

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KOSOVA VE TÜRK KANUNLAR İHTİLÂFİ HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN
AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN İHTİLÂFLAR ÇERÇEVESİNDE
KARŞILAŞTIRILMASI

DOKTORA TEZİ

Blerim SALLAHU

ANKARA, 2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**KOSOVA VE TÜRK KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KAMU
DÜZENİNİN AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN İHTİLÂFLAR ÇERÇEVESİNDE
KARŞILAŞTIRILMASI**

DOKTORA TEZİ

Blerim SALLAHU

Danışman
Prof. Dr. Rifat ERTEN

ANKARA, 2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Blerim SALLAHU

**KOSOVA VE TÜRK KANUNLAR İHTİLÂFİ HUKUKUNDA KAMU
DÜZENİNİN AİLE HUKUKUNDAN DOĞAN İHTİLÂFLAR ÇERÇEVESİNDE
KARŞILAŞTIRILMASI**

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Rifat ERTEN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Rifat ERTEN (Danışman)

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

Prof. Dr. Esra Dağardan KİBAR

Doç. Dr. K. Sedat SİRMEN

Doç. Dr. Doğa ELÇİN

Tez Savunma Tarihi: 04.01.2024

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Rifat ERTEN danışmanlığında hazırladığım “Kosova ve Türk Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Kamu Düzeninin Aile Hukukundan Doğan İhtilâflar Çerçevesinde Karşılatılması (Ankara, 2024)” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 04.01.2024

Blerim SALLAHU

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR	IV
GİRİŞ.....	2
BİRİNCİ BÖLÜM.....	5
KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI, ÖZELLİKLERİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	5
I. KAMU DÜZENİ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ.....	5
A. Kamu Düzeni Kavramı	5
B. Eski Yugoslavya Kanunlar İhtilâfı Hukuku.....	10
C. Eski Yugoslavya Hukukî Düzenlemelerindeki Kamu Düzeni Kavramı.....	13
D. Eski Yugoslavya'daki İç Kanunlar İhtilâfında Kamu Düzeni.....	16
II. KOSOVA VE TÜRK HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI.....	19
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE SORUNU...	24
IV. KAMU DÜZENİNİN TÜRLERİ.....	30
V. KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKU KAPSAMINDA KAMU DÜZENİNİN TANIMLANMASI	35
VI. KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKU KAPSAMINDA KAMU DÜZENİNİN MAHİYETİ.....	37
VII. KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN ÖZELLİKLERİ ..	39
A. Zaman İçinde ve Toplumdan Topluma Değişiklik Göstermesi	39
B. Somut Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkisi Açısından Değişiklik Göstermesi.	40
C. Kamu Düzeni Müdahalesinin İstisnâ Oluşu	41
D. Kamu Düzeni Müdahalesinde Hâkimin Takdirine Geniş Yer Verilmesi	43
VIII. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR KAVRAMI	47
A. Genel Olarak	47

B.	Kamu Düzeni ve Doğrudan Uygulanan Kurallar Ayrımı	51
IX.	YABANCI KAMU DÜZENİ	58
A.	Genel Olarak Atıf (<i>Renvoi</i>).....	58
B.	Yabancı Kamu Düzeni Kavramı ve Uygulanması.....	61
X.	KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	63
A.	<i>Postglossator</i> Okulu Temsilcileri	63
B.	Hollanda, İngiliz, Alman, İtalyan ve Fransız Ekolleri	65
İKİNCİ BÖLÜM		71
KOSOVA VE TÜRK KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ.....		71
I.	KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ	71
A.	Genel Olarak	71
B.	Kamu Düzeni Müdahalesinin Bağlı Olduğu Koşullar	74
1.	Hukuk İlişkisinin veya İlgili Hakların Doğmasını Engellemesi.....	74
2.	Hukuk İlişkisinin veya İlgili Hakların Doğmasını Sağlaması	76
3.	Yabancı Hukukun Uygulanmasındaki Sonuç Kıstası.....	78
4.	Yargılama Yerin Hukukî Meseleleri ile Etkili Yakınlık Kıstası	80
II.	KAMU DÜZENİNİN İŞLEVLERİ	83
A.	Genel Olarak Kamu Düzeninin Olumsuz ve Olumlu İşlevleri	83
B.	Kamu Düzeninin İki İşlevi Arasındaki Fark	85
C.	Kosova ve Türk Hukukunda Kamu Düzeninin Olumsuz İşlevlerinin Sonuçları.97	
1.	Olumsuz İşlevin Sonuçlarının İrdelenmesi: Miletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin ve Bireylerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin İhlali Sorunu	97
2.	Olumlu İşlevin Sonuçlarının İrdelenmesi: Miletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin ve Bireylerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin İhlali Sorunu	102

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	106
AİLE HUKUKU MESELELERİ AÇISINDAN KAMU DÜZENİNİN ETKİSİ	106
I. KOSOVA ve TÜRK HUKUKLARINDA AİLE KURUMU HAKKINDAKİ TEMEL İLKELER	106
II. KAMU DÜZENİNİN EVLENMEDEKİ ETKİSİ	108
A. Evlenme Yaşı	110
B. Mevcut Evlilik	113
C. Yakın Hısımlık	115
D. Evlenme Engelleri.....	117
III. KAMU DÜZENİNİN BOŞANMADAKİ ETKİSİ.....	121
IV. KAMU DÜZENİNİN EVLAT EDİNMEDEKİ ETKİSİ.....	138
A. Evlat Edinme Koşullarında Kamu Düzeni Müdahalesi	142
B. Evlat Edinen ile Evlat Edinilen Arasındaki Yaş Farkı.....	147
C. Eşlerin Birlikte Evlat Edinmeleri Halinde Kamu Düzenine Müdahale İmkânı.	150
E. Çocuğun Üstün Yararı	154
V. KAMU DÜZENİNİN VELAYETE ETKİSİ.....	157
A. Genel Açıklamalar	157
B. Çocuğun Yararının İncelenmesi ve Anne ve Babanın Ortak Velayetinde Kamu Düzenine Müdahale	166
VI. KAMU DÜZENİNİN NAFAKAYA ETKİSİ	177
SONUÇ.....	183
KAYNAKÇA	192
ÖZET.....	201
ABSTRACT	203
EK: KOSOVA MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KANUNU (İNGİLİZCE)	205

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
B.	: Bası
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
DHH	: Devletler Hususi Hukuku
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim tarihi
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: madde
No.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s.	: sayfa
S.	: Sayı
v.	: versus
vd.	: ve diğerleri
Yay.	: Yayınları

GİRİŞ

Hem maddî hem de usûl hukuku bakımından yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerini düzenleyen hukuk normlarının tümü, devletin hukukunun bir dalı olarak milletlerarası özel hukuku oluşturur. Bu kurallar uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bir aile hukuku ilişkisinde hâkim tarafından hangi devletin hukukunun uygulanacağı belirlenir. Dolayısıyla kanunlar ihtilâfî kuralları, yabancı veya yerel maddî hukukun uygulanmasını temin eder. Yabancılık unsuru içeren aile hukuku meselelerinde hâkim, gerektiğinde yabancı devletin hukukunu uygular. Yabancı hukukun uygulanması gereken durumlarda, istisnâî olarak yabancı hukuk yalnızca *lex fori*'nin kamu düzenine açıkça aykırı olduğu zaman uygulanmaz. Bu derinlemesine ve geniş kapsamlı çalışma, Türkiye Cumhuriyeti ve Kosova'da aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin kanunlar ihtilâfî hukuku meselelerini karşılaştırmalı olarak incelemeyi amaçlamaktadır.

Yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerini düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti ve Kosova Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfî hukukunda, yabancı hukukun uygulanması neticesinde, ihlal edilmesi durumunda *lex fori* değer ve ilkelerinin muhafazası ve korunması için son derece önemli bir mekanizma olan kamu düzeni kurumu da kabul edilmiştir. Dolayısıyla kamu düzeni kavramı ve bunun yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerine müdahalesi, gerek içerdiği soyut ilke ve değerler nedeniyle tanımı, gerekse istisnâî niteliği ve hukuka aykırılık unsuru olarak istisnâî uygulanması açısından karmaşık olsa da, ortaya çıkışından günümüze kadar hâlâ çok önemli bir yer tutmaktadır.

Birinci bölümde hukuk doktrini temelinde, genel olarak kamu düzeni kavramı ile Türk ve Kosova hukuk düzenlerinde bu kavrama verilen anlam hakkında açıklamalar yapılmıştır. Yeri geldikçe konuyla ilgili karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılmıştır. Birinci bölüm kapsamında, Eski Yugoslavya Federasyonu hukukundaki kamu düzeni anlayışı, bu Federasyonun cumhuriyetleri ve eyaletleri arasındaki uygulaması göz önünde bulundurularak incelenmiştir. Ayrıca kamu düzeni kavramının doğuşu, gelişimi, evrimi, tanımı, bölünmesi, diğer hukuk kurumlarına göre farklılığı ve benzerliklerine ilişkin açıklamalarda değişik hukuk ekollerinin görüşlerine de değinilmiştir. Böylece birinci bölüm içinde, kamu düzeni kavramının özellikleri ve yabancı unsurlu özel hukuk konularındaki istisnâî uygulaması analiz edilmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde, kamu düzeni kavramı, Kosova ve Türk aile hukuku meseleleri bakımından ele alınmıştır. Konuya, mevzuat ve doktrin kapsamında genel açıklamalarla değinilmiş ve derin analizler yapılmıştır. Ayrıca, milletlerarası özel hukuk adaleti ile kamu düzeninin olumlu ve olumsuz işlevi arasındaki ilişki kapsamlı ve derinlemesine ele alınmıştır. Pek çok okumadan, bu ilişkinin aile meseleleriyle ilgili olarak monografik düzeyde etraflı ve derin bir şekilde ele alınmadığı görülmüştür. Bu bağlamda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması ve tarafların bireysel haklarının gerçekleşmesine ilişkin uluslararası hukuk alanındaki kararların uyumlaştırılması ve bu haklara kamu düzeninin müdahalesi detaylı bir şekilde incelenmesi önem taşımaktadır. Böyle bir ilişki, yukarıda belirtilen kavramların uygulanmasının ölçeklendirilmesine (birincil düzey) ve yukarıda belirtilen kavramların uygulanmasının ölçeğinin değişmesine neden olmuştur.

Üçüncü bölümde aile hukuku alanında kamu düzeni müdahalesinin gündeme geldiği konular belirlenmiş ve bu çerçevede açıklamalarda bulunulmuştur. Bu bağlamda evlenme, boşanma, evlat edinme, velayet ve nafaka başlıkları altında konular ele alınmıştır. *Lex fori*'nin değerlerinin, örf ve adetlerinin, ilkelerinin korunması amacıyla aile hukuku meselelerinde kamu düzenine müdahale olanakları somut örneklerle gösterilmiştir. Aile hukuku ilişkileri, önemi, içerdiği değerler ile bunların korunması, Kosova ve Türk hukuk düzenleri için de önem taşımakta olup; bu kapsamda yabancılık unsuru içeren aile hukuku meselelerinde kamu düzeni kavramı çok önem kazanmaktadır.

Ayrıca demokratik olmayan dünya devletlerinin hukuk karşısında, gelişmiş demokratik devlet hukuklarının kamu düzeni müdahalesi, bir yandan demokratik dünyanın aile değerlerinin ve ilkelerinin korunmasını, diğer yandan da bu değer ve ilkelerin gelişmemiş ve demokratik olmayan devletlerin hukuk düzenlerine kavram olarak nüfuz etmesini sağlamıştır. Böylece, demokratik olmayan dünya devletlerinin, yabancılık unsuru içeren sosyal ilişkilerdeki modern gelişmelere ayak uydurabilmesine de imkân sağlanmaktadır. Bir toplumu demokratik ve medeni dünyadan korumayı amaçlayan diğer faktörler de dâhil olmak üzere, kültürel ve geleneksel engellere rağmen, yalnızca böyle bir hamle girişimi, milletlerarası kamu düzeninin ulaşmayı amaçladığımız birliği olasığını yaratabilir.

Doktora tezinin hazırlanmasında, araştırma, analitik ve karşılaştırmalı metodolojiler gibi çeşitli araştırma yöntemleri kullanılmıştır. Kullanılan tüm yöntemler konuyu zenginleştirmiş, derinleştirmiş ve genişletmiştir. Kosova Cumhuriyeti'nde kamu düzeni kavramının yanlış uygulandığı örneklerin görülmesi, Kosova Cumhuriyeti mahkemeleri yargıçları tarafından da kavramın bilinmediği, bu metnin yabancılık unsuru taşıyan hukukî-özel uyuşmazlıklarda hukuk camiasına da faydalı olacağı aşikârdır. Bu nedenle, bu metin milletlerarası özel hukukun, özellikle de kamu düzeninin yabancılık unsuru içeren aile hukuku konularında yeterli uygulama bulamadığı Kosova ve bölge devletlerinde faydalı olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI, ÖZELLİKLERİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

I. KAMU DÜZENİ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

A. Kamu Düzeni Kavramı

Belirli bir devletin hukuk ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının tümü o devletin iç hukuk düzenini oluşturur¹. Milletlerarası özel hukuk, yabancılık unsuru içeren özel hukukla ilgili ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarından oluşan bir hukuk dalıdır². Milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesinde düzenlenen hukuk ilişkilerinin en belirgin özelliği, yabancılık unsuru içeren ilişkiler olmasıdır³. Bahsi geçen ilişkiler, bazı hukukçulara göre egemenlik konusu ile alakalı ilişkiler olarak da nitelendirilmektedir⁴.

Yabancılık unsuru içeren özel hukukî ilişkiler, farklı devletlerin vatandaşı olan kişiler arasında, ticaret, sözleşme, evlenme, çocuk doğurma gibi hukukî sonuçlar doğuran ilişkilerin kurulması ile oluşur. İnsanların ve malların serbest dolaşımının devamlı bir şekilde artmasıyla, milletlerarası özel hukuk kapsamında düzenlenen hukuk ilişkilerinin yoğunluğu da artmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu hukuk ilişkilerinden kaynaklanan anlaşmazlıkların çözümü için de daha kapsayıcı hukukî düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır⁵.

Kanunlar ihtilâfı hukuku, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ile ilgili anlaşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuku belirleyen kurallardan oluşur⁶. Dolayısıyla, bahsi geçen hukukî anlaşmazlıkların çözümünde, hangi devletin hukukunun

¹ Kalia, A., **E Drejta Ndërkombëtare Private** (Milletlerarası Özel Hukuk), Flesh, Tiran, 2010, s. 5.

² Bilalli, A., Kuqi H., **E Drejta Ndërkombëtare Private** (Milletlerarası Özel Hukuk), Priştine Üniversitesi, Priştine, 2012. s.15.

³ Jezdiq, M., **Medjunarodno Privatnom Pravu** (Milletlerarası Özel Hukuk), Priştine Üniversitesi, Priştine, 1963, s. 2.

⁴ Jezdiq, M., 1963, s.2.

⁵ Gutmann, D., **E Drejta Ndërkombëtare Private** (Milletlerarası Özel Hukuk), Tiran, 2009, s.17.

⁶ Gutmann, D., 2009, s.18.

uygulanacağı konusu, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında belirleneceği ileri sürülebilir⁷. Başka bir ifade ile kanunlar ihtilâfı hukuku, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerini doğrudan düzenlemez, sadece bu ilişkilere hangi devletin hukuk kurallarının uygulanacağını belirler.

Kanunlar ihtilâfı hukuku çerçevesinde, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine, yabancı bir devletin maddî hukukunun uygulanması sağlanmaktadır. Böyle bir imkân, ilgili hukuk ilişkisinin tarafları ve konusu, öngördüğü hak ve yükümlülüklerinin, belirli bir devletin hukuk düzeni ile daha çok bağlantılı olabilmesinden kaynaklanmaktadır⁸. Yabancı bir devletin hukuk kurallarının, yerli bir mahkeme tarafından uygulanmış olması, şüphesiz ki daha etkili bir milletlerarası iş birliğine katkı sağlamış olacaktır. Yerli mahkemeler, yabancılık unsuru içeren konuları sınıflandırıp⁹ ilgili bağlantı noktaları kullandıktan sonra, yerli hukuk kurallarından farklı olan yabancı hukuk kuralları da uygulama durumu ile karşı karşıya kalabilir. Yani kendi ülkesinin kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayan ülkenin mahkemesi, yabancı hukuku uygulamaya hazırdır; çünkü, yabancı hukukun her zaman karşı mahkeme ülkesinin hukuku ile aynı olmadığı varsayımından yola çıkar¹⁰.

