğine ilişkin görüşlerini sunmakla yükümlüdürler. Mahkemenin bağımsız danışmanları olarak nitelendirilen bu kişiler, Fransız Danıştay'ındaki Başsavcılık makamına benzetilmektedir. Bu sebeplerle tezimizde hukuk savcısı kavramı tercih edilmiştir. Ayrıca bkz. Meral **Özkan Sungurtekin**, Avrupa Birliği/Avrupa Topluluğu Usul Hukukuna Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 56, (“*Avrupa Birliği*”); Servet **Alyanak**, “*Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Teşkilatlanması*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013, S. 3, ss. 251-283, s. 269-270. Türk hukuk sisteminde benzer bir kavram olarak, Danıştay Başsavcıları (*Başkanun Sözcüleri*) örnek gösterilebilir. Ayrıca bkz. Celalettin **Özkan**, “*İdari Yargıda Savcılık Kurumu*”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 136. Yıl Sempozyumu- 11 Mayıs 2004, Danıştay Matbaası, Ankara 2004, ss. 36-46, (“*Savcılık Kurumu*”).

¹⁰⁰⁴ C- 281/15; pr. 15.

¹⁰⁰⁵ https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_en.pdf, (ET. 06.11.2017).

Adalet Divanı'na yargılama imkânı tanıyan unsurları tedarik etmesi durumunda, tekrar başvuru yapabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁰⁶.

Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, 29 Haziran 2016 tarihli kararıyla, aynı uyuşmazlık açısından ve yine benzer sorularla Adalet Divanı'na yeniden başvurmuştur¹⁰⁰⁷. Başvurusunda talebine dayanak olarak, üçüncü ülkelerden verilen boşanma kararlarının tanınmasının, “*Aile Hukukuna İlişkin Davalar ile Çekişmesiz Yargı İşlerine Dair Uyuşmazlıklarda Yargılamaya İlişkin Kanun*”un¹⁰⁰⁸ 107. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gösterilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, özel boşanmaların tanınması, Alman hukukundaki ilgili kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca (*Roma III Tüzüğü*) tespit edilen maddî hukuk kapsamında geçerliliği kontrol edildikten sonra mümkündür. Bu bağlamda, Roma III Tüzüğü'nün ilgili davayı doğrudan etkilediğini ve bu sebeple de Alman mahkemelerinin, özel boşanmalara ilişkin izlemesi gereken yargısal prosedürün belirlenmesi açısından Roma III Tüzüğü'nün kapsamının yorumlanmasının talep edildiği ifade edilmiştir.

Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, önceki başvuruda olduğu gibi, özel boşanmaların, somut olaydaki Suriye dinî mahkemesinin şeriat hükümlerine dayanarak verdiği kararın, 1259/2010 sayılı Roma III Tüzüğü'nün 1. maddesinde tanımlanan kapsamda olup olmadığına ilişkin değerlendirme talebinde bulunmuştur. Adalet Divanı, nihai kararını 20 Aralık 2017 tarihinde vermiştir¹⁰⁰⁹. Kararda öncelikle, üçüncü ülkelerden alınan boşanmaya ilişkin kararların tanınmasının, AB hukukunun kapsamında olmadığı tekrar vurgulanmıştır. Ne Roma III Tüzüğü'nde ne Brüksel IIbis Tüzüğü'nde ne de başka hiçbir AB düzenlemesinde bu yönde bir hüküm yoktur (pr. 26-27). Bununla birlikte, Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin yukarıda belirttiğimiz

¹⁰⁰⁶ Bkz. C- 281/15; pr. 19, 20, 22, 23, 27, 28, 30, 31, 32.

¹⁰⁰⁷ Bkz. “Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht München (Germany) lodged on 6 July 2016”— Soha Sahyouni v Raja Mamisch (Case C-372/16); (OJ. - 2016/C 343/45); http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2016.343.01.0033.01.ENG. Başvurunun tam metni için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-372/16&td=ALL>, (ET. 06.11.2017).

¹⁰⁰⁸ “Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit” (FamFG). İlgili Kanun için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/>, (ET. 06.11.2017). Alman hukukunda çoğunluk görüşüne göre, Alman Mahkemeleri tarafından özel boşanma kararlarının tanınmasına ilişkin olarak yapılacak inceleme, (*kamu*) yetkili makamlarınca verilen boşanma kararlarının tanınmasında olduğu gibi FamFG § 109'da öngörülen koşullara göre değil, 1259/2019 sayılı Tüzük hükümlerine göre yapılmalıdır. Mahkeme ya da başka bir kamu otoritesi tarafından verilen kararların tanınmasına ilişkin inceleme FamFG § 109'daki sınırlamalar çerçevesinde usule ilişkin bir değerlendirmedir. Buna karşılık özel boşanmaların, hukukî geçerliliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir (Bkz. Saugmandsgaard, pr. 41-51).

¹⁰⁰⁹ Karar için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198045&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=388683>, (ET. 30.12.2017).

dayanağı haklı bulunmuştur. Almanya'nın, Roma III Tüzüğü'nü ulusal yasasının bir parçası hâline getirmesi, bu yönde yaptığı birtakım kanunî değişiklikler, özel boşanmaların tanınmasında gösterdiği yaklaşım gibi sebeplerle, başvurusu kabul edilebilir nitelikte görülmüştür (*pr.* 28-34). Başvurunun incelenmesi neticesinde ise net bir şekilde özel boşanmaların Roma III Tüzüğü'nün kapsamında olmadığına karar verilmiştir.

3. Eşcinsel Evliliklerin Sona Ermesi

Eşcinsel evliliklerin, Roma III Tüzüğü'nün kapsamında olup olmadığına dair doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar, Roma III Tüzüğü'nün bu konuda sessiz kalmasının, yasama organının bilinçli bir tercihi olduğunu ve bu sebeple de eşcinsel evliliklerin kapsam dışı yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰¹⁰. Bir kısım yazarlar evlilik kavramının, *lex fori* uyarınca vasıflandırılmasından yola çıkmaktadır. Bu görüş uyarınca, hâkim eğer eşcinsel evliliği kendi hukuku kapsamında evlilik olarak nitelendirmezse, Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesinin sağladığı imkân sayesinde Tüzük hükümlerini uygulamak zorunda kalmayacaktır¹⁰¹¹. Diğer bir kısım yazarlar ise geleneksel evlilikle eş değer olduğu sürece, eşcinsel evliliklerin de Tüzük kapsamında olduğunu belirtmektedir¹⁰¹².

Çoğunluk görüşü ise eşcinsel evliliklerin, Roma III Tüzüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir¹⁰¹³. Roma III Tüzüğü'nün bağımsız yorumlanması gerektiği vurgulamakta ve evliliğe ilişkin herhangi bir tanım yapılmamış olmasına dikkat çekilmekte; dolayısıyla da bu durumun eşcinsel evlilikleri de kapsayacak şekilde geniş yoruma izin verdiği ifade edilmektedir. Diğer yandan, hâkimin 13. maddenin sağladığı Tüzük hükümlerini uygulamaktan kaçınma imkânını kullanma zorunluluğu olmadığı da gerekçe gösterilerek, eşcinsel evliliklerin Tüzük kapsamında kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰¹⁴. Aksinin kabulü ise bu tarz evlilikleri

¹⁰¹⁰ von Peter **Winkler von Mohrenfels**, Das neue internationale Scheidungsrecht, (Lein, s. 895, naklen). Makalenin orijinal metni için bkz. http://www.dmjv.de/PDFDoc/Vortrag_von_Mohrenfels.pdf, (ET. 24.10.2017).

¹⁰¹¹ Tobias **Helms**, Reform des internationalen Scheidungsrecht durch die Rom III- Verordnung, FamRZ 2011, s. 1765-1766, (Lein, s. 895, naklen). Aynı yönde bkz. Tütüncübaşı, "Roma III", s. 438, dn. 36'da zikredilen yazarlar.

¹⁰¹² Rainer **Kemper**, Das neue Internationale Scheidungsrecht – eine Übersicht über die Regelungen der Rom III- VO, FamRBint 2012, s. 63-64, (Lein, s. 895, naklen).

¹⁰¹³ Wiese, s. 861. Aynı yönde Tütüncübaşı, "Roma III", s. 438.

¹⁰¹⁴ Tütüncübaşı, "Roma III", s. 438.

gerçekleştirmiş vatandaşların, Roma III Tüzüğü'nün sağladığı hukukî güvenlik, kesinlik ve esneklikten mahrum bırakılması sonucunu doğuracağı için eleştirilmektedir¹⁰¹⁵.

4. Kayıtlı Birlikteliklerin Sona Ermesi

Kural olarak, evlilik dışındaki birlikteliklerin sona ermesi, Roma III Tüzüğü kapsamında değerlendirilemez. Kayıtlı birliktelik kurumunu yasal olarak kabul eden ülke hukukları incelendiğinde, evlilik ile eşit değer atfedilmediği görülmektedir. Bu bağlamda, kayıtlı birlikteliklerin sona ermesinin, Roma III Tüzüğü kapsamında olmadığına dair tereddüt bulunmamaktadır¹⁰¹⁶. Kayıtlı birlikteliklerin sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklar, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca tespit edilen hukuk uyarınca maddî çözüme kavuşturulacaktır.

C. Kapsam Dışı Bırakılan Hâller

Roma III Tüzüğü, yeknesaklaştırma ihtiyacının sonucu olarak doğmuş olmakla birlikte; kapsam dışı bırakılan hâller oldukça geniş kapsamlıdır. Roma III Tüzüğü'nün, kapsamına ilişkin birinci maddesinin ikinci fıkrasında, aşağıdaki hususlar açıkça kapsam dışı bırakılmıştır:

- a) Hak ve fiil ehliyeti
- b) Evliliğin varlığı, geçerliliği veya tanınması
- c) Evliliğin hükümsüzlüğü/ iptali
- d) Eşlerin adı
- e) Evliliğin mâlî/malvarlığına ilişkin sonuçları
- f) Velayet sorumluluğu
- g) Nafaka yükümlülüğü
- h) Trust ve miras işlemleri

Söz konusu hususların, boşanma ve ayrılık davalarında ön sorun olarak gündeme gelme ihtimâlinde dahi Roma III Tüzüğü'nün kapsamında olmadığı vurgulanmıştır (Roma III, m. 1/2 ve Gerekçe p. 10/3). Ancak bu durumun, Roma III

¹⁰¹⁵ Wiese, s. 861.

¹⁰¹⁶ Wiese, s. 861; Tütüncübaşı, "Roma III", s. 439.

Tüzüğü'nün ana hedeflerinden biri olan uyumlaştırma ile çeliştiği açıktır¹⁰¹⁷. Aile hukukunda büyük öneme sahip ve ön sorun olarak gelme ihtimâli yüksek olan bu konuların çözümü, ilgili üye devletlerin iç hukuku uyarınca sağlanacaktır. Dahası, boşanma talebiyle açılan bir davada, hâkimin hukuku uyarınca evliliğin geçerli kabul edilmemesi durumunda; ilgili mahkemenin, Tüzük kapsamında boşanma kararı vermekten kaçınabileceği düzenlenmiştir (Roma III, m. 13). Oysa boşanma ve ayrılık bakımından bu denli öneme sahip evliliğin var olup olmadığı veya geçerli olup olmadığına ilişkin olarak ön sorununun çözümüne dair yeknesak bir kurala yer verilmiş olmasının, hukuk güvenliği açısından daha yerinde bir yaklaşım olacağı ifade edilmektedir¹⁰¹⁸.

Kapsam dışı bırakılan hususların bu denli geniş olması eleştirilmekle birlikte; söz konusu konuların kapsam dışı bırakılmasında, fiili imkânsızlıkların etkili olduğu belirtilmektedir¹⁰¹⁹. Şöyle ki, teknik ve hukukî olarak ayrıntılı düzenlemeler gerektiren tüm bu konular bakımından, üye devletlerin tamamının ortak bir düzenlemede buluşması oldukça zor görünmektedir. Dahası nafaka ve velayet gibi konularda, üye ülkelerinin de taraf olduğu çok sayıda milletlerarası sözleşme bulunmaktadır. Bu bağlamda, boşanmanın sonuçlarına ilişkin uyuşmazlıklar da mahkemenin hukukunun taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ve kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca hükme bağlanacaktır¹⁰²⁰. Ancak Alman kanunkoyucusunun uygulanacak hukukta birlik yaratmak gâyesiyle 2015 yılında yürürlüğe giren kanun değişikliği diğer katılan üye ülkelere örnek olacak niteliktedir¹⁰²¹. Söz konusu değişiklikte, EGBGB'nin 17. maddesi güncellenerek, Roma III Tüzüğü uyarınca tespit edilen yetkili hukukun, aksine bir düzenleme olmaması durumunda bahsi geçen boşanmanın sonuçları açısından da yetkili olduğu düzenlenmiştir¹⁰²². Sonrasında 24 Haziran 2016 tarihli ve 2016/1103 sayılı “*Evli Eşlerin Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Güçlendirilmiş İşbirliği Uygulamasına Dair Tüzük*”¹⁰²³ de kabul edilmiştir. Neticede, EGBGB'nin 17. maddesinin birinci fıkrasının son hâli uyarınca, boşanmanın sonuçları hakkında, 4/2009 sayılı Nafaka

¹⁰¹⁷ Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 436.

¹⁰¹⁸ Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 437.

¹⁰¹⁹ Franzina, s. 92.

¹⁰²⁰ Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 435.

¹⁰²¹ 20 Kasım 2015; BGBI. I S. 2010; (Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 435, dn. 27, naklen).

¹⁰²² Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 435.

¹⁰²³ Tüzük metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>, (ET. 24.10.2018).

Tüzüğü ve 2016/1103 sayılı Mal Rejimleri Tüzüğü'nün uygulama alanına girmeyen hâllerde, Roma III Tüzüğü'nün uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

VI. ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Roma III Tüzüğü uyarınca boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk, sübjektif ve objektif bağlama kuralları ile düzenlenmektedir. Öncelikle, eşlere, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmaktadır. Seçim yapmamış olmaları ihtimâlînde ise basamaklı bağlama kuralları şeklinde düzenlenen objektif bağlama kuralları uyarınca uygulanacak hukuk tayin edilmektedir.

Aşağıda öncelikle hukuk seçimi imkânı, sonrasında ise objektif bağlama kuralları ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

A. Hukuk Seçimi İmkânı

Roma III Tüzüğü'nün en önemli özelliklerinden biri, aile hukukunda örneğine az rastladığımız hukuk seçimi imkânı tanınmasıdır. Eşlere hukuk seçimi hakkı verilmesi, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, eşlerin hukukî menfaatlerinin dikkate alınabilmesinin en etkili yoludur¹⁰²⁴. Böylelikle eşlere, kendi bireysel koşulları çerçevesinde uygulanacak hukuka dair değerlendirme yapabilme imkânı sağlanmaktadır¹⁰²⁵. Diğer yandan, anlaşmalı boşanma oranlarındaki artış da gözetildiğinde, eşlere uygulanacak hukuku da seçme imkânının tanınması yerinde ve mâkul bir yaklaşım olarak görülmektedir¹⁰²⁶.

Hukuk seçimi imkânının gerekliliği, hukuk düzenlerinde genellikle ilk derece bağlama noktası olarak düzenlenen mutad mesken kavramının içeriğinin belirsiz oluşu ve tespitindeki zorluklar sebebiyle savunulmaktadır¹⁰²⁷. Özellikle sık yer değiştiren çiftler dikkate alındığında, her yer değişikliğinde uygulanacak hukukun da değişmesi gündeme gelecektir. Bu gibi durumların, hukukî öngörülebilirlik açısından sakıncalı

¹⁰²⁴ Kathrin **Kroll- Ludwings**, “Article 5-8” and “Article 20-21”; Rome Regulations Commentary, (Edited by Galf- Peter **Calliess**), Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 868- 890; pp. 964-965, p. 869; Viarengo, s. 552.

¹⁰²⁵ Viarengo, s. 552.

¹⁰²⁶ Calliess, s. 11-12.

¹⁰²⁷ Kroll- Ludwings, s. 869. Aynı yönde bkz. Tütüncübaşı, “Roma III”, s. 441.

olduğu, çiftlerin bireysel ve ekonomik beklentilerinin karşılanmasında sorunlara yol açacağı aşîkârdır¹⁰²⁸. Eğer eşlere hukuk seçimi imkânı tanınır ise çiftler gerekli değerlendirmeleri kendi aralarında yaparak, boşanma ve ayrılığa ilişkin haklarının, mutad mesken değişikliklerinden etkilenmesini engelleyebilirler¹⁰²⁹.

Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasının en önemli yararlarından biri de kanunlar ihtilâfî kurallarındaki uyumsuzluğun olumsuz etkilerini dengeleme fonksiyonu görebilecek nitelikte olmasıdır. Basit bir örnekle, iki küçük çocuğu olan farklı vatandaşlıklara sahip bir çiftin boşanma davasında; boşanmaya, velayete, nafakaya ve mal rejimine uygulanacak hukuk olmak üzere en az dört farklı ülke hukukunun somut uyumsuzlukta uygulanması gündeme gelebilir. Ülkeler arasındaki düzenleme farklılıkları da dikkate alındığında, zaten zor olan boşanma süreci içinden çıkılmaz bir hâl alabilir ve taraf menfaatleri ağır şekilde zedelenebilir. Oysa taraflara hukuk seçimi imkânı tanınırsa; taraflar kendilerini en yakın hissettikleri, hak ve yükümlülüklerinin farkında oldukları ve çıkarlarına en iyi hizmet edeceğini düşündükleri hukuk düzenini, uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler. Bu sayede, bağlantılı bütün uyumsuzluklar bakımından uygulanacak hukuk noktasında da birlik sağlanması mümkündür. Uyuşmazlığın daha kolay, hızlı ve pratik şekilde çözülmesi, mahkemelerin iş yükünü de azaltacaktır¹⁰³⁰.

Sözleşmeler hukukunun aksine, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tayini noktasında, eşlere sınırsız bir hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır¹⁰³¹. Eşlerin, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk olarak, özel bir bağlantıya sahip oldukları ülke hukuklarını veya mahkemenin hukukunu seçebilecekleri ifade edilmiştir (Gerekçe, pr. 16/c.1). Böylelikle, eşlerle gerçek bir bağlantısı olmayan ülke hukuklarının, uygulanacak hukuk olarak tayin edilmesi engellenmiştir. Buna karşılık, doktrinde bir görüş uyarınca, hukuk seçimine ilişkin böyle bir sınırlamanın gerekli olmadığı savunulmaktadır¹⁰³². Bu görüş uyarınca, boşanmanın sonuçlarına uygulanacak hukuk dahi Tüzük kapsamında düzenlenmediğinden, haklarının korunması gereken üçüncü kişilerden bahsetmek mümkün değildir. İkinci olarak, eşlerin mantıksız bir şekilde

¹⁰²⁸ Kroll- Ludwings, s. 869.

¹⁰²⁹ Kroll- Ludwings, s. 869.

¹⁰³⁰ Pfeiffer, s. 301-303.

¹⁰³¹ Buna karşılık Roma I ve Roma II Tüzüklerinde, tarafların hukuk seçimleri herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmamıştır. Bu sebeple de ilgili Tüzüklerden farklı olarak Roma III Tüzüğünde, sözleşmeyle bertaraf edilemeyen kurallarla ilgili genel bir düzenlemeye de ihtiyaç duyulmamıştır (Bayraktaroğlu Özçelik, “Roma III”, s. 520).

¹⁰³² Kroll- Ludwings, s. 872.

“egzotik” hukuk düzenlerini seçerek, kendi ekonomik çıkarlarına zarar vermeleri beklenen bir durum değildir. Diğer yandan, Gerekçenin 16. paragrafında belirtildiği üzere, seçilen hukuk düzeninin, Avrupa Birliği antlaşmalarında ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi’nde tanınan temel haklar ile uyumlu olması gerekmektedir. Dolayısıyla eşler uygun olmayan bir hukuk seçimi yapsalar dahi; Roma III Tüzüğü’nde, bu hukukun uygulanmasını engelleyen mekanizmalar mevcuttur. Son olarak ekonomik olarak daha zayıf olan tarafın korunması gâyesiyle; hukuk seçimi, belirli şekli şartlara bağlanarak, tarafların hukuk seçiminin sonuçları hakkında iyice düşünmeleri ve farkındalıklarının arttırılması sağlanmıştır. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, taraf iradesinin sınırlandırılması için ek önlemler alınması uygun görülmemektedir¹⁰³³.

Aşağıda Roma III Tüzüğü uyarınca tanınan hukuk seçimi imkânı, hukuk seçiminin zamanı ile hukuk seçimi anlaşmasının maddî ve şekli geçerliliği ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Seçilebilecek Hukuk Düzenleri

Boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukuku seçme imkânı, Roma III Tüzüğü’nün 5. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre eşler;

- a) hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anda müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu, ya da
 - b) eşlerden birinin hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anda hâlâ orada yaşaması şartıyla, eşlerin son müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu, ya da
 - c) hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anda eşlerden herhangi birinin millî hukukunu, ya da
 - d) mahkemenin hukukunu,
- boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk olarak kararlaştırabilirler.

Roma III Tüzüğü kapsamında, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka ilişkin olarak aynı kanunlar ihtilâfı kuralları belirlenmiş olmakla birlikte; tarafların hukuk seçimi anlaşması yapmak suretiyle, boşanma ve ayrılığa farklı ülke hukuklarının uygulanmasını kararlaştırmaları mümkündür. Buna karşılık kümülatif hukuk seçimi

¹⁰³³ Kroll- Ludwings, s. 872-873. Hukuk seçimi imkânı tanınırken, sınırlı bir yaklaşım benimsenmesinin avantaj ve dezavantajları hakkındaki inceleme için bkz. Maultzsch, s. 483-489.

anlaşması yapılması mümkün değildir. Eşler kendi aralarında anlaşarak, boşanma veya ayrılık davalarında hem X devlet hukukunun hem de Y devlet hukukunun yetkili olduğu hususunda sözleşme hazırlayamazlar¹⁰³⁴.

Belirtmemiz gerekir ki, seçilebilecek hukuk düzenleri arasında herhangi bir öncelik sonralık ilişkisi mevcut değildir. Söz konusu ülke hukuklarından hangisini tercih edecekleri, tamamen eşlerin ortak iradesine dayanmaktadır. Uygulamada ise tarafların seçimini etkileyen iki durum dikkat çekmektedir. İlk olarak, taraflar çoğunlukla, daha hızlı, daha kolay ve daha ucuz boşanabilecekleri ülke hukuklarını tercih etmektedir¹⁰³⁵. Örneğin İtalya gibi boşanma davalarının uzun sürdüğü ve üç yıllık yasal ayrılık süresinin zorunlu görüldüğü ülke hukukları nadiren tercih edilmektedir¹⁰³⁶. İkinci durum ise kültürel kimliğin korunması isteği ve kaygısıdır. Özellikle de göçmenler açısından, geldikleri devlet ile yaşadıkları devletin kültürel, dinî veya geleneksel olarak çok farklı olması durumunda bu kaygı artmaktadır. Söz konusu kaygının çiftlerin millî hukuklarını tercih etmeleri suretiyle giderilebileceği ve dahası bu sayede vatandaşı oldukları ülkede boşanma kararının tanınması ve tenfizi açısından da avantajlı olacakları belirtilmektedir¹⁰³⁷.

Aşağıda, seçilebilecek hukuk düzenleri ve özellik gösteren hususlar incelenecektir.

a. Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Eşler, boşanma ve ayrılık davalarında, sözleşmenin yapıldığı anda müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu, uygulanacak hukuk olarak kararlaştırabilirler. Müşterek mutad mesken hukukunun seçilebilmesi için, eşlerin aynı

¹⁰³⁴ Kroll- Ludwings, s. 875.

¹⁰³⁵ Viarengo, s. 552.

¹⁰³⁶ Örneğin İtalyan mahkemelerinin önüne gelen bazı uyuşmazlıklarda, Faslı veya hem Faslı hem de İtalyan çiftlerin boşanma davalarında, boşanmanın daha kolay olduğu Fas hukukunun tercih edildiği görülmüştür (Viarengo, s. 552). Diğer yandan, İtalyan mahkemeleri nezdinde Roma III Tüzüğü'nün uygulandığı uyuşmazlıklarda; eşlerin genellikle hukuk seçimi imkânını kullanmadıkları ve boşanmaya uygulanacak hukukun çoğunlukla objektif bağlama kuralı uyarınca tayin edildiği ifade edilmektedir (Bkz. Federica **Falconi**, "Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 Sulla Legge Applicabile al Divorzio e Alla Separazione Personale Nella Recente Prassi Giurisprudenziale Italiana" (Recent Italian Case-Law Concerning (EU) Regulation on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation), *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, pp. 568-580.

¹⁰³⁷ Viarengo, s. 552.

evde veya aynı şehirde yaşamaları dahi gerekmemektedir, yalnızca aynı ülkede olmaları yeterlidir¹⁰³⁸.

Mutad meskenin belirlenmesi noktasında, otonom ve yeknesak bir yaklaşım gerekli olmakla birlikte, Roma III Tüzüğü kapsamında bu yönde bir tanımlama bulunmamaktadır. Diğer yandan, Avrupa Birliği Adalet Divanı nezdinde de boşanma davalarında uygulanacak hukuk özelinde mutad meskenin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir karar verilmemiştir¹⁰³⁹. Ancak genel yaklaşıma uygun olarak, fiili durumdan yola çıkılarak her somut olaya göre mutad meskenin belirlenmesi gerekmektedir¹⁰⁴⁰.

Mutad mesken kavramı, fiili duruma ilişkin gerçek bir değerlendirme gerektirdiğinden, tespiti her zaman kolay değildir¹⁰⁴¹. Örneğin eşlerin, iki farklı ülkede az çok eşit zamanlar geçirmesi durumunda müşterek mutad mesken nasıl belirlenecektir. Yahut eşlerden birinin hafta boyunca başka bir ülkede yaşadığı ve sadece hafta sonları “eve” geldiği bir olasılıkta, müşterek mutad meskenin varlığından bahsedilebilir mi? Son olarak, eşlerin bir yerde birlikte yaşama isteğinin, bir yerde harcanan zamanın etkisinden daha ağır basması mümkün müdür?¹⁰⁴² Bütün bu sorulara somut olayın bütün özelliklerini değerlendirmeden cevap vermek mümkün olmadığı gibi, aynı şartlarda olan uyuşmazlıklar farklı mahkemelerin önüne geldiğinde benzer kararlarının çıkmasını beklemek de mümkün değildir¹⁰⁴³.

b. Son Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Eşler, boşanma ve ayrılık davalarında, eşlerden birinin sözleşmenin yapıldığı anda hâlâ orada yaşaması şartıyla, eşlerin son müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu, uygulanacak hukuk olarak kararlaştırabilirler. Eşlerden birinin sözleşmenin yapıldığı anda ilgili ülkede bulunmasının şart olarak görülmesinin

¹⁰³⁸ Kruger, “*Rome III*”, s. 4-5.

¹⁰³⁹ Viarengo, s. 556; Kruger, “*Rome III*”, s. 4. Bununla birlikte, iş hukuku, sosyal güvenlik alanında ve özellikle de çocuğun mutad meskeninin belirlenmesine ilişkin olarak çok sayıda karar bulunmaktadır (Bkz. Kruger, “*Rome III*”, s. 4-5, dn. 17-23’te zikredilen kararlar).

¹⁰⁴⁰ Viarengo, s. 556.

¹⁰⁴¹ Kruger, “*Rome III*”, s. 4.

¹⁰⁴² Kruger, “*Rome III*”, s. 5.

¹⁰⁴³ Mutad meskenin belirlenmesine ilişkin farklı ülkelerden çeşitli uyuşmazlık örnekleri için bkz. Viarengo, s. 556-557.

temelinde, yine bağlantısız bir ülke hukukunun seçilmesini engelleme düşüncesi yatmaktadır.

c. *Millî Hukuk*

Eşler, boşanma ve ayrılık davalarında, içlerinden birinin millî hukukunu uygulanacak hukuk olarak kararlaştırabilirler. Dikkat edilmelidir ki, eşlerin müşterek mili hukukundan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla bu durum, evlilikle bağlantısı olmamakla birlikte, sadece eşlerden biriyle bağlantısı olan bir hukuk düzeninin seçimine neden olabilecek niteliktedir¹⁰⁴⁴.

Eşlerden birinin millî hukukunun seçilebileceğini düzenleyen bu düzenleme, tarafların çifte veya çok vatandaşlığa sahip olmaları durumunda da sorun çıkarabilecektir¹⁰⁴⁵. İlk olarak, eşlerin hukuk seçimi anlaşmalarında tercih edecekleri ilgili ülkenin, ‘sadece vatandaşlığına sahip olmaları yeterli midir yoksa sıkı ilişki içerisinde olup olmadıkları araştırılacak mıdır’ sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Roma III Tüzüğü’nde, bu bent dolayısıyla karşılaşılabilecek çok vatandaşlık sorunlarının çözümüne ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Roma III Tüzüğü’nün Gerekçesine bakıldığında, çok vatandaşlığa ilişkin sorunların, Avrupa Birliği’nin genel ilkeleri dikkate alınmak kaydıyla, ulusal hukukun çözümüne bırakıldığı belirtilmiştir (*Gerekçe, pr. 22*). Ancak söz konusu ifade, objektif bağlama kuralını düzenleyen m. 8/c için kaleme alınmıştır. Bu sebeple hukuk seçimi anlaşması açısından doğrudan dikkate alınması mümkün olmadığı gibi, esasında gerçek bir çözüm sunduğu da ifade edilemez.

Lafzi yorum yapıldığında millî hukukun seçilebilmesi için, eşlerden birinin ilgili ülkenin vatandaşlığa sahip olması yeterli görülmüş, buna ilaveten o ülke ile sıkı ilişki içerisinde olması aranmamıştır. Nitekim AB’nin genel ilkeleri ve son yıllarda AB Adalet Divanı’nın çok vatandaşlığa ilişkin verdiği kararlar da dikkate alındığında; kişinin sahip olduğu vatandaşlıklar eşit düzeyde görülmekte ve ilgili ülke hukukunun

¹⁰⁴⁴ Kruger, “*Rome III*”, s. 6.

¹⁰⁴⁵ Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda genel olarak çok vatandaşlığa ilişkin problemler ve çözüm önerileri hakkında bkz. Stefania **Bariatti**, “Multiple Nationalities and EU Private International Law – Many Questions and Some Tentative Answers”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, Y. 2011, pp. 1-19, (“*Multiple Nationalities*”).

dikkate alınabilmesi açısından sıkı ilişkinin varlığı aranmamaktadır¹⁰⁴⁶. Dolayısıyla Tüzük m. 5/1-c kapsamında, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk olarak, eşlerden birinin millî hukuku tercih edilmişse ve bu eş çok vatandaşlığa sahipse, hangi vatandaşlığı ile daha sıkı ilişkili olduğuna bakılmaksızın, vatandaşlığına sahip olduğu herhangi bir devletin hukuku seçilebilecektir¹⁰⁴⁷.

Çifte veya çok vatandaşlık, tarafların anlaşmalarında ülke adı zikretmeksizin hukuk seçimi anlaşması yapmaları durumunda da sorun yaratacak niteliktedir. Örneğin, kocanın millî hukukunun uygulanacağını kararlaştırmışlarsa ve koca hem Alman hem Fransız ise hangi hukuk tercih edilecektir? Diğer bir sorun, eşlerden biri hukuk seçimi anlaşması esnasında tek millî hukuka sahip olmasına rağmen, sonradan kazandığı vatandaşlık sebebiyle boşanma anında çifte vatandaş olması durumunda ortaya çıkabilir. Bu noktada sonradan kazanılan vatandaşlık dikkate alınacak mıdır? İlk durumda seçilen ülke hukuku noktasında bir belirsizlik olduğu için, kanaatimizce hukuk seçimi anlaşmasının olmadığı kabul edilmeli ve objektif bağlama kuralları uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. İkinci durumda ise hukuk seçimi anlaşmasının yapılma anı esas alınacağından, sonradan kazanılan vatandaşlığın uygulanacak hukuka bir etkisi olmayacaktır. Taraflar aksine yeni bir anlaşma yapmadıkları sürece, ilk başta anlaşmalarında belirledikleri ülke hukuku uygulanacaktır.

d. Mahkemenin Hukuku

Eşler, boşanma ve ayrılık davalarında, mahkemenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak kararlaştırabilirler. Bu yönde bir seçim yapılması, etkililik ve mâliyet açısından avantajlı görülmektedir¹⁰⁴⁸. Şöyle ki, hem hâkim hem de avukatlar açısından kendi hukuklarını en iyi şekilde bildikleri faraziyesi dikkate alındığında, mahkemenin

¹⁰⁴⁶ Daha önce de belirttiğimiz üzere, çifte veya çok vatandaşlık hâllerinde, yetki kurallarının tesisi açısından, AB Adalet Divanı'nın, Brüksel IIbis Tüzüğü'nün yetkiye ilişkin 3/1-b maddesi kapsamında verdiği '*Hadadi-Mesko*' kararı önemli bir dönüm noktası olarak görülmektedir. Kararda, çok vatandaşlık durumunda, daha sıkı ilişkili olan vatandaşlığın dikkate alınma zorunluluğu olmadığı; herhangi bir müşterek vatandaşlığın bulunmasının yeterli olduğu sonucuna varılmıştır (Bkz. *Judgment of the Court of Justice in Case C-168/08 Hadadi v Hadadi* [2009] ECR I-6871- 16th July 2009). İlgili dava yetki kurallarının tesisiyle alâkalı olmakla birlikte, AB Adalet Divanı'nın çok vatandaşlık problemlerinin çözümüne ilişkin yaklaşımı açısından emsal niteliktedir.

¹⁰⁴⁷ Tütüncübaşı, "*Roma III*", s. 443-444; Kruger, "*Rome III*", s. 6-9.

¹⁰⁴⁸ Kruger, "*Rome III*", s. 9.

kendi hukukunu uygulaması, uyuşmazlığın daha kısa sürede ve daha az masrafla çözülmesini sağlayacaktır¹⁰⁴⁹.

Hukuk seçiminin zamanı bahsinde inceleyeceğimiz üzere, kural olarak, en geç dava açılana kadar hukuk seçimi anlaşmasının yapılması gerekmektedir (*Roma III, m. 5/2*). Dolayısıyla, henüz dava açılmadan önce, esasında mahkemenin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığının somut olarak bilinmediği bir dönemde, lex fori lehine hukuk seçimi anlaşması yapılmaktadır. Diğer yandan, hâkimin hukukunun izin vermesi kaydıyla, eşler dava süresince de hukuk seçimi anlaşması yapabilirler. Bu durumda yapılacak anlaşmaların, çoğunlukla hâkimin hukuku lehine olacağı ve uygulamada kolaylık sağlayacağı ifade edilmektedir.

Mahkemenin hukuku lehine yapılacak hukuk seçimi anlaşması, Brüksel IIbis Tüzüğü'nde yetkili kabul edilen mahkemelerle sınırlı değildir. Bu bağlamda seçilecek hukuk düzeni, AB üyesi devlet hukuku olabileceği gibi üçüncü bir devlet hukuku da olabilir¹⁰⁵⁰.

Eşler arasındaki anlaşma, dava her nerede açılırsa açılsın, ilgili ülkenin hukuku uygulanacaktır şeklinde yapılabilir mi? Yahut hangi ülke olduğunun kesin bir dille belirlenmesi gerekmekte midir? Kanaatimizce, hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik amacına uygun olarak, eşlerin mutlaka uygulanacak ülke hukukunu açıkça belirlemeleri gerekmektedir. Aksi takdirde hukuk seçimi anlaşmasının olmadığı kabul edilerek, ya taraflara mahkeme huzurunda tekrar hukuk seçimi imkânı tanınabilir ya da böyle bir imkân olmaması durumunda objektif bağlama kuralları uyarınca uygulanacak hukuk tayin edilir.

2. Hukuk Seçiminin Zamanı

Hukuk seçimi anlaşması, üçüncü fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla, en geç davanın açıldığı tarihe kadar, herhangi bir zamanda akdedilebilir ya da değiştirilebilir (*Roma III, m. 5/2*). Ek olarak, hâkimin hukukunun izin vermesi durumunda, eşler dava süresince de hukuk seçimi konusunda anlaşabilirler ve bu durumda hukuk seçimi anlaşması, hâkimin hukuku uyarınca kaydedilir (*Roma III, m. 5/3*). Dava süresince hukuk seçimi imkânı tanınması, ilgili ülkede açık bir yasal düzenlemeye dayanabileceği gibi hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde de belirlenebilir. Örneğin Alman hukukunda

¹⁰⁴⁹ Kruger, "Rome III", s. 9.

¹⁰⁵⁰ Kruger, "Rome III", s. 10.

dava süresince hukuk seçimi imkânının kanunen açıkça tanındığı, İtalyan hukukunda ise çeşitli içtihatlarla hukuk seçiminin mümkün olduğu sonucuna varıldığı ifade edilmektedir¹⁰⁵¹.

