

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİNE UYGULANACAK
HUKUKUN TAYİNİ

Yüksek Lisans Tezi

Dost Demir

Ankara- 2019

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN
TAYİNİ

Yüksek Lisans Tezi

DOST DEMİR

Tez Danışmanı
Dr. Öğr. Üyesi Doğa ELÇİN

Ankara-2019

KABUL VE ONAY

Dost Demir tarafından hazırlanan “Evliliğin Genel Hükümlerine Uygulanacak Hukukun Tayini” başlıklı bu çalışma, 14.01.2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalı/Milletlerarası Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı’nda Yüksek Lisans Tezi olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

Doç. Dr. Sema Çörtoğlu Koca (Başkan)

Dr. Öğr. Üyesi Doğa Elçin (Danışman)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet İstemi (Üye)

ETİK BEYAN

Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesi'ne uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasını;

- Akademik ve etik kurallar çerçevesinde hazırladığımı,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir,

Aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

14.01.2019

Dost Demir

ÖZ

DEMİR, Dost. Evliliğin Genel Hükümlerine Uygulanacak Hukukun Tayini, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Çalışmamızın konusunu evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun tayini oluşturmaktadır. Günümüzde milletlerarası ilişkilerin yoğunlaşması ve özellikle ayrı ülkelere vatandaşlık bağı ile tâbi olan kişilerin birbirleriyle yaptıkları evliliklerin ciddi bir şekilde artış göstermesi nedeniyle, yabancılık unsuru içeren evliliğin genel hükümlerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti büyük önem arz etmektedir.

Konu, çalışmamızın ilk bölümünde maddî hukuk açısından ele alınmış ve evliliğin genel hükümleri kapsamında değerlendirilen hususlar, eski kanun-yeni kanun karşılaştırması da yapılarak inceleme altına alınmış, evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte eşlerin sahip olduğu karşılıklı hak ve yükümlülüklerin ihlâli veya evlilik birliğinin devamını tehlikeye düşürecek bir durumun varlığı hâlinde, eşlerin talep edebileceği tedbirler üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümü, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak yetkili hukukun ne olacağı meselesi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikler de dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuku düzenleme altına alan kanunlar ihtilâfı kuralının işleyişinde ortaya çıkabilecek sorunlar incelenmiş, Türk milletlerarası özel hukukunda evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuku gösteren bağlama noktaları ele alınmış ve son olarak ilgili kanunlar ihtilâfı kuralının uygulama alanında yer alan hususlar ile uygulama alanı dışında kalan hususlar tespit edilmiştir.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise, inceleme konularımız teker teker ele alınmış ve tartışmalı konular hakkında çözüm ve görüş önerilerimiz vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Özel hukuk, milletlerarası evlilik, evliliğin genel hükümleri, kanunlar ihtilâfı

ABSTRACT

DEMİR, Dost. Determination of Applicable Law to the General Provisions of Marriage, M.A. Ankara, 2019

The number of transnational marriages has dramatically increased in the world. Therefore, the determination of the law to be applied in the disputes arising from the general provisions of the transnational marriages has started to come into prominence. Hence, the determination of the law to be applied to the general provisions of the transnational marriage is examined in this thesis.

The issue is evaluated in the first part of this thesis in terms of material law and the issues evaluated within the general provisions, of the transnational marriage by comparing the old and new laws regarding the transnational marriage. Furthermore, the first part of the thesis also touches upon the rights of the spouses and the existence of a situation that would jeopardize the continuation of the marriage unity and the measures that may be demanded by the spouses.

The second part of this thesis examines the competent law which will be applicable to the general provisions of the transnational marriage within the scope of the amendments to the Law on International Private Law and Procedural Law No. 5718. In this context, the connection rule in Turkish international private law, which is accepted in terms of the general provisions of marriage, is also analyzed.

In the conclusion part of the thesis, the main findings are summarized and solution recommendations are proposed.

Keywords: Private law, transnational marriage, general provisions of the transnational marriage, conflict of laws

TEŞEKKÜR

Türk Milletlerarası Özel Hukuku alanında “Evliliğin Genel Hükümlerine Uygulanacak Hukukun Tayini” adlı bu çalışma Dr. Öğr. Üyesi Doğa Elçin yönetiminde 2018 Güz Dönemi Yüksek Lisans Tezi olarak hazırlanmıştır.

Lisans öğrenimimi başarıyla tamamlayıp mezun olduktan sonra şahsıma akademik alanda kendimi geliştirebilme fırsatı sunan değerli Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesine ve bütün hocalarıma sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Bu tezin yazım sürecinde şahsıma inanıp güvenmesi ve şahsımın akademik anlamda daha iyi olması yönünde emeklerini esirgememesi nedeniyle kıymetli hocam ve tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Doğa Elçin’e ayrı bir teşekkürü borç bilirim.

Yüksek lisans öğrenimime başladığım günden bugüne kadar geçen süre içerisinde beni yalnız bırakmayan ve bana sürekli desteklerini hissettiren başta rahmetli annem Nevin Demir olmak üzere, kıymetli babam Süleyman Demir’e, değerli teyzem Nesrin Demirok’a ve bu tezin yazımında karşılaştığım zorluklara karşı çalışma azmimin sürekli yüksek seviyede kalmasını sağlayan sevgili hayat arkadaşım Ece’ye sonsuz teşekkürlerimi iletip, tezimi onlara armağan ediyorum.

Ankara-2019

Dost DEMİR

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ABSTRACT.....	ii
TEŞEKKÜR.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR DİZİNİ.....	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDÎ HUKUKTA EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİ.....	3
1.1. Genel Olarak.....	3
1.2. Evlilik Birliğinde Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri	6
1.2.1. Birliğin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü	6
1.2.2. Çocukların bakımı, eğitimi ve gözetimine birlikte özen yükümlülüğü	7
1.2.3 Birlikte yaşama yükümlülüğü	8
1.2.4 Sadakat yükümlülüğü	9
1.2.5 Karşılıklı yardım yükümlülüğü	10
1.2.6. Ortak konutu seçme hakkı	11
1.2.7. Evlilik birliğini yönetme hakkı.....	12
1.2.8. Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü	13
1.3. Kadının Soyadı	14
1.4. Eşlerin Meslek ve İşi	16
1.5. Evlilik Birliğinin Temsili.....	17
1.5.1. Temsil yetkisinin niteliği	18
1.5.2. Ailenin sürekli ihtiyaçları için temsil.....	19
1.5.3. Ailenin diğer ihtiyaçları için temsil	19
1.5.4. Sorumluluk	20
1.5.5. Eşlerin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması.....	21
1.6. Eşlerin Hukukî İşlemleri.....	23
1.6.1. Kural ve istisnalar	23
1.6.2. Aile konutu	24
1.7. Evlilik Birliğinin Korunması	28
1.7.1. Genel olarak	28
1.7.2. Uluslararası hukuk alanında koruma	29
1.7.3. Ulusal hukuk alanında koruma	30

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA EVLENMENİN ÖZEL HÜKÜMLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ	41
2.1. Yabancılık Unsuru ve Bu Unsurun Tespiti	41
2.1.1. Yabancılık unsuru	41
2.1.2. Yabancı hukukun uygulanması	43
2.1.3. Atıf	45
2.1.4. Milletlerarası özel hukukta adalet anlayışı ve taraf menfaati kapsamında evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun değerlendirilmesi	46
2.2. Vasıflandırma	49
2.2.1. Kavram	49
2.2.2. Bağlama konusunun vasıflandırılması	51
2.2.3. Bağlama noktasının vasıflandırılması	52
2.2.4. Evliliğin genel hükümlerinin vasıflandırılması	53
2.3. Atıf	54
2.4. Ön sorun	54
2.5. Evliliğin genel hükümlerine ilişkin bağlama kuralı	57
2.5.1. Genel olarak	57
2.5.2. Bağlama noktası olarak müşterek millî hukuk	59
2.5.3. Bağlama noktası olarak müşterek mutad mesken	69
2.5.4. Bağlama noktası olarak Türk hukuku	73
2.5.5. Kuralın uygulama alanı	74
2.5.6. Kural ve statü değişikliği	76
2.5.6.1. Genel olarak	76
2.6. Kuralın uygulama alanı dışında kalan durumlar	80
2.6.1. Evlilik birliği içindeki nafaka ve geçici tedbirler	80
2.6.2. Kamu düzeni	83
SONUÇ	89
KAYNAKÇA	97
ÖZGEÇMİŞ	101

KISALTMALAR DİZİNİ

AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
a.g.e.	:	Adı Geçen Eser
a.g.m.	:	Adı Geçen Makale
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CEDAW	:	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi)
DEUHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
eMK	:	Eski Medeni Kanun
f.	:	Fıkra
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFD	:	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	:	Karar
m.	:	Madde
MHB	:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
R.G.	:	Resmî Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	Türk Medenî Kanunu
vb.	:	Ve benzeri
vd.	:	Ve devamı
Yar.	:	Yargıtay
YUKK	:	Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu



GİRİŞ

Evliliğin genel hükümleri, mal rejimini hüküm altına alan kurallar dışında kalan ve evliliğin şahsî sonuçlarını tanzim eden hükümler olarak açıklanabilir¹. Tarihsel süreç içerisinde gözlemlendiğinde, farklı zamanlarda ve farklı devletlerde araştırma konusu yapılan, her toplumun kendi yapısı ve gereksinimleri doğrultusunda öngörülen kurallarla düzenlenen evliliğin genel hükümleri, toplumun temelini oluşturan aile birliğinin evlilik ile kurulmasından sona ermesine kadar geçen sürede, eşlerin ortak yaşam parolasıyla çıktıkları yoldaki karşılıklı konumlarını net sınırlarla tespit ederek evliliğin sonuçlarını kapsamı altına alır. Bu doğrultuda, kadın erkek eşitliğini esas alan ve evlilik birliği içerisinde eşlerin menfaat dengelerini gözetten Türk Medenî Kanunu'nda², evliliğin genel hükümleri kapsamında eşlerin birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri belirtilmiş ve bu yükümlülüklerle aykırı davranıldığı zaman veya evliliğin genel hükümleri kapsamında yer alan bir hususta önemli bir uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman hâkim müdahalesinin istenebileceği düzenleme altına alınmıştır.

Günümüzde milletlerarası ilişkilerin çok yoğun bir şekilde cereyan etmesi, farklı ülke vatandaşı olan kişiler arasındaki evliliklerin sayısının artması ve yabancı ülkelerde yaşamını sürdüren kişilerin fazlalaşması, mahkemeler nezdinde yabancılık unsuru içeren ve evliliğin genel hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların daha fazla görülmesine neden olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, evliliğin genel hükümleri bakımından sözünü ettiğimiz toplumsal farklılıklar, ulusal hukuklardan ziyade milletlerarası özel hukuk alanında tesirini göstermektedir.

Çalışmamızın konusunu “Evliliğin Genel Hükümlerine Uygulanacak Hukukun Tayini” oluşturmaktadır. Konu, çalışmamızın kapsamının, sınırlarının, inceleme biçimi ve planının ele alındığı giriş kısmına müteakip iki bölümden ve çalışma kapsamında varılan neticelerin özetlendiği sonuç kısmından ibarettir.

¹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.3.

² R.G. 8.12.2001- 24607

Birinci bölümde, “Maddî Hukukta Evliliğin Genel Hükümleri” başlığı altında ulusal hukuk düzenimizde evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte meydana gelen eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülüklerine değinilecek ve gerek ulusal gerek uluslararası alanda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin incelemelerde bulunulacaktır.

İkinci bölümde ise, “Milletlerarası Özel Hukukta Evlenmenin Genel Hükümlerine Uygulanacak Hukukun Tayini” başlığı altında evliliğin genel hükümlerine uygulanacak yetkili hukukun tespitinin nasıl yapılacağı milletlerarası özel hukuk sistemimizde kabul edilen bağlama noktaları ve statü değişikliğinin etkisiyle birlikte kanuni değişiklikler göz önünde tutularak ele alınacak ve bu kapsamda yabancılık unsuru, vasıflandırma, atıf, ön sorun ve kamu düzeni gibi kanunlar ihtilâfı kurallarının işleyişi esnasında ortaya çıkan problemler ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Çalışmamızda, sadece evliliğin genel hükümlerinin kapsamı ve evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun ne olacağı sorunu üzerinde durulacağı için ilk bölümde TMK m. 185-201 hükümleri incelenecek, ikinci bölümde ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un³ 13/3 maddesi ele alınacaktır. Bu itibarla, gerek medeni hukuk sistemimizde gerek milletlerarası özel hukuk sistemimizde eşler arasındaki mal rejimi hukuku ayrı bir düzenleme alanına sahip olduğu için çalışma konumuz içerisinde değerlendirilmeyecektir.

³ R.G. 12.12.2007- 26728.

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDÎ HUKUKTA EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİ

1.1. Genel Olarak

Evlilik birliğinin kurulması, evlendirme memuru ve iki tanık önünde hayatlarını birleştirmek isteyen kişilerin evlenme yönündeki iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun bir biçimde sözle açıklamasına, bir başka anlatımla evlenme akdinin tamamlanmasına bağlıdır. Evlilik birliği ilişkisinin kurulmasıyla birlikte kadın eş ve erkek eş sıfatını kazanan kişiler arasında bu andan itibaren evlilik ilişkisi çerçevesinde bir takım yasal hak, yetki ve yükümlülükler de meydana çıkmaktadır.

Evliliğin genel hükümleri, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Üçüncü Bölümünde 185-201'inci maddeler arasında hüküm altına alınmıştır. Kanunda evliliğin genel hükümleri başlığı altında hükme bağlanan konular arasında, eşlerin tâbi olacakları mal rejimi ilişkileri dışında kalan, eşlerin kendi aralarındaki ve üçüncü kişiler ile oluşturdukları ilişkiler sonucu meydana gelen hak, yetki ve yükümlülükler yer verilmektedir⁴. Bir başka ifadeyle, evliliğin genel hükümleri bir yandan kişisel ilişkileri kapsarken diğer taraftan da özel nitelikteki malî hüküm olan mal rejimi dışında kalan malî ilişkileri de kapsamaktadır.

Evlilik birliğinin kurulduğu günden eşlerden birinin ölümü veya ölüm karinesinin kabulü, gaiplik, fesih, iptal ya da boşanma nedenlerinden birinin varlığından kaynaklı olarak evlilik birliğinin sona erdiği güne kadar geçecek olan süreçte evliliğin genel hükümleri kapsamında düzenlenen hak, yetki ve yükümlülüklerin hepsi karşılıklı olarak her iki eş açısından da söz konusudur⁵. Bu doğrultuda, ayrılık kararı veya ortak yaşamın fiilen sona ermesi ile evlilik birliği kaldırılmamış olacağından evliliğin genel hükümleri tatbik edilmeye devam

⁴ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 304; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 185; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 157; GÜMÜŞ, a.g.e., s.3.

⁵ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, Ankara, Beta, 2017, s. 107.

edecektir⁶. Evlilik birliğinde eşlere yüklenen karşılıklı hak ve yükümlülüklerin temelinde gerek eşlerin kendi aralarında gerek eşlerle çocuklar arasında saygı, sevgi, özen, yardımlaşma, eşitlik ve fedakârlık hususları yatmaktadır⁷.

Evliliğin genel hükümleri, kural olarak eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Zira, Anayasamızın⁸ 41. maddesinde de Türk toplumunda ailenin önemi vurgulanmış, aile birliğinin ve özellikle anne ile çocukların korunması için gerekli önlemlerin alınması devlete bir görev olarak yükletilmiştir. Bu hükümle birlikte Anayasanın 10. maddesi de cinsiyet ayrımını gözetmeksizin hukuk ve kanun önünde kadın erkek eşitliği ilkesini getirmiştir⁹.

743 sayılı eski Medenî Kanunda¹⁰ hüküm altına alınmış olan, ev reisinin erkek eş olması, kadın ve çocukların infak ve iâşesinin erkek eşe ait olması, aile konutu seçiminin erkek eşe bırakılması, velâyet hakkının kullanılması hususunda eşlerin anlaşılamamaları hâlinde son sözün erkek eşe ait olması, evlilik birliğini temsil ilişkisinde ilk hak sahibinin erkek eş olması gibi kurallar, Medeni Kanunun son halinde yer almamakla birlikte cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin eşitlik ilkesi uyarınca ilgili kurallarda düzenlemelere gidilmiştir¹¹.

Her ne kadar TMK’ da yapılan düzenlemeler ile eşitliği yok eden ve erkek eş lehine öngörülen hükümler yürürlükten kaldırılmış olsa bile 4721 sayılı TMK, kadın-erkek eşitliğinde istisnalara da yer vermiştir. Boşanan kadının yeniden evlenmesi için gerekli bekleme süresini öngören TMK m. 154 hükmü ve evlilik

⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 186; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 6.

⁷ ÖZTAN, a.g.e., s. 187.

⁸ R.G. 9.11.1982- 17863

⁹ Anayasa m. 10, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir (f. 1). Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz (f. 2.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz (f. 3). Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz (f. 4). Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar (f. 5).”

¹⁰ R.G. 4.4.1926- 339.

¹¹ Evli kadının bir meslek ya da işte çalışmasını kocasının iznine tâbi tutan eski TMK m. 159, eşitlik ilkesine aykırılık içerdiği sebebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından 29.10.1991 tarih ve 30/31 sayılı karar ile iptal edilmiştir; YÜKSEL, Sera Reyhani, “Türk Medeni Kanun’u Bakımından Kadın Erkek-Eşitliği”, GÜHFD, C. 18, S. 2, Ankara, 2014, s. 192.

birliği içinde doğan çocukların babanın soyadını almasını öngören TMK m. 321 hükmü, bu istisnaî hükümler arasında yer almaktadır.

Evliliğın genel hükümleri başlığı altında toplanan hükümler, genellikle emredici nitelik arz etmekte olup eşler arasında evlenme akdinin gerçekleştirilmesiyle birlikte kanun gereği doğrudan doğruya uygulama alanı bulur¹². Bu kapsamda eşler, evlilik birliğinin kurulması ile birlikte kendi aralarında meydana gelen hak ve yükümlölükleri birbirlerinden talep etme hakkını haiz olur¹³. Nitekim eşlerden biri için hak olan husus, diğeri eş için yükümlölük doğuracaktır¹⁴.

Evliliğın genel hükümlerinin öngördüğü emredici düzenlemelerden farklı bir düzenlemeyi, eşler kendi aralarında anlaşarak kararlaştıramazlar. Fakat, aile hukukunun tamamını etkisi altına alan eşitlik ilkesi ve cinsiyet ayrımının gözetilmemesi esası uyarınca, evlilik birliği devam ederken eşlere tanınan hareket serbestisi genişletilmiş ve evlilik birliğinin kurulmasından sonra eşlere bazı konularda tek başlarına ve özgür iradeleriyle karar verme hakkı tanınmıştır¹⁵. Bir başka anlatımla, eşler kendilerine bırakılan alanlarda görev dağılımını herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmadan ve kişilik haklarına saygı ile birliğin mutluluğu esasını dikkate alarak serbestçe belirleyebilirler¹⁶. Görev alanlarının belirlenmesinde TMK kapsamında bir şekil şartı öngörölmemekle birlikte değişik nedenlerle görev dağılımı deđiřtirilebilir¹⁷. Görev dağılımı, dürüstlük kurallarına aykırı olmamak üzere zorunlu durumlarda tek taraflı olarak da deđiřtirilebilir¹⁸.

Evliliğın genel hükümleri, eşlere öngördüğü görev alanları dışında özgür alanlar da sunmaktadır. Özgür alanlar, eşlerin kişilik haklarının daha sağlıklı ve

¹² ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe/ ERTAŞ, şeref/ GÜRPINAR, Damla, Yeni Medeni Kanun'a Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 236; GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 529.

¹³ GENÇCAN, a.g.e., s. 530.

¹⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 190; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 6; GENÇCAN, a.g.e., s. 530.

¹⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 189.

¹⁶ GENÇCAN, a.g.e., s. 531-532.

¹⁷ Örneğın eşlerden birinin kaza geçirmesi sonucu aralarında önceden kararlaştırmış oldukları görev dağılımını sürdürmeleri zorunluluk sebebiyle imkânsız hale gelebileceği gibi, bir eşin kamu kurumunda yıllardır çalışmaktayken serbest meslekle uğraşma arzusu sebebiyle işini bırakıp kendine yeni bir iş kurması gibi bir isteksel nedenle de eşlerin aralarında önceden kararlaştırdıkları görev dağılımını yeni koşullara uygun olarak belirlemeleri gerekebilir; GENÇCAN, a.g.e., s. 532-534.

¹⁸ ÖZTAN, a.g.e., 205.

daha güçlü şekilde korunmasına yardım eden bir niteliğe sahiptir¹⁹. Örneğin eşlerden her biri, dinini, dünya bakışını, siyasi etkinliklerini ve hatta giyim tarzı vb. kendi başına seçme ve düzenleme hakkına sahiptir.

1.2. Evlilik Birliğinde Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri

Eşlerin hak ve yükümlülükleri düzenleyen ve ilk madde olan TMK m. 185 uyarınca, *“Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur (f.1). Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler (f.2). Eşler, birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar (f.3).”* Söz konusu madde hükmünden çıkan sonuç uyarınca, evlilik, sadece ahlakî ve toplumsal değerlerden ibaret bir kurum olmayıp, aynı anda hukuk düzeni tarafından muhafaza altına alınmış olan bir kurumdur²⁰. Dolayısıyla TMK m. 185 hükmü, hem evlilik birliğinin temel normu olarak karşımıza çıkmakta hem eşler için kanunda öngörülen hak, yetki ve yükümlülükler dair hükümlerin yorumlanmasında esas oluşturmaktadır²¹.

1.2.1. Birliğin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü

Eşler, kalıcı ve süreklilik taşıyan bir hayat ortaklığı hedefiyle kurmuş oldukları evlilik birliğinin mutluluğunu beraberce temin etmekle yükümlüdür. Her iki eş açısından da temel bir yükümlülük içeren birliğin mutluluğunun sağlanmasında eşler, bireysel çıkarlarını arka plana itmek zorundadır²². Bu nedenle, “eşlerden her biri, evliliğin sosyal, manevi ve ahlakî amaçlarını gerçekleştirmek için elinden geleni yapmak zorundadır. Karşılıklı saygı, özen ve ilgi, ortak hayat yolculuğunun emrettiği anlayış ve yakınlık, birliğe mutluluk getiren vazgeçilmez şartlardır”²³.

¹⁹ GENÇCAN, a.g.e., s. 533.

²⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 185-186.

²¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 157; ÖZTAN, a.g.e., s. 185-186; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 5-6; GENÇCAN, a.g.e., s. 526; ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, Ankara, Seçkin, 2018, s.211.

²² GÜMÜŞ, a.g.e., s. 11; ÖZTAN, a.g.e., s. 197; ZEVKLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/GÜRPINAR, a.g.e., s. 237.

²³ TEKİNAY, a.g.e., s. 207.

Evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü, hayat ortaklığının duygusal alan, cinsel alan, barınılan alan vb. gibi bütün alanlarını kapsamakta olup eşlere tek taraflı davranışta bulunmayı yasaklar ve eşlerin birbirlerine karşı iyi niyetli bir davranış içerisinde bulunmasını gerektirir²⁴. Şöyle ki, eşler, eşitlik ilkesi doğrultusunda ortak bir hayatı paylaştıklarından, birliğin mutluluğunun sağlanması amacıyla her açıdan fedakârlık göstermeli, önemli konularda diğer tarafın görüşünü alarak karar vermeli ve gerektiğinde uzman kişilerden yardım almalıdırlar²⁵. Zira, evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü altında olan eşler, evliliğin ortak alanlarında sadece birbirleriyle huzurlu ve mutlu anları paylaşıp zor zamanlarda birbirlerine karşılıklı destek olmaktan imtina eder, birbirlerini yalnız bırakırlarsa, hayat ortaklığı devam ettirilemeyecek bir hâle geleceğinden yükümlülük ihlâl edilmiş olur ve bir boşanma sebebinin meydana gelmesi kaçınılmazdır²⁶.

1.2.2. Çocukların bakımı, eğitimi ve gözetimine birlikte özen yükümlülüğü

TMK m. 185/2 uyarınca evlilik birliğinin devamıyla irtibatlı kılınan diğer bir yükümlülük, eşlerin, çocuklarına maddî ve manevî imkânlar ölçüsünde bakma, çocuklarını kendi imkânları içerisinde yetiştirme, gözetme ve çocuklarına uygun eğitimi verme, çocukların gerek fikrî ve ruhî gelişimlerine katkıda bulunma gerek fizikî gelişimlerini sağlama hususlarında özen gösterme yükümlülüğüdür²⁷.

Eşlerin birlikte özen yükümünün eşlerin müşterek çocuklarını kapsadığı gibi aynı zamanda üvey çocukları da kapsamaktadır. Bu itibarla eşler, evlilik birliği içerisinde müşterek olsun ya da olmasın bütün çocukların bakımına, eğitime ve gözetimine itinayla yaklaşmak zorundadır²⁸. Zira, TMK 338'inci maddesinde eşlerin müşterek olmayan çocuklara da özen ve ilgi göstermekle yükümlü olduğu

²⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 197; GENÇCAN, a.g.e., s. 549-553.

²⁵ ÖZTAN, a.g.e., s.197; GENÇCAN, a.g.e., s. 549-553.

²⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 162.

²⁷ TEKİNAY, a.g.e., s. 306; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s.114; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 11; ÖZTAN, a.g.e., s. 203-204; GENÇCAN, a.g.e., s. 556-559.

²⁸ TEKİNAY, a.g.e., s. 306; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 114; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ ERTAŞ/GÜRPINAR, a.g.e., s. 238; ÖZTAN, a.g.e., s.204; GÜMÜŞ, a.g.e., s.11.

hüküm altına alınmıştır²⁹. Bununla birlikte çocukların bakım, eğitim ve gözetim yükümlülüğü, TMK kapsamında velâyet hakkıyla özdeşleştirilmemiş olup, velâyet hakkına sahip bulunmayan eşe de bu yükümlülük kapsamında sorumluluk verilmiştir³⁰. Zira, TMK m. 350/1 uyarınca, “*Velâyetin kaldırılması hâlinde ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder*”.

Çocuklara bakma yükümlülüğü, çocukların beslenme, giyinme, barınma, sağlık, seyahat ve sosyal gelişim açısından gerekli tüm ihtiyaçlarını karşılamaya ilişkin yükümlülüklerini kapsamaktadır³¹.

Çocukların eğitimi ve gözetimine özen yükümlülüğü ise, çocukların menfaati doğrultusunda genel ve meslekî bir eğitimi sağlamak, çocuklar ergin oluncaya kadar özgür bir şekilde dini eğitimi belirlemek, çocukların eğitimi için gerekli giderleri karşılamak, çocukların psikolojik ve sosyolojik açıdan korunması ve gelişmesi için gerekli desteği sağlamak gibi yükümlülükleri kapsamaktadır³².

Çocukların bakımı, eğitimi ve gözetimi konusundaki özen yükümlülüğüne ilgisiz kalınması kusurlu bir davranış oluşturur ve eşlerden her ikisinin de ilgisizliği durumunda, koşullar oluşmuşsa velâyetin kaldırılması söz konusu olabileceği gibi eşlerden birinin ilgisizliği ise, boşanmaya sebebiyet verebilir³³.

1.2.3 Birlikte yaşama yükümlülüğü

Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte eşlerin beraberce seçecekleri ortak konutta yaşamlarını birlikte idame ettirmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Kural olarak eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğü bulunsu bile eşlerin zaman zaman zorunluluk sebebiyle birlikte yaşamalarının kesintiye uğraması da mümkündür. Şöyle ki, eşler gerek tutukluluk, askerlik veya seferberlik gibi yasa gereği nedenlerle gerek çalıştığı iş yerince öngörülen bir görevlendirmeden kaynaklı

²⁹ TMK m. 338, “*Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler (f.1). Kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder (f.2)*”.

³⁰ AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, TBB Yayınları, 2004, s. 49.

³¹ KILIÇOĞLU, Aile, s. 163; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 114.

³² KILIÇOĞLU, Aile, s. 163-164; GENÇCAN, a.g.e., s. 556-559.

³³ KILIÇOĞLU, Aile, s. 163.

olarak gerekse hastalıktan kaynaklı tedavi süreci, düğün veya cenaze gibi geleneksel ve özel nedenlerle ayrı yaşamak durumunda kalabilir³⁴. Bu gibi durumlar, birlikte yaşama yükümlülüğünün ihlâl edilmesi sonucunu yaratmaz.

Eşlerden birinin birlikte yaşama yükümlülüğünü haklı bir sebep olmaksızın ihlâl etmesi durumunda, bu durum evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirebileceği gibi boşanmaya da sebebiyet oluşturabilir³⁵.

Birlikte yaşama yükümlülüğü, aynı zamanda eşler açısından bir hak oluşturmaktadır. Evlilik birliğinin kurulmasıyla beraber, eşler ortak konutta birlikte yaşama hakkını da edinmiş olurlar³⁶.

1.2.4 Sadakat yükümlülüğü

Sadakat, bağlılık anlamına gelmektedir³⁷. Evlilik birliğinde sürekliliğin sağlanması için, eşlerin birbirlerine sadık kalmaları gereklidir. TMK m. 185/3'de hüküm altına alınan sadakat yükümlülüğü, her iki eşe de aynı derecede tesir etmekte olup eşlerin birbirlerine karşı çok kapsamlı ve koşulsuz bir bağlılığını ifade eder³⁸. Dolayısıyla sadakat yükümlülüğü, TMK m.2/1' de yer alan dürüstlük kuralının eşler açısından kapsamlı ve somutlaştırılmış hâlini oluşturur³⁹.

Eşlerin sadakat gösterme yükümlülüğü, sadece eşler arasındaki cinsel sadakati değil, evlilik birliği içindeki duygusal, ekonomik, sosyal, düşünsel ve sosyal sadakati de kapsamına almaktadır⁴⁰. Bu itibarla, sadece zina girişiminde bulunan eş değil, üçüncü şahıslarla ilişkilerinde diğer eşin çıkarlarını gözetmeyen, özel yaşamlarına ilişkin sırları saklamayan, evlilik birliğinin çıkarlarını gözetmeden parasal varlığını kötü alışkanlıklara feda eden, sahip olduğu malvarlığını gizleyen, aile yaşamını etkileyebilecek konularda yalan söyleyen, diğer eşe küçültücü veya

³⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 113; KILIÇOĞLU, Aile, s. 164-165.

³⁵ KILIÇOĞLU, Aile, s. 165; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 113; ÖZTAN, a.g.e., s. 198.

³⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 113; AYAN, a.g.e., s. 49; GENÇCAN, a.g.e., s. 535-536.

³⁷ ŞENER, Esat, Açıklamalı- Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara, Seçkin, 2001, s. 677.

³⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 113; ÖZTAN, a.g.e., s. 198; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 159; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 12.

³⁹ ÖZTAN, a.g.e., s. 198; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 12.

⁴⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 113; KILIÇOĞLU, Aile, s. 165-166; ÖZTAN, a.g.e., s. 198-199; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 12; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ ERTAŞ/ GÜRPINAR, a.g.e., s. 237; GENÇCAN, a.g.e., s. 560-565.

dışlayıcı davranışlarda bulunan yahut ona fiziksel şiddet uygulayan eş de evlilik birliğine karşı sadakat yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunmuş sayılır⁴¹. Bu gibi durumlarda, yükümlülüğe aykırı davranan eşe karşı diğer eş, evlilik birliğini koruyucu hükümlerden yararlanabileceği gibi boşanma davası açılabilir ve boşanma sonucu koşullar oluşmuşsa tazminat istenebilir⁴².