Bahsi geçen toleransın sınırları, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine uygulanacak yabancı hukukun, iç hukuka aykırı olması halinde, çiğnenmiş sayılacaktır¹¹. Yabancı hukukun uygulanmasında gösterilmesi gereken toleransın sınırları çiğnendiği zaman, başka bir ifadeyle uygulanması gereken yabancı hukuk, iç hukuka aykırı olduğu zaman, yerli mahkeme tarafından yabancı hukuk yerine, istisnâ olarak iç hukuk uygulanır. Bu tür durumlarda, yabancı hukuk yerine, istisnâ olarak iç hukukun uygulanması ile yerli mahkemenin ait olduğu ülkenin kamu düzeninin temel değer ve ilkelerinin korunması amaçlanmaktadır.

⁷ Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, İ., **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2.Bası, İstanbul, 2014, s. 6, Çelikel, A., Erdem, B., **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14 Bası, İstanbul, 2016, s.15.

⁸ Bilalli, A., Kuqi H., 2012, s. 309.

⁹ Altuğ, Y., Yasan, M.G., **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni**, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003, s.139.

¹⁰ Bilalli, A., Kuqi, H., 2008, s. 309.

¹¹ Şanlı, C., Esen E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s.75.

Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerin düzenlenmesinde, kamu düzeni önemli bir rol oynar¹². Kamu düzeninin amacı ülkenin değer ve ilkelerini korumak olduğu için, devletlerin iç hukuk düzenlerinde, kamu düzeni kurallarına daha nadiren ve yalnızca istisnâ olarak başvurulabilir. Özellikle, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında, ülkenin değer ve ilkelerine aykırı olan bir yabancı hukuk normunun uygulanması gerektiği durumlarda, kamu düzeninin önceliği önem kazanır¹³.

Kamu düzeni, toplumsal ilkeleri, değerleri, örf ve adetleri, demokratik kültürü ve kamu ahlakı gibi belirli bir toplumun özel kimliğini oluşturan unsurları kapsar. Belirli bir toplumu, diğer toplumlardan ayıran unsurlardan biri, onun belirli bir düzen ve sosyal-kültürel değerlere dayanarak yaşayıp gelişmesidir. Bu açıdan bakıldığında, belirli bir hukuk düzeni içerisinde gelişen ve yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkisi söz konusu olduğu zaman, toplumun genel kimliğini ve toplumun parçası olarak aynı değerleri paylaşan o toplumun kişileri, farklı bir toplumsal kimliğe¹⁴ sahip olan kişilere nazaran koruyan, kamu düzeni kurallarının olduğu ileri sürülebilir.

Bu konu ile ilgili *Friedrich Carl Von Savigny* iki çeşit hukuk kuralı grubunun bulunduğunu ileri sürmüştür. Ona göre birinci grubun kuralları, toplum kimliğini ve genel menfaatini gözetlemek amacıyla ilke şeklinde devletler tarafından oluşturulan kurallar, ikinci grubun kuralları ise kişilerin özel çıkarlarını korumayı amaçlayan kurallardır¹⁵. Bahsi geçen yazara göre, kişilerin özel çıkarlarını korumayı amaçlayan kurallar (ikinci gruptaki kurallar), toplumun genel değer ve ilkelerine (birinci gruptaki kurallara) aykırı olması halinde uygulanmaz¹⁶.

¹² Nagush, O. N., **Public Policy Clause in Private International Law**, Bichuk Ohj, i, m I.I, Ukraina 2014, s.1.

¹³ Yee,W.W.,**The Exclusion of Foreign Law: Public Policy in Choice of Law Process**, 16. Singapore Law Review, 286, 1995, s.284.

¹⁴ Ghodoosi, F., **The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements**, Nebraska Law Review, 2016, s.725-729, Ökçün, Gündüz. A., **Devletler Hususi Hukuku Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2 Bası, Ankara, 1997, s.10-11.

¹⁵ Eisner,B., **Medunarodno Privatno Pravo**, (Milletlerarası Özel Hukuk), Zagreb, 1953,,s 23.

¹⁶ Eisner, B., 1953, s.23.

Savigny, kamu düzeni kurallarının doğrudan doğruya uygulanan kurallar niteliğinde olmadığını; ancak yetkili yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olduklarını izah eder. Başka bir ifade ile ona göre ülkenin kamu düzenine aykırı sonuçlar doğuran yabancı hukuk kuralları uygulanmaz, dolayısıyla kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasına engel teşkil eden bir istisna olduğu kabul edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan yola çıkarak, kamu düzeni kurallarının, kişilerin menfaatlerini korumayı amaçlayan hukuk kurallarına yönelik önleyici¹⁷ ve koruyucu¹⁸ nitelikte olduğu ileri sürülmektedir. Kamu düzeni kurallarının önleyici niteliği, başka bir toplumsal kimliğe sahip olan kişilerin özel hukuk kapsamındaki menfaatlerinin gerçekleştirilmesini önlemeyi, koruyucu niteliği ise yabancı hukukun uygulanmasından doğabilecek olumsuz etkilerden kendini korumayı amaçlamasından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kamu düzeni kurallarının önleyici ve koruyucu niteliği, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinde yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık sebebiyle önlemesinin hedeflenmesinden kaynaklanır¹⁹.

Kamu düzeni kurallarının önleyici ve koruyucu niteliğinde evrensel nitelikli ilkeler barınmaktadır. *Friedrich Carl Von Savigny* XIX. yüzyılda yayınladığı “Roma Modern Hukuk Düzeni”²⁰ adlı eserinde, devletlerin hukuk sistemlerinde benimsenen evrensel ve mutlak nitelikli ilkelerden bahsetmiştir. Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkileri ilgilendiren ve kamu düzeni içinde barınan bu evrensel ilkeler, bahsi geçen eserde şöyle sıralanmıştır: Özgürlük, eşitlik, tek eşlilik (monogami)²¹, ırk, cinsiyet ve din sebebiyle ayrımcılık yapmamak²². Mutlak nitelikli ilkeler, doğal hukuk kapsamındaki evrensel

¹⁷ Nussbaum, A., **Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws**, The Yale Law Journal, 1939-1940, Vol. 29, s.1030.

¹⁸ Pauknerová, M., **Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law**, Academy of European Law, Published Online, 2010, s.31.

¹⁹ Simson, J.K., **The Public Policy Doctrine in Choice of Law: A Reconsideration of Older Themes**, 1974 Wash. U. L. Q. 391 (1974)-s 394.

²⁰ Kisters, J., The Yale Law Journal, Vol. 29, No. 7 (May, 1920), s. 745-766, <http://www.jstor.org/stable/786607>, s. 746.

²¹ Dolinger, J., **World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflic of Law**, Published: Texas International Law Journal, 1982, s.168.

²² Gutmann, D., 2009, s.141.

mutlak nitelikli haklarla bağlantılıdır²³. Başka bir deyişle, gelişmiş devletlerde, kamu düzeni kuralları evrensel mutlak nitelikli değerleri korumayı amaçlar.

Kamu düzeni kapsamındaki evrensel mutlak nitelikli değerler, gelişmiş birçok devlet tarafından korunmaya alındığı için, milletlerarası kanunlar ihtilâf hukuku çerçevesinde dikkate alınan iç kamu düzeninin de milletlerarası bir niteliğe sahip olduğu ve bu düzenin kurallarının milletlerarası antlaşma veya başka hukukî araçlarla düzenlenip korunabileceği ileri sürülmüştür²⁴.

Kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamındaki kamu düzeni kavramı, genel, karmaşık ve tanımlanmamış²⁵ bir kavram olduğu için, evrensel veya millî değerlerin korunması adına kişilerin menfaatleri aleyhine kötüye kullanılabilecek bir araç niteliğini de taşımaktadır.

Bu konu ile ilgili *Cavers*, kamu düzeni kuralları dikkatsiz bir şekilde yorumlandığı zaman, yabancı hukukun uygulanmasını haksız yere önleyebilir, dolayısıyla bu kuralların doğru bir şekilde uygulanabilmesi için öncelikle mutlaka ayrıntılı bir analizin yapılması gerektiğini ifade etmiştir²⁶. Avusturyalı yazar *Ernest Rabel* ise, yabancılık unsuru içeren bir davanın, görüldüğü mahkemenin ait olduğu devletle subjektif veya objektif olarak bağlantılı olmadığı durumlarda bile, hâkimin öncelikli olarak, kamu düzeninin kurallarını uygulaması gerektiğini ileri sürmüştür²⁷.

Özetlemek gerekirse, kamu düzeni kavramının, genel, karmaşık ve tanımlanmamış bir kavram olmasından dolayı, kamu düzeni kurallarının yabancılık unsuru içeren özel hukuk anlaşmazlıklarda uygulanması, hukukî açıdan öngörülemezliğe ve belirsizliğe yol açmaktadır. Böylece, yabancılık unsuru içeren özel hukuk anlaşmazlıklarında, kamu düzeni

²³ Gutman, D., 2009, s.141.

²⁴ Dolinger, J., 1982, s.168., Regulation (EC) No 593/2008 Of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 2008, article. 21/ Regulation (EC) No 864/2007 Of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), 11 July 2007, article 26/ Bustamante Code, 20 Februar, 1928, article, 1./RESTATEMENT (Second) of Contrats, 1979, article, 178.

²⁵ Yee W.W., s. 287.

²⁶ Cavers, F.D., **A Critique of the Choice-of-Law Problem**, 47 HARV. L. Rev. 1933- 173 s.184.

²⁷ Rabel.E., **Public Policy of the Law of Forum**, Ulrich Drobnig Com, 1960, s. 552.

kurallarının uygulanması, milletlerarası özel hukuk kurallarının ihlal edilmesi riskini doğurabilir²⁸.

B. Eski Yugoslavya Kanunlar İhtilâfı Hukuku

Eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyeti'nin son Anayasası 21.02.1974 tarihinde yürürlüğe giren Anayasadır. Toplamda 406 madde içeren bu Anayasa, dünyadaki en uzun anayasalardan biri olarak tanınmaktadır²⁹. Altı kısımdan oluşan eski Yugoslavya'nın Federal Anayasasında on temel ilkeye yer verilmiştir³⁰. Bahsi geçen Anayasada, Kosova ve Voyvodina bölgelerine, Sırbistan'ın parçası olarak federe ünite statüsü tanınmıştır³¹.

Bu Anayasaya göre, Eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyeti altı cumhuriyet ve iki özerk bölgeden oluşmuştur (Federal Anayasa m. 245). Kosova ve Voyvodana özerk bölgeleri, eski Yugoslavya'nın Federal Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra, federe devletle ilişkilerini düzenleyen kendi anayasalarını da hazırlamışlardır (Federal Anayasa m. 4).

1983 yılında, “*Belirli İlişkilerde 3. Devletlerin Hukuk Normları ve İç Kanunlar Arasındaki İhtilâflarının Çözülmesi ile İlgili 43/82 ve 78/822 Sayılı Kanun*” yürürlüğe girmiştir. Bahsi geçen Kanun, aile hukuku, borçlar hukuku ve diğer hukuk alanları ile ilgili yabancı unsur içeren ilişkilere uygulanacak olan milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine yer vermiştir³². Kanun'da, ayrıca, mahkemelerin yetkileri ve yabancı yargı makamlarının

²⁸ Şanlı, C., Esen E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s.24-26 ve 77.

²⁹ Geert, H.A., *Bıçağın Keskin Yüzü Üzerindeki Diplomasi*, Toena, Tiranë 2010, s.10.

³⁰ **The Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia**, Belegrade, 1974.

³¹ Bajrami, A., **Anayasa Tasarısı, Anayasa Tasarımcıları İçin Kılavuz**, Fama Üniversitesi, 2007, s.246. Eski Yugoslavya'nın 1974 Anayasasına göre özerk bölge statüsünde olan Kosova'nın federe devletin bir ünitesi olmasına rağmen, Cumhuriyet statüsünde olan federe devletin diğer sosyalist ünitelerle eşit durumda değildi. Bahsi geçen Anayasada açık bir şekilde ifade edilmese de Kosova'nın da federe devletin diğer cumhuriyetleri gibi bu devletin kurucu unsurlarından biriydi, dolayısıyla, federe devletin dağılmasından sonra, Kosova'nın da kendi anayasal statüsünü belirleme hakkında sahip olması gerekmektedir.

³² Toplamda 108 maddeden oluşan söz konusu Kanunun ana kısımları şöyledir: Genel ilkeler, uygulanacak hukuk, yargı yetkisi ve usulleri, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ve uygulanması, konsolosluk temsilcileri ile ilgili özel hükümler, geçici ve son hükümler.

vermiş olduğu kararların tanınması ve tenfizi ile ilgili usulî nitelikli kurallar kabul edilmiştir (m. 1).

Bu Kanun'dan önce, 1979 yılında, Eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyeti Meclisi, aile ve miras meseleleri konusundaki kanunlar ihtilâfı ve mahkemelerin yetki anlaşmazlıkları ile ilgili bir kanunu yürürlüğe koymuştur³³. Söz konusu kanun, federe devletin üniteleri arasındaki kanun ihtilâflarını da kapsamıştır. Bu kanunda düzenlenmemiş olan borçlar hukuku, vatandaşlık hukuku, eşya hukuku, deniz hukukunun milletlerarası özel hukuku ilgilendiren konuları özel kanunlarla düzenlenmiştir³⁴. Öncesinde mahkemelerin yetkisi ve yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ile ilgili kurallar ise federe devlet ünitelerinin kendi iç hukuk normları ile düzenlenmiştir³⁵.

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, Eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyeti'nde, kanunlar ihtilâfı ile ilgili üç farklı hukukî düzenleme mevcuttu. İlk iki hukukî düzenleme, federe düzeyde geçerliydi. Bunlardan biri, federe devlet ile üçüncü devletler arasındaki özel hukuk ihtilâflarını, diğeri ise federe devletin kendi üniteleri arasındaki özel hukuk ihtilâflarının çözümü ile ilgiliydi. Üçüncü hukukî düzenleme ise Anayasa ile Sırbistan'ın entegre parçası niteliğinde olan özerk bölgeler düzeyinde geçerliydi. Ancak belirtmek gerekir ki, o dönemde, özerk bölgelerde böyle düzenlemeler tasarlanmadığı için³⁶, yabancı unsur içeren konularda, federe devletin üniteleri arasındaki ihtilâflara uygulanan hukuk kuralları uygulanmıştı³⁷.

Özel olarak Kosova'daki o dönemin mahkeme kararlarına bakıldığında, aslında, Eski Yugoslavya Federe Sosyalist Cumhuriyeti'nin bu özerk bölgesinde, bu tür normların

³³. Šarčević, P., **The New Yugoslav Private International Law Act**, The American Journal of Comparative Law, Vol. 33, No.2 1985, s.283-296.

³⁴ Bkz. örnek olarak: Art. 22 of the Law on Citizenship of 1976; Art. 1015-1017 of the Act on Maritime and Inland Navigation of 1977; Art. 1099-1105 of the Act of Obligations of 1978; Art. 86-88 of the Law on Basic Property Relations of 1980.

³⁵ Varady, T., **Internal Conflict of Laws in Yugoslavia**, Neth. Int. L. Rev. 137(1976). Amsterdam, s. 143.

³⁶ Vardy, T., 1976, s.143

³⁷ Šardevič, P., **The New Yugoslav Private International Law Act**, 33 Am. J. Comp. L. 283 Vol.33 1985, s. 284.

uygulandığına dair herhangi bir karar bulunamamıştır³⁸. Verilere göre o dönem Kosova’da, yabancı unsur içeren özel hukuk meselelerinde, sadece Belirli İlişkilerde 3. Devletlerin Hukuk Normları ve İç Kanunlar Arasındaki İhtilâflarının Çözülmesi ile İlgili 43/82 ve 78/822 Sayılı Kanun’un uygulandığı görülmektedir³⁹.

Eski Yugoslavya’nın dağılmasından sonra, bölgede siyasî, hukukî ve ekonomik nitelikte birçok değişiklik meydana gelmiştir. Bu kapsamda kurulan yeni devletlerin bir kısmı, yabancı unsur içeren meselelere uygulanacak kendi iç hukuk normlarını düzenlemişken, bir kısmı ise bu konuda çalışmalarına devam etmektedir. Böylece Slovenya’da 2004⁴⁰ yılında, Kuzey Makedonya 2007⁴¹ yılında ve Karadağ ise ancak 2012⁴² yılında milletlerarası özel hukuk düzenlemesini yürürlüğe koymuştur. En son Hırvatistan 2019 yılında bu alanda kendi kanunî düzenlemelerini hazırlamıştır⁴³.