Tarafların evlendikleri anda veya çok kısa bir zaman sonra hukuk seçimi anlaşması yapabilecekleri noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık evlenmeden önce, boşanma ve ayrılığa ilişkin hukuk seçimi anlaşması yapıp yapılamayacağı hususu tartışılabilir¹⁰⁵². Roma III Tüzüğü’nde kullanılan “eşler” ifadesinden yola çıkılarak, tarafların henüz evlilik birliği kurulmadan önce bu sığata haiz olmadıklarından bahisle, boşanma ve ayrılığa dair hukuk seçimi anlaşmasının yapılamayacağının iddia edilebileceğı; lâkin kelimenin dar yorumlanmasından bu şekilde bir sonuca ulaşılmasının doğru olmadığı belirtilmektedir¹⁰⁵³. Eğer taraflar evlenmeden önce hukuk seçimi anlaşması yapmışlarsa, bu anlaşma bağlayıcı olacaktır. Buna karşılık, taraflar arasında hiçbir zaman evlilik birliği tesis edilemezse, aralarındaki anlaşma bir bütün olarak ‘hukuk seçimi anlaşmasıyla birlikte’ kendiliğinden geçersiz olacaktır¹⁰⁵⁴.

Tarafların yaptıkları hukuk seçimi anlaşması, değışen koşullar sebebiyle veya herhangi bir şekilde beklentilerini karşılamayacak hâle gelmiş ise eşler bireysel durumlarını yeniden değerdendirerek aralarındaki anlaşmayı değıştirme hakkına sahiptir¹⁰⁵⁵. Buna karşılık, tarafların bu yönde bir isteğı yoksa seçtikleri hukukla hiçbir bağlantıları kalmamış olsa dahi yapılan hukuk seçimi anlaşması geçerlidir. Bu durum esas itibarıyla, Gerekçenin 16. paragrafıyla çelişmektedir. Daha önce de belirtildiğı üzere, ilgili paragrafta, eşlerin yakın irtibatlı oldukları ülke hukuklarını veya mahkemenin hukukunu seçebilecekleri belirtilmektedir. Buna karşılık, hukuk seçimi anlaşmasının, boşanma ve ayrılık davasından çok önceki bir tarihte düzenlenebiliyor olması, eşlerin ilk etapta seçtikleri hukuk düzeniyle bağlantılarının tamamen kopması ve dolayısıyla da güncel olarak eşlerle alakasız bir ülke hukukunun uygulanması sonucunu doğurabilir¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵¹ Viarengo, s. 553.

¹⁰⁵² Viarengo, s. 553.

¹⁰⁵³ Kruger, “Rome III”, s. 11; Viarengo, s. 553-554.

¹⁰⁵⁴ Kruger, “Rome III”, s. 11.

¹⁰⁵⁵ Kroll- Ludwings, s. 881.

¹⁰⁵⁶ Kruger, “Rome III”, s. 10-11.

3. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Şekli Geçerliliği

Hukuk seçimi anlaşması, eşlerin yaptıkları seçimin sonuçlarına dair farkındalıklarını arttırmak ve çoğu zaman ekonomik açıdan daha zayıf durumda olan kadının, eşi tarafından dayatılan ‘*hukuk alışverişine*’ karşı korunması gibi amaçlarla belirli şekli şartlara tâbi tutulmuştur¹⁰⁵⁷. Söz konusu şekli şartların ispat hukuku açısından sağladığı kolaylıklar da aşîkârdır.

Roma III Tüzüğü’nün şekli geçerliliğe ilişkin 7. maddesi uyarınca;

1. Tüzüğün 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca yapılan anlaşma; yazılı olmalı, tarih belirtilmeli ve eşlerin her ikisi tarafından imzalanmalıdır. Elektronik iletişim araçlarından biri ile yapılmış sözleşmeler bakımından, anlaşmanın kaydının (*durable record*) bulunması koşuluyla yazılılık şartı gerçekleşmiş sayılır¹⁰⁵⁸.

2. Bununla birlikte, hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı tarihte eşlerin mutad meskenleri aynı katılan üye ülkede bulunuyor ve bu ülke, ek şekli gereklilikler talep ediyorsa, bu şartların da yerine getirilmesi gerekmektedir.

3. Eğer eşlerin sözleşmenin yapıldığı tarihte farklı katılan üye ülkede mutad meskenleri varsa ve bu ülkeler farklı şekli gereklilikler talep ediyorsa, anlaşma bu hukuklardan herhangi biri uyarınca da gerekli koşulları sağlayınca şekli anlamda geçerli olur¹⁰⁵⁹.

4. Eğer sözleşmenin yapıldığı tarihte eşlerden yalnızca bir tanesinin mutad meskeni, katılan üye ülkelerden birindeyse ve bu ülke bu tarzdaki anlaşmalar için ek şekli gereklilikler talep ediyorsa, bu gerekliliklerin de sağlanması gerekir.

Görüldüğü üzere birinci fıkrada belirtilen anlaşmanın yazılı olması, tarihin belirtilmesi ve eşlerin her ikisi tarafından imzalanması zorunluluğu, Tüzük kapsamında

¹⁰⁵⁷ Viarengo, s. 554. Belirtmemiz gerekir ki buradaki zayıf tarafı koruma düşüncesi, tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi bir amaç gütmemektedir. Roma III Tüzüğü kapsamında kural olarak eşler eşit pazarlık gücüne sahiptir. Ancak somut olayın özelliklerine göre eşlerden birinin korunmaya muhtaç durumda olduğu anlaşılırsa, bu durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir (Kroll- Ludwings, s. 886-887). Doktrinde bir görüşe göre, tüketicilere, boşanan eşlerden daha geniş bir koruma sağlanması, ironik olarak nitelendirilmektedir. Şöyle ki sözleşmeler hukuku alanında irade muhtariyeti çok uzun zamandır kabul görmekle birlikte, son yıllarda zayıf tarafı koruma düşüncesi özellikle de tüketici sözleşmelerinde yükselen bir eğilim göstermektedir. Aile hukuku ilişkilerinde hukuk seçimi imkânı yeni yeni kabul edilmeye başlanmış olmakla birlikte, tüketici sözleşmelerinden daha az bir koruma ortamı sağlanmıştır. Oysaki özellikle boşanan eşler açısından, ilişkilerin daha karmaşık, manipülatif ve hatta (*sözel, fiziksel veya psikolojik*) şiddete daha meyilli olduğu ifade edilmektedir (Kruger, “*Rome III*”, s. 12-13).

¹⁰⁵⁸ Bu kapsamda e-mail yoluyla gerçekleştirilen anlaşmalar geçerli sayılabilir. Benzer bir hüküm Brüksel I Tüzüğü m. 23/2’de de bulunmaktadır.

¹⁰⁵⁹ Bu noktada sözleşmenin mümkün mertebe ayakta tutulması (*favor negotii*) amaçlandığı için, ilgili hukuklardan sadece biri uyarınca gerekli şekli şartların yerine getirilmesi yeterli görülmüştür (Kroll- Ludwings, s. 889).

yapılacak hukuk seçimi anlaşmalarının asgari şartlarını tesis etmektedir. Diğer fıkralarda belirtilen durumlarda ise anlaşma imzalandığı sırada, eşlerin mutad meskenlerinin bulunduğu ülkelere göre ek şartların yerine getirilmesi gerekebilir¹⁰⁶⁰. Bu şekilde ek şekli gerekliliklerin ulusal hukuklar uyarınca dikkate alınması, sözleşmenin geçerliliğini sağlamak açısından olumlu bir durum olarak görülmekle birlikte, Roma III Tüzüğü'nün en önemli amaçlarından biri olan yeknesaklaştırma ihtiyacını olumsuz yönde etkilemesi sebebiyle eleştirilmektedir¹⁰⁶¹.

Temsilci vasıtasıyla hukuk seçimi anlaşmasının yapılıp yapılamayacağı sorusu ise doktrinde olumlu yanıtlanmaktadır. Nitekim hükümde, eşlerin iradelerini aynı anda veya şahsen beyan etmelerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, ulusal hukuklar uyarınca da hukuk seçimi imkânının bizzat kullanılması yönünde ek şekli şartlar gerekli görülüyorsa, eşlerin iradelerini temsilci vasıtasıyla beyan etmeleri de mümkündür¹⁰⁶².

Son olarak belirtmemiz gerekir ki Roma III Tüzüğü'nün beşinci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen, dava sürecinde mahkeme huzurunda yapılan hukuk seçimi anlaşması, yukarıda saydığımız şekle ilişkin şartlara tâbi değildir. Bu noktada anlaşmanın şekli geçerliliği, hâkimin hukukunun usûl hukuku kurallarına tâbidir¹⁰⁶³. Dolayısıyla, hâkimin hukuku uyarınca geçerli olduğu sürece, hukuk seçimi anlaşması yazılı olarak yapılmasa dahi Tüzük uyarınca da geçerli kabul edilecektir. Bu durumda, hâkimin ilk duruşmada, tarafların hukuk seçimi anlaşması yapmak isteyip istemediklerini teyit etmesi gerekmektedir¹⁰⁶⁴.

4. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Maddî Geçerliliği

Hukuk seçimi anlaşmasının maddî geçerliliği ve özellikle de tarafların karşılıklı rızalarının uygun olması, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tayininde önemli rol oynamaktadır. Rızanın varlığında en ufak sorun, anlaşmanın geçersizliği sonucunu doğurarak, objektif bağlama kurallarına gidilmesini zorunlu kılabilir.

¹⁰⁶⁰ Örneğin, Alman hukukunda, hukuk seçimi anlaşmasının noter tarafından onaylanması zorunlu görülmektedir. Buna karşılık, Fransız ve İtalyan hukuklarında, çeşitli mahkeme kararlarında yalnızca yazılı şekil şartının yerine getirilmesi yeterli görülmüştür (Viarengo, s. 554).

¹⁰⁶¹ Franzina, s. 115.

¹⁰⁶² Tütünbaşı, s. 445.

¹⁰⁶³ Kruger, "Rome III", s. 10.

¹⁰⁶⁴ Kruger, "Rome III", s. 10.

Roma III Tüzüğü m. 6/1 uyarınca, kural olarak, hukuk seçimi anlaşmasının veya herhangi bir hükmünün varlığı ve geçerliliği, anlaşma veya ilgili hüküm geçerli olsaydı Tüzük hükümlerine göre yetkili olacak olan hukuka göre belirlenecektir¹⁰⁶⁵.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine, eğer sözleşme geçerli olsaydı yetkili olacak hukuka dayanarak karar vermek saf farazi nitelikte bir yaklaşımdır¹⁰⁶⁶. Bu durum kanunlar ihtilâfı kurallarında taraf iradesine dayanmanın genel bir sonucu olarak görülmektedir. Gerekçenin 18. paragrafında ifade edildiği üzere, “*her iki eşin bilinçli seçimi*” temel prensip olarak kabul edilmektedir. Eşlerin her birinin, ‘*yaptıkları hukuk seçimi anlaşmasının ne gibi yasal ve sosyal etkilere sahip olduğunu tam olarak bilmeleri*’ istenmektedir. Eşler, hukuk seçimi anlaşması yapmak ve haklarını belirlemek noktasında eşit imkânlarla sahip olmalıdır. Bu sebeple, katılan üye devlet hâkimleri, eşlerin hukuk seçimi anlaşması yaparken, bilinçli ve bilgili hareket edip etmediklerini denetlemek noktasında gerekli özeni göstermekle yükümlüdürler.

Eşlerden birinin gerçekten rızasının olmadığını iddia etmesi ihtimâlinde devreye girmek üzere, Roma III Tüzüğü m. 6/2’de, istisnai bir koruma hükmü düzenlenmiştir¹⁰⁶⁷. Buna göre, rızasının bulunmadığını ispatlamak isteyen eşin, “*davanın açıldığı tarihte mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna*” dayanması mümkündür. Ancak eşin mutad mesken hukukunun dayanak olarak kabul edilebilmesi için, Tüzük m. 6/1 uyarınca tayin edilen hukuk uyarınca davranışının etkisine karar vermenin, “*somut olayın koşullarından mâkul olmayacağının anlaşılması*” gerekmektedir. Başka bir anlatımla, ikinci fıkranın uygulama alanı bulabilmesi açısından, birinci fıkra uyarınca tayin edilen hukuk uyarınca eşlerin her ikisinin de geçerli rızasının bulunması, ancak eşlerden birinin kendi mutad mesken hukuku uyarınca rızasının olmadığına dayanmasının mâkul görülmesi gerekmektedir. Rızasının olmadığını iddia eden eş, bunu kendisi ileri sürmek ve ispatlamak zorundadır¹⁰⁶⁸. Bununla birlikte, yukarıda gördüğümüz üzere anlaşmanın geçerli olması için hazırlanan

¹⁰⁶⁵ Benzer bir düzenleme Roma I Tüzüğü’nün 10. maddesinde de bulunmaktadır. Buna göre sözleşmenin varlığı ve geçerliliği, yapılan hukuk seçimi anlaşması geçerli olsaydı hangi hukuka tâbi olursa o hukuka göre karar verilir. Aynı şekilde, MÖHUK m. 32/1 uyarınca, “*Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir*”.

¹⁰⁶⁶ Kroll- Ludwings, s. 883.

¹⁰⁶⁷ Benzer bir düzenleme yine MÖHUK m. 32/2’de bulunmaktadır. Hükme göre, “*Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır*”.

¹⁰⁶⁸ Kroll- Ludwings, s. 885.

yazılı metnin, eşlerden her ikisi tarafından da imzalanması gerekmektedir. Dolayısıyla şekli şartlara riayet edilerek yapılan bir anlaşmada, eşlerden birinin sonradan bu anlaşmanın kendi rızası dışında yapıldığını iddia etmesi pek mümkün görünmemektedir¹⁰⁶⁹.

B. Objektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukukun Tespiti

Eşlerin hukuk seçimi yapmadığı durumlarda, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilecektir. Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesinde, basamaklı bağlama kuralı kabul edilmiştir. Buna göre boşanma ve ayrılığa:

- a) davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku veya bulunmaması durumunda,
- b) davanın açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce değiştirilmemiş olması ve eşlerden birinin dava açıldığı tarihte hâlen söz konusu ülkede yerleşik olması şartıyla, eşlerin son müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku veya bulunmaması durumunda,
- c) davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek millî hukuku veya bulunmaması durumunda,
- d) mahkemenin hukuku (*lex fori*) uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere, eşlerin yakın irtibatlı olduğu hukuk düzenleri bağlama noktası olarak kabul edilerek, hukukî kesinliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması amaçlanmıştır. Ek olarak, farklı kanunlar ihtilâfi kurallarına sahip katılan üye devletlerin hukukları karşısında, Roma III Tüzüğü öncelikle uygulanacağından, hangi eşin davayı önce açtığı, uygulanacak hukukun tespiti açısından önemsiz hâle gelmiştir¹⁰⁷⁰.

Hükümde açıkça belirtildiği üzere, bağlama noktalarının tayininde davanın açıldığı tarih dikkate alınacaktır. Davanın açıldığı tarih ise gerekçenin 13. paragrafında belirtildiği üzere, Brüksel IIbis Tüzüğü (m. 16) dikkate alınarak tespit edilecektir. Gerekçede, Brüksel IIbis Tüzüğü uyarınca davanın açıldığı tarihin tespiti için, davanın nerede açıldığının önemli olmadığı ifade edilmiştir. Ancak dikkat edilmelidir ki Roma

¹⁰⁶⁹ Tütüncübaşı, “Roma III”, s. 445. Nitekim sözleşmeler hukuku alanında da kabul gören benzer düzenlemeler, daha ziyade “*susma*”nın hüküm ve sonuçlarının değerlendirilmesi noktasında gündeme gelmektedir (Bkz. Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 416-417).

¹⁰⁷⁰ Eva Lein, “Article 8-12”; Rome Regulations Commentary, (Edited by Galf- Peter Calliess), Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 890-930, p. 891-892.

III Tüzüğü katılan üye devletler haricinde, AB üyesi olmayan üçüncü bir devlet mahkemesinde de uygulama alanı bulabilir. Dolayısıyla kanaatimizce davanın açılma anı, usûl hukukunda hâkim olan lex fori prensibi uyarınca tespit edilmelidir.

Aşağıda ilgili bağlama kuralları, madde metnindeki sıralamaya uygun bir şekilde ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Müşterek Mutad Mesken Hukuku

İlk derece bağlama noktası olarak eşlerin müşterek mutad mesken hukuku tercih edilmiştir. Müşterek mutad mesken hukukunun belirlenmesinde, eşlerin aynı evde veya aynı şehirde olmaları dahi gerekmemektedir, yalnızca aynı ülkede bulunmaları yeterlidir¹⁰⁷¹. Ancak farklı hukuk düzenlerine sahip veya boşanma ve ayrılık için farklı düzenlemelere sahip bölgesel birimlerden oluşan devletler dikkate alındığında, Roma III Tüzüğü'nün 14/b hükmü gereğince, müşterek mutad meskenin olabilmesi için eşlerin aynı bölgesel birimde yaşamaları aranmaktadır. Örneğin, Alman eşin Katalonya'da, İtalyan eşin ise Endülüs'te yaşadığı bir boşanma davasında, eşlerin aynı ülkede yaşadığından bahisle müşterek mutad meskenin olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰⁷².

2. Son Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Eşlerin müşterek mutad mesken hukukunun bulunmaması durumunda, ikinci derece bağlama noktası olarak, belirli şartların sağlanması kaydıyla, eşlerin son müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanacak hukuk olarak tayin edilmiştir. Hükme göre, söz konusu mutad meskenin *“davanın açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce değiştirilmemiş olması”* ve *“eşlerden birinin dava açıldığı tarihte hâlen söz konusu ülkede yerleşik olması”* aranmaktadır. Böylelikle, son müşterek mutad meskende kalmaya devam eden eşin çıkarlarının korunması ve taşınan eşin kendi çıkarlarına daha iyi hizmet edebilecek bir ülkede dava açması durumunda uygulanacak hukukun, en azından bir yıl süreyle etkilenmemesi amaçlanmıştır¹⁰⁷³. Doktrinde, bir yıllık sürenin koruma sağlamak için yeterli olmadığı,

¹⁰⁷¹ Lein, s. 900.

¹⁰⁷² Lein, s. 900.

¹⁰⁷³ Lein, s. 901.

taşınan eşin bu durumdan kurtulmak için bir yıl bekledikten sonra dava açarak yine kendi çıkarlarını üstün tutan bir ülkede boşanma hükmü elde edebileceği gibi eleştiriler yapılmakta ve bu bir yıllık sürenin uzatılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁷⁴.

3. Eşlerin Müşterek Millî Hukuku

Eşlerin son müşterek mutad mesken hukukunun bulunmaması durumunda, üçüncü derece bağlama noktası olarak, eşlerin müşterek millî hukuku uygulanacaktır. Ancak ilgili hüküm, çok vatandaşlık hâllerinde problem yaratacak niteliktedir. Objektif bağlama kuralı olarak, müşterek millî hukukun tespitine ilişkin, Gerekçenin 22. paragrafında düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, çok vatandaşlık durumuna ilişkin problemler, Avrupa Birliği'nin genel ilkeleri dikkate alınmak kaydıyla, ulusal hukukun çözümüne bırakılmıştır. Dolayısıyla da çok vatandaşlıktan kaynaklanan problemler yeknesak bir çözümden mahrum bırakılmıştır.

Doktrinde, çok vatandaşlığa ilişkin problemin, 5. madde ve 8. madde çerçevesinde uygulanması arasında bir fark olduğunun altı çizilmektedir. Zira 5. madde, taraflardan birinin vatandaşlığından bahsederken; 8. madde, eşlerin müşterek millî hukukunun uygulanmasını düzenlemektedir¹⁰⁷⁵. Diğer yandan, hukuk seçimine ilişkin 5. maddedeki amaç, sıkı ilişki içerisinde olup olmadığı dikkate alınmaksızın, eşlerin hukuk seçimi anlaşması yapmalarını sağlamaktır¹⁰⁷⁶. Nitekim hukuk seçimi imkânının, eşlerin kendi menfaatlerini en iyi şekilde değerlendireceğine duyulan güvene dayanması da bu yorumu destekler niteliktedir. Müşterek millî hukukun belirlenmesinde, sıkı ilişki prensibi yahut mahkemenin vatandaşlığı ise münhasıran bu vatandaşlığın dikkate alınması yönündeki genel prensipler etkili olacak mıdır? Doktrinde, söz konusu problemin çözümü bakımından, müşterek millî hukukun atlanarak bir sonraki basamaktaki mahkemenin hukukunun uygulanması veya yakınlık prensibine uygun olarak “*en etkili ortak vatandaşlığın*” tespit edilerek m. 8/c anlamında dikkate alınması gibi çeşitli öneriler ileri sürülmüştür¹⁰⁷⁷. Ağırlıklı görüş ise Gerekçede belirtilen yaklaşıma da uygun olarak, eğer mahkemenin hukuku, daha sıkı ilişki içerisinde

¹⁰⁷⁴ Lein, s. 902. Bir yıllık sürenin hesaplanması 1182/71 sayılı ve 3 Haziran 1971 tarihli düzenlemenin 3. maddesi uyarınca yapılacaktır. İlgili düzenleme için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1508948370354&uri=CELEX:31971R1182>, (ET. 25.10.2017).

¹⁰⁷⁵ Lein, s. 902.

¹⁰⁷⁶ Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 447.

¹⁰⁷⁷ Anılan problem ve çözüm önerileri hakkında bkz. Franzina, s. 117.

bulunulan ülkenin vatandaşlığını tercih etmekte ise müşterek millî hukukun tespitinde bu vatandaşlığın tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁷⁸.

Bu noktada yapılabilecek en etkili tavsiye ise çok vatandaşlığa sahip olan eşlerin, hukuk seçimi anlaşmasıyla, uygulanacak hukuku kendi iradeleriyle belirlemeleridir. Bu sayede, ulusal hukuklardaki farklılıkların uygulanacak hukuk üzerindeki etkisi minimum düzeyde kalacaktır. Aksi takdirde, bir ülkede müşterek millî hukukun varlığı kabul edilirken, başka bir ülkede sıkı ilişki prensibinin uygulanması neticesinde, müşterek millî hukukunun olmadığı sonucuna varılması ihtimâl dâhilindedir.

Evlenme yoluyla doğrudan kazanılan vatandaşlığın da Roma III Tüzüğü m. 8/c'nin uygulanması bakımından problem yaratacak nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷⁹. Şöyle ki bazı hukuk düzenlerinde kadın evlenmekle kendi vatandaşlığını kaybetmekte ve kocasının vatandaşlığını kazanmaktadır. Cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak görülen bu durum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 21. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırıdır. Roma III Tüzüğü'nün amaçları da göz önüne alındığında, bu şekilde doğrudan kazanılan vatandaşlığın, müşterek millî hukukun tespitinde nazara alınabilmesi, yalnızca kadının kazanılan vatandaşlıkla gerçek bağlantısının olduğu durumlarda mümkündür. Aksi takdirde bu fıkra uygulanmayarak, son fıkra uyarınca mahkemenin hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁸⁰.

4. Mahkemenin Hukuku

Son basamakta hâkime, eşlerin daha sıkı ilişkili olduğu bir devlet hukukunu tayin edip uygulama yetkisi tanıyan “*kaçış hükmüne*” yer verilmemiş, hâkimin kendi hukukunu uygulaması gerektiği hükme bağlanmıştır¹⁰⁸¹. Bu durum, uygulama kolaylığı bakımından avantajlı görülmekle birlikte; Roma III Tüzüğü'nün genel amaçlarından birisi olan *forum shopping*'in önlenmesi açısından sakıncalıdır. Mahkemenin hukuku yerine, hâkime daha sıkı ilişkili hukuku tespit ederek uygulama hakkı tanınmasının daha isabetli olabileceği savunulmaktadır. Nitekim daha sıkı ilişkili yer hukukunun,

¹⁰⁷⁸ Bkz. Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 448’de zikredilen yazarlar.

¹⁰⁷⁹ Lein, s. 902.

¹⁰⁸⁰ Lein, s. 902.

¹⁰⁸¹ Lein, s. 892.

milletlerarası özel hukuk adaletine ve eşler arasındaki eşitliğe daha iyi hizmet edeceği ifade edilmektedir¹⁰⁸².

Gerçekten de her ne kadar lex fori, eşlerin müşterek mutad meskenlerinin veya müşterek millî hukuklarının olmadığı durumlarda uygulanacak olsa da; özellikle müşterek mutad meskeni terk eden eşe, gittiği ülkede bir sene bekledikten sonra dava açarak kendi lehine olabilecek bir hukuk düzenini uygulatma bakımından üstünlük sağlamaktadır¹⁰⁸³. Buna karşın sıkı ilişkili hukuk düzeninin uygulanması yönünde bir hüküm tesis edilseydi, eşlere yakın ortak bir hukukun uygulanması suretiyle milletlerarası özel hukuk adaleti tesis edilebilirdi. Bir örnek ile netleştirmemiz gerekir ise; altı yıldır Londra’da yaşayan ancak bu sırada kocanın Fransa’da çalıştığı ve zaman zaman Paris’te veya Londra’da bir araya gelen Romanyalı bir çift düşünelim. Daha sonra koca Roma’ya taşınır. Kadın ise Romanya vatandaşlığından ayrılarak İngiltere vatandaşlığını kazanır. Koca Roma’da bir yıl yaşadktan sonra boşanma davası açar ise Roma III Tüzüğü 8/d hükmü gereğince, mahkemenin hukuku olarak boşanma davasına İtalyan hukukunun uygulanması gerekir. Oysa görülmektedir ki, çiftler İtalyan hukukuyla yakın bağlantı içerisinde değildir. Kadının İtalyan hukukuyla herhangi bir bağlantısı yoktur ancak boşanma davasında bu hukuk uygulanacaktır. Dolayısıyla da mahkemenin hukukunun bağlama noktası olarak tayin edilmiş olması, milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirme amacına hizmet etmemektedir¹⁰⁸⁴.

C. Ayrılığın Boşanmaya Dönüşmesi Durumunda Uygulanacak Hukuk

Ayrılık kurumuna ilişkin olarak ülkeler nezdinde farklı yaklaşımlar görülmektedir. Ayrılık kurumuna hiç yer vermeyen ülke hukukları olduğu gibi, bazı ülke hukuklarında boşanmanın “küçüğü” gibi kabul edilmekte¹⁰⁸⁵ veya boşanma davasının ön şartı olarak düzenlenmektedir¹⁰⁸⁶. Ayrılığın boşanmaya dönüşmesi noktasında da yeknesak bir uygulama söz konusu değildir. Bazı hukuk düzenlerinde ayrılığın boşanmaya dönüşmesine ilişkin yasal düzenleme olmakla birlikte¹⁰⁸⁷ birçok

¹⁰⁸² Lein, s. 906-907.

¹⁰⁸³ Lein, s. 906-907. Aynı yönde bkz. Tütüncübaşı, “Roma III”, s. 448-449.

¹⁰⁸⁴ Lein, s. 908.

¹⁰⁸⁵ Bkz. İtalyan Medenî Kanunu m. 150 vd.

¹⁰⁸⁶ Lein, s. 909.

¹⁰⁸⁷ Portekiz, Belçika, Danimarka, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Litvanya, İspanya. Bkz. “Commission staff working paper - Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters”,

hukuk düzeninde bu yönde bir düzenleme olmaması sebebiyle, Roma III Tüzüğü’nde ayrılığın boşanmaya dönüşmesi hakkında özel bir hükme yer verilerek, doğabilecek problemlerin en aza indirgenmesi amaçlanmıştır¹⁰⁸⁸.

Ayrılığın boşanmaya dönüşmesi durumunda, taraflarca 5. madde uyarınca aksi kararlaştırılmadığı sürece, yasal ayrılık için uygulanan hukuk, boşanma için de uygulanacaktır (Roma III, m. 9/1). Söz konusu hükümden, eşlerin boşanma ve ayrılık bakımından farklı hukukların uygulanması yönündeki seçimlerinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁸⁹. Ancak taraflar aksini kararlaştırmazlarsa, her iki hukukî kuruma da aynı hukuk düzeni uygulanarak “*uygulanacak hukukta birlik*” sağlanacaktır. Bu sayede, ayrılık davasının boşanma davasına dönüşmesine kadar geçen sürede bağlama noktalarında meydana gelebilecek değişikliklerin, uygulanacak hukuku etkilemesinin önüne geçilerek, hukukî güvenliğin ve istikrarın sağlanması amaçlanmıştır¹⁰⁹⁰.

Ayrılığın boşanmaya dönüşmesine ilişkin olarak, Brüksel IIbis Tüzüğü’nde de özel bir yetki kuralına yer verilmiştir. İlgili hüküm uyarınca, Brüksel IIbis Tüzüğü’nün 3. maddesi saklı kalmak üzere; ayrılık kararı veren üye devlet mahkemesi, kendi hukuku da izin verdiği sürece, söz konusu ayrılığın boşanmaya dönüşmesi davasında da yetkilidir (Brüksel IIbis, m. 5). Bununla birlikte, ayrılık kararı veren mahkeme ile boşanma davasının açıldığı mahkemenin farklı ülkelerde olması da ihtimâl dâhilindedir. Bu durumda dahi, ayrılık kararı veren mahkeme, Roma III Tüzüğü’ne taraf olmayan ve hatta AB üyesi olmayan bir ülkede olsa da; boşanma davasının açıldığı mahkemenin, ayrılık kararında uygulanan hukuku araştırmak zorunda olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹¹.

Taraflar, ayrılık için uygulanan hukukun boşanmaya da uygulanmasını arzu etseler de; ilgili hukuk, ayrılığın boşanmaya dönüşmesini kabul etmiyor olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkemenin hukukunun ayrılığın boşanmaya dönüşmesini kabul etmesinin bir etkisinin bulunmamasıdır. Önemli olan, yasal ayrılık hakkında yetkili olan hukukun, ayrılığın boşanmaya dönüşmesini kabul etmiyor olması veya boşanma yönünde düzenlemeye sahip olmamasıdır. Bu durumda eşler, hukuk seçimi yoluyla boşanmaya uygulanacak hukuku tayin etmezlerse, uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralları (m. 8) uyarınca tespit edilecektir (Roma III, m. 9/2).

{COM(2005)82 final} /* SEC/2005/0331 final */; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52005SC0331>, (ET. 07.09.2017).

¹⁰⁸⁸ Lein, s. 910.

¹⁰⁸⁹ Bayraktaroğlu Özçelik, “*Roma III*”, s. 528.

¹⁰⁹⁰ Lein, s. 910.

¹⁰⁹¹ Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 449.

VII. TAYİN EDİLEN HUKUKUN UYGULANMASI

Roma III Tüzüğü'nün 4. maddesinde, evrensel nitelikte olduğu vurgulanmıştır¹⁰⁹². Buna göre, Tüzük hükümleri uyarınca tespit edilen hukuk, katılan üye devlet hukuku olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmalıdır. Bu anlamda, ister sübjektif ister objektif yöntemle tespit edilmiş olsun, uygulanacak hukuk, katılan bir üye devletin hukuku olabileceği gibi, Türk hukuku gibi AB üyesi olmayan üçüncü bir devletin hukuku dahi olabilir¹⁰⁹³. Belirtmemiz gerekir ki Roma III Tüzüğü'ne katılmayan AB üyesi diğer ülkeler de “*üçüncü*” ülke statüsünde sayılmaktadır.

Roma III Tüzüğü'nde, hukukî kesinliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması amacına uygun olarak atıf açıkça reddedilmiştir¹⁰⁹⁴. Uygulanacak hukuk olarak tespit edilen ülke hukukuna yapılan göndermeler, kanunlar ihtilâfı kurallarına değil, yürürlükteki maddî hukuk hükümlerine yapılmaktadır (*Roma III, m. 11*). Dolayısıyla taraflar arasındaki boşanma veya ayrılık davası, Tüzük uyarınca tayin edilen hukukun maddî hukuk hükümleri uyarınca karara bağlanacaktır.

Eşlerin hukuk seçimi anlaşmalarında, seçtikleri hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarına gönderme yapmaları durumunda, taraf iradesi ile atfın mümkün olabileceği ifade edilmekle birlikte, bunun hukuk seçimi anlaşmasının mantığıyla bağdaşmayacağı da vurgulanmaktadır. Nitekim hukukî kesinliği sağlamak amacıyla hukuk seçimi anlaşması yapan ortalama mâkul iki insanın, iç maddî hukuk dururken

¹⁰⁹² Benzer bir düzenleme, Roma I Tüzüğü'nün 2. maddesinde ve Roma II Tüzüğü'nün 3. maddesinde de bulunmaktadır.

¹⁰⁹³ Uzun süre yurt dışında yaşayan ve özellikle de eşlerin her ikisinin de Türk vatandaşı olduğu durumlarda, hukuk seçimi anlaşması yoluyla Türk hukukunun seçilmesi mümkündür. Böylelikle bulundukları ülke hukukunun daha ağır boşanma şartlarına sahip olması veya alınacak kararın Türkiye'de tanınmayacak nitelikte olması gibi riskler de bertaraf edilebilir.

¹⁰⁹⁴ Lein, s. 926. Yeknesaklaştırma ihtiyacına hizmet etmek üzere hazırlanan milletlerarası sözleşmelerde ve Avrupa Birliği tüzüklerinde atfın dışlanması genel bir kural gibi kabul görmektedir. Roma I Tüzüğü'nün 20. maddesinde, atıf kural olarak reddedilmekle birlikte, Tüzük'te belirtilen istisnai hâller saklı tutulmuştur. Bu bağlamda milletlerarası sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme örnek gösterilebilir (Roma I, m. 7/3-2 ve m. 7/4-b). Diğer örnekler için bkz. Florian **Rödl**, “Article 20- Exclusion of Renvoi”; Rome Regulations Commentary, (Edited by Galf- Peter **Callies**), Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 391-394, p. 392. Doktrinde olası bir Roma 0 düzenlemesinde ise atfa dair genel bir kurala yer verilmesinin isabetli olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk görüş uyarınca, genel bir düzenleme ile atfın reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır. Diğer görüş ise böyle bir dışlamanın uygunsuz olabileceğini ve her düzenlemede spesifik bir hükmün bulunmasının daha mâkul bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir. Söz konusu görüşler için bkz. Jan von **Hein**, “Renvoi in European Private International Law”, General Principles of European Private International Law, (Edited by Stefan **Leible**), Kluwer Law International B.V. (Wolters Kluwer), The Netherlands 2016, pp. 227-275.

yabancı kanunlar ihtilâfı kurallarını tercih etmesinin beklenen bir davranış olmayacağı belirtilmektedir¹⁰⁹⁵.

Son olarak, atfın bir bütün olarak reddedilmesi birçok açıdan eleştirilmektedir. Ulusal hukukların bu denli etkili olduğu aile hukuku ilişkilerinde, atfın kabul edilmesinin özellikle iade atıf durumunda, üçüncü bir ülke hukukunun uygulanması riskini azaltacağından bahisle, *-en azından Miras Tüzüğü'nde olduğu gibi sınırlı bir atıf uygulamasına yer verilmesinin*¹⁰⁹⁶-, milletlerarası karar ahenginin sağlanması ve total hukukî işlemlerin azaltılması açısından faydalı olabileceği savunulmaktadır¹⁰⁹⁷. Diğer yandan, iade atfın kabulünün, hâkimin kendi hukukunu uygulamasındaki kolaylık ve usûl ekonomisi açısından da avantajlı bir durum olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹⁸. Netice itibarıyla, iade atıf yolunun kapatılmış olması, objektif bağlama kuralı bakımından mahkemenin hukukunun uygulanmasına imkân sağlayan düzenlemeler karşısında, olumsuz bir gelişme olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁹⁹.

VIII. BÖLGELERARASI VE ŞAHISLARARASI KANUNLAR İHTİLAFI SORUNLARININ ÇÖZÜMÜ

Bölgelerarası kanunlar ihtilâfına ilişkin problemlerin çözümü, Roma III Tüzüğü'nün 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla bölgesel birimden oluşan bir ülkenin, söz konusu bölgesel birimlerin her birinin farklı hukuk sistemine sahip olması veya Roma III Tüzüğü'nün kapsamına giren konularda farklı kurallara sahip olması durumunda;

a) bu Tüzük uyarınca uygulanacak hukukun tespiti amacıyla, yukarıda tanımlanan ülke hukukuna yapılan herhangi bir gönderme, ilgili bölgesel birimde yürürlükte olan hukuk olarak;

b) mutad meskene yapılan herhangi bir gönderme, böyle bir ülkedeki bölgesel birimlerden birindeki mutad mesken olarak;

¹⁰⁹⁵ Lein, s. 928.

¹⁰⁹⁶ 650/2012 sayılı Mirasa Uygulanacak Hukuka Dair Tüzük'te belirli durumlarda atfın varlığı açıkça kabul edilmiştir (m. 34). Söz konusu maddede, AB üyesi ülkelerin dâhil olduğu ilişkilerde atıf reddedilirken, üçüncü ülkelerle bağlantısı olan ilişkilerle sınırlı olmak üzere atfa izin verilmektedir. Söz konusu hükmün amacı, üçüncü ülke hukukunun lex foriye iade atıf yaptığı durumlarda AB üyesi ülke hukukunun uygulanması ve uluslararası yeknesaklığın sağlanması olarak açıklanmaktadır (Lein, s. 927).

¹⁰⁹⁷ Lein, s. 928-929.

¹⁰⁹⁸ Tütüncübaşı, "Roma III", s. 450.

¹⁰⁹⁹ Tütüncübaşı, "Roma III", s. 450.

c) vatandaşlığa yapılan herhangi bir gönderme, söz konusu ülkenin hukuku uyarınca tespit edilen bölgesel birim veya ilgili kuralların bulunmaması durumunda taraflarca seçilen bölgesel birim veya böyle bir seçimin yapılmamış olması durumunda eş ya da eşlerin en yakın irtibatlı bulundukları bölgesel birim olarak yorumlanacaktır.