1.2.5 Karşılıklı yardım yükümlülüğü

Evlilik birliği içerisinde eşler, karşılıklı olarak birbirlerine yardımcı olmak ve birbirleriyle dayanışma içinde bulunmakla yükümlüdürler. Zira, hayatın getirdiği zorlukların üstesinden gelmek için çabalarken eşlerin birbirlerinin desteğine ihtiyaç duyması, evlilik birliğinin ve ortak yaşamın en önemli gereklerinden biridir⁴³. Evlilik birliğine ilişkin ortaya çıkan sorunlarda eşler daima birbirlerinin yanında bulunmalı, birbirlerine yol göstermeli ve özellikle üçüncü kişiler ile aralarındaki sorunlarda birbirlerini korumalıdır⁴⁴. Eşlerden birinin iş hayatındaki başarısızlığı, yaşlılığı veya hastalığı gibi nedenlerle söz konusu yükümlülüğü yerine getirme olanağı bulunmaması durumunda diğer eş, evlilik birliğinin amacına uygun olarak sahip olduğu imkânlar dahilinde gerek maddî gerek manevî anlamda ona yardımcı olmalıdır⁴⁵.

Buna karşılık maddî yardım yükümlülüğü, TMK m. 186/3 hükmü ile düzenlenen birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünden farklıdır. Bu itibarla, maddî yardım yükümlülüğü, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü aşan durumlarda eksikliği tamamlama fonksiyonuna sahiptir⁴⁶. Bir diğer ifadeyle, eşlerin birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmesi ile birliğin

⁴¹ TEKİNAY, a.g.e., s. 307; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 113; KILIÇOĞLU, Aile, s. 165-166; ÖZTAN, a.g.e., s. 198-199; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 12; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ ERTAŞ/ GÜRPINAR, a.g.e., s. 237; GENÇCAN, a.g.e., s. 560-565.

⁴² BADUR, Emel/ BAŞARA-TURAN, Gamze, “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevî Tazminat İstemi”, AÜHFD, C. 65, S. 1, 2016, s. 101-136.

⁴³ TEKİNAY, a.g.e., s. 306; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 114; AYAN, a.g.e., s. 50-51.

⁴⁴ ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ ERTAŞ/ GÜRPINAR, a.g.e., s. 238; GENÇCAN, a.g.e., s. 567-571.

⁴⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 114; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ ERTAŞ/ GÜRPINAR, a.g.e., s. 238; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 159; GÜMÜŞ, s. 13; AYAN, s. 51.

⁴⁶ GENÇCAN, a.g.e., s. 566; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 13; ÖZTAN, a.g.e., s. 200-203.

masraflarının karşılanması her zaman mümkün olmayacağından, bu gibi durumlarda yardım yükümlülüğünün maddî boyutu devreye girecektir⁴⁷.

Eşlerden her biri, diğerinden karşılıklı yardım yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep hakkına sahip olup öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, evlilik birliğinin koruyucu hükümlerine başvurabileceği gibi son çare olarak boşanma davası da açabilir⁴⁸.

1.2.6. Ortak konutu seçme hakkı

TMK m. 186/1 uyarınca, “*Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler*”. Bu hüküm ile birlikte Eski Medenî Kanun’un 152/2 maddesinde yer alan ve konutun seçim yetkisini münhasıran erkek eşe bırakan hüküm, kadın ile erkek arasındaki eşitliği zedelediği düşüncesiyle eşler arası eşitlik ilkesi uyarınca yeniden düzenlenmiştir⁴⁹. Zira, eşler açısından medenî bir konu olan ortak konutun beraberce seçilmesinin hüküm altına alınması ile birlikte evlilik birliği içerisinde konutun tek taraflı olarak seçimi sonucu ortaya çıkabilecek tercih çakışmalarının da önüne geçilmiş ve her eşin kişilik hakkının korunması amaçlanmıştır⁵⁰.

Eşler, herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan ve kendilerine tanınmış olan ortak konutu seçme hakkını kullanırken ekonomik imkânlarını, sosyal durumlarını, sağlık şartlarını ve hatta çalıştıkları işyerlerine veya çocuklarının eğitim aldığı bölgeye konutun yakın olup olmaması gibi hususları dikkate almalıdırlar⁵¹.

Ortak konut her zaman yerleşim yeri niteliğine sahip olmadığı gibi aynı zamanda TMK m. 194 ile hüküm altına alınan aile konutu kavramından içerik itibarıyla daha kapsamlıdır⁵². Bununla birlikte, ortak konut birden fazla olabileceği gibi geçici olarak oturulabilecek bir yer de olabilir⁵³. Ancak, geçici olarak oturulan

⁴⁷ GENÇCAN, a.g.e., s. 566-567; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 13; ÖZTAN, a.g.e., s.200-203.

⁴⁸ ÖZTAN, a.g.e., s. 202-203.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.32.

⁵⁰ KÖSEOĞLU, Bilal/ KOCAAĞA, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa, Ekin , 2011, s. 569; ÖZTAN, s. 220.

⁵¹ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 110; KÖSEOĞLU/ KOCAAĞA, a.g.e., s. 569; GENÇCAN, a.g.e., s. 542-543.

⁵² ÖZTAN, a.g.e., s. 220-221; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 26; GENÇCAN, a.g.e., s. 539-540.

⁵³ ÖZTAN, a.g.e., s. 220-221; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 26; GENÇCAN, a.g.e., s. 539-540.

yerlerin ortak konut olarak sayılabilmesi için bu yerlerde belirli bir zaman aralığı içinde düzenli ve sürekli bir şekilde oturulması gereklidir⁵⁴.

Eşlerin birlikte seçim hakkına sahip oldukları ortak konut, eşlerin veya eşlerden birinin mülkiyet hakkına sahip olduğu bir konut olabileceği gibi, eşlerden biri tarafından kiralanmış bir konut da olabilir⁵⁵.

Eşlerden biri ortak konutun seçimine müdahil olmaz veya ortak konutun seçiminde her iki eş arasında menfaat çatışması olur ise evlilik birliğini koruyucu hükümlerden yararlanma yoluna gidilebilir⁵⁶.

1.2.7. Evlilik birliğini yönetme hakkı

TMK m. 186/2 uyarınca, “Birliği eşler beraberce yönetirler”. Bu hüküm ile birlikte eMK m. 152/1’ de yer alan “Koca birliğin reisidir” şeklindeki düzenleme kaldırılmış olup, evlilik birliğinin yönetiminde her iki eşe de eşit söz hakkı tanınmıştır.

Evlilik birliğinin yönetimine eşit koşullarda iştirak edilmesi imkânını veren TMK hükmünün sonucu olarak eşlerden her biri, birliğin yönetimine dair bir teşebbüste bulunmadan önce diğer eşe bilgi vermeli ve teşebbüse onun da katılımını sağlamalıdır⁵⁷.

Evlilik birliği, eşler arası eşitlik esasına dayanan, eşlerin karşılıklı saygı ve hoşgörüsüne bağlı olan ve eşlere karşılıklı hak ve yükümlülük getiren bir hayat ortaklığını ifade ettiğinden, eşlerden her biri, birliğin yönetimine ilişkin kararlarda birbirlerinin önerisine kayıtsız kalmamalı ve birbirleriyle fikir alışverişinde bulunmalıdır⁵⁸.

⁵⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 221; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 26; GENÇCAN, a.g.e., s. 539-540.

⁵⁵ HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu, Aile Hukuku, İstanbul, Onikilevha, 2018, s. 83; ÖZTAN, a.g.e., s. 221; GENÇCAN, a.g.e., s.540.

⁵⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 223-224; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 27-29; GENÇCAN, a.g.e., s. 543-546; KÖSEOĞLU/ KOCAAĞA, a.g.e., s.569; AYAN, a.g.e., s. 52.

⁵⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ, a.g.e., s. 111; GENÇCAN, a.g.e., s. 546; KÖSEOĞLU/ KOCAAĞA, a.g.e., s 570.

⁵⁸ AKINTÜRK/ ATEŞ, a.g.e., s. 111; KILIÇOĞLU, Aile, a.g.e., s. 167.

Evlilik birliğin yönetimi, eşler açısından bir hak doğurduğu gibi, aynı zamanda eşlere bir yükümlülük de getirir⁵⁹. Bu itibarla, hayat ortaklığının devamı süresince eşlerin yönetime ilişkin bir yetersizliği veya kusurlu bir davranışının bulunması ya da evlilik birliğin menfaatine ilişkin acele bir ihtiyacın bulunması hâlinde, kimi zaman istisnâî bir durum olarak diğer eş birliği tek başına temsil edebileceği gibi, kimi zaman da eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini talep edebilir⁶⁰.

1.2.8. Evlilik birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü

TMK m. 186/3 uyarınca, “*Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar*”. Bu hüküm ile birlikte, evlilik birliğin giderlerinin kural olarak erkek eş tarafından karşılanmasını öngören eMK m. 152/2” ... *karı ve çocukları n münasip veçhile iaşesi ona (kocaya) aittir*” şeklindeki düzenleme kaldırılmış ve kadın eşin ev işlerini idare ederken veya çocuklara bakarken evlilik birliği için harcamış olduğu emek, evin geçimine bir katkı olarak değerlendirilip karşılıksız bırakılmamıştır⁶¹.

Evlilik birliğin giderlerinden anlaşılması gereken, evlilik birliğinde sürekliliğin sağlanması ve ailenin geçimi amacıyla yapılması gerekli olan harcamalardır⁶². Bu giderlerin kapsamında, beslenme, barınma, giyinme, sağlık, ulaşım, iletişim ve eğitim giderleri gibi ailenin temel ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli olan giderler yer aldığı gibi vergi ve sigorta giderleri gibi kurumsal giderler ile kültürel ihtiyaçları ya da sosyal ihtiyaçları karşılamak için gerekli olan kişisel giderler de yer alır⁶³.

Evlilik birliğin giderlerine katılma konusunda kanun koyucu kıstas olarak, eşlerin şahsî isteklerini, ekonomik durumlarını ve yaşam tarzlarını dikkate almış ve giderlere katılmada, mutlak bir paylaşım değerlendirmesi yapmamıştır⁶⁴.

⁵⁹ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 158; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 6; GENÇCAN, a.g.e., s.546.

⁶⁰ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 6; GENÇCAN, a.g.e., s. 546.

⁶¹ KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 33; AKINTÜRK/ ATEŞ, a.g.e., s. 114-115; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 34.

⁶² DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 162-163; ERDEM, a.g.e., s. 212; GENÇCAN, a.g.e., s. 575.

⁶³ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 162-163; ÖZTAN, a.g.e., s. 232-233; ZEVKLİLER/ HAVUTÇU/ ERTAŞ/ GÜRPINAR, a.g.e., s. 239; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 42-45; ERDEM, a.g.e., s. 212; GENÇCAN, a.g.e., s. 575-579.

⁶⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 228; ERDEM, a.g.e., s. 212.

Eşlerin birlik giderlerine katkısı, ev işi görmek, çocuklara bakmak veya diğer eşin işinde karşılıksız çalışmak gibi emek verilerek sağlanabileceği gibi; elde ettikleri parasal kazanç üzerinden de sağlanabilir⁶⁵. Ayrıca birlik giderlerine katılma yükümlülüğü kapsamında eşlerin aralarında geçerlilik şekline bağlı olmayan bir sözleşmeyi serbestçe yapabilmelerine de herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁶.

Eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü ortak bir konutta yaşamalarına bağlı olmayıp, evlilik birliğinin kurulduğu günden sona erdiği güne kadar devam eder⁶⁷. Bu itibarla, eşlerin kural olarak anlaşarak tespit ettikleri birlik giderlerine katılma miktarı hususunda aralarında bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde, TMK m. 169, 197 ve 196 hükümleri saklıdır⁶⁸. Ayrıca, eşlerden biri, evlilik birliğinin devamı süresince, evlilik birliğinin gerektirdiği davranışları sergilemekten kaçınır ve evlilik birliğinin amacıyla bağdaşmaz hareketlerde bulunursa, bu eşin diğer eşe yönelteceği birliğin giderlerine katılma talebi, TMK m. 2/2 gereğince, hakkın kötüye kullanılması niteliğini haiz olur⁶⁹.

1.3. Kadının Soyadı

Kuşaktan kuşağa intikal eden, bir aileye bağlılığı belirten, aynı aileden gelen kişilerin kullandıkları ve aynı aileden gelen kişileri diğer ailelere bağlı olan kişilerden ayırt etmeye yaran ad, soyadıdır⁷⁰.

Evlenene kadar geçen süreç içerisinde kadın, kural olarak, doğum ile birlikte kazandığı soyadını taşır ve gerek hukukî ilişkilere girerken gerek sosyal, kültürel ve meslekî ilişkiler içindeyken sahip olduğu bu soyadını kullanır⁷¹.

⁶⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 235; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s.163; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 34; GENÇCAN, a.g.e., s. 580.

⁶⁶ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 163; GENÇCAN, a.g.e., s. 580-581; ZEVLİLİLER/ HAVUTÇU/ ERTAŞ/ GÜRPINAR, a.g.e., s. 239

⁶⁷ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 162; GÜMÜŞ, a.g.e., s.34.

⁶⁸ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 162; GÜMÜŞ, a.g.e., s.34-36; ÖZTAN, a.g.e., s. 231-235; KILIÇOĞLU, Yenilikler, a.g.e., s. 35-39.

⁶⁹ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 162; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 37-39.

⁷⁰ OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 111; HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul, Legal, 2018, s. 103.

⁷¹ YÜKSEL, a.g.m., s. 182-183.

Evlilik birliğinde kadının soyadı konusu, TMK m. 187 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*”.

Hükümde de öngörüldüğü üzere, kural olarak, kadın evlendiği andan itibaren, aynı zamanda evlilik birliği açısından aile soyadı sayılan erkek eşin soyadını kullanmakla yükümlüdür ve aynı zamanda kullanım hakkını haiz olur⁷². Bununla birlikte, hükmün emredici niteliği, evli kadının sadece evlilik öncesi soyadını kullanmasına izin vermemekte olup, evli kadına bir seçimlik hak tanınmış ve kadının ya eşinin soyadını alması ya da eşinin soyadının önünde evlenmeden önce kullandığı soyadının bulunmasını isteyebileceği kabul edilmiştir.

Kadın, eşinin soyadının önünde önceki soyadını da kullanmak istiyorsa ve daha evvel iki soyadı kullanıyorsa, bu soyadlarından sadece birini seçme hakkına sahiptir. Kadın, eşinin soyadı önünde kullanabileceği soyadı, kızlık soyadı, evlât edinirken değişmiş olan soyadı, TMK m. 27 uyarınca yargısal değişikliğe uğramış soyadı veya ilk evliliğinin son bulması durumunda TMK m. 173 uyarınca belirlenen soyadı veya vatandaşlıkla beraber kazanmış olduğu soyadı olabilir⁷³.

Erkeğin doğumla kazandığı soyadını yaşamı süresince taşıma hakkını haiz olması ve kural olarak hiçbir zaman soyadının değişikliğe uğramamasına karşın, kadının doğumla kazandığı soyadını evlilikle birlikte bırakması ve eşinin soyadını kullanmaya zorunlu bırakılması, daha sonra boşanıp tekrar evlendiğinde ya da evlilik birliği devam ederken eşinin evlât edinilmesi veya haklı bir sebeple soyadını değiştirmesi hâlinde, eşine bağlı olarak soyadını yeniden değiştirmek mecburiyetinde olması, öğretide yoğun bir şekilde eleştirilmektedir⁷⁴. Katıldığımız

⁷² DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 160; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 23; ERDEM, a.g.e., s. 237; ATASOY, Hakan, “Evli Kadının Soyadı Sorunu “Anayasal” mı? “Bireysel” mi?”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 143.

⁷³ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 160; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 24-25; ÖZTAN, a.g.e., s. 209-210; HATEMİ/ KALKAN-OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 86.

⁷⁴ ERDEM, a.g.e., s. 237-239; KÖSEOĞLU/ KOCAĞA, a.g.e., s.641-642; YÜKSEL, a.g.m., s. 182-186; ATASOY, a.g.m., s. 146-166; DURSUN, Esra, Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 110-120; KILIÇOĞLU-YILMAZ, Kumru, “Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, s. 585-591; ÖCAL- APAYDIN, Bahar, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”,

bu eleştiriler kapsamında, evli kadının, eşinin soyadını taşımadan, sadece önceki soyadını kullanabilmesine özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) dikkate alınarak izin verilmesi gerekmektedir. Zira, Anayasa Mahkemesi⁷⁵ ile Yargıtay'ın⁷⁶ konuya ilişkin vermiş olduğu son kararlarında da evli kadının sadece önceki soyadını kullanma hakkına sahip olduğu isabetli bir şekilde kabul edilmiştir.

1.4. Eşlerin Meslek ve İş

TMK m. 192 hükmü uyarınca, “Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur”.

İlgili hüküm, bir yandan TMK m. 185/2’ de düzenleme altına alınan evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğünün sağlamasını oluştururken bir yandan malî yönden kişilik hakkının korunduğunu ifade eder ve TMK m. 186/3’ de düzenleme altına alınan birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü ile bağlantı içindedir⁷⁷. Bir başka anlatımla, eşlerin iş ve meslek seçimi bir taraftan hak, diğer taraftan yükümlülük oluşturmaktadır⁷⁸. Ancak, eşlerin birlik giderlerine katılma yükümlülüğü, sahip olunan malvarlığından karşılanabileceği için bu durumda meslek ve iş seçimi mutlak bir yükümlülük arz etmez⁷⁹. Zira, malvarlığı unsurları ve bunların gelirleriyle birlik giderlerine katılma imkânı bulunmayan eş, çalışmasını engelleyen bir durumu olmadığı sürece birlik giderlerine katkıda bulunmak için çalışmak mecburiyetindedir⁸⁰.

İÜHFD, C. 6, S. 2, 2015, s. 426-457; MOROĞLU, Nazan, “Kadının Kimlik Sorunu Kadının Soyadı”, TBB Dergisi, S. 99, 2012, s. 254-268. Aksi yönde görüşler için bkz. HATEMİ/ KALKAN-OĞUZTÜRK, a.g.e., s. 86-87; AKINTÜRK/ ATEŞ, a.g.e., s. 119.

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 19.12.2013 tarihli 2013/2187 başvuru numaralı kararı ve 16.04.2015 tarihli ve 2014/ 5836 başvuru numaralı kararı; ERDEM, a.g.e., s. 239 (dn.418); DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ, a.g.e., s. 161 (dn.22).

⁷⁶ Yar. 2. HD, E. 2014/ 20471, K. 2015/8704, T. 28.04.2015. (www.kazanci.com.tr); Yar. HGK, E. 2014/2-889, K 2015/2011, T. 30.09.2015. (www.kazanci.com.tr)

⁷⁷ ÖZTAN, a.g.e., s.285-286; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 57-58.

⁷⁸ ÖZTAN, a.g.e., s. 285-286; GENÇCAN, a.g.e., s. 586.

⁷⁹ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 58.

⁸⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 286; GÜMÜŞ, a.g.e., s.58; GENÇCAN, a.g.e., s. 586.

Her ne kadar TMK m. 192, eşlerin meslek ve iş seçimine ilişkin olarak, diğer eşin rızasını aramamış olsa da, ilgili maddede ölçüt olarak evlilik birliğinin huzur ve yararının göz önünde tutulması, eşlere iş ve meslek seçimi konusunda geniş bir serbesti de tanımamaktadır⁸¹. Dolayısıyla, seçilen mesleğin genel ahlâka aykırı olmaması, evlilik birliği içerisinde çocuk bulunuyorsa iş ve meslek seçiminde çocuğun menfaatinin dikkate alınması, aşırı çabayı ve zamansal süreci gerektirmesinden dolayı meslekî kariyer planlamasının, evlilik birliğini tehlikeye düşürebileceği gerçeğinin göz önünde bulundurulması gereklidir⁸².

TMK m .192, eşlerin iş ve mesleklerine dair düzenleme altına alınmış olsa da, eşlerden her biri, sadece meslek veya iş seçiminde değil, aynı zamanda siyâsî, sosyal, kültürel veya kamu yararına ilişkin alanlardaki benzeri faaliyetlerin yürütülmesinde de, evlilik birliğinin huzur ve yararını göz önünde tutmalı ve aile saadeti bozacak boyutlarda faaliyetlerini gerçekleştirmemelidir⁸³.

Eşlerin faaliyet gösterecekler meslek veya iş konusunda birbirleriyle açık ya da örtülü bir şekilde anlaşma yapabilirler. Ancak eşler arasında bu konuda bir çekişme çıkması durumunda, TMK m. 195 bağlamında hâkim müdahalesi talep edilebilir. Bununla birlikte, çekişme konusu iş ve meslek seçimi, evlilik birliğinin huzurunu bozuyorsa ve şartlar oluşmuşsa TMK m. 197 uyarınca diğer eş haklı sebeple ayrı yaşama hakkına sahip olduğu gibi, ortak hayatın çekilmez bir hâle geldiği sebebine dayanarak boşanma davası açma imkânına da sahiptir⁸⁴.

1.5. Evlilik Birliğinin Temsili

Eski Medenî Kanun, evlilik birliğini temsilde kadın eş ve erkek eş arasında bir ayırım yapmış, temsil yetkisinin kural olarak kişisel sorumluluğa dayalı olarak erkek eşe ait olduğunu hüküm altına almış, kadın eş açısından evlilik birliğinin daimi ihtiyaçları söz konusu olduğunda temsil yetkisinin varlığını kabul etmiş ve üçüncü kişiler tarafından bilinebilen yetkisinin aşılmadığı durumlarda temsile bağlı

⁸¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 287; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 58-59.

⁸² KILIÇOĞLU, Aile, s. 183; ÖZTAN, a.g.e., s. 287; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 58-59; GENÇCAN, a.g.e., s. 589-591.

⁸³ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 60; GENÇCAN, a.g.e., s. 590-591.

⁸⁴ KILIÇOĞLU, Aile, s. 183; ÖZTAN, a.g.e., s. 288; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 60; DURAL /ÖĞÜZ /GÜMÜŞ, a.g.e., s. 165; GENÇCAN, a.g.e., s. 587-589.

işlemlerinden, erkek eşin sorumlu olduğunu öngörmüştü⁸⁵. Ancak, yapılan değişiklikler sonucu yenilenen ve hâlihazırda yürürlükte bulunan TMK kapsamında, eşler arasındaki eşitlik ilkesi göz önünde tutularak evlilik birliğinde temsil farklı şekilde boyutlandırılmış ve kadın eş ile erkek eş arasındaki ayrım kaldırılmıştır.

TMK m. 188 uyarınca, “Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder (f.1.).

Ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden biri, birliği ancak aşağıdaki hâllerde temsil edebilir:

1. Diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmışsa,
2. Birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamazsa (f.2.).”

1.5.1. Temsil yetkisinin niteliği

Evlilik birliğinin temsilini içeren TMK m. 188 hükmünün temelini, TMK m. 186/2-3 hükümlerinde yer alan birliği eşlerin birlikte yürütmesi ve eşlerin evlilik birliğinin geçimini sağlamakla yükümlü olduğuna ilişkin düzenlemeler oluşturur⁸⁶.

Evlilik birliğini temsil yetkisi, birliğin ihtiyaçlarını yerine getirmek ve ortak hayatın amaçlarını karşılamak maksadıyla eşlerin gerekli hukukî işlemlerde bulunmasına ilişkin yetkileri ifade eder⁸⁷. Dolayısıyla temsile ilişkin hükümler bir yandan eşlerin üçüncü kişiler ile olan ilişkilerini düzenlerken bir yandan dolaylı olarak da eşler arasındaki ilişkileri etkiler. Bu nedenle, doğrudan doğruya kanundan doğan evlilik birliğini temsil yetkisi, Aile Hukuku’na özgü, *sui generis* bir müessesedir⁸⁸. Evlilik birliğini temsili, kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak niteliğine sahip olduğundan, evlilik birliğinin yasal temsilci tarafından temsil

⁸⁵ KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 39-40; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 110.

⁸⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 257; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 175; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 110-112.

⁸⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 175.

⁸⁸ ÖZTAN, a.g.e., s. 257; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 175; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 110-112.

edilmesi mümkün olmadığı gibi eşlerin sahip olduğu temsil yetkisi de devredilemez ve bu yetkiden vazgeçilemez⁸⁹.

Evlilik birliğinin temsili, birliğin ihtiyaçlarıyla sınırlıdır ve temsil için eşlerin birlikte yaşaması gerekli olup, aynı zamanda temsile yetkili eşin de fiil ehliyetine sahip olması şartı aranır⁹⁰. Eşlerin birlikte yaşamalarına ara verilmişse, eşlerin ayrı yaşadıkları süre içinde evlilik birliğini temsil yetkisi, kanun gereği durur ve fiilen yeniden birlikte yaşamaya başlamaları hâlinde askıda olan temsil yetkisi yeniden kazanılır⁹¹.

1.5.2. Ailenin sürekli ihtiyaçları için temsil

Eşlerden her birine ortak hayatın devamı süresince tanınmış olan temsil yetkisi, yalnızca ailenin sürekli ihtiyaçları içindir. “Ailenin sürekli ihtiyaçları” kavramı ile hangi ihtiyaçların belirtildiği, her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilir ve her şeyden önce ailenin sosyo-ekonomik düzeyi ile yerel adetler, ihtiyaçların belirlenmesinde kıstas olarak göz önünde tutulur⁹². Ailenin sürekli ihtiyaçları, beslenme, giyinme, barınma, ısınma, eğitim, sağlık gibi konularda günlük ve olağan şekilde her zaman hissedilen kültürel, fiziksel ve çevresel ihtiyaçlardır⁹³.

Ailenin sürekli ihtiyaçlarına ilişkin bir konuda eşlerden her biri, diğer eşin iznine ve katılımına gerek duymaksızın tek başına gerekli hukukî işlemleri yapma yetkisine sahiptir. Bu doğrultuda aynı hukukî işlemin eşler tarafından ayrı ayrı yapılmasının önüne geçilmesi, eşlerin birbirini bilgilendirmesine ve birbirleriyle iş birliği içinde olmasına bağlıdır⁹⁴.

1.5.3. Ailenin diğer ihtiyaçları için temsil

Ailenin sürekli olan ihtiyaçları dışında kalan diğer ihtiyaçları için evlilik birliğinin temsil edilmesinde eşlere birbirlerinden bağımsız olarak bir yetki

⁸⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s.175; GENÇCAN, a.g.e., s.608-610; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 112.

⁹⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 259; GENÇCAN, a.g.e., s. 610-612; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 112-114.

⁹¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 259; GENÇCAN, a.g.e., s. 612.

⁹² ÖZTAN, a.g.e., s. 268-269; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 128.

⁹³ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 128; ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, a.g.e., s. 240; GENÇCAN, a.g.e., s. 612-615.

⁹⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 271; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 177.

tanınmamıştır. Şöyle ki, diğer ihtiyaçların giderilmesi için gereken hukukî işlemlerin yapılmasında eşlerin kural olarak birlikte hareket etmesi aranır. Ailenin diğer ihtiyaçlarına ilişkin hukukî işlemlerin eşlerden biri tarafından yapılabilmesi için, diğer eşin rızasını alması veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınması ya da acil bir durumun var olması gerekir.

Ailenin diğer ihtiyaçları, sürekli ihtiyaçları aşan ve ailenin günlük, olağan ihtiyaçları haricinde kalan ihtiyaçlardır⁹⁵. Bu tür ihtiyaçlara misal olarak, yazlık ev satın alınması, ev içerisine lüks mobilya veya beyaz eşya alınması, oturulan konutta geniş çaplı tadilatlar yapılması, asgari ücretle çalışan aile bireylerinin çocuklarını özel okula kaydettirmesi gibi durumlar gösterilebilir⁹⁶.

1.5.4. Sorumluluk

Eşlerin evlilik birliğini temsil ederken gerçekleştirdikleri hukukî işlemlerin neticelerinden üçüncü kişilere karşı sorumlulukları ile eşlerden birinin birliğin temsilinde yetkisi olmamasına rağmen gerçekleştirmiş olduğu hukukî işlemlerin neticelerinden sorumluluğu, TMK m. 189 hükmü ile iki fıkra hâlinde düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu madde hükmü uyarınca, *“Birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hâllerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar (f. 1). Eşlerden her biri, birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumludur. Ancak, temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması hâlinde eşler müteselsilen sorumludurlar (f. 2).”*

TMK m. 189/1 hükmü, eşlerin iradelerinden bağımsız ve Türk Hukukunda kanundan doğan müteselsil sorumluluk hâllerinden birini oluşturmaktadır. Evlilik birliğinin temsili bağlamında üçüncü kişiler ile hukukî işlem yapılırken, işlemde bulunan kişinin evli olup olmadığının üçüncü kişi tarafından bilinmesi gerekli olmadığı gibi aynı zamanda bu işlemin evlilik birliğinin hedefleri doğrultusunda gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği de üçüncü kişiyi ilgilendirmez⁹⁷. Burada önem arz eden husus, işlemin ailenin ihtiyaçlarına yönelik olarak yapılmış olmasıdır⁹⁸.

⁹⁵ ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, a.g.e., s. 240; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 120.

⁹⁶ KILIÇOĞLU, Aile, s. 176; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 177; AKINTÜRK/ATES, a.g.e., s. 128; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 120.

⁹⁷ ÖZTAN, a.g.e., s. 277; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 126.

⁹⁸ ÖZTAN, a.g.e., s. 277; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 126.

Eşlerin müteselsil sorumlulukları, evlilik birliğinin son bulma anına kadar devam ederse de evlilik birliğinin devamı süresinde doğan borç tamamen ifa edilinceye kadar varlığını devam ettirir⁹⁹.

Evlilik birliğinin temsili hususunda eşlerin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 189/1 hükmü emredici olmayıp, üçüncü kişiyle yapılan anlaşma uyarınca, işlemlerin gerçekleştirilmesi için bir eşe yetki verilmesi hâlinde yetkiyi veren diğer eşin sorumlu olabileceği öngörülebileceği gibi işlemi yapan eşe yetki verilmemesi hâlinde ise ancak üçüncü kişinin onayının bulunması durumunda diğer eşin sorumluluğunun bulunmayacağı öngörülebilir¹⁰⁰.

Eşlerden birinin yaptığı bir hukukî işlem nedeniyle diğer eşin dış ilişkide üçüncü kişilere karşı onunla birlikte müteselsil sorumlu olabilmesi için, işlemin evlilik birliğinin temsil yetkisinin sınırları içinde gerçekleştirilmiş olması gerekir¹⁰¹. Bu doğrultuda, temsil yetkisi bulunmayan eşin yaptığı hukukî işlemde dolayı diğer eş değil, işlemi yapan eş kişisel olarak sorumlu olacaktır. Eşlerden biri temsil yetkisini aşarak işlemde bulunmuşsa ve üçüncü kişi yetkinin aşıldığını bilmiyor veya bilebilecek durumda değil ise, eşlerin temsil yetkisi bağlamında müteselsil sorumluluğu devam eder. Buna karşılık, yetki aşımı hâlinde üçüncü kişi iyi niyetli değilse, işlemde bulunan eş tek başına sorumludur. Eşlerin müteselsil sorumluluğunun söz konusu olması için gerekli koşulların varlığını ispat yükü, kural olarak işlem tarafı olan üçüncü kişiye aittir¹⁰².

1.5.5. Eşlerin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması

TMK m. 190 hükmü uyarınca, *“Eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlandırabilir. İstemde bulunan eş, temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını, üçüncü kişilere sadece kişisel duyuru yoluyla bildirebilir (f.1). Temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının iyiniyetli*

⁹⁹ ÖZTAN, a.g.e., s.277; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 126; GENÇCAN, a.g.e., s. 625.

¹⁰⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 276-277; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 126; GENÇCAN, a.g.e., s. 624.

¹⁰¹ KILIÇOĞLU, Aile, s. 177-178.

¹⁰² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s.179; KILIÇOĞLU, Aile, s. 178-179.

üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması, durumun hâkimin kararıyla ilân edilmesine bağlıdır (f.2). ”

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması için temsil yetkisinin aşılması veya yetkinin kullanılmasında yetersiz kalınması sonucunda durumu bilmeyen üçüncü kişilerin tehlikeye düşmesi ve diğer eşin isteminin varlığı gibi belli bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Eşlerin ekonomik durumlarını ve evlilik birliğinin ihtiyaçlarını göz önünde tutmayarak savurganlıkta bulunması, yapılan işlemin konusuna ilişkin diğer eşe bilgilendirmede bulunulmaması gibi hallerde temsil yetkisinin aşımı söz konusu olur¹⁰³. Eşlerden birinin sağlık sorunlarının bulunması ya da yaşlılığı sebebiyle mantıklı bir biçimde işleri yürütebilme yeteneğinin azalması gibi hâllerde ise, eşin temsil yetkisinin kullanımında yetersiz kalması söz konusu olur¹⁰⁴. Bu gibi durumlarda eşlerden biri temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanımda yetersizliğe düşerse hâkim, diğer eşin talebi doğrultusunda temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlandırabilir.

Evlilik birliğinin temsil yetkisinin kaldırıldığıнын veya sınırlandırıldığıнын üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi gerekli olduğundan yetkinin kaldırılması veya sınırlanması hususunda talepte bulunan eş, üçüncü kişilere sadece kişisel duyuru yoluyla bildirimde bulunabilir. Bu doğrultuda, şahsen bilgilendirilen üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunma imkânları ortadan kalkar¹⁰⁵. Ancak, temsil yetkisinin kaldırıldığına veya sınırlandırıldığına ilişkin yapılacak olan kişisel duyuru istenen tesiri sağlamayacaksa, durumun iyi niyetli üçüncü kişiler açısından sonuç doğurması kararın hâkim tarafından ilân edilmesine bağlıdır.

Hâkimin, eşlerden birinin sahip olduğu temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına yönelik karar vermesine sebep olan olayın zaman içinde değişmesi veya ortadan kalkması mümkündür. Dolayısıyla, temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin karar, şartların değişmiş olması hâlinde ve eşlerden birinin talebi üzerine TMK m. 191/1 hükmü uyarınca, hâkim tarafından

¹⁰³ KILIÇOĞLU, Aile, s. 179-180; ERDEM, a.g.e., s. 218-219; GENÇCAN, a.g.e., s. 626.

¹⁰⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 283; ERDEM, a.g.e., s.219; GENÇCAN, a.g.e., s. 626.

¹⁰⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 284; KILIÇOĞLU, Aile, s. 180; ERTAŞ/ZEVKLİLER/HAVUTÇU/GÜRPINAR, a.g.e., s. 242; GENÇCAN, a.g.e., s. 627.

değiştirilebilir. Bu hususta talepte bulunan eşin şartların değiştiğini ispat etmesi gereklidir¹⁰⁶. Bununla birlikte temsil yetkisinin kaldırıldığına ilişkin karar ilân edilmişse, temsil yetkisinin değişikliğine ilişkin verilecek karar da TMK m. 191/2 uyarınca ilân olunur.

1.6. Eşlerin Hukukî İşlemleri

1.6.1. Kural ve istisnalar

TMK' unun 193. maddesinde yer alan “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir.*” hükmü ile eşlerin kural olarak gerek kendi aralarında gerek üçüncü kişilerle yaptıkları hukukî işlemlerde özgür oldukları ilkesi öngörülmüştür. Bu ilkenin kanunun ilgili maddesinde düzenleme altına alınmasındaki en temel sebep, günümüzde artık kadın ve erkek eşitliğine dayalı olarak kadınların da kendi haklarını ve ekonomik durumlarını göz önünde tutarak hareket edebilecekleri doğrultusundaki gerçekliktir¹⁰⁷.

İlgili madde lafzından anlaşıldığı üzere eşlerin hukukî işlem özgürlüğünün konusunu temel olarak, alınacak kararlar ve yapılacak olan sözleşmeler oluştursa bile tanıma, vakıf kurma, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama gibi tek taraflı işlemler de hükmün kapsamı içerisinde yer alır¹⁰⁸.

Evli kişilerin yapacakları hukukî işlemler açısından, evli olmayan kişilerin hukukî işlemlerde bulunurken dikkate alınan sınırlamalar geçerlidir. Şöyle ki, hukukî işlemlerde bulunurken emredici hukuk kuralları, kamu düzeni, genel ahlâka uygunluk ve kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler göz önünde tutulmalıdır¹⁰⁹. Aksi hâlde, yapılan işlemler geçersiz olacaktır.

Kural olarak, yani kanunda aksi yönde bir hüküm bulunmadıkça, eşlerin hukukî işlem yapabilme özgürlüğü bulursa dahi gerek evlilik birliğinin korunması yönünden gerek eşler arası eşitlik ilkesinin bir gereği olarak eşlerin işlem yapma

¹⁰⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 285.

¹⁰⁷ KILIÇOĞLU, Aile, s. 184.

¹⁰⁸ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 61; GENÇCAN, a.g.e., s. 630.

¹⁰⁹ ÖZTAN, a.g.e., s. 289; GÜMÜŞ, a.g.e., s.61.

özgürlüğüne çeşitli kanunlarda sınırlamalar öngörülmüştür. Önemli kısıtlamaların başında daha sonra değineceğimiz TMK m. 194’ te yer alan aile konutunu konu alan işlemler ile TMK m. 199’ da yer alan evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak tasarruf yetkisinin sınırlanması gelmektedir. Bunlarla birlikte, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olarak hüküm altına alınan TMK m. 222/2, m. 223/2, m. 226/2 ve m. 229 hükümleri ile kefalet sözleşmesinde diğer eşin yazılı rızasını öngören TBK m. 584 hükmü eşlerin hukukî işlem özgürlüğüne getirilen diğer sınırlamaları oluşturur.

1.6.2. Aile konutu

Medenî Kanun’un son hâliyle birlikte uygulama alanı bulan aile konutuyla ilgili temel hüküm olan TMK m. 194 uyarınca, *“Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz (f.1). Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir (f.2). Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir (f.3). Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur (f.4)”*. Evlilik birliğinin korunması amacıyla getirilen bu hüküm, emredici bir düzenleme içermektedir¹¹⁰. Bu düzenleme ile eşlerin, üçüncü kişilerle hukukî işlem yapabilme özgürlüğüne aile konutu açısından bir sınırlama getirilmiştir¹¹¹.

Kanunda tanımı yapılmayan aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin sürdürülebilirliğini sağlamak, kendileri ile varsa çocuklarının yaşamsal faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla bir yerde oturmak ihtiyaçlarını gidermek için edindikleri ve bu doğrultuda üçüncü kişilere karşı, evlilik birliğinin mekânsal alanı olarak gösterdikleri yer olarak ifade edilebilir¹¹².

¹¹⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 296; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 64-65; GENÇCAN, a.g.e., s. 632.

¹¹¹ ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, a.g.e., s. 245.

¹¹² AKINTÜRK/ATES, a.g.e., s. 121; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 167; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 66; ERDEM, a.g.e., s. 219; GENÇCAN, a.g.e., s. 632-633.

Evlilik birliĝinin kurulmasıyla birlikte bir yerin aile konutu olması hususunda öncelikli olarak eşlerin iradesi önem arz eder. Eşlerin bir konutu, aile konutu olarak tahsis etmeleri ve o konutu aile yaşamının yoğunlaştığı yer olarak fiilen kullanmaya başlamaları gereklidir¹¹³. Bununla birlikte oturlan yerin ailenin yaşam merkezi olması gerekliliği yeterli olduğundan aile konutunun tapulu ya da tapusuz bir taşınmaz veya taşınır niteliğini taşıması önem arz etmemektedir¹¹⁴. Ayrıca, bir yerin aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için konutun geçerli bir aynî veya şahsî hakka dayalı olması gereklidir¹¹⁵. Aile konutu üzerinde sahip olunan hak, mülkiyet hakkı olabileceği gibi, üst hakkına, intifa hakkına, oturma hakkına ya da bir kira sözleşmesine de dayanabilir¹¹⁶.

Eşlerin birden fazla konutu bulunsa bile, aile konutu tek bir konuttur¹¹⁷. Nitekim, aile konutuna ilişkin korumanın üçüncü kişileri de etkilemesi söz konusu olduğundan eşlerin birden fazla konutu olması hâlinde, aile konutuna ilişkin korumadan bunlardan yalnızca biri için faydalanılabilir.

Eşler aralarında anlaşarak bir konutun aile konutu niteliğini sona erdirebilirler¹¹⁸. Bununla birlikte, oturlan yerin aile konutu niteliğinin son bulması, evliliğin sona ermesine bağlı olup, aile konutu niteliği tapuya şerh edilmiş olan taşınmaz üzerindeki şerhin etkisi de aile konutu niteliğinin varlığını kaybetmesi ile birlikte sona erer¹¹⁹. Eşlerden birinin evi terk etmesi ya da eşlerin birlikte yaşamalarına ara verilmiş olsa dahi aile konutu varlığını devam ettirir¹²⁰. Ancak aile konutu üzerinde aynî veya şahsî bir hakka sahip olmayan eş, aile konutunu süresiz bir şekilde ve kendi iradesiyle terk etmiş ya da eşler bir daha dönmek üzere aile konutunu kesin bir şekilde terk etmişlerse ve bu konutun korunmasına ilişkin bir

¹¹³ ÖZTAN, a.g.e., s. 299; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 66.

¹¹⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 299; ERDEM, a.g.e., s. 220-221; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 67.

¹¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 168; ÖZTAN, a.g.e., s. 302; GENÇCAN, a.g.e., s. 653; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 68-69.

¹¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 169; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 75; ERDEM, a.g.e., s. 222.

¹¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 168; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 67-68; ÖZTAN, a.g.e., s. 301-302; ERDEM, a.g.e., s. 221.

¹¹⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 169; GÜMÜŞ, a.g.e., s.74; ÖZTAN, a.g.e., s. 302.

¹¹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 169.

¹²⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 303; GENÇCAN, a.g.e., s. 635-637.

yarar kalmamışsa, TMK m. 194 hükmünün evlilik birliğini korumaya yönelik özelliği son bulur¹²¹.

Emredici nitelikte olan TMK m. 194 hükmü, aile konutunun edinilme şeklini göz önünde tutarak, eşlerden birinin aile konutu üzerinde aynî veya şahsî bir hakka sahip olmaması durumunda, konut üzerindeki var olan haklarının yitirilmesine veya sınırlandırılmasına sebebiyet verecek işlemlere karşı, eşi ve ailenin mevcudiyetini güvence altına almak için öngörülmüştür¹²².

Aile konutunun mülkiyetinin eşlerden birine ait olması hâlinde, konutun maliki olan eş, diğer eşin açık rızası bulunmadan, aile konutunu devredemez veya konut üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu kapsamda, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı bulunan eşin, konut üzerinde intifa, oturma, irtifak haklarını tesis etmesi ya da taşınmazı kiralaması veya ödünç vermesi gibi durumlarda diğer eşin izni gereklidir¹²³. Ayrıca, her ne kadar doktrinde tartışmalı bir konu olmasına rağmen, katıldığımız görüşe göre, hükmün geniş yorumlanması ve devir borcu doğuran işlemlerin de ilgili madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹²⁴. Bu doğrultuda, satım, trampa ve bağışlama gibi mülkiyeti devir borcu doğuran işlemlerde de diğer eşin açık rızasının alınması gerektiğine şüphe duyulmamalıdır.

Ayrıca, aile konutunun kullanımı eşlerden birinin taraf olduğu kira sözleşmesine dayanarak sağlanmışsa, sözleşmeye taraf olan eş, diğer eşin açık rızasının bulunmadan, kira sözleşmesini feshedemez. Madde lafzından da anlaşıldığı üzere her ne kadar eşin rızası yalnızca kira sözleşmesinin feshi için aranmakta olsa bile, doktrinde tahliye taahhüdünde bulunulması gibi sözleşmenin sonlandırılması sonucunu doğuracak diğer hukukî işlemlerin de madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir¹²⁵. Buna karşılık, kira sözleşmesinin tarafı olan eşin kira bedelini ödemediği gecikmesi veya konuttan tahliye edilmeye neden olabilecek davranışlarda bulunması gibi kiraya verenin sözleşmeyi sona

¹²¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 303.

¹²² ÖZTAN, a.g.e., s. 309

¹²³ KILIÇOĞLU, Aile, s. 200; ÖZTAN, a.g.e., s. 312-313; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 169; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 76-78; ERDEM, a.g.e., s. 223-224.

¹²⁴ KILIÇOĞLU, Aile, s. 199; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 64; ÖZTAN, a.g.e., s. 318; ERDEM, a.g.e., s. 223; KÖSEOĞLU/ KOCAĞA, a.g.e., s. 572.

¹²⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 311; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, a.g.e., s. 246; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 170; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 80-81; ERDEM, a.g.e., s. 224

erdirmesine ilişkin haklı sebep yaratacak hâllerde, TMK m. 194/4 ile sözleşmenin tarafı olmayan eşi korumak amacıyla bir imkân yaratılmış ve sözleşmeye taraf olmayan eşe, kiraya verene yapacağı tek taraflı bildirimle sözleşmenin tarafı olma hakkı tanınmış ve aynı zamanda eşiyle birlikte müteselsil sorumluluk altına gireceği düzenleme altına alınmıştır¹²⁶.

Aile konutuna ilişkin işlemlerde, kanun koyucu, örtülü rızayı kabul etmemekte ve rızanın açık şekilde verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aile konutuna ilişkin olarak yapılacak işlem herhangi bir şekil şartına bağlı olsa dahi, diğer eşin yazılı veya sözlü olarak açıklayabileceği rızası bir şekle tâbi tutulmamıştır¹²⁷. Rızanın, her somut işlem için ayrı ayrı verilmesi gerekli olup, verilecek olan rıza işlemden önce veya sonra olabilir¹²⁸.

Aile konutuna ilişkin olarak yapılacak bir işleme diğer eş rıza göstermezse, yapılan hukukî işlem geçersiz olacaktır. Ancak, işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişi, rızası beklenen eşe, işleme onay verip vermeyeceği hususunda bir süre tanıyabilir. Bu süre sonunda eş işleme onay vermezse, üçüncü kişi açısından işlem bağlayıcı olmayacaktır. Bununla birlikte, TMK m. 194/2 ile, rıza vermeye yetkili olan eşin rızasının elde edilememesi veya haklı sebep olmadan rıza açıklamasında bulunmaması durumunda, işlem tarafı eşe evlilik birliğini korumaya yönelik olarak hâkimin müdahalesini isteme yetkisi tanınmıştır.

Rıza alınmadan gerçekleştirilecek hukukî işlemlere engel olmak maksadıyla, TMK m. 194/3 ile tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkün kılınmıştır. Kanunda yer alan bu düzenlemeyle, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmayan eşi korumak amacıyla, tapu kütüğünde şerh bulunmayan hâllerde, konut üzerinde malik olan eş ile işlem yapan diğer taraf üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanmasının önüne geçilmek istenmiş, rızası alınmayan ve mülkiyet hakkına sahip olmayan eş açısından aile konutunun devri ya da aile konutunun haklarla sınırlandırılmasına karşı bir garanti getirilmiştir¹²⁹.

¹²⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 313-314; ERDEM, a.g.e., s. 224-225.

¹²⁷ ÖZTAN, a.g.e., s. 318; ERDEM, a.g.e., s. 226.

¹²⁸ ÖZTAN, a.g.e., s. 319; ERDEM, a.g.e., s. 226.

¹²⁹ KILIÇOĞLU, Aile, s. 200; ERDEM, a.g.e., s. 228.

1.7. Evlilik Birliğinin Korunması

1.7.1. Genel olarak

Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte varlık kazanan hak ve yükümlülükler, eşlerin evlilik bağı da dahil olmak üzere şahsî değerlerini koruma maksadıyla düzenleme altına alınmıştır. Eşlerin ortak bir yaşam sürdürme hedefiyle kurdukları evlilik birliğinin devamı süresince zaman zaman sorun yaşamaları ve birliğin dağılma tehlikesiyle karşılaşmaları mümkündür. Eşler arasında ortaya çıkabilecek çeşitli sorunlar nedeniyle evlilik birliğinin karşılaştığı tehlikelerden arındırılıp birliğin dağılmasının önüne geçilmesinde sadece eşlerin ve aile bireylerinin değil, aynı zamanda toplumun da menfaati bulunmaktadır¹³⁰. Zira, toplumda barış ve huzur ortamının artmasının sebeplerinden birini, evlilik birliğinin sağlıklı bir biçimde ilerlemesi ve birliğin düzen içinde bulunması oluşturur.

Evlilik birliğinin koruyucu hükümleri, bir yandan birliğin korunması gibi sosyal bir amaca diğer yandan kişiliğin korunması gibi bireysel bir amaca hizmet eder¹³¹. Şöyle ki, evliliğin genel hükümleri kapsamında yer alan yükümlülüklerle uygun davranılmaması durumunda eşlerin birbirlerini zorlama gibi bir olanağı bulunmamakla birlikte eşlerden birinin veya her ikisinin isteği ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının önlenmesi ve evlilik birliğinin devamının sağlanması, evlilik birliğinin korunması amacını gerçekleştirir¹³². Ayrıca, evlilik birliğinin, bu birliğin kurulmasında öngörülen amaçlar doğrultusunda korunması, eşlerin kişilik haklarının ve malî haklarının güvence altına alınmasını sağlar¹³³. Bir başka ifadeyle, birbirlerine karşı TMK m. 185/3 çerçevesinde yardım ve sadakat yükümlülüğü bulunan eşler, nasıl ki üçüncü kişilerin şahsî değerlerine karşı saygılı davranışlarda bulunuyorlarsa ortak hayatın devamı süresince birbirlerinin şahsî değerlerine karşı da saygılı davranmak mecburiyetindedirler¹³⁴.

¹³⁰ AKINTÜRK/ATES, a.g.e., s. 132.

¹³¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 327-328; AYAN, a.g.e., s. 23; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 131-132; GENÇCAN, a.g.e., s. 779.

¹³² ÖZTAN, a.g.e., s. 328; GENÇCAN, a.g.e., s. 779.

¹³³ ÖZTAN, a.g.e., s. 328; GENÇCAN, a.g.e., s. 779.

¹³⁴ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 131.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olarak gerek uluslararası hukuk alanında gerek ulusal hukuk alanında hüküm altına alınmış çeşitli düzenlemeler mevcuttur. TMK’da ise evlilik birliğinin korunması hususunda önce genel bir düzenleme hüküm altına alınmış, devamında ise eşlerin birlikte ya da ayrı yaşama durumları değerlendirilerek birliğin korunmasına ilişkin farklı düzenlemelere yer verilmiştir.

1.7.2. Uluslararası hukuk alanında koruma

1.7.2.1 CEDAW

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979 yılında kabul edilen ve Türkiye’nin 1985 yılında taraf olduğu “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme” (CEDAW), uluslararası bağlamda evlilik birliğini koruyucu önemli belgelerden birini ihtiva etmektedir. Söz konusu sözleşme, kadın haklarını hem siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yönden hem aile yaşantısı yönünden kapsamlı olarak ele almaktadır¹³⁵. Bu yönüyle bütün belgeler içerisinde CEDAW, kadınlara yönelmiş olan ayrımcılığın farklı biçimlerini en ayrıntılı şekilde içerisinde barındıran bir belgedir¹³⁶. Bu uluslararası sözleşmeyle kadınlara karşı ayrımcılıkta evrensel bir başvuru kaynağı oluşturulmuş ve böylece toplumlarda kadın-erkek eşitliği kavramının yerleştirilmesi güvence altına alınmıştır. CEDAW ile Birleşmiş Milletler Yasası, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İnsan Hakları Sözleşmesi esas alınmak suretiyle, cinsiyet eşitliği somut bir kavram olarak ele alınmış, kadınların da erkekler ile eşit hak ve yetkilere sahip bireyler olduğu belirtilmiş gerek aile ve çalışma yaşamında gerek ekonomi ve siyaset gibi alanlarda kadınlara karşı ayrımcılık yapılamayacağı öngörülmüştür¹³⁷.

1.7.2.2 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Kadınların maruz kaldığı ayrımcılığın önlenmesine ilişkin CEDAW dışında Birleşmiş Milletler tarafından 1989 yılında kabul edilen ve Türkiye’nin 1994

¹³⁵ ARSLAN, Gülay, “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)”, İÜFHM, C. 112, S. 1-2, 2004, s. 8-10; DURSUN, a.g.e., s. 76-77.

¹³⁶ ARSLAN, a.g.m., s. 5-12.

¹³⁷ KILIÇOĞLU, Aile, s. 209.

yılında taraf olduğu “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi” ise, uluslararası bağlamda çocuklar açısından koruyucu hükümler içeren bir belgedir. Sözleşmeye taraf olan ülkeler, sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, anne ve babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka statüler nedeniyle herhangi bir ayırım gözetmeksizin tanırlar. Çocuk Hakları Sözleşmesi çerçevesinde sözleşmeye taraf olan ülkeler taahhüt ettikleri üzere, çocuğa kötü muamele yapılmasının önlenmesi, çocukların erken yaşta evlendirilmemesi, çocukların ağır işlerde çalıştırılmasının yasaklanması veya çocukların eğitim, sağlık ve kültür alanlarında kendilerine özen gösterilmesi gibi çocuğun yüksek yararının korunmasını gerektiren hususlarda ve çocuğun görüşüne de saygı gösterilmek üzere gerekli koruma önlemlerini almak zorundadırlar¹³⁸. Bir başka anlatımla, Çocuk Hakları sözleşmesi ile çocukların her türlü ihmale ve istismara karşı korunmaları amaçlanarak bağımsız bir birey olarak toplum yaşamı içindeki durumlarının geliştirilmesi sağlanmak istenmiş ve çocuk haklarının güvence altına alınması konusunda ortak bir hukukî perspektif ile devletlerin uluslararası alanda sorumluluğu arttırılmıştır.

1.7.3. Ulusal hukuk alanında koruma

1.7.3.1. Anayasal koruma

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Sosyal ve Ekonomik Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünün ilk maddesi olan 41. madde, ailenin korunması, eşlerin eşitliğı ve çocuk haklarına ilişkin temel düzenlemelere yer vermiştir. “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır (f. 1). Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar (f. 2). Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına*

¹³⁸ KILIÇOĞLU, Aile, s. 209.

sahiptir (f. 3). Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır (f. 4).”

1.7.3.2.Özel yasa ile koruma

Her toplumda olduğu gibi Türk toplumunda da ekonomik ve sosyal durumun hangi derecede olduğu önem arz etmeksizin özellikle kadına ve çocuklara karşı şiddet oldukça karşılaşılan bir durumdur. Şiddete maruz kalan veya şiddete maruz kalma tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla 2012 yılında 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” yürürlüğe girmiştir.

6284 sayılı yasada, aile içi şiddetin var olması durumunda şiddetle karşılaşan aile bireylerinin korunması amacıyla bazı tedbirlerin alınmasında mülki idare amirlerine yetki verilmiş ve hâkim tarafından da TMK kapsamında yer alan tedbirlerden ayrı olarak çok daha etkili tedbirlerin uygulanmasına karar verebileceği belirtilmiş olup, tedbirlere uyulmaması sonucunda şiddete sebebiyet veren kişinin hapis cezasına çarptırılması da ilgili yasa kapsamında düzenlenmiştir¹³⁹.

6284 sayılı yasanın 3. maddesinde, şiddet mağdurunun kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması, şiddet mağduruna diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddî yardım yapılması, şiddet mağduruna yönelik olarak psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi, şiddet mağdurunun hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya re’sen geçici koruma altına alınması, gerekli olması durumunda korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgarî ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkânının sağlanması gibi

¹³⁹ KILIÇOĞLU, Aile, s. 210; ZEVLİLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/GÜRPINAR, a.g.e., s. 253.

tedbirler düzenlenmiş ve bu tedbirlere ilişkin kararların mülki idare amir tarafından alınabileceği öngörülmüştür.

6284 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde, şiddete maruz kalan korunan kişiyle ilgili olarak işyerinin değiştirilmesi, kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, TMK'da yer alan şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak Tanık Koruma Kanunu¹⁴⁰ hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi gibi hâkim tarafından birine veya birkaçına birlikte hükmedilebilecek koruyucu tedbir kararları düzenlenmiştir.

6284 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde ise, şiddet mağduruna yönelik aşağılayıcı, hakarete sebebiyet veren ve küçük düşürücü söz ve davranışlarda bulunulmaması, şiddete sebebiyet verenin ortak konuttan veya bulunduğu yerden derhal uzaklaştırılması ve ortak konutun şiddet mağduruna tahsis edilmesi, şiddete sebebiyet verenin şiddet mağduru olarak korunan kişinin bulunduğu yerlerin yakınına yaklaşmaması, korunan kişinin şahsî eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi, korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi, bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluk görevlilerine teslim etmesi, silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevini ifa ediyor bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi, şiddete sebebiyet verenin korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin gerçekleştirilmesi, korunması gereken kişi lehine mahkemece hükmedilmiş bir nafaka mevcut değilse tedbir nafakasına karar verilmesi gibi hâkim tarafından birine veya birkaçına birlikte hükmedilebilecek önleyici tedbirlere yer verilmiştir.

¹⁴⁰ R.G. 5.1.2008- 26747

1.7.3.3. TMK kapsamında koruma

1.7.3.3.1. Genel koruma

TMK’ unda evlilik birliğinin korunması hususunda önce genel bir düzenleme hüküm altına alınmış, devamında ise eşlerin birlikte ya da ayrı yaşama durumu değerlendirilerek birliğin korunmasına ilişkin farklı düzenlemelere yer verilmiştir.

Evlilik birliğinin gerektirdiği yükümlölüklerle aykırı davranılması durumunda veya eşler arasında ortaya çıkabilecek ihtilâflarda hâkim tarafından evlilik birliğinin devamının ve ailenin huzuru ile mutluluğunun korunması amacıyla düzenleme altına alınan temel müdahale hükmü TMK m. 195 uyarınca, “*Evlilik birliğinden doğan yükümlölüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşölmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler (f.1). Hâkim, eşleri yükümlölükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir (f.2). Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörölün önlemleri alır (f.3).*”

TMK m. 195 kapsamında evlilik birliğinin korunması maksadıyla hâkimin müdahalede bulunabilmesi için öncelikle evlilik birliğini koruyucu tedbirler açısından şekli şart olan eşlerden birinin ya da her ikisinin talepte bulunması gereklidir. Bu doğrultuda, eşler dışında bir kimsenin ihbarı ya da müdahale talebi dikkate alınmayacağı gibi hâkimin kendiliğinden harekete geçmesi de mümkün değildir¹⁴¹. Ancak hâkimin müdahalesini talep etme hakkı, kişiye nispî sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğini haiz olduğundan, vesâyet altında bulunan veya ayırt etme gücüne sahip olmadığı için müdahale talebinde bulunması güç olan eş adına yasal temsilci evlilik birliğinin korunmasına yönelik müdahale talebinde bulunabileceği gibi, vesâyet altında bulunan eşin yararının bulunduğu veya çocukların

¹⁴¹ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 137; AYAN, a.g.e., s. 201; ERDEM, a.g.e., s. 241.

menfaatlerinin ihlâl edildiği durumlarda vesayet makamı da evlilik birliğinin korunmasına yönelik müdahale talebinde bulunabilir¹⁴².

TMK m. 195 kapsamında hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için şekli şartın dışında eşlerin evlilik birliği içinde ailesine karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir hususta anlaşamamaları gibi maddî şartların varlığı da gereklidir. Şöyle ki, eşlerin sadakat yükümünü ihlal etmeleri, birlik giderlerine katılma yükümüne aykırı davranışları, eşlerden birinin haklı bir sebebe dayanmaksızın aile konutu üzerinde işlem yapılmasına izin vermemesi, eşlerin çocukların bakım ve gözetim yükümlülüğüne özen yükümünü ihlal etmesi, eşlerden birinin meslek veya iş seçimine özen gösterilmemesi ya da eşlerin bireysel menfaatlerinin evlilik birliğinin çıkarlarının önüne geçmesi gibi durumlarda hâkim müdahalesine başvurulabilir¹⁴³.

TMK m. 195/2 kapsamında hâkimin alabileceği uzlaştırma, uyarı ve eşleri uzman yardımına yönlendirme gibi tedbirler, evlilik birliğinin eşler üzerindeki yükümlülüklerine uyulmaması veya evlilik birliğinin menfaatlerinin hiçe sayılarak eşler arasında önemli bir konuda uyuşmazlık yaşanması halinde öngörülen genel önlem niteliğindedir. Bununla birlikte, TMK m. 195/2 kapsamında düzenleme altına alınan genel tedbirlerin evlilik birliğinin korunması konusunda yetersiz kalması veya eşler arasındaki sorunların çözülmesini etkin bir şekilde sağlayamayacağının öngörülmesi durumunda hâkim, TMK kapsamında değişik maddelerde yer alan ve evlilik birliğinin korunmasına yönelik olan daha ağır tedbirlerin uygulamasına da karar verebilir¹⁴⁴.

Eşlere yükümlülüklerinin hatırlatılması ve eşlerin bu konuda uyarılması, uyuşmazlık konusunda eşlerin uzlaştırılması, eşlerin müşterek rızası ile uzmanlardan yardım istenmesi gibi genel önlemler içeren TMK m. 195 hükmü dışında, eşlerin birlikte ya da ayrı yaşama durumu değerlendirilerek birliğin korunmasına ilişkin farklı düzenlemelere yer verilmiştir. TMK m. 196 ile eşler

¹⁴² ÖZTAN, a.g.e., s. 330; GENÇCAN, a.g.e., s. 782.

¹⁴³ TEKİNAY, a.g.e., s. 348-349; ÖZTAN, a.g.e., s. 331-335; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 133-135; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 181; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 137-141; ZEVLİLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/GÜRPINAR, a.g.e., s. 248; AYAN, a.g.e., s. 191-200; GENÇCAN, a.g.e., s. 782-790.

¹⁴⁴ ÖZTAN, a.g.e., s. 340-342; GENÇCAN, a.g.e., s. 796-800; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 143-144.

ortak yaşama devam ederken evlilik birliğinin korunması, TMK m. 197 ile ayrı yaşama halinde evlilik birliğinin korunması, TMK m. 198 ile evlilik birliğinin korunması maksadıyla borçlulara ait önlemler, TMK m. 199 ile de evlilik birliğinin korunması maksadıyla tasarruf yetkisinin sınırlanması gibi diğer koruma önlemlerine ilişkin hususlar hüküm altına alınmıştır.

Evlilik birliğini koruyucu önlemler her ne kadar sınırlı sayı ilkesine tâbi olsa bile, eşler arasındaki uyuşmazlıkların birden fazla sebebinin olması ihtimâli göz önünde tutularak somut olayda evlilik birliğinin dağılmasını önlemeye yönelik en tutarlı müdahalede bulunulması amacıyla, hüküm altına alınan önlemlere kanunda soyut ifadelerle yer verilmiş ve hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınarak alınacak önlemlere ilişkin bir çeşitlilik yaratılmıştır¹⁴⁵.

1.7.3.3.2. Eşler ortak yaşama devam ederken evlilik birliğinin korunması

Eşler ortak yaşama devam ederken, eşlerden biri birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlal etmişse ya da eşler arasında birliğin giderlerine hangi ölçüde katılacakları konusunda ihtilâf oluşmuşsa, TMK m. 195 kapsamında öngörülen genel tedbirler yetersiz kalabilir. Bu nedenle TMK m. 196/1 hükmü uyarınca, evlilik birliği için yapılması gerekli giderlere ilişkin parasal katkının belirlenmesi amacıyla eşler hâkimden talepte bulunabilir.