Bu arada Kosova Cumhuriyeti, 08/L-028 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu kabul etmiş olup; bu Kanun 22 Eylül 2022’de yürürlüğe girmiştir. Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 183 maddeden oluşmaktadır. Bu Kanun, milletlerarası özel hukukun birçok kurumunu ve kavramını düzenleyen hükümlerden oluşmaktadır⁴⁴. Sırbistan, milletlerarası özel hukuk konularında yasa tasarılarını hazırlama sürecinde

³⁸ 1980-2000 yıllarında verilen Kosova’daki mahkeme kararlarını incelemek için 6 Haziran 2019 tarihinde Kosova Arşiv Müdürlüğüne talepte bulunulmuştur. Talebim 6 Eylül 2019 tarihinde onaylanmıştır. 7 Eylül 2019 tarihinden başlayarak bahsi geçen bütün evrakları şahsen inceledim. Çalışmalarım sonunda, federe devletin üniteleri arasındaki ihtilâflara dair kuralların uygulandığı herhangi bir mahkeme kararını rastlamadım.

³⁹ Kosova Adalet Bakanlığı, Milletlerarası özel hukuk ile ilgili kanun tasarısı evrağı, <https://konsultimet.rks-gov.net/Storage/Consultations/11-14-47-26042018/ALB-Dokumenti%20per%20konsultim>, s.3-4 (26.04.2018)

⁴⁰ Ch. J. Holst., **The Reform of PIL Acts of South East Europe, with Particular Regard to the West Balkan Region**, Anali Pravnog Fakulteta, 2016, s.133.

⁴¹ Kuzey Makedonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu için bkz. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_10_101_2319.html (03.05.2023).

⁴² Karadağ Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu için bkz. <https://wapi.gov.me/download/47030600-ef05-465b-be2f-e83b2c43b46d?version=1.0> (03.05.2023).

⁴³ Hırvatistan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu için bkz. https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_10_101_2319.html (03.05.2023)

⁴⁴ Bkz. Law No. 08/L -028 On Private International Law, <https://gzk.rksgov.net/ActDetail.aspx?ActID=6259> (11.09.2023).

bulunmaktadır⁴⁵. Sonuç olarak, günümüzde sadece Sırbistan mahkemeleri, eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyeti döneminden kalma, Belirli İlişkilerde 3. Devletlerin Hukuk Normları ve İç Kanunlar Arasındaki İhtilâflarının Çözülmesi ile İlgili 43/82 ve 78/822 Sayılı Kanun’u uygulamaya devam etmektedir.

C. Eski Yugoslavya Hukukî Düzenlemelerindeki Kamu Düzeni Kavramı

Belirli İlişkilerde 3. Devletlerin Hukuk Normları ve İç Kanunlar Arasındaki İhtilâflarının Çözülmesi ile ilgili 43/82 ve 78/822 Sayılı Kanun’un 4. maddesinde “kamu düzeni” kavramı yerine “toplumsal teşkilatlanma ilkeleri” kavramı kullanılmıştır⁴⁶. Söz konusu hükme göre yabancı bir hukuk normu, eski Yugoslavya’nın Federal Anayasasında belirtilen “toplumsal teşkilatlanma ilkelerine” aykırı olması halinde uygulanamayacaktır. Ancak, ismi geçen kanunun tasarı metinleri incelendiğinde, bu kanun tasarılarında “toplumsal teşkilatlanma ilkeleri” kavramı yerine “kamu düzeni” kavramının kullanıldığı görülecektir⁴⁷.

Aynı kavram, ayrıca, 1977 yılında yürürlüğe giren Havacılık Kanununun hukukî ilişkiler kapsamındaki yükümlülüklerle ilgili 230. maddesinde de kullanılmıştır. Bundan yola çıkarak, “Belirli İlişkilerde 3. Devletlerin Hukuk Normları ve İç Kanunlar Arasındaki İhtilâflarının Çözülmesi ile ilgili 43/82 ve 78/822 sayılı kanunun” 4. maddesinde kullanılan “toplumsal teşkilatlanma ilkeleri” kavramının “kamu düzeni” kavramı ile aynı anlama geldiği ileri sürülmektedir⁴⁸. Konuya daha fazla açıklık getirebilmek için eski Yugoslavya’nın Federal Anayasasında belirtilen “toplumsal teşkilatlanma ilkeleri” ve “kamu düzeni” kavramlarının incelenmesi gerekmektedir. Eski Yugoslavya Sosyalist

⁴⁵ http://www.prafak.ni.ac.rs/files/pil_serbia_trans.pdf (06.5.2023)

⁴⁶ Bu kavram, ayrıca “Belirli İlişkilerde 3. Devletlerin Hukuk Normları ve İç Kanunlar Arasındaki İhtilâflarının Çözülmesi ile ilgili 43/82 ve 78/822 sayılı kanunun” 91 ve 98. maddelerinde de zikredilmektedir. Söz konusu maddeler, yabancı mahkeme kararlarının ve arabuluculuk kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgilidir.

⁴⁷ Sajko, K, **Medjunarodno Privatno Pravo (Private International Law)**, 1982, s.137’da atıf verilen 1981 yılın nisan ayının kanunun taslağının 4. maddesine bakınız.

⁴⁸ “Belirli İlişkilerde 3. Devletlerin Hukuk Normları ve iç Kanunlar Arasındaki İhtilâflarının Çözülmesi ile ilgili 43/82 ve 78/822 sayılı kanunun” 4. maddesine bakınız.

Federasyonu ülke mahkemeleri, yabancı unsurlu özel hukuk konularında, eski 1974 Yugoslavya Sosyalist Federasyonu Anayasasında tanımlanan toplumsal teşkilatlanma ilkeleriyle açıkça çeliştiği durumlarda yabancı hukuku uygulamamıştır⁴⁹. Mahkemelerin bu yaklaşımı birçok Yugoslav yazar tarafından ileri sürülmüştür⁵⁰. Bahsi geçen yazarlara göre, mahkemelerin bu yaklaşımı, “kamu düzeni” kavramının dışlayıcı ve sınırlandırıcı bir niteliğe sahip olmasından kaynaklanmıştır. Bundan yola çıkarak, “Belirli İlişkilerde 3. Devletlerin Hukuk Normları ve İç Kanunlar Arasındaki İhtilâflarının Çözülmesi ile ilgili 43/82 ve 78/822 Sayılı Kanun’un” 4. maddesine göre yabancı hukuk normları, ancak Eski YFSC’nin Anayasasında belirtilen toplumsal ilkelere aykırı olması durumunda uygulanmayacaktır. Ancak bazı yazarlara göre, böyle bir yorum “kamu düzeni” kavramının çok dar bir anlamda kullanılmasına sebebiyet vereceği için yasa koyucunun amacına aykırı olacaktır⁵¹. Bundan dolayı, söz konusu Kanunun 4. maddesinin, mahkemeler tarafından daha çok geleneksel bir çerçevede yorumlanması gerekecektir. Bu demek ki yabancı hukuk normlarına nazaran önceliğe sahip olan Yugoslav sosyo-politik düzenin temel ilkeleri sadece ilgili Anayasada belirtilen ilkeler olmayacaktır.

Görüldüğü üzere, Yugoslav toplumsal düzeninin temel ilkelerine aykırı olan yabancı hukuk normlarının mahkemeler tarafından uygulanmamasını öngören iç normlar mevcuttu. Doğal olarak, yabancı normların uygulanabilirliği ayrıca her somut olayın ilgili verilerine göre belirlenmekteydi.

Hâkim, bir yabancı hukuk normunun, Yugoslav iç kamu düzenine aykırılığını tespit ettiğinde, o normu uygulamayacaktır⁵². Örneğin, evlilik dışında olan çocuklara miras hakkı tanımayan bir yabancı hukuk normu, iç hukukta uygulanmamıştır. Zira iç hukukta evlilik içinde ve evlilik dışındaki çocukların, miras açısından eşit haklara sahip olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu yabancı hukuk normunun öngördüğü miras paylaşım oranlarının

⁴⁹ Varady, T, op. tit. note 2, s. 89; Ročkomanović, M, **Javni poredak u medjunarodnom privatnom pravu (Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni)**, Niš 1988, s. 103.

⁵⁰ Katičić, N., **Medjunarodno Privatno Pravo (Milletlerarası Özel Hukuk)**, Belgrad, 1978. s. 48.

⁵¹ Katičić, N., 1978, s. 48.

⁵² Varady, T., **Podloge za kompatibilnost i podudarnost u MPP" (Milletlerarası Özel Hukukta Uygunluk ve Uyumluluğun Temelleri)**, Jugoslovenska revija za medjunarodno pravo, (Eski Yugoslavya Milletlerarası Özel Hukuk İncelenmesi) br. 2-3, 1986, s. 189-203.

iç hukukta uygulanmaması için herhangi bir sebep yoktur⁵³. Böylece bir yabancı hukuk normunun, iç kamu düzenine aykırı olmayan hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Hatta mirasçının evlilik dışı çocukları olmasaydı, yabancı hukuk normunun olduğu gibi uygulanması, etki açısından bir fark etmeyecektir⁵⁴.

Dolayısıyla yabancı hukuk normlarının etkileri de dikkate alınır. Eski Yugoslavya hukuk düzeninde, kamu düzeninin, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında, biri olumlu ve diğeri olumsuz olmak üzere, iki fonksiyonunun olduğu ileri sürülmektedir⁵⁵. Yugoslavyalı hukukçulara göre kamu düzeninin olumsuz fonksiyonu sayesinde, ona aykırı olan bir yabancı hukuk normunun uygulanması engellenmiş olur. Olumsuz fonksiyonun hemen akabinde meydana gelen olumlu fonksiyon sayesinde ise iç hukuk normlarının uygulanması sağlanmaktadır⁵⁶. Bahsi geçen yazarlar, kamu düzeninin dikkate alınıp iç hukukun (*lex fori*) uygulanabilmesi için somut hukukî olay ile iç hukuk arasında minimum sayıda bazı bağlantıların mevcut olması gerektiğini ileri süren *Khan*'ın görüşünü desteklemiştir⁵⁷. Bahsi geçen minimum sayıdaki bağlantılardan oturma yeri, ikamet yeri, vatandaşlık ile

⁵³ Varady, T., 1986, s.189-202.

⁵⁴ Varady, T., 1986, s.189-202. Söz konusu olan örnekte, yabancı hukuk normu, evlilik dışında olan çocukların mirasçı olamayacağını öngörmektedir. Ancak eski Yugoslavya hukukuna göre hem evlilik içinde hem evlilik dışında olan çocuklara eşit bir şekilde miras hakkı tanınmaktaydı. Böyle bir konu eski Yugoslavya'nın mahkemeleri önüne gelmiş olsaydı, bu mahkemeler öncelikle yabancı hukuk normunu incelemiş olacaktır. İncelenen yabancı hukuk normunun uygulanmasına izin verilirse, evlilik dışında olan çocuklara miras hakkı verilmeyecektir ve bu durum Yugoslavya kamu düzenine aykırı olurdu. Ancak mirasını evlilik dışı herhangi bir çocuğu olmadığında göre, yabancı hukuk normunun, Yugoslavya kamu düzeni üzerine herhangi bir etkisi olmayacaktır. Başka bir ifade ile, ilk bakışta kamu düzenine aykırılık olan bir yabancı hukuk normunun, kamu düzeni üzerine herhangi bir gerçek etkisi yoksa, uygulanmasına izin verilebilir.

⁵⁵ Jezdiç, M., **Medjunarodno Privatno Pravo I.** (Milletlerarası Özel Hukuk, I) Priştine Üniversitesi, Priştine, 1965, s 321.

⁵⁶ Dika, M, Knežević, G, Stojanović, S, **Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu (Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Yorumlar)**, Belgrad, 1991, s. 86.

⁵⁷ Jezdic, M., Pak, M. E **Drejta Ndërkombëtare Private II**, (Milletlerarası Özel Hukuk II) Priştine Üniversitesi, 1965. s.10.

ilgili konular kastedilmiştir⁵⁸. Mahkemelerin de ilgili olayları incelerken ilk önce bu tür bağlantı noktalarını, kamu düzeni kapsamında değerlendirmeleri gerekmektedir⁵⁹.

Sonuç olarak, bu konu ile ilgili her zaman değerlendirilmesi gereken, iç kamu düzeni ve yabancı hukuk normu arasındaki ilişkidir. Söz konusu ilişki adalet ve temel hukuk prensipleri ışığında değerlendirilmelidir. Yabancı hukuk normlarına uygulama imkanını tanımak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması açısından önemlidir. Ancak yabancı hukuk normunun uygulanmasını engelleyen kamu düzeninin öncelikli kuralı, genel anlamda, adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir. Başka bir ifade ile, genel adalet milletlerarası özel hukuk adaletinden önceliklidir⁶⁰.

D. Eski Yugoslavya'daki İç Kanunlar İhtilâfında Kamu Düzeni

Eski Yugoslavya hukukundaki iç kanunlar çatışması, 1971 yılı değişikliklerinin kabul edilmesinden sonra ve özellikle eski Yugoslavya Anayasası ile 1974 Cumhuriyet ve eyalet anayasalarının kabul edilmesinden sonra ortaya çıkmaktadır⁶¹. Yani 1974 tarihli Anayasaya göre Federasyon, cumhuriyetler ve iller arasında bir yetki paylaşımı vardır. 1974 Anayasası ve değişiklikleriyle tanımlanan bu yetki paylaşımı, Federasyon ile cumhuriyetler ve iller arasında yasal sorumluluk ve yetkilerin hiyerarşik olmasını sağlamıştır⁶².

Ancak federasyon, 1974 tarihli Anayasayla, çeşitli alanlardaki çok sayıda ve önemli yetkiyi cumhuriyetlerin ve eyaletlerin yetki alanına devretmiştir. Böylece Federasyonun genel olarak yetkileri ve cumhuriyetlere ve eyaletlere yönelik özel mevzuat

⁵⁸ Jezdic, M., Pak, M., **E Drejta Ndërkombëtare Private III**, (Milletlerarası Özel Hukuk III), Priştine Üniversitesi, Priştine, 1965. s. 6.

⁵⁹ Jezdic, M., Pak, M., 1965, s.7.

⁶⁰ Kegel.G., **Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers**, The American Journal Of Comparative Law, Vol 27, 1979, s. 632.

⁶¹ Bilalli, A., Kuçi. H., **E Drejta Ndërkombëtare Private, Pjesa e Veçantë** (Milletlerarası Özel Hukuk, Özel Bölüm), Tetova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2022, s.194

⁶² 1974 Eski Yugoslavya Anayasası'nın 20. maddesinin 1. fıkrası ve 29. maddesinin 3. Fıkrasında değişiklik yapılması.

düzenlemesi, eski YSFC'nin önceki anayasalarına kıyasla önemli ölçüde daraltılmıştır⁶³. Cumhuriyet ve eyaletlerin hukukî faaliyetlerinin birçok alanda, özellikle aile hukuku ilişkileri alanında bariz bir şekilde genişlemesini, eski YSFC'nin cumhuriyetleri ve eyaletlerinde "*aynı hukukî ilişkinin farklı şekillerde*" düzenlenmesi olasılığını yaratmıştır. Bu durum, yabancı unsurlu özel hukuk konularında, eski cumhuriyetlerin veya eyaletlerin somut kanunlarının yetki esasına göre uygulanmasıyla sorunun gündeme geldiği ve çözüldüğü iç hukuk çatışmasını yaratmıştır⁶⁴.

Bu davada gözlemlenen şey, aile ve medeni hukuk konularında yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinin, federal, cumhuriyet ve eyalet düzeyinde düzenlenmesinin aynı olduğu, ancak farklı şekillerde düzenlendiği gerçeğiyle ilgilidir. Pratikte de uygulanan bu görüş, özel hukuk ilişkileri düzenlemesini aile meseleleri ve ötesinde yabancı bir unsurla birleştirmenin tek yolunun bu olduğunu vurgulayan avukat *Blagojević* tarafından ileri sürülmüştür.

Federasyon ile cumhuriyet ve iller arasındaki aile ve medeni hukuk konularındaki hukukî ilişkilerin birleştirici bir şekilde düzenlenmesi esası eski YSFC Anayasasına dayanmaktadır. Çünkü eski YSFC'nin 406 maddeden oluşan Anayasası dünyanın en uzun anayasalarından biriydi ve aynı zamanda medeni hukuk ile aile hukuku konularını da aynı şekilde düzenlemişti.

Aile ve medeni hukuk ilişkilerinin yabancı bir unsurla düzenlenmesindeki bu tekdüzellik, cumhuriyetler ve eyaletler arasındaki yerel kanunların çatışmasında kamu düzeninin uygulanmasını imkânsız hale getirmiştir⁶⁵.