Roma III Tüzüğü'nün kapsamına giren konularda, farklı gruptaki kişiler bakımından iki veya daha fazla hukuk sistemine sahip olan veya farklı kurallar dizisi öngören ülkeler bakımından ise şahıslararası kanunlar ihtilâfi probleminin varlığı kabul edilmiştir. AB kanunlar ihtilâfi hukuku bakımından bir yenilik olarak ilk defa söz konusu sorunun çözümüne ilişkin bir düzenleme getirilmiştir¹¹⁰⁰. Roma III Tüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca, ilgili ülke hukukuna yapılan herhangi bir gönderme, söz konusu ülkede yürürlükte olan kurallar uyarınca tayin edilen hukuk sistemi olarak anlaşılacaktır. Bu tarz kuralların bulunmaması ihtimâlinde ise eş ya da eşlerin en yakın irtibatlı bulundukları hukuk uygulama alanı bulacaktır. Bölgelerarası kanunlar ihtilâfi kuralından farklı olarak, eşlere tercih hakkı tanınmamıştır.

Son olarak, Roma III Tüzüğü'nün 16. maddesinde, katılan üye ülkelerin bölgelerarası ve şahıslararası kanunlar ihtilâfi problemlerine ilişkin Tüzük hükümlerini, dâhili kanunlar ihtilâfi problemlerinde uygulama zorunluluklarının bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir.

IX. ROMA III TÜZÜĞÜ'NDEKİ KORUMA MEKANİZMALARI

Roma III Tüzüğü de evrensel nitelikte olması sebebiyle, Tüzük hükümleri uyarınca tayin edilen hukukun, AB'nin ortak değerlerine uygun olmayan kurallara sahip olması riski göz önünde tutularak, Roma III Tüzüğü'nde bazı koruma tedbirleri düzenlenmiştir¹¹⁰¹. Bu kapsamda, yetkili yabancı hukukun uygulanmasını etkileyen üç hüküm bulunmaktadır. İlk olarak, Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesinde, yetkili yabancı hukukun boşanmayı düzenlememiş olması veya eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapması durumunda, hâkimin hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere, bu düzenlemenin hukukî niteliğine dair doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinde ise klasik bir kamu düzeni hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, yetkili

¹¹⁰⁰ Şahıslararası kanunlar ihtilâfi problemine ilişkin olarak, Roma I Tüzüğü ve Roma II Tüzüğü'nde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır (Franzina, s. 120).

¹¹⁰¹ Bayraktaroğlu Özçelik, "Roma III", s. 523.

yabancı hukukun bir hükmünün uygulanmasının hâkimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, söz konusu hüküm uygulanmayacaktır. Son olarak Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesinde, katılan üye devletlerin kendi hukuku uyarınca boşanma davasına konu olan evliliği geçerli saymadığı durumlarda, söz konusu boşanma davasını, Tüzük hükümleri ile bağlı olmaksızın karara bağlama yetkisi tanınmıştır.

Söz konusu düzenlemelerin ortak amacı, hâkimin hukukunun temel değerlerinin ve toplumsal menfaatlerin korunmasıdır¹¹⁰². Bu anlamda hâkime hem yetkili yabancı hukuku bertaraf etme yetkisi hem de Roma III Tüzüğü'nü uygulamaktan kaçınma imkânı tanınmıştır. Belirttiğimiz hükümler, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Yetkili Yabancı Hukukun Maddî İçeriği Sebebiyle, Mahkemenin Hukukunun Doğrudan Uygulanması

Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi ile aşağıda göreceğimiz iki durumda, hâkimin, yetkili yabancı hukuku bir bütün olarak bertaraf ederek, kendi hukukunu uygulayacağı hükme bağlanmıştır. Bu noktada hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır¹¹⁰³. Bu bağlamda, söz konusu hükmün niteliği de aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

1. Yetkili Yabancı Hukukta Boşanmaya İlişkin Hüküm Bulunmaması

Roma III Tüzüğü'nün hukuk seçimine ilişkin 5. maddesi veya objektif bağlama kurallarını düzenleyen 8. maddesi uyarınca tayin edilen yetkili yabancı hukukun, boşanmaya ilişkin hüküm içermemesi durumunda, mahkemenin hukuku uygulanacaktır (*Roma III, m. 10/ c. 1*). Söz konusu hüküm ile tayin edilen yetkili hukuk yerine, *lex fori* uygulanarak, eşlerin '*boşanma hakkı*' korunmaktadır¹¹⁰⁴. Madde metninde yalnızca boşanmadan bahsedilmesi sebebiyle, '*yasal ayrılık hakkının*' korunması söz konusu

¹¹⁰² Lein, s. 917.

¹¹⁰³ Kruger, "*Rome III*", s. 13.

¹¹⁰⁴ Lein, s. 916-917. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde açıkça düzenlenen evlenme hakkının, boşanma hakkını da kapsayıp kapmadığının, özellikle de yeniden evlenme hakkı bağlamında tartışılabileceği ifade edilmektedir (Coester – Waltjen, s. 71-72). Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12. maddenin üye devletlere "*bireylere boşanma hakkı sağlama*" noktasında bir yükümlülük getirmediğini ifade etmiştir (Bkz. *Johnston v Ireland*, App No 9697/82, 18 December 1986). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Nalbant/ Doğru, s. 549-553.

değildir¹¹⁰⁵. Eğer eşler yasal ayrılığa ilişkin bir garanti istiyorlarsa, Roma III Tüzüğü'nün 5. maddesi uyarınca hukuk seçimi anlaşması yaparak bunu temin etmeleri mümkündür¹¹⁰⁶.

Tayin edilen devlet hukukunun AB üyesi ülkelerden biri olması durumunda, boşanmaya ilişkin hüküm içermemesi problemi ile karşılaşılmayacaktır. Zira boşanma kurumunu kabul etmeyen son AB üyesi olan Malta, 2011 yılında yapılan kanun değişikliği ile boşanmayı yasal olarak düzenlemiştir¹¹⁰⁷. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere Roma III Tüzüğü evrensel niteliktedir ve boşanmayı kabul etmeyen bir ülke hukukunun uygulanacak hukuk olarak tayin edilmesi mümkündür. Günümüzde ülkelerin çoğu boşanmayı kabul etmekle birlikte, istisnai olarak boşanma kurumuna yer vermeyen hukuk düzenleri de bulunmaktadır. Örneğin, boşanma yasağıyla bilinen Filipinler ve Vatikan'da yalnızca evliliğin iptali mümkündür. Bu gibi ülkelerin uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesi durumunda, boşanmanın tamamen engellenmesi riskini bertaraf etmek ve boşanma hakkını güvence altına almak amacıyla, hâkime kendi hukukunu uygulama yetkisi tanınmıştır.

Ender görülecek bir durum olmakla birlikte, eşlerin evlilik öncesi anlaşmalarında potansiyel bir boşanmayı engellemek amacıyla, karşılıklı bilinçle (*dinî sebeplerle olabilir*) veya eşlerden birinin bu yöndeki kastı sonucunda, boşanmayı kabul etmeyen bir ülke hukukunu uygulanacak hukuk olarak tayin etmeleri mümkündür. Bu gibi durumlarda da 10. maddenin sağladığı imkân ile hâkimin hukuku, hukuk seçimi anlaşmasına üstün tutularak, her hâlükârda boşanma hakkı sağlanmaktadır¹¹⁰⁸. Ancak elbette ortalama mâkul iki insanın, bu şekilde hukuk seçimi anlaşması yapması pek mümkün görünmemektedir.

Hukuk seçimi anlaşmasının olmadığı durumlarda, boşanma hükmü ihtiva etmeyen bir ülke hukukuna denk gelme ihtimâlî daha yüksek olmakla birlikte, uygulamada yine de çok karşımıza çıkacak bir durum değildir. Örneğin, uzun süre Vatikan'da veya Filipinler'de birlikte yaşayan eşlerden biri, başka bir ülkeye taşınarak

¹¹⁰⁵ Birçok ülkede ayrılık kurumunun düzenlenmediği nazara alındığında, bu durum mâkul görülmelidir. Ayrılık kurumunu kabul eden ülkelerde dahi ayrılığın hukuksal bir kurum olarak korunmaya değer olup olmadığı noktasında görüş birliği söz konusu değildir. Elbette eşler kesin bir şekilde ayrılma isteğinde tereddüt yaşıyorlarsa ayrılık kararı ortak hayatın yeniden tesisine hizmet edecektir. Ancak “*çökmüş*” bir evlilikte sabırla bir süre daha beklemek zorunda kalmak taraflar açısından gereksiz bir külfet yüklemektedir.

¹¹⁰⁶ Lein, s. 922-923.

¹¹⁰⁷ Malta Civil Code (Amendment) Act Art. 1/2, Government Gazette Malta n. 18784, (29 July 2011).

¹¹⁰⁸ Lein, s. 922.

bir yıl geçmeden burada boşanma davası açarsa, Roma III Tüzüğü m. 8/b gereğince, son müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması gerekecektir. Ancak ilgili ülkelerde boşanma müessesesi olmaması sebebiyle; Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi uyarınca, doğrudan mahkemenin hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Son olarak doktrinde bir görüş uyarınca, bu hükmün işlevselliğini arttırmak ve eşcinsel boşanmalara imkân tanıyabilmek amacıyla, “*boşanmaya ilişkin hüküm bulunmaması*” ifadesinin, “*eşcinsel boşanmalara ilişkin hüküm bulunmaması*” şeklinde yorumlanabileceği savunulmaktadır¹¹⁰⁹. Ancak söz konusu hüküm, Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesi ve Gerekçenin 26. paragrafı ile birlikte yorumlandığında, böyle bir iddianın desteklenmesi mümkün değildir¹¹¹⁰.

2. Yetkili Yabancı Hukukta Eşler Arasında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Olması

Yetkili yabancı hukukun, eşler arasında cinsiyete dayalı olarak boşanma veya ayrılık hakkına ilişkin eşit imkânlar sağlamaması durumunda, mahkemenin hukuku uygulanacaktır (Roma III, m. 10/ c. 2). Söz konusu düzenleme ile ‘*eşler arasında ayrımcılık olmaksızın boşanma ve ayrılık hakkı*’ korunmaktadır¹¹¹¹. Yukarıda belirttiğimiz üzere, Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi ile yasal ayrılık hakkı korunmamakla birlikte, yasal ayrılığa ulaşma hakkı bakımından da eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması istenen bir durum değildir. Dolayısıyla eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılık olması, hem boşanma hem de ayrılık kararı için lex fori'nin uygulanması sonucunu doğuracaktır. Ancak hâkimin hukukunda yasal ayrılığa ilişkin düzenleme yoksa ne yapılacağına dair herhangi bir düzenleme yoktur. Doktrinde bir görüşe göre, bu gibi durumlarda hâkimin esnek bir yaklaşım sergileyerek, boşanmaya ilişkin hükümleri kıyasen uygulayabileceği ifade edilmektedir¹¹¹². Ancak kanaatimizce, Roma III Tüzüğü'nün yasal ayrılık hakkını korumak gibi bir gâyesi

¹¹⁰⁹ Franzina, s. 1239.

¹¹¹⁰ Lein, s. 921.

¹¹¹¹ Eşlere karşı eşit muamele yükümlülüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde de farklı uyuşmazlıklar kapsamında gündeme gelmiştir. Bu kararlarda özellikle, 7. protokolün 5. maddesi ile AIHS m. 8 ve m. 14 birlikte değerlendirilmiştir (Coester – Waltjen, s. 73). Örneğin, aile adının önünde önceki soyadının kullanmasına izin vermeyen ve diğer bir örnekte de eşlere aile adını seçme hakkı noktasında eşit imkân tanımayan İsviçre hukukunun, belirttiğimiz hükümleri ihlâl ettiğine hükmedilmiştir (Bkz. *Losonci, Rose and Rose v. Switzerland*, App no 664/06, 9 November 2010; *Burghartz v Switzerland*, App no 16213/90, 22 February 1994).

¹¹¹² Lein, s. 924.

olmadığı, buradaki susmanın bilinçli olduğu ve birçok hukuk düzeninde ayrılığa ilişkin hüküm bulunmadığı dikkate alındığında; hâkime, bu şekilde bir kıyas yaparak illa ki ayrılığa dair karar verme yükümlülüğü getirilmesi zorlama bir yorumdur.

Eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması, temel ilkelerden biri olan ayrımcılık yasağının ihlâli niteliğinde olmakla birlikte, önemi sebebiyle ayrıca ve açıkça hükme bağlanarak, kadın-erkek eşitliği ilkesine saygı garanti altına alınmıştır¹¹¹³. Böylelikle kamu düzeni ihlâli değerlendirilmesi yapılmasına gerek duyulmaksızın, cinsiyete dayalı ayrımcılık durumunda, tayin edilen hukukun uygulanması “doğrudan” bertaraf edilmektedir¹¹¹⁴. Ancak hangi durumların ayrımcılık niteliğinde sayılacağı veya boşanma ve ayrılığa “eşit ulaşma imkânından” ne anlaşılması gerektiği noktasında, Tüzük’te de doktrinde de detaylı bir açıklama bulunmamaktadır¹¹¹⁵. Bununla birlikte; bariz bir ayrımcılık örneği olarak, eşlerden birine tek taraflı iradesiyle boşanma yetkisi tanınması bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, İslâm hukukundaki “talâk” ve Yahudi hukukundaki “get” usûlü ile boşanma, Roma III Tüzüğü’nün 10. maddesine aykırı olacak niteliktedir. Diğer yandan boşanma sebepleri noktasında da eşlerden birine geniş serbesti sağlarken, diğerine yalnızca belirli sıkı koşullar altında boşanma hakkı tanıyan düzenlemeler de cinsiyete dayalı ayrımcılık örnekleri olarak görülebilir¹¹¹⁶. Dolayısıyla hem boşanmaya ilişkin usûlde hem de boşanma sebepleri ve şartlarında eşler arasında tam bir eşitlik aranmaktadır¹¹¹⁷.

Eşler arasındaki eşitsizliğin yabancı hukuk düzeninde soyut olarak var olması, yetkili yabancı hukukun bertaraf edilmesi için yeterlidir. Söz konusu eşitsizlik, somut olay açısından eşler arasında gerçek bir ayrımcılığa sebebiyet vermese dahi; yetkili yabancı hukuk, ayrımcı bir karakterde olması sebebiyle uygulanmayacaktır¹¹¹⁸. Buna

¹¹¹³ Viarengo, s. 549. Cinsiyete dayalı ayrımcılık hakkında genel bir değerlendirme hakkında bkz. Sevi **Bakım**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan – C. III, MÜHFHAD – Özel sayı, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 3191-3219.

¹¹¹⁴ Gerekçenin 24. paragrafının son cümlesinde, belirli durumlarda hâkimin hukukunun uygulanmasının, kamu düzeni hükmünü etkilememesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu cümlelerin, 12. madde ile birlikte yorumlanması gerektiği, 12. maddedeki kamu düzeni müdahalesinin, örneğin cinsiyetten başka sebeplerle ayrımcılığa yol açması durumlarında uygulanacağı belirtilmektedir (Lein, s. 918).

¹¹¹⁵ Lena- Maria **Möller**, “No Fear of Talâq: A Reconsideration of Muslim Divorce Laws in Light of the Rome III Regulation”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, No. 3, December 2014, pp. 461-489, p. 462.

¹¹¹⁶ Möller, s. 465. Örneğin, Fas Aile Kanunu (*Moroccan Family Code of 2004*) uyarınca, kadının boşanma davası açma hakkı olmakla birlikte, yalnızca evlilikten doğan sorumlulukların ağır ihlâli gibi belirli sebeplerle boşanmayı talep etmesi mümkündür. Diğer durumlarda boşanmayı talep edebilmesi, kocasının iznine bağlıdır (Viarengo, s. 550).

¹¹¹⁷ Viarengo, s. 549.

¹¹¹⁸ Lein, s. 923.

karşılık doktrinde, somut olayın değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin, yetkili hukuk kadına boşanma hakkı tanımamakla birlikte, eğer kadın bu durumdan zarar görmüyorsa veya aleyhine bir durum söz konusu değilse, doğrudan 10. madde gereğince hâkimin hukukunu uygulamaya gerek olmadığı ifade edilmektedir¹¹¹⁹. Diğer yandan, yetkili yabancı hukukun bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹¹²⁰. Bu noktada, Fas hukuku örnek gösterilerek, ilgili hukukta talâk usûlü de bir boşanma yöntemi olmakla birlikte; eşlerin eşit boşanma imkânına sahip olduğu “*chîqâq*” (Fas Aile Kanunu, m. 97) olarak adlandırılan bir yöntemin de olduğu veyahut erkeğin karısına boşanma hakkı sağlayabileceği başka bir usûlün daha düzenlendiği belirtilmektedir. Eğer somut olayda, eşler Fas hukukunu seçmişlerse, sırf bu hukukta talâk usûlünün de düzenlenmiş olmasından bahisle; Roma III Tüzüğü’nün 10. maddesinin devreye girmeyeceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, eğer yetkili yabancı hukukta kabul edilen tek boşanma usûlü talâk ise 10. madde uygulama alanı bulacaktır¹¹²¹.

Hukuk Savcısı A.G. Saugmandsgaard ise C- 372/16 sayılı dava ile ilgili görüşünde, eşitsizliğin yabancı hukuk düzeninde soyut olarak var olmasının yeterli olduğunu ifade etmiştir¹¹²². Yukarıda özel boşanmalar başlığı altında incelediğimiz üzere, Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, AB Adalet Divanı’na bu tarz boşanmaların Roma III Tüzüğü’nün kapsamında olup olmadığına ilişkin başvuruda bulunmuştur. Özel boşanmaların kapsam dâhilinde kabul edilmesi durumunda ise bu tarz boşanmalar için Roma III Tüzüğü’nün 10. maddesinin nasıl uygulanacağına dair sorular yöneltilmiştir. Bu bağlamda ilk olarak, 10. maddenin müdahalesi için, Tüzük hükümleri uyarınca tayin edilen yetkili yabancı hukukun soyut olarak eşler arasında usûl hukuku veya maddî hukuk anlamında, ayrımcı karakterde olması yeterli midir? Yoksa normun müdahalesi, soyut olarak ayrımcılık yapan yabancı hukukun uygulanmasının münferit olayda somut olarak ayrımcılık yapmasına mı bağlıdır? İkinci soru ise; eğer somut uyuşmazlıktaki ayrımcılık araştırılıp dikkate alınacaksa, ayrımcılığa uğrayan eşin boşanmaya rızasının olması (*denkleştirme bedelini kabul etmesi gibi*); Roma III Tüzüğü’nün 10. maddesinin uygulanmaması yönünde bir imkân sağlar mı?

¹¹¹⁹ Bkz. Tütüncübaşı, “*Roma III*”, s. 449-450, dn. 68’de zikredilen yazarlar.

¹¹²⁰ Kruger, “*Rome III*”, s. 13-14.

¹¹²¹ Kruger, “*Rome III*”, s. 13-14.

¹¹²² Bkz. Saugmandsgaard, pr. 68-104.

AB Adalet Divanı, nihai kararında, özel boşanmaların Roma III Tüzüğü'nün kapsamında olmadığı sonucuna varması sebebiyle, Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesinin nasıl uygulanacağına dair soruları yanıtızsız bırakmıştır. Hukuk Savcısı Saugmandsgaard da özel boşanmaların Tüzük kapsamında yorumlanmasına olumsuz yaklaşmakla birlikte, 10. maddenin uygulanmasına ilişkin usûlü genel olarak yorumlamıştır. Bu bağlamda, yetkili yabancı hukukun sadece somut olarak *-münferit olayın özellikleri açısından-* ayrımcılığa sebebiyet vermesinden dolayı değil; soyut olarak *-yabancı hukukun içeriği itibarıyla-* bir ayrımcılığa sebebiyet vermesi durumunda da başvurulacak mahkemenin hukukunun uygulanacağını ifade etmiştir¹¹²³. İkinci soru açısından ise 10. maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde, ayrımcılık yapılan eşin boşanmaya razı olmasının veya sonuçlarını kabul etmesinin, başvurulacak mahkemenin hukukunun müdahalesini engellemeyeceği görüşünde olduğunu belirtmiştir¹¹²⁴.

3. Mahkemenin Hukukunun Doğrudan Uygulanmasının Değerlendirilmesi

Doktrinde, Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesinin niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar özel bir kamu düzeni hükmü olduğunu savunmaktadır¹¹²⁵. Buna karşılık doğrudan uygulanan kural niteliğinde sayılması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır¹¹²⁶. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi, milletlerarası özel hukukun klasik (*mutat*)

¹¹²³ Saugmandsgaard, pr. 89.

¹¹²⁴ Saugmandsgaard, pr. 104 ve pr. 105/2. Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesinin yorumlanmasına ilişkin olarak, 25 Mart 2019 tarihinde Bükreş Mahkemesi (*Romanya*) tarafından da AB Adalet Divanı'na başvuru yapılmıştır. Bkz. *“Request for a preliminary ruling from the Tribunalul București (Romania) lodged on 25 March 2019”* — JE v KF, (Case C-249/19); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1581946596307&uri=CELEX:62019CN0249>, (ET. 13.12.2019). Hukuk Savcısı Tanechev'in 26 Mart 2020 tarihinde yayımlanan görüşü için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224738&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=954113>, (ET. 27.03.2020). AB Adalet Divanı'nın 16 Temmuz 2020 tarihinde verdiği karar için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228679&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9733170>, (ET. 18.07.2020).

¹¹²⁵ Helms, FamRZ 2011, s. 1765, 1772; Wolfgang **Hau**, Zur Durchführung der Rom III- Verordnung in Deutschland, FamRZ 2013, s. 249, 254; (Lein, s. 918, naklen).

¹¹²⁶ Winkler von Mohrenfels, s. 8; (Lein, s. 918, naklen). Ayrıca bkz. Gössl, s. 71, dn. 39'da zikredilen yazarlar.

kavramlarıyla örtüşmemektedir¹¹²⁷. Kanaatimizce, Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesindeki düzenleme, ne tam olarak klasik kamu düzeni anlayışına ne de doğrudan uygulanan kuralların yapısına uygundur. Somut olay hakkında değerlendirme yapılmaksızın lex fori'nin uygulanması itibarıyla doğrudan uygulanan kurallara yakın görülmekle birlikte, 10. madde kapsamında yabancı hukuk hiç araştırılmaksızın doğrudan hâkimin hukukunun uygulanması söz konusu değildir. Dolayısıyla 10. maddenin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yetkili yabancı hukukta, cinsiyete dayalı ayrımcılık olması durumunda hâkimin hukuku uygulanmaktadır. Bu yönüyle kamu düzeni müdahalesine yakın olmakla birlikte, ayrımcılığın soyut olarak da var olmasının yeterli görülmesi ve yabancı hukukun bir bütün olarak dışlanması sebebiyle, kamu düzeni müdahalesiyle de tam olarak bağdaştığı söylenemez. Ayrıca kamu düzeni müdahalesinde olduğu gibi, hâkimin hukuk düzeni ile herhangi bir bağlantısının varlığı da aranmamaktadır¹¹²⁸. Neticede, Roma III Tüzüğü'nün en önemli amaçlarından birinin, eşler arasında eşitliğin sağlanması olduğu dikkate alındığında, ister hukuk seçimi yoluyla ister objektif bağlama kurallarıyla tayin edilsin, ayrımcılık yapan hukukun bu şekilde tamamen dışlanması kendine has bir koruma mekanizması olarak görülmelidir.

Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesinin niteliği konusunda tartışmalar olduğu gibi, lex fori'nin bu şekilde bariz bir müdahale ile üstün tutulması ve uygulanacak yetkili yabancı hukukun bir bütün olarak dışlanması da eleştirilmektedir¹¹²⁹. Bu durum, özellikle de Avrupa'da ikamet eden Müslümanlara karşı ayrımcılık olarak görülmekte, “*iyi hukuk*” olarak görülen AB hukuku ile “*kötü hukuk*” olarak nitelendirilen İslâm hukuku arasındaki ayrımı da derinleştireceği kaygısını beraberinde getirmektedir¹¹³⁰. Bu bağlamda, hatalı olarak, milletlerarası özel hukuk adaletinin, maddî hukuk adaletinden önde geldiği göz ardı edilmektedir. Nitekim bilindiği üzere, milletlerarası özel hukukun temel amacı, en iyi hukuku bulmak değildir. Uygulanacak hukukun tespitinde, taraflardan birisine üstünlük tanımadan, ilişkinin sıkı irtibatlı olduğu ülke hukukunu tespit etmektir. Ayrıca AB üyesi ülkelerin mahkemelerinden alınan boşanma

¹¹²⁷ Gössl, s. 71. Dahası, söz konusu kuralın, geleneksel milletlerarası özel hukuk kurallarından ziyade, somut hedefler ve politikalar güden AB milletlerarası özel hukukunun amaçlarına ve değişen anlayışına iyi bir örnek teşkil ettiği ifade edilmektedir (Gössl, s. 71).

¹¹²⁸ Möller, s. 465.

¹¹²⁹ Lein, s. 917 ve s. 923.

¹¹³⁰ Möller, s. 466.

hükümlerinin, birçok Müslüman ülkede tanınması noktasında da sıkıntılar yaşanacağı ifade edilmektedir¹¹³¹.

B. Kamu Düzeni Müdahalesi

Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinde, hâkime, kendi hukukunun temel prensiplerini ve değerlerini koruma imkânı sağlayan klasik bir kamu düzeni hükmüne yer verilmiştir¹¹³². Söz konusu hükme göre, Tüzük hükümlerine istinaden tayin edilen hukukun bir hükmünün uygulanması, yalnızca hâkimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda reddedilebilir¹¹³³. Gerekçenin 25. paragrafında, kamu düzeni müdahalesinin ancak istisnai durumlarda uygulanacağı vurgulanmıştır. Roma III Tüzüğü'nün yeknesaklaştırma amacı da dikkate alındığında, kamu düzeni müdahalesinin oldukça sınırlı bir şekilde ve istisnai olarak uygulanması gerektiği aşikârdır. Diğer yandan yabancı hukukun soyut olarak kamu düzenine aykırı olması yeterli değildir. Somut uyuşmazlıkta yetkili olan yabancı hukuktaki ilgili hükmün, uygulanması neticesinde ulusal değerlere açıkça bir aykırılık söz konusu ise ilgili hüküm bertaraf edilebilir¹¹³⁴.

Avrupa Birliği düzenlemelerine bakıldığında kamu düzenine ilişkin yeknesak “*Avrupalaşmış*” bir yaklaşım bulunmamaktadır. Kamu düzeni anlayışı, her ne kadar AB hukukunun temel değerlerinden ve uluslararası hukuktan etkilense de hâkimin hukukunun millî değerleri ile şekillenmekte ve iç hukukun bir parçası olarak görülmektedir¹¹³⁵. Dolayısıyla kamu düzenine açıkça aykırılık durumunun değerlendirilmesi, ülkeden ülkeye farklılıklar arz etmektedir¹¹³⁶. Dahası kamu düzeni değerlendirmesinin hâkimin takdir yetkisinde olmasının doğal bir sonucu olarak, aynı ülkede dahi farklı kamu düzeni değerlendirmelerinin yapılması mümkündür.

¹¹³¹ Möller, s. 466.

¹¹³² Marianne Roth, “Article 12-13” and “Article 17-18”; Rome Regulations Commentary, (Edited by Graf- Peter Calliess), Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 930-950; pp. 955-962, p. 930. Söz konusu hüküm, “*catch-all exception*” (torba istisna) şeklinde de nitelendirilmektedir (Kruger, “*Rome III*”, s. 15).

¹¹³³ Bu yaklaşım, Roma I Tüzüğü'nün 21. maddesi ve Roma II Tüzüğü'nün 26. maddesindeki kamu düzeni hükümleri ile benzer niteliktedir.

¹¹³⁴ Möller, s. 464.

¹¹³⁵ Roth, s. 932.

¹¹³⁶ Örneğin, Fas Aile Kanunu, İspanya mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta (*Audiencia Provincial Logroño*, 7.4.2014- 108/2014) kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmiştir. Buna karşılık, aynı kanun, İtalyan mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta (*Tribunale Firenze*, 9.5.2014) kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilmemiştir (Viarengo, s. 549-550).

Roma III Tüzüğü kapsamında, kamu düzeninin yalnızca olumsuz etkisi düzenlenmiştir. Uygulanacak hukukun bertaraf edilmesi neticesinde, bu hüküm yerine somut uyuşmazlığın çözümü için hangi devlet hukukunun uygulanacağına ilişkin açık bir düzenleme getirilmemiştir. Kamu düzeninin olumlu etkisinin düzenlenmemiş olması sebebiyle, söz konusu boşluğun hâkimin hukukunda kabul edilmiş yaklaşım uyarınca doldurulması gerektiği belirtilmektedir¹¹³⁷.

Kamu düzeni hükmünün, Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi ile ilişkisini incelediğimizde, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yetkili yabancı hukukun boşanmaya ilişkin hüküm içermemesi veya eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılık olması durumunda, 10. madde öncelikle uygulanacaktır. Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinin uygulanması, 10. maddenin kapsamına girmeyen durumlarda mümkündür. Örneğin, yetkili yabancı hukuk boşanmaya izin vermekle birlikte somut olaya özgü olarak, boşanmanın haksız bir şekilde reddedilmesi söz konusu ise veya kabul edilemez derecede katı boşanma şartları öngörülüyorsa, bu gibi durumlarda kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir¹¹³⁸. Eşler arasında cinsiyetten başka bir sebebe binaen yapılan ayrımcılıklar da kamu düzeni müdahalesiyle önlenebilecektir. Her hâlükârda, kamu düzeni müdahalesinin istisnai özelliği unutulmadan, somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi neticesinde açıkça bir aykırılık tespit edilirse ancak bu durumda, yetkili yabancı hukukun uygulanmayacağına dikkat edilmelidir¹¹³⁹.

C. Roma III Tüzüğü'nü Uygulamaktan Kaçınma Hakkı

Millî hukuktaki farklılıklar başlığını taşıyan Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesi, hâkime iki durumda Tüzük hükümleri uyarınca boşanmaya karar vermekten kaçınma hakkı tanımıştır. İlk olarak katılan üye ülke mahkemesinin, kendi hukukunda boşanma hakkı tanımaması durumu düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, Roma III Tüzüğü'nün hazırlık sürecinde, Malta'nın hukukî durumu düşünülerek hazırlanmıştı¹¹⁴⁰. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi Malta'nın da boşanma kurumunu kabul etmesi ile birlikte söz konusu hükmün bir anlamı kalmamıştır.

¹¹³⁷ Franzina, s. 125.

¹¹³⁸ Roth, s. 934.

¹¹³⁹ Tütüncübaşı, "Roma III", s. 451.

¹¹⁴⁰ Roth, s. 945.

İkinci durum ise hâkimin kendi hukuku uyarınca boşanma davasına konu olan evlenmenin geçerli olmadığı sonucuna varmasıdır. Evliliğin geçersiz sayılması meselesi, özellikle eşcinsel evlilikleri henüz yasal olarak kabul etmeyen ülkelerde boşanma dava açılması durumunda sorun yaratacak niteliktedir. Bu durumda hâkim, boşanmayı Tüzük hükümleri uyarınca karara bağlamak zorunda değildir. Bu noktada, hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Roma III Tüzüğü uyarınca boşanmaya karar verme yükümlülüğü olmamakla beraber, uygulanmasına engel bir düzenleme de söz konusu değildir¹¹⁴¹.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, evliliğin geçersizliğinin ön sorun olarak gündeme gelmesi meselesi, Roma III Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılarak, ulusal hukukların çözümüne terk edilmiştir. Ön sorun hususunda yeknesak bir düzenleme olmaması sebebiyle, hâkimin hukukunda kabul gören çözüm yöntemi uyarınca evliliğin geçerliliğinin tespitine uygulanacak hukuk belirlenecektir¹¹⁴².

§3. MÖHUK UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUK

Boşanma ve ayrılık kavramlarının mahiyeti ve uygulanması noktasında, hukuk düzenlerinde farklı sistemler kabul edilmiştir. Söz konusu yöntemlerin “boşanma” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği esas itibarıyla bir vasıflandırma problemi olarak lex fori'ye tâbi olmakla birlikte; milletlerarası özel hukuk açısından boşanma kavramının, Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen boşanma kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olduğu unutulmadan değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁴³.

Boşanma ve ayrılığa uygulanması muhtemel bağlama kuralları; eşlerden birinin millî hukuku, yerleşim yeri veya mutad meskeni olabileceği gibi; müşterek millî hukuk, yerleşim yeri hukuku veya mutad mesken hukuku ya da belirli bir süre birlikte yaşadıkları yer hukuku yahut lex fori de olabilir¹¹⁴⁴. Bu bağlama noktalarından hangisinin tercih edileceği tamamen kanunkoyucunun takdir yetkisindedir. Bununla

¹¹⁴¹ Tütüncübaşı, “Roma III”, s. 437.

¹¹⁴² Olası bir Roma 0 Tüzüğünde, ön soruna ilişkin genel bir kurala ihtiyaç olup olmadığı ve ulusal hukukların bu konuda yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gerald Mäsch, “Preliminary Question”, General Principles of European Private International Law, (Edited by Stefan Leible), Kluwer Law International B.V. (Wolters Kluwer), The Netherlands 2016, pp. 101-117.

¹¹⁴³ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 39-40.

¹¹⁴⁴ Boşanmaya uygulanacak hukuka dair mukayeseli hukuktaki ilk görüşler ve 1330 tarihli Muvakkat Kanun dönemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sakmar, s. 91-170.

birlikte, evlilik gibi ortak hayatı bu denli etkileyen bir ilişkinin son bulmasında, müşterek bağlama kriterlerine öncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır¹¹⁴⁵. Zira boşanma gibi eşit kişiler arasındaki ihtilâflarda, haklı bir sebep olmaksızın taraflardan birinin hukukuna öncelik veya üstünlük tanınması kabul edilebilir bir yaklaşım değildir¹¹⁴⁶. Benzer şekilde hâkimin hukukuna üstünlük tanınması, tesadüfî ve keyfî olması sebebiyle reddedilmektedir¹¹⁴⁷. Bu sebeplerle, boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralları düzenlenirken, genellikle eşlerin müşterek millî hukuku veya müşterek mutad mesken hukuku bağlama noktası olarak tayin edilmektedir.

Aşağıda MÖHUK uyarınca bağlama kuralı tespit edildikten sonra, özellik gösteren durumlar ile bağlama kuralının uygulama alanı ve uygulama alanı dışında kalan hâller incelenecektir.

I. BAĞLAMA KURALININ TESPİTİ

Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 14'te hükme bağlanmıştır. Yukarıda da gördüğümüz üzere, ayrılık bazı hukuk düzenlerinde boşanmanın ön şartı olarak görülmekte yahut bağımsız bir karar olmakla birlikte, ayrılık sebepleri ile boşanma sebepleri genellikle ortak düzenlenmektedir. Bu bağlamda, boşanma ile ayrılık arasındaki farklılıkların, ayrı bir ayrılık statüsü belirlenmesini gerektirecek önemde olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁴⁸. Bu anlayışa paralel olarak, MÖHUK m. 14 uyarınca, boşanma ve ayrılık statüsü birlikte düzenlenmiştir.

MÖHUK m. 14 uyarınca, boşanma ve ayrılığın tâbi olduğu bağlama kuralı belirlenirken, müşterek noktalar esas alınmış, son basamakta ise Türk hukukuna yer verilmiştir. Hükmün birinci fıkrasına göre, *“Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır”*. Bu düzenleme çeşitli açılardan eleştirilebilir olmakla birlikte, mâkul bir düzenlemedir.

¹¹⁴⁵ Tekinalp/ Uyanık, s. 166; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 341; Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 49.

¹¹⁴⁶ Tekinalp/ Uyanık, s. 166.

¹¹⁴⁷ Tekinalp/ Uyanık, s. 166.

¹¹⁴⁸ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 54.

Nitekim eşler arasında eşitlik ilkesine riayet edilerek, objektif ve hakkaniyete uygun bir bağlama kuralı getirilmiştir¹¹⁴⁹.

Boşanmaya ve ayrılığa uygulanacak hukuk tespit edilirken, MÖHUK m. 2/3 gereğince atfin nazara alınması gerektiği de unutulmamalıdır¹¹⁵⁰. Bu durumda yetkili hukukun, yabancı bir ülke hukuku olması ihtimâlinde, ilgili hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları ile birlikte bir bütün olarak uygulanması gerekmektedir. Örneğin, Türkiye’de yaşayan X devleti vatandaşlığına sahip çiftin Türkiye’de açtıkları boşanma davasında, müşterek millî hukukları olan X devleti hukuku bir bütün olarak uygulanacaktır. X devletinin kanunlar ihtilâfi kurallarının boşanma statüsü olarak müşterek mutad mesken hukukuna gönderme yapması varsayımında, iade atfin varlığı kabul edilmektedir. Bu durumda çiftin boşanma davasında, Türk maddî hukuk kuralları uygulanacaktır¹¹⁵¹.

Aşağıda, Kanun’daki sıralamaya uygun olarak, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka ilişkin bağlama noktaları ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Eşlerin Müşterek Millî Hukuku

Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, ilk basamakta eşlerin müşterek millî hukukuna tâbi tutulmuştur (MÖHUK m. 14/1-c. 1)¹¹⁵². Müşterek millî hukukun ilk basamakta tercih edilmesinin, “*bu hukukun tarafların ortak menfaatlerine en iyi hizmet eden hukuk olmasından*” kaynaklandığı ifade edilmektedir¹¹⁵³.