Katkının belirlenmesinde ise TMK m. 196/2'ye dayanarak hâkim, para dışı edim niteliğinde olan emek unsurunu göz önünde tutarak, eşin ev işlerini idare etmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılık beklemeden çalışması gibi durumların varlığına dikkat etmelidir¹⁴⁶.

Evlilik birliği giderlerine ilişkin katkı miktarının belirlenmesi hususunda eşler arasında her defasında huzursuzluk çıkması nedeniyle gereksiz olarak hukukî yollara başvurulmasının önüne geçilmesi amacıyla da TMK m. 196/3'te, katkıların geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebileceği öngörülmüştür¹⁴⁷.

¹⁴⁵ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 132.

¹⁴⁶ KILIÇOĞLU, Aile, s. 212; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 183; AYAN, a.g.e., s. 213.

¹⁴⁷ KILIÇOĞLU, Aile, s. 212.

1.7.3.3.3. Eşlerin ortak yaşama ara vermesi halinde evlilik birliğinin korunması

Evlilik birliği içerisinde eşler birlikte yaşama yükümlülüğü altında olmasına rağmen TMK m. 197/1 hükmü, eşlerden birine, ortak yaşam nedeniyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzurunun ciddi bir şekilde tehlikeye düşmesi süresince ayrı yaşama hakkı tanımıştır.

Ortak yaşamın devamı süresince eşlerden birine karşı diğer eş tarafından toplum önünde kendisini küçük düşürücü davranışlarda bulunulması, kendisine hakarete varan yersiz söylemlerde bulunulması veya kendisine karşı zorlama içeren davranışlarda bulunulması gibi kişilik hakkını ciddi bir biçimde zedeleyen veya eşlerden birinin yerine getirdiği işin ya da mesleki faaliyetlerin devamının engellenmesine yönelik diğer eş tarafından uygunsuz davranışlarda bulunulması, eşlerden birinin hacze sebebiyet vermesi ya da kumar oynaması gibi sebeplerle ekonomik güvenliğin sarsılmasına neden olan ya da uyuşturucu madde bağımlılığı gibi aile içi huzurun ciddi bir biçimde son bulmasına neden olabilecek durumların varlığı söz konusu olduğunda evlilik birliğinin bozulması tehlikesiyle karşı karşıya kalan eş, ayrı bir konutta yaşama hakkına sahip olacaktır¹⁴⁸.

Eşler arasında ortak yaşama ara verilmesi haklı bir nedenden kaynaklanıyorsa yani ortak yaşam sebebiyle eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği ve ailenin huzuru sarsıntıya uğramışsa, TMK m.197/2 uyarınca hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine, birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır.

Eşlerden birinin haklı bir nedene dayanmaksızın ortak yaşamdan kaçınması halinde diğer eş, ortak yaşamın başka bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumunda ise her bir eş, TMK m. 197/3 uyarınca, hâkimden gerekli önlemlerin alınmasını isteyebilir.

¹⁴⁸ TEKİNAY, a.g.e., s. 351-355; KILIÇOĞLU, Aile, s. 212-213; ÖZTAN, a.g.e., s. 351-355; ZEVLİLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/GÜRPINAR, a.g.e., s. 249-250; DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 184; AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 138; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 153-158; ERDEM, a.g.e., s. 243-244; AYAN, a.g.e., s. 230-234; GENÇCAN, a.g.e., s. 817-822.

Haklı bir nedenin varlığı mevcut olsun ya da olmasın, eşler ortak yaşama ara vermişlerse, TMK m. 197/4 uyarınca, eşlerin ergin olmayan çocuklar varsa hâkim, eşler ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen velayete ilişkin hükümlere dikkate alarak gereken önlemleri alır.

Ortak yaşama ara verilmesi durumunda eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkının belirlenmesinde, konut veya ev eşyasından hangi eşin yararlanma hakkına sahip olacağının tespit edilmesinde, eşlerin mallarının yönetiminin nasıl gerçekleşeceği ile çocukların velayeti konusu ve diğerinin ödeyeceği nafaka hususunda hâkim, taraflar arasındaki menfaat dengesine gözeterek, özellikle çocuğun üstün yararını dikkate alarak ve ortak yaşama ara verilmesine sebebiyet veren olayların da somut bir şekilde değerlendirmesini yaparak kararını vermelidir¹⁴⁹.

1.7.3.3.4. Borçlulara yönelik tedbirler ile evlilik birliğinin korunması

Evlilik birliği içerisinde eşlerin birlikte yaşaması ya da birlikte yaşamaya ara vermesi durumlarına bakılmaksızın hâkim tarafından evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak alınabilecek önlemlerden bir tanesi TMK m. 198 hükmüyle düzenleme altına alınmıştır. İlgili madde uyarınca, *“Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim, onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir.”* Madde lafzından da anlaşılacağı üzere diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak eşlerden ziyade eşlerin borçlularına yönelik olan bu tedbir türü, evlilik birliğinin korunması hedefiyle birliğin giderlerine katılma yükümlülüğüyle ilgili olarak bir koruma sağlamıştır¹⁵⁰.

TMK m. 198 hükmünün uygulanabilmesi için, bakım borçlusu eşe ait bir alacak hakkının varlığı gerekli olup, bu alacağın mahiyeti veya doğum nedeni önem

¹⁴⁹ AYAN, a.g.e., s. 241-252; ERDEM, a.g.e., s. 245

¹⁵⁰ AYAN, a.g.e., s. 253; KILIÇOĞLU-YILMAZ, KUMRU, “Evlilik Birliğinin Korunması”, TBB Dergisi, S. 120, 2015, Ankara, s. 442.

arz etmemektedir¹⁵¹. Eşlerden birinin üçüncü kişiden olan alacağı, haksız fiil kaynaklı olabileceği gibi sözleşme sonucu varlık kazanmış da olabilir.

Hâkim, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda yükümlülüğü ihlal eden eşin borçlularına, alacaklı eşin katkı payının hepsini veya belirli bir kısmını karşılayacak miktara ilişkin olarak ve diğer eşe yönelik olarak ödemede bulunmalarına ilişkin talimat gönderilmesine karar verir¹⁵². Borçlular, hâkimin vermiş olduğu ödeme talimatına uymaksızın borçlarını birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlal eden alacaklı eşe öderlerse, bu ödeme geçerlilik kazanmaz ve talepte bulunmuş diğer eşe tekrar bir ödeme yapmak mecburiyetinde kalırlar¹⁵³. Diğer bir ifadeyle, borçluların borcundan kurtulabilmesi için ödeme talimatına ilişkin kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren borcun diğer eşe ifa edilmesi gereklidir. Zira, hâkimin diğer eşe ödeme yapılmasını içeren talimatı ile birlikte artık var olan alacaklar üzerinde alacaklı eşin tasarruf yetkisi ortadan kalkar¹⁵⁴.

1.7.3.3.5. Tasarruf yetkisinin sınırlanması ile evlilik birliğinin korunması

Evlilik birliği içerisinde eşlerin birlikte yaşaması ya da birlikte yaşamaya ara vermesi durumlarına bakılmaksızın hâkim tarafından evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak alınabilecek önlemlerden bir diğeri ise eşlerin hukuksal işlem özgürlüğüne istisna getiren TMK m. 199 hükmüyle düzenleme altına alınmıştır. İlgili madde uyarınca, *“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir (f.1). Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır (f.2). Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re’sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir (f.3).”*

¹⁵¹ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 141; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 187; AYAN, a.g.e., s. 253-254.

¹⁵² AYAN, a.g.e., s. 255; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 188; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 185.

¹⁵³ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 141; AYAN, a.g.e., s. 256.

¹⁵⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 141; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 188; GÜMÜŞ, s. 186; GENÇCAN, a.g.e., s. 885.

TMK m. 199 hükmü, evlilik birliği içerisinde eşler arasında uyumsuzluk bulunduğu zamanlarda eşlerden birinin diğer eşe zarar vermek ya da evlilik birliğinin gerektirdiği maddî yükümlülüklerden kaçınmak maksadıyla bazı malvarlığı değerleri üzerinde gayrimuntazam bir tutumla tasarrufta bulunmasını önlemek ve böylece ailenin ekonomik istikbalini sağlama almak amacıyla getirilmiştir¹⁵⁵.

Bu tedbire başvurulabilmesi için, eşlerden birinin talebi şart olmakla birlikte eşin yaptığı işlemlerden dolayı ailenin ekonomik varlığı ve güvenliğine yönelik ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı veya evlilik birliğinin gerektirdiği giderlere yapılacak olan katkının yani birliğin malî yükümlülüklerinin yerine getirilmemiş olması gereklidir¹⁵⁶. Bununla birlikte, şartların gerçekleşmesi durumunda hâkimin eşin tasarruf yetkisinin sınırlaması somut bir nitelikte olmalı, yani belirli bir malvarlığı unsurunu konu edinmeli ve tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına konu olan malvarlığı unsurları orantılı bir çerçevede belirlenmelidir¹⁵⁷.

Kanun, hâkime, eşin belirli malvarlığı unsurları üzerindeki tasarrufunu sınırlandırdıktan sonra gerekli tedbirleri alabileceğini belirtmiştir. Bu tedbirler, paranın, diğer eşin rızası alınarak üzerinde tasarrufta bulunulabilecek bir hesaba yatırılması, üçüncü kişilerin hak sahibi olan eşe ödeme yapmalarına yasak koyulması, kıymetli evrakın depo edilmesi veya altın ve benzeri taşınır malvarlığı değerlerinin saklanması biçiminde olabilir¹⁵⁸. Bununla birlikte, kanun, diğer eşin rızasına bağlı olan hukuksal işlem taşınmaz bir malı konu ediniyorsa, taşınmazın tapu kütüğüne şerh edilmesine ilişkin özel bir ek önlem de getirmiştir.

1.7.3.3.6. Tedbirlerin mahiyeti

Evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkim tarafından alınabilecek tedbirlerin geçici nitelikte olduğunu öngören ve “Durumun değişmesi” kenar başlığı ile hüküm altına alınan TMK m. 200 uyarınca, “*Koşullar değiştiğinde*

¹⁵⁵ KILIÇOĞLU-YILMAZ, Evlilik, s. 444; AYAN, a.g.e., s. 257.

¹⁵⁶ ÖZTAN, a.g.e., s. 382-384; KILIÇOĞLU, Aile, s. 217-219; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 189; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 189-191; AYAN, a.g.e., s. 258-263; ERDEM, a.g.e., s. 247.

¹⁵⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 189-190; ERDEM, a.g.e., s. 247.

¹⁵⁸ KILIÇOĞLU-YILMAZ, Evlilik, s. 452; ERDEM, a.g.e., s. 248.

hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır.”

Hâkim, belirli bir süre boyunca devam etmesi amacıyla belirli bir önlemin alınmasına karar vermişse, öngörülen sürenin son bulmasıyla alınan önlem de sona erer¹⁵⁹. Ancak hâkimin almış olduğu tedbir kararı herhangi bir süreye bağlı olarak alınmamışsa, koşulların değişmesi veya tedbir kararını gerektiren sebebin varlığını kaybetmesi sonucunda ya tedbirde sadece değişiklik yoluna gidilir ya da tedbirin kaldırılmasına karar verilir¹⁶⁰. Zira, tedbirlerin alınmasındaki temel amaç, evlilik birliğinin korunması ve eşler ile varsa çocukları arasındaki huzurun bozulmaması olduğundan, tedbir kararının alınmasına neden olan unsurlarda değişiklik gerçekleşmesi durumunda tedbir kararının uygulanmaya devam etmesi, aile bütünlüğüne olumsuz yansır¹⁶¹.

¹⁵⁹ ÖZTAN, a.g.e., s. 391; ZEVKLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/GÜRPINAR, a.g.e., s. 251.

¹⁶⁰ ÖZTAN, s. 391; ZEVKLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/GÜRPINAR, a.g.e., s. 251.

¹⁶¹ KILIÇOĞLU-YILMAZ, Evlilik, s. 457.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA EVLENMENİN ÖZEL HÜKÜMLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

2.1. Yabancılık Unsuru ve Bu Unsurun Tespiti

2.1.1. Yabancılık unsuru

Her bir hukuk düzeninin aynı olaya veya ilişkiye bağladığı sonuçların birbirinden farklı olması mümkündür. Bir hukukî ilişki hakkında kanunların çatışması anlamına gelen kanunlar ihtilâfının ortaya çıkmasındaki ana sebeplerden bir tanesi, farklı ülkelerin aynı konuda kabul ettikleri ve uygulamaya koydukları kanunların çoğunlukla birbirinden farklı olması iken; diğeri ise, yabancılık unsurudur¹⁶². Bu doğrultuda, kanunlar ihtilâfı kavramı ile ne anlatılmak istenirse istensin genel olarak içerisinde yabancılık unsuru içeren bir olay veya ilişki barındırdığından, yabancılık unsuru ile ne kastedilmek istendiğinin ortaya konulması zarurîdir. Zira, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un ilk maddesinin ilk fıkrasında, “*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.*” denilmek suretiyle bu husus açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak, kanun maddesinin lafzından da anlaşıldığı üzere, yabancılık unsurunun ne anlama geldiği ve ne gibi hâllerde varlık kazandığı kanunda tespit edilmemiş, bu kavramın açıklanması ve tespiti uygulamaya bırakılmıştır.

Doktrinde yabancılık unsuru ile ne ifade edilme istendiği ve yabancılık unsurunun tespitine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Klasik anlayışa göre, bir hukukî ilişki salt coğrafi anlamda birden fazla ülke hukukuyla bağlantı hâlinde

¹⁶² GÖĞER, Erdoğan, Devletler Hususi Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 50-51; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta, 2017, s. 11; AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasa Çatışmaları (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 9.

ise, bu ilişki yabancılık unsuru içermekte ve kanunlar ihtilâfı hukukunun kapsam alanına girmektedir¹⁶³. Hukukumuzdaki egemen anlayışa göre ise, somut uyuşmazlığa konu olan bir hukukî ilişkinin varlığını doğuran unsurlardan bir veya birkaçının birden fazla ülkenin hukuk düzeni ile bağlantılı hâle gelmesini sağlayan unsur, yabancılık unsurudur¹⁶⁴. Bu itibarla, sadece coğrafî anlamda bağlantı bulunması, uyuşmazlık konusu hukukî ilişkinin yabancılık unsuru ihtiva etmesi için yeterli ve gerekli olmayıp, uyuşmazlık konusu hukukî olay veya ilişkinin yabancı ülke hukuk düzeni ile bağlantılı hâle gelmesi yabancılık unsurunun varlığı için yeterli ve gereklidir¹⁶⁵. Bir diğer ifadeyle, yabancılık unsuru, somut olayın özellikleri dikkate alındığında uyuşmazlık konusu hukukî olay veya ilişkinin mevcudiyet doğurduğu ülkeden veya ilişkinin tarafı ya da ilgilisi olan kişilerden kaynaklı olarak ortaya çıkabilir¹⁶⁶.

Genel olarak bakıldığında zaman, şahısların vatandaşlığı, yerleşim yeri, hukukî işlemin gerçekleştiği ya da sonuçlarını doğurduğu yer, yabancı unsur ihtiva edebilir¹⁶⁷. Bu doğrultuda, uyuşmazlığa konu hukukî olay veya ilişkiye yabancı ülke vatandaşının katılması, uyuşmazlık taraflardan birinin yabancı bir ülkede yerleşim yerine sahip olması, uyuşmazlığa konu malın yabancı ülkede bulunması ya da söz konusu hukukî olay veya ilişki tamamen ya da kısmen yabancı bir ülkede varlık doğurmuş ya da sonuçlarını orada meydana getirmişse, söz konusu hukukî olay veya ilişkide yabancılık unsurunun varlığından söz edilir¹⁶⁸. Örneğin, iki Fransız vatandaşının Türkiye’de evlenmesi hâli düşünüldüğünde, Fransa çerçevesinde evlenme ilişkisinin tarafları olan eşler yabancı olmamakla birlikte, evlenmenin Türkiye’de gerçekleşmiş olması nedeniyle yer bakımından bir yabancılık unsurunun varlığı söz konusu olacaktır. Türkiye açısından ise,

¹⁶³ DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016, s. 6.

¹⁶⁴ DOĞAN, a.g.e., s. 7; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 10; NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, Beta, 2017, s. 5; ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN-FİĞENMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2016, s. 5; TEKİNALP, Gülören/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 22; AYGÜN, Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, DEUHFD, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 1029-1030.

¹⁶⁵ DOĞAN, a.g.e., s. 7.

¹⁶⁶ AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 9.

¹⁶⁷ BERKİ, Osman Fazıl, Devletler Hususî Hukuku, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1959, s. 199-200; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 22.

¹⁶⁸ DOĞAN, a.g.e., s.7; NOMER, Devletler Hususî, s. 5; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 10.

evlenmenin gerçekleştiği ülke bakımından değil, evlenme ilişkisinin tarafları olan eşlerin vatandaşlığından kaynaklı yabancılık unsuru mevcudiyet kazanacaktır. Bu itibarla, kişiler, kendi ülkeleri içerisinde ve kendi vatandaşları dışında hiçbir kişi ve kurumla ilişki içerisinde bulunmadıkları sürece devletlerin kanunları farklı olsa dahi kanunlar ihtilâfı kapsamında bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

Yabancılık unsurunun her hukukî olay veya ilişki açısından farklılık arz etmesi mümkün olduğundan, yabancılık unsurunun varlığının tespiti hususunda belli noktaların göz ardı edilmemesinde yarar vardır¹⁶⁹. Şöyle ki, özel hukuk alanına ilişkin bütün hukukî olay veya ilişkileri kapsamına alacak şekilde, yabancılık unsurunun hangi durumlarda var olduğunun önceden ve soyut olarak tespiti mümkün değildir¹⁷⁰. Bu nedenle, her somut uyuşmazlık bakımından hukukî olay veya ilişkinin türüne göre yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı araştırılıp belirlenmelidir¹⁷¹. Yabancılık unsurunun tespit edilmesi faaliyeti, mahkemenin kanunları uygulama yükümlülüğüyle güdümlü olarak ilerleyecek, muhakeme hukukuna mahsus usûle ilişkin bir faaliyettir¹⁷².

Somutlaştırmak gerekirse; evliliğin genel hükümlerine uyulmaması sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, eşlerden birinin veya her ikisinin yabancı ülke vatandaşı olması veya eşlerin yabancı ülkede ikamet etmesi gibi hususlar, ihtilâfta yabancılık unsurunun varlığına işaretir.

2.1.2. Yabancı hukukun uygulanması

Yabancı unsur içeren hukukî olay veya ilişkilerden doğacak uyuşmazlık karşısında hâkim, uyuşmazlığa konu hukukî olay veya ilişki hakkındaki uygulanacak yetkili hukuku tespit edebilmek için kendi ülkesinin kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmak durumundadır. Bu hukuk, hâkimin hukuku (*lex fori*) olabileceği gibi, yabancı bir ülke hukuku da olabilir¹⁷³. Dolayısıyla, tespit edilen hukuk, yabancı bir ülke hukuku olduğu takdirde, bu hukukun uygulanmasına dair çözümlenmesi gereken bazı sorunlar gündeme gelebilecektir. Bu itibarla, yabancı

¹⁶⁹ DOĞAN, a.g.e., s. 7.

¹⁷⁰ DOĞAN, a.g.e., s. 7; AYGÜN, a.g.m., s. 1032.

¹⁷¹ DOĞAN, a.g.e., s. 7; AYGÜN, a.g.m., s. 1032.

¹⁷² AYGÜN, a.g.e., s. 1057.

¹⁷³ GÖĞER, a.g.e., s. 128-129; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 169; DOĞAN, a.g.e., s. 205

hukukun uygulanması başlıklı MÖHUK m. 2'nin ilk iki fıkrasında, "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir (f.1). Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır (f.2).*" şeklinde yer alan düzenleme ile hâkimin bazı durumlarda karşılaşılabileceği çözümsüzlük hâline bir çare üretilmiştir.

Hâkimin kendi millî kanunun emrine dayalı olarak uygulayacağı yabancı hukuk kuralları, hukuk normu olma niteliklerini hâkimin hukukundan ziyade, kendi hukuk nizamlarından elde edeceklerdir¹⁷⁴. Ancak her ne kadar, MÖHUK m. 2' de yer alan ve hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yabancı hukuku uygulamasına ilişkin olarak getirilen düzenleme, hâkimin hukuku bildiği (*jura novit curia*) varsayımına dayansa bile, yabancı hukuk hükümlerinin incelenip araştırılması, gerektiğinde taraflardan veya taraflar haricinde çeşitli kurumlardan ve kuruluşlardan yardım talep edilmesi ya da uzman görüşüne başvurularak ortaya çıkarılması lazımdır¹⁷⁵. Ayrıca 1968 tarihli "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" uyarınca, yabancı hukukun muhtevasının tespiti amacıyla hâkim, yabancı konsolosluklardan ve yabancı ülkelerdeki Türk konsolosluklarından bilgi edinmek için yardım talebinde bulunabilir¹⁷⁶. Bu hususta önemli olan, yabancı hukukun gerçek içeriğinin yani, yabancı ülkedeki anlam ve kapsamının hâkimin tespit etmesidir¹⁷⁷. Bir diğer ifadeyle, yabancı hukuk o ülkedeki anlam ve uygulanış şekliyle tatbik edilirken, mevzuat, mahkeme ve yüksek yargı kararları ile gerektiğinde doktrin görüşlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gereklidir¹⁷⁸.

Türk kanunlar ihtilâfı hukuk kurallarına göre uygulaması emredilen yabancı hukukun içeriğinin, hâkimin tüm inceleme ve araştırmasına rağmen uygulanacak

¹⁷⁴ GÖĞER, a.g.e., s. 132-134; DOĞAN, a.g.e., s. 205; NOMER, Devletler Hususî, s. 190.

¹⁷⁵ DOĞAN, a.g.e., s. 210-211; NOMER, Devletler Hususî, s. 194-195;

ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 65; TEKİNALP/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 56-57; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 114-115; YAŞAR, Tuğçe Nimet, "Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması", MHB, Yıl 33, S. 2, 2013, s. 86.

¹⁷⁶ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 173-174; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 66-67; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 57; YAŞAR, a.g.m., s. 90-92.

¹⁷⁷ NOMER, Devletler Hususî, s. 198-199; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 65.

¹⁷⁸ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 174-175.

hukukun ait olduğu ülkenin uzak olması, yabancı ülke ile kültürel ilişki ve faaliyetlerin fazla gelişmemiş olması veya taraflardan ve gerekli kurumlardan yeteri kadar bilgi edinilememesi gibi sebeplerle saptanamaması hâlinde, Türk maddî hukukun uygulanacağı MÖHUK m. 2/2 kapsamında düzenlenmiştir¹⁷⁹.

Yargıtay 2. HD. 11.05.1967 tarihinde vermiş olduğu bir bozma kararında¹⁸⁰, iki yabancı ülke vatandaşı arasındaki uyuşmazlığa Türk Kanunlar ihtilâfı kurallarına göre ilk basamakta müşterek millî hukuklarının uygulanması gerektiği belirtilmişken TMK’ unu hükümlerinin uygulanmasını doğru bulmamış; konuya ilişkin olarak vermiş olduğu başka bozma kararlarında¹⁸¹ ise, yetkili yabancı hukukun içeriğinin tarafların yardımına başvurulmaması ve Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi Hükümlerinden yararlanılmamasından kaynaklı olarak denetime elverişli bir şekilde belirlenmemesi nedenini göz önünde tutmuştur.

2.1.3. Atıf

Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği yabancı hukukun uygulanmasında “atıf meselesine” değinmekte de fayda vardır. Zira, MÖHUK m. 2/3’ te “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.” denilmek suretiyle Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatında evliliğin genel hükümlerini de kapsamına alan aile hukuku ve şahsın hukukuna ait meselelerde “iade atıf” ve “devam eden atıf” pozitif bir kanun hükmü olarak düzenleme altına alınmıştır. Şöyle ki, aile hukuku ve şahsın hukuku alanlarına ilişkin meselelerde, Türk

¹⁷⁹ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 57; YAŞAR, a.g.m., s. 93-94.

¹⁸⁰ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 172.

¹⁸¹ Yar. 2. HD, E. 2006/21951, K. 2007/17742, T. 25.12.2007, karar için bkz. EKŞİ, Nuray, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, Onikilevha, 2010, s. 1-2; Yar. 2. HD, E. 2010/14140, K. 2012/615, T. 19.01.2012, karar için bkz. LALE, Muktedir, Özetli-İçtihatlı Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Ankara, Seçkin, 2014, s. 20-22; Yar. 2. HD, E. 2009/3562, K. 2009/7289, T. 15.04.2009, karar için bkz. ÇİÇEKLİ, Bülent, Milletlerarası Özel ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları, Ankara, Seçkin, 2014, s. 16-17; Yar. 2. HD, E. 2008/13706, K. 2009/16045, T. 28.09.2009, karar için bkz. RUHİ, Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Gerekçeli-Kısa Açıklamalı, Yargıtay İçtihatlı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 20-21.

Kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları, uyuşmazlığın çözümünü atıfla hâkimin hukukuna veya üçüncü bir devlet hukukuna gönderirse, bu hukuk düzenlerine ilişkin maddî hukuk uygulanarak uyuşmazlık kesin olarak karara bağlanacaktır¹⁸².

Sonuç olarak, Türk hâkimi, yabancılık unsuru içeren evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir uyuşmazlıkta öncelikle MÖHUK' e göre olaya uygulanacak hukukun hangisi olduğunu belirleyecek, bunu yaparken de olayı vasıflandıracak, kanunlar ihtilâfı kuralını tespit edecek ve belirlemesi yapılan uygulanacak hukukun hükümlerine ilişkin gerek kendi bilgisinden yararlanacak gerek tarafların, ilgili kurumların ve uzmanların yardımına ihtiyaç duyacak gerekse Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin mümkün kıldığı haklardan istifade edecektir.

2.1.4. Milletlerarası özel hukukta adalet anlayışı ve taraf menfaati kapsamında evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun değerlendirilmesi

Hukukun esas amacı ve işlevi nasıl ki adaletin sağlanması ise kanunlar ihtilâfı kurallarının temel amacını da milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleştirilmesi oluşturmaktadır. Maddî hukuktan farklı olarak milletlerarası özel hukukta, uygulanacak olan ülke hukukunun hangi maddî içeriğe sahip olduğu önem arz etmeksizin söz konusu hukukun tespit edilmesinde adaletin gerçekleştirilmesi esas alınmaktadır. Birden fazla ülkenin hukuk düzeni ile bağlantılı olay veya ilişkilerden doğacak yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara, uyuşmazlığın kendisi ve tarafları ile en sıkı ilişki hâlinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanması esasının nazara alınması, milletlerarası özel hukukta adaletin sağlanması amacına hizmet eder¹⁸³. Bir diğer ifadeyle, milletlerarası özel hukukun adalet anlayışı, uyuşmazlıkla ilgisi olan taraflar ve uyuşmazlık konusu hukukî işlem ve ilişki açısından en fazla üzerinde durulması gereken ve ihmâle sebebiyet verilmemesi

¹⁸² DOĞAN, a.g.e., s. 196-197; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 53; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 112-113.

¹⁸³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 24-25; DOĞAN, a.g.e., s. 164; NOMER, Devletler Hususî, a.g.e., s. 14-15.

lazım olan hukukun uygulanması ile doğru orantılıdır¹⁸⁴. Hukukî işlem veya ilişkinin niteliğine göre gerek taraflar gerek uyuşmazlık konusu olay açısından objektif bir kuralın seçilmesiyle milletlerarası özel hukukta adalet gerçekleşir¹⁸⁵.

Milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması bakımından, uygulanacak hukuk araştırılıp belirlenirken hukukî işlem veya ilişkinin niteliğine göre hangi menfaatin ağırlık taşıyacağını belirlemek zorunludur. Kanunlar ihtilâfı kuralları oluşturulurken kişinin hukuku ve evliliğin genel hükümlerini de kapsamına alan aile hukuku ilişkilerine ilişkin olarak taraf menfaatinin esas alındığı görülmektedir¹⁸⁶. Zira, kişiler genellikle, hukukî işlem ve ilişkilerinin doğdukları, büyüdükleri veya uzun süre yaşamlarını sürdürdükleri ülkenin hukukuna bağlı olacağını benimsemektedirler. Taraf menfaatinden de anlaşılması gereken, bir kimsenin kendisine uygulanmasını beklediği sıkı ilişki içinde bulunduğu hukukun uygulanmasıdır¹⁸⁷.

Milletlerarası özel hukukta adaletin sağlanması amacına ulaşabilmek için tarafların eşit oranda menfaati olan ilişkilerde, her iki taraf için eşitlik prensibine dayalı ve nesnel olan kuralların kabul edilmesi gerekmektedir. Aile hukuku ilişkilerinde eşlerin aynı düzeyde korunmayı gerektiren menfaatlerinin var olması düşüncesi ile evlilik gibi birden fazla kişiyi alakadar eden konularda yetkili hukukun tespiti yapılırken, tarafların menfaati göz önünde tutulmalı ve evliliğin hüküm ile sonuçları açısından eşitlik prensibine riayet edilmelidir¹⁸⁸.

Milletlerarası özel hukuk, maddî hukuk çerçevesinde kadının menfaati olarak kabul gören kadın eş ile erkek eşin eşit haklara sahip olması ile doğrudan ilgili değildir. Şöyle ki, milletlerarası özel hukuk açısından eşit haklara sahip olma, taraflar arasındaki ilişkiye kadın eşin veya erkek eşin hukukunun uygulanmasıyla değil, tarafların menfaatlerini dengeleyen bir ülke hukukunun uygulanmasıyla

¹⁸⁴ TEKİNALP/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 30.

¹⁸⁵ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 35.

¹⁸⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 26; TEKİNALP/ UYANIK- ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 31; DOĞAN, s. 153.

¹⁸⁷ DOĞAN, a.g.e., s. 154.

¹⁸⁸ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 35; DOĞAN, a.g.e., s. 297.

sağlanır ve böylece eşitlik prensibinin amacı doğrultusunda hareket edilmiş olunur¹⁸⁹.

Tarafların menfaatleri birbirinden farklı veya birbirine ters olabileceği için taraflardan birinin objektif menfaati diğerinin menfaatine tercih edilemiyorsa ya da taraflardan birinin menfaatinin korunması diğerine göre üstünlük arz etmiyorsa ortak veya tarafsız bir ülke hukukun uygulanmasıyla taraflar arasında eşitlik korunmuş olur ve milletlerarası özel hukuk adaleti sağlanmış olur¹⁹⁰. Milletlerarası özel hukuk alanında da kadın erkek eşitliğine temel teşkil eden, kanunlar ihtilâfı kuralının tespiti yapılırken gerek kadın eşin gerek erkek eşin hukukuna üstünlük tanınmamasıdır. Örneğin Türk vatandaşı ile Fransız vatandaşının evlilik yaptıklarını ve Almanya'ya yerleşip yaşamlarını sürdürdüklerini düşündüğümüzde evlenmenin genel hükümlerine ilişkin bir uyuşmazlıkta Türk hukukunun uygulanmasının kabulü Türk vatandaşı eşe üstünlük tanınması, Fransız hukukunun uygulanması ise Fransız vatandaşı eşe üstünlük tanınması anlamına gelecektir. Dolayısıyla gerek taraf menfaatlerine uygun davranılması açısından gerek eşitlik prensibinin gerçekleştirilmesi açısından her iki taraf bakımından müşterek hukuk olan Alman hukukunun evliliğin genel hükümleri bakımından uygulanacak olması, milletlerarası özel hukuk adaletinin bir gereği olarak karşımıza çıkar¹⁹¹.

Tüm bu açıklamalarımız doğrultusunda, MÖHUK m. 13/3' te, "*Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.*" denilmek suretiyle yabancılık unsuru barındıran evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman uygulanacak hukuk, gerek milletlerarası özel hukukun adalet anlayışına uygun kriterler göz önüne alınarak gerek taraf menfaatleri arasında bir denge unsuru gözetilerek hüküm altına alınmıştır.