Örneğin, bir kavram olarak birlikte yaşama, eski YSFC Anayasası tarafından düzenlenmektedir⁶⁶. Somut olarak, 1974 tarihli eski YSFC Anayasasının 190. maddesi, evlilik ve aile oluşturmaya ilişkin diğer hukukî ilişkilerin kanunla düzenlendiğini

⁶³ Blagojevic, B., **Unutrašnji sukob zakona, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada**, (Kanunların iç İhtilâfı, Mülkiyet Hukuku ve Toplu İşçi Hakları Ansiklopedisi) tom III. List SFRJ, Belegade, 1978, f. 596

⁶⁴ Bilalli, A., Kuçi, H., 2022 s.194.

⁶⁵ Bilalli, A., Kuçi., **Kolizioni i Ligjeve, Konflikti Ndërkombëtar dhe Interlokal i Ligjeve**, (Kanunların İhtilâfı, Milletlerarası ve İç Kanunlar İhtilâfı), Iliria Üniversitesi, Priştine 2007 s. 105

⁶⁶ 14. Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia No. 9/1974.

belirtmektedir. Her ne kadar bu Anayasa, hangi ailelerin anayasal korumaya hak kazandığını tam olarak belirtmese de, yukarıda belirtilen gereklilik, herhangi bir ayrım yapılmaksızın, evlilik dışı aile için de geçerlidir. Bu, evlilik dışı aile oluşturma'nın yasal haklarının garanti altına alınmasıyla ilgilidir. Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki 1974 Federal Anayasa'nın 154. maddesi kadın ve erkekler için eşit hakları garanti etmektedir: Tüm vatandaşlar mensup oldukları uyruk, ırk, din, cinsiyet, dil, eğitim veya sosyal statüye bakılmaksızın hak ve yükümlülükler bakımından eşitlerdir. Sonuç olarak, Yugoslav aile hukukunda erkek ve kadınlar, birlikte yaşayan partner ve ebeveynler olarak eşit haklara ve yükümlülöklere sahiptirler.

Bu Anayasa maddelerine dayanarak, Kosova dahil eski Yugoslavya⁶⁷ cumhuriyetleri ve eyaletleri, evlilik yanı sıra birlikte yaşamayı da özel kanunlarla düzenlemiştir. Özellikle, 1974 tarihli Kosova Sosyalist Eyaleti Evlilik Yasası'nın 46. maddesi, bir erkek ile bir kadının birlikte yaşamasına izin vermektedir⁶⁸. Ayrıca, Sırbistan Cumhuriyeti Evlilik ve Aile İlişkileri Kanununun 16. maddesi, 1974 tarihli eski Yugoslavya Anayasası'nda belirtildiğı gibi, bir erkek ile bir kadın arasında birlikte yaşamaya izin vermektedir.

Böylece, eski Yugoslavya kamu düzeninin, 1971 değışiklikleri ve 1974'teki cumhuriyet ve eyaletlerin yeni anayasaları sonrasında ortaya çıkan kanun ihtilâflarına uygulanması konusunda, eski YSFC'de kamu düzeninin uygulanamayacağı görüşünü benimsenmiştir. Bunun nedeni, eski YSFC'de yasaların iç çatışması niteliğinin, kamu düzeninin uygulanmasını haklı çıkarmamasıdır; çünkü bir cumhuriyetin veya özerk eyaletin hakkının, başka bir cumhuriyete veya özerk eyalete açık bir şekilde muhalefet etmesi mümkün olmamıştır. Çünkü 1974 tarihli eski YSFC Anayasası, eski Yugoslavya hukuk düzeninin birliğini sağlamaya yönelik daha fazla araç içeriyordu⁶⁹.

⁶⁷ Croatia Law on Marriage and Family Relations of 1978; Slovenian law on Marital and Other Family Relations of 1976; The Law on Marriage and Family Relations of the SR of Bosnia and Herzegovina etc.

⁶⁸ Published in the Official Gazette of the SAP of Kosovo No. 43/1974. Art. 46, was repealed in No. 3/1977.

⁶⁹ Bilalli, A., Kuçi. H., 2022, s.105.

II. KOSOVA VE TÜRK HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

Kosova ve Türkiye'deki kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında, kamu düzeni kavramı birçok yazar tarafından ele alınıp yorumlanmıştır. Kamu düzeni kavramı, devletlerin egemenlik alanı (hakları) ile ilgili olan ve yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkileri kapsamında çok önemli ve karmaşık bir rol oynamaktadır.

Yargıtay'a göre kamu düzeni kavramı, Türk hukukunun temel ilkeleri, genel ahlak, örf ve adetler, Türk hukuk düzenine dayanan temel hukuk kavramları ve genel politikalar, Türk Anayasası ile korunmaya alınan temel hak ve özgürlükleri kapsamaktadır. Bunların yanı sıra, devletin siyasi ve ekonomik düzeni de kamu düzeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁰.

Türk hukukunda kamu düzenini oluşturan ilke ve değerlerden farklı olarak Kosova hukukunda kamu düzeni, başlangıçta Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 7. maddesinde sıralanan değerlerden oluşur. Söz konusu değerler şunlardan ibarettir: Özgürlük, barış, demokrasi, eşitlik, insan temel hak ve hürriyetleri, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı, çevrenin korunması, sosyal adalet, çok partililik, güçler ayrımı ve pazar ekonomisi.

Kosova Anayasasında ayrıca demokrasinin temel değerlerinden biri olan cinsiyet eşitliliği de düzenlenmektedir. Bu kapsamda Kosova'da kadın ve erkeklerin siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili eşitliği vurgulanmaktadır⁷¹. Aslında, Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 7. maddesinde belirtilen değerlerin ve yürürlükteki diğer hukuk normlarında düzenlenen değerlerin, özünde kamu düzenini oluşturduğu kabul edilmektedir. Anayasanın 7. maddesinde ve Kosova Cumhuriyeti yürürlükteki mevzuatın diğer ilkelerinde ifade edilen değerler kamu düzenini ifade eder.

Kosova Cumhuriyeti'nin bazı kanunlarında da kamu düzeninden bahsedilmektedir. Şöyle ki Kosova Borçlar Kanununun 37. maddesine göre borç, kamu düzenine,

⁷⁰ Yar.HGK., 6.5.1998, E,12-287/K.325; Yar. İBHKG, 10.02.2012, E. 2010/1-K.2012/1: RG 20.09.2012-28417, Nomer, E., **Devletler Hususi Hukuku**, 23 Bası, İstanbul- Ekim, 2021, s.165

⁷¹ Hasani, E., Čukalović, I., **Komentar Kushtetuta e Republikës së Kosovës** (Yorum Kosova Cumhuriyeti Anayasası), Baskı no.1, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Prishtinë, 2013, s. 40.

yürürlükteki diğer emredici normlara ve ahlak kurallarına aykırı olursa geçersizdir⁷². Borçlar hukuku uzmanlarında göre, kamu düzenine aykırı olan borçlar geçersizdir⁷³. Yabancı unsurlu meselelerde yabancı hukuk normunun uygulanıp uygulanmaması konusu, öncelikli olarak kamu düzeninin ilkelerini ve ahlak kurallarını gözetmeye görevli olan mahkemeler tarafından karara bağlanır⁷⁴. Kosova Aile Kanunu ise kamu düzeni ile ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir⁷⁵.

Kosova Anayasasının 37. maddesine göre “*Herkes, kendi hür iradesi ile, hukuka uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir. Evlilik ve boşanma kanunla düzenlenir ve eşlerin eşit olması esasına dayanır*”. Kosova Aile Kanununun 14. maddesine göre “*Farklı cinsiyetteki iki kişinin birleşmesini resmi olarak sağlayan evlilik müessesesi ile eşler hür iradeleri ile aile kurmak amacı ile birlikte yaşamaya karar verir*”. Bu iki hükmü birlikte değerlendiren bir kısım hukukçular, bunların arasında bir uyumsuzluk olduğunu ileri sürmüşlerdir⁷⁶. Şöyle ki Kosova Anayasasının 37. maddesinin 1. paragrafında “herkesin hür iradesinden” bahsedilmektedir⁷⁷. Böyle bir ifade kapsayıcı olarak değerlendirilmiş olup, evlilik hakkına sahip olan sükeleri işaret etmektedir. Söz konusu ifadede aynı anda evlilik

⁷² 04/L-077 sayılı Borçlar Kanunu, 19 Haziran 2012, 37-38. maddeleri.

⁷³ Dauti, N., Berisha, R., Vokshi, A., Aliu, A., Blakaj, S., **Komentar Ligji për të Drejtën e Detyrimeve** (Yorum, Borçlar Hukuku Yasası), 2. bası 2013, Priştine, s. 613.

⁷⁴ Dauti, N., Berisha, R., Vokshi, A., Aliu, A., Blakaj, S., 2013, s.140.

⁷⁵ 2004/32 sayılı Kosova Aile Kanunu, 4 sayılı 2006 tarihli Geçici Kurumların Resmî Gazetesi.

⁷⁶ Anayasaların çoğu evliliği ne gizli ne de kutsal bir birliktelik olarak değerlendirmektedir. Bu anayasalarda evlilik genellikle gerekli ve korunması gereken toplumsal bir olgu olarak nitelendirilmektedir, zira evlilikten çocukların yetiştirildiği aile kurumu kurulur. Avrupa Temel İnsan Hakları ve Hürriyetleri Sözleşmesinde de belirli bir yaşa gelmiş kadın ve erkeklerin, iç hukuklarının düzenlemeleri kapsamında, evlenme ve aile kurma hakkı düzenlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin incelediği davaların çok azının konusu evlilik haklarının ihlali ile ilgilidir. Örneğin Johnson ve diğerleri 1986.

⁷⁷ Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin KI63/09 sayılı kararına bakınız. Söz konusu kararda mahkeme evlenme ve aile kurma hakkının ihlalinin mevcudiyetini kabul etmemiştir. Davacı taraf, başvurusunda, İsveç devletinin ırkçılıktan kaynaklanan sebeplerden ötürü evlilik ve aile kurma hakkının ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mevcut olayın konusu yabancı bir devletin yetkisinde olan bir konu olduğundan dolayı, Anayasa Mahkemesi davayı reddetmiştir.

konusundaki eşlerin “hür iradesi” de vurgulanmaktadır⁷⁸. Anayasanın bu hükmü evlilik hakkının herkese özgür bir şekilde tanındığı şeklinde yorumlanmıştır.

Bundan dolayı, Aile Kanununda belirtilen “eşlerin farklı cinslerde olması” şartı, aynı cinsten olan kişilerin evliliklerine engel olduğu için Anayasaya aykırı olarak değerlendirilmiştir. Uygulamada da Kosova’da yetkili belediye memurları⁷⁹ aynı cinsteki evliliklerin gerçekleştirilmesine izin vermemektedir. Söz konusu uygulama bazı hukukçular açısından Anayasanın 37. ve 24. maddelerine aykırılık olarak değerlendirilmiştir⁸⁰.

Diğer taraftan hukukçuların çoğu Kosova Aile Kanununun 14. maddesine ve eski Yugoslavya Milletlerarası Özel Hukukun 32. maddesine dayanarak aynı cinsiyetteki kişilerin evlenmesini Kosova kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür⁸¹.

Kosova yargı kararları da bu yöndedir. Örneğin, Priştine Birinci Derece Hukuk Mahkemesi, C.nr.2244/2017 sayılı kararında, evlenmek isteyen aynı cinsiyetteki iki kişinin davasını, Aile Hukukuna aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile reddetmiştir⁸². Ancak bazı hukukçular bu emsal kararı eleştirirken, onun hukukî dayanağının Aile Kanunu değil, Anayasa olması gerektiğini ileri sürmüştür, zira Anayasa kanunlara nazaran üstündür⁸³.

Kosova Anayasasının 102. maddesine göre mahkemeler yargı görevlerini Anayasaya uygun olarak yürütür. Bu kapsamda mahkemeler hukuk normlarının hiyerarşisini de gözetmekle mükelleftir. Ancak bu şekilde Anayasada belirtilen değerler

⁷⁸ Hasani, E/Čukalović, I, 2013, s. 129.

⁷⁹ Kosova Aile Kanununun 28. maddesine göre evliliklerin resmi işlemlerini gerçekleştirmeye yetkili makam olarak, belediyelerin ilgili memurları belirlenmiştir.

⁸⁰ Kosova Anayasasının 37. maddesinde evlenme ve aile kurma hakkı, 24. maddesinde ise kanunun önünde herkesin eşit olduğu düzenlenmiştir.

⁸¹ 2015 yılın 135/09 sayılı mahkeme kararına göre, aynı cinsiyete ait bir Kosova vatandaşının bir Fransa vatandaşı ile evlenme talebi reddedilmiştir.

⁸² Priştine Birinci Derece Hukuk Mahkemesinin C.nr.2244/2017 sayılı kararına bakınız. Bu kararda şu ifade edilmiştir: Mahkeme ancak Aile Kanuna dayanarak kararını verir, bunun dışında başka hukuki normlara (Anayasa gibi) dayanmaz.

⁸³ Pattaro, E., **Hans Kelsen’s Normativist Reductionism**, The Author. Journal compilation © 2008 Blackwell Publishing Ltd, 9600 Garsington Road, Oxford OX4 2DQ, UK and 350 Main Street, Malden 02148, USA.

daha iyi bir şekilde korunmuş ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanmış olacaktır. Kamu düzeninin korunması da bu değerlere dayanacaktır.

17 Şubat 2008 tarihinde Kosova Cumhuriyeti bağımsız bir devlet olarak ilan edildi⁸⁴. Siyasi, hukukî, sosyal ve ekonomik koşulların değişimi sonucu, Kosova Cumhuriyeti kurumları, çeşitli hukukî konuların düzenlenmesi ve bunların pratikte uygulanmasında zorluklarla karşılaştı⁸⁵.

Kosova'da kanunlar ihtilâfı hukuku alanında, bu alandaki yasal hükümlerin uygulanmasında büyük zorluklar yaşanmaktadır. Bütün bunlar, 1983'ten Eylül 2022'ye kadar yürürlükte olan Kanunların Bazı İlişkilerdeki Diğer Ülke Hükümleriyle Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Kanun'un bilinmemesinden kaynaklanmaktadır⁸⁶. İncelediğim kararların hiçbirinde ve hiçbir durumda Eylül 2022'ye kadar yürürlükte olan Kanunlar İhtilâfının Bazı İlişkilerdeki Diğer Ülkelerin Hükümleriyle Çözümlemesi Hakkında Kanun'dan bahsedilmemektedir. Yani bir yandan yabancı unsurlu özel hukuk davasının var olduğu kolaylıkla tespit edebilir, diğer yandan mahkemeler, yürürlükte

⁸⁴ Bajarami, A., Hasani, E., Kuçi, H., Islami, I., Gashi, H., Morina., Puka,A., Hajdari,A., Batalli,M., Istrefi,R., **Hyrje në Sistemin Ligjor në Kosovë** (Kosova Hukuk Düzenine Giriş), Hukuk Fakültesi ve Kosova Hukuk Akademisi ve Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Prishtinë, 2019.s.3

⁸⁵ KIPRED, Birleşmiş Milletler'in Kosova'daki Misiyonu ve Kooperatif Mülkiyetlerin Özelleştirilmesi. Kosova'da devam eden özelleştirme sürecinin kritik incelenmesinin 9. Sayfası. Birleşmiş Milletler Örgütünün 1244 (1999) sayılı Kosova Rezolüsyonu ile kurulan Kosova'nın Geçici Yönetimi için öngörülen görevler arasında PSSP'nin idari nitelikte hukuki normlar oluşturma görevi de yer almaktadır. Kosova'daki yürürlükteki mevzuat kapsamında PSSP'nin çıkardığı hukuki normlar, iç kanunlar ve 22 Mart 1989 tarihinden önce çıkarılan diğer kanunlar bulunmaktadır. Bahsi geçen tarih, Kosova'nın özerkliğinin Sırbistan tarafından askıya alındığı tarihtir. Kosova'daki iç mevzuat, federal mevzuatı, yeni cumhuriyetin mevzuatı ve bölgelerin mevzuatından oluşmaktadır. 22 Mart 1989 tarihinden önce çıkarılan hukuki mevzuat, ancak iç hukukta ilgili hukuki düzenlemelerinin yokluğunda geçerli olabilecektir. Ayrıca bu mevzuatın ayrımcılık içermemesi ve uluslararası hukukta korunan temel insan hak ve hürriyetlerine aykırı olmaması gerekmektedir.

⁸⁶ 10 Haziran – 10 Aralık 2019 döneminde, 6 aylık süren bir çalışma sürecinde yabancı unsur içeren özel hukukla ilgili birçok mahkeme kararı tarafımdan incelenmiştir. Kosova'daki toplamda 6 ilk derece mahkeme kararlarının incelememin sonucunda, yabancı unsur içeren özel hukuk meseleleri karara bağlanırken, milletlerarası özel hukukun hiçbir kuralı dikkate alınmadan, iç hukuk kurallarına göre değerlendirme yapıldığı tespit edilmiştir. Örnek olarak şu kararlar gösterilebilir: C.1615/2015, C710/2018, C.279/2013, C116/2013, C518/2016/ C290/2018, C17/2018, C234/2017/C335/2017/161/2015 ve saire.

olduğu sürece, eski Yugoslavya'nın milletlerarası hukukuna atıfta bulunmadan doğrudan iç hukuku uygulamışlardır⁸⁷.