Eşlerden her ikisinin de tek ve aynı ülke vatandaşlığına sahip olması durumunda uygulanacak hukukun tespiti kolaydır¹¹⁵⁴. Buna karşılık, uygulamada

¹¹⁴⁹ Tekinalp/ Uyanık, s. 167-168; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 341.

¹¹⁵⁰ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 136; Can/ Toker, s. 376.

¹¹⁵¹ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 37, dn. 153.

¹¹⁵² 1330 tarihli Muvakkat Kanun’da, boşanmaya uygulanacak hukuku gösteren açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Doktrinde ise görüş birliğinin olmadığı ifade edilmektedir (Sakmar, s. 94-96). Bununla birlikte o dönemlerde dahi doktrinde ve Yargıtay kararlarında ***müşterek millî hukukun bulunması durumunda***, boşanma ve ayrılığa, bu hukukun uygulanması noktasında tereddüt edilmediği belirtilmektedir (Tekinalp/ Uyanık, s. 167).

¹¹⁵³ Bayraktaroğlu Özçelik, “*Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları*”, s. 136.

¹¹⁵⁴ Yabancı hukukun tespit edilip uygulanması, olması gereken olağan bir durum olmasına rağmen, Türk mahkemelerinde sergilenen yaklaşım sebebiyle haber değeri olan bir olay olarak karşımıza çıkmaktadır. İstanbul 16. Aile Mahkemesi’nin, Türkiye’de yaşayan Fransız çiftin boşanma davasında, Fransız Medenî Kanunu’nu tespit edip uygulamasına ilişkin haber hakkında bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/turk-mahkemesinde-fransiz-yasasiyla-bosanma-40724473>, (ET. 28.01.2018). Haberde ***hatalı bir şekilde*** “*Fransız vatandaşı oldukları için 5718 sayılı Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Yasası’nın 13. maddesi uyarınca Fransız yasasına göre boşanmak istediler*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Tarafların bu yönde bir talebi olmasa dahi MÖHUK m. 14/1-c.1 uyarınca, eşlerin müşterek millî hukukları olarak Fransız hukuku hâkim tarafından resen tespit edilip uygulanacaktır. Diğer yandan,

özellikle Suriyelilerin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından, müşterek millî hukukun nazara alınmadığı ve doğrudan Türk hukukunun uygulandığı görülmektedir. İstanbul'da ilk derece aile mahkemesi tarafından verilen bir kararda, *“ taraflar her ne kadar Suriye Vatandaşı ise de Türk Medeni Kanunu'na göre evlendiklerinden boşanmada da Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulandığı ”* ifade edilmiştir¹¹⁵⁵. Böyle bir yaklaşımın kabul edilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı tarafından hazırlanan eserde, geçici koruma statüsündekilerin (*“örneğin Türkiye'ye göç eden Suriyeli karı koca”*) boşanma davalarında Türk hukuku uygulanacaktır görüşüne¹¹⁵⁶ yer verildiği dikkate alındığında, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hatalı kararlar şaşırtıcı görünmemektedir.

Eşlerin *“müşterek millî hukukunun”* tespiti, eşlerin çifte veya çok vatandaşlığa sahip olduğu durumlarda sorun teşkil etmektedir. Nitekim MÖHUK m. 4 hükmünün *“kanunda aksi öngörülmedikçe”* uygulanacağını hükme bağlanması, ancak Kanun'da bu yönde açık bir istisnaya yer verilmemiş olması, yorum farklılıklarına ve uygulamada sıkıntılara sebebiyet vermektedir¹¹⁵⁷. Doktrinde bir görüş, MÖHUK'un 4. maddesinin b ve c bentlerinin, müşterek millî hukuk bağlama noktasında uygulanmayacağını, zira ilgili hükümlerin uygulanma şartlarının böyle durumlarda gerçekleşmediğini ifade

haberden anlaşılabildiği kadarıyla, doğrudan Fransız hukukunun maddî hukuk hükümleri nazara alınmış, hatalı bir şekilde atıf uygulanmamıştır.

¹¹⁵⁵ Küçükçekmece 5. Aile Mahkemesi, T. 19.07.2017, E. 2017/382 ve K. 2017/500, (Karar yayımlanmamıştır).

¹¹⁵⁶ Gençcan, *“Milletlerarası”*, s. 349.

¹¹⁵⁷ Bayraktaroğlu Özçelik, *“Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları”*, s. 111. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, davacı kadın hem Türk hem de İtalyan, davalı koca ise İtalyan'dır. Taraflar ayrı ülkelerde yaşamaktadırlar. Karara konu olan uyuşmazlık, karar metninden anlayabildiğimiz kadarıyla, *“davacı kadının aynı zamanda Türk vatandaşı olduğunun anlaşılması”* gerekçesiyle, doğrudan Türk Medenî Kanunu çerçevesinde değerlendirilmiştir. Karşı oy yazısında, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı ve uygulanacak hukukun 5718 sayılı MÖHUK uyarınca belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Olayda tarafların müşterek millî hukukunun bulunmasından bahisle, İtalyan hukukunun uygulanması gerektiği (MÖHUK m. 14/1); MÖHUK m. 4/b hükmünün ise Kanun'da aksinin öngörülmediği durumlarda geçerli olduğu belirtilmiştir. Yetkili yabancı hukukun uygulanmasının ancak kamu düzeni sebebiyle bertaraf edilebileceği (MÖHUK m. 5) vurgulanmıştır (Y. 2. HD. T. 13.02.2008, E. 2007/ 4214 ve K. 2008/ 1476 – Ekşi, *“Yargıtay Kararları”*, s. 2-5). Eşlerden birinin Türk ve İsrail vatandaşı, diğerinin İsrail vatandaşı ve Fransız olduğu başka bir uyuşmazlıkta ise yine karşı oy yazısında MÖHUK m. 4/b hükmünün, Kanun'da aksinin öngörülmediği durumlarda uygulanacağından bahisle boşanmaya uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınmayacağı ve somut uyuşmazlık bakımından müşterek millî hukuk olan İsrail hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmiştir (Y. 2. HD. T. 25.11.2014, E. 2014/6561 ve K. 2014/23750; <https://www.yargitay.gov.tr/>, ET. 30.05.2018). Daha eski tarihli bir kararda ise MÖHUK m. 4/b hükmünün uygulandığı görülmektedir. Karara göre, *“davacı kocanın hem Türk hem Avustralya vatandaşı olduğu, kadının ise Türk vatandaşı olduğu anlaşılmaktadır. Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar aynı zamanda Türk vatandaşı ise Türk Hukuku uygulanır. (2675 Sayılı Kanun m.4/b) Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. (2675 sayılı K.m.13/1) O halde yetkili hukuk Türk Hukukudur”* (Y. 2. HD. T. 12.10.2004, E. 2004/9208 ve K. 2004/11702 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 30.05.2018).

etmektedir¹¹⁵⁸. İlgili görüş uyarınca, örneğin Türk ve Alman vatandaşı Ahmet ile Alman vatandaşı eşi arasındaki boşanma davasında, müşterek millî hukuk olarak Alman hukukunun uygulanması gerekmektedir. Ahmet'in sadece Türk vatandaşlığının dikkate alınması suretiyle, müşterek millî hukuk olmadığından bahisle, ikinci basamaktaki müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması, milletlerarası özel hukuk adaleti açısından kabul edilebilir bir yaklaşım değildir¹¹⁵⁹. Buna karşılık doktrinde başka bir görüş uyarınca, uygulanacak hukukun vatandaşlık bağlama noktası uyarınca tayin edildiği MÖHUK kapsamındaki bütün uyuşmazlıklarda, MÖHUK'un 4. maddesinin b ve c bentlerinin dikkate alınması, pozitif hukukun gereğidir¹¹⁶⁰. Bu görüşe göre, bu hükmün “*kanunda aksi öngörülmedikçe*” uygulanacağı belirtilmiş olmakla birlikte, müşterek millî hukukun bağlama noktası olarak kabul edildiği durumlarda, 4. maddenin aksinin öngörüldüğü sonucuna ulaşılması, bu yönde bir açıklık olmadığından mümkün değildir¹¹⁶¹.

Kanaatimizce, çifte vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olup olmamasına göre farklı yaklaşım benimseyen MÖHUK'un 4. maddesinin b ve c bentlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim b bendi kapsamında, sıkı ilişkili olup olmadığı önemli olmaksızın, her hâlükârda Türk vatandaşlığı tercih edilmektedir. Doktrinde, yabancı vatandaşlık, kişinin gerçek vatandaşlığı olsa dahi Türk vatandaşlığı karşısında tercih edilmesinin mümkün olmadığı; gerek kamu hukuku gerekse milletlerarası özel hukuk alanında, çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının diğer Türk vatandaşlarından farklı bir muameleye tâbi tutulamayacağı ifade edilmektedir¹¹⁶². Bu bağlamda değerlendirildiğinde, tarafların müşterek yabancı ülke vatandaşlığı olsa dahi, kişinin münhasıran Türk vatandaşlığının dikkate alınması ve ayrı vatandaşlık hâlinde yetkili olan hukukun araştırılması gerekmektedir¹¹⁶³. Nitekim hiçbir devlet, yabancı hukukun uygulanması uğruna kendi vatandaşlığını görmezden

¹¹⁵⁸ Can/ Toker, s. 315-316. Bu görüşe göre, müşterek millî hukukun bağlama noktası olarak kabul edildiği hâllerde, MÖHUK'un 4. maddesinin b ve c bentlerinin uygulanması sebebiyle, “*çifte tabiiyetli bir kimsenin yabancı ülke vatandaşlığı dikkate alınmadığında, diğer bağlama kurallarında yer verilen çifte veya çoklu vatandaşlık bağlama noktasına göre Türk hukukunun veya sıkı ilişkili ülke hukukunun olaya uygulanmasını sağlamak mümkün olmaz*” (Can/ Toker, s. 316).

¹¹⁵⁹ Can/ Toker, s. 316-317.

¹¹⁶⁰ Bayraktaroğlu Özçelik, “*Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları*”, s. 138.

¹¹⁶¹ Bayraktaroğlu Özçelik, “*Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları*”, s. 138. Bununla birlikte, bu yaklaşımın olması gereken hukuk açısından tartışmaya açık olduğu, hükmün katı bir şekilde uygulanmasının doğuracağı sıkıntılar da nazara alındığında, hükümler arasındaki amaç ve menfaat dengesi de gözetilerek Kanun'da bu konuda bir açıklığın sağlanması gerektiği de belirtilmektedir (Bayraktaroğlu Özçelik, “*Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları*”, s. 138-139).

¹¹⁶² Nomer, “*Vatandaşlık*”, s. 39-40.

¹¹⁶³ Sakmar, s. 119.

gelmemektedir¹¹⁶⁴. Diğer yandan doktrinde, MÖHUK m. 4/b hükmünün daha sıkı ilişkili devlet hukukunun tespiti suretiyle milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini gerçekleştirmek gibi bir gâyesinin de olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁶⁵. Bu tarz hükümlerin, “*koruma fonksiyonuna*” sahip olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁶⁶. Bu minvâlde, MÖHUK m. 4/b hükmünün de Türk vatandaşlığının gerçek ve etkili vatandaşlık olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın esas alınmasını gerekli kıldığı belirtilmektedir¹¹⁶⁷.

Netice itibarıyla, müşterek millî hukukun tespitinde eğer kişinin vatandaşlıklarından birisi Türk vatandaşlığı ise münhasıran Türk vatandaşlığının nazara alınması, mâkul ve haklı bir yaklaşımdır. Bu bağlamda, eğer çok vatandaşlığa sahip eşlerden birinin, vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı ise diğer vatandaşlığı yabancı eşi ile müşterek olsa dahi, tarafların müşterek millî hukukunun olduğundan bahisle, ilgili yabancı hukukun uygulanması mümkün değildir¹¹⁶⁸. Dolayısıyla, örneğin, Türk ve İngiliz vatandaşlığını haiz koca ile İngiliz karısının boşanma davasında, eşlerin müşterek millî hukuku bulunmamaktadır. Bu sebeple de bir sonraki basamaktaki müşterek mutad mesken hukukunun araştırılması suretiyle uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir¹¹⁶⁹.

Çok vatandaşlığa sahip eşlerin vatandaşlıklarından hiçbirisi Türk vatandaşlığı değilse, müşterek millî hukukun tespitinde “*etkin vatandaşlığın*” araştırılmasının gerekip gerekmediği sorusunun da cevaplanması gerekmektedir. Doktrinde, çok vatandaşlığa sahip eş bakımından, “*eşinin vatandaşlığını en ziyade irtibat hâlinde olduğu devleti tayin için bir karine olarak*” kabul etmenin mümkün olduğu ifade edilmiştir¹¹⁷⁰. Kanaatimizce böyle bir nitelendirme isabetli olmadığı gibi, müşterek millî

¹¹⁶⁴ Nomer, “*Vatandaşlık*”, s. 40.

¹¹⁶⁵ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 46. Buna karşılık doktrinde bir görüş uyarınca, bu düzenlemenin hukuk politikası bakımından tartışılabilir olduğu da vurgulanmaktadır. Milletlerarası özel hukuk sistemine aykırı şekilde millî hukuk düzeninin uygulanmasına öncelik tanınmasının, “*askıda hukukî ilişkilere*” sebebiyet verdiği, millî hukuka imtiyaz tanıdığı ve milletlerarası uyumsuzluklara neden olduğu belirtilmektedir (Can/ Toker, s. 315).

¹¹⁶⁶ Bununla birlikte, bazı milletlerarası özel hukuk ilişkilerinde, eşlerin müşterek şahsî statüye sahip olmasındaki yararın dikkate alınması gerektiği de savunulmaktadır (Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 46).

¹¹⁶⁷ Bayraktaroğlu Özçelik, “*Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları*”, s. 125.

¹¹⁶⁸ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 46. Aynı yönde bkz. Gençcan, “*Milletlerarası*”, s. 356.

¹¹⁶⁹ Böyle bir örnekte, esasında İngiliz hukuku eşlerin müşterek millî hukuku olmasına rağmen, MÖHUK m. 4/b hükmünün “*katı*” bir şekilde uygulanması neticesinde sadece Türk vatandaşlığının nazara alınması sebebiyle, zorunlu olarak ikinci basamaktaki bağlama kuralının uygulandığı da ifade edilmektedir (Tiryakioğlu, “*Multiple Citizenship*”, s. 14).

¹¹⁷⁰ Sakmar, s. 120.

hukukun tespitinde “*etkin vatandaşlığın*” araştırılması da gerekli değildir. Boşanmaya uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK m. 4/c hükmü dikkate alınmayacaktır. Çok vatandaşlığa sahip eşlerin vatandaşlıklarından hiçbirisi Türk vatandaşlığı değilse, eşlerin müşterek millî hukuklarının varlığı yeterlidir. İlgili ülke hukukları ile sıkı ilişki içinde bulunup bulunmadıklarının araştırılması gerekmemektedir. Örneğin, Rus ve İngiliz vatandaşlığına sahip koca ile İngiliz vatandaşı karısının müşterek millî hukuku İngiliz hukukudur. Eşlerin Rus hukuku ile daha sıkı bağlantılı olması önemli olmadığı gibi, bu yönde bir araştırma yapılması da gerekli değildir.

B. Eşlerin Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Eşlerin müşterek millî hukukunun bulunmaması durumunda, boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk, ikinci basamaktaki müşterek mutad mesken hukuku uyarınca tayin edilecektir (MÖHUK m. 14/1- c. 2)¹¹⁷¹. Doktrinde bir görüşe göre, müşterek mutad mesken hukukunun birden çok olması ihtimâlinde, MÖHUK m. 4/c hükmünün kıyasen uygulanarak “*daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları*” mutad mesken hukukunun tercih edilebileceği belirtilmektedir¹¹⁷². Kanaatimizce, mutad meskenin tespitinde, kişinin fiilen hayat merkezi hâline getirdiği yerin esas alınması gerektiği gözetildiğinde, birden çok mutad mesken olduğu sonucu varılması pek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla en baştan zaten kişinin mutad mesken hukukunun doğru bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme yapıldığında, herhangi bir hükmün kıyasen uygulanmasına da gerek kalmayacaktır.

Türk hukukunda boşanma statüsü, sabit statülü bağlama kuralı şeklinde düzenlenmemiştir. Bu sebeple değişken ihtilâflara ilişkin MÖHUK m. 3’te kabul edilen

¹¹⁷¹ 2675 sayılı MÖHUK’ta boşanmaya ilişkin bağlama kuralında (m. 13), müşterek millî hukukun bulunmadığı durumlarda, ikinci basamakta müşterek ikametgâh hukuku uygulanmaktaydı. O dönemdeki şartlar dikkate alınarak, “*Türkiye’nin yabancı ülkelerde çok sayıda vatandaşının bulunması ve bunların genellikle yabancı ülkede yerleşme niyetlerinin olmaması ve Türkiye ile irtibatlarının devam etmesi gibi hususlar*” sebebiyle, mutad meskene nazaran daha kuvvetli ve istikrarlı bir bağlama noktası olarak görülen eşlerin müşterek yerleşim yeri öncelikle tercih edilmişti (Bkz. 2675 sayılı Kanun - Öntasarı Madde Gerekçesi, “*Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu*”, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978, s. 13). Ancak 5718 sayılı MÖHUK hazırlanırken uluslararası sözleşmelerdeki ve Batı hukuklarındaki uygulama ile uyumlu olmak ve yerleşim yerinin tayinindeki güçlükleri bertaraf etmek amacıyla; boşanmaya uygulanacak hukuk tayin edilirken “*müşterek ikametgâh hukuku*” bağlama noktası olarak kabul edilmemiştir (Çelikel, “*Aile Hukuku*”, s. 69; Çelikel/ Erdem, s. 73). Hukukî bir kavram olan müşterek ikametgâh hukukunun, çoğunlukla gerçek ve fiili durumu aksettirmediği ve kurulan yeni sistem içinde işlevini kaybettiği belirtilmiştir (*Madde gerekçeleri*, m. 12, pr. 6; m. 13, pr. 2).

¹¹⁷² Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 258.

kuraldan hareketle, müşterek mutad meskenin tespiti için davanın açılma anının esas alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, davanın açıldığı anda, tarafların fiilen aynı evde yaşamaya devam etmeleri zorunlu olmadığı gibi, hayatın olağan akışı içinde ayrılmak isteyen çiftlerin birlikte yaşaması beklenen bir durum değildir. Bu sebeple, eşlerin her ikisinin de Türkiye’de yaşamaya devam etmesi, müşterek mutad mesken hukuku olarak Türk hukukunun uygulanması için yeterlidir¹¹⁷³. Buna karşılık, boşanma davası açılmadan önce eşlerin mutad meskenlerini farklı ülkeye taşımaları durumunda, artık müşterek mutad mesken bağlama kuralından hareketle uygulanacak hukukun tespit edilmesi mümkün değildir¹¹⁷⁴. Bu noktada, eşlerden birinin farklı ülkeye taşınması ile dava açma zamanı arasında çok kısa bir zaman geçmesi sebebiyle, taşınan kişinin yeni bir mutad mesken edinmediği, bu bağlamda da eski yaşadığı yerin dikkate alınması gerektiği iddia edilebilir. Doktrinde, dava açıldığı tarihte bulunulan yerde kalınacak sürenin baştan itibaren belirli bir zamanla sınırlandırılmış olması durumunda (*örneğin yabancı bir şirketin çalışanı sıfatıyla inşaat tamamlanana kadar*) daha önce bulunduğu yerin mutad meskeni olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁷⁵. Buna karşılık eğer süre çok uzunsa veya herhangi bir süre sınırı öngörülmemişse, artık bulunulan yerin mutad mesken olarak nazara alınması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁷⁶. Kaanatimizce, mutad mesken kavramının fiili durumu yansıttığı nazara alındığında,

¹¹⁷³ “Boşanma davasında ayrı vatandaşlıkta olan tarafların, müşterek mutad meskenleri Türkiye’de olması karşısında Türk hukukunun uygulanmasında (5718 s. MÖHUK md. 14/1) kanuna aykırılık yoktur” (Y. 2. HD. T. 03.04.2014, E. 2013/23930 ve K. 2014/7813 – Lale, s. 66). İlgili uyuşmazlıkta, yerel mahkeme kararından, yabancı uyruklu davalının, davacı eşini evden kovduğu ve fiilen ayrı yaşadıkları anlaşılmaktadır. Yerel mahkemenin gerekçesinden anlaşılabildiği kadarıyla, yabancılık unsurunun varlığı gözetilmeksizin doğrudan TMK hükümlerine göre karar verildiği görülmektedir. Esas itibarıyla temyiz itirazı, MÖHUK’un yerel mahkemece dikkate alınmamış olması sebebiyle yerinde olmakla birlikte, Yargıtay, *anlayabildiğimiz kadarıyla*, sonuç açısından MÖHUK’un uygulanmamasının pratik bir değeri olmadığından bahisle temyiz itirazının reddine karar vermiştir (Yerel mahkeme gerekçesi için bkz. Lale, s. 65-66).

¹¹⁷⁴ Davacının Türk vatandaşı, davalının ise Alman vatandaşı olduğu, tarafların Almanya’da oturmakta iken, davacının tek başına Türkiye’ye döndüğü bir boşanma davasında, Yargıtay, “davacının davadan çok önce zorunlu sebeplerle müşterek mutad meskenin bulunduğu Almanya’dan ayrılarak Türkiye’ye geldiği ve mutad meskenini Kayseri’ye taşıdığının anlaşılması” gerekçesiyle Türk hukukunun uygulanmasında isabetsizlik olmadığına karar vermiştir. İlgili kararda MÖHUK’a hiç atıf yapılmaksızın bu sonuca varılması hatalıdır. Bununla birlikte tarafların müşterek millî hukukları ve müşterek mutad meskenleri bulunmaması sebebiyle, uygulanacak hukuk son basamaktaki Türk hukukudur. Bu bağlamda, uyuşmazlığı doğrudan Türk hukukuna göre çözen yerel mahkeme kararı, hatalı olmasına rağmen onanmıştır. Buna karşılık, karşı oy yazısında, uygulanacak hukukun MÖHUK m. 14/1 uyarınca belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, uygulanacak hukukun müşterek mutad meskenleri olan Alman hukuku olduğu, bu hukuk araştırılmadan hüküm tesis edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, davanın açılma anının nazara alınması gerekmektedir. Bu sebeple, somut uyuşmazlıkta tarafların müşterek mutad meskenlerinin olduğundan bahsedilmesi isabetli olmamıştır (Y. 2. HD. T. 09.05.2013, E. 2012/27366 ve K. 2013/13115 – Lale, s. 81-82).

¹¹⁷⁵ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 50.

¹¹⁷⁶ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 50.

kişinin taşındığı ülke az çok hayat merkezi hâline gelmişse, kalacağı süre sınırlandırılmış olsa dahi, artık önceki mutad meskenin nazara alınması suretiyle müşterek mutad meskenin varlığından bahsedilmesi mümkün değildir.

Yargıtay, bir kararında, “*Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, ayrı vatandaşlıkta olan eşlerin mutad meskeni hukukuna tâbi (5718 s. MÖHUK. m. 14/2) ise de; davalı, hükmün boşanmaya ilişkin bölümünü temyiz şümülü dışında bıraktığına göre, bu durumda boşanmanın hükümlerinde de Türk hukukunu kabul etmiş sayılacağı*” yönünde ilginç bir neticeye varmıştır¹¹⁷⁷. İlgili uyuşmazlıkta, yerel mahkeme kararından, tarafların müşterek mutad meskenlerinin Almanya olduğu, lâkin sonrasında davalı kadının kocasının uyguladığı şiddet ve gösterdiği kötü muamele sebebiyle Türkiye’ye dönmek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme, hatalı bir şekilde yabancılık unsurunu nazara almaksızın, TMK m. 166/1. maddesi uyarınca tarafların boşanmalarına, uygun bir miktar nafakaya ve kusurlu davalı aleyhine maddî ve manevî tazminata hükmetmiştir¹¹⁷⁸. Kararda Yargıtay’ın hâlen neden müşterek mutad mesken hukukuna vurgu yaptığı anlaşılamadığı gibi, karardaki esas hukuk garabeti davalının “*boşanmanın hükümlerinde de Türk hukukunu kabul etmiş sayılacağı*” yönünde karar vermiş olmasıdır. Bilindiği üzere, uygulanacak hukukun hâkim tarafından re’sen tespit edilmesi zorunludur (MÖHUK m. 2/1, HMK m. 33). Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmaması da hukukun yanlış uygulanması niteliğindedir ve bozmayı gerektirir (HMK m. 371/1-a). Netice itibarıyla Yargıtay’ın, yerel mahkeme kararı hakkında bu yönde bir inceleme yapmaksızın, davalının zımni kabulü olduğunu ifade etmesi ve karar düzeltme isteğinin reddedilmesi, kanaatimizce hatalı bir yaklaşımdır.

C. Türk Hukuku

Müşterek bir hukukun bulunmaması durumunda, son basamakta Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir (MÖHUK m. 14/1- c. 2). Türk hukukunun bağlama kuralı olarak kabul edilmesinin arkasında, çözüme varma zaruretinin olduğu ifade edilmektedir¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁷ Y. 2. HD. T. 19.03.2012, E. 3604/K. 6267 – Lale, s. 62.

¹¹⁷⁸ Yerel mahkeme kararı için bkz. Lale, s. 62.

¹¹⁷⁹ Tekinalp/ Uyanık, s. 167. 1330 tarihli Muvakkat Kanun döneminde, taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu boşanma davalarında veya evlenmenin Türk hukuku uyarınca gerçekleştiği durumlarda, doğrudan Türk hukukunun uygulandığı ifade edilmektedir. O dönemde verilen ilgili bazı kararlar için bkz. Osman

Doktrinde madde düzenlenirken davanın Türk mahkemelerinde görüleceği düşünülerek kaleme alındığı, metninde geçen “*Türk hukuku*” ifadesinin “*hâkimin hukuku*” şeklinde yorumlanması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁸⁰. Bu görüş doğrultusunda, eğer yabancı mahkeme, önündeki davada MÖHUK’u uyguluyorsa ve boşanmaya uygulanacak hukuk olarak en son basamakta yer alan Türk hukukuna ulaşılmışsa, ihtilâfın Türk hukuku uyarınca değil lex fori uyarınca çözülmesi gerekmektedir¹¹⁸¹.

Kanaatimizce, yabancı ülke hâkiminin, “*Türk hukuku*” ifadesini, “*hâkimin hukuku*” şeklinde yorumlaması gerektiğini söylemek, yerinde bir yaklaşım değildir. Burada bir anlamda bağlama noktasının vasıflandırılması söz konusudur ve yabancı ülke hâkimine bu yönde bir talimat verilmesi kabul edilemez. Hâkim nasıl vasıflandırma yapması gerektiğini, kural olarak kendi hukuku uyarınca belirleyecektir. Kaldı ki madde metninde açıkça Türk hukukunun uygulanacağını belirtmesi karşısında, kanaatimizce böyle bir yorum yapılması dahi mümkün değildir.

Netice itibarıyla, boşanmaya uygulanacak hukuk açısından, ilk basamakta eşlerin müşterek millî hukukunun, bulunmaması durumunda müşterek mutad mesken hukukunun ve bunun da bulunmaması durumunda son basamakta Türk hukukunun uygulanması gerekmektedir. Eğer eşlerin müşterek millî hukuku yoksa veya boşanmaya ilişkin hükümleri somut uyuşmazlık açısından her nasılsa tespit edilemezse, doğrudan Türk hukukunun uygulanması, hukukun yanlış uygulanması anlamına geleceği gibi (HMK m. 371/1-a), milletlerarası özel hukuk hakkaniyetiyle de bağdaşmaz. Bir sonraki basamaktaki müşterek mutad mesken hukukunun araştırılarak, uyuşmazlığın bu hukuka göre karara bağlanması gerekmektedir. Eğer ilgili hukuk da tespit edilemezse, son çare olarak Türk hukukunun uygulanması gerekmektedir. Neticede, bu şekilde uygulanacak hukukunun, basamaklı bağlama kuralı ile tayin edildiği durumlarda, doğrudan Türk hukukuna başvurulmaksızın, önceki basamakların tüketilmesi gerekmektedir¹¹⁸².

Fazıl **Berki** ve Hilmi **Ergüney**, *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1963, s. 60-63.

¹¹⁸⁰ Hatice Selin **Pürselim Arning**, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad (Ada, Ad Değiştirme Davasına, Kayıt Düzeltme Davasına Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Usulü)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 259, (“Ad”); Ansay, s. 5; Özdemir, “Boşanma Kararı”, s. 14; Tiryakioğlu, “Yabancı Boşanma Kararları”, s. 55.

¹¹⁸¹ Ansay, s. 5; Tiryakioğlu, “Yabancı Boşanma Kararları”, s. 55; Pürselim Arning, “Ad”, s. 259.

¹¹⁸² Faruk Kerem **Giray**, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Erhan Adal’ a Armağan, YÜHFD*, C. VIII, S. 2, Y. 2011/ C. IX, S. 1, Y. 2012, ss. 555-579, s. 568-569. Yargıtay’ın da bu hususta isabetli kararları bulunmaktadır. “...Tarafların ikisi de Afgan uyruklu olduklarına göre, boşanma sebepleri bakımından müşterek millî hukuklarının araştırılarak öncelikle bu hukukun uygulanması, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde Türk hukukunun uygulanması (5718 s. MÖHUK m. 2/2)

II. ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR

A. Yetkili Yabancı Hukukun Hukuk Seçimine İzin Vermesi

Türk hukukunda, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından yalnızca evlilik mallarına ilişkin olarak hukuk seçimi imkânı tanınmıştır (MÖHUK m. 15/1). Evlilik malları hakkında uygulanacak hukuk haricinde, boşanmaya, evliliğin şartlarına, evliliğin genel hükümlerine, velayete, nafakaya veya mirasa¹¹⁸³ ilişkin konularda, uygulanacak hukukun hâkim tarafından MÖHUK'ta düzenlenen objektif bağlama kuralları uyarınca re'sen tespit edilmesi gerekmektedir (MÖHUK m. 2/1). Eşlere boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk hakkında, hukuk seçimi hakkı tanınmaması sebebiyle, tarafların anlaşarak Türk hukukunun uygulanmasını talep etmeleri dahi dikkate alınmaz. Nitekim kanunda açıkça hukuk seçimi imkânı tanınmayan durumlarda, hâkimin, tarafların bu yöndeki beyanlarını nazara alması mümkün değildir¹¹⁸⁴.

Eşlerin müşterek millî hukuku veya müşterek mutad mesken hukukunun, boşanmada uygulanacak hukuku seçme imkânı tanıyan bir ülke hukuku olması ve tarafların da bu yönde bir anlaşma yapmış olmaları durumunda, söz konusu anlaşma

gerekirken, müşterek millî hukukları araştırılmadan hüküm tesisi doğru bulunmamıştır" (Y. 2. HD. T. 15.01.2015, E. 2014/16187 ve K. 2014/523 – Toker/ Ruhi, s. 110-111).

¹¹⁸³ Milletlerarası özel hukukta, miras bırakana mirasına uygulanacak hukuku seçebilme yetkisinin tanınması (*professio juris*) yönündeki eğilim, milletlerarası miras hukukunda irade muhtariyeti ilkesinin uygulanmasıyla ilgili farklı görüşler ve bunların değerlendirilmesi hakkında bkz. Neşe **Baran Çelik**, "Milletlerarası Özel Hukuk Alanındaki Gelişmeler Işığında Mirasa Uygulanacak Hukuk Bağlamında İrade Muhtariyeti İlkesinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayın No: 2012/1, Sözkese Matbaası, Ankara 2012, ss. 115-135.

¹¹⁸⁴ İstanbul 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, İranlı eşlerin boşanma davasında, tarafların Türk hukukunun uygulanması yönündeki iradelerinin dikkate alınamayacağını, 2675 sayılı MÖHUK uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiğini isabetli bir şekilde belirtmiştir. Taraflar razı olsalar dahi Türk hukukunun uygulanamayacağı, müşterek millî hukuk olan İran İslâm Cumhuriyetinin boşanma ile ilgili yasal düzenlemelerin uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, kararda hatalı bir şekilde atıf uygulanmamış, doğrudan "*İran Cumhuriyeti Aile Himayesi Yasası*" ve "*İran Medenî Yasası*" hükümleri uyarınca boşanmaya hükmedilmiştir. (T. 27.02.1985, E. 1985/101 ve K. 1985/58; MHB, Y. 1985, C. 5, S. 1, s. 62- 63). Aynı yönde bkz. Tekinalp/ Uyanık, s. 167. Yargıtay kararına konu olan eşlerin her ikisinin de Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olduğu başka bir uyuşmazlıkta ise ilk derece mahkemesinin, tarafların "*Türk hukuku uygulansın*" şeklindeki beyanları ile yetinilerek Türk hukuku uyarınca boşanma kararı verilmesi, bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Kararda isabetli bir şekilde, müşterek millî hukukun araştırılması gerektiği ve Türk maddî hukukunun ancak Amerika Birleşik Devletleri'nin milletlerarası özel hukuk kurallarının, Türk hukukuna iade atıf yapması durumunda uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. Y. 2. HD. T. 29.06.1995, E. 6392 ve K. 7628, (RG. T. 20.09.1995 - S. 22410). Benzer kararlar için bkz. Y. 2. HD. T. 12.07.1195, E. 7581 ve K. 8106, (RG. T. 20.09.1995 - S. 22410) ve Y. 2. HD. T.08.12.1993, E. 9385 ve K. 11926, (RG. T. 04.02.1994 - S. 21839). Diğer bir uyuşmazlıkta ise Yargıtay, davacı Türk vatandaşı ve davalı Alman vatandaşı arasındaki boşanma davasında, davalı eşin de boşanma isteğini kabulü karşısında, 2675 sayılı MÖHUK'un uygulanmasına yer olmadığına ve TMK m. 116/1 uyarınca boşanma kararı verilmesinin uygun olduğuna hatalı bir şekilde hükmetmiştir (Y. 2. HD, T. 27.03.2008, E. 2007/6660 ve K. 2008/4253 – Ekşi, "Yargıtay Kararları", s. 7-9).

Türk hâkimi tarafından dikkate alınacak mıdır? Örneğin, eşlerin her ikisinin de Alman vatandaşı olduğu bir boşanma davasında, yukarıda ayrıntılı olarak gördüğümüz üzere, eşlerin Roma III Tüzüğü uyarınca boşanma davalarına uygulanacak hukuku seçme hakkı vardır. Tarafların aralarındaki anlaşmayı mahkemeye sunmaları durumunda nasıl hareket edilmesi gerekmektedir. Türk hukukunda, hukuk seçimi imkânı olmadığından bahisle, ilgili sözleşmenin dikkate alınmaması mümkün müdür?

Doktrinde bir görüş uyarınca, boşanmaya uygulanacak hukuk tayin edilirken, atfın da uygulanma zorunluluğundan yola çıkılarak (MÖHUK m. 2/3), Türk hâkiminin taraflarca seçilen hukuku uygulaması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁸⁵. Eşlerin müşterek millî hukukunun veya müşterek mutad mesken hukukunun, hukuk seçimine izin veren bir ülke hukuku olması durumunda, Türk hâkiminin, seçilen hukuka, “*seçilen hukukun izin verdiği ölçüde etki tanınması*” ve seçilen hukuku uygulaması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁸⁶. Nitekim Türk hâkimi, yabancı hukuku ilgili ülke hâkiminin uyguladığı şekliyle uygulamak zorundadır¹¹⁸⁷. Bu bağlamda, eğer yetkili yabancı hukuk ilk derece bağlama noktası olarak taraf iradesine yer vermiş ise hâkimin bunu görmezden gelerek uygulanacak hukuku objektif bağlama kuralları uyarınca tayin etmesi mümkün değildir. Bu noktada, yabancı hukukun öngördüğü sıralamaya uygun hareket edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁸⁸. Netice itibarıyla, eğer yetkili yabancı hukukta taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmışsa, bu hakkın Türk hâkimi tarafından nazara alınması zorunludur.

Kanaatimizce, hukuk seçimi hakkının nazara alınması zorunluluğu noktasında bir ayırım yapmamız gerekmektedir. Şöyle ki tarafların önceden geçerli şekilde düzenledikleri hukuk seçimi anlaşmasının nazara alınması ayrı bir mesele; taraflara mahkeme huzurunda hukuk seçimi imkânı tanınması ise başka bir meseledir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, tarafların önceden düzenledikleri hukuk seçimi anlaşmalarının atıf gereği kural olarak nazara alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, Roma III

¹¹⁸⁵ Bayata Canyaş, “*Hukuk Seçimi*”, s. 16-17.

¹¹⁸⁶ Bayata Canyaş, “*Hukuk Seçimi*”, s. 17.

¹¹⁸⁷ Yabancı hukukun uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Maarit **Jänterä-Jareborg**, “*Foreign Law in National Courts - A Comparative Perspective*”, Recueil Des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2003 – Tome 304 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2004, pp. 185-379; Ergin **Nomer**, *Davada Yabancı Kanun*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, (“*Yabancı Kanun*”); Nuray **Ekşi**, “Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması – Mukayeseli Bir İnceleme”, *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 1, Y. 2014, ss. 3-96, (“*Yabancı Hukuk*”); Can **Yöney**, *Yabancı Hukukun Uygulanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018; Tuğçe Nimet **Yaşar**, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, *MHB*, C. 33, S. 2, ss. 75-114, (“*Yabancı Hukukun Uygulanması*”).

¹¹⁸⁸ Bayata Canyaş, “*Hukuk Seçimi*”, s. 17-18.