¹⁸⁹ DOĞAN, a.g.e., s. 165.

¹⁹⁰ NOMER, Devletler Hususî, s. 16.

¹⁹¹ DOĞAN, a.g.e., s. 298.

2.2. Vasıflandırma

2.2.1. Kavram

Maddî hukuk kurallarıyla düzenlenmeyen yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerinin bağlı olacak hukuk rejimini belirlemek üzere kanunlar ihtilâfî kuralları öngörülmüştür¹⁹². Kanunlar ihtilâfî kuralları ile yabancı unsur taşıyan olay ve ilişkiden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak olan ülke kanunları arasında var olan bir ihtilâf tespit edilmemekte, birden fazla ülke ile bağlantılı hukukî ilişkilere uygulanacak maddî hukuk gösterilmektedir¹⁹³. Dolayısıyla, yabancı unsur içeren ilişki ve olaya uygulanacak maddî hukuku gösteren kanunlar ihtilâfî kurallarına, gösterici kurallar da denmektedir¹⁹⁴.

Belirli hukukî kavram ve kategorileri belirli bir hukuk rejimine bağlayan kuralları ihtiva eden kanunlar ihtilâfî kuralları, aynı zamanda “bağlama kuralları” olarak da adlandırılırlar ve bu kurallar içerisinde “bağlama konusu” ve “bağlama noktası” olmak üzere iki unsur barındırırlar. Bağlama konusu, yabancılık unsuru barındıran hayat ilişkisinin kendisidir ve farklı hukukî ilişkileri ve olayları ifade eder¹⁹⁵. Bir diğer ifadeyle, evlenme, ehliyet, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, sözleşme, şekil gibi genel hukuksal kategorilerle bağlama konusu nitelendirilebilir¹⁹⁶. Bağlama noktası ise, bağlama konularının belirli bir ülkenin hukukuna bağlanarak çözüme ulaşılmasını sağlayan vakıalardır¹⁹⁷. Evliliğin genel hükümleri açısından bakıldığında, vatandaşlık, mutad mesken ve hâkimin hukukunun, milletlerarası özel hukuk mevzuatımızda bağlama noktaları olarak kabul edildiği görülmektedir.

¹⁹² ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 5.

¹⁹³ DOĞAN, a.g.e., s. 146.

¹⁹⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 6; DOĞAN, a.g.e., s. 145; TEKİNALP/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 37.

¹⁹⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 27; ÇELİKEL/ ERDEM, a.g.e., s. 61; NOMER, Devletler Hususî, s. 96.

¹⁹⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 27; ÇELİKEL/ ERDEM, a.g.e., s. 75; AYBAY/ DARDAĞAN, a.g.e., s. 147

¹⁹⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 27; ÇELİKEL/ ERDEM, a.g.e., s. 61; NOMER, Devletler Hususî, a.g.e., s. 96

Kanunlar ihtilâfı açısından yabancılık unsuru içeren hukukî olay veya ilişkiden kaynaklı bir uyuşmazlığı çözmek durumunda kalan hâkim, ilk önce meydana gelen sorunun hangi genel hukuksal kategori kapsamında bulunduğunu belirlemeli ve daha sonra konuya ilişkin bağlama kuralının tespitini yapmalıdır¹⁹⁸. Aksi takdirde, hâkim, kanunlar ihtilâfı kuralına ve dahası uyuşmazlığın çözümü amacıyla hangi hukukun hangi hükümlerine başvurarak karar vereceğini tayin edemez¹⁹⁹. Bu nedenle, milletlerarası özel hukuk alanına ilişkin olarak önüne gelen sorunun çözümü için hâkimin ilk görevi, uyuşmazlığa konu olan hukukî olay veya ilişkinin hukukî niteliğini belirlemek, daha teknik bir ifadeyle, vasıflandırmaktır²⁰⁰. Bu açıklamalar doğrultusunda daha geniş bir ifadeyle milletlerarası özel hukukta vasıflandırma ihtilâfı, “yabancılık unsuru taşıyan hukukî olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun, o hukukî olay veya ilişkiye ve bu ilişkileri düzenleyen kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı nitelik tanınmış olmasından doğan ihtilâflardır”²⁰¹. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere milletlerarası özel hukukta vasıflandırma, öncelikle uyuşmazlığın temelini oluşturan hukukî olay veya ilişkinin hangi hukuka göre vasıflandırılacağına tespit edilmesi, yani bağlama kuralının vasıflandırılması şeklinde; ikinci olarak da, hâkimin uygulayacağı hukuku tespit ederken yararlandığı vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken gibi anlam ve içerikleri her ülke hukukuna göre farklılık gösterebilen kavramların, yani bağlama noktalarının vasıflandırılması şeklinde yapılacaktır²⁰².

Vasıflandırma ihtilâfları, çeşitli nedenlerden kaynaklı olarak ortaya çıkabilir. Bu nedenlerden ilki, yabancı maddî hukuk ile iç maddî hukuk mukayese edildiği zaman birbirini andıran hukukî müesseselerin devletlerin özel hukuk düzeni içerisinde farklı kısımlarda hüküm altına alınmasıdır²⁰³. İkinci neden ise,

¹⁹⁸ AYBAY/DARDAĞAN, s. 147.

¹⁹⁹ DOĞAN, s. 179.

²⁰⁰ SEVİĞ, Muammer Raşit/ SEVİĞ, Vedat Raşit, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1962, s. 409; BERKİ, a.g.e., s. 268; GÖĞER, a.g.e., s. 82-83; DOĞAN, a.g.e., s. 179; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 147-148.

²⁰¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 75.

²⁰² GÖĞER, a.g.e., s.83-84; ÇELİKEL, a.g.e., s. 75; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 40-41.

²⁰³ GÖĞER, a.g.e., s. 83-84; DOĞAN, a.g.e., s. 180; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 41.

hâkimin maddî hukukunda uyuşmazlığa konu yabancı unsurlu hukukî ilişkinin düzenlenmemesi ve dolayısıyla bu hususa ilişkin bağlama kuralının da bulunmamasıdır²⁰⁴. Üçüncü ve son neden ise, uygulamada çok karşılaşılmamasına rağmen iç maddî hukuk ile kanunlar ihtilâfı kuralları arasında sistem farklılığının bulunmasıdır²⁰⁵.

2.2.2. Bağlama konusunun vasıflandırılması

Uluslararası bağlamda özel hukuk düzenleri kavram ve muhteva olarak terkip edilmediği sürece, vasıflandırma sorunlarıyla karşılaşma olasılığı mevcut olacaktır. Bu nedenle, milletlerarası özel hukukta vasıflandırma ihtilâfları alanında yetkili hukukun bulunması amacıyla farklı çözüm yolları önerilmiştir.

Çözüm yollarından ilki ve yaygın olarak kabul göreni, vasıflandırmanın hâkimin kendi hukuku (*lex fori*) uyarınca yapılmasıdır. Şöyle ki, hâkim, karşılaştığı yabancılik unsuru içeren hukukî olay veya ilişkinin niteliğini kendi hukuk düzeninin öngördüğü şekilde tespit edecek, vasıflandıracaktır²⁰⁶.

Çözüm yollarından bir diğeri ise, vasıflandırmanın hüküm statüsüne (*lex cause*), yani kanunlar ihtilâfı kuralının yetkili kıldığı ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan yabancı hukuka göre yapılmasıdır²⁰⁷.

Bağımsız vasıflandırma olarak ifade edilen diğer bir çözüm yöntemi ise, vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk adaletinin amacına uygun olarak ve karşılaştırmalı hukuk verileri temel alınarak yapılmasını kapsamına alır²⁰⁸. Daha anlaşılır bir ifadeyle, vasıflandırmanın iç hukuktaki kavramlardan ziyade bağımsız ve özel olarak uluslararası bağlamda tüm devletlerce benimsenen genel hukuk

²⁰⁴ DOĞAN, a.g.e., s. 180; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 42.

²⁰⁵ DOĞAN, a.g.e., s. 180; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 42.

²⁰⁶ BERKİ, a.g.e., s. 271; GÖĞER, a.g.e., s. 85-86; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 150; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 79-80; DOĞAN, a.g.e., s. 180; NOMER, Devletler Hususî, s. 100; AKINCI, Ziya/ DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 2.

²⁰⁷ BERKİ, a.g.e., s. 272; GÖĞER, a.g.e., s. 86; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 151; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 81-82; DOĞAN, a.g.e., s. 181; NOMER, Devletler Hususî, s. 101; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 43; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 2.

²⁰⁸ GÖĞER, a.g.e., s. 87; DOĞAN, a.g.e., s. 183; NOMER, Devletler Hususî, s. 102; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 152.

prensipleri uyarınca yapılması gerektiği, bağımsız vasıflandırmanın temelini oluşturur²⁰⁹.

Çözüm yöntemleri arasında yer alan son yöntem ise kademeli yorum yoluyla vasıflandırma yapılmasıdır. Şöyle ki, vasıflandırma yapılırken hâkim, ilk aşamada uyuşmazlık konusunu kendi hukukuna (*lex fori*) göre vasıflandırıp, uygulanacak hukuku tespit edecek; ikinci aşamada ise, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk düzeninin (*lex cause*) öngördüğü şekilde hukukî ilişkiyi yorumlayıp vasıflandırmasını yapacaktır²¹⁰.

Kanunlar ihtilâfı kurallarının bağımsız ve egemen devletlerin kanun koyucuları tarafından kalem altına alınması nedeniyle ve kanunlar ihtilâfı kurallarının yorumlanması faaliyetinin, bu kuralları kapsamı içerisinde barındıran hukuk sistemindeki kavramlardan ayrı olarak ele alınmaması gerektiği düşüncesiyle milletlerarası özel hukuk alanında vasıflandırmanın hâkimin kendi hukukuna göre yapılması gerektiği ileri sürülmüştür²¹¹. Türk hukukunda da en kabul gören görüş bu olmakla birlikte, sözü edilen çözüm yöntemlerinden herhangi birisinin seçilmesi konusunda yasal bir zorunluluk mevcut değildir²¹².

2.2.3. Bağlama noktasının vasıflandırılması

Kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanabilmesi için gerekli olan ve her ülkenin ulusal hukuk sistemlerinde anlam ve içerik olarak farklılık arz edebilecek bağlama noktalarının vasıflandırılmasının hâkimin kendi hukuku (*lex fori*) uyarınca yapılması hususunda Türk hukukunda gerek yabancı hukuk düzenlerinde tartışma yoktur denilebilir²¹³. Zira, yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin bir meseleye uygulanacak olan hukuku göstermek üzere öngörülen bağlama noktaları, Türk kanunlar ihtilâfı kuralları içerisinde varlık gösterdiğinden, Türk hukukundaki mana ve mahiyetine göre yorumlanacaktır²¹⁴. Ancak bağlama noktasının hâkimin hukuku

²⁰⁹ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 82; TEKİNALP/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 43; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 2.

²¹⁰ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 83; DOĞAN, a.g.e., s. 182; TEKİNALP-UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 44.

²¹¹ GÖGER, a.g.e., s. 85; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 150.

²¹² ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 50.

²¹³ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 88; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 43.

²¹⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 43.

uyarınca vasıflandırılmasının, MÖHUK m. 2/3' te hüküm altına alınan atıf meselesi ve millî hukukun uygulanmasının öngörüldüğü hallerde vatandaşlığın belirlenmesi hususu olmak üzere iki tane istisnası bulunmaktadır²¹⁵.

2.2.4. Evliliğin genel hükümlerinin vasıflandırılması

MÖHUK m. 13/3 kapsamında ayrı bir şekilde düzenleme altına alınan evliliğin genel hükümlerine ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralı dışında yine aile hukukunu ilgilendiren evliliğin maddî ve şekli şartları, ayrılık ve boşanma, evlilik malları, soy bağı, evlat edinme ve nafaka gibi konular da kanunlar ihtilâfı kuralları adı altında ve ayrı olarak hüküm altına alınmıştır. Ancak, MÖHUK içerisinde sıralanan bu ayrı kanunlar ihtilâfı kurallarına konu olabilecek pek çok hayat ilişkisi farklı hukuk düzenlerinde evlenmenin genel hükümleri kapsamında düzenlenmiş olabilir. Bu itibarla, hangi kanunlar ihtilâfı kuralının hangi hayat ilişkisini konu alarak tatbik edileceği, bir vasıflandırma sorunun doğumuna yol açar²¹⁶. Şöyle ki, evlilik birliğinin devamı sırasında eşler arasındaki nafaka istemi, bazı hukuk düzenlerinde mal rejimi kapsamında değerlendirilmiş, bazılarında ise evliliğin genel hükümleri kapsamında düzenlenmiştir²¹⁷. Bunun gibi, TMK kapsamında evliliğin genel hükümleri başlığı altında düzenleme altına alınan aile konutunun korunması hususu, Alman Medeni Hukukunda evliliğin genel hükümleri kapsamında düzenlenmemiş ve aile konutu üzerindeki hak sahipliğine ilişkin esaslar Alman Eşya Hukuku ile Borçlar Hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda değerlendirilmiştir.²¹⁸

Türk hukukunda evliliğin genel hükümleri kapsamında yer alan bir hayat ilişkisinin yabancı hukuk sistemlerinde evliliğin genel hükümleri kapsamında değerlendirilmemesi durumunda, uyumsuzlığa konu hayat ilişkisinin evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuka mı tabi olup olmadığı sorusuyla karşı karşıya kalınacaktır. Bu şekilde bir vasıflandırma sorununun doğması hâlinde kanaatimizce, vasıflandırmanın kural olarak hâkimin hukuku uyarınca

²¹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 89; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 43-44;

²¹⁶ AKINCI/ DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 25.

²¹⁷ AKINCI/ DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 25.

²¹⁸ GİRAY, Faruk Kerem, "4721 Sayılı Türk Medenî Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilâfı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ", MHB, Yıl 23, S. 1-2, s. 431.

gerçekleştirilmesi gerekli olmakla birlikte, hâkimin kendi hukukuna göre yapacağı vasıflandırmanın, milletlerarası özel hukukun adalet anlayışı ile gözettiği çıkarlara ters düşeceği ve yeterli çözümü sağlayamayacağının anlaşıldığı durumlarda, vasıflandırmanın karşılaştırmalı hukuk alanından yararlanılarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak ülke hukuku kapsamında yapılması yerinde olacaktır.

2.3. Atıf

Evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi açısından öngörülen bağlama noktalarının vasıflandırılması açısından, hâkimin hukuku uyarınca vasıflandırma yapılmasına istisna getiren ve MÖHUK m. 2/3'te düzenlenen “iade atıf” ve “devam eden atıf” hususlarına da değinmekte fayda vardır. Hâkimin tabi olduğu hukuk sisteminin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan hukukun kanunlar ihtilâfı sistemi, evliliğin genel hükümlerinin kapsamına giren bir problemi tekrar hâkimin hukukuna veyahut başka bir ülkenin hukukuna devrettiğinde, müşterek mutad mesken gibi ilgili kanunlar ihtilâfı kuralının temel taşı olan bağlama noktasının vasıflandırılması, hâkimin hukukuna göre değil, gönderen devletin hukukuna göre yapılır²¹⁹.

2.4. Ön sorun

Görölmekte olan bir davanın esastan incelenip karara bağlanabilmesi için, davaya bakan mahkemenin evleviyetle açıklığa kavuşturması gereken sorunlara “ön sorun” denir²²⁰. Zira, uyuşmazlığın esası hakkında ön sorun teşkil eden hususların bir an önce çözümlenmesi, güvenilir bir yargılama sonucu hüküm kurulmasına yardımcı olur²²¹.

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın çözümünde hâkim, kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre uyuşmazlığı maddî olarak çözüme bağlayacaksa bile, kimi hâllerde hâkimin önüne gelen uyuşmazlığın çözümü, o

²¹⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 44; ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 89.

²²⁰ TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 717; KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 349.

²²¹ TANIRVER, a.g.e., s. 717.

uyuşmazlıkla irtibatlı başka sorunların açığa kavuşturulmasına bağlı olabilir²²². Örneğin, bir eşin diğer eşe karşı evlilik birliği içerisinde ailenin ekonomik varlığının korunmasına ilişkin bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya maddî yardım yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle tasarruf yetkisinin sınırlanması amacıyla mahkemeye başvurusu hâlinde hakkında sınırlanma talep edilen eş, taraflar arasında geçerli bir evlilik ilişkisinin mevcut olmadığını iddia ediyorsa, hâkim, ilk önce taraflar arasında geçerli bir evliliğin var olup olmadığını incelemek ve tespit etmek zorundadır. Zira, eşlerin evliliğin genel hükümleriyle bağlantılı istemleri hususunda, evlilik ilişkisinin geçerliliği, esas meselenin bir parçasıdır²²³. Dolayısıyla, geçerli bir evlilik ilişkisinin var olduğunun tespiti durumunda hâkim, evliliğin genel hükümlerine aykırı davranılmasından dolayı tasarruf yetkisinin sınırlanmasına karar verebilir.

Kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, asıl sorun ile öncelikle olarak çözüme kavuşturulması gereken sorun farklı ülke hukuklarına tabi kılınmışsa, milletlerarası özel hukuk bakımından ön sorunun hangi ülke hukuku esas alınarak açıklık kazanması gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira, esas mesele hakkında sonuç alınabilmesi çözümlenmesi gereken bir ön sorunun varlığından söz edebilmek için, hâkimin hukukunun (*lex fori*) ve hüküm statüsünün (*lex causae*) kanunlar ihtilâfı kuralları, ayrı hukuk sistemlerini yetkili kılmalı ve uygulanacak hukukların ortaya çıkardığı neticelerin farklılık arz etmesi gerekmektedir²²⁴. Tasarruf yetkisinin sınırlanmasına dair verdiğimiz örnek nezdinde düşünürsek, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kıldığı hukuku göre evliliğin geçerli, hüküm statüsünün kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre evliliğin geçersiz sayılması gerekir.

Bu doğrultuda, ön sorunun tabi olacağı hukukun seçimi yapılırken, hüküm statüsünün kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınırsa Türk hâkimi milletlerarası karar ahengini sağlamış olacak, kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını göz önünde

²²² DOĞAN, a.g.e., s. 184.

²²³ ELÇİN, Doğa, “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, TAAD, Yıl 9, S. 33, 2018, s. 217.

²²⁴ DOĞAN, a.g.e., s. 186; NOMER, Devletler Hususî, s.140; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 5; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 90; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 131; ELÇİN, a.g.m., s. 214-217.

tutarak sonuca ulaşırsa iç karar ahengini sağlamış olacaktır²²⁵. MÖHUK kapsamında ön sorun hakkında hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen, evliliğin genel hükümleri, nafaka, velayet, boşanma gibi aile hukukunu ilgilendiren konularda ön sorun teşkil ederek hâkimin önüne gelen evlilik ilişkisi bakımından hüküm statüsü (lex cause) metoduna başvurulması, her bir ilişki için başka kanunlar ihtilâfı kurallarına gidilmesine neden olacak, evlilik ilişkisinin geçerliliği her davada tekrar incelenecek ve bir olay açısından bu ilişkinin geçerli, diğer bir olay açısından ise aynı ilişkinin geçersiz sayılması gibi tutarsız durumlar ortaya çıkaracaktır²²⁶. Bir diğer ifadeyle, aynı ön sorun için verilmiş farklı kararların mevcudiyeti iç karar ahenginin bertaraf edilmesine neden olacaktır²²⁷. Dolayısıyla, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda kural olarak, ön sorunun çözümünde hâkimin hukukunun öngördüğü kanunlar ihtilâfı kurallarına riayet edilmesinin daha uygun olacağı kabul edilmeli, ancak somut olayın hakkaniyeti, uyuşmazlık taraflarının menfaati ve verilecek kararın sonuçlarının yabancı bir ülkede hüküm ve sonuç doğurması gibi durumlar ele alındığında, hüküm statüsünün kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasının daha faydalı olacağı bekleniyorsa, bu kurallar uyarınca ön sorunun çözüme kavuşturulması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır²²⁸.

Somut olarak ifade etmek gerekirse, evliliğin genel hükümleri kapsamı altında düzenlenen ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin bir önlem olan tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına dair bir davada, evlilik ilişkisinin geçerli olup olmadığı hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre çözümlenmeli ve evlenmeyi hüküm altına alan MÖHUK m. 13/1 ve m. 13/2 olaya uygulanmalıdır²²⁹. Zira, geçerli bir evlenmenin mevcut olup olmadığı, evlenmenin butlan ya da yokluk sebebiyle sakat olup olmadığı gibi hususlar hâkimin hukukunun öngördüğü kanunlar ihtilâfı kurallarına göre değerlendirilmelidir²³⁰.

²²⁵ NOMER, Devletler Hususî, s. 141; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 134/135.

²²⁶ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 134-135.

²²⁷ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 135.

²²⁸ DOĞAN, a.g.e., s. 188; NOMER, Devletler Hususî, s. 141; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 5.

²²⁹ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 250.

²³⁰ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 250.

Yargıtay'da konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda²³¹, yabancılık unsuru içeren evlilik sebebiyle kadın eşin kazanmış olduğu ve erkek eşe ait olan soyadının değiştirilmesi davasında, ilk derece mahkemesinin evlilik birliğinin sona erdiğine dair yasal bir bilgi ve belge olup olmadığı araştırmadan karar vermesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur.

Bununla birlikte, taraf devletlerden birinde evlilik bağına ilişkin verilmiş olan kararların, diğer taraf devletlerde tanınmasını basitleştirmek amacıyla getirilmiş olan ve Türkiye'nin de taraf olduğu Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınma ve Tenfizine İlişkin Sözleşmenin 9. maddesinde *“Bir Âkit Devlette bu Sözleşmenin uygulanmasıyla, evliliğin zevaline veya iptaline Miskin bir karar tanınmışsa, bu Devlette, yeni bir evliliğin akdi, bir başka Devletin kanununun söz konusu zeval veya feshe izin vermemesi veya bunları tanımaması nedeniyle reddedilemez.”* denilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, evlilik bağının varlığı herhangi bir hukukî ilişki açısından ön sorun oluşturduğunda, sözleşme hükümleri uyarınca tanınmış olan boşanma kararının varlığı yeterli olacaktır²³².

2.5. Evliliğin genel hükümlerine ilişkin bağlama kuralı

2.5.1. Genel olarak

Yabancı unsur içeren özel hukuk ilişkilerine tayin edilecek hukuk tespit edilirken hangi bağlama noktasının esas alınacağı, Kıta Avrupası hukuklarında olduğu gibi Türk hukukunda da kural olarak, pozitif bağlama kuralları ile düzenlenmiştir. Kanun koyucu, burada belirli menfaatleri göz önünde tutarak ve hukuk siyasetini temel alarak hareket etmekte olup keyfiyete yer vermemektedir.

Aile hukuku ilişkilerinin içerisinde yer alan evlenmenin genel hükümleri gibi kültürel ve ahlakî değerler bakımından ön planda tutulan hususlarda, şahsî statü esas alınmaktadır²³³. Kişilerin vatandaşlığını bulundurduğu ülke hukukları ile daha sıkı ilişkiler içinde bulunduklarının düşünülmesi ve özellikle kişiler hukuku ile aile hukuku sorunlarının çözümünde vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülke

²³¹ Yar. 18. HD, E. 2010/6750; K. 2010/10314, T. 06.07.2010, EKŞİ, Yargıtay Kararları, s. 15.

²³² ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 137.

²³³ DOĞAN, a.g.e., s. 154.

hukuklarının kişilerin menfaatlerine ve haklarına daha saygın yaklaşacağı düşüncesi, “şahsî statü” kavramına sebebiyet teşkil etmektedir. Şahsî statü ile kişinin şahsî itibarıyla bağlı olduğu hukuk kastedilmektedir ve şahsî statüyle ilgili sorunlarda kişinin kendi menfaatine en yakın hukukun uygulanması gerekmektedir²³⁴.

Şahsî statü alanında bağlama noktası olarak hukuk sistemlerinde vatandaşlık esasına bağlı olarak millî hukuk, yerleşim yeri hukuku ve son zamanlarda da mutad mesken hukuku nazara alınmaktadır. Ancak vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken hukuklarından hangisinin kişiyle daha yakın ilişki içerisinde bulunduğunun tespiti hangisinin kişinin menfaatine daha uygun olduğunun tercihi, kanun koyucunun yapacağı değerlendirmeye bağlıdır²³⁵. Kanun koyucu ister ilgili hukuklardan birisini ister kademeli bir şekilde hepsini uygun görebilir²³⁶.

Ehliyet, evlenme, boşanma gibi şahsî statüyü ilgilendiren hususlarda, kişi ile ilgili hukuk düzeni arasında gerçek bir bağlılık bulunduğundan bağlama noktasının belirlenmesinde güçlük bulunmamaktadır. Ancak evlenmenin genel hükümleri gibi kadın eş ve erkek eş olmak üzere iki tarafı da benzer seviyede alakadar eden ve eşit ağırlıkta menfaatleri içeren ilişkilerde müşterek bir hukukun bulunmaması pürüz yaratacağından, müşterek bir bağlama noktasının bulunmaması durumunda hâkimin kendi hukuku tercih edilebilir²³⁷. Zira, evliliğin genel hükümlerine ilişkin olarak öngörülen bağlama kuralı, kanun koyucu tarafından bu hususlar göz önünde bulundurularak MÖHUK m. 13/3’te, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk; eşlerin müşterek millî hukuku, bulunmaması halinde müşterek mutad mesken hukuku ve bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku olarak düzenlemiştir.

Bağlama kuralları niteliklerine göre, tek yanlı ve çok yanlı, açık ve örtülü, bağımlı ve bağımsız, genel atıf yapan ve maddî hukuka atıf yapan, mükemmel ve mükemmel olmayan, basamaklı-alternatif bağlama kuralları gibi çeşitli tasniflere

²³⁴ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 63; DOĞAN, a.g.e., s. 171.

²³⁵ DOĞAN, a.g.e., s. 171.

²³⁶ DOĞAN, a.g.e., s. 171.

²³⁷ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 63.

tâbi tutulmaktadır²³⁸. MÖHUK m. 13/3'ün içeriğinden de anlaşılacağı üzere evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun tespiti için öngörülen bağlama kuralı, boşluk bırakılmadan düzenlendiği için “mükemmel olan bağlama kuralı” ve aynı zamanda uygulanacak hukuk konusunda tek bir bağlama noktası yerine sırasıyla uygulanmak üzere birden fazla bağlama noktasının bulunması sebebiyle “basamaklı bağlama kuralı” olarak nitelendirilir²³⁹. Taraf menfaatlerinin esas olarak değerlendirildiği evliliğin genel hükümleri açısından basamaklı bağlama kurallarının kabul edilmiş olması gerek eşitlik prensibine uygun davranılmasının gerek milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanmasının bir gereğidir.

Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda evlilik birliğinin kurulmasıyla meydana gelen hak ve yükümlülükler, tarafların müşterek yerleşim yeri hukukuna bağlanmış olup devamında da evlenmenin hükümleri açısından sıkı ilişki içerisinde bulunan yer hukukunun göz önünde tutulacağı kabul edilmiştir²⁴⁰. Alman hukukunda ise evlenmenin genel hükümleri bakımından eşlerin sahip oldukları hukuklardan birini yetkili hukuk olarak kendi iradeleriyle seçebilmeleri, müşterek milli hukuk bağlama kuralının uygulanamaması koşuluna bağlanmıştır²⁴¹.

2.5.2. Bağlama noktası olarak müşterek millî hukuk

2.5.2.1. Tercih edilme sebepleri

Milletlerarası özel hukuk alanında kanunlar ihtilâfı kurallarına ilişkin bağlama noktalarının tespitinde millî hukuk prensibinden faydalanılması yönünde ilk görüş, İtalyan hukukçu Mancini tarafından ileri sürülmüş ve millî hukuk prensibi, o dönemde 1866 tarihli İtalya Medeni Kanun’unda ve Fransız Kod Sivilinde yer almıştır²⁴². Kanunların bireyler hakkında ve bireylerin etnik karakterlerine göre oluşturulduğunu kabul eden İtalyan ekolü yanlıları, milliyet esasının üstün bir nitelik arz etmesinden dolayı millî hukuk prensibinden faydalanılması gerektiğini savunmuşlardır²⁴³. Bu dönemden sonra millî hukuk

²³⁸ DOĞAN, a.g.e., s. 168-170; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 25-29.

²³⁹ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 26.

²⁴⁰ DOĞAN, a.g.e., s. 298 (dn. 239.)

²⁴¹ DOĞAN, a.g.e., s. 298 (dn. 240.)

²⁴² SEVİÇ/SEVİÇ, a.g.e., s. 368; GÖĞER, a.g.e., s. 53-54; DOĞAN, a.g.e., s. 171.

²⁴³ SEVİÇ/SEVİÇ, a.g.e., s. 366.

prensibi, birçok milletlerarası anlaşmada kabul görmüş ve Kıta Avrupası hukukunda uygulama alanına sahip olmuştur²⁴⁴. Bununla birlikte 1902 yılında kabul edilen Evlilikle İlgili Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesinde ve 1905 tarihli Evlenmenin Hükümlerine Dair La Haye Sözleşmesinde bağlama noktası olarak millî hukuk prensibinin temel alındığı görülmektedir²⁴⁵.

Türk milletlerarası özel hukuk alanında prensip olarak kişiler hukuku ve aile hukuku ilişkilerinde uygulanacak hukukun tespitinde, tarafların vatandaşlığı esas alınarak hareket edilmekte ve tarafların vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkenin hukuku olan millî hukuk, şahsî statünün bağlanma noktası olarak ilk basamakta yer almaktadır²⁴⁶. Şahsî statüye uygulanacak hukukun belirlenmesinde temel bağlama noktası olarak millî hukukun kabul edilmesi, kişilerin doğduğu ve vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkede yaşamlarını sürdürmüş veya sürdürüyor olmaları nedeniyle kişisel menfaati en iyi şekilde gerçekleştireceği düşüncesiyle²⁴⁷ ve kişiler hukuku ile aile hukuku alanlarında, millî kültür ve değerlerin önemli bir ağırlığının bulunuyor olmasıyla²⁴⁸ açıklanabilir. Zira, şahsî statüden kaynaklanan hukukî sorunlarda, kişinin vatandaşlığını taşıdığı ve tarihi, etnik ve kültürel değerlerine bağlılığının bulunduğu ülkenin hukukunun kendisine uygulanmasını öngörmesi en doğal hakkıdır²⁴⁹.

Kişinin vatandaşlığını taşıdığı ülkenin hukuku, vatandaşlarını ülke sınırları dışında da egemenlik hakkının ve millî birliğin gereği olarak takip etmekte olup aksine bir yaklaşım, ailede ve toplumda birlik ve güvenliğin sağlanmasını zorlaştırmaktadır²⁵⁰. Bu bakımdan vatandaşlık bağı, kişilerin kolayca ortadan kaldırmalarına imkân tanımayan bir ilişki olduğu için millî hukukun tercih edilmesi, hukukî işlemlerin tarafları açısından daha çok istikrar ve güven arz etmesi sebebiyle

²⁴⁴ Anglo- Amerikan hukukunda ise millî hukuk prensibi yerine ikametgâh esası kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SEVİĞ/SEVİĞ, a.g.e., s. 363-369; GÖĞER, a.g.e., s. 52-53; NOMER, Devletler Hususî, s. 112-114.

²⁴⁵ ARSLAN, İlyas, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul, Onikilevha, 2014, s. 4.

²⁴⁶ NOMER, Devletler Hususî, s. 113; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 29.

²⁴⁷ DOĞAN, a.g.e., s. 172.

²⁴⁸ BERKİ, a.g.e., s. 318; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 29.

²⁴⁹ DOĞAN, a.g.e., s. 172; BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Gülüm, Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi, GÜFHD, C. 19, Sayı 1, 2015, s. 114.