Dolayısıyla yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk konularının, mahkeme uygulamalarına göre, yabancılık unsuru içermeyen medeni hukuk konuları içerisinde ele alınıp çözümlendiği sonucuna varabiliriz. Dolayısıyla yargı sistemi bu alanla ilgili profesyonel hakimlerden yoksundur ve Eylül 2022'ye kadar yürürlükte olan kanunun ekonomik, bağımsız Kosova devleti değişikliklerinin siyasi ve hukukî sorunlara cevap vermemesi nedeniyle bu alanı düzenlemenin hukukî dayanağı konusunda eksikliği söz konusudur⁸⁸.

Eylül 2022'de "08/L-028 sayılı Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu" yürürlüğe girdi. Bu Kanunun 14. maddesinde, yabancı devlet yasa hükmünün, uygulanmasının etkilerinin Kosova Cumhuriyeti kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir. Kosova Cumhuriyeti kamu düzeninin, yabancı hukukun uygulanmasını engellemesi için Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 14. maddesinin 2. paragrafında iki kriter getirilmiştir: Birincisi davanın Kosova Cumhuriyeti kamu düzeniyle bağlantısı, ikincisi ise yabancı hukukun uygulanmasından doğabilecek sonuçlarının değerlendirilmesi.

İlk kriter, kamu düzeninin yabancı hukuka uygulanabilmesi için hukukî ilişki ile davanın açıldığı yer arasında asgari düzeyde bağlantı noktalarının bulunması gerektiği gerçeğiyle ilgilidir⁸⁹. İkinci kriter ise hâkimin yabancı hukukun uygulanmasından doğacak sonuçların değerlendirilmesi konusunda takdir yetkisini belirlemekte olup, bu takdir yetkisi 14. maddenin 1. fıkrasıyla sınırlıdır. 14. maddenin 1. fıkrasında ise "*Kosova Cumhuriyeti kamu düzenine aykırılık nedeniyle yabancı devlet kanununun hükmü uygulanamıyorsa, gerektiği şekilde Kosova Cumhuriyeti kanununun ilgili hükmü uygulanır*" hükmü yer almaktadır. Böylece, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 14. maddesinin 1. ve 3.

⁸⁷ Gilan Birinci Derece Mahkemesi, biri Kosova vatandaşı ve diğeri Norveç vatandaşı olan eşlerin boşanma davasına bakarken, sadece Kosova 2004/32 sayılı Aile Kanununu dikkate alarak, uygulanabilecek diğer milletlerarası özel hukuk normlarını göz ardı etmiştir.

⁸⁸ Milletlerarası Özel Hukukun düzenlenmesi ile ilgili konsept belgeye bakınız. Söz konusu belge Priştine'de Kosova Hükümetinin 02.29 sayılı ve 15.03.2015 tarihli kararıyla düzenlenmiştir. s. 4.

⁸⁹ Jezdic, M., Pak, M., 1965, s. 83.

fıkraları, modern devletlerin çağdaş mevzuatlarında tanımlandığı şekliyle kamu düzeninin önce olumsuz, sonra olumlu işlevini kabul etmiştir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE SORUNU

Kamu düzeni kavramının anlamı ve adlandırma sorununun, karşılaştırmalı hukuk kapsamında değerlendirilmesi, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine uygulanacak kamu düzeni kuralları açısından önem arz eder.

Bu kapsamda, Rus Profesör *Koretskii*'nin, kamu düzeni kavramı konusunda, ünlü Avukat *Martin Wolf*'tan farklı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. *Koretskii*, “*public policy*” ve “*order public*” kavramlarının birbirleri ile karıştırılmaması gereken iki farklı kavram olduğunu vurguladıktan sonra, İngiliz hukukçuların bu konu ile ilgili belirsizlikleri henüz açıklığa kavuşturmamış olduklarını izah etmiştir⁹⁰. Yazar *Koretskii*’ye göre, kamu düzeni kurallarının, yabancı hukuka karşı sınırlandırıcı özelliği, hâkime, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinin hukukî değerlendirmesinde geniş bir takdir yetkisi sağlamaktadır⁹¹.

Amerika Birleşik Devletleri Restatement II’nin 90. maddesinde de belirlenmekte olan “*public policy*” kavramı, Amerikan ve Anglosakson sisteminde daha geniş bir şekilde kullanılmaktadır. Bahsi geçen hükümde kamu düzenine (“*public policy*’ye”) aykırı düşen yabancı hukuk kurallarına dayanan davaların reddedileceği öngörülmektedir⁹². Bu kapsamda, hukukun temel ilkelerine aykırı bir hukuk normu, kamu düzenine de aykırı sayılacaktır⁹³. Ancak vurgulanması gereken konu şu ki: Anglosakson hukuk düzeninde, hukukun temel ilkelerinin ihlali durumu çok nadiren meydana gelebilecek bir durumdur. Zira bu hukuk düzeninde, yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesine yönelik, kamu düzeni kurallarının yanı sıra, başka hukukî teknik araçlar da mevcuttur.

⁹⁰ Garnefsky, A., **Public Policy in Soviyet Private International Law**, The Hague, Martinus Nijhoff, 1968, s. 23-24.

⁹¹ Jezdic, M., 1965., s. 200.

⁹² Bilalli, A., Kuqi H., 2012, s. 343.

⁹³ Bilalli, Asllan., Kuqi.H., 2012 s. 343.

Hukukun temel prensipleri, içinde kamu düzeni ile ilgili kuralları de kapsar. Kamu düzeni ise devletten devlete farklılık gösterebilir. ABD'nin eyaletleri arasında bile bu tür farklılıklar söz konusu olmuştur. *Oregon ve Washington*'un⁹⁴ kamu düzeni anlayışının farklarını gösteren önemli bir örnek *Landgraver v. Emanuel Lutheran Charity* davasıdır. Bu davada da tespit edildiği üzere, bir eyaletin hukuk normları başka bir eyaletin hukuk düzenine aykırı olursa uygulanmayacaktır⁹⁵. Başka bir ifade ile belirli bir eyaletin mahkemesi, yabancı unsur içeren bir davaya bakarken, kendi kamu düzenine aykırı olan diğer eyaletlerin hukuk normlarını uygulamaz⁹⁶. Mahkemenin bu yöndeki kararlarından memnun olmayan taraflar, ABD yargı sisteminin temyiz yollarına başvurarak ABD Yüksek Federal Mahkemesine kadar gidebilir⁹⁷.

Bilindiği üzere, ABD, XVIII. yüzyılın sonlarına kadar İngiltere'nin idaresi ve hükmü altındaydı. Bundan dolayı ABD'de kamu düzeni doktrini Anglosakson sisteminden önemli ölçüde etkilenmiş bulunmaktadır. Şöyle ki Amerikan mahkemeleri, İngiliz mahkemelerinin içtihatlarına her zaman itibar etmiştir. Bu içtihatların en çok kullanıldığı alan borçlar hukuku alanıdır⁹⁸. Bu alanda Amerikan mahkemeleri İngiliz mahkemelerin içtihatlarının yanı sıra, önemli ölçüde İngiliz hukuk düzeninden de etkilenmiştir⁹⁹. Dolayısıyla, Amerikan yargı sistemi, eyaletlerin kendi mahkemelerinden başlayarak ABD'nin federal mahkemelerine kadar, diğer güçlerden tamamen bağımsız olarak işlevini görür¹⁰⁰.

⁹⁴ Garnefsky, A., 1968, s.28.

⁹⁵ Breger, J.M., **Order Public and First Amendment**, the Review of Faith & International Affairs, Institute for Global Engagement, 2015, s. 39.

⁹⁶ Knežević, G., Dika.M., **Medjunarotnum privatno pravo**, (Milletlerarası Özel Hukuk) Belgrade, 1984, s.212.

⁹⁷ Knežević, G, Dika, M, 1984, s.213.

⁹⁸ Rawlas, J., **Drejtësia si Paanshmëri, Riformulim** (Tarafsızlık Olarak Adalet, Reformülasyon), ISP-DITA, 2000, çeviren Bashkim Shehu, Tiran, s.102.

⁹⁹ Varady, T, **Medjunarotnom Privtanom Pravo**, (Milletlerarası Özel Hukuk) Forum, Novi Sad, 1987, s. 81-86.

¹⁰⁰ Knežević, G, Dika, M, 1984, s.216.

Ayrıca, İngiliz mahkemelerinden etkilenen Amerikan mahkemeleri, belirli bir süre sonra bağımsızlıklarını pekiştirerek, ABD'nin devlet olarak güçlendirilmesine katkıda bulunmuştur¹⁰¹. Önemli bir hukukçu olan *Sir Edward Coke*'in şu ifadesi de bu durumu özetlemektedir: “*Meclisin çıkardığı bir hukuk normunun, genel hukuk ilkelerine ve ortak anlayışımıza aykırı ya da uygulanması imkânsız olması halinde, ortak hukuk prensiplerimiz üstün tutularak bu tür normlar geçersiz kılınacaktır*”¹⁰².

Amerikan hukuk düzenini etkileyen İngiliz hukuk düzeninde aslında kamu düzeni kavramı mahkemeler tarafından geliştirilen varsayımsal nitelikte bir kavram olarak ortaya çıkmıştır¹⁰³. Bu açıdan bakıldığı için kamu düzeni, toplumun düzeni için bir tehdit olarak algılanmıştır. Şöyle ki XVIII. yüzyılda bir İngiliz hâkim kamu düzenini “*gerçek bir siyasi gerekçe*” olarak nitelendirmiştir¹⁰⁴. Ancak zamanla kamu düzeni kavramı ile ilgili algı değişikliğe uğramıştır¹⁰⁵.

Bugünkü kamu düzeni kavramı hakkındaki algı, farklı isimlendirmeler kullanılsa da, bu kavramın daha çok hukukî sorunların çözümü ile ilgili olduğu yönündedir. Bu şekilde değerlendirmelerde bulunan yazarlar, aslında daha çok “*public policy*” kavramını kastetmektedirler. Onlara göre, çok eskiden İngiliz devletinde çeşitli kanunların içinde bulunan bir kamu düzeni mevcut bulunduğu halde, kimse bunun farkına varamamıştır¹⁰⁶. Dolayısıyla kamu düzeni yerine “*adalet*”, “*doğal hukuk*” veya “*ilahi hukuk*” gibi kavramlar kullanılmıştır¹⁰⁷.

Bu çerçevede o dönemin anlayışına göre kamu düzeni, insanların kalbinde bulunan ve onlara iyiyi kötünden ayırt etme yeteneğini veren, genel mantığa dayanan algısal bir

¹⁰¹ Nolte, G., **European and US Constitutionalism**, Cembridge University Press, 2005, s.49.

¹⁰² Dr. Bonham's Case, cited by S. Sherry, **Independent Judges and Independent Justice, Law and Contemporary Problems**, Vol. 61, 1995, s. 16.

¹⁰³ Valentin L., **Public Policy in English and American Law**, Universiteit Gent, 2012-2013. Gent, s. 8.

¹⁰⁴ The judgment of Lord Hardwicke in *Earl of Chesterfield v Janssen* (1750) 2 Ves Sen 125; 2.

¹⁰⁵ P.H. Winfield, Percy., **Public Policy in English Common Law**, The Harward Law Review Association, Vol 42, n°1, 1928 s. 92.

¹⁰⁶ Winfield. P.H, 1928, s.77.

¹⁰⁷ Yoshida. T, D., Kain, B., **The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law**, Annual review of Civil Litigation, 2007, s. 6.

kavram olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁸. Dönemin hâkimleri de bu anlayışı benimseyerek, kamu düzeni kavramını vermiş oldukları bazı kararlarına uygulamıştır. Bu konuda önde gelen yazarlardan *Knight* ve *Winfield*, çalışmalarında, dönemin ünlü hâkimleri olan *Littleton* ve *Coke*'un şu ifadesini aktarmaktadırlar: “*Kanunlar, sırf özel hukuka uygun diye genel menfaata uygun olmayanın geçerli olmasına izin vermeyecektir*”¹⁰⁹.

Buna rağmen, kamu düzeni kavramı, net bir şekilde tanımlanmamış ve geniş bir kavram olarak bir çeşit hukukî güvensizlik anlayışı içerdiği için, kanunlar ihtilâfı hukuku çerçevesinde uygulanmasında birçok zorluklarla karşılaşmıştır¹¹⁰. Söz konusu bu hukukî güvensizlik, *Burrough J.* isimli İngiliz hâkimin *Richardson v. Mellish* davasında kullandığı şu ifadede daha net bir şekilde görülmektedir: “*Kamu düzeni, üzerine binince sizi nereye götüreceği belli olmayan çok kontrolsüz bir ata benzer*”¹¹¹. Buna karşılık ünlü hâkim *Lord Denning* şunu ifade etmiştir: “*O ata iyi (yetenekli) bir kişi binerse, onu kontrol altına alabilir*”¹¹².

Bu tartışmalara dayanarak, mahkemeler kamu düzeninin dayanabileceği ilkelerin haritasını belirleyen birçok içtihatlar geliştirmiştir¹¹³. Bunlardan biri *Loucks v. Standard*¹¹⁴ kararıdır. Söz konusu kararda, hâkimlerin, temel hukuk ilkelerine, genel ahlaka ve İngiliz toplumunun ortak temel ilkelerine aykırı olmayan yabancı hukukun uygulanmasını reddetmekte özgür olmadıkları belirtilmiştir. Bunların yanı sıra, İngiliz hâkimler, milletlerarası hukuk ilkelerine de önem vermiştir¹¹⁵. Zira bahsi geçen hâkimler, milletlerarası hukuk ilkelerine aykırı olan yabancı hukuk normlarının uygulanmasına karşı

¹⁰⁸ Winfield. P.H, 1928, s.77.

¹⁰⁹ W.S.M. Knight, **Public Policy in English Law**, Law Quarterly Review, 1922, s.208.

¹¹⁰ Mills.A. **The Dimensions of Public Policy in Private International Law**, 4 J. Priv. Int'l L. 201 (2008), s. 202.

¹¹¹ Richardson v Mellish 2 Bing 229, 1824 s.252; <http://uniset.ca/other/css/130ER294.html> (09.8.2021).

¹¹² Enderby Town Football Club Ltd v The Football Association Ltd 1 All ER 215 1971, s. 219.

¹¹³ Mills.A., 2008, s.208.

¹¹⁴ Court of Appeals of the State of New York Loucks v. Standard Oil Co. 224 N.Y. 99 (N.Y. 1918) • 120 N.E. 198 Decided Jul 12, 1918, s. 6
<file:///C:/Users/T420/Downloads/Loucks%20v.%20Standard%20Oil%20Co.pdf> (08.07.2022).

¹¹⁵ Crawford. B.E., Carruthers. M.J., **Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company**, International and Comparative Law Quarterly, Cambridge University Press, 2003, s. 761 – 774.

çıkmiştir. Örneğin II. Dünya Savaşı döneminde, 1941 yılında, Nazi Almanyası hükümeti, bir kanun aracılığı ile Alman olmayan vatandaşların mülkiyet haklarını iptal ederek bu vatandaşların mülkiyetlerine, Alman vatandaşları lehine el koymuştur. Böyle bir hukuk normunun İngiltere mahkemelerinde yabancı unsur içeren bir davanın değerlendirilmesi sırasında, uygulama alanı bulması mümkün olmamıştır. Zira böyle bir hüküm hem İngiltere iç hukuk normları hem de bu devletin Cemiyeti Akvam üyeliğinden kaynaklanan milletlerarası yükümlülüklerine aykırı olarak değerlendirilmiştir¹¹⁶.

Yukarıda bahsi geçen ilkeler, bir şekilde İngiliz hukuku kapsamındaki kamu düzeninin bir ifadesi olarak nitelendirilmiştir. Kamu düzenine aykırılık sebebi ile yabancı hukuk normlarının uygulanmasının reddedildiği davaların sayısının, İngiltere’de diğer ülkelere nazaran daha düşük olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁷. Rus hukukçu *Lunts*, bu konu hakkında şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “İngiliz hâkimler, yabancı hukukun uygulanmasını önlemek için, kamu düzeninden çok, başka teknikler kullanmaktadır”¹¹⁸.