Tüzüğü'nde olduğu gibi hukuk seçimi imkânı tanıyan bazı düzenlemelerde, tarafların mahkeme huzurunda da uygulanacak hukuk konusunda anlaşabilecekleri kabul edilmektedir. Sözleşmeler hukuku alanında, tarafların bu yönde anlaşmaları kural olarak geçerli kabul edilmektedir. Buna karşılık, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmayan bir konuda, taraflara mahkeme huzurunda hukuk seçimi anlaşması yapma hakkı tanınacak mıdır? Kanaatimizce taraflara hukuk seçimi imkânı tanınması gerekmektedir. Özellikle de hukuk seçiminin Türk hukuku lehine olabileceği de dikkate alındığında, hukuk seçimi imkânı tanınması uygulamada da kolaylık sağlayacaktır.

Yetkili yabancı hukukun, hukuk seçimi imkânı tanıyan düzenlemeleri, kamu düzeninin menfî etkisi ile bertaraf edilebilir mi? Kamu düzeni bahsinde de incelediğimiz üzere, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı olması kamu düzeni müdahalesini gerektirmediği gibi, önceden soyut olarak belirleme yapılması da mümkün değildir. Dolayısıyla, taraflara aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda hukuk seçimi imkânı tanıyan yetkili yabancı hukuk, kamu düzenine aykırı görülemez. Nitekim taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasının, Türk hukukunun temel değerlerini veya Türk toplumunun vazgeçilmez nitelikteki temel ilkelerini zedelediğini iddia etmek de mümkün değildir. Yetkili yabancı hukukun somut olarak uygulanması neticesinde, Türk kamu düzenini ağır şekilde ihlâl eden bir durum tespit edilirse, ancak bu noktada menfî etkinin gündeme gelmesi kabul edilebilir. Bu noktada örneğin, hukuk seçimi anlaşmasında eşlere eşit söz hakkı tanımayan yahut eşlerden birinin hukuku lehine hukuk seçimi imkânı tanıyan ülke hukukunun, kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelebilir¹¹⁸⁹.

B. Topal Evliliklerde Boşanmaya Uygulanacak Hukukun Tayini

Hukuk düzenlerinden birisine göre geçerli, bir diğerine göre geçerli olmayan evliliklere, topal evlilikler denilmektedir¹¹⁹⁰. Özellikle de tarafların millî hukukuna göre geçersiz sayılan evliliklerin, Türk mahkemeleri önünde boşanma davasına konu olması durumunda uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir. Nitekim eşlerin müşterek millî hukuklarının evliliği geçerli saymaması sebebiyle, boşanmaya uygulanacak

¹¹⁸⁹ Aynı yönde bkz. Bayata Canyaş, “*Hukuk Seçimi*”, s. 18-20.

¹¹⁹⁰ Sakmar, s. 123; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 248-249 ve s. 254; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 331; Ekşi, “*Medenî Olmayan Evlilikler*”, s. 2.

hukukun tespitinde kullanılması mümkün değildir¹¹⁹¹. Aksinin kabulünün, ilgili hukukun “iç mantığına” aykırı sonuçlar doğuracağı ve bu sebeple de uygulanmasının hukukten ve mantiken mümkün olmadığı belirtilmektedir¹¹⁹².

Müşterek millî hukukun uygulanamayacağı açık olmakla birlikte, boşanmaya uygulanacak hukukun tespiti noktasında farklı görüşler ileri sürülmektedir. İlk görüş uyarınca, mantiken uygulanması mümkün olmayan müşterek millî hukuk yerine, “*genel bir uygulama alanına sahip olan lex fori*”nin uygulanması gerekmektedir. Nitekim bu kişilerin, “*kendi memleketlerinde evli sayılmamaları nedeniyle millî mahkemelerine başvurmalarının hukukten imkânsız*” olduğu belirtilmektedir. Özellikle de Türkiye’de gerçekleşen evlenmelerin sona erdirilmesi açısından, Türk hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁹³. Diğer görüş uyarınca, “*evliliği geçersiz sayan bir hukukun boşanma statüsü olduğu durumlarda, hâkim, ya bu basamaktaki bağlama kuralını göz ardı ederek bir sonraki basamakta yer alan bağlama kuralını uygulayabilir ya da doğrudan kendi hukukunu boşanma statüsü olarak nazara alabilir*”. Bu durumda hâkimin, sonraki basamaktaki bağlama kuralını veya kendi hukukunu uygulaması, kamu düzeni gerekçesine dayanmamakta, uyuşmazlığı çözme zaruretinin gereği olarak başvurulmuş bir yol olarak nitelendirilmektedir¹¹⁹⁴.

Kanaatimizce, bu gibi durumlarda, öncelikle bir sonraki basamakta yer alan müşterek mutad mesken hukuku uyarınca evliliğin geçerliliği sorgulanmalı, eğer geçerli kabul ediliyorsa boşanmaya uygulanacak hukukun tespiti de bu hukuk uyarınca sağlanmalıdır. Eğer uygulanacak hukuk tespit edilemezse, son çare olarak Türk hukuku boşanma statüsü olarak nazara alınabilir¹¹⁹⁵.

¹¹⁹¹ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 346.

¹¹⁹² Bkz. Sakmar, s. 124, dn. 244’de zikredilen yazarlar. Müşterek millî hukukun bertaraf edilmesini, özellikle Alman doktrininde ön sorun teorisiyle açıklamaya çalışan yazarlar da bulunmakla birlikte, katıldığımız görüş uyarınca, bu noktada ön sorun teorisine başvurmaksızın, mantiken müşterek milli hukukun uygulanmayacağı sonucuna varılması mümkündür (Sakmar, s. 124-126).

¹¹⁹³ Sakmar, s. 126.

¹¹⁹⁴ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 346.

¹¹⁹⁵ Eşlerin müşterek millî hukukunun boşanmayı yasaklayan bir ülke hukuku olması durumunda da benzer bir yaklaşım sergilenerek, bir sonraki basamaktaki hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Böyle bir durumda, kamu düzeni müdahalesi ile hâkimin hukukunun uygulanması da tavsiye edilmemektedir. Öncelikle kademeli bağlama kuralındaki sıralamanın takip edilmesinin daha doğru bir yaklaşım olduğu belirtilmektedir (Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 41).

III. KURAL VE STATÜ DEĞİŞİKLİKLERİNİN ETKİSİ

Bağlama noktalarında zaman içinde meydana gelen değişiklikler, statü değişikliği kavramı ile ifade edilmektedir. Evlilik birliği devam ederken eşlerin vatandaşlıkları veya mutad meskenlerinin değişmesi de oldukça yüksek bir ihtimâldir. Nitekim çoğu ülke hukuku uyarınca kişiler evlenme yoluyla kolay yoldan vatandaşlık kazandığı gibi, yabancı unsurlu evliliğe sahip çiftlerin daha çok mutad mesken değiştirmesi de sosyolojik bir gerçekliktir.

Statü değişikliği durumda, boşanmaya uygulanacak hukukun tayini açısından, hangi andaki vatandaşlık veya mutad meskenin nazara alınacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Türk hukukunda boşanma statüsü, sabit statülü bağlama kuralı olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple değişken ihtilâflara ilişkin MÖHUK m. 3'te düzenlenen kuraldan hareketle, davanın açılma anının esas alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, dava açıldığı tarihte eşlerin sahip olduğu müşterek millî hukuk veya bulunmaması durumunda müşterek mutad mesken hukuku dikkate alınacaktır¹¹⁹⁶. Daha önceki bir tarihte eşlerin müşterek hukuka sahip olmasının bu noktada bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁹⁷. Davanın açılma zamanı esas alınarak, o andaki duruma göre boşanma statüsü tespit edilecektir¹¹⁹⁸.

Ülkeler arasındaki sistem farklılıkları sebebiyle, boşanma şartları ayniyet arz etmemektedir. Bu durumda, eşlerin önceki müşterek hukuku uyarınca tayin edilen maddî hukuka göre boşanma mümkünken, tarafların tâbi olduğu yeni hukuk düzeninin boşanma için daha ağır şartlar öngörmesi ihtimâl dâhilindedir. Yahut tam tersi bir şekilde, önceki hukukta “*kusuru olmayan*” tarafın dahi boşanabilmesi için en az üç yıl beklemesi gerekirken, yeni hukuk sisteminde, kusurlu tarafın bile hiç beklemeden yahut çok kısa bir süre içerisinde boşanma hakkı elde etmesi mümkündür¹¹⁹⁹. Bu bağlamda, boşanma sebeplerinin tespitinde de iki farklı problem karşımıza çıkabilir. İlk olarak, davanın açılmasından önceki müşterek hukukta boşanma sebebi olarak kabul edilen bir

¹¹⁹⁶ Dava açılma anının esas alınmasının isabetli bir yaklaşım olduğunun, emsal bir Alman mahkeme kararıyla birlikte karşılaştırmalı şekilde açıklanması hakkında bkz. Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 42-43.

¹¹⁹⁷ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 32. Nitekim bu noktada müktesep haklardan bahsetme olanağı da yoktur. Zira önceki hukuka göre yapılmış hukukî işlemlerin sonuçları değil, yeni duruma göre tesis edilecek bir şahsî hâl değişikliği söz konusudur. Dolayısıyla uygulanacak hukukun, hâlihazırda mevcut olan bağlama noktalarına göre tespit edilmesi gerekmektedir (Sakmar, s. 110).

¹¹⁹⁸ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 343; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 32.

¹¹⁹⁹ Dethloff, s. 49.

husus, yeni müşterek hukukta boşanma sebebi olarak düzenlenmemiş olabilir¹²⁰⁰. Bu durumda, yeni boşanma statüsünde boşanma sebebi olarak kabul edilmeyen olayların, boşanma davasında esas alınması mümkün değildir¹²⁰¹.

Tam tersi bir şekilde, önceki müşterek hukuk döneminde meydana gelmiş ve boşanma sebebi olarak kabul edilmemiş bir olay, yeni müşterek hukuk uyarınca boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olabilir¹²⁰². Bu durumda, olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan kanunî düzenlemelere göre değerlendirilmesi gerektiği ve bu sebeple de boşanma sebebi olarak dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir¹²⁰³. Buna karşılık, katıldığımız karşıt görüş uyarınca, önceki müşterek hukuk döneminde meydana gelen olayların, evlilik birliğine verdiği zararların hesaba katılması suretiyle farklı bir sonuca varılması da mümkündür¹²⁰⁴. Gerçekten de bu noktada, tarafların belirli bir zamanda yürürlükte olan kanuna göre gerçekleştirdikleri hukukî işlemin, kanun değişikliğinden sonra geçerli olup olmadığı meselesi söz konusu değildir. Asıl mesele, yeni kanunun belirli bazı sonuçlar bağladığı birtakım maddî olayların, göz önünde bulundurulmasıdır. Bu sebeple, yeni kanunun evlilik birliğini bozacak nitelikte kabul ettiği söz konusu olaylar, ilgili olayları bu şekilde nitelendirmeyen önceki kanun döneminde meydana gelmiş olsa dahi, ilgili olayların boşanma davasında dikkate alınması mümkündür¹²⁰⁵.

IV. BAĞLAMA KURALININ UYGULAMA ALANI

A. Evliliği İleriye Etkili Olarak Sona Erdiren Diğer Hâller

Evliliği ileriye etkili olarak sona erdiren, boşanma haricindeki diğer hâllerde de uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 14 uyarınca tespit edilecektir. Bu bağlamda; ölüm,

¹²⁰⁰ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 259; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 343; Aybay/ Dardağan, s. 214; Can/ Toker, s. 378.

¹²⁰¹ Nomer, “Devletler Hususî”, s. 259; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 343; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 32-33; Aybay/ Dardağan, s. 214; Can/ Toker, s. 378-379.

¹²⁰² Tekinalp/ Uyanık, s. 169; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 343; Aybay/ Dardağan, s. 214-215.

¹²⁰³ Tekinalp/ Uyanık, s. 169; Nomer, “Devletler Hususî”, s. 259; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 32-33; Aybay/ Dardağan, s. 214-215. Nitekim aksinin kabulü, “olayın meydana geldiği tarihte o kişiler için yürürlükte olmayan bir hukukun uygulanması” olarak nitelendirilmektedir (Can/ Toker, s. 379).

¹²⁰⁴ Fransız Yargıtay’ı eski tarihli bir kararında bu yaklaşımı benimsemiştir. Şöyle ki, “boşanma davasının sebebinin, ileri sürülen maddî olaylardan ziyade, bunların evlilik bağına verdikleri derin ve devamlı zararlar yüzünden müşterek hayatın çekilmez hâle gelmiş olmasına dayandığı gerekçesiyle”, önceki kanun zamanında meydana gelen olayların da dikkate alınmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir (Bkz. Sakmar, s. 111).

¹²⁰⁵ Sakmar, s. 111-112.

ölüm karinesi, gaiplik, ömür boyu hapis cezası, din değiştirme gibi diğer sona erme hâlleri de boşanma statüsü kapsamında değerlendirilmektedir¹²⁰⁶. Söz konusu sebeplerin evliliği sona erdirip erdirmeyeceği, sona ermesinin hüküm ve sonuçları, MÖHUK m. 14 uyarınca tespit edilen yetkili hukuk kapsamında belirlenecektir. Bununla birlikte, Türk hukukunda ömür boyu hapis cezası, din değiştirme gibi hâller evlilik birliğinin sona ermesi sonucu doğurmazlar. Yetkili yabancı hukukta bu yönde düzenleme olması kamu düzeni müdahalesini gerektirecek niteliktedir.

Gaiplik veya ölmüş sayılma kararı ise kural olarak hakkında karar verilecek kişinin milli hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 11/1). Ancak bu kararların evlilik birliğini sona erdirip erdirmeyeceği boşanma statüsü kapsamındadır¹²⁰⁷. Hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilmiş kişinin, sonradan ortaya çıkmasının hukukî sonuçlarının da boşanma statüsüne tâbi olduğu ifade edilmektedir¹²⁰⁸.

B. Boşanma ve Ayrılık Sebepleri

Boşanma ve ayrılık sebepleri, sebeplerin gerçekleşme şartları, mutlak veya nisbî karakterleri, MÖHUK m. 14/1 uyarınca tespit edilen bağlama kuralı uyarınca belirlenecektir¹²⁰⁹. Örneğin, boşanma sebebi olarak “*kusur*” kavramının vasıflandırılması, lex fori kapsamında değil, esasa ilişkin olması itibarıyla boşanma statüsü kapsamındadır¹²¹⁰. Bu bağlamda tarafların kusurlu olup olmadıkları, hangi oranda kusurlu oldukları ve kusurun boşanma talebi üzerindeki etkileri, boşanma statüsü uyarınca belirlenecektir. Eğer yetkili yabancı hukukta, Türk hukukunda olduğu gibi davacının daha kusurlu olduğu durumlarda, davalıya açılan boşanma davasına itiraz hakkı tanınmışsa (TMK m. 166/2), bu itirazın kapsamının ve sonuçlarının da boşanma statüsü uyarınca belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²¹¹.

Anlaşmalı boşanmada, tarafların boşanmanın sonuçları üzerinde de anlaşmasının gerekip gerekmediği, eğer gerekli ise söz konusu anlaşmanın maddî

¹²⁰⁶ Tekinalp/ Uyanık, s.168; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 258; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 29; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s.139; Çelikel/ Erdem, s. 249-250; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 342; Aybay/ Dardağan, s. 213; Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 19; Tarman, s. 79.

¹²⁰⁷ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 51.

¹²⁰⁸ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 51.

¹²⁰⁹ Tekinalp/ Uyanık, s. 168; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 262; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 29; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s.137; Çelikel/ Erdem, s. 246; Aybay/ Dardağan, s. 213.

¹²¹⁰ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 57.

¹²¹¹ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 57-58.

kapsamı boşanma statüsüne tâbidir¹²¹². Bununla birlikte, boşanma protokolünde düzenleme konusu yapılan her bir hukukî kuruma (*velayet, boşanmanın mâlî sonuçları, nafaka gibi*) ayrı ayrı tâbi oldukları statünün uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹²¹³. Türk hukukunda, anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için, tarafların “*boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda*” anlaşmaları ve taraflarca kabul edilen düzenlemenin hâkim tarafından uygun bulunması şarttır (TMK m. 166/3). Doktrinde bir görüş uyarınca, bazı hukuk düzenlerinde boşanmanın mâlî sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin hususların, boşanma davasından sonra açılacak ayrı bir dava konusu olarak düzenlenmiş olabileceği, bu sebeple de yetkili yabancı hukukta tarafların bu hususlarda anlaşmasının şart olarak düzenlenmemesi gerekçesiyle, yetkili yabancı hukukun uygulanmasından kaçınılmaması gerektiği belirtilmektedir¹²¹⁴. Kanaatimizce de yabancı hukukta boşanmanın mâlî sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin hususların kararlaştırılmasının şart olarak aranmaması, yetkili yabancı hukuku uygulamaktan kaçınma imkânı tanımaz. Hâkimin yabancı hukuku tıpkı o ülkenin hâkimi gibi uygulaması gerekliliği de nazara alındığında, tarafların aralarındaki anlaşmada sadece boşanma konusunda uzlaşmış olmaları yeterli görülmelidir.

Yetkili yabancı hukukta düzenlenen boşanma ve ayrılık sebepleri, Türk hukukundaki düzenlemeye benzer nitelikte olabileceği gibi, farklı nitelikte de düzenlenmiş olabilir. Hukuk düzenlerindeki farklılıklar, kural olarak kamu düzeni müdahalesi için yeterli değildir. Yetkili yabancı hukukta düzenlenen ve somut uyuşmazlıkta uygulanması gereken boşanma sebepleri, Türk hukukunun temel değerleriyle açıkça çelişir nitelikte ise kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir¹²¹⁵. Örneğin, Türk hukukunda zina sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilmesi için, zina fiilinin bir kez gerçekleşmiş olması yeterlidir. Eğer yetkili yabancı hukukta, zinanın boşanma sebebi olarak kabul edilebilmesi için, bu hususta devamlılık olması aranıyorsa kamu düzeninin menfi etkisi bu noktada devreye girebilecektir. Buna karşılık eşlerin

¹²¹² Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 52.

¹²¹³ Bkz. Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 52, dn. 221’de zikredilen yazarlar.

¹²¹⁴ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 52-53.

¹²¹⁵ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 342; Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 32-34. Benzer şekilde, Türk hukukunda kabul edilmemiş boşanma sebeplerine dayanarak verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması açısından, kamu düzeninin istisnai niteliği gözetilerek, somut olayın özellikleri hâkim tarafından ihtiyatla takdir edilmelidir. Tanıma/ tenfiz talebi, yabancı boşanma kararlarının kamu düzenimize açıkça aykırılık teşkil ettiği durumlarda reddedilmelidir (Tiryakioğlu, “Yabancı Boşanma Kararları”, s. 50).

anlaşmalı boşanabilmeleri için evliliğin en az iki yıl sürmüş olmasını arayan ülke hukukun uygulanmasının, kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

Boşanmadan önce mutlaka ayrılığa hükmedilmesi gerektiğini düzenleyen ülke hukukunun uygulanması, kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilebilir mi? Kanaatimizce, söz konusu ayrılık süresi çok uzun olmadığı sürece, kamu düzeni müdahalesi gündeme gelmemelidir. Ancak örneğin, yedi yıl gibi çok uzun bir süre ayrılığın zorunlu olması, boşanma ve dolayısıyla da yeniden evlenme hakkının özünü zedeleyecek nitelikte olduğundan, kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

C. Boşanmanın Hüküm ve Sonuçları

Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte, boşanan taraflar ve müşterek çocukları açısından bazı şahsî ve mâlî sonuçlar doğmaktadır. Bu sonuçların bir kısmı, kararın kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden gerçekleşmekle birlikte; bazı hususlarda hâkimin re'sen veya tarafların talebi üzerine ayrıca karar vermesi gerekmektedir¹²¹⁶. Boşanmanın en önemli ve asli sonucu, kararın kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliğinin sona ermesidir. Bu bağlamda, eşler arasında evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükler kendiliğinden sona ermektedir¹²¹⁷. Bununla birlikte, boşanmanın hüküm ve sonuçlarına ilişkin birçok önemli husus hakkında hâkim kararına ihtiyaç duyulmaktadır.

Doktrinde, boşanmış eşler arasındaki nafaka taleplerinin, velayete ilişkin sorunların, maddî ve manevî tazminat taleplerinin ve soyadına ilişkin problemlerin, boşanma statüsüne tâbi olduğu ifade edilmektedir¹²¹⁸. MÖHUK m. 14/1'de ise “*boşanma hükümleri*” şeklinde geniş bir ifade kullanıldıktan sonra, devam eden fıkralarda “*boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri ile velayet ve velayete ilişkin sorunlar*” ayrıca vurgulanma ihtiyacı hissedilmiştir. Bu sebeple aşağıda, boşanmanın hüküm ve sonuçlarına ilişkin hususların ayrı başlıklar altında incelenmesi uygun görülmüştür.

¹²¹⁶ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 89.

¹²¹⁷ Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 89.

¹²¹⁸ Tekinalp/ Uyanık, s. 168; Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 262- 263; Çelikel/ Erdem, s. 247; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s.137; Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 342; Aybay/ Dardağan, s. 213- 214.

1. Boşanmış Eşler Arasındaki Nafaka Talepleri

Boşanmış eşler arasındaki nafaka taleplerinin, boşanma statüsüne tâbi olduğu açıkça hükme bağlanmıştır (MÖHUK m. 14/2- c. 1). Bu hüküm kapsamında “*boşanmış eşler arasındaki*” nafaka taleplerinin düzenlendiğine dikkat edilmelidir. Doktrinde, boşanma sonucunda hükmedilen her türlü nafaka talebinin, boşanmaya uygulanacak hukuka tâbi olduğu ifade edilmektedir¹²¹⁹. Bu bağlamda, eşlerin birbirlerine karşı olan nafaka yükümlülükleri ile eşlerin müşterek çocuklarının bakımlarına katkı yükümlülükleri gündeme gelecektir¹²²⁰.

Eşlerin birbirlerine karşı olan nafaka yükümlülükleri, Türk hukukunda yoksulluk nafakası olarak adlandırılmaktadır. Türk Medenî Kanunu’nun 175. maddesi uyarınca, “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.*” Söz konusu nafakanın, toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilmesi mümkündür (TMK m. 176/1). Uygulamada ise çoğunlukla nafakanın irat biçiminde ödenmesine hükmedildiği belirtilmekte ve TMK m. 176/3’te¹²²¹ düzenlenen istisnai durumlar gerçekleşmediği sürece, özellikle de çok kısa süren evliliklerde bile yoksulluk nafakasının “*süresiz*” olarak devam etmesi eleştirilmektedir¹²²². Yoksulluk nafakasının

¹²¹⁹ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 31. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut **Aygün**, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, (“Nafaka”).

¹²²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gonca **Gülfem Bozdağ**, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015; Ali İhsan **Özguşur**, *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Nafaka Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2015, (“Nafaka”).

¹²²¹ İlgili hüküm uyarınca, “*İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararıyla kaldırılır*” (TMK m. 176/3).

¹²²² Abdulkerim **Yıldırım**, “*Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu ve Çözüm Önerisi*”, Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı – İstanbul, 7 Nisan 2018 (Editör: Dr. Öğr. Üyesi Akın **Ünal**, Arş. Gör. Arif **Kalkan**), Adalet Yayınevi, Ankara 2019, ss. 105-112, s. 111-112, (“*Yoksulluk Nafakası*”). Yoksulluk nafakasının süresiz devam etmesi eleştirilmekle birlikte, “*Türk Medenî Kanunu’nun 175. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...süresiz olarak...” ibaresinin Anayasa’nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı*” iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuru, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olmadığı, 10. ve 41. maddesi ile de ilgisi bulunmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Karara göre, “*...İtiraz konusu “süresiz olarak” ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 175. maddesinde “süresiz olarak” ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır... İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşi korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti*

sürelî hâle getirilmesi gerektiği ve bu belirlenen süre uyarınca da her somut olayın özelliklerine göre (*eşlerin durumu, evlilik süresi, eşlerin yaşları gibi hususlar dikkate alınarak*) nafaka süresinin, hâkim tarafından takdir edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²²³. Bizim de katıldığımız bu görüşlerden yola çıktığımızda, eğer yetkili yabancı hukukta, yoksulluk nafakasının belirli süreli olarak verilmesine ilişkin bir düzenleme varsa, bu hukukun uygulanması noktasında kanaatimizce Türk kamu düzeni müdahalesi gündeme gelmemelidir¹²²⁴. Benzer şekilde bazı ülke hukuklarında, boşanma sonrasında ortaya çıkan “*yoksulluğun giderilmesi*”, sadece “*maddî tazminat*” aracılığıyla mümkün görülmektedir¹²²⁵. Bazı ülke hukuklarında ise nafaka şeklinde nakdi ödeme yerine, yoksulluğa düşen eş yararına, taşınmaz mülkiyetinin devri veya intifa hakkı tanınması gibi alternatif yöntemler de benimsenmektedir¹²²⁶. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, yoksulluk nafakasının hiç düzenlenmemiş olması da kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir hâl olarak düşünülmemelidir¹²²⁷.

ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur” (AYM, T. 17.5.2012, E. 2011/136 ve K. 2012/72 - RG. T. 26.06.2012, S. 28335).

¹²²³ Harun **Can**, “*Nafaka Bağlamında Aile Hukukunda Yapılması Gerekli Değişiklikler ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ile Çözüm Önerileri*”, Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı – İstanbul, 7 Nisan 2018 (Editör: Dr. Öğr. Üyesi Akın **Ünal**, Arş. Gör. Arif **Kalkan**), Adalet Yayınevi, Ankara 2019, ss. 85-89, s. 89; Yıldırım, “*Yoksulluk Nafakası*”, s. 112.

¹²²⁴ Örneğin Hollanda hukukunda, eşlerin müşterek çocuğu olup olmamasına göre farklı süreler düzenlenmiştir. Eğer eşlerin çocuğu varsa nafaka süresinin üst sınırı on iki yıldır. Eğer çocuk yoksa ve evlilik beş yıldan kısa sürmüştü, evlilik süresi kadar nafakaya hükmedilmektedir. Romanya hukukunda, boşanmada kusursuz eşe süresiz nafaka verilirken, kusurlu eşe, sadece bir yıl nafaka verilmektedir. Polonya hukukunda ise nafaka süresinin üst sınırı beş yıl ile sınırlandırılmıştır (Şıpka, “*Toplu Bakış*”, s. 39-40).

¹²²⁵ Şıpka, “*Toplu Bakış*”, s. 38. Örneğin, Fransa Medenî Kanunu’nda nafakaya ilişkin düzenleme bulunmadığı, sadece maddî tazminata ilişkin hüküm bulunduğu ve bu tazminatın da kural olarak peşin ödendiği belirtilmektedir. Bkz. Bilgehan **Çetiner**, “*Boşanmada Nafaka ve Tazminat İlişkisi*”, Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı – İstanbul, 7 Nisan 2018 (Editör: Dr. Öğr. Üyesi Akın **Ünal**, Arş. Gör. Arif **Kalkan**), Adalet Yayınevi, Ankara 2019, ss. 99-103, s. 101, (“*Nafaka ve Tazminat*”).

¹²²⁶ Şıpka, “*Toplu Bakış*”, s. 38-39.

¹²²⁷ Doktrinde bir görüş, Türk hukukundaki yoksulluk nafakasının da yeniden düzenlenmesi gerektiğini ve “*yoksulluk*” kavramının kaldırılmasının daha isabetli olacağını savunmaktadır (Şıpka, “*Toplu Bakış*”, s. 43). Bir başka görüş ise uygulamada, yoksulluk nafakası ödeyecek eşin mali durumuna göre farklı rakamlar belirlenmesini eleştirmekte, nafakanın zorunlu ve gerekli ihtiyaçları karşılamının ötesinde, mevcut sosyal ve ekonomik pozisyonun korunması amacıyla bir zenginleşme aracı olarak görüldüğü ifade edilmektedir. Bu bağlamda belirlenecek genel yoksulluk sınırına göre hareket edilmesinin daha mâkul bir yaklaşım olacağı belirtilmektedir. Bunun da ötesinde, mukayeseli hukuktan farklı olarak, Türk hukukunda hem nafaka hem de tazminata ilişkin düzenleme olması ve ilaveten yasal mal rejiminin de edinilmiş mallara katılma rejimi olarak belirlenmesinin, bir eşin diğer eşin malvarlığından zenginleşmesi sonucunu doğurduğu savunulmaktadır. Bu durum, “*bir koyundan üç post çıkarılmış olmaktadır*” şeklinde nitelendirilmektedir. Sorunun çözümü açısından, birçok hukuk sisteminde hâkim olmaya başlayan ve boşanma ile birlikte tarafların uyumsuzluklarına ve ekonomik ilişkilerine son vermeyi hedefleyen “*clean break*” sisteminin örnek alınması gerektiği belirtilmektedir. Neticede, nafaka veya tazminata ilişkin düzenlemelerden birinin tercih edilmesi ve tercihin de maddî tazminattan yana olması gerektiği savunulmaktadır (Çetiner, “*Nafaka ve Tazminat*”, s. 101-103).

Eşlerin müşterek çocuklarının bakımlarına katkı yükümlülükleri ise Türk hukukunda iştirak nafakası olarak adlandırılmaktadır. Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılma yükümlülüğü bulunmaktadır (TMK m. 182/2). Yetkili yabancı hukukta benzer bir düzenleme olabileceği gibi, örneğin velayetin müşterek kullanılması durumunda olduğu gibi böyle bir nafakaya hükmedilmesi ihtiyacı doğmayabilir. Bu bağlamda, nafaka yükümlülüğü bulunup bulunmadığı, eğer var ise hangi şartlarda ve ne kadar süre nafaka verileceği boşanma statüsü uyarınca bütüncül bir yaklaşımla tayin edilecektir.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki, özellikle de çocuklara karşı nafaka mükellefiyeti, milletlerarası sözleşmelerin hâkimiyetindedir. Bu sebeple MÖHUK'un uygulama alanı oldukça daralmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu, nafakaya uygulanacak hukuk, nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi ile nafakanın tahsiline ilişkin çok sayıda Lahey Sözleşmesi bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmelerden en önemlisi, 1973 tarihli *“Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”*¹²²⁸. Sözleşme'nin 8. maddesinde, evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle eşler arasında ortaya çıkan nafaka taleplerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Hükme göre, boşanma kararının verildiği veya tanındığı bir âkit devlette, eşler arasındaki nafaka ve mevcut nafakanın değiştirilmesi taleplerine, boşanmaya uygulanacak hukuk uygulanacaktır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâllerinde de uygulanacaktır. Buna karşılık, müşterek çocukların bakım giderleri sebebiyle talep edilen nafaka hakkında, Sözleşme hükümleri (m. 4-5-6) uygulanacaktır.

2. Boşanmada Velayet ve Velayete İlişkin Sorunlar

Boşanmada velayet ve velayete ilişkin sorunlar boşanma statüsüne tâbidir (MÖHUK m. 14/3)¹²²⁹. Doktrinde, velayet meselesinin doğrudan doğruya boşanmanın

¹²²⁸ RG. T. 06.02.1983 - S. 17951. 1973 tarihli Sözleşme'ye taraf olmayan devletler açısından, 1956 tarihli *“Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi”* uygulanacaktır (RG. T. 24.12.1971 - S. 14052).

¹²²⁹ *“Davacı baba İspanyol vatandaşı, davalı anne ise Hollanda vatandaşıdır. 5718 sayılı MÖHUK. 14. maddesi karşısında; velayet ve kişisel ilişki konusunda boşanmanın tâbi olduğu hukukun uygulanacağına göre; tarafların müşterek millî hukuku ve mutad mesken hukukları bulunmadığından, uyuşmazlıkta Türk hukukunun uygulanmış olmasında hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır. Kişisel ilişki konusunda Türk hukuku uygulamasında “kişisel ilişki kurma”, hem çocuk, hem de ana baba yönünden bir haktır. Bu hak kullanılırken, ana baba yararı ile çocuğun yararının çatışması durumunda, çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir. Bu bakımdan çocuğun velayetini fiilen anne kullandığına ve babanın da buna bir itirazı bulunmadığına göre, çocukla baba arasında mahkemenin kişisel ilişki kurması yasaya uygundur... Mahkemece müşterek çocuk ile baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken dini bayramlarının*

sonuçlarıyla ilgili olması ve boşanmış eşlerin çocuklarıyla olan ilişkilerini düzenlemesi sebebiyle boşanmaya uygulanacak hukukun kapsamında değerlendirilmesi mâkul görülmektedir¹²³⁰. Bu bağlamda, çocukların velayetinin kime verileceği, velayet hakkının kapsamı, diğer ebeveyn ve üçüncü kişiler ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması gibi hususlar, boşanmaya uygulanacak hukuk uyarınca belirlenecektir¹²³¹. Bununla birlikte, Türkiye'nin de taraf olduğu 19 Ekim 1996 tarihli, “*Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşme*”sinin¹²³² uygulama alanına giren bir uyuşmazlık olduğunda, öncelikle Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği unutulmamalıdır.

Türk hukukunda, velayete ilişkin hususlar kamu düzeninden görülmektedir. Bu noktada özellikle ortak velayete ilişkin talepler sorun yaratmaktaydı. Türk Medenî Kanunu'nda boşanmada ortak velayet kabul edilmediği için, yabancı ülke mahkemelerinden bu yönde alınan kararların tanınması veya tenfizi istendiğinde dahi kamu düzeni engeline takılmaktaydı¹²³³. Bu durum doktrinde hatalı olarak görülmekte ve eleştirilmekteydi¹²³⁴. Yargıtay'ın 20 Şubat 2017 tarihinde verdiği kararla, bu

2'inci günü saat 10.00'dan 3'üncü günü saat 17.00'a kadar kişisel ilişki kurulmasına da karar verilmiştir. Tarafların hangi dine mensup oldukları ve bu dine ait bayramlar tespit edilmeden infazda duraksama yaratacak şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya uygun olmamıştır (HMK. md. 247/2). Mahkemece yapılacak iş tarafların hak ve yükümlülüklerini gösteren ve infazda duraksama yaratmayacak şekilde kişisel ilişki konusunda yeniden hüküm vermekten ibarettir.” (Y. 2. HD. T. 07.05.2013, E. 2012/19748 ve K. 2013/12792 – Ahmet Cemal **Ruhi**, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun – Gerekeçeli, Kısa Açıklamalı, Yargıtay İçtihatlı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, 4. Baskı, s. 60-61).

¹²³⁰ Burak **Huysal**, *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 130-140, (“*Velâyet*”); Sakmar, s. 188.

¹²³¹ Çelikel/ Erdem, s. 249; Uyanık Çavuşoğlu, “*Boşanma*”, s. 144.

¹²³² Sözleşme'ye katılmamız 6707 sayılı “*Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” ile uygun bulunmuştur (RG. T. 05.05.2016 - S. 29703). Sözleşme metni ve taraf devletler için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>, (ET. 30.06.2018). Sözleşme'nin incelenmesi ve Türk hukukuna etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Elif **Ulus Karataş**, “*Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi*”, *MHB, C. 37, S. 2, Y. 2017*, ss. 911-1003, (“*Velâyet*”). Türkiye, 1961 tarihli “*Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi*”ne de taraf olmakla birlikte (RG. T. 21.02.1983 - S. 17966), 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçmek üzere hazırlanan 1996 tarihli Sözleşme'nin, Türkiye açısından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte (RG. T. 03.01.2017 - S. 29937), 1961 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanının kalmadığı ifade edilebilir.

¹²³³ Bkz. Y. 2. HD. T. 10.10.2006, E. 2006/6824 ve K. 2006/13638; Y. 2. HD. T. 12.06.2006, E. 2006/2773 ve K. 2006/13638; Y. 2. HD. T. 19.03.2013, E. 2012/21186 ve K. 2013/7440, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 11.03.2018).

¹²³⁴ Çelikel/ Erdem, s. 251. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı **Bayata Canyaş**, “*Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts*”, *International*

yanlıştan dönülmüştür¹²³⁵. Karara konu olan olayda, taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan çocuğunun velayetinin anne ve babaya birlikte verilmesi suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini istemiştir. İlk derece mahkemesi ise özetle, *“tarafların millî hukukuna göre evlilik dışı doğan çocuklar açısından ortak velayet düzenlemesi mümkün ise de ortak velayet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir”*. Yargıtay ise *“ortak velayet”* düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının belirlenmesine yönelik değerlendirme yaparken, öncelikle Türk Medenî Kanunu’nun ilgili hükümlerine yer vermiştir. Sonrasında, *“Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan ‘11 Nolu Protokol Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol’, 6684 s. Kanunla onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’ de yayımlanıp yürürlüğe girdiğine ve iç hukukumuz hâlini aldığına”* vurgu yapılmıştır. Ek 7 Nolu Protokol’ün 5 inci maddesine göre, *“Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi hâlinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir”*. Söz konusu hükümlerin değerlendirilmesi neticesinde, Yargıtay, isabetli bir şekilde *“ortak velayet”* düzenlenmesinin Türk kamu düzenine *“açıkça”* aykırı olmadığını ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlâl etmediğini belirtmiştir¹²³⁶.

3. Maddî ve Manevi Tazminat Talepleri

Boşanma veya ayrılığa bağlı olarak talep edilebilecek maddî ve manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak MÖHUK’ta herhangi bir düzenleme yoktur. Doktrinde, boşanmaya bağlı olarak gündeme gelen bu tarz taleplerin, boşanma statüsüne tâbi olmasının uygun olacağı ifade edilmektedir¹²³⁷. Zira boşanma davasında talep

Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 27, I. 3, Y. 1 December 2013, pp. 310-331, (*“Joint Custody”*).