²⁵⁰ GÖĞER, a.g.e., s. 54.

de desteklenmektedir²⁵¹. Zira, kişinin vatandaşlığını değiştirmesi, sadece kişinin istemde bulunmasına bağlı olmadığı gibi, zamansal anlamda belli bir süreç gerektirdiğinden sadece şahsî statüye uygulanacak hukukta değişiklik yapmak amacıyla vatandaşlığın değiştirilmesi oldukça zordur²⁵². Bu nedenle müşterek millî hukukun kabulü, kanuna karşı hileyle karşılaşma olasılığına önemli bir ölçüde mâni olmaktadır.

Şahsî statünün bağlanma noktası olarak ilk basamakta millî hukukun kabul edilmesinin bir diğer gerekçesini ise, farklı hukuklarda farklı anlamlara sahip olan ve özellikle Anglo-Amerikan hukukunda şahsî statü alanında ilk derece bağlama noktası olan ikametgâh prensibine nazaran vatandaşlığın tespit edilmesinin daha kolay olması oluşturmaktadır²⁵³. Ancak, vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi gibi durumlar millî hukukun uygulanması açısından önemli bir ön sorunun doğumuna yol açmaktadır²⁵⁴. Bir diğer ifadeyle, bir ülkenin vatandaşlığı ileri sürüldüğünde, kişinin gerçekten o ülkenin vatandaşlığını taşıyıp taşımadığı da ihtilâfa konu olabilir²⁵⁵. Böyle bir durumla karşılaşıldığı zaman bir kimsenin millî hukuku, vatandaşı olduğunu ileri sürdüğü ülkenin hukuk düzenine göre, kişinin o ülke vatandaşlığına sahip olup olmadığı yönünde yapılacak bir belirlemeyle tespit edilecektir²⁵⁶. Zira, her devletin vatandaşlarını tespit etme yetkisi, vatandaşlık kavramının ortaya çıkmasına paralel olarak var olan, her özgür devletin ulusal hukuk düzenleri tarafından kabul edilen ve açık bir kurala gereksinim duymayan bir genel hukuk prensibi olarak değerlendirilmektedir²⁵⁷. Örneğin kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı yönünde bir tereddüt bulunuyor ise, Türk Vatandaşlık Hukukuna göre kişinin Türk vatandaşlığını kazanıp kazanmadığı takdir edilecektir ya da ilgili kişi yabancı bir ülke vatandaşlığına sahip olduğunu ileri sürüyor ise, vatandaşlığını taşıdığını ileri sürdüğü ülke kanunlarına göre ilgili kişinin

²⁵¹ GÖĞER, a.g.e., s. 54; NOMER, Devletler Hususî, s. 114; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 29.

²⁵² DOĞAN, a.g.e., s. 173.

²⁵³ NOMER, Devletler Hususî, s. 114; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 29; TEKİNALP/UYANIK- ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 66.

²⁵⁴ DOĞAN, a.g.e., s. 172.

²⁵⁵ NOMER, Devletler Hususî, s. 115.

²⁵⁶ NOMER, Devletler Hususî, s. 115; DOĞAN, a.g.e., s. 172; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 22; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 30.

²⁵⁷ GÜNGÖR, GÜLİN, Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 13.

vatandaşlığı tespit edilecektir²⁵⁸. Dolayısıyla, evliliğin genel hükümlerine ilişkin yabancı unsurlu bir uyumsuzlukta, uygulanacak kanunlar ihtilâfı kuralının tespit edilmesi için tarafların hangi ülke vatandaşı olduğunun öncelikle belirlenmesi gerekir. Bu nedenle, hâkimin önüne gelen bir uyumsuzlukta, millî hukukun tespiti zorunluluk arz ediyorsa, bunun vatandaşlık hukukunun prensipleri çerçevesinde açığa kavuşturulması gerektiğinden, vatandaşlık hukuku, kanunlar ihtilâfının ön sorunu olarak vasıflandırılmıştır²⁵⁹.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay vermiş olduğu bir kararında²⁶⁰, erkek eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması nedeniyle, kadın eş tarafından tasarrufu engelleyici tedbir alınması ve konutun aile konutu olarak özgülenmesi istemine ilişkin olarak görülmekte olan ve tarafların Türk vatandaşlığını kaybetmelerinden dolayı kişi bakımından yabancı unsur ihtiva eden bir davada, ilk derece mahkemesinin tarafların dava tarihindeki vatandaşlığını tespit edip yetkili hukuku belirlemesi ve bu doğrultuda karar vermesi gerekirken, bu husus üzerinde durmadan hüküm kurmasını bozma sebebi saymıştır.

Vatandaşlığın sürekliliği ve kolayca değiştirilememesinin ortaya çıkardığı güven, vatandaşlığın tespitinin daha kolay olması, statü değişikliğinden kaynaklanabilecek sakıncaların millî hukuk prensibinin kabulüyle düşük seviyede tutulması ve özellikle kişinin hukuku ve aile hukuku ilişkilerinde yabancıların kendi millî hukuklarıyla aralarında bulunan sıkı ilişkiden ve yakınlıktan kolaylıkla vazgeçemeyecek olmaları gibi nedenlerle şahsî statüye uygulanacak hukukun belirlenmesinde vatandaşlık esasına bağlı olarak millî hukuk prensibinin tercih edilmesi, gerek taraf menfaatleri açısından gerek milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmesi açısından uygundur.

5718 sayılı MÖHUK m. 13/3 uyarınca, evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk açısından kabul edilen basamaklı bağlama noktaları arasında ilk sırayı, tarafların müşterek millî hukuku oluşturmaktadır. Kanaatimizce, ilgili kanun kapsamında ayrı vatandaşlıkların bulunduğu durumlarda kadın eşin veya

²⁵⁸ NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, Beta, 2018, s. 29-32.

²⁵⁹ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 23.

²⁶⁰ Yar. 2. HD, E. 2006/6239, K. 2006/14136; T. 17.10.2006. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

erkek eşin millî hukuklarından birinin tercih edilmemesi veya millî hukukların ayrı ayrı uygulanmasının kabul edilmemesi, milletlerarası aile hukukunun öngördüğü hakkaniyet anlayışına uygundur. Zira, iki taraflı bir hukukî ilişki olan evliliğin ve evlilik birliğinin eşlere bağladığı hak ve yükümlülüklerin, evlilik birliğinin kendine özgü bağımsız mevcudiyeti gözetilmeden ve eşler arasındaki denge korunmadan, sadece eşlerden her birinin kişisel menfaatlerine ilişkin olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Ayrıca, evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukukun, her iki eş açısından geçerli olan tek bir statü çerçevesinde müşterek noktalar esas alınarak hüküm altına alınması, kanun karşısında kadın erkek eşitliğinin kabul edildiği günümüz gelişmelerine tutarlı bir yaklaşım sergilendiğini göstermektedir.

Konuyla ilgili Yargıtay vermiş olduğu bir kararında²⁶¹, evliliğin genel hükümlerine aykırı davranılmasından kaynaklı olarak tasarruf yetkisinin sınırlanması istemine ilişkin olarak görülmekte olan ve tarafların Almanya vatandaşı olduğu bir davada, MÖHUK m. 13/3 gereğince ilk derece mahkemesinin, tarafların müşterek millî hukukunu dikkate alması gerektiğini ve bu yönde inceleme yapıp sonucuna göre karar vermek zorunda olduğunu belirterek taşınmazın Türkiye’de bulunduğu gerekçesiyle yazılı şekilde Türk Hukuku uygulanarak hüküm tesis etmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur.

2.5.2.2. Millî hukukun belirlenmesinde ve uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar

2.5.2.2.1. Birden fazla vatandaşlık

Vatandaşlık hukuku alanında genel prensip herkesin yalnız bir vatandaşlığı olması doğrultusunda, kişilerin milletlerarası alandaki hareketliliği ve vatandaşlığın kazanılmasında hukuk düzenlerinde eskisine oranla daha yumuşak davranılması, günümüzde birden çok ülke vatandaşlığına sahip olan kişi sayısındaki artışı sıradan bir olgu haline getirmiştir. Özellikle doğum yoluyla ve evlilik birliğinin kurulmasıyla var olan birden fazla vatandaşlık hâlleri, milletlerarası hukuka aykırı bir durum teşkil etmemekte ve ulusal hukuk düzenlerinde de

²⁶¹ Yar. 2. HD, E. 2010/2561, K. 2011/4027, T. 08.03.2011. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

genellikle kabul edilmektedir²⁶². Birden fazla vatandaşlık hâlleri, kural olarak, her devletin ulusal hukuk düzenlerinde kabul edilen vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin hükümlerinin birbirine benzer olmasından ya da birbirine mutabık olmamasından kaynaklanmaktadır²⁶³.

Kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda şahsî statü alanında bağlama noktası olarak hangi millî hukukun uygulanacağı sorun teşkil etmektedir. Zira, kişinin taşımakta olduğu ülke vatandaşlıklarından her biri hukukî muteber olmakla birlikte, yabancı unsur içeren somut uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tayininde söz konusu vatandaşlıklardan hangisinin esas alınacağı özellik arz etmektedir²⁶⁴. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığı zaman söz konusu sorunun çözümü bakımından çoğunlukla genel nitelikli hükümlere yer verildiği ve kişinin sahip olduğu vatandaşlıklardan birinin mahkemenin mensup olduğu devletin vatandaşlığı olup olmadığına göre uygulanacak hukukun farklı şekilde tespit edildiği görülmektedir²⁶⁵.

Kişinin birden fazla ülke vatandaşlığına sahip olması ve söz konusu vatandaşlıklardan birinin mahkemenin mensup olduğu ülkenin vatandaşlığı olması durumunda, kişinin sahip olduğu yabancı ülke vatandaşlığı göz ardı edilerek, mahkemenin mensup olduğu ülke vatandaşlığının dikkate alınması gerektiği, Türk hukukunda kabul edilmiştir²⁶⁶. Bu doğrultuda kabul edilen MÖHUK m. 4/1-b uyarınca, *“Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku, uygulanır”*.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay’da vermiş olduğu bir kararda²⁶⁷ bu hususu desteklemiş, davacının Fransız vatandaşı olmasının yanında Türk vatandaşı olup olmadığını araştırmadan karar verme yoluna gidilmesini eksik inceleme olarak kabul edip ilk derece mahkemesinin kararını esastan bozmuştur. Yine Yargıtay bir başka kararında²⁶⁸ ise, kişinin hem Türk hem bir veya birkaç devlet vatandaşı

²⁶² GÜNGÖR, a.g.e., s. 26-27.

²⁶³ NOMER, Vatandaşlık, s. 37; GÜNGÖR, a.g.e., s. 27.

²⁶⁴ NOMER, Vatandaşlık, s. 35; BAYRAKTAOĞLU-ÖZÇELİK, a.g.m., s. 120.

²⁶⁵ BERKİ, a.g.e., s. 251; DOĞAN, a.g.e., s. 174.

²⁶⁶ NOMER, Vatandaşlık, s. 39-40; DOĞAN, a.g.e., s. 175; Karşıt görüşler için bkz. BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, a.g.m., s. 123-129.

²⁶⁷ Yar. 2. HD, E. 2004/2048, K. 2004/3093, T. 11.03.2004. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

²⁶⁸ Yar. 2. HD, E. 1999/10691; K. 1999/1170, T. 16.03.1999. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

olması hâlinde, Türk mahkemesinin kişinin sadece Türk tâbiyetinde olduğunu dikkate almasını ve bu durumda daha sıkı ilişkide bulunduğu devletin hukukunun uygulanması yoluna gidilmemesi gerektiğini belirterek, davalının hem Türk hem İtalyan vatandaşı olması karşısında olaya Türk maddî ve usul hukukunun uygulanmasını isabetli bulmuştur.

Birden çok ülke vatandaşlığına sahip olunması halinde vatandaşlıklardan hiçbirisi uyuşmazlığı çözecek olan mahkemenin mensup olduğu ülkenin vatandaşlığı değil ise, aslî vatandaşlığın, son edinilen vatandaşlığın, kişinin bulunduğu ülke vatandaşlığının, kişinin seçtiği ülke vatandaşlığının, mahkemenin mensup olduğu ülke hukukuna uygun şekilde kazandığı vatandaşlığın dikkate alınması veya ilgilinin en sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gibi farklı görüşler ileri sürülmüştür²⁶⁹. Bununla birlikte, ulusal düzenlemelerde ağırlıklı olarak kabul edilen yaklaşım, kişinin sahip olduğu devlet vatandaşlıkları arasından “tâbiyetin gerçekliği ilkesi” esas alınarak en sıkı ilişkide bulunulan ülke hukukunun uygulanmasıdır²⁷⁰. Bununla birlikte her olayda sıkı ilişkinin tespiti gerektiğinden, kişinin yaşam ilişkilerinin ağırlığı, ikametgâhı ve sürekli meskeni, ekonomik faaliyetlerini sürdürdüğü ülke veya vatandaşlık statüsüne bağlı olarak haklarını kullandığı ve yükümlülüklerini yerine getirdiği ülke gibi unsurlar, sıkı ilişkinin belirlenmesinde önemli rol oynar²⁷¹. Bu yönde hüküm altına alınan MÖHUK m. 4/1-c uyarınca, “Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukuku, uygulanır”.

Gerek MÖHUK m. 4/1-b gerek m. 4/1-c, ilgili kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllere ilişkin olarak ve kanunda aksi öngörülmediği sürece uygulama alanı bulur.

Bu kuralların, yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği haller arasında yer alan evlilik ve boşanma gibi hususlarda, hukukî ilişkiye birden fazla kişinin dahil olması sebebiyle tercih edilen müşterek millî hukuk bağlama noktası

²⁶⁹ BERKİ, a.g.e., s. 251-254; GÖĞER, a.g.e., s. 163-164; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 121.

²⁷⁰ NOMER, Vatandaşlık, s. 40-42; DOĞAN, a.g.e., s. 174-175; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 68; BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, a.g.m., s. 129.

²⁷¹ NOMER, Devletler Hususi, s. 116.

bakımından nasıl uygulanacağı konusu tartışmaya açıktır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda²⁷², kadın eşin çifte vatandaşlığa sahip olup vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı diğerinin ise İtalyan vatandaşlığı olduğu, erkek eşin ise sadece İtalyan vatandaşı olduğu bir davada, kadının birden çok vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı olduğu için, kadın eşin Türk vatandaşlığını esas almış ve eşlerin müşterek millî hukuklarının bulunmadığı sonucuna oyçokluğuyla ulaşmıştır. Karşı oy yazısında ise, MÖHUK m. 4/1-b hükmünün, kanunda aksi öngörülmemişse geçerli olduğu; boşanma ve ayrılık sebeplerine ve hükümlerine ilişkin 14. maddenin 1. fıkrası uyarınca eşlerin müşterek millî hukukları varsa bu hukukun uygulanacağı, söz konusu uyuşmazlıkta eşlerin müşterek millî hukukunun İtalyan hukuku olduğu, bu sebeple uyuşmazlığa bu hukukun uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Eşlerden birinin birden fazla devlet vatandaşı olup, söz konusu vatandaşlıklardan hiçbirinin Türk vatandaşlığı olmadığı uyuşmazlıklarda da benzer bir sorun ortaya çıkmaktadır.

MÖHUK' da evliliğin genel hükümlerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından basamaklı olarak getirilen bağlama kurallarının ilk sırasında müşterek millî hukukun uygulanmasının öngörülmesinin gerekçesi, daha önce de ifade edildiği gibi söz konusu hukukun her iki eşin müşterek menfaatine en iyi şekilde hizmet etmesi ve milletlerarası adalete ulaşılmasını sağladığının düşünülmesidir. Kanaatimizce, müşterek millî hukukun uygulanacağının kabul edildiği uyuşmazlıklarla ilgili olarak kanunda yer alan maddelerde, her ne kadar MÖHUK' unun 4. maddesinin aksi yönünde bir düzenleme yapıldığına ilişkin bir açıklık bulunmasa da birden çok vatandaşlık durumunda MÖHUK m. 4 hükmünün uygulanması, tarafların menfaatlerinin müşterek olarak değerlendirilmemesine sebebiyet verecek olup evlilik birliği içinde eşlerden birinin menfaatine daha fazla ağırlık verildiği anlamına gelecek ve eşler arasındaki eşitlik prensibine aykırı bir uygulama yapılmış olacaktır. Dolayısıyla, birden çok vatandaşlığa sahip olan kişiler açısından müşterek millî hukuk kıstasının yer aldığı bir uyuşmazlığa ilişkin olarak MÖHUK m. 4 hükmünün katı bir şekilde uygulanması, adil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Zira, evliliğin genel hükümlerinin de dahil

²⁷² Yar. 2. HD, E. 2007/4214, K. 2008/1476, T. 13.02.2008. (www.sinerjimevzuat.com.tr)

olduğu yabancı unsurlu aile hukuku ilişkileri yönünden kabul edilen eşlerin “müşterek millî hukuku kavramının”, eşlerin birden çok ülkenin vatandaşlığını taşıdıkları hallerde “eşlerin millî hukukları müşterek ise bu hukuk” şeklinde yorumlanması gerekmektedir²⁷³.

2.4.2.2.2. Vatansızlar ve mülteciler

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu²⁷⁴ m. 3/1-ş uyarınca vatansız kişi, “hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi” olarak tanımlanmaktadır. Vatansızlar, hiçbir ülke ile vatandaşlık bağı bulunmayan veya vatandaşlığı tespit edilemeyen kişiler oldukları için milletlerarası özel hukuk bakımından bağlama noktası olarak millî hukuk yerine neyin ikame olacağı hususu, önem arz etmektedir²⁷⁵. Bu doğrultuda, en son sahip olduğu millî hukukunun uygulanması, ikametgâh hukukunun uygulanması veya hâkimin hukukunun uygulanması olmak üzere üç farklı görüş ileri sürülmüştür²⁷⁶. Günümüzde ise, milletlerarası özel hukuk alanında ulusal düzenlemelere bakıldığı zaman en çok ikametgaha veya ikametgâh bulunmadığı takdirde ise, sakin olunan yer hukukuna bağlanma yoluna gidildiği görülmektedir²⁷⁷. Ayrıca, 1954 tarihli Vatansızların Hukukî Statüleri Hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 12 uyarınca, vatansızların şahsî statüsü olarak ikametgâh hukukunun, ikametgâhının bulunmadığı durumlarda ise sakin olduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir²⁷⁸.

Mültecilerin ise çoğunlukla vatansız olmaları veya vatandaşlıklarının tespitinin güç olması nedeniyle şahsî statülerine uygulanacak olan hukukun belirlenmesinde millî hukuk prensibinin sorun yaratması söz konusu olabilir. Genel bir ifadeyle mülteciler, yerleşme niyeti olmaksızın, dini, ırkı, ekonomik, siyasi veya sosyal nedenlerden dolayı, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülkeyi terk edip,

²⁷³ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN- FİĞANMEŞE, a.g.e., s. 130 (dn. 69).

²⁷⁴ R.G. 11.04.2013-28615.

²⁷⁵ NOMER, Vatandaşlık, s. 42-45.

²⁷⁶ BERKİ, a.g.e., s. 248-250; GÖĞER, a.g.e., s. 162-163.

²⁷⁷ NOMER, Devletler Hususi, s. 117.

²⁷⁸ DOĞAN, a.g.e., s. 175.

başka bir ülkeye sığınan kişilerdir²⁷⁹. Zira, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.61 uyarınca da, vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilmesinde, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunması ve bu ülkenin korumasından yararlanamaması ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istememesi veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunması, oraya dönememesi veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istememesi gibi nedenler yer alır. Dolayısıyla, mültecilerin vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülke belli olsa bile, şahsî statüleri açısından istemedikleri bir düzenin hukukî korumasından faydalanmaları mümkün görünmemektedir²⁸⁰. Mültecilerin Hukukî Durumlarına Dair Sözleşmenin 12'nci maddesinde mültecilerin şahsî statülerinin bağlı olacağı hukuk, ikametgâh ülkesinin hukuku olarak düzenlenmiş, ikametgâh yoksa sakin olunan ülke hukuku olarak belirlenmiştir²⁸¹.

Türk hukukunda da sözleşmelere paralel bir düzenleme kabul edilmiş olup, MÖHUK m. 4/1-a uyarınca, vatansızlar ve mültecilerin yerleşim yeri hukukuna bağlı olacağı, yerleşim yeri bulunmuyorsa mutad mesken, o da yoksa dava tarihinde bulundukları ülke hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

MÖHUK m. 4/1-a hükmü ile sadece vatansızlar ile mültecilere uygulanacak hukuka ilişkin olarak bir düzenleme yapılmış olsa bile, ilgili hükmün şartlı mültecileri ve ikincil koruma statüsü sahibi kişileri kapsayıp kapsamadığının da tartışılması gerekmektedir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 62 kapsamında şartlı mülteciler, Avrupalı ülkelerinden birinin vatandaşı olmadığı için mülteci statüsü kazanamayacak ancak mülteciler ile benzer korkuları yaşamaları nedeniyle ülkesini terk eden kişiler olarak ifade edilmiştir. Ancak, şartlı mültecilik statüsünde kabul edilen kişiler, üçüncü bir ülkeye iltica edileceği sırada hukukî prosedürlerin yerine getirilip tamamlanması aşamasında Türkiye'de kalması için izin verilen kişilerden oluşmaktadır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

²⁷⁹ NOMER, Devletler Hususi, s. 117; DOĞAN, a.g.e., s. 175-176.

²⁸⁰ DOĞAN, a.g.e., s. 176.

²⁸¹ DOĞAN, a.g.e., s. 176.

m. 63 kapsamında, ikincil koruma statüsü sahibi olabilecek kişiler ise, şartlı mülteci yahut mülteci statülerinin gerektirdiği şartları taşımayan ve ülkelerine dönmeleri hâlinde zulme uğrama çekincesi duymalarından ziyade ölüm cezasına çarptırılma, işkenceye veya insanlık dışı bir muameleye maruz kalma, ülkesindeki silahlı mücadeleler sonucu kendisine zarar gelebilmesinde ciddi tehlikeyle karşılaşma gibi kişisel olarak kendisine yönelmiş olan şiddet olaylarından kaçan yabancılar ve vatansızlardır. Bu itibarla, gerek mülteci statüsü tanınmasına neden olan olayların Avrupa ülkelerinde cereyan etmesi ve şartlı mülteci statüsü tanınmasına neden olan olayların ise Avrupa ülkeleri dışında meydana gelmesi haricinde milletlerarası koruma süreci ve bu sürecin işleyişi kapsamında mülteciler ile şartlı mülteciler açısından bir ayrım bulunmaması²⁸² gerek şartlı mülteci statüsüne sahip olan kişilerin ve ikincil koruma statüsünü edinen yabancıların veya vatansızların, menşe ülkeleriyle ya da önceden devamlı ikamet ettikleri ülkeler ile arasındaki sadakat bağının YUKK'ta belirtilen sebepler dahilinde kopması²⁸³ gibi durumlar göz önüne alındığında, MÖHUK m. 4/1-a hükmünün geniş bir yorumlanmaya ihtiyaç duyduğu ve şartlı mülteciler ile ikincil koruma statüsü sahibi kişilerin de bu hükümden yararlanmaları gerektiği kanaatindeyiz.

Tüm bu açıklamalarımız doğrultusunda, evlenmenin genel hükümlerine ilişkin bir uyumsuzluk çıktığı zaman, Türk vatandaşı olmamakla beraber, Türkiye'de yerleşim yeri mevcut olan veya mutad meskene sahip olan ya da davanın açıldığı tarihte Türkiye'de bulunan vatansız ve mülteci eşler hakkındaki davalarda müşterek yerleşim yeri hukuklarının, yoksa müşterek mutad mesken hukuklarının o da yok ise Türk hukukun uygulanması gerekmektedir.

2.5.3. Bağlama noktası olarak müşterek mutad mesken

Mutad mesken, günümüzde milletlerarası özel hukuka ilişkin sözleşmelerde ve millî hukuklarda uygulanacak hukukun tespiti ile mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tayininde yaygın olarak kullanılan bir bağlama noktası olarak yer edinmiştir. Millî hukuk ve ikametgâh bağlama noktalarından ayrı bir seçenek olarak

²⁸² BARAN- ÇELİK, Neşe, "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Yükümlülükleri, İÜFHD, Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 77-78

²⁸³ NOMER, Vatandaşlık, s. 43-44.

ortaya çıkan ve ilk kez 19. yüzyılda Alman hukukunda kullanıldığı belirtilen mutad mesken kavramı, milletlerarası özel hukuka ilişkin La Haye sözleşmelerinde sık bir şekilde yer almış ve daha sonra ulusal hukuklarda da düzenleme altına alınmıştır²⁸⁴. Bununla birlikte, mutad mesken kavramı, 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi²⁸⁵ ile Türk hukuk literatüründe yer edinmiştir²⁸⁶.

Mutad meskenin şahsî statü alanında geleneksel bağlama noktaları olan ikametgâh ve millî hukukun yanında farklı bir bağlama noktası olarak ortaya çıkmasının önemli sebeplerinden biri, Kıta Avrupası hukuklarında şahsî statünün millî hukuka bağlanması, Anglo-Amerikan hukukunda ise şahsî statünün genel olarak ikametgâha bağlanmasıdır²⁸⁷. Zira, İkinci Dünya Savaşı öncesi La Haye Sözleşmelerinde bağlama noktası olarak millî hukuk prensibinin tercih edilmesi, ikametgâhı bağlama noktası olarak kullanan ülkeler tarafından sözleşmelerin benimsenmesini engellemiştir²⁸⁸. Bu doğrultuda, sözleşmelerin daha çok devlet tarafından kabul edilmesini ve uygulanmasını temin etmek maksadıyla, Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenmiş millî hukuk prensibi ile Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kullanılan ikametgâh prensibi arasında tutarlı ve uzlaştırmacı bir yol bulmak amacıyla La Haye Konferanslarında mutad mesken kavramı ortaya çıkmış ve bundan sonra pek çok ilişki mutad meskenin bulunduğu ülke hukukuna bağlı kılınmıştır²⁸⁹.

Gerek birden fazla vatandaşlık nedeniyle şahsî statünün tespit edilmesinde gerek vatansız ve mülteciler açısından şahsî statünün tespitinde millî hukuk prensibinin yetersiz kalması gerekse ikametgâh kavramının genel kabul gören bir tanımının bulunmaması, farklı hukuk sistemlerinde farklı anlamlar içermesi ve birçok zaman gerçek ve fiili durumu yansıtmaması nedeniyle mutad mesken kavramı günümüz hukuk düzenlerinde yaygın bir şekilde tercih edilmeye

²⁸⁴ ÖZKAN, Işıl, Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara, Naturel Yayınları, 2003, s. 29.

²⁸⁵ RG 24.12.1971-14052.

²⁸⁶ ARSLAN, İlyas, a.g.e., s. 5-6.

²⁸⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE a.g.e., s. 34; ARSLAN, İlyas, a.g.e., s. 8.

²⁸⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE a.g.e., s. 34; ARSLAN, İlyas, a.g.e., s. 8.

²⁸⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s.34.

başlanmış²⁹⁰. Zira, bağlama noktası olarak kabul edilen millî hukuk ve ikametgâh prensiplerinin kullanılması, gerek ilgili hukukî ilişki ile en sıkı irtibat halinde olmayan gerek o ilişkinin niteliğine aykırı düşen ve önceden tahmin edilemeyen hukukun uygulanmasına neden olabilir²⁹¹. Zaten, müşterek millî hukukun bulunmadığı hallerde gerek eşlerden birinin millî hukukunu tercih edip tatbik etmek gerek her iki hukuku bir arada uygulamak adil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet teşkil edecektir.²⁹² Dolayısıyla MÖHUK m. 13/3 ile evliliğin genel hükümleri açısından, eşlerin müşterek millî hukukları bulunmadığı takdirde, “müşterek mutad mesken” bağlama noktası basamaklı olarak getirilmiştir.

Günümüz hukuk düzenlerinde kullanımı giderek artan mutad mesken kavramının ne anlama geldiği konusunda herhangi bir görüş birliği mevcut olmadığı gibi uluslararası alanda genel kabul gören bir tanımı da bulunmamaktadır. Ancak doktrinde benimsenen görüş doğrultusunda, mutad meskenin gerçek ve fiili durumu yansıtan bir kavram olduğu, hukukî bir içeriğe sahip olmadığı ve sadece bir vakıadan ibaret olduğu söylenebilir²⁹³. Türk hukukunda ise mutad mesken ile ilgili, kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi olan yer²⁹⁴, fiilen oturulan yer²⁹⁵, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yer²⁹⁶, kişinin yaşamını ağırlıklı olarak sürdürdüğü yer²⁹⁷ gibi tanımlar yapılmıştır. Yapılan tanımlar doğrultusunda, mutad mesken kavramının, kişinin hayat ilişkilerinin merkezini oluşturan yer olarak anlaşılması mümkün olup, bir yerin mutad mesken olarak kabul edilmesi için fiili olarak oturmanın varlığı ile oturmanın devamlılık arz edecek nitelikte olması gerekmektedir²⁹⁸. Evliliğin genel hükümleri açısından bakıldığında, eşlerin, bir yerde uzun süre oturma niyetiyle hareket etmeleri ve o yerde hayat ilişkilerini ve faaliyetlerini ağırlıklı olarak sürdürecekleri seviyede belirli bir süreden beri

²⁹⁰ NOMER, Devletler Hususi, s. 120-124; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 35; ARSLAN, İlyas, a.g.e., s. 10-23.

²⁹¹ ARSLAN, İlyas, a.g.e., s. 9.

²⁹² TEKİNALP, Gülören; “Kişisel Statü- Milli Hukuk- İkametgâh Hukuku- Eğilimler- Düşünceler”, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s. 891.

²⁹³ NOMER, Devletler Hususi, s. 120-121; DOĞAN, a.g.e., s. 177-178; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 37; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 68. AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 215

²⁹⁴ ÖZKAN, a.g.e., s. 33.

²⁹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 185.

²⁹⁶ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 68.

²⁹⁷ NOMER, Devletler Hususi, s. 120; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 121.

²⁹⁸ NOMER, Devletler Hususi, s. 122; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 38.

oturmaları²⁹⁹, o yeri evlilik ilişkisinin devam ettiği “mutad mesken” haline getirmektedir.

Örneğin, bir Fransız kadınla evlenerek yaşamını Ankara’da idame ettiren Türk vatandaşı erkek eşin, ayrı yaşamak kararıyla aile konutunu terk ederek kendi ülkesine dönen eşiyle tekrar evlilik birliğinin devamını sağlamak ve Ankara’da yaşamlarını sürdürmeye devam etmek maksadıyla, Fransa’ya gittiğini ve bir buçuk yıllık süre zarfı sonunda eşini ikna edemeyip Ankara’ya döndüğünü varsayarsak, söz konusu olayda erkek eşin Fransa’da oturma ve sosyal bütünleşme iradesinin bulunmaması nedeniyle bir buçuk yıllık süre boyunca, Ankara’daki mutad meskenini koruduğu sonucuna varılır³⁰⁰.