Ancak *Lunts*’un bu görüşüne karşı çıkanlar şunu ifade etmiştir: “Yabancı unsur içeren meselelerin değerlendirilmesinde kamu düzeni kriterlerinin sık bir şekilde kullanılmamasının sebebi başka hukukî uygulamalar değildir. Bu konu kanunlar ihtilâfı sistemini oluşturma gereği ile ilgili bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır”¹¹⁹. Ayrıca, uygulanacak hukukun seçilmesinde kullanılan asıl gerekçe ulusal hukukun önceliği değil, maddi hukuk kapsamında tarafların menfaatlerinin en iyi şekilde sağlanmasıdır¹²⁰.

Bu şekilde hâkimin hukuku (*lex fori*), boşanma¹²¹, evliliğin geçersizliği¹²², evlat edinme¹²³, nafaka¹²⁴ ve velayet¹²⁵ gibi birçok özel hukuk davasında, yabancı hukuka (*lex*

¹¹⁶ Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company, 2003.

¹¹⁷ Carter, P.B., **The Role of Public Policy in English Private International Law**, Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, 1993, s.3.

¹¹⁸ Lunts, L.A., *Mezhunarodnoe chastnoe pravo* (Milletlerarası Özel Hukuk) Moskova 1949, s.112.

¹¹⁹ Carter, P.B., 1993, s. 8.

¹²⁰ Woelki, B.K., Joustra, C. Steenhoff., **Dutch Private International Law At The End Of The 20th Century: Pluralism Of Methods**, Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law, 1998, s. 2003-2007.

¹²¹ Padero-Mernagh v Mernagh (Divorce: Nullity: Remote Hearing) [2020] EWFC 27 (03 April 2020).

¹²² Local Authority/Marriage: Westminster City Council v IC [2008] EWCA Civ 198.

causae)¹²⁶ nazaran tercih edilmiştir. Son yıllarda, İngiliz iç hukuk müktesebatının da gelişmesi ile aile hukuku konuları başta olmak üzere, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında, kamu düzeni kavramına dayalı birçok değerlendirmelere yer verilmiştir¹²⁷.

Profesör A. Nussbaum’a göre ise, karasal Avrupa hukuk düzeninde, Anglosakson sisteminden farklı olarak, “*public order*”¹²⁸ terimi kamu düzenini işaret etmek için kullanılmaktadır. Ona göre “*public order*” terimi özel hukuk kapsamında kullanılırken, “*public policy*” kavramı daha çok kamu hukuku ihtivası ile bağlantılı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genellikle, çoğu yazar “*public policy*” ve “*public order*” kavramlarını birbirlerinden ayırmaz, zira onlara göre bu kavramların her ikisi, kamu düzeni çerçevesinde uygulanan aynı kuralları kapsar¹²⁹. Ancak Rus hukuk doktrinine göre, “*public policy*” kavramı, hukukîden ziyade, daha çok sosyolojik ve siyasi bir kavram olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu doktrinde, daha çok “sınıf” kavramını vurgulayan “*public order*” terimi, belirli bir toplumun sınıfsal yapısının korunması için gerekli olan kuralların tümü olarak tanımlanmıştır¹³⁰. Ancak, Profesör A. Nussbaum, Rus doktrinde yapılan bu terimsel ayrıma gitmeden, “*public policy*” ve “*public order*” kavramlarının aynı anlama geldiğini ancak “*public order*” teriminin Latin olmayan ülkeler tarafından kabul edilmiş ve milletlerarası hukukun teknik bir kavramı haline gelmiş olduğunu vurgulamıştır¹³¹.

¹²³ AB (Contested Adoption) [2019] EWFC B68 (08 November 2019).

¹²⁴ YM v NM (Maintenance Pending Suit) [2020] EWFC 13 (25 February 2020).

¹²⁵ AB v EM (Jurisdiction Foreign Custody Order), Re [2020] EWHC 549 (Fam) (12 March 2020).

¹²⁶ Carter, P.B., 1993, s.3; Maganaris, E., **Core Statutes on Conflict of Law**, 2018-2019, part of Springer Nature, 2018, s. 249. İngiliz milletlerarası özel hukuk kuralları 1995 yılından bu yana değişerek, aile hukuku konusunda, İngiliz hukuka öncelik vermiştir.
<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/private%20international%20law> (01.02.2021)

¹²⁷ Mayss, A., **Principle of Conflict of Law**, Cavendish, London, 1999; yürürlükteki mevzuata göre, evlilik konusunda, bazı istisnalar saklı kalmak kaydıyla, eşlerin ikamet ettiği yerlerin hukukları uygulanır.

¹²⁸ Nussbaum, A., 1940, s.1028.

¹²⁹ Knight, W.S.M., **Public Policy in English Law**, Law Quartely Review, 1922-s.207.

¹³⁰ Garnefsky, A., 1968, s.31.

¹³¹ Nussbaum, A., 1940, s.1028.

Bu nedenle XXI. yüzyılda, bu iki terim arasında kavramsal bir farkın olmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Başka bir ifade ile bahsi geçen iki terimin aynı niteliklere sahip olmasından dolayı aynı anlama geldiği; “*public policy*” ve “*public order*” kavramlarının amacının belirli bir toplumun sınıfsal yapısının korunması değil, belirli bir devletteki genel toplumun temel değerlerinin korunması olduğu ileri sürülmektedir¹³².

IV. KAMU DÜZENİNİN TÜRLERİ

Profesör *Gerhart Husserl*'e göre İsviçreli yazar *Charles Brocher* 1872 yılında kamu düzenini iç kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni (yıldı, kamu düzeni, millî kamu düzeni ve mızılası kamu düzeni olarak) olarak ikiye ayırmıştır¹³³. Milletlerarası kamu düzeni ise, sosyal güvenliği korumak amacıyla yetkili yabancı kanunun uygulanmasını önleyen hukuk kurallarından ibarettir¹³⁴.

Hırvat Profesör *Sajko*, milletlerarası kamu düzeni kavramının, bundan çok daha önce, tam olarak da Fransız Medeni Kanununun hazırlandığı 1802 yılında, *Buje* isimli bir hukukçu tarafından kullanılan bir kavram olduğunu ileri sürmektedir¹³⁵. Fransız Medeni Kanununun 3. maddesinin 1. paragrafında şu hüküm yer almaktadır: “*Emniyet ve asayiş yasaları, devletin sınırları içerisinde bulunun herkes için bağlayıcıdır*” (*Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire*). *Sajko*’ya göre, bahsi geçen hüküm, Fransız hukuk doktrininin kamu düzeni ile ilgili yaklaşımının temel dayanağını oluşturmaktadır.

Ancak diğer devletler, kamu düzeni ile ilgili hukuk yaklaşımlarını oluştururken, Fransız Medeni Kanununun 3. maddesinin 1. paragrafındaki hükmü değil, 6. maddesindeki hükmü model olarak almıştır. Fransız Medeni Kanununun 6. maddesine göre “*kamu düzeni ve genel ahlak kuralları, özel anlaşmalarla değiştirilemez*” (*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*).

¹³² Gutman, D., 2009, s.142.

¹³³ Husserl, G., **Public Policy and Ordre Public**, Virginia Law Review, Nov., 1938, Vol. 25, No. 1 (Nov., 1938), s. 37-67

¹³⁴ Dayınlarlı, K., **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları**, 2 Bası, Ankara, 2011, s.17-18.

¹³⁵ Sajko, K., 1982, s. 251.

Böylece, Fransız Medeni Kanununun 3. maddesinin 1. paragrafın hükmünün millî kamu düzeni, 6. maddesinin hükmü ise milletlerarası (ya da kanunlar ihtilâfı hukuku çerçevesindeki) kamu düzeni ile ilgili olduğu sonucuna varılabilir.

İtalyan doktrinin temsilcisi olan *Andre Weisse*'e göre ise, millî kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni şeklinde bir ayrımın yapılması zorunludur. Çünkü, iç hukukta kamu düzenine ilişkin her hüküm, yabancı hukukun uygulanmasını önleyemez. Ona göre millî kamu düzeni kuralları ilgili devlet ile kendi vatandaşları arasındaki ilişkileri, milletlerarası kamu düzeni ise ilgili devlet ve yabancı kişiler arasındaki ilişkileri düzenler¹³⁶.

Fransız Profesör *Niboyet* ise, kamu düzeninin, millî kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni şeklinde ayrılmasının doğru olmadığını ileri sürmektedir. Ona göre kamu düzeni tek bir şeydir. Buna rağmen millî kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni kavramlarının aynı güce sahip olduğu söylenemez¹³⁷. Başka bir görüşe göre her devletin bir kamu düzeninin varlığından bahsedilebilirken, her devletin bir milletlerarası kamu düzeninin varlığından bahsedilmez¹³⁸.

Birçok yazar “*milletlerarası kamu düzeni*” kavramını kabul etmemektedir, zira onlara göre böyle bir kavram, “*devletler üstü*” bir anlam taşıyabilir; dolayısıyla yalnızca millî kamu düzeninden bahsedilebilir; dünyadaki devletlerin sayısı kadar kamu düzeninin olduğu kabul edilebilir¹³⁹.

Türk doktrinde ise kamu düzeni kavramının millî kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni şeklinde ikiye ayrılması tartışmalı bir konudur. *Osman Fazıl Berki*, kamu düzeninin bu şekilde ikiye ayrılmasını kabul edenlerdendir. Ona göre de millî kamu düzeni kuralları ilgili devlet ile kendi vatandaşları arasındaki ilişkileri, milletlerarası kamu düzeni kuralları ise ilgili devlet ve yabancı kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallardır. Bu

¹³⁶ Hackett, H.J., **The Concept of Public Order, Disstertation**, The Catholic of University of Aemrica Press, Washington, D.C. 1959,s. 33.

¹³⁷ Berki, O.F., **Devletler Hususi Hukuku**, Ankara Univeritesi Hukuk Fakultesi, Ankara, 1949, s. 221-222.

¹³⁸ Dayınlarlı, K., 2011, s.19.

¹³⁹ Bilalli, A., Kuqi.H., 2012, s.343.

yaklaşım aynı şekilde, *Muammer Râşit Seviğ* ve *Vedat Râşit Seviğ* tarafından da desteklenmiştir¹⁴⁰.

Gündüz Ökçün ise böyle bir ayrıma karşı çıkmıştır. Yukarda ismi geçen yazarlardan farklı olarak *Ökçün*, kamu düzeni kavramının, uygulanacağı ilgili hukuk dalına bağlı olarak incelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Örneğin, kamu düzeni kavramının, yabancılık unsuru içeren özel hukukla ilgili bir ilişki kapsamında yorumlanması gerekiyorsa, o zaman onun milletlerarası özel hukuk dalı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir¹⁴¹.

Mevcut millî kamu düzeni, organize bir toplumun belirli bir dönemdeki temel yapısını, çıkarlarını ve hukukî güvenliğini koruyan kuralları tanımlar¹⁴². Ayrıca millî kamu düzeni, Anayasada tanımlanan temel hak ve özgürlükleri, milletlerarası hukukun genel ilkelerini, iyi niyeti, ahlak ve adalet kavramını, toplumsal düzeni ve temel insan haklarını içermektedir¹⁴³. Başka bir deyişle iç kamu düzeni, bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukukî açıdan temel yapısını belirleyen ve belirli bir süre içinde temel çıkarlarını koruyan kurallar ve hukuk kurumları bütünüdür¹⁴⁴.

Milli hukukta kamu düzeni ile milletlerarası hukukta kamu düzeni farklı anlamlara sahiptir¹⁴⁵. Milli kamu düzeni, Türk toplumunun temel çıkarlarını ve temel yapısını koruyan kurallar bütünüdür. Bu kurallar ister özel ister kamusal olsun, tarafların uymakla yükümlü olduğu devletin iç kurallarıdır¹⁴⁶. Dolayısıyla millî kamu düzeninin ihlali olarak değerlendirilebilecek bir durum, milletlerarası hukuk açısından

¹⁴⁰ Seviğ, R.M., Seviğ, R.V., **Devletler Hususi Hukuku**, 3 Bası, İstanbul Fakültesi- Hukuk Fakültesi Yayınlarından, No 932 İstanbul-1962-s.383.

¹⁴¹ Ökçün, G.A., 1997, s. 67-77.

¹⁴² Hatemi, H., **Hukuka ve Ahlaka Ayrılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1976, s.42.

¹⁴³ Mutlu, I.U., **Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenin Etkisi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2003, s. 22.

¹⁴⁴ Tanrıver, S., **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzenin Rölü**, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku, Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1988, s. 152.

¹⁴⁵ Dayınlarlı, K., s. 23.

¹⁴⁶ Çelikel, A, Erdem B.B., **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17 Bası, Beta, İstanbul, 2020, s.140.

kamu düzeninin ihlali olarak değerlendirilemeyebilir¹⁴⁷. Yabancılık unsuru taşıyan her özel hukuk konusunun kamu düzeni açısından diğer konudan ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁸.

Boşanma konusu 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 161 ve 184. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹⁴⁹. Ulusal hukuk açısından boşanma kamu düzeniyle ilgilidir. Boşanma kamu düzeniyle ilgilidir ve araştırma ilkesi uygulanır. Örneğin anlaşmalı boşanma davasında tarafların şahsen dinlenmesi iç kamu düzeni meselesidir¹⁵⁰. Milletlerarası hukuk açısından boşanmanın kamu düzeniyle ilgisi yoktur. Yüksek mahkemenin bir kararında, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için tarafların şahsen dinlenmesi gerektiği kısaca vurgulanmaktadır. Aslında tarafların aynı mahkemede, aynı hâkim önünde ve aynı anda dinlenmesi gerekmektedir. Anlaşmalı boşanmada tarafların dinlenmesi kamu düzeni meselesi olup, tarafların talimatla veya talimatla dinlenmesi geçerli değildir. Ancak anlaşmalı boşanma davasında taraflar, ses ve görüntü kaydı da dahil olmak üzere, tarafların nerede olurlarsa olsunlar dinlenebilecekleri konusunda anlaşabilirler. Taraflar yasal temsilciler aracılığıyla dinlenmesi halinde, tarafların şahsen dinlenmesi şartı yerine getirilmemektedir.

Yani Türk devletinin iç hukukunda kişilerin özgür iradeleriyle belirleyemedikleri meseleler emredici kurallarla düzenlenmiştir. Örneğin, ancak reşit olan kişiler evlenebilir (MK m 11). Ahlak, kamu düzeni, kişilik hakları ve kanunun emredici hükümlerine aykırı veya imkânsız olan sözleşmeler kesinlikle geçersizdir (BK m 27/1). Bağlayıcı kuralların oluşturulmasında kamu düzeni düşüncesi hâkimdir¹⁵¹.

Bu nedenle, iç hukuktaki emredici kuralların çoğu, kanunlar ihtilâfı hukuku alanında kamu politikası olarak kabul edilmemektedir.

¹⁴⁷ Yargıtay HGK, Esas No: 2013/1847, Tarih: 10.06.2013.(Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP, sisteminden temin edilmiştir)

¹⁴⁸ Bölükbaşı, Ö., Birlikte., **Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi**, 1 Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, s. 246.

¹⁴⁹ Bkz. Resmi Gazete: Tarih: 08.12.2002, Sayı: 24607.

¹⁵⁰ Gençcan, U.Ö., **Boşanma Hukuku**, 12 Baskı, Yetki, Cilt 1, Cilt 2, Ankara, 2023. (Boşanma Hukuku), s. 843.

¹⁵¹ Çelikel, A, Erdem B.B., s.140.

Kanunlar ihtilâfı hukuku alanında kamu düzeni kavramı ise anayasal bir hüküm olsa dahi iç hukukun emredici herhangi bir kuralını veya iç kamu düzeni kuralını içermemektedir. Örneğin, eğer yabancı kanun evlenme yaşını Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanan yaştan daha düşük olarak tanımlıyorsa (örneğin 16 yaş), MÖHUK açısından bu kural kabul edilebilir¹⁵².

Dolayısıyla her iç kural, Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirebilecek gerekli bir norm olarak değerlendirilemez. Yabancı hukuk düzeninin Türk devletinin temel değer ve ilkelerine muhalefeti açık ve net olmalıdır¹⁵³. Çünkü MÖHUK'un 5. maddesi, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı sürece yabancı hukukun uygulanamayacağını net bir şekilde belirtmektedir. Bunun nedeni, kamu düzeni müdahalesini en aza indirmek ve bariz bir aykırılığın bulunmadığı hallerde yabancı hukukun uygulanmasını sağlamaktır¹⁵⁴. Örneğin, Türk kanunlarına göre kumar borcu eksik borçtur, Las Vegas eyalet kanunlarına göre ise tam borçtur. Türk hukukunda eksik borç, yerine getirildiğinde geçerli olup tam borç haline gelir. Bu nedenle yukarıda bahsi geçen somut yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırı olmaması esas alınmaktadır¹⁵⁵. Türk hukuku ile yabancı hukuk arasındaki bu farklılıklar Türk kamu düzeninin uygulanması için yeterli bir temel teşkil etmemektedir. Bu nedenle yabancı hukuk kurallarına hoşgörüyle yaklaşılmalı ve daha hassas davranılmalıdır. Ancak yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırı sonuçlar doğuruyorsa, Türk hâkimi o yabancı hukukun uygulanmasından feragat eder¹⁵⁶.