¹²³⁵ Y. 2. HD. T. 20.02.2017, E. 2016/15771 ve K. 2017/1737, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 10.03.2018).

¹²³⁶ Ortak velayet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süheyla **Kahraman**, *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019; Fulya **Erlüle**, *İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

¹²³⁷ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 32; Doğan, V., *“Milletlerarası Özel”*, s. 344; Aybay/ Dardağan, s. 213; Uyanık Çavuşoğlu, *“Boşanma”*, s. 97.

edilen tazminat talepleri, boşanma talebinden bağımsız aslî talepler değildir¹²³⁸. Maddi ve manevi tazminat talepleri, boşanmanın fer'i sonuçları arasında nitelendirilmektedir¹²³⁹.

Türk Medenî Kanunu'nun 174. maddesi uyarınca, “Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”. Görüldüğü üzere, maddî tazminat talebi “boşanma sebebiyle” eşlerden birinin mevcut ve beklenen maddî menfaatlerinin zarar görmesine; manevi tazminat talebi ise “boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden” eşlerden birinin kişilik hakkının saldırıya uğramasına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır¹²⁴⁰. Dolayısıyla da tazminat taleplerinin, boşanma statüsü kapsamında değerlendirilmesi mâkul bir yaklaşımdır.

Türk hukukunda tazminat taleplerinin, “zenginleşme” yöntemi olarak kullanılması kabul görmemektedir. Bu sebeple yetkili yabancı hukukta mâkul görülen çok yüksek tazminat talepleri, Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilecektir. Bu noktada özellikle de tazminat ödemesi ihtimal dâhilinde olan tarafın, sırf bu sebeple boşanmaktan imtina etmesine sebebiyet verecek nitelikteki miktarlar, kamu düzeninin menfi etkisi ile bertaraf edilmelidir.

4. Soyadına (Aile Adına) İlişkin Hususlar

Türk hukukunda ada/soyadına uygulanacak hukuka dair özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, genel yaklaşım, adın kazanılmasında ve kaybında etkili olan aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukukun, ada/soyadına ilişkin hukukî sonucu da tayin etmesi gerektiği yönündedir. Bu bağlamda, boşanmanın eşlerin soyadı üzerindeki etkileri, boşanma kesinleştikten sonra eşlerin birbirinin soyadını kullanmaya devam

¹²³⁸ Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 344; Akkaya, s. 38.

¹²³⁹ Akkaya, s. 39. Bununla birlikte, birçok Avrupa ülkesinde maddî ve manevi tazminat taleplerinin, boşanmanın sonuçları kısmından çıkarıldığı ve borçlar hukukunun genel hükümlerine tâbi tutulduğu belirtilmektedir (Şıpka, “Toplu Bakış”, s. 42).

¹²⁴⁰ Akkaya, s. 39.

edip etmeyecekleri gibi hususların boşanma statüsüne tâbi olması gerektiği belirtilmektedir¹²⁴¹.

Türk hukukunda, kural olarak, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte, kadın, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır (TMK m. 173/1). Bununla birlikte, *“kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa”* kadının istemi üzerine, kocasının soyadını taşımaya devam etmesine izin verilebilir (TMK m. 173/2)¹²⁴².

Türk hukukunda evlenme veya boşanma ile yalnızca kadının soyadı etkilenmektedir. Lâkin yabancı hukuk düzenlerinde kocanın soyadının da bu durumlardan etkilenmesi mümkündür. Eğer aile adı olarak kadın eşin soyadı tercih edilmişse, boşanma sonrasında kocanın soyadında değişiklik meydana gelmesi ihtimal dâhilindedir. Ancak isim değişikliği talepleri, nüfus müdürlükleri ve mahkemeler tarafından kategorik olarak kamu düzeninden görülmekte ve hatalı uygulamalar yapılmaktadır¹²⁴³. Oysaki kamu düzeni müdahalesi somut olay üzerinden değerlendirilmelidir. Kaldı ki amaç ailenin tek bir isimle anılarak aile adında birliğin sağlanması ise bunun kadın eşin soyadının aile adı olarak tercih edilmesi suretiyle gerçekleşmesi de mümkündür. Netice itibarıyla, kocanın eşinin soyadını alması yahut boşanma suretiyle kaybetmesi Türk kamu düzenini ihlâl etmemektedir.

¹²⁴¹ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 30; Aybay/ Dardağan, s. 213- 214; Uyanık Çavuşoğlu, *“Boşanma”*, s. 92-93; Pürselim Arning, *“Ad”*, s. 259. Yabancı unsurlu evliliklerde, evlilik birliği devam ederken eşlerin soyadına ilişkin hususlar, evlenmenin genel hükümleri kapsamında (MÖHUK m. 13/3) değerlendirilmektedir. Buna göre, hangi eşin diğerinin soyadını alacağı, hangi soyadının aile adı olarak esas alınacağı gibi meseleler, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde ise müşterek mutad mesken hukukuna ve bunun da bulunmaması durumunda Türk hukukuna tâbidir. Türk hukukunda, özellikle kadının soyadına ilişkin düzenlemenin değerlendirilmesi hakkında bkz. Nuray Ekşi, *“Medenî Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükümünün AİHS, Anayasa, Cedaw ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”*, Prof. Dr. Erhan Adal' a Armağan, YÜHFD, C. VIII, S. 2, Y. 2011/ C. IX, S. 1, Y. 2012, ss. 311-333, (*“Soyadı”*).

¹²⁴² Doktrinde bir görüş uyarınca, kocanın izni aranmaksızın boşanan kadına soyadını kullanmaya devam etme hakkı verilmesi eleştirilmekte ve kocanın soyadının firma veya marka adı niteliğinde olmadığı belirtilmektedir (Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 131).

¹²⁴³ *“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 sebebiyle Türkiye'deki Ahmet'in nüfusuna kaydının yapılmadığı hususlarında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı, Ahmet, Alman eşinden Alman Mahkemesi'nin kararıyla boşandığını belirterek bu kararın tanınmasını istemiş, yerel mahkeme; “Tarafların evliliğinin Türk yasaları çerçevesinde geçerli olmadığından nüfusa kaydedilmediğini, bu sebeple de tanıma isteğinde bulunulmayacağı” gerekçesiyle istemi reddetmiş karar davacı tarafından temyiz olunmuştur... Davacının Alman eşinin soyadını alması sebebiyle bu şekilde kaydının Türk nüfusuna yapılmaması (TMK: m. 187) bu evliliğin geçersiz kılmaz ve yok sayılmasını gerektirmez”* (Y. 2. HD. T. 17.03.2008, E. 2007/6488 ve K. 2008/3494 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 03.04.2018). Ayrıca bkz. Y. 18. HD. T. 25.02.1997, E. 1997/288 ve K. 1997/1496 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 03.04.2018. Söz konusu kararın eleştirisi hakkında bkz. Emre Esen, *“Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler”*, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan – MHB, C. 24, Sayı 1-2, Y. 2004, ss. 439-450.

5. Bekleme Süreleri

Bekleme sürelerinin boşanmaya uygulanacak hukuka tâbi tutulması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁴⁴. Evlenme engelleri bahsinde incelediğimiz üzere, ”cezalandırma amacı güden” ve ”nesebin karışmasını engellemek amacıyla getirilen” bekleme süreleri olmak üzere, iki tür bekleme süresi söz konusudur. Nitelik itibarıyla, her ikisi de boşanmanın sonucu olarak gündeme geldiği için, boşanma statüsü kapsamında değerlendirilmesi mâkuldür. Lâkin cezalandırma amacı güden bekleme süresinin, kanaatimizce Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması yüksek ihtimâldir. Zira yeniden evlenme hakkının bu şekilde sınırlandırılması, Türk hukukunun temel değerlerine uygun değildir. Bu sebeple, cezalandırma amacıyla bekleme süresi öngören yetkili yabancı hukuk, Türk hâkimi tarafından uygulanmayacak ve taraflara bu yönde bir ceza verilmeyecektir.

Doktrinde bir görüş uyarınca, *nesebin karışmasını engellemek amacıyla getirilen* bekleme süresinin, eşitlik prensibine aykırı olduğu ve kadının evlenme hakkıyla bağdaşmadığı ifade edilmektedir¹²⁴⁵. Bu bağlamda, Alman içtihadında, kanunî bekleme süresine ilişkin hükmün, Alman kamu düzeni müdahalesine yol açan bir düzenleme olması örnek gösterilmektedir¹²⁴⁶. Kanaatimizce, nesebin karışması tehlikesi açısından değerlendirildiğinde, doğal olarak sadece kadın açısından söz konusu sürenin getirilmesi mantıklıdır. Dolayısıyla da cinsiyete dayalı ayrımcılık şeklinde nitelendirilmesi mâkul değildir. Türk Medenî Kanunu’ndaki mevcut düzenleme de dikkate alındığında, yetkili yabancı hukukta öngörülen benzer bir bekleme süresinin, Türk kamu düzeni müdahalesine uğraması gerektiği düşünülmemektedir.

V. BAĞLAMA KURALININ UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN HÂLLER

A. Boşanmanın Şekline Uygulanacak Hukuk

Boşanmanın şekline uygulanacak hukuka dair MÖHUK’ta özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilindiği üzere, Türk hukukunda sadece mahkeme kararıyla boşanmak mümkündür. Bununla birlikte, doktrinde bir görüşe göre, bu kuralın

¹²⁴⁴ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 30; Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 95.

¹²⁴⁵ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 95.

¹²⁴⁶ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 95-96.

milletlerarası özel hukuk bakımından ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir. Gerekçe olarak, *“Türkiye’de yapılan evlilikleri Türk hukukunun şekil şartlarına tâbi tutan”* hükme benzer nitelikte bir düzenlemenin, boşanmalar için mevcut olmaması gösterilmektedir¹²⁴⁷. Bu görüş uyarınca, boşanmanın şekli, boşanma statüsü kapsamında değerlendirilmektedir. Kanunlar ihtilâfı kurallarına göre uygulanması gereken hukuka uygun olduğu sürece, boşanmaların mahkeme dışında da gerçekleşmesi ve bu boşanmalara hukukî sonuç bağlanması mümkündür¹²⁴⁸. Bu görüşe göre, örneğin, *“Türkiye’de ikamet eden kadına İslâm hukukunda talâk’da olduğu gibi boşanma beyanının postayla bildirilmesiyle veya Yahudi hukukunda (halaha) get-boşanma’da olduğu gibi gönderilen boşanma belgesinin (“get”) kadın tarafından kabul edilmesiyle, kendi hukuklarına göre gerçekleşmiş bir boşanma olayının Türkiye’de tanınması mümkündür”*. Türkiye’de gerçekleşen özel boşanmaların, MÖHUK m. 14 uyarınca uygulanması gereken hukuka uygun bulunduğu sürece, tanınmasını önleyici bir düşüncenin mevcut olmadığı ve Türkiye’de mahkeme dışında gerçekleştirilen boşanmanın tanınmasının ancak kamu düzeni müdahalesiyle engellenebileceği savunulmaktadır. Ancak somut duruma bakıldığında, her iki tarafın da yabancı olduğu ve kendi hukuklarına göre gerçekleşmiş bir boşanma olayının kamu düzenini ihlâl ettiğinin de söylenemeyeceği ifade edilmektedir¹²⁴⁹. Aksinin kabulünün, kendi

¹²⁴⁷ Nomer, “Usul”, s. 221.

¹²⁴⁸ Nomer, “Usul”, s. 221-222.

¹²⁴⁹ Özellikle kamu düzenine ilişkin bu değerlendirmeye katılmamız mümkün değildir. Verilen örnekte kadının Türkiye’de ikamet ettiğinin de belirtilmesi karşısında olayın Türk hukukunu ilgilendirdiği de aşikârdır. Genel olarak vurgulamamız gerekirse, erkeğin tek taraflı irade beyanıyla evlilik birliğinin sona ermesi, anayasal güvence altına alınan *“kadın ve erkeğin hak eşitliği”* prensibi (Ay. m. 10/2) ile bağdaşmaz. Dahası özellikle de kadına hiçbir savunma imkânı tanınmaksızın, boşanmaya rızasının olup olmadığı sorulmaksızın boşanmanın gerçekleşmesi hak arama hürriyetinin ve âdil yargılanma hakkının da (Ay. m. 36) ihlâli niteliğindedir. Ayrıca bkz. Aslı **Bayata Canyaş**, “An Analysis of Public Policy Intervention in the Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgments under Turkish Private International Law”, *International Journal of Humanities and Social Science*, Vol. 2, No. 17, September 2012, pp. 118-129, p. 126, (*“Public Policy”*). Yabancı ülkede tek tarafları irade beyanıyla gerçekleşen boşanmaların tanınması mevzusunun ise ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde, eğer kadın eş serbest iradesi ile boşanmayı kabul ettiyse ve kendisi de boşanmak istiyorsa, ilgili ülkede bağımsız bir yargı organının denetim ve onayından geçmişse, Türk hukuku açısından bir nevi anlaşmalı boşanma gibi kabul edilerek, yabancı mahkeme kararının tanınmasının mümkün olduğu savunulmaktadır (Gürzumar, s. 40-41; Tiryakioğlu, *“Yabancı Boşanma Kararları”*, s. 37; Doğan, V., “Milletlerarası Özel”, s. 121; Pürselim Arning, s. 260). Özellikle de tanıma talebinin kadın eşten geldiği ve boşanmanın haklı sebeplere dayandığı durumlarda, bu boşanmaları kamu düzenine aykırı görmemek daha doğru bir yaklaşım olarak görülmektedir. Bu minvalde yakın zamanda Yunanistan mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Yunanistan vatandaşı kadının, talâk beyanıyla gerçekleşen boşanma kararının tanınması talebinin kamu düzeni gerekçesiyle reddedilmesi doktrinde ağır bir şekilde eleştirilmiştir. İlgili uyuşmazlıkta, Mısır vatandaşı erkek ile Yunanistan vatandaşı kadın, Kahire’de Aralık 2015 tarihinde yerel hukuka uygun olarak evlenmişlerdir. Kahire’de yaşayan çift, Haziran 2016 tarihinde, Kahire’de noter huzurunda boşanmıştır. Kadın, Kasım 2016 tarihinde kararın tanınması için Selanik Mahkemelerine başvurmuştur. Mahkeme, ilk etapta, iddet müddetinin dolduğunun ve kocanın talâk beyanından

hukuklarına göre sona eren bir evliliğin, Türk hukukuna göre hâlen geçerli sayılması sonucunu doğuracağı belirtilmektedir. Neticede bu görüş uyarınca, Türkiye’de mahkeme dışında gerçekleşen ve “*hukukî işlem niteliğinde*” görülen bu tarz boşanmaların; uygulanması gereken maddî hukuka uygun olması şartıyla, prensip olarak tanınması mümkündür¹²⁵⁰. Söz konusu tanıma işlemi ise yabancı mahkeme ilâmlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlere göre değil, “*hukukî işlem niteliğinde*” olmaları itibarıyla bir tespit davası yoluyla “*milletlerarası özel hukuk kurallarına göre*” yapılacaktır¹²⁵¹.

Katıldığımız karşıt görüş uyarınca, boşanmaya uygulanacak yetkili yabancı hukuk, mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın salt irade beyanıyla gerçekleşen boşanmaları geçerli kabul etse dahi; bu durumun, Türkiye’de verilen boşanma kararlarının yargısal niteliğini ortadan kaldırıcı bir etki doğuracağını söylemek mümkün değildir¹²⁵². Türkiye’de boşanmaların mutlaka mahkeme huzurunda gerçekleşmesine ilişkin düzen kuralının aksinin kabulü, mevcut hukukî durum karşısında olanaklı görünmemektedir.

Yurt dışında mahkeme haricinde boşanmanın mümkün olduğu bir ülkede gerçekleşen boşanma işleminin, şeklen geçerli olup olmadığı meselesi de Türk mahkemeleri huzurunda gündeme gelebilir. Bu durumda, MÖHUK m. 7’de yer alan hukukî işlemlerde şekle ilişkin genel kuraldan hareketle uyumsuzluğun çözülmesi

dönmeyeceğinin ispatlanması için yargılamanın durdurulması kararı almıştır (Thessaloniki CFI, Judgment 05.05.2017). Sonrasında ise kamu düzeni gerekçesiyle tanıma talebini reddetmiştir (Thessaloniki CFI, Judgment 19.12.2017). Buna karşılık, mahkemenin bu tutumu eleştirilmektedir. İlk olarak, somut durum nazara alınmaksızın, soyut olarak tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşen boşanmanın AİHS ve Yunanistan hukuku uyarınca kamu düzenine aykırı olmasından bahisle başvuru reddedilmiştir. Oysaki boşanmaya kadın eşin de rızasının varlığı durumunda, kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelmemesi ihtimal dâhilindedir. Nitekim Avrupa’daki birçok akademisyen, kadın eş tarafından yapılan tanıma başvurusunu, rızanın varlığına açık bir kanıt olarak görmektedir. Diğer yandan, boşanmanın tanınmaması, topal evliliklere sebebiyet vermektedir. Somut uyumsuzlukta Yunanistan vatandaşı kadın, kendi ülkesinde hâlen evli görünmesi sebebiyle, Yunan mahkemeleri huzurunda tekrar boşanma davası açmak zorundadır. Bu durum ise zaman kaybına neden olacağı gibi; gereksiz masrafa da sebebiyet vereceği açıktır. (Apostolos **Anthimos**, “No Recognition of an Egyptian Talaq on Public Policy Grounds”, 3 August 2018 - <http://icl-in-greece.blogspot.com/2018/08/no-recognition-of-egyptian-talaq-on.html> - ET. 05.09.2018). Alman hukukunda ise talâk usulüyle alınan bir boşanma kararının Almanya’da tanınmasının Alman kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği, ancak kadının boşanma davasına iştirak etmemesi veya iştirak ettiğinde de boşanmayı kabul etmemesi durumunda kamu düzenine aykırılığın gündeme geleceği ifade edilmektedir. Alman mahkemelerinin önüne gelen bir uyumsuzlukta, davalı kadının boşanma işlemine katılmaması ve sonradan da boşanmaya onay vermemesi savunma hakkının ihlâli niteliğinde görülmüş ve bu sebeple kamu düzenine aykırı kabul edilmiştir. Bkz. Ahmet Cemal **Ruhi** ve Yavuz **Kaplan**, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, *MHB*, C. 22, S. 2, Y. 2002, (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan), ss. 643-664, s. 655.

¹²⁵⁰ Nomer, “*Usul*”, s. 221-222.

¹²⁵¹ Nomer, “*Usul*”, s. 222.

¹²⁵² Aybay/ Dardağan, s. 214.

gerektiği ifade edilmektedir¹²⁵³. İlgili hüküm uyarınca, hukukî işlemlerin, “*yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak*” yapılması mümkündür. Hükümdeki “veya” ifadesinden anlaşılabacağı üzere, MÖHUK m. 7 hükmü alternatif bağlama kuralı niteliğindedir. Ancak kanaatimizce boşanma davalarının şekline ilişkin olarak, alternatif geçerliliğin yeterli olup olmayacağının, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Evlenmenin Hükümsüzlüğü

Tezimizin birinci bölümünde ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, evlenmenin hükümsüzlüğü meselesi boşanma statüsüne tâbi değildir. Boşanma davasında ön sorun olarak gündeme gelse dahi bağımsız bir problem olarak değerlendirilerek, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 13 uyarınca tespit edilmelidir.

Evlilik birliğinin kuruluşundaki sakatlıklar, yetkili hukukta boşanma sebebi olarak düzenlenmiş ise uygulanacak hukuk konusunda boşanma statüsü yetkili olabilir mi? Doktrinde bir görüş uyarınca, evlenme engellerinin veya evlenmedeki irade bozukluklarının boşanma sebebi olarak görülmesi ihtimâlinde dahi uygulanacak hukukun evlenme ehliyet ve şartlarını düzenleyen hukuka tâbi olduğu ifade edilmektedir¹²⁵⁴. Bu bağlamda, evlenme ehliyet ve şartlarını düzenleyen hukuk uyarınca söz konusu aykırılığın sonucu boşanma olsa dahi boşanma statüsünü tayin eden hükümlerin dikkate alınmayacağı belirtilmektedir¹²⁵⁵.

C. Geçici Tedbir Talepleri

MÖHUK m. 14/4 uyarınca geçici tedbir talepleri hakkında Türk hukukunun uygulanacağı isabetli bir şekilde düzenlenmiştir¹²⁵⁶. Zira ilgili taleplerin niteliği

¹²⁵³ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 139.

¹²⁵⁴ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 254-255.

¹²⁵⁵ Nomer, “*Devletler Hususî*”, s. 254-255.

¹²⁵⁶ 2675 sayılı MÖHUK’ta geçici tedbir taleplerine uygulanacak hukuka dair açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Yargıtay, tedbir nafakalarına ilişkin hükmün (743 sayılı *Türk Kanunu Medenîsi*, m. 137) kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle, geçici tedbir talebi niteliğindeki nafaka taleplerine Türk hukukunu uygulamaktaydı (Y. 2. HD, T. 02.02.1994, E. 1993/11964 ve K. 1994/1059 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 11.03.2018). Uygulanacak hukuk isabetli bir şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte; boşanma davasının Türkiye’de görülmediği durumlarda, Türk mahkemelerinden geçici tedbir talebinde bulunulup bulunulamayacağının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

itibarıyla, geçici mahiyette ve acil olarak alınması gereken kararlardır. Bu durumda, yabancı bir hukukun araştırılarak uygulanması gereksiz zaman kaybına neden olabilecektir¹²⁵⁷. Bu sebeple geçici tedbir talepleri boşanma statüsüne dâhil edilmemiş, Türk hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca, boşanma veya ayrılık davasının devamı süresince alınması gereken geçici önlemler, hâkim tarafından re'sen alınacaktır. Hükümde özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin tedbirler bu kapsamda değerlendirilmiştir¹²⁵⁸. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre, eşlerin ve çocukların menfaatlerini gözетerek ortak konutta kimin kalacağına karar verecektir. Diğer yandan, ortak çocukların hangi eşle birlikte kalacağını, diğer eş ile çocuklar arasında kişisel ilişkinin nasıl devam edeceğini ve çocukların geçimi için gerekli mâlî katkı payının da belirlenmesi gerekmektedir¹²⁵⁹.

Boşanma davası süresince, bir eşin geçimi için, diğer eşin maddî katkı sağlaması, tedbir nafakası olarak adlandırılmaktadır¹²⁶⁰. Bu noktada eşlerin davalı veya davacı olması önemli olmadığı gibi, kusurlu olup olmadıkları da önemli değildir¹²⁶¹. Hâkim eşlerin mâlî durumlarına göre, zaruri geçim giderlerini ve ödeme kabiliyetlerini nazara alarak tedbir nafakasını belirleyecektir¹²⁶². Belirlenen nafaka, boşanma davasının açıldığı andan itibaren kararın kesinleşmesine kadar geçen sürede hüküm ifade eder¹²⁶³.

¹²⁵⁷ Doğan, V., "Milletlerarası Özel", s. 347; Çelikel/ Erdem, s. 248.

¹²⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esra **Günay İnan**, *Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

¹²⁵⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 134; Erdem, s. 156.

¹²⁶⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 133; Yıldırım, "Aile", s. 81; Erdem, s. 153.

¹²⁶¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 134; Yıldırım, "Aile", s. 79; Erdem, s. 153. "Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kusurlu olduğu kesinleşen karar ile sabit olan eş yararına tedbir nafakası hükmedilmesine olanak bulunup bulunmadığı, noktasındadır....Tedbir nafakası, talebe bağlı olmaksızın (re'sen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren, karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır. Dolayısıyla, tedbir nafakası takdirine ilişkin kararın, davanın açıldığı tarih itibarıyla tarafların ekonomik sosyal durumlarına ilişkin araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerekir. Bu aşamada tarafların kusur durumu belirlenmediğine göre verilecek kararda kusur bir ölçüt olarak alınamayacağı gibi, sonuçta nihai karar verilirken kusur durumunun belirlenmiş olması da tedbir nafakasının kaldırılmasını ya da ödenenlerin geri istenmesini gerektirmez. Zira, tarafların "kusur durumu" hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir" (YHGK, T. 02.11.2011, E. 2011/2-533 ve K. 2011/670 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 09.04.2018).

¹²⁶² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 133; Erdem, s. 154-155.

¹²⁶³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 134; Erdem, s. 155. "Tedbir nafakasına, boşanma veya ayrılık davasının devamı süresince hükmedilebilir (TMK m. 169). Olayda, boşanma kararı yabancı mahkemece verilmiş ve bu karar tanınmıştır. Tanınma kararının kesinleşmesiyle de, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm etkisi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder hâle gelmiş, diğer bir ifade ile taraflar yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten geçerli olmak üzere boşanmış sayılmışlardır. Diğer bir ifade ile tanınma kararının kesinleşmesiyle, ortada varlığını devam ettiren bir boşanma davası kalmamıştır. Öyleyse, 08.04.2000 tarihinde boşanmış olan davacı kadın yararına Türk

Son olarak belirtmemiz gerekir ki, 1973 tarihli “*Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi*” geçici tedbir talebi niteliğindeki nafaka talepleri hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Boşanma davasının görüldüğü sırada evlilik birliği devam ettiği için, Sözleşme’nin 4 ilâ 6. maddelerinde düzenlenen basamaklı bağlama kuralının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁶⁴. Bu bağlamda, Sözleşme, boşanma davası devam ederken talep edilen nafaka talepleri hakkında, MÖHUK m. 14/4 hükmünün uygulanmasına imkân vermemektedir¹²⁶⁵.

D. Boşanmanın Mirasçılık Sıfatı ve Ölüme Bağlı Tasarruflar Üzerindeki Etkisi

Boşanmanın mirasçılık sıfatı ve ölüme bağlı tasarruflar üzerindeki etkisi konusunda, MÖHUK’ta özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ise bu konuda farklı yaklaşımlar söz konusudur. İlk görüş uyarınca, boşanmanın, eşler arasındaki mirasçılık sıfatı ve ölüme bağlı tasarruflar üzerindeki etkileri, miras statüsüne (MÖHUK m. 20) tâbidir¹²⁶⁶. Buna karşılık diğer görüş uyarınca, boşanmanın, eşler arasında karşılıklı yapılan ölüme bağlı tasarruflara etkisi bakımından boşanma statüsü yetkilidir¹²⁶⁷. Kanaatimizce her iki statünün de birlikte değerlendirilmesi neticesinde, milletlerarası özel hukuk adaletine uygun bir sonuca varılması mümkündür.

Türk hukukunda, “*Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler*” (TMK m. 181/1). Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi durumunda ise “*ölen eşin mirasçılarının birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde*” yine birinci fıkra hükümleri uygulanacaktır (TMK m. 181/2). Bu noktada, mirasçıların devam ettiği davanın artık bir boşanma davası olmadığı, kusurun tespiti davası niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹²⁶⁸. Sağ kalan eş, kusurunun ispatlanamaması durumunda; ölen eşinin yasal mirasçısı olabilir ve boşanmadan önce

Medenî Kanunu'nun 169. maddesine göre tedbir nafakası takdir edilmesi de doğru değildir” (Y. 2. HD. T. 31.05.2012, E. 2011/17140 ve K. 2012/14630 – Çelikel/ Nomer/ Giray/ Esen, s. 672-673).

¹²⁶⁴ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 204.

¹²⁶⁵ Tarman, s. 80.

¹²⁶⁶ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 30.

¹²⁶⁷ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s.137.

¹²⁶⁸ Gençcan, “*Boşanma*”, s. 99.

yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybetmez¹²⁶⁹.

E. Mal Rejimleri

Hukuk düzenleri arasındaki sistem farklılıkları sebebiyle, mal rejimi kavramı vasıf ihtilâflarına sebebiyet verebilecek bir konudur. En genel anlamıyla, eşler arasındaki mâlî ilişkileri, eşlere ait malların idaresi usûllerini ve eşler arasındaki malvarlığı ilişkisinin üçüncü kişilere etkilerini düzenleyen kurallar, mal rejimleri kapsamındadır¹²⁷⁰. Buna karşılık, doğrudan doğruya evlilik birliğine hizmet eden ve eşler arasındaki kişisel ilişkileri düzenleyen kuralların, evlenmenin genel hükümlerinden olduğu kabul edilmektedir¹²⁷¹.

Mal rejimine uygulanacak hukuk, boşanma statüsünün kapsamına dâhil edilmemiş, MÖHUK'un 15. maddesinde ayrı bir kanunlar ihtilâfı kuralı ile düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün en önemli özelliği, eşlere, sınırlı da olsa uygulanacak hukuku seçme hakkı tanımış olmasıdır. İlişkinin “*aile hukuku karakterinin*” ağırlığı nazara alınarak, eşlere, “*evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini*” tercih hakkı tanınmıştır¹²⁷². Madde metninde müsterek bir noktadan hareket edilmediğine dikkat etmek gerekmektedir. Nitekim bu sayede, eşlerin evlenme anında farklı millî hukuklarının ve farklı mutad meskenlerinin olması durumunda, seçilebilecek hukuk düzeni sayısı da artmaktadır. Bununla birlikte, mutad mesken hukuklarından birinin seçimine izin verilmiş olması, “*eşlerin yeterli bir bağlılık taşımadıkları bir hukuk düzeninin uygulanması tehlikesi*” sebebiyle eleştirilmektedir¹²⁷³.

MÖHUK m. 15 hükmünün uygulanması açısından, çifte vatandaşlığın da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, çifte vatandaşlar açısından “*efektif olmayan millî hukukun*” seçilmesinin, tereddüt uyandıracak nitelikte olmakla birlikte, madde metninde bu yönde bir sınırlama olmaması sebebiyle, “*efektif*

¹²⁶⁹ Gençcan, “Boşanma”, s. 99.

¹²⁷⁰ Akıncı / Demir Gökyayla, s. 72; Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 165.

¹²⁷¹ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 72.

¹²⁷² Çelikel/ Erdem, s. 256. Buna karşılık, bazı hukuk düzenlerinde (*Fransa ve Avusturya gibi*), evlilik mallarına ilişkin hususlar, “*borçlar hukuku karakterli*” kabul edilmekte ve yetkili hukukun belirlenmesi noktasında daha geniş bir hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır (Aybay/ Dardağan, s. 209).

¹²⁷³ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 167.

olmayan millî hukukun” da seçilebileceği ifade edilmektedir¹²⁷⁴. Aynı yönde başka bir görüşe göre, tanınan hukuk seçimi imkânı zaten sınırlı niteliktedir ve “*kanun koyucunun, bu sınırlamayı daha da arttırarak eşlerin sahip oldukları millî hukuklardan sadece birer tanesini seçmelerine imkân tanımak gibi bir amacı*” olmadığı belirtilmektedir¹²⁷⁵. Buna karşılık, doktrinde başka bir görüş uyarınca, yapılan bu tespitlerin irade muhtariyeti esasına ve MÖHUK m. 15/1 hükmünün amacına uygun olduğu kabul edilmekle birlikte; MÖHUK’un 4. maddesinin b ve c bentlerini görmezden gelmeye yetmediği, yapılacak bir değişiklikte açık bir istisnaya yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁷⁶.

Seçilebilecek hukuk düzenleri evlenme anıyla sınırlandırılmış olmakla birlikte, eşlerin sonradan müşterek bir hukuka sahip olmaları ihtimâli de MÖHUK m. 15/3’te nazara alınmıştır. Hükme göre, “*Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler*”. Söz konusu düzenlemenin eşlere tanınan irade serbestisinin sınırlarını genişlettiği ifade edilmektedir¹²⁷⁷. Madde metninde seçilebilecek bu yeni hukuk düzeninin hangi andan itibaren sonuç doğuracağı noktasında bir açıklık olmamakla birlikte, üçüncü kişilerin haklarının saklı tutulduğu gözetildiğinde, seçilen hukuk düzeninin geçmişe etkili olarak evlenme anından itibaren hüküm doğuracağı kabul edilmektedir¹²⁷⁸.

Sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralından (MÖHUK m. 24/1) farklı olarak, evlilik mallarına uygulanacak hukuk hakkında zımni hukuk seçimine izin verilmemiş, hukuk seçimi anlaşmasının “*açık olarak*” yapılması aranmıştır¹²⁷⁹. Mal

¹²⁷⁴ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 166-167.

¹²⁷⁵ Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri (Uygulanacak Hukuk – Milletlerarası Yetki – Tanıma ve Tenfiz)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 172.

¹²⁷⁶ Bayraktaroğlu Özçelik, “*Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları*”, s. 141-142.

¹²⁷⁷ Ersen Perçin, s. 176. Aynı yönde bkz. Ebru Şensöz, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, *İTÜSBD*, Y. 8, S.16, Güz 2009, ss. 173-211, s. 181. Karşıt görüş için bkz. Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 74.

¹²⁷⁸ Ersen Perçin, s. 176.

¹²⁷⁹ Yargıtay kararına konu olan katkı payı alacağının belirlenmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, davacı tarafın Türk hukukunun uygulanmasını talep etmesi, davalı tarafın da bu yönde bir itirazı olmaması sebebiyle Türk hukukunun uygulanması gerektiğine karar verilmiştir. Karara göre “*Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından; taraflar 14.01.1988 tarihinde evlenmişlerdir. Davacı ve davalı 04.01.1999 tarihinde Türk vatandaşlığından çıkarılmıştır. Meidling mahalli mahkemesinde 03.12.2004 tarihinde açılan boşanma davasının aynı gün sonuçlanması ve kesinleşmesi ile boşandıkları anlaşılmıştır. Bu durumda, öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlıkta hangi hukukun uygulanması gerektiğinin açıklanması icap etmektedir. 5718 sayılı yasanın (MÖHUK) 15. maddesinin öncelikle uygulanması gerekir. Ne var ki, davacı taraf, dava dilekçesinde ve yargılama aşamasında Türk hukukunun uygulanması talep etmiştir. Davalı yan ise 5718 sayılı Kanunun 15/son maddesine göre evlenmeden sonraki yeni tâbi oldukları müşterek hukukun uygulanmasını savunmamış ve bu hususta taraflar arasında bir anlaşma olduğunu da iddia etmemiştir. Öyle ise taraflar arasındaki uyuşmazlıkta Türk hukukunun*

rejimi sözleşmelerinin, klasik bir borçlar hukuku sözleşmesi değil, aile hukuku karakteri ağır basan sözleşmeler olduğu dikkate alındığında, kanunkoyucunun bu yaklaşımı mâkul görülmektedir¹²⁸⁰. Doktrinde bir görüş uyarınca, tarafların, “*evlilik sözleşmesinde*”¹²⁸¹ evlilik mallarına uygulanacak hukuku da seçebilecekleri ifade edilmektedir¹²⁸². Kanaatimizce, taraflar sözleşmelerine bu yönde bir hüküm ekleseler dahi, her hâlükârda hukuk seçimi anlaşmasının, asıl sözleşmeden bağımsız değerlendirilmesi gerekmektedir.

Önemle belirtmemiz gerekir ki hukuk seçimi anlaşmasının varlığı durumunda atıf açıkça dışlanmaktadır. MÖHUK m. 2/4 uyarınca, “*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.*” Doktrinde, bu hükmün uygulanabileceği tek hususun, evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin hukuk seçimi anlaşması olduğu ifade edilmektedir¹²⁸³. Nitekim kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, uygulanacak hukukun seçilmesi imkânı tanınan tek düzenleme, evlilik mallarına uygulanacak hukuka dair MÖHUK m. 15 hükmüdür. Seçim yapılmasındaki hukuk mantığının gereği olarak, uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılması durumunda, maddî hukuk hükümlerinin uygulanması doğaldır¹²⁸⁴. Ancak taraflar sözleşmelerinde dilerlerse ve açık olmak şartıyla, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları ile birlikte bir bütün olarak uygulanmasını kararlaştırabilirler¹²⁸⁵. Bu durumda seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği maddî hukuk hükümleri uyarınca, mal rejimine ilişkin hususlar nihai çözüme kavuşturulacaktır.

uygulanacağı tartışmasızdır” (Y. 8. HD. T. 28.09.2012, E. 5539 ve K. 8250 – Lale, s. 76-78). Başka bir kararda ise Türk vatandaşlığından izinle çıkan Alman vatandaşlığına sahip Mustafa ve Sevilay’ın mal rejiminden kaynaklanan alacak davasında, 5718 sayılı Kanunun 15. maddesinin kapsamı gözetilerek hangi ülke kanununun uygulanması gerektiğinin mahkemece tartışılması gerektiği, taraflara hukuk seçiminin hatırlatılmasında yarar olduğu (*tarafların görüşlerine başvurulması gerektiği*) ve eğer vatandaş oldukları ülke hukukunun uygulanmasını istiyorlarsa, o ülke hukukunun mal rejiminin uygulanacağı ifade edilmiştir (Y. 8. HD. T. 28.11.2011, E. 2011/1321 ve K. 2011/6353 – Bülent Çiçekli, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 61-63).

¹²⁸⁰ Ersen Perçin, s. 181.

¹²⁸¹ Uygulamada “*evlilik sözleşmesi*” olarak anılan sözleşme, yasal tanımlamasında “*mal rejimi sözleşmesi*” olarak anılmakta ve sadece eşlere, Kanun’da belirlenen mal rejimlerden birini tercih hakkı sağlamaktadır (TMK m. 202). Bunun haricinde, eşlerin, diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bir sözleşme yapmaları mümkün değildir. Taraflar, evlenmeden önce veya sonra düzenleyebilecekleri mal rejimi sözleşmesiyle, Kanun’da yazılı sınırlar içinde istedikleri mal rejimini seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler (TMK m. 203).