2675 sayılı mülga MÖHUK’ta³⁰¹ evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenleme altına alınan m. 12/2, müşterek millî hukukun bulunmaması hâlinde ilk önce müşterek ikametgâh hukukuna gidileceğini, onun da bulunmaması durumunda eşlerin müşterek mutad mesken hukukunun uyuşmazlık konusu hukukî ilişkiye uygulanacağını içermekteydi. 5718 sayılı MÖHUK’ta ise müşterek ikametgâh hukuku bağlama noktası olarak kaldırılmış ve müşterek mutad mesken hukuku bir basamak yukarı alınarak ikinci basamakta yerini almıştır. Zira, MÖHUK m. 13’ün gerekçesinde, “kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan ve gerçek ve fiili duruma uygun bulunan ve fiili ikametgâh” olarak da isimlendirilen mutad mesken kavramının, gerçek ve fiili durumu yansıtmayan ve hukukî bir kavram olarak nitelendirilen ikametgâh kavramına oranla milletlerarası özel hukuk sisteminde daha fonksiyonel olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, müşterek ikametgâh hukukunun evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk sıralamasından çıkarılmasının bir başka nedeni ise, “evli kadının ikametgâhı kocasının ikametgâhıdır” şeklinde eski Medeni Kanun’da yer alan düzenlemenin, yürürlükteki Medeni Kanun’dan çıkarılmasıdır. Nitekim, gerek hukuktan hukuka gösterdiği anlam farklılığı nedeniyle milletlerarası özel hukuk açısından vasıflandırma sorunlarının doğumuna yol açması³⁰² gerek ikametgâhın tespitinin

²⁹⁹ NOMER, Devletler Hususî, s. 122; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 38.

³⁰⁰ NOMER, Devletler Hususî, s. 122-123.

³⁰¹ R.G. 22.05.1982-17701

³⁰² NOMER, Devletler Hususî, s. 120; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 35; ARSLAN, İlyas, a.g.e., s. 20.

vatandaşlığa nazaran daha zor olması, eşlerin birden fazla ikametgâhının varlığının fiilen mümkün olması veya eşlerin müşterek ikametgâhlarının bulunduğu ülkede belli süredir oturmuyor olmaları³⁰³ gibi durumların ortaya çıkması gerekse ikametgâhın kolayca değiştirilebilmesi³⁰⁴ nedeniyle, ikametgâh kavramına göre belirlenecek yetkili hukukun gerçek durumu yansıtmayacağı ve bağlama kuralının kötüye kullanılmasına sebep olacağı sonucuna varılabilir.

Taraf menfaatlerinin esas alındığı evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk sıralamasında müşterek bağlama noktalarını azaltan bu düzenlemenin ne gibi bir faydası olduğu hususunun eleştiriye açık olduğu öne sürülmüş³⁰⁵ olsa da, kanaatimizce evliliğin genel hükümlerine ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda müşterek ikametgâh kavramının uygulama alanı dışına çıkarılması isabetlidir. Zira, gerçek ve fiili unsurlara dayanan ve bir yerde oturmanın sürekliliğine bağlı olarak tespit edilen mutad mesken, ancak tek bir yerde gerçekleşmiş olabilir³⁰⁶. Bu doğrultuda, ikametgâh kavramının tercih edilmesinin yaratacağı problemler bertaraf edilecek ve evlilik birliği içerisindeki dengenin gözetilmesi açısından eşlerin ortak menfaatlerinin ağırlıklı olarak öne çıktığı bir uyuşmazlıkta, kendilerine çok uzak olan bir yabancı hukuk sisteminin tatbik edilmesinin önüne geçilecektir.

2.5.4. Bağlama noktası olarak Türk hukuku

Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde hâkimin, evliliğin genel hükümlerinden kaynaklı bir uyuşmazlıkta, diğer bağlama noktalarının bulunmaması hâlinde son basamakta yer alan Türk hukukunu uygulayacağına ilişkin düzenleme, MÖHUK m. 13/3'ün son cümlesinde yer almıştır.

Evliliğin genel hükümlerine ilişkin yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığa, sırayla ilk iki basamakta yer alan eşlerin müşterek millî hukuku ve

³⁰³ NOMER, Devletler Hususi, s. 123; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 185; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 67; ARSLAN, İlyas, a.g.e., s. 21.

³⁰⁴ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 185; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 67; TEKİNALP, a.g.e., s. 894; ARSLAN, İlyas, a.g.e., s. 21.

³⁰⁵ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 240.

³⁰⁶ NOMER, Devletler Hususi, s. 123.

eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunmaması hâlinde son basamakta tek yanlı olarak kabul edilen Türk hukukunun uygulanacak olmasının nedeni, her ne kadar hâkimin en iyi bildiği hukuk kendi maddî hukuku olsa da, sadece bu gerekçeye dayanarak ağırlıklı şekilde hâkimin hukukuna bağlanmanın, ilişkinin mahiyetine ve tarafların menfaatine en uygun hukukun tatbik edilmesini engelleyecek olmasıdır³⁰⁷. Zira, son aşamada Türk hukukunun kabul edilmesi, önceki basamaklarda yer alan müşterek noktalardan hareketle yetkili hukukunun tespit edilememesi durumunda, bu müşterek bağlama noktalarından ayrılmanın bir gereklilik arz etmesinden kaynaklanmaktadır³⁰⁸.

2.5.5. Kuralın uygulama alanı

Tarafların birbirine uygun irade beyanında bulunmalarıyla kurulan evlilik birliği içerisinde, eşlerin birbirleriyle ve anne ile babanın çocuklarıyla olan şahsî ve malî ilişkilerine dair sonuçları bulunmaktadır³⁰⁹. Evlenmenin eşlerin malları üzerindeki sonuçlarını ve eşlerin sahip olduğu malların yönetim usullerini düzenleyen “eşler arasındaki mal rejimi” hususu ise, ehemmiyet taşıyan bir konu olduğu için MÖHUK m. 15’ te ayrı ve özel bir kural ile hüküm altına alınmıştır³¹⁰. Zira, gerek eşlerin kendi aralarında gerek eşlerin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde olsun malvarlığına ait hukukî ilişkileri ayrı bir düzenlemeye tâbi tutulma hedefi doğrultusunda TMK’da “eşler arasındaki mal rejimi” başlığı altında evliliğin genel hükümlerinden bağımsız olarak hüküm altına alınmıştır. Zaten, evliliğin genel hükümleri kapsamında ele alınan ilişkiler, direkt olarak evlilik birliğine ve evlilik birliğinin korunmasına hizmet etmek amacını içerdiğinden, evliliğin genel hükümlerine tâbi hususların mal rejimine tâbi konulardan ayrı tutulması bir vasıflandırma meselesidir³¹¹. Dolayısıyla, evlenmenin genel hükümleri denilince, evlilik birliğinde eşlerin karşılıklı şahsî ilişkilerini düzenleyen hükümler ile evlilik

³⁰⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 42.

³⁰⁸ DOĞAN, a.g.e., s. 298.

³⁰⁹ DOĞAN, a.g.e., s. 296-297; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 239.

³¹⁰ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 239.

³¹¹ NOMER, Devletler Hususî, s. 264.

birliğin doğurduğu ekonomik ve malî ilişkileri asgari seviyede düzenleme altına alan ve mal rejimlerini doğrudan alâkadar etmeyen hükümler anlaşılmalıdır³¹².

Eşler arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülüklerle ilgili olan evlenmenin genel hükümlerine dair hüküm altına alınan bağlama kuralı, evlilik birliğinde eşlerin karşılıklı sadakat yükümlülüğü, evlilik birliğinin yönetimi, ortak konutun seçimi, çocuklar varsa onların bakımı ve gözetimi, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü, evlilik birliğinin temsili, eşlerin meslek veya sanat sahibi olması ve bunları icra etmesi, evli kadının soyadı, ortak yaşama ara verilmesi, eşlerin hukukî işlemleri ve aile konutu üzerindeki tasarruflar, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde evlilik birliğinin korunması, eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan görevlerini ihmal etmeleri halinde hâkimin borçlulara göndereceği emir, ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanması talebi gibi hususları kapsamına alır³¹³.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda³¹⁴, yabancılık unsuru içeren bir evlilik sebebiyle kadın eşin taşımakta olduğu erkek eşe ait soyadının değiştirilmesine istemiyle görülen davada, ilk olarak evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve daha sonra bu hukuka göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte eşlerin işlem ehliyetinin kısıtlanıp kısıtlanmadığı hususu, evliliğin genel hükümleri ve işlem güvenliği açısından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, yabancı bir kimsenin Türkiye'de işlem yapma girişiminde bulunması hâlinde ve evlilik birliğini temsil yetkisinin bulunmadığı veya var olan yetkinin aşıldığı durumlarda, işlem güvenliği sorunları gündeme gelebilir³¹⁵. Böyle bir durumda, “*Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi,*

³¹² DOĞAN, s. 297; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 207.

³¹³ BERKİ, a.g.e., s. 385-386; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 127; ÇELİKEL/ERDEM, s. 240; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 194; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 208; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 25.

³¹⁴ Yar. 2. HD, E. 2008/3618, K. 2009/9413, T. 12.05.2009, EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı Kanunlar İhtilâfı Kurallarına ve Milletlerarası Usul Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, İstanbul, Beta, 2018, s. 26-27; ÇİÇEKLİ, a.g.e., s. 49.

³¹⁵ NOMER, Devletler Hususî, s. 265; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 26.

işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.” hükmünü içeren MÖHUK m. 9/2 ile “Eşlerden her biri, birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumludur. Ancak, temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması hâlinde eşler müteselsilen sorumludurlar.” hükmünü içeren TMK m. 189/2 birlikte uygulanarak, yetkili yabancı hukuka göre işlem ehliyeti kısıtlanmış olan yabancı bir kişinin Türkiye’de yapmış olduğu işlemlerden şahsî olarak sorumlu tutulması ya da eşlerin müteselsilen sorumlu tutulması yoluna gidilerek Türkiye’deki işlem güvenliği korunabilir³¹⁶. Ancak, işlem güvenliğinin bu şekilde teminat altına alınabilmesi için, MÖHUK m. 9/2 hükmünün emredici niteliği karşısında, hukukî ilişkiden kaynaklı uyuşmazlığa uygulanacak yetkili hukukun Türk maddî hukuku olması gerekir³¹⁷.

Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk, evlilik birliği içerisinde eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülüklerine ve evlilik birliğinin mahiyetine aykırılık arz etmemelidir³¹⁸. Bu doğrultuda, MÖHUK m. 13/3, evlilik birliğinin bütünlüğüne zarar gelmemesini ve evlilik birliğinin eşler arasında doğurduğu karşılıklı hak ve yükümlülüklerin adaletli bir biçimde dengelenmesini sağlayacak hukukun, yabancılık unsuru içeren ve evliliğin genel hükümlerine ilişkin uyuşmazlığa uygulanması gerekliliğinden kaynaklı olarak öngörülmüş ve hüküm altına alınmıştır³¹⁹.

2.5.6. Kural ve statü değişikliği

2.5.6.1. Genel olarak

Evliliğin genel hükümlerinden kaynaklanan ve yabancılık unsuru içeren davalarda uygulanacak hukukun belirlenmesi amacıyla öngörülen bağlama

³¹⁶ NOMER, Devletler Hususî, s. 265; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 242; AKINCI-DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 26.

³¹⁷ NOMER, Devletler Hususî, s. 265.

³¹⁸ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 191.

³¹⁹ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 191.

kuralının sonradan değişmesi hâlinde, hangi hukuk düzeninin ilgili olaya ne ölçüde hâkim olacağı sorunu doğmaktadır³²⁰.

Maddî ilişkiye uygulanacak hukuk düzeninin değişimine neden olan statü değişiklikleri, değişik biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Uyuşmazlığın farklı bağlama kurallarını barındıran bir devletin yargı mercileri önüne gelmesi hâlinde, kanunlar ihtilâfı kurallarında meydana gelen değişiklikler; uyuşmazlığın çözümünde yetkili mahkemenin kanunlar ihtilâfı kurallarında yapılan değişiklikler; uyuşmazlığa uygulanacak hukukun maddî içeriğinde gerçekleştirilen değişiklikler; bağlama noktalarında yapılan değişiklikler; egemenlik değişimi sonucu hukuk sistemlerinde gerçekleşen köklü değişiklikler, statü değişikliğinin ortaya çıkmasına esas teşkil eder³²¹.

Ancak, uygulanacak hukukun değişimi, bağlama kurallarının değişken mahiyet taşımasından kaynaklandığından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun değişimine sebebiyet veren son iki durum gerçek ve teknik anlamda statü değişikliği olarak kabul edilmektedir³²².

2.5.6.2. Bağlama kuralının değişmesi

Kanunlar ihtilâfı alanında gerçekleştirilen pozitif düzenlemeler uyarınca, bir yandan sabit nitelikli bağlama kuralları bir yandan değişken nitelikli bağlama kurallarının kabul edildiği gözlemlenmektedir. Statü değişikliğinden kaynaklanan sorunlar, değişken nitelikli bağlama kurallarının düzenleme altına alındığı alanlarda ortaya çıkmakta ve ilişkinin bağlı olduğu objektif bağlama noktasının zaman içinde değiştirilmesi sonucu var olmaktadır³²³. Zira, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukukun tespiti için öngörülen ve ilk basamakta yer alan vatandaşlık esasına bağlı millî hukuk kriteri ile ikinci basamakta yer alan mutad mesken kriterinin, eşler tarafından değiştirilmesi de mümkündür³²⁴. Mesela, ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla açılan eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanması davasında, dava açıldığı anda tarafların müşterek millî hukuku

³²⁰ NOMER, Devletler Hususî, s. 31.

³²¹ DOĞAN, a.g.e., s. 234.

³²² DOĞAN, a.g.e., s. 235.

³²³ DOĞAN, a.g.e., s. 235; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 165.

³²⁴ NOMER, Devletler Hususî, s. 31; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 44.

bulunmasına rağmen, davanın devamı sırasında eşlerden birinin vatandaşlığını değiştirmesi hâlinde veya eşlerden her ikisinin vatandaşlıklarını değiştirmesi nedeniyle müşterek millî hukukun bulunmaması hâlinde, statü değişikliğinden kaynaklanan sorunun çözümü hususunda nasıl hareket edilmesi gerektiği önem arz eder.

Bu doğrultuda, evliliğin genel hükümlerine ilişkin hüküm altına alınan kanunlar ihtilâfı kuralında hangi andaki müşterek bağlama noktasının olaya uygulanacağına dair bir açıklık bulunmasa bile, “değişken ihtilaflar” başlığı altında düzenlenen ve MÖHUK m. 3’te yer alan “*Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.*” hükmüne gidilmesi gerekmektedir. Örneğin, Türkiye’de evlenen ve Türkiye’de oturan Türk vatandaşı olan eşlerin aile içindeki konumları, evlilik birliğinin yönetim yükümlülüğü TMK kapsamında değerlendirilirken, eşlerin daha sonra İsviçre vatandaşlığına geçmeleri hâlinde evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri, yeni vatandaşlıklarını kazandıkları İsviçre’nin Medeni Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecektir³²⁵. Bu aşamada açılan davada, dava anındaki müşterek millî hukuk olan İsviçre hukuku uygulanacaktır.

Başka bir örnekten daha yola çıkacak olursak, bilindiği üzere TMK m. 188/1 uyarınca, eşlerden her birinin ortak yaşamlarını sürdürdükleri sırada ailenin devamlı ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil yetkisi bulunmakta ve TMK m. 194 uyarınca da aile konutu üzerindeki tasarruf işlemlerinde diğer eşin rızası aranmaktadır. Ancak eşlerden biri, evlilik birliğini birlikte temsil yetkisi tanımayan veya aile konutu üzerinde yapılan işlemin diğer eşin iznine tâbi tutulmadığı bir ülke vatandaşlığına geçerse, artık eşler arasında müşterek bir millî hukuk bulunmayacak, birlikte temsil yetkisine ve aile konutu üzerindeki tasarrufa müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukukunun hükümlerinin uygulanması yoluna gidilecek, müşterek mutad meskenin yokluğu hâlinde ise Türk hukuku uygulanacaktır³²⁶. Ancak, eşlerden her ikisi de yeni bir müşterek vatandaşlığı haiz

³²⁵ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 239.

³²⁶ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 195.

olurlarsa, vatandaşlığını edindikleri ülkenin hukuku, bahsedilen hukukî ilişkilerde yetkili hukuk kabul edilecektir.

Türk hukukunda kanun koyucu, statü değişikliğinden kaynaklanan sorunların çözümünde “dava tarihi” kıstasını esas alarak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin genel bir kural getirmiş olsa da, uyuşmazlığın doğumuna yol açan hukukî işlemin yapılmasından veya hukukî ilişkinin kurulmasından sonra ve dava açılmasından önce kişinin vatandaşlığını veya mutad meskenini değiştirmesinden kaynaklı olarak yetkili hukukun da değişebileceği göz önüne alınarak, ortaya çıkabilecek haksızların önüne geçilebilmesi için “dava tarihi” yerine “işlem tarihi”nin esas alınmasının daha uygun olacağı da savunulmaktadır³²⁷.

2.5.6.3. Eski bağlama kuralı zamanındaki olayların etkisi

Eski müşterek hukuk döneminde evlenmenin genel hükümleri kapsamında yer alan bir hukukî ilişkiden kaynaklı uyuşmazlık, yeni müşterek hukuk döneminde evlenmenin genel hükümleri kapsamında değerlendirilmiyorsa ya da eski müşterek hukuk döneminde evlenmenin genel hükümlerine ilişkin olmayan bir olay, yeni müşterek hukuk döneminde evlenmenin genel hükümleriyle bağlantılıysa, bu durumun nasıl çözüm getirilmesi gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira, birden fazla ülke ile bağı bulunan hukukî olay ve ilişkilerin gündeme geldiği durumlarda, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin sorunlar doğabileceği gibi, önceki hukukun uygulanması neticesinde kazanılmış olan hakların yeni hukukta kabul edilmemesi veya eski hukuk döneminde var olmayan hakların yeni hukukta vücut bulmuş olması gibi sorunlar da ortaya çıkabilir³²⁸.

Eşlerin müşterek millî hukuku veya bulunmaması hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, sonra yine müşterek olarak değişmişse, uyuşmazlık konusu ilişkinin evliliğin genel hükümleri çerçevesinde nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, yeni müşterek hukuka bağlı tutulacaktır³²⁹. Bununla birlikte, eski müşterek hukuka tâbi olunan dönemde gerçekleşmiş ve fakat evliliğin genel hükümleri kapsamında

³²⁷ DOĞAN, a.g.e., s. 238.

³²⁸ DOĞAN, a.g.e., s. 232-233.

³²⁹ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 195.

kabul edilmeyen bir hukukî ilişkiden kaynaklı uyuşmazlık, yeni müşterek hukukta evliliğin genel hükümleri içerisinde yer alsa bile, evliliğin genel hükümleri kapsamında değerlendirme yapılarak karar verilemez. Zira, herhangi bir hukukî olay veya ilişki önceki kanun döneminde meydana gelmişse, vukuu bulunduğu anda yürürlükte olan kanun hükümleri uyarınca çözümlenmelidir³³⁰. Ayrıca, önceki müşterek hukuk döneminde varlık doğuran ve yeni müşterek hukuk döneminde de varlığını devam ettiren, örneğin eşlerden birinin sadakat yükümlüğünü ihlâl eden davranışlarının devam ediyor olması, çocukların bakımına ve gözetimine özen göstermeme hâlinin sürüyor olması veya evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü uzun süreden beri yerine getirmiyor olması gibi hukukî durumların varlığı hâlinde, evliliğin genel hükümlerine uyulmamasından kaynaklı olarak hâkim müdahalesinin istenip istenemeyeceği yeni hukuka göre tatbik edilecektir³³¹.

Somutlaştırmak gerekirse, evliliğin genel hükümleri kapsamında yer alan bir hukukî ilişkiden kaynaklı olarak statü değişikliğinden önce bazı hukukî sonuçlar meydana gelmiş ve fakat statü değişikliğinden sonra başka hukukî sonuçlar varlık kazanmışsa, kural olarak eski sonuçlar önceki hukuka, yeni sonuçlarda sonraki hukuka göre çözüme kavuşturulmalıdır³³².

2.6. Kuralın uygulama alanı dışında kalan durumlar

2.6.1. Evlilik birliği içindeki nafaka ve geçici tedbirler

Nafaka, aile bütünlüğü içerisinde yer alan bireylerin birbirlerine bakım ve yardım mahiyetinde davranışta bulunmaları için öngörülmüş kuralları belirten ve aile hukuku kapsamında düzenlenmiş bir kurumdur³³³. TMK' da düzenlenmiş olan çeşitli nafaka türleri bulunmakla birlikte nafakanın konusu, bakım ve yardım nafakası olmak üzere iki grupta incelenebilir³³⁴. Zira, Medeni hukuk alanında benimsenen bakım ve yardım nafakası ayırımından yararlanmak, hem milletlerarası özel hukuk alanında nafaka statüsünün tespitine kolaylık oluşturur hem MÖHUK

³³⁰ NOMER, Devletler Hususî, s. 31; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 54.

³³¹ NOMER, Devletler Hususî, s. 32.

³³² NOMER, Devletler Hususî, s. 32; DOĞAN, a.g.e., s. 299.

³³³ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 314; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 263.

³³⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 444.

sisteminin daha elverişli işlemesine yardımcı olur³³⁵. “Eşlerin birbirlerine ve çocuklara bakma ve geçindirme yükümlülüğüne bağlı olan nafaka ile ana babanın çocuklarına karşı yüklendikleri bakım ödevine dayanmakta olan nafaka türleri bakım nafakası olarak nitelendirilir”³³⁶ ve evlilik birliği içindeki nafaka da bu kapsamda değerlendirilir. Bakım nafakası denilince, TMK m.169’da hüküm altına alınan tedbir nafakası, TMK m. 182/2’ de hüküm altına alınan iştirak nafakası ve TMK m. 175’de hüküm altına alınan yoksulluk nafakası anlaşılmaktadır³³⁷.

2675 sayılı mülga Kanun zamanında, bakım nafakası yükümlülüğü, ilgili kanunda sadece yardım nafakası ve boşanma ve ayrılık davasının hükmü olan nafaka kurallarıyla ifade edildiğinden, hangi aile hukuku ilişkisinden doğmuşsa, kural olarak o statüye bağlı kılınmıştı³³⁸. Dolayısıyla, evlilik birliği içinde ortaya çıkan bakım nafakası yükümlülüğü, evliliğin genel hükümleri içerisinde değerlendirilmekte ve nafaka statüsüne müşterek millî hukuk, müşterek ikâmetgah hukuku, müşterek mutad mesken hukuku ve son olarak Türk hukukunun basamaklı bir şekilde uygulanacağı kabul edilmekteydi³³⁹.

Yürürlükten kalkan 2675 sayılı kanunun yerini alan 5718 sayılı MÖHUK sisteminde ise, ayrılık, evlenmenin butlanı ve boşanma durumları hariç olmak üzere eşler arasındaki nafaka talepleri, 19. madde kapsamında düzenlenmiş ve nafakaya, nafaka alacaklısının mutad mesken hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, bakım nafakasına uygulanacak hukuk, bakım nafakası talep eden tarafın mutad mesken hukukuna bağlı tutulacaktır. Nafaka statüsüne uygulanacak hukukun bu şekilde düzenlenmesinin sebebi, 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi’nin Türkiye’de 1983 yılında yürürlüğe konulmasıyla birlikte sözleşme hükümleri ile uyum sağlamak üzere bütün nafaka taleplerine uygulanacak hukuku gösteren genel bir kanunlar ihtilâfi kuralının gerekliliğine ihtiyaç duyulmasıdır³⁴⁰. Zira, sözleşmenin ilk maddesinde

³³⁵ TEKİNALP, Gülören, “Nafakanın ihtiyati tedbir olarak talebi halinde uygulanacak hukuk”, MHB, C. 3, S. 2, 1983, s. 42.

³³⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 444.

³³⁷ AKINTÜRK/ATEŞ, a.g.e., s. 444; DOĞAN, a.g.e., s. 329.

³³⁸ DOĞAN, a.g.e., s. 329; TEKİNALP, Nafaka, s. 42-43.

³³⁹ DOĞAN, a.g.e., s. 329; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 236; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 195.

³⁴⁰ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 315; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 195-196.

uygulama alanı hüküm altına alınmış ve sözleşmenin hem çocukları hem büyükleri kapsayan, aile, evlilik, hısımlık, sıhriyet ilişkilerinden doğan ve evlilik dışı soy bağına da içeren tüm nafaka ilişkilerine uygulanacağı hüküm altına alınmış; üçüncü maddesinde ise, sözleşmenin hükümleri uyarınca uygulanacak hukuk, âkit olmayan bir devletin hukuku dahi olsa, karşılıklılık şartı bulunmaksızın uygulama alanı bulacağı belirtilmiş; dördüncü maddesinde ise, nafaka yükümlülüğünü, nafaka alacaklısının mutad meskeni olarak oturduğu yer kanununun düzenleyeceği ifade edilmiştir.

Evlilik birliğinin devamı sırasında cereyan eden nafaka taleplerine, tedbir biçiminde olanları da kapsayacak biçimde, kanunlar ihtilâfı sisteminde gösterilen hukukun uygulanması gereklidir. Her ne kadar nafakaya ilişkin La Haye Sözleşmesi geçici tedbirleri de kapsıyor olsa bile, hâkim hızlı hareket edilmesi gereken durumlarda, uygulayacağı hukuk hakkında bilgisinin var olmadığı durumlarda, tedbir şeklindeki nafakaya kendi hukuku uyarınca karar vermelidir³⁴¹. Zira, TMK m. 195 vd. hükümlerinde açıklanan evlilik birliğinin korunması amacıyla, aile ilişkilerinin düzenlenmesi, çocukların bakımı, ortak yaşama ara verilmesi, iâşe ve ibate, borçlulara emir gönderilmesi gibi hususlarda hâkim tarafından alınması gereken önlemler, HMK. m. 389’da belirtildiği gibi, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşmasına ya da tamamen imkânsız hâle gelmesine veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğmasına ve böylece evlilik birliğinin bütünlüğünü tehlikeye girmesine neden olabileceğinden, geçici ihtiyati tedbir mahiyetinde kabul edilmektedirler³⁴². Bu itibarla, bu tür tedbirlerin yargılamada ciddi bir zaman kaybı yaşanmadan en kısa sürede alınması gerektiğinden ve yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünün tespiti ve ispatlanması yoluna gidildiği takdirde

³⁴¹ DOĞAN, a.g.e., s. 300; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 197; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 248; 5718 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, Yargıtay’ın 1952 tarihli bir kararında, geçici tedbir niteliğinde bulunan nafaka davalarının istisnaen mahalli hukuk uygulanarak görülmesinin ve nafakaya karar verilmesinin teamülen kabul edilmesinin bir milletlerarası özel hukuk kuralı olduğunu ifade etmiş olduğuna ilişkin bkz. Yar. 2. HD, E. 1952/7557, K. 1952/6366, T. 25.12.1952, TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 196-197; 5718 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, Yargıtay’ın, tedbir nafakalarına ilişkin olarak eski Medeni Kanun m. 137’nin kamu düzenini ilgilendirdiğinden bahisle Türk Hukukunun uygulanacağını kabul etmiş olduğuna ilişkin bkz. Yar. 2. HD, E. 1993/11964, K. 1994/1059, T. 02.02.1994. (www.kazanci.com.tr)

³⁴² NOMER, Devletler Hususi, s. 265.

ivedilikle karar verilmesi açısından sakıncalar ortaya çıkacağından, bu tedbirlerin evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuka tâbi kılınması maksada aykırı düşecektir³⁴³. Dolayısıyla, alınması gerekli önlemlerin hâkimin hukukuna tâbi tutulması bir mecburiyetten kaynaklanmakta olup, işin niteliğine daha uygun düşer³⁴⁴. Zaten MÖHUK m. 14/4 uyarınca, Türk hukukunda geçici tedbir taleplerine doğrudan Türk hukukunun uygulanacağı da hüküm altına alınmıştır³⁴⁵.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin TMK kapsamında düzenlenen konular dışında evlilik birliğinin aile içi şiddete karşı korunmasını düzenleme altına alan 4230 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a da değinmekte fayda vardır. Zira, milletlerarası aile hukuku alanında açığa kavuşturulması gereken sorunlardan bir diğeri, evliliğin genel hükümlerine yabancı bir hukukun uygulanmasına rağmen, yabancı eşler arasında aile içi şiddete başvurulması hâlinde 4230 sayılı Kanun'dan faydalanma şanslarının bulunup bulunmadığıdır³⁴⁶. Evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk her ne kadar yabancı bir hukuk olsa bile, 4230 sayılı Kanun kapsamında alınan kararlar, geçici tedbir niteliğini haiz olup nihai olmadıklarından, Ailenin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması yoluna gidilmelidir³⁴⁷.

2.6.2. Kamu düzeni

Gelişmişlik düzeylerine bakılmaksızın her devletin hukuk sisteminde mevcut olan, kapsamı ve tatbik edilmesi devletten devlete farklılık gösteren, hatta aynı devlet içerisinde zamana bağlı olarak değişime uğrayabilen kamu düzeni kuralları, toplumsal barışın sağlanmasını ve insanların huzur içinde tertipli bir şekilde hayatlarını sürdürebilmesini hedefleyen normlardan oluşmaktadır³⁴⁸. Bu doğrultuda, kamu düzeninin ne anlama geldiği hususunda tek bir tanım üzerinde mutabık kalınmamış olsa dahi Türk Hukuk Lûgatı'nda kamu düzeni kuralları, "bir

³⁴³ DOĞAN, a.g.e., s. 329-330; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 27.

³⁴⁴ NÖMER, Devletler Hususi, s. 265; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 197; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 27.

³⁴⁵ 1973 tarihli Lahey Sözleşmesinin geçici tedbirleri kapsamına aldığından, geçici tedbirler hakkında Türk hukukunu yetkili belirten MÖHUK m. 14/4'ün uygulanamayacağına ilişkin bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 189.

³⁴⁶ AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 28

³⁴⁷ AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, a.g.e., s. 28.

³⁴⁸ DAYINLARLI, Kemal, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, ANKARA, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2011, s. 1.

memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzuru ve ahlâk kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin bütünü” olarak açıklanmıştır³⁴⁹.

Türk milletlerarası özel hukukunda ise kamu düzeni, uygulanması gerekli olan yabancı hukukun belirli bir hukukî ilişki veya olaya tatbik edilmesini engelleyen istisnai bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵⁰. Zira, MÖHUK m. 5 kapsamında, “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.*” denilmek suretiyle yabancı hukukun uygulanması hâlinde Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir hususun meydana gelmesi durumunda, yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçileceği kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, hâkim kamu düzeni müdahalesini öne sürerek, kendi hukukunun uygulanmasındaki rahatlıktan faydalanmak amacıyla, yetkili yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf etmemelidir³⁵¹.

Kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir durumda gerekli müdahalenin yapılması açısından açıklığa kavuşturulması gereken sorunlardan biri, yabancı hukukun hangi zamanlarda millî kamu düzenine aykırı bulunacağını tespiti hususudur. Yabancı hukukun somut uyuşmazlığa uygulanması sonucu meydana gelecek sonuç veya sonuçlar, kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel ilkelerle, anayasanın temel prensipleriyle ve toplumsal bağlamda kabul edilen örf-adet ve genel ahlak kurallarıyla bağdaşmıyor ve kamu vicdanını rahatsız edip, hukuk düzeninin dokunulmaz bölümünü bozuyorsa kamu düzeninin menfî etkisi söz konusu olur³⁵². Böyle bir durumda, yabancı hukukun kamu düzenine açıkça aykırılığı öngörülerek, yabancı hukukun uygulanması yoluna gidilmez³⁵³.

Mesela, evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir uyuşmazlıkta ön sorun teşkil eden geçerli bir evliliğin mevcut olup olmadığına dair bir örnek verecek olursak, millî hukuklarında ırk ayrımını veya din farklılığını evlenme engeli sayan kural

³⁴⁹ GÖĞER, a.g.e., s. 94-95; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 140.

³⁵⁰ NOMER, Devletler Hususi, s. 161; DOĞAN, a.g.e., s. 222; AYBAY/DARDAĞAN, a.g.e., s. 124.

³⁵¹ NOMER, Devletler Hususi, s. 162.

³⁵² ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, a.g.e., s. 72-73; DOĞAN, a.g.e., s. 223-226.