¹⁵² Can, H., **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, Adalet, Ankara, 2023, s.289.

¹⁵³ Can, H., s. 289.

¹⁵⁴ Can, H., s. 290.

¹⁵⁵ Can, H., s. 290.

¹⁵⁶ Ruhi. C.A., **Yargı Kararları Işığında, Uluslararası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi ve Sonuçları**, Seçkin, Ankara, 2023, s. 28.

V. KANUNLAR İHTİLÂFİ HUKUKU KAPSAMINDA KAMU DÜZENİNİN TANIMLANMASI

Kanunlar ihtilâfı hukuku çerçevesinde kamu düzeni kavramının tanımlanması konusunda ne hukuk doktrinde ne içtihatlarda ne de çeşitli ülkelerin hukuklarında ortak bir yaklaşım bulunmaktadır.

Öncelikle, birçok yazarın, kamu düzeni konusunda bir tanım oluşturmaya çalışırken, yazılı ve yazılı olmayan normlara dayandığını ifade etmek gerekmektedir. Profesör *Henri Batiffol*'a göre kamu düzeni kuralları, yabancı hukukun iç hukukta uygulamalarına aykırı düştüğü durumlarda, onun yerine uygulanan kurallardır¹⁵⁷. Profesör *Synman* ise kamu düzenini, toplumun etik ve ahlak standartlarının temsilcisi olarak tanımlar¹⁵⁸. *Yılmaz Altuğ* kamu düzeninin tarifini şöyle yapmaktadır: “*Belli bir ülkede ve belli bir zamanda kabul edilmiş özel şartlar sebebiyle o ülkenin esaslı çıkarlarından sayılan hukukî kuralların tümüdür*”¹⁵⁹. *Aysel Çelikel*'e göre ise kamu düzeni, “*bir toplumun siyasî, sosyal, ekonomik ve hukukî açıdan temel yapısını ve temel menfaatlerini ilgilendiren kurallardır*”¹⁶⁰.

Kamu düzeni konusunda oluşturulan tanımlar, genellikle milletlerarası özel hukuk kurallarını düzenleyen kanunlara dayanmaktadır. Örneğin, Arnavutluk Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Kanununun 6. maddesinde, kamu düzeni kurallarının, anayasa ve kanunlarda belirtilen temel ilkelerle eşit bir konumda olduğu belirtilmektedir¹⁶¹. Alman hukukunda da toplumsal ve hukukî temel ilkeler, kamu düzeninin kuralları ile eşit bir konumda değerlendirilmektedir¹⁶². Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanunun 5. maddesinde, kamu düzeni kurallarına açıkça aykırı olan yabancı hukuk normlarının uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Böyle bir durumda, Türk

¹⁵⁷ Bilalli, A., Kuqi H., 2012, s. 339.

¹⁵⁸ Synman, P.C.A., **Public Policy in Anglo-American Law**, University of Queensland, Brisbane, 1986 s. 220-221.

¹⁵⁹ Altuğ, Y., **Amme İntizamı ve Tesirleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt,XXVII, sayı 3 Doç. Dr. Cem Sayar'a Armağandan Ayrı Baskı, Ankara 1973- s. 385.

¹⁶⁰ Altuğ, Y., 1973, s. 385.

¹⁶¹ 02.06.2011 tarihli ve 10 428 numaralı Arnavutluk Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu.

¹⁶² Bilalli, A., Kuqi, H., 2012, s. 339.

hukukuna öncelik tanınmaktadır. Bir tanım yapmak gerekirse, Türk kamu düzeni kuralları, toplumsal gelişimi ve ahlakı, kişilerin temel hak ve özgürlükleri, anayasal ilkeleri ve Türk toplumunun diğer değerlerini koruyan kuralların tümü olarak tanımlanabilir¹⁶³.

08/L-028 sayılı Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Hukuku Hakkında Kanun'un 14. maddesinde açıkça sadece "*kamu düzeni*" kavramına değinilirken, kavramın hangi temelde tanımlanmaya çalışılacağına ilişkin başka somut bir ilke veya değere yer verilmemiştir.

Kamu düzeni kurallarının çok kapsamlı ve genel nitelikli olmasından ötürü, bu konuda bir tanımın yapılması çok güçleşmektedir. Buna rağmen, daha çok emredici nitelikteki normlar dikkate alınarak bir tanım yapılmayı çalışılmıştır.

Yabancılik unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine uygulanacak kamu düzeni kurallarının emredici nitelikte ve belirli olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu konuya açıklık getirmek açısından çaba gösterenlerden biri olan Kübalı Profesör *Antonio Sánchez de Bustamante*, "*Codigo Bustamante*" isimli projesi ile Latin Amerika'daki milletlerarası hukuk kurallarını birleştirmeye çalışmıştır. Böylece *Bustamante* Kanununun özellikle 4. maddesinde anayasal kuralların milletlerarası kamu düzeni kuralları olduğu belirlenmiştir¹⁶⁴. *Bustamante* Kanunu'nun 5. maddesinde ise, siyasi ve idari hukukta tanımlanan tüm bireysel ve toplu koruma kurallarının, aksi açıkça belirtilmedikçe, aynı zamanda milletlerarası kamu düzeni kuralları olduğu belirlenmiştir.

Dolayısıyla Pan-Amerikan ülkelerinde hukuk kuralları temel alınarak milletlerarası kamu düzeni tanımlanmaya çalışılmıştır. *Bustamante* Kanununa göre milletlerarası kamu düzeni kanunları, amacı devlet olan ve onun hakkını yaratan, dolayısıyla ihlal edilmesi veya uygulanmaması devletin egemenliğini ihlal eden, devletin temelini yok etmeyi organize eden veya maddi olarak zayıflatan kanunlardır¹⁶⁵. Milletlerarası özel hukukta kamu düzenini özel kanunlarla tanımlama çabasına rağmen,

¹⁶³ Yargıtay İBGK, Esas No: 2010/1, Karar No: 2012/1, Tarih: 10.02.2012. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir). RG 20.09 2012, S. 28417.

¹⁶⁴ Bustamante Kanunu için bkz. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anex (11.12.2023)

¹⁶⁵ Lorenzen, G. E., **The Pan-American Code of Private International Law**, Tulane Law Review, Formerly The Southern Law Quarterly, Vol. IV, No.4, 1930, s.525.

kamu düzeninin özel kanunları aşan değer ve ilkeleri temsil etmesi nedeniyle bu yaklaşım başarısızlıkla sonuçlanmıştır¹⁶⁶.

La Haye Konferanslarında bazı sözleşmelerin akdedilip onaylanma süreçlerinde, kamu düzeni kurallarının tek tek belirlenmesi yönünde çalışmalar yapılmıştır. *Jezdic* bu çabaları takdir ederek, onların sayesinde, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinde hukukî belirsizlik sorununun önlenmiş olacağını vurgulamıştır¹⁶⁷.

Kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında kamu düzeni kavramına bir tanım yapma çabaları, şimdiye dek, uygulamada örnek teşkil edebilecek nitelikte bir sonuç doğuramamıştır. Kamu düzeni kavramı ile ilgili net bir tanım ne farklı devletlerin iç hukuk düzenlerinde ne de uluslararası sözleşmelerde yapılabilmektedir. Şimdiye kadar, kamu düzeni kurallarının niteliği ile ilgili kabul edilen açıklamalar çerçevesinde, söz konusu kuralların önem açısından birincil, genel nitelikli ve sayısı belirli olmayan normlar olduğu ileri sürülebilir.

VI. KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKU KAPSAMINDA KAMU DÜZENİNİN MAHİYETİ

Milletlerarası özel hukuk kapsamında, kamu düzeninin hukukî niteliği ve işlevi ile ilgili iki farklı görüş söz konusudur¹⁶⁸: Birinci görüşün temsilcileri olan İtalyan hukukçusu *Mancini* ve Fransız hukukçusu *Pillet*, kamu düzeni kurallarının, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinde bağlama kuralı gibi uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁶⁹. Onlara göre yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinde, kamu düzeni kuralları doğrudan uygulanan kurallar niteliğindedir. Başka bir ifade ile, onlara göre belirli bir devletin pozitif hukuku, kamu düzeni kuralları ile eşit bir konumdadır¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Kuç, H., Bilalli, A., 2007, s. 95.

¹⁶⁷ Jezdic, M., 1965, s. 200.

¹⁶⁸ Yörük, K. A., **Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilâfı, Nazariyeleri ve Esasları Teşrii Selahiyet İhtilâfları**, 2 Bası, İstanbul 1950, s.143., Nomer, E., 2013 s.157., Dayınlarlı,K., 1997 s.10., Seviğ, R.M., Seviğ, R.V., 1962, s.379.

¹⁶⁹ Yörük, K.A., 1950 s.143., Dayınlarlı, K. 1997, s.10., Seviğ,R.M./Seviğ,R.V., 1962, s.379.

¹⁷⁰ Erdem,B.B/ Çelikel A., **Miletlerarası Özel Hukuk**, 12 Bası, İstanbul. 2012, s.150./Seviğ, R.M./Seviğ, R.V., s.379

Bu durumda iç kanunların, kamu düzeni ile ilgili olmaları halinde, yetkili yabancı hukuka gidilmeksizin bir kanunlar ihtilâfı kuralı gibi uygulanabilecektir. Bu yaklaşım çerçevesinde, yabancılık unsuru içeren her türlü özel hukuk ilişkisinde, ilgili devletin kamu düzeni kurallarının doğrudan uygulanmasına olanak tanınmaktadır¹⁷¹.

Bunun dışında, kamu düzeni kurallarının, yabancılık unsuru taşıyan belirli bir ilişkiye bağlama kuralı olarak uygulanmasına doktrinde özel kamu düzeni kaydı (*Clause de reserve speciale*) adı verilmektedir¹⁷². Daha çok kişisel ilişkilerde ahkamı şahsiye¹⁷³ uygulanan bu kavram ve yukarıda adı geçen hukukçuların temsil ettiği görüşler aracılığıyla devletin ve vatandaşlarının çıkarları korunmaktadır. Ancak bahsi geçen görüş bugün genellikle benimsenmemektedir¹⁷⁴. Zira belirli bir devletin ve onun vatandaşlarının korunmasının, özel kamu düzeni kurallarının doğrudan uygulanması ile sağlanmaması gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım, milletlerarası özel hukuku bertaraf edip kararların uluslararası harmonizasyonunu olumsuz etkileyecektir¹⁷⁵. Bu tür bir korunmanın, ancak istisnâî olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁶.

İkinci görüş ise, kamu düzeni kurallarının doğrudan doğruya uygulanan kurallara olmadığını¹⁷⁷, onların sadece istisnâî bir şekilde yetkili yabancı hukuk yerine uygulanabileceğini ileri sürülmektedir¹⁷⁸. Bu görüşe göre esas olan, yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Fakat bu hukuk ilgili ülkenin kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurması durumunda, yabancı hukuk uygulanmaz. Bu görüş Alman hukukçusu *Friedrich*

¹⁷¹ Göğer, E., **Devletler Hususi Hukuku – Kanunlar İhtilâfı**, Ankara Üniversitesi- Hukuk Fakültesi, Ankara, 1975, s. 94

¹⁷² Göğer, E., 1975, s. 94.

¹⁷³ Bkz. Yugoslavya Milletlerarası Hukuk Yasası'nın 14. Maddesi ve Türkiye Cumhuriyeti Milletlerarası Hukuk ve Usul Hukuku Yasası'nın 9. maddesi, 2. fıkrası.

¹⁷⁴ Göğer, E., 1975, s. 95.

¹⁷⁵ Nomer, E., 2013, s.159.

¹⁷⁶ Göğer, E., s. 1975, s. 95.

¹⁷⁷ Erdem, B. B., Çelikel, A., 2012, s. 150.

¹⁷⁸ Göğer, E., 1975, s. 94.

Carl Von Savigny tarafından ortaya atılmıştır, Amerikalı hukukçu *Joseph Story* tarafından benimsenmiştir ve bugün dünyanın bütün demokratik sistemlerinde uygulanmaktadır¹⁷⁹.

VII. KANUNLAR İHTİLÂFİ HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN ÖZELLİKLERİ

A. Zaman İçinde ve Toplumdan Topluma Değişiklik Göstermesi

Kamu düzeni zaman içerisinde ve toplumdan topluma değişiklik gösterir¹⁸⁰. Bu açıdan değerlendirildiğinde, kamu düzeninin rölatif ve lokal bir niteliğe sahip olduğu kabul edilebilir¹⁸¹. Bir toplumdaki kamu düzeni anlayışı, o toplumun temel hak ve özgürlükleri, temel ahlak kurallarını kapsadığından, başka bir toplumun kamu düzeni anlayışından farklılık gösterebilir¹⁸².

Aynı şekilde, toplumun menfaatleri zaman içerisinde değiştikçe, kamu düzeni anlayışı da değişir, dolayısıyla kamu düzeni farklı dönemlerde farklılık gösterebilir¹⁸³. Belirli bir toplumda kamu düzenine ait bir veya birkaç kuralın geçerli olup olmaması, ekonomik, siyasi, kültürel ve ahlak kurallarının değişimine bağlıdır¹⁸⁴. Bahsi geçen kurallar değiştikçe, kamu düzeni kuralları da değişecektir¹⁸⁵.

Bunun açık bir örneğini Türk hukukunda görmekteyiz. Medenî Kanunun 1926'da uygulanmasından önce, Türkiye'de çok eşlilik yasaldı, ancak yeni Medenî Kanun tek kadınla evlilik esasını getirmiştir. Bu nedenle, bugün aynı anda birden fazla kadınla evlenmeye imkân veren yabancı kanun, Türk kamu düzenine aykırı düşmektedir. Bazı

¹⁷⁹ Erdem, B. B., Çelikel, A., 2012 s. 150.

¹⁸⁰ Erdem, B. B., Çelikel, A., 2012 s.140.

¹⁸¹ Ruhi, C. A., Kaplan, Y., **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (OrdrePublic)**, Prof. Dr. Ergün Önen'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB) Yıl:22, Sayı:2, İstanbul 2002, s.644.

¹⁸² Gürzumar,A., **Türk Devletler Özel Hukuk Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk BülteniYıl: 14, Sayı: 1-2, 1994, Prof. Dr. Vedat Reşat Seviğ 'e Armağan (MHB Özel S ayı), İ.Ü. Basım evi ve Film Merkezi, İstanbul 1996, s. 25.

¹⁸³ Altuğ, Y., Y, M. G., 2003, s. 144.

¹⁸⁴ Gökyayla, D. C., **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 28.

¹⁸⁵ Gürzumar, A., 2002, s. 25., Erdem, B.B., Çelikel, A., 2012, s. 158., Gökyayla, D. C., 2001, s. 28.

lkelerde evlenecek kişiler arasındaki yakın kan hısımlığı evlenme engeli sayılmayabilir. Oysa Türk Medenî Kanununun 92. maddesinde, yakın hısımlık evlenme engelidir. Böyle bir evlenmeyi mümkün kılan yabancı kanun, Türk kamu düzenine aykırı olur¹⁸⁶.

Verdiği kararı kamu düzeni kurallarına dayandıran bir hâkimin, ilgili kamu düzeni kurallarının mevcut zamanda geçerliliğinden emin olması gerekmektedir¹⁸⁷.

Bu konu ile ilgili Fransız Profesör *Daniel Gutmann*, kamu düzeni kurallarının belirli bir dönemde geçerli olması gereksinimini “kamu düzeninin güncellik ilkesi” olarak isimlendirmektedir¹⁸⁸. Örneğın, iki eşcinsel Türkiye’de evlenmek isteseler, yabancı kanunlar buna izin verse bile, bunların Türkiye’de evlenmelerine imkân yoktur. Zira böyle bir uygulama, kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir¹⁸⁹.

Bütün bu örnekler, kamu düzeni kurallarının farklı ülkelerde, farklılık gsterebileceğının gstergesidir¹⁹⁰.

B. Somut Yabancı Unsurlu zel Hukuk İlişkisi Açısından Değışiklik Göstermesi

Çeşitli yazarlar, kamu düzeni kurallarının zaman ve mekân bakımından değışiklik gösterdiğini ileri srmektedir¹⁹¹. Ancak Amerikalı hukukçu *Arthur Nussbaum*, kamu düzeni kurallarının değışimini başka bir bakış açısından yola çıkarak ele alır. Ona göre kamu düzeni kuralları, yabancılık unsuru içeren somut özel hukuk ilişkisinin niteliğine bağlı olarak değışiklik gsterebilir¹⁹².