¹²⁸² Özkan, “*İkametgâh*”, s. 113.

¹²⁸³ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 231; Tanrıbilir, “*Genel Hükümler*”, s. 208; Dardağan Kibar, s. 40-41; Balkar Bozkurt, s. 851-852.

¹²⁸⁴ Doğan, V., “*Milletlerarası Özel*”, s. 231; Tarman, s. 51; Balkar Bozkurt, s. 825-826 ve s. 852.

¹²⁸⁵ Tarman, s. 51.

Taraflarca hukuk seçimi anlaşması yapılmaması durumunda, “eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku” uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilecektir (MÖHUK m. 15/1). Görüldüğü üzere, hüküm sabit statülü bir bağlama kuralı niteliğindedir. Kötü niyetli değişiklikleri önlemek amacıyla, bağlama noktasının evlenme anı esas alınarak tespit edildiği belirtilmektedir¹²⁸⁶. Son olarak belirtmemiz gerekir ki, taraflarca hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı durumlardan farklı olarak, uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralı uyarınca tayin edildiği uyuşmazlıklarda, MÖHUK m. 2/3 gereğince atfin nazara alınması zorunludur¹²⁸⁷.

¹²⁸⁶ Uyanık Çavuşoğlu, “Boşanma”, s. 169.

¹²⁸⁷ Ersen Perçin, s. 189.

SONUÇ

Farklı ülke hukuklarında kullanılan kavram ve kurumlar, benzer isimlerle anılsalar dahi çoğu zaman farklı hukukî niteliğe sahiptir. Evlenme de birçok ülke hukukunda çok eski zamanlardan beri kabul edilen bir kavram olmasına rağmen, üzerinde hukukî ittifak sağlanan bir kavram değildir. Kültürel farklılıklar olduğu sürece de yeknesak bir yaklaşımın benimsenmesi mümkün görünmemektedir. Özellikle son otuz yılda, eşcinsel evliliklere gün geçtikçe artan bir oranda izin verilmesi ve ortak bir yaşamı evlilik birliği olmaksızın paylaşmak isteyen kişilere yönelik çeşitli hukukî alternatifler sunulması sebebiyle de farklılıkların azalmak bir yana, başka bir boyuta taşındığı görülmektedir.

Tezimizin birinci bölümünde evlenme kavramı kısaca açıklandıktan sonra, evlenmenin kurulması için gerekli şeklî ve maddî şartlara uygulanacak hukuk, mukayeseli hukuk ve Türk hukuku uyarınca ele alınmıştır. Evlenmenin şekline uygulanacak hukuk konusunda, birçok hukuk düzeninde *lex loci celebrations* kuralı kabul edilmektedir. Söz konusu kural uyarınca, evlenme hangi ülkede gerçekleşmiş ise o ülkenin şeklî şartlarına riayet edilerek yapıldığı sürece, diğer ülkeler açısından da şeklen geçerli bir evlilik olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, kuralın tek başına veya evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuk ile birlikte alternatif uygulanması noktasında farklı yaklaşımlar benimsendiği görülmektedir. Türk hukukunda, evlenmenin şekline, sadece yapıldığı yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir (MÖHUK m. 13/2). Kanaatimizce olası bir MÖHUK değişikliğinde, alternatif bağlama kuralının kabul edilmesi, evlenmenin mümkün mertebe ayakta tutulması ilkesine hizmet edeceği gibi, total evliliklerin önlenmesine de katkı sağlayacaktır. Özellikle de online evlenmelerin yaygınlaşması ihtimâli de dikkate alındığında, evlenmenin şeklî geçerliliğine ilişkin olarak alternatif bir yaklaşımın benimsenmesi, evlenmenin gerçekleştiği yerin tespitindeki zorlukları ve olası tartışmaları da baştan engelleyecektir.

Türk hukukunda, evlenmenin şekline, sadece yapıldığı yer hukukunun uygulanacağını kabul edilmesi sebebiyle, Türkiye’de yapılan evlenmelerin, mutlaka

Türk hukukundaki resmî şekil şartlarına riayet edilerek yapılması gerekmektedir. Diğer yandan, yurt dışında gerçekleşen evlenmeler, yapıldığı yer hukukuna uygun akdedildiği sürece Türk hukuku açısından da şeklen geçerli bir evlilik olarak kabul edilmektedir. Türk maddî hukukunda evlenmenin şekline ve şartlarına ilişkin hususlar ile evlendirme memurları ve usûle dair bazı kurallar; Türk Medenî Kanunu'nda, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda, Evlendirme Yönetmeliği'nde ve Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Yurt dışında gerçekleşen evlenmelerin tescili de belirttiğimiz son üç düzenleme uyarınca gerçekleştirilmektedir. Ancak tezimiz boyunca çeşitli yerlerde açıkladığımız üzere, söz konusu düzenlemelerde kavram birliği olmadığı gibi, bazı hususlarda kanunilik ilkesine açıkça aykırı düzenlemeler göze çarpmaktadır. Kanaatimizce, özellikle de yeni bir Evlendirme Yönetmeliği'nin hazırlanıp kabul edilmesi, iç hukuk anlamında yeknesaklığın sağlanması açısından elzemdır. Diğer yandan Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu çok sayıda iki taraflı ve çok taraflı milletlerarası sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması zorunluluğuna riayet edilmesi gerektiği de unutulmamalıdır. Uygulama açısından kolaylık sağlamak adına, iç hukukun söz konusu düzenlemelerle uyumlu hâle getirilmesi fayda sağlayacaktır.

Evlenmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuk konusunda, bazı ülke hukuklarında evlenmenin gerçekleştiği yer hukuku tercih edilmekle birlikte; birçok ülkede uygulanacak hukukun tespiti açısından millî hukuk veya yerleşim yeri hukukunun bağlama noktası olarak kabul edildiği görülmektedir. Türk hukukunda, evlenmenin maddî şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbi tutulmaktadır (MÖHUK m. 13/1). Bu durumda erkeğin millî hukukundaki şartların sadece erkeğe, kadının millî hukukundaki şartların ise sadece kadına uygulanması gerekmektedir.

Evlilik birliğinin, evlenmenin şekli ve maddî şartlarına aykırılık sebebiyle sona ermesi veya yok hükmünde olduğunun tespit edilmesi meselesi de tezimizin birinci bölümünde ele alınmıştır. Farklı ülke hukuklarında, evlilik birliğinin kurulması için aranan şartlarda yeknesaklık olmadığı gibi, gerekli şartlara aykırı olarak yapılan evlenmelerin akıbeti noktasında da geçersizlik, hükümsüzlük, yokluk, butlan, evliliğin feshi yahut iptali gibi çeşitli hukukî kavramlar karşımıza çıkmaktadır. Evlenmenin şekli ve maddî şartlarına aykırılık durumunda uygulanacak müeyyide, ihlâl edilen ülke hukuku uyarınca tayin edilmektedir. Birden fazla ülke hukukunun ihlâl edilmesi durumunda, kanaatimizce, daha hafif yaptırımın tercih edilmesi suretiyle evliliğin

mümkün mertebe ayakta tutulması, eşler ve varsa çocuklar açısından doğabilecek hak kayıplarının önlenmesi bakımından daha isabetli bir yaklaşımdır. Aynı şekilde, aynı türdeki yaptırımların farklı sonuçlar doğurması durumunda da daha lehe olan ülke hukukunun tercih edilmesi daha mâkul görülmelidir.

Evlilik birliğinin boşanma sebebiyle sona ermesi, tezimizin ikinci bölümünde ele alınmıştır. Ayrılık kavramı kısaca açıklandıktan sonra, boşanmaya ilişkin farklı yaklaşımlar çeşitli ülke hukuklarından örneklerle incelenmiştir. Birçok hukuk sisteminde ve Türk hukukunda boşanma; eşlerden birinin veya her ikisinin, kanunda düzenlenen sebeplere dayanarak boşanmayı talep etmeleri üzerine, mahkemece verilen karar uyarınca gerçekleşmektedir. Bununla birlikte, son yıllarda yaygınlaşan boşanmanın kolaylaştırılması anlayışına paralel olarak, boşanmanın yetkili idarî merciiler huzurunda gerçekleşmesine ilişkin düzenleme yapan ülke sayısı da gün geçtikçe artmaktadır. En güncel düzenleme ise dijital boşanma şeklinde anılan ve anlaşmalı boşanmanın daha da kolaylaştırılmasını sağlayan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazı ülke hukuklarında uygulanan dijital boşanma, boşanma hususunda anlaşılan tarafların, mahkeme huzurunda dahi bir araya gelmek zorunda kalmaksızın, boşanmaya ilişkin bütün belgelerin online olarak dijital bir platforma yüklenmesini ve boşanma kararının verilmesini sağlayan usûlî bir süreci ifade etmektedir.

Boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tespiti açısından, öncelikle 20 Aralık 2010 tarihli ve 1259/2010 sayılı “*Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü*” (Roma III Tüzüğü) incelenmiştir. Roma III Tüzüğü, Avrupa Birliği aile hukukunun yeknesaklaştırılması açısından önemli bir dönüm noktasıdır. Boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka dair yapılan ilk düzenleme olmasının yanı sıra, aile hukukunda çok yaygın olmayan irade muhtariyetine yer vermesi açısından da önemli bir düzenlemedir. Nitekim irade muhtariyetinin sözleşmeler hukuku alanında gördüğü itibarın, aile hukuku ilişkilerinde devam ettiğini söylemek mümkün değildir. Taraf menfaatlerinin yanı sıra, devletin ve toplumun da menfaatlerinin korunması düşüncesi sebebiyle maddî hukukta gördüğümüz katı yaklaşım, milletlerarası aile hukukunda da devam etmektedir. Ancak Roma III Tüzüğü sayesinde bu katı yaklaşımın aşılmasına yönelik ilk adım atıldığı ifade edilebilir.

Roma III Tüzüğü uyarınca boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk, subjektif ve objektif bağlama kuralları ile tayin edilmektedir. İlk olarak taraflara sınırlı da olsa

hukuk seçimi anlaşması yapma hakkı tanınmaktadır. Roma III Tüzüğü'nün hukuk seçimi imkânının düzenlendiği 5. maddesi uyarınca eşlerin: **a)** sözleşmenin yapıldığı anda müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu; **b)** eşlerden birinin sözleşmenin yapıldığı anda hâlâ orada yaşaması şartıyla, eşlerin son müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu, ya da **c)** sözleşmenin yapıldığı anda eşlerden herhangi birinin millî hukukunu, ya da **d)** mahkemenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmaları mümkündür.

Hukuk seçimi anlaşmasının yapılmadığı durumlarda ise Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesinde düzenlenen basamaklı bağlama kuralı devreye girmektedir. Buna göre boşanma ve ayrılığa: **a)** davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku veya bulunmaması durumunda, **b)** davanın açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce değiştirilmemiş olması ve eşlerden birinin dava açıldığı tarihte hâlen söz konusu devlette yerleşik olması şartıyla, eşlerin son müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku veya bulunmaması durumunda, **c)** davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek millî hukuku veya bulunmaması durumunda, **d)** mahkemenin hukuku (lex fori) uygulanacaktır.

Roma III Tüzüğü'nün evrensel nitelikte olduğu kabul edilmektedir (Roma III, m. 4). Bu niteliği itibarıyla, ister sübjektif ister objektif bağlama kurallarıyla tespit edilmiş olsun, uygulanacak hukuk, katılan bir üye devletin hukuku olabileceği gibi, AB üyesi olmayan üçüncü bir ülke hukuku dahi olabilir. Bununla birlikte, Tüzük hükümleri uyarınca tayin edilen hukukun, Avrupa Birliği'nin ortak değerlerine uygun olmayan kurallara sahip olması riski göz önünde tutularak, bazı koruma tedbirleri düzenlenmiştir. Bu bağlamda yetkili yabancı hukukun uygulanmasını etkileyen üç hüküm bulunmaktadır. İlk olarak Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesinde, yetkili yabancı hukukun boşanmayı düzenlememiş olması veya eşler arasında boşanma ve ayrılık hakkı bakımından eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapması durumunda, hâkimin hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemenin hukukî niteliğine dair doktrinde görüş birliği söz konusu değildir. Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinde ise klasik bir kamu düzeni hükmüne yer verilmiştir. Buna göre yetkili yabancı hukukun bir hükmünün uygulanmasının, hâkimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda söz konusu hüküm uygulanmayacaktır. Son olarak Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesinde, katılan üye devletlerin kendi hukuku uyarınca boşanma davasına konu olan evliliği geçerli saymadığı durumlarda, söz

konusu boşanma davasını Tüzük hükümleri ile bağlı olmaksızın karara bağlama yetkisi tanınmıştır.

Türk hukuku açısından, Roma III Tüzüğü üç farklı açıdan önemlidir. İlk olarak yaklaşık altı milyon civarında Türk vatandaşı Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde yaşamaktadır. Bu kişilerin katılan üye ülkelere birinde açtıkları boşanma davalarında uygulanacak hukuk Roma III Tüzüğü uyarınca tayin edilecektir. Özellikle de hukuk seçimi imkânı hakkında yeterli bilgilendirme yapılırsa, boşanma davalarında Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmaları bu kişiler açısından boşanma davalarında kolaylık sağlayacaktır. Örneğin, İtalya'da yaşayan her ikisi de Türk vatandaşı olan eşlerin, hukuk seçimi anlaşması yapmak suretiyle, uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu kararlaştırmaları mümkündür. Diğer yandan Türkiye'de yaşayan AB üyesi ülkelerin vatandaşlarının taraf oldukları boşanma davaları bakımından, aile hukuku ilişkilerinde atfın uygulanma zorunluluğu da dikkate alındığında (MÖHUK m. 2/3) Türk hâkimlerinin Roma III Tüzüğü'nü nazara alıp uygulamaları gündeme gelebilir. Örneğin Antalya'da yaşayan iki Alman vatandaşının açtığı boşanma davasında, müşterek millî hukuk olarak Alman hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerekmektedir. Almanya, Roma III Tüzüğü'ne katılan ülkelere biri olması itibarıyla, Türk hâkimi tarafından, boşanma davasına uygulanacak hukukun, Roma III Tüzüğü uyarınca tayin edilmesi zorunludur. Son olarak Avrupa Birliği Tüzükleri, Türk hukukunda doğrudan uygulama alanına sahip olmamakla birlikte, kanunların hazırlanması aşamasında ve doktrindeki tartışmaların zenginleştirilmesinde her zaman örnek olarak alınmaktadır. Bu minvalde olası bir MÖHUK değişikliğinde Roma III Tüzüğü'nün dikkate alınması mümkündür.

Türk hukukunda boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk hakkında, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır. Uygulanacak hukukun düzenlendiği MÖHUK m. 14'e göre *"Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır"* (MÖHUK m. 14/1). Söz konusu düzenleme müşterek noktalardan hareket edilmesi itibarıyla yerinde bir düzenleme olmakla birlikte, olası bir MÖHUK değişikliğinde Roma III Tüzüğü'nde olduğu gibi sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı tanınması düşünülebilir. Objektif bağlama kuralı düzenlenirken de ilk basamakta müşterek mutad mesken hukukunun tercih edilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA

Abalos, Jeofrey B., “Divorce and Separation in the Philippines Trends and Correlates”, *Demographic Research*, Vol. 36, January-June 2017, pp. 1515-1548.

Acar, Halil, İbrahim *İslâm Aile Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2017.

Acun Mekengeç, Merve, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması”, *EÜHFD*, C. XVII, S. 3-4, Y. 2013, ss. 237-283.

Akgün Tekgül, Cansu, “Evliliğin Şekline Uygulanacak Hukuk ve Konsüler Evlenmeler”, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi - Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü - Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara - Nisan 2018, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

Akgün, Cansu, “Konsolosluk Evlenmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk”, *GÜHFD*, C. XXI, Y. 2017, S. 3, ss. 109-136.

Akil, Cenk, “Boşanma Davalarında Yargılama Usulü (TMK m. 184)”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2013, ss. 1319-1355.

Akıncı, Ziya ve Cemile **Demir Gökyayla**, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Akıntürk, Turgut ve Derya **Ateş Karaman**, *Türk Medenî Hukuku – Aile Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

Akkaya, Tolga, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Aldemir, İpek Betül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Alı, Mervet Waleed, “Türk ve Irak Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak Boşanmanın Eşler Yönünden Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Şubat 2019- Kayseri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Alibaba, Arzu, “Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk

(Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2005, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

Altıparmak, Ayşe Kübra, *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Altuğ, Yılmaz, “Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)”, *AÜSBFD*, Y. 1972, C. 27, S. 3, ss. 371-386.

Alyanak, Servet, “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Teşkilatlanması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2013, S. 3, ss. 251-283

Anıl, Yaşar Şahin, *Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması – Geçimsizlik*, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Ansay, Tuğrul, “Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler”, *MHB*, Y. 1982, C. 2, S. 2, (İncelemeler, s. 1-6).

Anthimos, Apostolos, “No Recognition of an Egyptian Talaq on Public Policy Grounds”, 3 August 2018 - <http://icl-in-greece.blogspot.com/2018/08/no-recognition-of-egyptian-talaq-on.html> - ET. 05.09.2018).

Antokolskaia, Masha, “Divorce Law in a European Perspective”, *European Family Law Volume III - Family Law in a European Perspective (Edited by Jens M. Sherpe)*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham- Northampton 2016, pp. 41-82.

Antokolskaia, Masha, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, *European Family Law Series-Volume 13*, Intersentia Publishing, Cambridge 2006, (“Historical Perspective”).

Aras, Bahattin, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Arslan, İlyas, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Asar, Aydoğan, *Yabancılar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Ataman-Figanmeşe, İnci, “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, *MHB*, C. 19-20, Y. 1999-2000, S. 1-2, ss. 95-114, (“Çifte Vatandaşlık”).

Ataman-Figanmeşe, İnci, “Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış”, *Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan – MHB*, Y. 22, S.2, 2002, ss. 39-74, (“Atıf”).

Atamulu, İsmail, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Ayan, Mehmet ve Nurşen **Ayan**, *Kişiler Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2011.

Ayan, Nurşen, “Terk Nedeniyle Boşanma”, *SÜHFD*, C. 15, S. 1, Y. 2007, ss. 39-59.

Aybay, Rona ve Esra **Dardağan**, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, 2. Baskı.

Aybay, Rona, “Uluslararası Kişisel Hâl Komisyonu (CIEC) Genel Kurulunun Evlilik Hukukuna İlişkin Tavsiye Kararı”, *AÜSBFD*, C. 34, S. 1, Y. 1979, ss. 87-92, (“CIEC”).

Aybay, Rona, *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk*, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2009, (“Konsolosluk”).

Aydın, Esen, “Maddî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Eşcinsel Evliliklerin Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler (Editörler: Günseli **Öztekin Gelgel** ve Faruk Kerem **Giray**), Beta Yayınları, İstanbul 2017, ss. 103-137, (“Eşcinsel Evlilikler”).

Aydın, M. Âkif, *Osmanlı Aile Hukuku*, Klasik Yayınları, İstanbul 2017, (“Osmanlı”).

Aydın, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, 10. Baskı, (“Hukuk Tarihi”).

Aygül, Musa, *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

Aygün, Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı, Y. 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, ss. 1025-1066, (“Yabancılık Unsuru”).

Aygün, Mesut, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, (“Nafaka”).

Ayhan İzmirli, Lâle, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXII, Y. 2018, S. 4, ss. 67-126.

Baade, Hans W., “Marriage and Divorce in American Conflicts Law: Governmental-Interests Analysis and the Restatement (Second)”, *Columbia Law Review*, Vol. 72, N. 2, February 1972, pp. 329-381.

Baarsma, Nynke A., “European Choice of Law on Divorce (Rome III): Where Did It Go Wrong?”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol. 2009, No. 1, pp. 9-14, (“*Rome III*”).

Baarsma, Nynke A., *The Europeanisation of International Family Law*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands 2011, (“*Europeanisation*”).

Baetge, Dietmar, “*Domicile*”, Max Planck Encyclopedia of European Private Law – Volume I, (*Edited by Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann and Andreas Stier*), Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 496-498.

Baker, Hannah and Maja **Groff**, “*The Impact of the Hague Conventions on European Family Law*”, European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law (*Edited by Jens M. Sherpe*), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 143-209.

Bakım, Sevi, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı*”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan – C. III, MÜHFHAD – Özel sayı, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 3191-3219.

Balkar Bozkurt, Süheylâ, “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, GSÜHFD*, 2014/2, C. II, ss. 795-861.

Baran Çelik, Neşe, “Milletlerarası Özel Hukuk Alanındaki Gelişmeler Işığında Mirasa Uygulanacak Hukuk Bağlamında İrade Muhtariyeti İlkesinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayın No: 2012/1*, Sözkese Matbaası, Ankara 2012, ss. 115-135.

Bariatti, Stefania, “Multiple Nationalities and EU Private International Law – Many Questions and Some Tentative Answers”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, Y. 2011, pp. 1-19, (“*Multiple Nationalities*”).

Bariatti, Stefania, *Cases and Materials on EU Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2011, pp. 229-247, (“*Cases and Materials*”).

Basedow, Jürgen, (*Çeviren: Arzu Oğuz*), “Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu”, *AÜHFD*, C. 51, S. 3, Y. 2003, ss. 1-18.

Başıoğlu, Başak, “*Legal Status of Same-Sex Couples Within the Framework of Turkish Civil Law*”, Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation (Edited by Macarena Sáez), Springer Publishing, Dordrecht- Heidelberg- New York- London 2015, pp. 189-208.

Bayata Canyaş, Aslı, “An Analysis of Public Policy Intervention in the Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgments under Turkish Private International Law”, *International Journal of Humanities and Social Science*, Vol. 2, No. 17, September 2012, pp. 118-129, (“Public Policy”).

Bayata Canyaş, Aslı, “Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 27, I. 3, Y. 1 December 2013, pp. 310-331, (“Joint Custody”).

Bayata Canyaş, Aslı, “Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi”, *GÜHFD*, C. XIX, Y. 2015, S. 3, ss. 3-24, (“Hukuk Seçimi”).

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *GÜHFD*, C. XIX, Y. 2015, S. 1, ss. 111-150, (“Olumlu Vatandaşlık İhtilâfları”).

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, *AÜHFD*, C. 61, S. 2, Y. 2012, ss. 505-539, (“Roma III”).

Belen, Herdem, *Yeni Türk Medenî Kanun Hükümleri Uyarınca Evlât Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle)*, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

Bell, Mark, “Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union”, *European Review of Private Law*, Y. 2004, V. 12, I. 5, pp. 613-632.

Berki, Osman Fazıl ve Hilmi Ergüney, *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahsil ve İzahları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1963.

Berki, Osman Fazıl, “Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyyete Tesiri”, *Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 303*, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, ss. 89-101, (“Evlenmenin Tâbiyyete Tesiri”).

Berki, Şakir, “Boşanma ve Ayrılık”, *AÜHFD*, Y. 1975, C. 32, S. 1-4, ss.135-154, (“*Boşanma*”)

Berki, Şakir, “Türk Medenî Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan”, *AÜHFD*, Y. 1962, C. 19, S. 1, (“*Butlan*”).

Berki, Şakir, *Türk Hukukunda Evlenmenin Aslî Şartlarından Doğan Kanun İhtilâfları*, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1953, (“*Evlenmenin Aslî Şartları*”).

Bilgin, Adem, Cumhuriyet Savcısının Hukuk Davalarındaki Görevleri, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Bix, Brian H., “*The ALI Principles and Agreements: Seeking a Balance between Status and Contract*”, *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution* (Edited by Robin **Fretwell Wilson**), Cambridge University Press, New York 2012, pp. 372-391.

Blair, D. Marianne, Merle H. **Weiner**, Barbara **Stark** and Solangel **Maldonado**, *Family Law in the World Community – Cases, Materials, and Problems in Comparative and International Family Law*, Carolina Academic Press, Durham- North Carolina 2009.

Boele-Woelki, Katharina and Angelika **Fuchs** (Editors), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe - National, Cross-Border and European Perspectives*, Intersentia Publishing, Cambridge – Antwerp – Portland 2012.

Boele-Woelki, Katharina, “*The Impact of the Comission on European Family Law (CEFL) on European Family Law*”, *European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law* (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 209-261, (“*CEFL*”).

Boele-Woelki, Katharina, “To be, or not to be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union”, *Victoria University of Wellington Law Review*, Y. 2008, Vol. 39, N. 4, pp. 779-792, (“*Enhanced Cooperation*”).

Briggs, Adrian, *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, Oxford 2014, (“*PIL*”).

Briggs, Adrian, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series - Oxford University Press, Oxford 2013, Third Edition, p. 329, (“*The Conflict of Laws*”).

Brilmayer, Lea, Jack **Goldsmith** and Erin **O'Hara O'Connor**, *Conflict of Laws – Cases and Materials*, Wolters Kluwer, New York 2015.

Çakmak, Ufuk Ramazan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”, *SÜHFD*, C. 25, S. 2, Y. 2017, ss. 163-184.

Calliess, Galf- Peter, “*Introduction*”; Rome Regulations Commentary, Edited by Galf- Peter **Calliess**, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015-Second Edition, pp. 1-25.

Calster, Geert Van, *European Private International Law*, Hart Publishing, Second Edition, Oxford and Portland - Oregon 2016.

Can, Hacı ve Ali Gümrah **Toker**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, 3. Bası.

Can, Hacı ve Ekin **Tuna**, *Mavi Kartlı Yabancılar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Can, Harun, “*Nafaka Bağlamında Aile Hukukunda Yapılması Gerekli Değişiklikler ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ile Çözüm Önerileri*”, Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı – İstanbul, 7 Nisan 2018 (Editör: Dr. Öğr. Üyesi Akın **Ünal**, Arş. Gör. Arif **Kalkan**), Adalet Yayınevi, Ankara 2019, ss. 85-89.

Canarslan, Gökçe, “Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranışın, Genel Boşanma Sebepleriyle İlişkisi”, *International Journal of Social And Humanities Sciences (IJSHS)*, Y. 2017, C. 1, S. 2, ss. 95-107.

Candan, Tolga, “*Avrupa Birliği’nde Esnek Bütünleşme Modelleri ve “Güçlendirilmiş İşbirliği” Kavramı*”, *Avrupa Birliği Temel Konular*, (Editörler: Çağrı **Erhan** - Burçak **Kızılırmak** - Deniz **Senemoğlu**), İmaj Yayınevi, Ankara 2011, ss. 307-329.

Cansel, Erol, “Boşanmanın Dayandığı Hukukî Esaslar”, *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C. II, Boşanma Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, ss. 67-113.

Çağlayan Aygün, Gözde, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Çelik, Fatma Elif, “*MÖHUK m.13/1 uyarınca Evlenme Ehliyet ve Şartlarına Uygulanacak Hukuk*”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara),

Editörler: Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Dr. Öğretim Üyesi Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 149-205.

Çelikel, Aysel ve B. Bahadır **Erdem**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2017, 15. Bası.

Çelikel, Aysel, “*Aile Hukukuna İlişkin Bağlama Kuralları ve Uygulama Örnekleri ile Öntasarı*”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı - Medenî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, 18-20 Kasım 2005, (Yayına Hazırlayanlar: Doç. Dr. Şükran **Şıpka**, Arş. Gör. Ebru **Şensöz**, Arş. Gör. Ayşe Nilay **Şenol** ve Arş. Gör. Arif Barış **Özbilen**), İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, ss. 61-73, (“*Aile Hukuku*”).

Çelikel, Aysel, “Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme ve Türk Hukuku”, *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1979, ss. 195-224, (“*Evlilik Bağı*”).

Çelikel, Aysel, Ergin **Nomer**, F. Kerem **Giray** ve Emre **Esen**, *Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, 14. Baskı.

Çetin, Ayşe Esra, Alpay **Çalışkan** ve Halil **Polat**, *Dilekçe-Tensip-Müzekkere ve Gerekeçeli Karar Örnekleriyle Hukuk Davaları Rehberi, V. Cilt - Aile Mahkemesine İlişkin Davalar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Çetiner, Bilgehan, “AB’nin Aile ve Miras Hukuku Alanlarında Düzenleme Yetkisi”, *AAÇD*, C. 4, N. 2, Bahar 2005, ss. 85-104, (“*Aile ve Miras*”).

Çetiner, Bilgehan, “*Boşanmada Nafaka ve Tazminat İlişkisi*”, Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı – İstanbul, 7 Nisan 2018 (Editör: Dr. Öğr. Üyesi Akın **Ünal**, Arş. Gör. Arif **Kalkan**), Adalet Yayınevi, Ankara 2019, ss. 99-103, s. 101, (“*Nafaka ve Tazminat*”).

Ceylan, Ebru, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 6, S. 12, Aralık 2018, ss. 315-334, (“*Boşanma Sebepleri*”).

Ceylan, Ebru, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, (“*Boşanmanın Hukuki Sonuçları*”).

Chukwu, L. O. C., “The Metamorphosis of Polygamy in Private International Law”, *The Nigerian Law Journal*, Vol. 15, No. 1, Y. 2011, pp. 163-180.

Çiçekli, Bülent, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Cin, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1988, (“Boşanma”).

Cin, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1988, (“Evlenme”).

Clarkson, C. M. V. and Jonathan **Hill**, *The Conflict of Laws*, Fourth Edition, Oxford University Press, Fourth Edition, New York 2011.

Cobin, David M., “Jewish Divorce and the Recalcitrant Husband: Refusal to Give a "Get" as Intentional Infliction of Emotional Distress”, *Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 2, Y. 1986, pp. 405-430.

Coester, Michael, "EGBGB Vor Art. 13, Art. 13, Anh. Art. 13", Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1-26), (Redakteur: Dr. Jan v. Hein), 7. Auflage 2018, EGBGB Art. 13 Rn. 10, (<https://beck-online.beck.de/Home>, ET. 28.12.2019).

Coester-Waltjen, Dagmar, “*The Impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European Family Law*”, European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 49-95.

Çörtoğlu Koca, Sema, “*Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)*”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Editörler: **Işıl Özkan**, **Ceyda Süral** ve **Uğur Tütüncübaşı**), Adalet Yayınevi, Ankara 2016, ss. 234-278, (“Brüksel II-A”).

Crane, Daniel A., “A Judeo-Christian Argument for Privatizing Marriage”, *Cardozo Law Review*, Vol. 27:3, Y. 2006, pp. 1221-1259.

Croix, David de la, and Fabio **Mariani**, “*From Polygyny to Serial Monogamy: A Unified Theory of Marriage Institutions*”, Discussion Paper No. 6599, May 2012 Germany.

Curry- Sumner, Ian, *All's Well that Ends Registered? The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe*, European Family Law Series, Vol. 11, Intersentia Publishing, Cambridge - Antwerp - Portland 2005.

Dal, Kemal, *Devletler Hususî Hukuku*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1966.

Dardağan Kibar, Esra, “*Güncel Gelişmeler Işığında Atıf Sorununa Bakış Denemesi*”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), *Editörler: Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Dr. Öğretim Üyesi Gülce Gümüşlü Tunçağıl*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 26-48.

Dayı, Munise, “*Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar*”, Hukuk Davaları - Cilt IV (Aile Mahkemesi Davaları - Tüketici Mahkemesi Davaları - İş Mahkemesi Davaları), *Editörler: Efrail Aydemir - Ahmet Cemal Ruhi - Sema Güleç Uçakhan - Çilem Bahadır - Mutlu Dinç*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, ss. 31-191.

De Baere, Geert and Kathleen **Gutman**, “*The Impact of the European Union and the European Court of Justice on European Family Law*”, European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 5-49.

Deak, Francis, “Conflict of Laws: Recent Development Concerning Marriage”, *Michigan Law Review*, Vol. 27, I. 4, February 1929, pp. 389-415.

Demir Gökyayla, Cemile, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

Demirkol, Berk, “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “*Etkin Vatandaşlık*” Sorunsalı”, *GSÜHFD*, Y. 2015, S. 2, ss. 159-193.

Dethloff, Nina, “*Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*”, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe (Edited by Katharina **Boele-Woelki**), Family Law Series - Volume 4, Intersentia Publishing, Antwerp- Oxford- New York 2003, pp. 35-65.

Devaux, Angelique, “The New French Marriage in an International and Comparative Law Perspective”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23, No.1 (Winter 2014), pp. 73-106.

Devers, Alain, (Çevirenler: Prof. Dr. Bilgin **Tiryakioğlu** ve Doç. Dr. Necla **Öztürk**, “Evlilik Dışı Beraberliklerin Milletlerarası Özel Hukuk Yönü- Uygulanacak Hukuka İlişkin Fransa’daki Bazı Görüşler”, *MHB*, C. 37, S. 2, ss. 963-994.

Dieckmann, Albrecht, (Çev. Ejder **Yılmaz** ve Necip **Ortan**), “Bir Alman Yurttaşının Temsilci Aracılığıyla (Elden) Evlenmesinin Devletler Özel Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar” *AÜHFD*, C. 35, S. 1, Ocak 1978, ss. 457-484.

Doğan, İzzet, *Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, (“Aile Hukuku”).

Doğan, Murat ve Sinan **Okur,** “*Türk ve Alman Hukukunda Evlenmenin Mutlak Butlanı Sebepleri*”, Türkisch- Deutscher Familienrechtskongress, 23. – 25. Mai 2013; (Editörler: Zeynep **Dönmez,** Ünsal **Dönmez** ve Michael **Martinek**), Ankara 2014, ss. 55-72.

Doğan, Vahit, “Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku”, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan – SÜHFD, C. 6, S. 1-2, Y. 1998, ss. 821- 851, (“Atıf”).

Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, 3. Baskı, (“Pratik”).

Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, 5. Baskı, (“Milletlerarası Özel”).

Doğangün, Temel, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Dogauchi, Masato, “*Four-Step Analysis of Private International Law*”, Recueil Des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005-Tome 315 de la Collection, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2006, pp. 15-138.

Doğru, Osman ve Atilla **Nalbant,** *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 - Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 maddeler), Pozitif Matbaa, Ankara 2013.

Dural, Mustafa ve Tufan **Öğüz,** *Türk Özel Hukuku – Cilt II – Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

Dural, Mustafa, Tufan **Öğüz** ve Mustafa Alper **Gümüş,** *Türk Özel Hukuku- Cilt III- Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

Eichenberg, Christiane, Jessica **Huss** and Cornelia **Küsel;** “From Online Dating to Online Divorce: An Overview of Couple and Family Relationships Shaped Through Digital Media”, *Contemporary Family Therapy*, I. 39, December 2017, pp. 249-260.

Eker, Şevki, “Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu (CIEC)”, *Osman F. Berki'ye Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 411, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, ss. 287-312.

Ekşi, Nuray, “Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, *Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan - DEÜHFD*, C. 11, Özel Sayı, Y. 2009, (Basım Yılı: 2010- İzmir), ss. 1139-1168, (“*Brüksel IIbis*”);

Ekşi, Nuray, “Konsolosluklarda Yapılan Evlenmelerin Şeklî Geçerliliği”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan- C. I, MÜHFHAD- Özel Sayı*, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 969-985, (“*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*”).

Ekşi, Nuray, “Medenî Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS, Anayasa, Cedaw ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, YÜHFD*, C. VIII, S. 2, Y. 2011/ C. IX, S. 1, Y. 2012, ss. 311-333, (“*Soyadı*”).

Ekşi, Nuray, “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Yabancılarla Evlenmesi”, *MHB*, C. 37, S. 2, ss. 294-331, (“*Kamu Personeli*”).

Ekşi, Nuray, “Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması – Mukayeseli Bir İnceleme”, *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 1, Y. 2014, ss. 3-96, (“*Yabancı Hukuk*”).

Ekşi, Nuray, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Ekşi, Nuray, *Milletlerarası Özel Hukuk I – Pratik Çalışma Kitabı*, Beta Yayınları, İstanbul 2018, 4. Bası, (“*Pratik*”).

Ekşi, Nuray, *Milletlerarası Özel Hukukta Medenî Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta Yayınları, İstanbul 2012, (“*Medenî Olmayan Evlilikler*”).

Ekşi, Nuray, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, (“*Miras Hukuku*”).

Elçin, Doğa, “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, *TAAD*, Y. 9, S. 33, Ocak 2018, ss. 211-241, (“*Ön Sorun*”).

Elçin, Doğa, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?*, *TAAD*, Y. 7, S. 30, Nisan 2017, ss. 117-198, (“*Aile İkamet İzni*”).

Erdem, Mehmet, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, 24. Baskı.

Erlüle, Fulya, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Erol, Yasemin, “Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma”, *SÜHFD*, C. 19, S. 1 Y, 2011, ss. 119-149.

Ersen Perçin, Gizem, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri (Uygulanacak Hukuk – Milletlerarası Yetki – Tanıma ve Tenfiz)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Ersen, Gizem, *Yabancıların Evlenme Hakkı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Erten, Rifat, “Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler”, *TAAD*, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, ss. 243-278, (“*Butlan*”).

Erten, Rifat, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, (“*MÖHUK m. 41*”).

Ertuğrul, Nafi ve Tuba **Ertuğrul**, *Uygulamada Boşanma Davaları (Nişanlanma – Evlenme - Boşanma Davaları - Maddî ve Manevî Tazminat Davaları)*, C. 1, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011.

Esen, Emre, “Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler”, *Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan – MHB*, C. 24, Sayı 1-2, Y. 2004, ss. 439-450.

Esener, Turhan, “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, *AÜHFD*, C. 11, S. 1, Y. 1954, ss. 478-513, (“*İradenin Muhtariyeti Prensibi*”).