³⁵³ DAYINLARLI, a.g.e., s. 69-70.

nedeniyle evlenemeyen kişiler, Türkiye’de Türk hukukuna göre evlenebilirler³⁵⁴. Bu doğrultuda, özellikle kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesi nedeniyle yabancı hukukun bertaraf edildiği durumlarda, total hukukî işlemlere hâkimin hukukunun uygulanması sonucu elde edilen hukukî neticelere, yine hâkimin ülkesinde etki tanınması gerekmektedir³⁵⁵. Benzer bir örnek daha verirse, Türk hukukunda tek eşlilik esas olduğundan, Türkiye’de yaşayan ve evli olan İranlı bir kimsenin ikinci bir evliliği yapmak istemesi, her ne kadar kendi millî hukukları imkân tanıyor olsa bile, Türk toplumunun ahlak kuralları ile de açık bir şekilde çelişmektedir. Dolayısıyla, İran hukukunun tatbiki ile meydana gelen sonuç, ikinci bir evliliğe izin vermeyen Türk hukukunun ilgili hükümleri tatbik edilerek reddedilecektir³⁵⁶. Bununla birlikte, kendi millî hukukları uyarınca amca ile yeğeni gibi yakın hısımların birbirleriyle evlenmelerine engel bulunmayan kişilerin Türkiye’de evlenme yönünde iradelerinin bulunması hâlinde, yine kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşılır³⁵⁷.

Milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzenini hüküm altına alan bağlama kuralının varlığı, kamu hukukunun özel hukuk alanındaki düzenleyici mahiyetinden kaynaklanmaktadır³⁵⁸. Bu itibarla, evliliğin genel hükümlerine ilişkin bağlama kuralı ile yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanması, hâkimin hukukunun kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Örneğin, evlilik birliği içinde eşlerin karşılıklı sadakat ve yardım yükümünü öngörmeyen bir hukuk düzeninin evlenmenin genel hükümleri bakımından yetkili hukuk düzeni olarak uygulanacak olması, Türk kamu düzeninin müdahalesini zorunlu hâle getirecektir³⁵⁹. Böyle bir durumda, sadakat ve yardım yükümlülüğünü kabul etmeyen hukuk düzeninin uygulanmasından vazgeçilecek ve oluşacak boşluklar kamu düzeni müdahalesi gereği Türk hukuku uyarınca doldurulacaktır. Bu durum, kamu düzeninin önce menfî etkisi sonra ise müspet etkisi olarak nitelendirilmektedir³⁶⁰.

³⁵⁴ DOĞAN, a.g.e., s. 231; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 53.

³⁵⁵ DOĞAN, a.g.e., s. 232.

³⁵⁶ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 53.

³⁵⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, a.g.e., s. 73-74; DAYINLARLI, a.g.e., s.32-33.

³⁵⁸ GÖĞER, a.g.e., s. 95.

³⁵⁹ GÖĞER, a.g.e., s. 200; DOĞAN, a.g.e., s. 300; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, a.g.e., s. 196.

³⁶⁰ DOĞAN, a.g.e., s. 222; DAYINLARLI, a.g.e., s. 70.

Yargıtay uygulamasında konuya ilişkin verilmiş olan kararlara bakıldığında, yabancı ülkede evlenirken o ülke hukukuna göre kendi kızlık soyadını taşıma hakkını haiz olan Türk kadını veya karısının soyadını taşıma hakkını kazanan ve Türk vatandaşlığına sahip olan erkek eş, bu evliliği Türkiye’de nüfus siciline tescil ettirmeyi veya soyadının düzeltilmesini istediğinde, söz konusu talepler hukuka aykırı olarak kabul edilmekte, kadın eşin erkek eşin soyadını taşıması gerektiği belirtilmekte, erkek eşin ise kadın eşin soyadını kullanmasının mümkün olmadığı açıklanmakta ve bu hususlar kamu düzeninden kabul edilerek doğrudan Türk hukuku uygulanmaktadır³⁶¹.

Yargıtay’ın soyadı hususunda vermiş olduğu bu kararlar eleştirilere maruz kalmış, sadece TMK m. 187 lafzından hareket edilerek kadın eşin kocasının soyadını taşımak zorunda olduğu için kızlık soyadını tek başına kullanamayacağı veya erkek eşin de yine ilgili maddeden yola çıkarak evlendiği yabancı karısının soyadını alamayacağı hususunda öne sürülen gerekçeler yerinde bulunmamış ve yabancılık unsuru içeren özel hukuka ait bir meselede Türk kanunlar ihtilâfi kuralları ile bu kuralların yetkili kıldığı hukuk uygulanmaksızın, kamu düzeni müdahalesinin gerektiği belirtilerek doğrudan Türk hukukunun uygulanması milletlerarası özel hukukun amacına aykırı nitelendirilmiştir³⁶². Zira, yetkili kılınan yabancı hukukun ve bu hukukun tatbik edilmesiyle ortaya çıkan somut neticelerin Türk hukukunda yer alan hükümlerden farklı olması, Türk kamu düzenine uygun davranılmadığına kanaat oluşturmamaktadır³⁶³. Dolayısıyla, TMK m. 187 hükmünün tek başına kamu düzeni müdahalesini gerektirmemekte, ilgili madde hükmünün koruduğu değerın kamu düzeninden kabul edilebilmesi için aynı zamanda Türk hukukun temel ilkelerinden biri olması, Türk toplumunun vazgeçilmez bir şekilde kabul ettiği örf-adet kurallarından birini ihtiva etmesi, Türk toplumunun ahlak anlayışını şekillendirmesi gerekir³⁶⁴.

Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, Türkiye’nin de taraf olduğu AIHS’nin gerek ayrımcılık yasağını düzenleyen hükümleri gerek evlilik birliğinin

³⁶¹ ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 241 (dn. 65-66)

³⁶² ESEN, Emre, “Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, MHB, Yıl 24, S. 1-2, 2004, s. 444-445.

³⁶³ DOĞAN, a.g.e., s. 223; ÇELİKEL/ERDEM, a.g.e., s. 148; ESEN, a.g.e., s. 448.

³⁶⁴ NOMER, Devletler Hususî, s. 171-173; ESEN, a.g.e., s. 448.

ve aile hayatının korunmasını içeren hükümleri göz önünde tutulmalı, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ve 41. maddesinde yer alan eşler arasında eşitlik prensiplerine riayet edilmeli ve yabancılık unsuru içeren bir davada Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili kılınan hukuk uyarınca, Türk vatandaşı kadının sadece kızlık soyadını kullanabilmesi ya da Türk vatandaşı erkeğin yabancı karısının soyadını alabilmesi Türk kamu düzeni müdahalesine maruz kalmamalıdır. Zira, Yargıtay uygulamasında evli kişiler arasındaki yabancı unsurlu soyadı düzeltme davalarında kamu düzeninden görülen TMK m. 187 hükmünün, evlendikten sonra eşlere kendi soyadlarını kullanmaya devam etme hakkını veya ortak soyadı olarak kadın eşin ya da erkek eşin soyadının seçilebilmesi imkânını tanıması gerektiği şeklinde değiştirilmesi de ileri sürülmektedir³⁶⁵.

³⁶⁵ MOROĞLU, a.g.m., s. 268.

SONUÇ

“Evliliğin Genel Hükümlerine Uygulanacak Hukukun Tayini” konulu çalışmamızda, evliliğin genel hükümlerinden ne anlaşılması gerektiği, evliliğin genel hükümlerinin neleri kapsadığı ve yabancılık unsuru içeren evliliğin genel hükümlerinden kaynaklı hukukî uyuşmazlıklara ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralının kapsamı ve bu kuralın uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar üzerinde durulmuştur.

Birinci bölümde, “Maddî Hukukta Evliliğin Genel Hükümleri” başlığı altında kavram ve kapsam açısından evliliğin genel hükümleri anlatılmaya çalışılmıştır. Bu bölümde ilk önce evliliğin genel hükümleri kavramının açıklaması yapılmış ve evliliğin genel hükümlerinin özelliklerine değinilmiştir Tüzel kişiliği bulunmayan evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte her iki eş açısından evliliğin genel hükümleri kapsamında meydana gelen hak ve yükümlülüklerin eşitlik esasına dayandığına ve bu hak ve yükümlülükleri düzenleme altına alan hükümlerin genellikle emredici nitelik arz ettiğine ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Bu doğrultuda, 743 sayılı eMK’ da yer alan eşitlik esasına aykırı hükümlerle 4721 sayılı TMK’ da yer alan yeni hükümlerin karşılaştırması da yapılmıştır.

Birinci bölümde evliliğin genel hükümlerine dair kavramsal açıklamalara yer verildikten sonra, evliliğin genel hükümlerinin gruplandırılması yapılmış ve öncelikle evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü, çocukların bakımı, eğitimi ve gözetimine birlikte özen yükümlülüğü, birlikte yaşama yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü, karşılıklı yardım yükümlülüğü, ortak konutu seçme hakkı, evlilik birliğini yönetme hakkı, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü gibi evlilik birliği içerisinde eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülükleri incelenmiş; daha sonra ise, kadının soyadı, eşlerin meslek ve işi, evlilik birliğinin temsili, eşlerin hukukî işlemleri ve evlilik birliğinin korunması gibi evliliğin genel hükümlerinin kapsamı içerisinde yer alan diğer hususlar araştırma konusu yapılmıştır.

Bu kapsamda, eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülükleri arasında yer alan ortak konutu seçme hakkının, evlilik birliğini yönetme hakkının ve evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün 743 sayılı eMK’ dan farklı olarak 4721 sayılı TMK’ da her iki eşe tanınmasının eşitlik ilkesi açısından ne kadar yerinde olduğu

üzerinde durulmuştur. Ayrıca, evli kadının soyadı konusunda TMK' da yer alan hükme eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşılmış ve ilgili hükmün uluslararası sözleşmeler, taraf dengesi ve eşitli esası çerçevesinde yeniden değerlendirme altına alınması gerektiği savunulmuştur.

Eşlerin meslek ve iş seçiminde evlilik birliğinin huzuruna zarar gelmediği sürece diğer eşin iznine gerek duyulmadığı konusuna değinildikten sonra ise, evlilik birliğinin temsil yetkisinin kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak olma niteliği üzerinde durulmuştur. Ayrıca, temsilin ailenin sürekli ihtiyaçları ile diğer ihtiyaçları açısından kapsam alanı belirtilmiş, temsil yetkisinin kullanılmasının kanundan doğan müteselsil sorumluluk hallerinden birini oluşturduğuna dair açıklamalarda bulunulmuştur.

Evliliğin genel hükümleri içerisinde ele alınan eşlerin hukukî işlemleri hususunda ise, işlem serbestisine dair açıklamalarda bulunulmuş, bu serbestinin sınırları ve diğer eşin açık rızasına ihtiyaç duyulan aile konutu işlemleri gibi istisnalar tartışma konusu yapılmıştır. Bu açıdan bakıldığında, aile konutunu hüküm altına alan madde kapsamında devir borcu doğuran işlemler ile ilgili her ne kadar açık bir ifade bulunmasa bile, doktrinde tartışmalı bir konu teşkil eden bu hususun genişletici bir şekilde yoruma ihtiyaç duymasından dolayı satım, trampa ve bağışlama gibi mülkiyetin devri borcu meydana getirecek işlemlerde de diğer eşin rızasının bulunması gerektiği tespit edilmiştir.

Birinci bölümde son olarak ise, evlilik birliğinin huzur içinde yürütülmesi amacıyla getirilen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlere ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Hem evlilik birliğinin hem kişilik haklarının güvence altına alınması amacını güden evlilik birliğinin koruyucu hükümlerine dair uluslararası alanda öngörülen CEDAW ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi üzerinde durulmuş, daha sonra ise ulusal hukuk alanında evlilik birliğinin anayasa çerçevesinde korunması, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında korunması ve TMK kapsamında korunması hususu açığa kavuşturulmuştur. Bu doğrultuda, evlilik birliğinin korunması eşlerin ortak yaşama devam etmesi veya ortak yaşama ara vermesi halleri göz önünde tutularak ayrı ayrı değerlendirilmiş, evlilik birliğinin

korunması amacıyla hâkim müdahalesinin talep edilebilme şartları ile evlilik birliğinin korunması amacıyla öngörülen tedbirler ve bu tedbirlerin niteliği inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümü, “Milletlerarası Özel Hukukta Evliliğin Genel Hükümlerine Uygulanacak Hukukun Tayini” başlığı altında yabancılık unsuru içeren evliliğin genel hükümlerinden kaynaklı uyuşmazlıklara uygulanacak yetkili hukukun tespit edilmesine ayrılmıştır. Bu bölümde ilk olarak, yabancılık unsurunun ne anlama geldiği ve hangi hallerin varlığı halinde uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı hususu göz önünde tutulmuştur. Bu kapsamda, bir hukukî ilişkinin birden fazla ülke hukukuyla sadece coğrafi anlamda bağlantısının bulunmasının yabancılık unsurunun varlığına kanaat oluşturamayacağı tartışma konusu yapılmıştır. Bununla birlikte, yabancılık unsuru ana başlığı altında hâkimin yabancı hukuku uygulama durumu verilen yargı kararları ışığında değerlendirilmiş ve milletlerarası özel hukuk alanımızda, sadece evliliğin genel hükümleri de kapsamında bulunan aile hukuku ve şahsın hukukuna ilişkin sorunlarda “iade atfı” ve “devam eden atfı” yapılabileceği hususu araştırılmıştır. Daha sonra ise, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuka ilişkin hüküm altına alınan kanunlar ihtilâfı kuralı, hem milletlerarası özel hukukun adalet anlayışına nasıl hizmet ettiği bağlamında hem eşler arasındaki menfaat dengesini göz edip etmediği çerçevesinde değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.

Yabancılık unsuruna ilişkin yapılan tespitlerin ardından, öncelikle milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanmasında ortaya çıkan problemlerden biri olan vasıflandırma meselesi üzerinde durulmuştur. Bu doğrultuda, vasıflandırmanın kavram olarak açıklaması yapılmış, milletlerarası özel hukuk alanında bağlama konusu ve bağlama noktasının ne anlama geldiği ifade edilmiş, genel olarak bağlama konusu ve bağlama noktasının vasıflandırılmasında kabul edilen yöntemler tartışma konusu yapılmış ve vasıflandırma çözüm yöntemlerine ilişkin olarak Türk hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen görüşün, hâkimin kendi hukukuna göre vasıflandırma yapılması olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, evliliğin genel hükümlerinin vasıflandırılması açısından her ne kadar hâkim kendi hukuku uyarınca vasıflandırma yapacak olsa bile, kanaatimizce, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti açısından ilgili çözüm yönteminin yetersiz kalacağı anlaşılırsa,

vasıflandırma yapılırken karşılaştırmalı hukuktan yararlanılması gerektiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte, bağlama noktalarının hâkimin hukukuna göre vasıflandırılması meselesine “iade atfı” ve “devam eden atfı” durumlarının istisna oluşturduğu da ele alınmıştır.

Vasıflandırma meselesine ilişkin açıklamalardan sonra, yine milletlerarası özel hukuk kurallarının icra edilmesinde ortaya çıkabilecek problemlerden olan “ön sorun” meselesi açıklığa kavuşturulmuştur. Ön sorun kavramının ne anlama geldiğinin açıklamasının yapılmasını takiben yabancılık unsuru taşıyan evliliğin genel hükümlerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda, örneklerle ve yargı kararlarıyla birlikte hangi hallerin ön sorun oluşturduğu ve bu ön sorunun çözümünde hangi yönetime başvurulması gerektiği tartışılmıştır. Bu kapsamda, evlenmenin genel hükümlerinden kaynaklı olarak hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta ön sorun teşkil eden evlilik ilişkisi bakımından hüküm statüsü (*lex cause*) yönteminden ziyade hâkimin kendi hukukuna (*lex fori*) başvurulmasının daha yerinde olacağı tespit edilmiştir.

Yabancılık unsurunun tespiti, vasıflandırma ve ön sorun gibi meselelerin çözüme kavuşturulmasının ardından MÖHUK’ta evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuku düzenleme altına hükmün incelenmesi aşamasına geçilmiştir. Bu itibarla, ilk olarak kanunda evliliğin genel hükümleri için kabul edilen bağlama kuralının “basamaklı bağlama kuralı” niteliğinde olduğu değerlendirilmiş ve evliliğin genel hükümleri açısından kabul edilen bağlama noktalarında şahsî statünün esas alındığı araştırma konusu yapılmıştır. MÖHUK’ta evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk için öngörülen kurala göre, evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir uyuşmazlıkta eşlerin müşterek millî hukukunun uygulanacağı esas alınmış; eşlerin ayrı ülke vatandaşı olmaları durumunda ise müşterek mutad mesken hukukunun, müşterek mutad meskenin yokluğu hâlinde ise Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Kabul edilen bağlama kuralında ilk basamağı vatandaşlık esasına bağlı olarak eşlerin müşterek millî hukuku oluşturmaktadır. Bu aşamada, milletlerarası özel hukuk alanında kanunlar ihtilâfı kurallarına ilişkin bağlama noktalarının tespitinde millî hukuk prensibinin esas alınmasının tarihsel süreci ve nedenleri

üzerinde durulmuştur. Bu doğrultuda, vatandaşlık bağının kolayca bertaraf edilememesi ve Anglo-Amerikan hukukunda şahsî statü alanında ilk basamakta tercih edilen ikametgâh prensibine nazaran vatandaşlık bağının tespitinin daha kolay olması gibi millî hukuk prensibinin tercih edilme sebepleri örnekler ve yargı kararları ışığında açıklanmıştır. Ayrıca, kanunda evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk açısından müşterek noktaların kullanılmasının ve tarafların farklı ülke vatandaşlığına sahip olmaları durumunda her birinin millî hukukuna ayrı olarak gidilmesinin ya da sadece birinin millî hukukunun uygulanması yoluna gidilmesinin tercih edilmemesinin taraf menfaatleri açısından ne kadar yerinde olduğuna ilişkin tespitlerde bulunulmuştur.

Müşterek millî hukuk prensibinin kabul edilme nedenleri dışında millî hukuk prensibinin tespitinde ve uygulanmasında meydana gelebilecek sorunlar üzerinde durulmuştur. Bu hususta, kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması hâlinde uyuşmazlığın çözümünde nasıl bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği öncelikli olarak değerlendirilmiş ve ardından vatansızlar ile mültecilerin durumu inceleme konusu yapılmıştır. Birden fazla vatandaşlık durumunda, vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk başlıklı MÖHUK m. 4 hükmünün net bir şekilde icra edilmesinin, müşterek millî hukuk prensibinin kabul edildiği uyuşmazlıklar bakımından hem eşitlik esasına uymayan hem hakkaniyet kıstasına aykırı sonuçlar doğuracağı yönünde önerilerde bulunulmuştur. Vatansızlar ve mülteciler açısından ise evliliğin genel hükümlerine ilişkin olarak MÖHUK'ta kabul edilen kuralın, milletlerarası alanda vatansızlar ve mültecilerin bağlı olacakları hukuku gösteren sözleşmeler ile uyum içinde olduğuna kanaat getiren tespitler yapılmıştır. Bu kapsamda, şartlı mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahibi kişilerin durumları da incelenmiş ve MÖHUK m. 4/1-a hükmünün geniş yorumlanması, bu kişilerin ilgili madde hükmünden yararlanması gerektiği kanısına varılmıştır.

Ardından, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde kabul edilen birinci basamak olan müşterek mutad mesken hususunda değerlendirmelerde bulunulmuştur. Mutad mesken kavramının milletlerarası özel hukuk alanında ortaya çıkış süreci ve bu kavramın yer aldığı milletlerarası sözleşmelere değinildikten sonra, mutad meskenin tercih edilme sebepleri üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, Kıta Avrupası hukukunda kabul edilen millî hukuk prensibi ile

Anglo-Amerikan hukukunda kabul edilen ikametgâh prensibi arasında orta yol bulma amacıyla alternatif bir seçenek olarak mutad meskenin kavramının uygulanmaya başlamasına ilişkin tespitlerde bulunulmuştur. Ayrıca, ikametgâh kavramının genel bir tanımının bulunmaması, fiili durumu yansıtmada yetersiz kalması ve millî hukukun uygulanması ile tespitinde ortaya çıkan sorunların varlığı, mutad mesken kavramının yaygın şekilde kullanılmaya başlamasına sebep olmuştur. Mutad meskenin tarihsel süreci ve ortaya çıkış sebepleri incelendikten sonra mutad mesken kavramının genel bir tanımının bulunmadığından yola çıkılarak doktrinde yapılan farklı tanımlara yer verilmiş ve örneklerle mutad mesken kavramının unsurları vurgulanmıştır.

Bununla birlikte, 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta evliliğin genel hükümleri için öngörülen ve tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken kıstasından önce birinci basamak olarak kabul edilen müşterek ikametgâh prensibinin, 5718 sayılı MÖHUK'ta yer almamasının nedenleri tartışılmıştır. Eski kanun ile yürürlükteki kanun arasında yaptığımız karşılaştırmada, ikametgâh kavramının uygulanması hâlinde ortaya çıkabilecek problemler göz önünde tutularak, müşterek ikametgâh kavramını uygulama alanı dışında bırakan yeni düzenlemenin isabetli olduğuna ilişkin belirlemelere yer verilmiştir.

Bağlama noktaları alanında son olarak ise, kanunda kabul edilen müşterek noktalardan yararlanma şansı kalınmadığında Türk hukukunun uygulanması durumunun ihtiyaçtan kaynaklandığına ilişkin açıklamalar yer almıştır.

MÖHUK'ta m.13/3'te evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun tespitine yarayan bağlama noktalarının incelenmesini takiben, ilgili kuralın uygulama alanında hangi hususların var olduğu ele alınmıştır. Bu aşamada, eşler arasındaki mal rejimi ilişkilerinin kapsam dışında kaldığı açıklanmış, uygulama alanına ilişkin yargı kararına değinilmiş ve evlilik birliğinin kurulmasıyla eşlerin işlem ehliyetinin kısıtlanıp kısıtlanmadığı, evliliğin genel hükümleri ve işlem güvenliği açısından ilgili kanun hükümleri ele alınarak değerlendirme altına alınmıştır.

Daha sonra, evliliğin genel hükümlerinden kaynaklı uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitine yarayan bağlama kuralının sonradan değişmesi hâli,

bir diğ er ifadeyle, kural ve statü değ iş ikliğ inin etkileri araştır ılmış tır. Bu doğrultuda, “değ iş ken ihtilaflar” baş lı ğ ı altında düzenleme altına alınan MÖHUK m. 3 hükmü üzerinde durulmuş , verilen örnekler dahilinde kural olarak dava tarihindeki bağ lama noktalarının esas alınacağı na vurgu yapılmış tır. Bununla birlikte, eski bağ lama kuralı zamanındaki olayların etkisi de tartış ılmış ve evliliğ in genel hükümleri kapsamında yer alan bir hukukî iliş ki nedeniyle statü değ iş ikliğ inden önce meydana gelen hukukî sonuçların önceki hukuka göre ç özüme kavuşturulması gerektiğ i savunulmuş tur.

Son olarak, evliliğ in genel hükümlerine uygulanacak yetkili hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralının uygulama alanı dışında kalan hâller inceleme konusu yapılmış tır. Bu kapsamda, evlilik birliğ i içinde talep edilen nafaka ve geç ici tedbirler ile kamu düzeni engeli üzerinde durulmuş tur. Bu kapsamda, öncelikle nafaka statüsüne uygulanacak hukuka ilişkin olarak kabul edilen milletlerarası sözleşmeler ile MÖHUK m. 19 hükmü ele alınmış ve daha sonra ise tedbir şeklindeki nafaka ile evlilik birliğ inin korunması amacıyla ö ngörülen geç ici nitelikteki tedbirlere hangi hukukun uygulanacağı na ilişkin tartış malarda bulunulmuş tur. Ardından, kamu düzeni engeli üzerinde durulmuş ve kamu düzeninin ne anlama geldiğ i, “kamu düzenine aykırılık” baş lıklı MÖHUK m. 5 hükmünün içeriğ i, hangi hususların gerç ekleş mesi durumunda kamu düzenine aykırılık oluşacağı , kamu düzeninin menf i ve müspet etkisi ele alınmış tır. Bununla birlikte, evliliğ in genel hükümlerinden kaynaklı uyuş mazlıklarda Türk kamu düzeni müdahalesinin ne zaman zorunluluk arz ettiğ i örnekler ve yargı kararları ış ığında vurgulanmış tır. Bu aşamada, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin bir meselede Türk kanunlar ihtilâfı kuralları ile bu kuralların yetkili kıld ığ ı hukuk icra edilmeksizin, kamu düzeni müdahalesinin şart olduğ u belirtilerek doğ rudan Türk hukukunun uygulanmasının gerektiğ ine yönelik olarak kadının soyadı hususunu konu edinen dosyada Yargıtay tarafından verilen kararın, milletlerarası özel hukukun hedeflerine aykırı dü ş tüğ ü vurgulanmış tır. Bununla birlikte, “kadının soyadı” baş lıklı TMK m. 187 hükmünün tek baş na kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyeceğ i de savunulmuş ve ilgili hükmün, evlilik birliğ inin kurulmasından sonra eşlerin kendi soyadlarını kullanmaya devam etme hakkına sahip olmalarını sağlayacak şekilde veya ortak soyadı olarak kadın eş in ya da erkek eş in soyadından

birinin seçilmesine zemin hazırlayacak biçimde değiştirilmesi gerektiği önerilmiştir.

Çalışmamız kapsamında ortaya çıkan en mühim netice, evliliğin genel hükümlerinin içerisinde yer alan hususlarda ve bu hususlara aykırı davranmaktan kaynaklı olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, eşler arası eşitlik esasının dikkate alınmasının ve eşler ile varsa çocukların menfaatinin ön planda tutulmasının gereklilik arz etmesidir. Bu itibarla, kanun koyucuların ve mahkemelerin öncelikli olarak taraf menfaatleri arasındaki dengeyi göz ardı etmemeleri zarurîdir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya/ DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, Ankara, Beta, 2017.
- ARSLAN, Gülay, “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)”, İÜFHM, C. 112, S. 1-2, 2004, s. 3-43.
- ARSLAN, İlyas, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul, Onikilevha, 2014.
- ATASOY, Hakan, “Evli Kadının Soyadı Sorunu “Anayasal” mı? “Bireysel” mi?”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 131-170.
- AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, TBB Yayınları, 2004.
- AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasa Çatışmaları (Kanunlar İhtilâfi), İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- AYGÜN, Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, DEUHFD, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 1025-1066.
- BADUR, Emel/ BAŞARA-TURAN, Gamze, “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”, AÜHFD, C. 65, S. 1, 2016, s. 101-136.
- BARAN- ÇELİK, Neşe, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Yükümlülükleri, İÜFHD, Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 67-148.
- BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Gülüm, Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi, GÜFHD, C. 19, Sayı 1, 2015, s. 111-150.
- BERKİ, Osman Fazıl, Devletler Hususi Hukuku, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1959.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta, 2017.
- ÇİÇEKLİ, Bülent, Milletlerarası Özel ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları, Ankara, Seçkin, 2014.
- DAYINLARLI, Kemal, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, ANKARA, Dayınlırlı Hukuk Yayınları, 2011.
- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- DURSUN, Esra, Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı, Onikilevha, İstanbul, 2018.

- EKŞİ, Nuray, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, Onikilevha, 2010. (Yargıtay Kararları)
- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı Kanunlar İhtilâfî Kurallarına ve Milletlerarası Usul Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, İstanbul, Beta, 2018.
- ELÇİN, Doğa, “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, TAAD, Yıl 9, S. 33, 2018.
- ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, Ankara, Seçkin, 2018.
- ESEN, Emre, “Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, MHB, Yıl 24, S. 1-2, 2004, s. 439-449.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- GİRAY, Faruk Kerem, "4721 Sayılı Türk Medenî Kanununda Yer Alan “Aile Konutu” Kavramının Kanunlar İhtilâfî Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ", MHB, Yıl 23, S. 1-2, s. 423-448.
- GÖĞER, Erdoğan, Devletler Hususi Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- GÜNGÖR, GÜLİN, Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu, Aile Hukuku, İstanbul, Onikilevha, 2018.
- HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul, Legal, 2018.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017. (Aile)
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014. (Yenilikler)
- KILIÇOĞLU-YILMAZ, KUMRU, “Evlilik Birliğinin Korunması”, TBB Dergisi, S. 120, 2015, s. 423-464. (Evlilik)
- KILIÇOĞLU-YILMAZ, Kumru, “Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, s. 581-592.
- KÖSEOĞLU, Bilal/ KOCAAĞA, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa, Ekin, 2011.
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- LALE, Muktedir, Özetli-İçtihatlı Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Ankara, Seçkin, 2014.
- MOROĞLU, Nazan, “Kadının Kimlik Sorunu Kadının Soyadı”, TBB Dergisi, S. 99, 2012, s. 245-268.
- NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, Beta, 2017. (Devletler Hususî)

- NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, Beta, 2018. (Vatandaşlık)
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- ÖCAL- APAYDIN, Bahar, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”, İÜHFD, C. 6, S. 2, 2015, S. 425-458.
- ÖZKAN, Işıl, Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara, Naturel Yayınları, 2003.
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- RUHİ, Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Gerekçeli-Kısa Açıklamalı, Yargıtay İçtihatlı, Ankara, Seçkin, 2014.
- SEVİĞ, Muammer Raşit/ SEVİĞ, Vedat Raşit, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1962
- ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN-FİĞENMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2016.
- ŞENER, Esat, Açıklamalı- Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara, Seçkin, 2001.
- TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- TEKİNALP, Gülören; “Kişisel Statü- Milli Hukuk- İkametgâh Hukuku- Eğilimler- Düşünceler”, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s. 889-911.
- TEKİNALP, Gülören, “Nafakanın ihtiyati tedbir olarak talebi halinde uygulanacak hukuk”, MHB, C. 3, S. 2, 1983, s. 42-47. (Nafaka)
- TEKİNALP, Gülören/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, MHB, Yıl 33, S. 2, 2013, s. 75-114.
- YÜKSEL, Sera Reyhani, “Türk Medeni Kanun’u Bakımından Kadın Erkek-Eşitliği”, GÜHFD, C. 18, S. 2, Ankara, 2014, s. 175-200.
- ZEVLİLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe/ ERTAŞ, Şeref/ GÜRPINAR/ Damla, Yeni Medeni Kanun’a Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

ÖZGEÇMİŞ**Adı ve Soyadı:** Dost Demir**Doğum Yeri ve Tarihi:** Çankaya / 06.01.1992**Öğrenim Durumu:**

Derece	Alan	Kurum	Yıl
Lise	Eşit Ağırlık	Ayrancı Lisesi	2009
Lisans	Hukuk (Tam Burslu)	Atılım Üniversitesi	2014
Yüksek Lisans	Özel Hukuk	Atılım Üniversitesi	2019

İş Deneyimi:

Çalıştığı Yer	Görev	Yıl
Atabay Hukuk ve Danışmanlık	Avukat	2015-

Yabancı dil: İngilizce (Orta derece)**E-posta:** av.dostdemir@gmail.com**Tarih:** Ocak 2019

% **18**
BENZERLIK ENDEKSI

% **16**
İNTERNET
KAYNAKLARI

% **14**
YAYINLAR

% **10**
ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ

BİRİNCİL KAYNAKLAR

1 Submitted to Galatasaray University %**3**
Öğrenci Ödevi

2 Submitted to Istanbul University %**2**
Öğrenci Ödevi

3 Submitted to Uludag University %**1**
Öğrenci Ödevi

4 webftp.gazi.edu.tr %**1**
İnternet Kaynağı

5 UZUN, Fatih Burak. "Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016. %**1**
Yayın

6 URHANOĞLU CENGİZ, İştâ. "4857 Sayılı iş kanununa göre çocuk ve gençlerin iş sözleşmesi ehliyetlerinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler", TUBITAK, 2012. %**1**
Yayın