Esener, Turhan, *Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956, (“*Muvazaa*”).

Falconi, Federica, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 Sulla Legge Applicabile al Divorzio e Alla Separazione Personale Nella Recente Prassi Giurisprudenziale Italiana” (Recent Italian Case-Law Concerning (EU) Regulation on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation), *Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2018)*, Vol. 10, N° 1, pp. 568-580.

Fawcett, James, Janeen M. **Carruthers** and Sir Peter **North** (*Consultant Editor*), *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford University Press, Fourteenth Edition, New York 2008.

Feldman, Marc, “Jewish Women and Secular Courts: Helping a Jewish Woman Obtain a Get” *Berkeley Women's Law Journal*, Vol. 5, No. 1, Y. 1989-1990, pp. 139-169.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

Fine, J. David, “The Formal Sufficiency of Foreign Marriages”, *Federal Law Review*, Vol. 7, Y. 1976, pp. 49-65.

Fiorini, Aude, “Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation - Enhanced Cooperation As the Way Forward?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 4, (October 2010), pp. 1143-1158, (“*Enhanced Cooperation*”).

Fiorini, Aude, “Rome III – Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Y. 2008, Vol. 22, No. 2, pp. 178-205, (“*Rome III*”).

FitzGibbon, Scott, “*A City without Duty, Fault, or Shame*”, *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, (Edited by Robin **Fretwell Wilson**), Cambridge University Press, New York 2012, pp. 28-47.

Franzina, Pietro, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2011, Vol. 3, N° 2, pp. 85-129.

Gaertner, Veronika, “European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”, *Journal of Private International Law*, Vol. 2, No. 1, April 2006, pp. 99-139.

Gallo, Daniele, Luca **Paladini** and Pietro **Pustorino** (Editors), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2014.

Ganiyeva, Salimya “Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk”, *MÜHF - HAD*, C. 23, S. 2, Y. 2017, ss. 361-388, (“*Mavi Kartlılar*”).

Ganiyeva, Salimya, “Türk ve Rusya Federasyonu Milletlerarası Usul Hukukunda İdarî Boşanma Kararlarının Tanınması Sorunu”, *MHB*, C. 33, Y. 2013, S. 1, ss. 31-60, (“*İdarî Boşanma*”).

Gençcan, Ömer Uğur, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku (Yargıtay Uygulaması - Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, (“Boşanma”).

Gençcan, Ömer Uğur, *Milletlerarası Aile ve Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, (“Milletlerarası”).

Giray, Faruk Kerem, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Erhan Adal' a Armağan, YÜHFD*, C. VIII, S. 2, Y. 2011/ C. IX, S. 1, Y. 2012, ss. 555-579.

Göğçer, Erdoğan, “Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh”, *AÜHFD*, Y. 1969, C. 26, S. 3, ss. 237-252, (“İkametgâh”).

Göğçer, Erdoğan, *Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı)*, AÜHF Yayınları No. 403, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, 4. Bası, (“Devletler Hususî”).

Gössl, Susanne Lilian, “Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, “Private Divorces” and Islamic law under the Rome III Regulation”, *The European Legal Forum*, Issue 3/4-2017, pp. 68-74.

Gottwald, Peter, (Çev. Seda **Özmumcu**), “Avrupa Medenî Usul Hukuku”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan – Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, ss. 1291-1329.

Gülfem Bozdağ, Gonca, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Günay İnan, Esra, *Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Güneş Peschke, Seldağ, “Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları”, *KADEM, Kadın Araştırmaları Dergisi*, C. IV, S. 1, Y. 2018, ss. 121-146.

Güral, Jale, “Evlenmeden Doğan Kanun İhtilâfları”, *AÜHFD*, C. III, Y. 1946, ss. 147-178.

Gürsoy, Kemal T., “Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler”, *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975)*, C. II, *Boşanma Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, ss. 1-47.

Gürzumar, Aydanur “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, *MHB*, Y. 1994, C. 14, S. 1-2, ss. 21-55.

Güven, Kudret, “*Milletlerarası Andlaşmaların Aile Hukukuna Etkisi*”, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016, (Yayına Hazırlayanlar: Yrd. Doç. Dr. Emel **Badur** ve Yrd. Doç. Dr. Gamze **Turan Başara**), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, ss. 139-155.

Harding, Maebh, “The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character out of Family Law?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, No. 1, April 2011, pp. 203-229.

Hatemi, Hüseyin ve Burcu **Kalkan Oğuztürk,** *Aile Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Hau, Wolfgang, *Zur Durchführung der Rom III- Verordnung in Deutschland*, FamRZ 2013.

Havutçu, Ayşe, “Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirmesi”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı – 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. II, ss. 1341-1383.

Hein, Jan von, “*Renvoi in European Private International Law*”, General Principles of European Private International Law, (Edited by Stefan **Leible**), Kluwer Law International B.V. (Wolters Kluwer), The Netherlands 2016, pp. 227-275.

Heiss, Helmut and Emese **Kaufmann-Mohi,** “*Classification: A Subject Matter for a Rome 0 Regulation?*”, General Principles of European Private International Law, (Edited by Stefan **Leible**), Kluwer Law International B.V. (Wolters Kluwer), The Netherlands 2016, pp. 87-101.

Helms, Tobias, *Reform des internationalen Scheidungsrecht durch die Rom III- Verordnung*, FamRZ 2011.

Henderson, Teresa, “From Brussels to Rome: The Necessity Of Resolving Divorce Law Conflicts Across the European Union”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 28, No. 4, pp. 768-794.

Hill, David, *Private International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2014.

Hoşlan, Özkan Cavit, “*Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II - Aile Hukuku, 20 Nisan 2017,

(Editör: Prof. Dr. Baki İlkay **Engin**), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, ss. 203-287.

Howery, W. H., “Marriage by Proxy and Other Informal Marriages”, *University of Kansas City Law Review*, Vol. 13, N. 1, Y. 1944-1945, pp. 48-102.

Huysal, Burak, “Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgah ve Doğurduğu Sorunlar”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, Y. 2003, ss. 173-205, (“İkametgah”).

Huysal, Burak, *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, (“Velâyet”).

Huysal, Burak, Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili, *MHB*, C. 37, S. 2, Y. 2017, ss. 473-507, (“Doğrudan Tescil”).

İkizler, Metin, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

İnan, Ali Naim ve Özge **Yücel**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Işık, Mehmet, *Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evlât Edinme*, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.

Jänterä-Jareborg, Maarit, “Foreign Law in National Courts - A Comparative Perspective”, *Recueil Des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2003 – Tome 304 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2004, pp. 185-379.

Kahraman, Süheyla, *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Kalkan Oğuztürk, Burcu, “A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe”, *Annales XLI*, N. 58, 2009, pp. 181-195.

Kandil, Seher *Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Kapancı, Kadir Berk, “Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey?”, *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law*, (Edited by Rona **Serozan** and Başak **Baçoğlu**), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, ss. 97-111.

Kemper, Rainer, *Das neue Internationale Scheidungsrecht – eine Übersicht über die Regelungen der Rom III- VO*, FamRBint 2012.

Keserauskas, Šarūnas, “*Moving in the Same Direction: Presentation of Family Law Reforms in Lithuania*”, The International Survey of Family Law - 2004 Edition, (General Editor: Andrew **Bainham**), Jordan Publishing, Bristol 2004, pp. 315-335.

Keskin, Dilşad, “Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi”, *GÜHFD*, C. XV, Y. 2011, S. 4, ss. 65-83.

Kiestra, Louwrens Rienk, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Asser Press - Springer, The Hague-The Netherlands 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (“*Aile Hukuku*”).

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, (“*Borçlar Genel*”).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm- Birinci Cilt*, İstanbul 2014.

Köprülü, Bülent ve Selim **Kaneti**, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, 2. Bası.

Köroğlu, Emre, “Türk Hukukunda Boşanmanın Sebeplerinden Terk (TMK. m. 164)”, *ERÜHFD*, C. VII, S. 1-2, Y. 2012, ss. 229-250.

Köseoğlu, Bilâl ve Köksal **Kocağa**, *Aile Hukuku ve Uygulaması (Bilimsel Görüşler-Yargı İçtihatları)*, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.

Köteli, M. Argun, *Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*, Kazancı Hukuk Yayınları No. 95, İstanbul 1991.

Kroll- Ludwings, Kathrin, “Article 5-8” and “Article 20-21”; Rome Regulations Commentary, (Edited by Gralf- Peter **Calliess**), Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 868- 890; pp. 964-965.

Kruger, Thalia, “Rome III and Parties' Choice”, *Familie en recht* - ISSN 2213-3798 - (2014), pp. 1-16, (“*Rome III*”).

Kruger, Thalia, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, New York 2008, pp. 403-407, (“*Civil Jurisdiction Rules*”).

Küçük, Suat, *Evlendirme Yönetmeliği Uygulaması*, Ankara 2017, 1. Baskı, [https://www.nvi.gov.tr/.../Evlendirme%20Yönetmeliği%20Uygulaması \(2017\).pdf](https://www.nvi.gov.tr/.../Evlendirme%20Yönetmeliği%20Uygulaması (2017).pdf), (ET. 02.01.2018).

Kuipers, Jan-Jaap, “The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation”, *European Law Journal*, Vol. 18, I. 2, March 2012, pp. 201-229.

Küpe, Bahar, “*Milletlerarası Özel Hukukta Şekil*”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Erzurum - Aralık 2018 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü – Cilt: I*, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 2001, 6. Baskı.

Lale, Muktedir, *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Laymon, Lona L., “Valid-Where-Consummated: The Intersection of Customary Law Marriages and Formal Adjudication”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 10:2, Y. 2001, pp. 353-384.

Leible, Stefan (Editor), “*General Principles of European Private International Law*”, Kluwer Law International B.V. (Wolters Kluwer), The Netherlands 2016.

Leible, Stefan and Hannes **Unberath** (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR- Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Band 43, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH, Germany 2013.

Lein, Eva, “Article 8-12”; Rome Regulations Commentary, (Edited by **Gralf-Peter Calliess**), Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 890-930.

Lowe, Nigel V. and Gillian **Douglas**, *Bromley’s Family Law*, Oxford University Press, Eleventh Edition, Oxford 2015.

Macdougall, Don, “*Transnational Litigation in Family Matters*”, Families Across Frontiers, (Edited by Nigel **Lowe** and Gillian **Douglas**), Martinus Nijhoff Publishers/ Kluwer Law International, The Hague/ Boston/ London 1996, pp. 63-75.

Maddaugh, Peter D., “Validity of Marriage and the Conflict of Laws: A Critique of the Present Anglo-American Position”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 23, No. 2, (Spring 1973), pp. 117-147.

Magnus, Ulrich and Peter **Mankowski** (Editors), *Brussels IIbis Regulation – European Commentaries on Private International Law* (Volume 2 of the series), Sellier European Law Publishers, Munich 2012.

Martiny, Dieter, “*Divorce*”, Max Planck Encyclopedia of European Private Law – Volume I, (Edited by Jürgen **Basedow**, Klaus J. **Hopt**, Reinhard **Zimmermann** and Andreas **Stier**), Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 493-496, (“*Divorce*”).

Martiny, Dieter, “*Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?*”, Towards a European Civil Code, (Editors; Arthur **Hartkamp**, Martijn **Hesselink**, Ewoud **Hondius**, Carla **Joustra**, Edgar du **Perron**, Muriel **Veldman**), Kluwer Law International, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, 3rd ed., pp. 307-335, (“*Unification*”).

Mäsch, Gerald, “*Preliminary Question*”, General Principles of European Private International Law, (Edited by Stefan **Leible**), Kluwer Law International B.V. (Wolters Kluwer), The Netherlands 2016, pp. 101-117.

Massip, Jacques, Frits **Hondius** and Chantal **Nast**, “*International Commission on Civil Status (ICCS)*”, in Jan **Wouters** (Volume Editor), Roger **Blanpain** and Frank **Hendrickx** (General Editors), IEL Intergovernmental Organizations - International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International Press, The Netherlands 2014, pp. 1-118.

Maultzsch, Felix, “*Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?*”, *Journal of Private International Law*, Vol. 12, No. 3, Y. 2016, pp. 466-491.

McClean, David and Verónica **Ruiz Abou-Nigm** (Originally by: The late J.H.C. **Morris**), *The Conflict of Laws*, Ninth Edition, Sweet & Maxwell/ Thomson Reuters, London 2016.

Meislin, Bernard J., “*Jewish Divorce in American Courts*”, *Journal of Family Law*, Vol. 16, No. 1, Y. 1977-1978, pp. 19-36.

Meulders-Klein, Marie-Thérèse, “*Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means*”, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe (Edited by Katharina **Boele-Woelki**), Family Law Series-Volume 4, Intersentia Publishing, Antwerp- Oxford- New York 2003, pp. 105-117.

Mills, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

Möller, Lena- Maria, “No Fear of Ṭalāq: A Reconsideration of Muslim Divorce Laws in Light of the Rome III Regulation”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, No. 3, December 2014, pp. 461-489.

Mueller, Gerhard O. W., “International Choice of Law to Determine the Validity of Marriages”, *Howard Law Journal*, Vol. 2, N. 1, January 1956, pp. 21-56.

Müller-Freienfels, Wolfram, “The Unification of Family Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, I. 1-2, February 1968, pp. 175-218.

Murphy, John, “The Recognition of Same-Sex Families in Britain: The Role of Private International Law”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 16, I. 2, August 2002, pp. 181-201.

Nagy, Csongor István, “What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective”, *Nederlands International Privaatrecht*, Inhoud 2012, Aflevering 4, pp. 576-586.

Neval Tekin, Helin, Anlaşmalı Boşanma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Nomer, Ergin, “Devletler Hususi Hukukunda Ön Mesele”, *İÜHFM*, Y. 1961, C. XXVII, S. 1-4, ss. 340-357, (“Ön Mesele”).

Nomer, Ergin, *Davada Yabancı Kanun*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, (“Yabancı Kanun”).

Nomer, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2017, 22. Bası, (“Devletler Hususî”);

Nomer, Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2018, 2. Bası, (“Usul”).

Odendahl, Hanswerner, “Die Bedeutung neuer internationaler IPR-Normen im Familien- und Erbrecht für Fälle mit Türkeibezug“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 4/2018, pp. 450-455.

Oğuz, Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk (Kavram- Amaç ve İşlevler- Metod-Tarihçe- Büyük Hukuk Çevreleri)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Oğuzman, Kemal ve Mustafa **Dural**, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, 2. Baskı.

Oğuzman, Kemal ve Nami **Barlas**, *Medenî Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, 24. Bası.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut **Öz**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay - Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014,

Ökçün, A. Gündüz, “Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi”, *AÜSBFD*, C. 22, S. 2, Y. 1967, ss. 211-218, (“*Türk Konsolosları*”).

Ökçün, A. Gündüz, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, (“*Kamu Düzeni*”).

Oktay Özdemir, Saibe, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *MHB*, Y. 35, S. 1, 2015, ss. 29-47.

Okur Gümrükçüoğlu, Saliha, “İslam Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme”, *GÜHFD*, C. XVII, Y. 2013, S. 4, ss. 223-256.

Ömeroğlu, Ekin, *Ayni Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Merciiinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, ss. 118-148.

Önüt, Lale Burcu, *Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Övünç Öztürk, Neva, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Özbek Hadimoğlu, Nimet, “*Yeni Brüksel (II) Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme*”, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayın No: 2012/1, Sözkese Matbaası, Ankara 2012, ss. 343-381.

Özdemir Kocasakal, Hatice, “*Doğrudan Uygulanan Kurallar*”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler: Prof. Dr. Feriha Bilge **Tanrıbilir** ve Dr. Öğretim Üyesi Gülce **Gümüşlü Tunçağıl**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 48-83, (“*Sempozyum*”).

Özdemir Kocasakal, Hatice, “*Uluslararası Kişi Hâlleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar*”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, GSÜHFD, Y. 2011, S. 1, ss. 561-609, (“*Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar*”).

Özdemir Kocasakal, Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, (“*Doğrudan Uygulanan Kurallar*”).

Özdemir, Nevzat, *Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Beta Yayınları, İstanbul 2003, (“*Anlaşmalı Boşanma*”).

Özdemir, Şükrü, “Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye’deki Etkisi”, *Yargıtay Dergisi*, C. 12, S. 1-2, Ocak- Nisan 1986, ss. 8-17, (“*Boşanma Kararı*”).

Özgür, Çiçek, “Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *TAAD - Danıştay Başkanı Zerrin GÜNGÖR’e Armağan*, Y. 11, S. 42, Nisan 2020, ss. 307-341.

Özkan Sungurtekin, Meral, “Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı – 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. III, ss. 2177-2190, (“*Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi*”).

Özkan Sungurtekin, Meral, *Avrupa Birliği/Avrupa Topluluğu Usul Hukukuna Giriş*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (“*Avrupa Birliği*”).

Özkan, Işıl, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku - Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Değişikliklerle*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2018, (“*Göç*”).

Özkan, Celalettin, “İdari Yargıda Savcılık Kurumu”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 136. Yıl Sempozyumu- 11 Mayıs 2004*, Danıştay Matbaası, Ankara 2004, ss. 36-46, (“*Savcılık Kurumu*”).

Özkan, Işıl, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, Ankara 2003, (“*İkametgâh*”).

Özkan, Zehra, “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, *AÜHFD*, C. 66, S. 1, Y. 2017, ss. 157-199, (“*Uyumlaştırma*”).

Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Öztürk, Ali, *Aile Hukuku’nda Ayrılık (Türk Hukukunda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, (“*Ayrılık*”).

Öztürk, Necla, Güven **Yarar** ve Şule **Arslan**, “Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sayılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelik Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk, Yetkili Mahkeme ve Tanıma Tenfiz Meseleleri”, *İNÜHFD*, C. 8, S. 2 Y. 2017, ss. 1- 20.

Öztürk, Necla, *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, (“Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri”)

Özüğür, Ali İhsan, *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler – Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları – Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, (“Boşanma”).

Özüğür, Ali İhsan, *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Nafaka Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2015, (“Nafaka”).

Palsson, Lennart, *Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws*, A. W. Sijthoff International Publishing Company B.V., Netherlands 1974.

Peers, Steve, “Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, I. 03, October 2010, pp. 339-358.

Penrose, Meg, “Something to [Lex Loci] Celebrationis: Federal Marriage Benefits following United States v. Windsor”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 41, N. 1, Fall 2013, pp. 41-70.

Pfeiffer, Magdalena, “Choice of Law in International Family and Succession Law”, *The Lawyer Quarterly*, Vol. 2, No. 4, Y. 2012, pp. 291-305.

Pintens, Walter, “*Europeanisation of Family Law*”, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe (Edited by Katharina **Boele-Woelki**), Family Law Series - Volume 4, Intersentia Publishers, Antwerp- Oxford- New York 2003, pp. 3-29, (“*Europeanisation*”).

Pintens, Walter, “*The Impact of the International Commission on Civil Status (ICCS) on European Family Law*”, European Family Law Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2016, pp. 124-143, (“*ICC*”).

Probert, Rebecca, *The Changing Legal Regulation of Cohabitation (From Fornicators to Family, 1600–2010)*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, pp. 184-221.

Pürselim Arning, Hatice Selin, “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması”, *MHB*, Y. 33, S. 2, 2013, ss. 137-151.

Pürselim Arning, Hatice Selin, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad (Ada, Ad Değiştirme Davasına, Kayıt Düzeltme Davasına Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Usulü)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, (“Ad”).

Pürselim Doğan, Hatice Selin, “Almanya’da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya’da Bulunan Terekenin Paylaştırılması”, *MHB*, C. 31, S. 1, Y. 2011, ss. 243-266.

Rauscher, Thomas, *Internationales Privatrecht - Mit internationalem Verfahrenrecht*, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Hamburg 2012.

Reed, Alan, “Essential Validity of Marriage: The Application of Interest Analysis and Depeccage to Anglo-American Choice of Law Rules”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Vol. 20, N. 3, Y. 2000, pp. 387-451.

Reese, Willis L. M., “The Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 20:1, Y. 1979, pp. 25-37.

Ringrose, Hyacinthe, *Marriage and Divorce Laws of the World*, The Carswell Company, Duncan Street – Toronto 1911.

Rödl, Florian, “Article 20- Exclusion of Renvoi”; Rome Regulations Commentary, (Edited by Gralf- Peter **Calliess**), Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 391-394.

Rogerson, Pippa, *Collier’s Conflict of Laws*, Cambridge University Press, Fourth Edition, New York 2013.

Roth, Marianne, “Article 12-13” and “Article 17-18”; Rome Regulations Commentary, (Edited by Gralf- Peter **Calliess**), Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 930-950; pp. 955-962.

Ruhi, Ahmet Cemal ve Yavuz **Kaplan**, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, *MHB*, C. 22, S. 2, Y. 2002, (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan), ss. 643-664.

Ruhi, Ahmet Cemal, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun – Gerekçeli, Kısa Açıklamalı, Yargıtay İçtihatlı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, 4. Baskı.

Rutten, Susan, “Recognition of Divorce by Repudiation (talaq) in France, Germany and the Netherlands”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 11, No. 3, Y. 2004, pp. 263-285.

Sacco, Rodolfo, (Çev. Hüseyin **Hatemi**), “İtalya’da Boşanma”, *İÜMHAD*, Y. 1977, C. 11, S.14, ss. 126-132.

Safi, Sibel, *Mülteci Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.

Şahin, Emin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı-Gerekçeli Aile Hukuku Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Şakar, Müjdat, “Türk Devletler Hususi Hukukunda Locus Regit Actum Kuralı”, *Yargıtay Dergisi*, C. 8, S. 4, Ekim 1982, ss. 536-549.

Sakmar, Ata, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

Şanlı, Cemal “Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı”, *İBD*, S. 10-11-12, Y. 1989, s. 637-649.

Şanlı, Cemal, Emre **Esen** ve İnci **Ataman-Figanmeşe**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, 6. Bası.

Savaş, Abdurrahman, “Evlenmenin Yokluğu”, *SÜHFD*, Y. 2000, C. 8, S. 1-2, ss. 121-140.

Sayman, Yücel, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Schlüter, Wilfried, *BGB-Familienrecht*, C. F. Müller, Heidelberg/ München/ Landsberg/ Frechen/ Hamburg 2012.

Schmidt, Torben Svénné, “The Incidental Question in Private International Law”, *Recueil Des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992 – II - Tome 233 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/ Boston/ London 1993, pp. 305-416.

Seçer, Öz, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, *İNÜHFD*, C. 7, S. 2, Y. 2016, ss. 259-286.

Şensöz Malkoç, Ebru, “Yabancıların Türkiye’de Evlenmesi Konsolosluk Evlenmelerinin Hukukî Geçerliliği ve Sonuçları”, *MHB*, Y. 2017, C. 37, S. 2, ss. 711-760, (“*Konsolosluk Evlenmeleri*”).

Şensöz Malkoç, Ebru, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (“*Tanıma*”).

Şensöz, Ebru, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, *İTÜSBD*, Y. 8, S.16, Güz 2009, ss. 173-211.

Serozan, Rona, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Shah, Prakash, “Inconvenient Marriages, or What Happens When Ethnic Minorities Marry Trans-Jurisdictionally”, *Utrecht Law Review*, Vol. 6, I. 2, June 2010, pp. 17-31.

Shakargy, Sharon, “Marriage by the State or Married to the State? On Choice of Law in Marriage and Divorce”, *Journal of Private International Law*, Vol. 9, N. 3, December 2013, pp. 499-535.

Shúilleabháin, Máire Ní, “Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections From a Common Law Perspective”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 4, October 2010, pp. 1021-1053, (“Ten Years”).

Shúilleabháin, Máire Ní, *Cross-Border Divorce Law: Brussels II Bis*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, New York 2010, (“Brussels II Bis”).

Siehr, Kurt, “Family Law (International)”, Max Planck Encyclopedia of European Private Law- Volume I, (Edited by Jürgen **Basedow**, Klaus J. **Hopt**, Reinhard **Zimmermann** and Andreas **Stier**), Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 681-686, (“Family Law”).

Siehr, Kurt, “Family Unions In Private International Law”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 50, I. 3 December 2003, pp. 419-435, (“Family Unions”).

Simotta, Daphne-Ariane, “Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Austria”, *Family Law Quarterly*, Vol. 29, N. 3, Fall 1995, pp. 525-540.

Şıpka, Şükran, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, *İÜHFM*, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, ss. 301-322, (“Evlat Edime”).

Şıpka, Şükran, “Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL (Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu, Prensipleri, Amaçları ve Yapılan Çalışmalar)”, *İTÜSBD*, Y. 5, S. 10, Güz 2006/2, ss.163-172, (“CEFL”).

Şıpka, Şükran, “Karşılaştırmalı Hukukta Evliliğin Sona Erme Nedenleri ve Sonuçlarına Toplu Bakış”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı - Medenî

Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, 18- 20 Kasım 2005, (Yayına Hazırlayanlar: Doç. Dr. Şükran **Şıpka**, Arş. Gör. Ebru **Şensöz**, Arş. Gör. Ayşe Nilay **Şenol** ve Arş. Gör. Arif Barış **Özbilen**), İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, ss. 33-45, (“*Toplu Bakış*”).

Şirin, Şükrü, İslam Aile Hukukunda Mehir, Sakarya Üniversitesi - Sosyal Bilimler Enstitüsü - Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Sakarya 1997, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Sirmen, Kâzım Sedat, “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi”, *AÜHFD*, C. 58, S. 4, Y. 2009, ss. 825-879.

Sörgjerd, Caroline, “*Marriage in a European Perspective*”, European Family Law Volume III - Family Law in a European Perspective (Edited by Jens M. **Sherpe**), Edward Elgar Publishing, Cheltenham- Northampton 2016, pp. 3-41.

Sportel, Iris, *Divorce in Transnational Families - Marriage, Migration and Family Law*, Palgrave Macmillan Publishing, Germany 2016.

Stark, Barbara, “When Globalization Hits Home: International Family Law Comes of Age”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, Y. 2006, pp. 1551-1603, (“*Globalization*”).

Stark, Barbara, *International Family Law – An Introduction*, Ashgate Publishing Limited, England 2014, (“*Family Law*”).

Stein, Eric, “Conflict-Of-Laws Rules by Treaty: Recognition of Companies in a Regional Market”, *Michigan Law Review*, Vol. 68, No. 7, June 1970, pp. 1327-1354.

Süral, Ceyda, “*Avrupa Birliği’nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Düzenlemelerinin Türk Hukukuna Etkileri*”, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, (Editörler: Doç. Dr. Ayfer **Uyanık Çavuşoğlu** ve Doç. Dr. Zeynep Derya **Tarman**), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 4, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, ss. 81-101.

Swan, John, “A New Approach to Marriage and Divorce in the Conflict of Laws”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 24, No. 1 (Winter 1974), pp. 17-62.

Swennen, Frederik, “*Private Ordering in Family Law: a Global Perspective*”, Contractualisation of Family Law - Global Perspectives (Edited by Frederik **Swennen**), Springer International Publishing, Switzerland 2015, pp. 1-61.

Sykes, Edward J., “The Formal Validity of Marriage”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 2, No. 1, (Jan., 1953), pp.78-88.

Tandon, Usha, “Validity of Marriage Under International Private Law with Special Reference to 1978 Hague Marriage Convention: Towards Harmonization and Unification of the Rules of International Private Law Relating to Marriage”, *I JCLC*, September 2013, pp. 32-47.

Tanrıbilir, Feriha Bilge, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, *TBBT*, Y. 2010, S. 87, ss. 195-227, (“*Genel Hükümler*”).

Tanrıbilir, Feriha Bilge, “*Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler*”, Antalya Bilim üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, 18-20 Nisan Antalya, (Editörler: Prof. Dr. Vahit **Doğan**, Dr. Öğr. Üy. Alper Çağrı **Yılmaz** ve Dr. Lale **Ayhan İzmirli**), Savaş Yayınevi, Ankara 2019, ss. 375-385, (“*Tanıma*”).

Tanrıbilir, Feriha Bilge, “*Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi*”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu- Eskişehir, 21-22 Nisan 2016- Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, (Editörler: Prof. Dr. Bilgin **Tiryakioğlu**, Yrd. Doç. Dr. Mesut **Aygün**, Ar. Gör. Ali **Önal**, Ar. Gör. A. Kübra **Altıparmak**, Ar. Gör. Cansu **Kaya**), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, ss. 457-479, (“*Evlenme*”).

Tanrıver, Süha, *Türk Aile Mahkemeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Tarman, Zeynep Derya, *Milletlerarası Özel Hukuk - El Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Tekdoğan Bahçivancı, Işıl Selin, “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, *TAAD*, Y. 9, S. 33, Ocak 2018, ss. 623-684.

Tekdoğan, Işıl Selin, *Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Tekinalp, Gülören “Kişisel Statü - Millî Hukuk - İkametgâh Hukuku - Eğilimler - Düşünceler”, *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1979, ss. 889-912.

Tekinalp, Gülören ve Ayfer **Uyanık**, *Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 12. Bası.

Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, (“*Borçlar Genel*”).

Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, (“*Aile Hukuku*”).

Tezgel, Mehmet, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012,

Timur, Hıfzı, “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 1941, C. 7, S. 4, ss. 866-906.

Tiryakioğlu, Bilgin, “Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law”, *Ankara Law Review*, Vol.3 No.1 (Summer 2006), pp. 1-16, (“*Multiple Citizenship*”).

Tiryakioğlu, Bilgin, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, Yetkin Basımevi, Ankara 1996, (“*Yabancı Boşanma Kararları*”).

Tokat, Hüseyin, *Türk Hukukunda Gaiplik*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

Toker, Ali Gümrah ve Ahmet Cemal **Ruhi**, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Tuluay, Metin, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun" Üzerine Düşünceler, *MHB*, C. 2, S. 1, Y. 1982, ss. 22-30.

Tütüncübaşı, Uğur, “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma III Tüzüğü (AB 1259/2010)”, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Editörler: Işıl **Özkan**, Ceyda **Süral** ve Uğur **Tütüncübaşı**), Adalet Yayınevi, Ankara 2016, ss. 428-453, (“*Roma III*”). Aynı çalışma için bkz. (*DEÜHFD*, C. 18, S. 1, Y. 2016, ss. 1-32).

Tütüncübaşı, Uğur, “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler”, *DEÜHFD*, C. 19, S. 2, Y. 2017, ss. 103-127, (“*690 Sayılı KHK*”).

Tütüncübaşı, Uğur, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, (“*Akit Dışı*”).

Tüzüner, Özlem, “On Altı Yaşını Doldurmuş Kişinin Evlenmesine İzin Verilmesi”, *İKÜHFD*, Y. 11, C. 11, S. 1, Ocak 2012, ss. 7-29, (“*On Altı Yaş*”).

Tüzüner, Özlem, *Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, (“*Müftüler*”).

Ullah, Neamat, “*Yahudi Hukukunda Boşanma ve Aguna Problemi*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü - Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul 2018, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Uluocak, Nihal, “Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde “*In Favorem*” Atıf Uygulaması”, *MHB*, Y. 1984, C. 4, S. 2, ss. 107-113.

Ulusü Karataş, Ayşe Elif, “Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 1, Y. 2020, ss. 21-81, (“Çocuk Yaşta Evlilikler”).

Ulusü Karataş, Ayşe Elif, “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, *MHB*, C. 37, S. 2, Y. 2017, ss. 911-1003, (“*Velayet*”).

Ünal, Akın, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, *ERÜHFD*, Y. 2007, C. II, S. 1-2, ss. 291-311.

Unat, İlhan, *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi*, Sevinç Matbaası, Ankara 1966.

Ünlütepe, Mustafa, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Üskül Engin, Zeynep Özlem, *Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2008.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, *GSÜHFD*, 2011/1, ss. 213-241, (“Birleştirme Çalışmaları”).

Uzun, Fatih Burak, “Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *Hacettepe HFD*, C. 6, S. 2, y. 2016, ss. 11-48.

Vahapoğlu Erol, Ayten, *Karşılaştırmalı İslâm Milletlerarası Özel Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 2013.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku*, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965.

Viarengo, Ilaria, “The Rome III Regulation in Legal Practice: Case Law and Comments”, *ERA Forum* Vol. 15, December 2014, N. 4, pp. 547-559.

Waldron, Hillary Una, “*Forum Shopping in Cross Border Divorce Cases, Problems and Solution*”, University of Portsmouth - Dissertation in accordance with the Masters of European Law and Policy, 30 September 2010.

Wardle, Lynn D., “*Beyond Fault and No-Fault in the Reform of Marital Dissolution Law*”, *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution (Edited by Robin Fretwell Wilson)*, Cambridge University Press, New York 2012, pp. 9-28, (“*Marital Dissolution*”).

Wardle, Lynn D., “*International Marriage Recognition: A World Dilemma*”, *Families Across Frontiers, (Edited by Nigel Lowe and Gillian Douglas)*, Martinus Nijhoff Publishers/ Kluwer Law International, The Hague/ Boston/ London 1996, pp. 75-88, (“*Marriage*”).

Weisberg, Dvora E., “Levirate Marriage”, <https://www.bibleodyssey.org:443/en/people/related-articles/levirate-marriage>, (ET. 21.01.2018).

Wellenhofer, Marina, “§§ 1303–1320”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht I §§ 1297-1588*, (Redakteurin: Dr. Elisabeth Koch), 8. Auflage 2019, BGB § 1307 Rn. 8, (<https://beck-online.beck.de/Home>, ET. 28.12.2019).

Wiese, Volker, “Article 1-5” and “Article 14- 16” and “Article 19”; *Rome Regulations Commentary, (Edited by Gralf- Peter Calliess)*, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands 2015- Second Edition, pp. 857-867; pp. 950-955; pp. 962-964.

Yalçınkaya, Namık ve Şakir **Kaleli**, *Boşanma Hukuku*, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1988.

Yasan Tepetaş, Candan, “*Statü değişikliğinden Kaynaklanan Problemler MÖHUK m. 3’ün Değerlendirilmesi*”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), *Editörler: Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Dr. Öğretim Üyesi Gülce Gümüşlü Tunçağıl*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, ss. 100-111.

Yasan, Candan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Yaşar, Hâkime Reyhan, “*İslam ve Yahudi Hukuku Münasebeti: Nikah Örneği*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü - Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı - İslam Hukuku Programı, İzmir 2011, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (“*Nikah*”).

Yaşar, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, *MHB*, C. 33, S. 2, ss. 75-114, (“*Yabancı Hukukun Uygulanması*”).

Yetano, Toni Marzal, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *Journal of Private International Law*, Vol. 6, No. 1, April 2010, pp. 155-193.

Yıldırım, Abdulkerim, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu ve Çözüm Önerisi”, Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı – İstanbul, 7 Nisan 2018, (*Editör: Dr. Öğr. Üyesi Akın Ünal, Arş. Gör. Arif Kalkan*), Adalet Yayınevi, Ankara 2019, ss. 105-112, (“*Yoksulluk Nafakası*”).

Yıldırım, Abdulkerim, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, (“*Aile*”).

Yılmaz Bilgin, Esra Pınar, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Yılmaz, Canan, “Avrupa Birliği’nde Aile Hukuku’nun Uyumlaştırılması”, *MÜHFHAD*, C. 14, S. 1-2, Y. 2008, ss. 85-113.

Yöney, Can, *Yabancı Hukukun Uygulanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Yücedağ, Nafiye, “Yargıtay Kararları Işığında Kusurun Boşanmanın Mali Sonuçlarına Etkisi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II - Aile Hukuku, 20 Nisan 2017, (*Editör: Prof. Dr. Baki İlkay Engin*), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, ss. 287-315.

Yücel, Özge, “Evlilik Öncesi Muayene ve Testlerin Hukuksal Niteliği”, *Adli Bilimler Dergisi*, C. 8, S. 4, Aralık 2009, ss. 37-47.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı, Soyadı: Çiçek ÖZGÜR

Uyruğu: Türkiye (TC)

Doğum Tarihi ve Yeri: 1989, Pınarbaşı/ Kayseri

Medenî Durumu: Bekâr

Tel: +90 352 438 06 61/38262

Fax: +90 352 438 06 62

Elektronik posta: ozgurcicekk@gmail.com / cozgur@erciyes.edu.tr

Yazışma Adresi: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yenidoğan Mah. Ahmet El Biruni Cad. Talas / KAYSERİ – Posta Kodu: 38280

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	ERÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü	2012
Lisans	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2010
Lise	Sami Yangın Anadolu Lisesi, Kayseri	2006

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görev
2010- ...	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi
2015- 2016 (Belirli Aylar)	Ferrara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Misafir Araştırma Görevlisi

YABANCI DİL

İngilizce

YAYINLAR

1. **Özgür, Çiçek**, “*Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*”, TAAD - Danıştay Başkanı Zerrin GÜNGÖR’e Armağan, Y. 11, S. 42, Nisan 2020, ss. 307-341.

PROJELERDEKİ GÖREVLER

1. **Yerel Koordinatör**, Avrupa ve Uluslararası Göç Hukuku, Jean Monnet Modülü (2019-2022)
2. **Araştırmacı**, Erciyes Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi, Sdk-2015-6117 Kodlu Tez Projesi

KONFERANSLAR/ SUNUMLAR

1. “*Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini*”, Uluslararası Sosyal Bilimler ve Eğitim Bilimleri Sempozyumu (USVES), İstanbul, Türkiye, 22 - 23 Şubat 2020.
2. “*The public policy exception in Turkish private international law - An overview of case law in family matters*”, University of Ferrara - Italy, 20 July 2016.

AKADEMİK İLGİ ALANLARI

1. Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku
2. Milletlerarası Usûl Hukuku
3. Kanunlar İhtilâfı Hukuku
4. Uluslararası Ticaret Hukuku