Arthur Nussbaum yurt dışında kazanılmış hakların doğurduğu sonuçların, başka bir ülkede, kamu düzeni kurallarının müdahalesi olmadan da elde edilebileceğini vurgular. Buna göre, çok eşli evlilikleri yasal olarak tanımayan hukuk sistemlerine sahip olan Kosova

¹⁸⁶ Altuğ, Y., Y. M. G, 2003, s. 144.

¹⁸⁷ Grumar,A., 2002 s.25.

¹⁸⁸ Gutmann, D., 2009, s.142.

¹⁸⁹ Erdem,B.B.,elikel A., 2012, s.158.

¹⁹⁰ Gökyayla , D. C., 2001, s.28.

¹⁹¹ Atkan, A., **Kamu Düzeni Kavramı** , Mhf-Had, C. 13, Sa.1-2, Y. 2007, s. 83. kn, G., 1997, s.156-157.

¹⁹² Nussbaum, A., 1940, s. 1031.

ve Türkiye gibi devletler, yurtdışında yasal olarak gerçekleşen çok eşli bir evlilikten doğan çocukları, evlilik içinde doğmuş çocuklar olarak kabul edecektir¹⁹³.

Bu tür durumlarda, kamu düzeni kurallarının uygulanması, yabancılık unsuru içeren somut özel hukuk ilişkisinin mahiyetine göre belirlenmiş olacaktır. Başka bir ifade ile, yurt dışında yasal olan çok eşli bir evlilik, doğurmuş olduğu sonuçlar sebebiyle, kamu düzeni kurallarına her zaman aykırı olmayabilir.

Yabancı bir ülkede yasal olarak kazanılan hakların, iç hukukta yasal sonuçlar doğurması konusu ile ilgili bir örnek daha verebiliriz:

İran uyruklu bir kişi, Türkiye'de miras bırakarak ölmüştür. Miras hakkında yetkili hukuk, ölenin millî hukuku, yani İran hukukudur. İranlı vatandaşın bütün eşleri, Türkiye'deki malvarlığı ile ilgili hak talebinde¹⁹⁴ bulunursa, Türk hâkimi onlara bu hakkı tanımakla yükümlüdür¹⁹⁵. İran hukukunun çok evliliğe ilişkin hükümleri, Türkiye'de doğrudan doğruya uygulanamamakta, ancak buna karşın, mirasa ilişkin hükümlerin meydana getirdiği sonuçlar bakımından uygulanması uygun görülmektedir.

Sonuç olarak, vurgulanması gereken konu şudur; hâkim, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerindeki somut durumları ve güncel kamu düzeni kurallarını her seferinde dikkate almakla yükümlüdür¹⁹⁶.

C. Kamu Düzeni Müdahalesinin İstisnâî Oluşu

Kamu düzeni müdahalesinin doğrudan mı yoksa istisnâî olarak mı uygulanacağı konusu hukuk doktrininde geniş bir şekilde tartışılmıştır. Günümüzde, kamu düzeni kurallarının istisnâî olarak uygulanması gerektiği görüşü genel kabul gören görüştür¹⁹⁷. *Friedrich Carl von Savigny*, kamu düzeni kurallarının olağanüstü niteliğe sahip olduğunu

¹⁹³ Nussbaum, A., s. 1940, s. 1031.

¹⁹⁴ Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 78.

¹⁹⁵ Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 78.

¹⁹⁶ Ökçün, G., 1997, s. 157.

¹⁹⁷ Altuğ, Y., Y. M. G., 2003, s. 144.

ileri sürmüştür. Buna karşı, *Pillet*'e göre, kamu düzeni kurallarının diğer hukuk kuralları gibi, bağlama kuralı niteliğindedir¹⁹⁸.

Bartin, Niboyet, Lerebours Pigeonniere Donnedieu de Vebres gibi Fransız yazarlar, kamu düzeni kurallarının olağanüstü ve istisnâî niteliğini kabul etmektedir¹⁹⁹. Türk hukukunda da *Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık*²⁰⁰, *Osman Fazıl Berki*²⁰¹, *Muammer Raşit Seviğ, Vedat Raşit Seviğ*²⁰² ve *Abdülhak Kemal Yörük*²⁰³ kamu düzeninin istisnâî olduğunu kabul ederler. Aynı şekilde, kamu düzeninin istisnâî niteliği, Kosova ve eski Yugoslavya hukukçuları tarafından da kabul edilmiştir²⁰⁴.

Birçok devlet, kamu düzeni kurallarının istisnâî olarak uygulanması gerektiğini kabul eden görüşe itibar ederek, bahsi geçen kuralların ne şekilde ve ne zaman uygulanması gerektiğini öngören pozitif (yazılı) hukuk kurallarını da oluşturmuştur.

MÖHUK'un 5. maddesine göre yabancılık unsuru içeren belirli bir olaya uygulanan yetkili yabancı hukuk hükmü, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır²⁰⁵.

Ayrıca, Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 14. maddesinde, yabancı devlet kanununun hükümlerinin, uygulanmasının sonuçlarının Kosova Cumhuriyeti kamu düzenine "*açıkça*" aykırı olması durumunda uygulanmayacağını belirtmektedir. Bu düzenlemede, kamu düzeni kurallarının, kanunlar ihtilâfı kuralı gibi doğrudan doğruya değil, istisnâî olarak uygulanabileceği öngörülmüştür²⁰⁶.

¹⁹⁸ Altuğ, Y., Y. M. G., 2003, s. 144.

¹⁹⁹ Altuğ, Y., 2003, s. 384.

²⁰⁰ Tekinalp, G., Uyanık, A., **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 43

²⁰¹ Berki, O. F., **Türk Hukukunda Kanunlar İhtilâfları**, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 287. Ankara, 1971, s. 23.

²⁰² Seviğ, R. M., Seviğ, R. V., 1962, s. 378-384.

²⁰³ Yörük, K. A., 1950, s. 145.

²⁰⁴ Bilali, A., Kuçi, H., 2012, s. 338.

²⁰⁵ Tekinalp, G., **Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı**, İsanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1976, s. 103.

²⁰⁶ Tekinalp, G., 1976, s. 103.

Esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Kamu düzeni kurallarına istisnâî nitelik kazandıran, ilgili yabancı hukukun Türk ve Kosova kamu düzenine *açık bir şekilde aykırı olması* durumudur. Mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzenine, özellikle Türk devletinin kamu düzenine müdahalesi, kanunun niteliğine göre münhasır bir nitelik kazanmamaktadır. Dışlayıcı nitelik, Türkiye ve Kosova kamu düzenine açıkça aykırı olması koşuluyla, yabancı hukukun uygulanmasından doğan sonuçlarla verilmektedir²⁰⁷. Sonuç itibari ile yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk ilişkisine, kamu düzeninin müdahalesi, yabancı hukukun uygulanmasından meydana gelebilecek olumsuz sonuçları asgari seviyeye indirmeyi amaçlar, ancak bu müdahalenin istisnâî nitelikte olması esastır²⁰⁸.

Kamu düzeni kurallarının uygulanma mekanizmasını faal hale getiren, yabancı hukukun uygulanmasından meydana gelebilecek olumsuz sonuçları önlemenin amaçlanmasıdır²⁰⁹. Bu kapsamda, hâkim, sadece yabancı hukukun uygulanmasından meydana gelebilecek olumsuz sonuçları önlemekle kalmaz, aynı zamanda kamu düzeni kurallarını istisnâî olarak uygular. Bazı durumlarda da hâkim daha ileriye giderek, ilgili olayın taraflarına yakın olan başka bir yabancı devletin maddi hukuk normlarını da uygulayabilecektir²¹⁰.

Zira hâkim, milletlerarası özel hukuku doğru bir şekilde uygulayabilmesi için, kanunlar ihtilâfı kurallarına riayet ederek, kanun çerçeveleri içerisinde başka hukukî çözüm yolları da bulmakla yükümlüdür²¹¹. Hâkim milletlerarası özel hukuk anlamındaki hakkaniyete uygun hareket ederek, eğer yabancı maddi hukuk kapsamında uygulanacak uygun bir norm bulamazsa, mümkün olduğu ölçüde Türk hukuku normlarını uygular²¹².

D. Kamu Düzeni Müdahalesinde Hâkimin Takdirine Geniş Yer Verilmesi

²⁰⁷ Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 76.

²⁰⁸ Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 76.

²⁰⁹ Dayınlarlı, K., 2011, s. 33.

²¹⁰ Stanivuković, M., **Yugoslavian Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?**(ed. Symeon C. Symeonides. ISBN: 90-411-1234-0; Kluwer Law International, 1999; printed in Gret Britain, s. 473.

²¹¹ Nomer, E., 2013, s. 159.

²¹² Ruhi, C .A., Kaplan, Y., 2002, s. 645-646.

Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinde yabancı hukukun uygulanması, egemen (bağımsız) bir devletin uluslararası ilişkilere katılmasının bir ifadesidir²¹³. Egemen bir devletin, bu şekilde uluslararası ilişkilere katılması ile yabancı devletin hukuk düzeni ile iç hukuk düzeninin normları, birbirleri ile ahenkli bir şekilde, bir arada, barışçıl bir ortamda varlıklarını sürdürebilmektedir²¹⁴.

Hâkim, yabancı hukuk kurallarını, iç kamu düzenine aykırı düşmediği sürece uygulamakla yükümlüdür. Hangi yetkili yabancı hukuk kurallarının, iç kamu düzenine aykırı düştüğü, hâkim tarafından değerlendirilip açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur²¹⁵.

Bundan dolayı, yabancı hukuk kurallarının uygulanması konusunda, hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiş olduğu ileri sürülmektedir²¹⁶. Ancak hâkim, bu konudaki takdir yetkisini keyfî olarak değil, sadece belirli ilkeler ışığında kullanmakla yükümlüdür²¹⁷. MÖHUK'un 5. maddesi bu takdir hakkının kullanılmasını “açıkça” deyimini ile sınırlamıştır²¹⁸.

Bu ifade, aynı anda, yabancı bir devletin, kendi egemenlik hakkına dayanarak, davaya bakan mahkemenin iç hukuk düzeninden farklı kurallar koyma yetkisinin bir yansımasıdır²¹⁹. Ancak hâkim, yabancılık unsuru içeren özel hukuk davalarında, yalnızca iç hukuk kurallarından farklı oldukları gerekçesi ile yetkili yabancı hukuk kurallarını uygulamamaya karar veremez²²⁰. Böyle bir yaklaşım, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 1983 yılına ait kararlarında da benimsenmiştir²²¹. Bu durumlarda, önemli olan, hâkimin, yetkili

²¹³ Göğer, E., 1975, s. 96.

²¹⁴ Kalia, A., 2010, s. 128.

²¹⁵ Göğer, E., 1975, s. 96.

²¹⁶ Erdem, B.B., Çelikel, A., 2012, s. 158.

²¹⁷ Gürzumar, A., 1994, s. 29., Erdem, B. B., Çelikel, A., 2012, s. 158. Dayınlarlı, K., **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni**, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara, 1988, s. 13.

²¹⁸ Dayınlarlı, K., 2011, s. 13., Erdem, B. B., Çelikel, A., 2010, s. 158.

²¹⁹ Dayınlarlı, K., 2011, s. 13., Erdem, B. B., Çelikel, A., 2010, s. 158.

²²⁰ Ökçün, G. A., 1997, s. 59.

²²¹ Erdem, B.B., Çelikel, A., 2012, s. 158-159

yabancı hukuk kurallarının uygulanmasından meydana gelebilecek sonuçları değerlendirme görevidir.

Söz konusu sonuçlar, toplumun örf ve adetleri, kamu ahlakı, hukukun ve anayasanın temel ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Yetkili yabancı hukuk kurallarının, Türk toplumu ve Türk devletinin temel ilke ve değerlerine, açık bir şekilde, aykırı olması haline, kamu düzeni kuralları devreye girer²²².

Yetkili yabancı hukuk kurallarının uygulanmasında kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması aranmış olup; bu ibare hâkimin takdir yetkisine getirilen bir sınırlamadır. Aynı ibare Kosova hukukunda da bulunmaktadır. 08/L-028 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 14. maddesinde, yabancı bir devlet hukuku hükmünün uygulanmasının sonuçlarının Kosova Cumhuriyeti kamu düzenine "açıkça" aykırı olması halinde uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Eski Yugoslavya'nın milletlerarası hukuk kanunu, kamu düzeninin uygulanması durumunda takdir hakkını sınırlayan bir mekanizma olarak "görünür" teriminden bahsetmemektedir. Ayrıca, Eski Yugoslavya Milletlerarası Hukuk Kanunu'nun 4. maddesi, yabancı bir devletin hukukunun etkilerinin YFC Anayasası'nda tanımlanan toplumsal düzenin temellerine aykırı olması halinde uygulanmayacağını belirtmektedir.

Dolayısıyla, Türk ve Kosova mevzuatında, yabancılık unsuru içeren özel hukuk davalarına, hâkimin yetkili yabancı kanunun uygulamaması konusundaki takdir yetkisinin, “kamu düzenine açıkça aykırılık” şartına bağlı oluşuna vurgu yapılırken²²³, eski Yugoslavya'nın ilgili hukuk mevzuatında kamu düzeni kurallarının istisnâ oluşuna vurgu yapılmaktadır. Bu nedenle, eski Yugoslavya hukuku, belirli bir yetkili yabancı hukukun etkilerinin eski Yugoslavya'nın kamu düzenine aykırı olup olmadığını değerlendirirken daha dar bir yaklaşım benimsemiştir²²⁴. Çünkü bir yandan yabancı hukuk, diğer hukukî ilkelerle değil, yalnızca YSFC'nin eski Anayasasında tanımlanan toplumsal düzenin ilkeleri veya temelleriyle çelişmesi durumunda uygulama dışı bırakılır. Diğer yandan, Yugoslav

²²² Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s.76.

²²³ Erdem, B.B., Çelikel, A., 2014, s. 158-159., Ökçün, G. A., 1997, s. 59., Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 76., Dayınlarlı, K., 2011, s. 13.

²²⁴ Stanivuković, M., 1999, s. 473.

mevzuatı, "kamu düzenine açık aykırılık" ibaresine benzer bir şekilde, yabancı hukuka karşı kamu düzeninin kullanılmasına ilişkin takdir hakkını sınırlamamaktadır. Ancak yabancı bir kanunun eski Yugoslavya Anayasası'nda tanımlanan toplumsal düzenin esaslarına uyup uymadığının hâkim tarafından kendi takdirine göre değerlendirilmesi yeterlidir.

Çoğu Yugoslavyalı yazar, yetkili yabancı hukuk yerine kamu düzeni kurallarının uygulanması konusunda hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik, bunun tek formülünün olmadığını kabul etmektedir²²⁵. Yetkili yabancı hukuk yerine kamu düzeni kurallarının uygulanması konusunda hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırılması, sadece iç hukukta değil, 1961 Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki *La Haye* Sözleşmesinde de düzenlenen bir olgudur²²⁶.

Söz konusu Sözleşmenin 7. maddesine göre "*işbu Sözleşme kapsamında uygulanabilir hüküm niteliğinde olan hükümlerin uygulanması, iç kamu düzenine açıkça aykırılık gerekçesi ile reddedilebilir*". Ayrıca 1971 tarihli Trafik Kazalarında Uygulanacak Hukuka Dair *La Haye* Sözleşmesi'nin, özellikle 10. maddesinde, bu Sözleşme ile uygulanabilirliği beyan edilen kanunlardan herhangi birinin uygulanmasının ancak kamu düzenine "*açıkça*" aykırı olması halinde reddedilebileceği vurgulanmıştır²²⁷. Yine 1973 tarihli Gıda Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme'nin, özellikle 11. maddesinde, bu Sözleşme ile tanımlanan yasanın uygulanmasının ancak ("*ordre public*") kamu hukukuyla "*açıkça*" uyumsuz olması halinde reddedilebileceği vurgulanmaktadır²²⁸. 22 Aralık 1986 tarihli Milletlerarası Mal Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşmenin 18. maddesinde de aynı ifade tarzı yer almaktadır²²⁹. Diğer *La Haye* sözleşmelerinde olduğu gibi, Sözleşme ile tanımlanan bir kanunun uygulanmasının ancak kamu düzenine "*açıkça*" aykırı olması halinde reddedilebileceği vurgulanmaktadır.

²²⁵ Stanivuković, M., 1999, s. 473.

²²⁶ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/form-of-wills> (06.8.2022)

²²⁷ <https://assets.hcch.net/docs/abcf969d-bac2-4ad5-bf52-f1aabc0939ad.pdf> (10.11.2023)

²²⁸ <https://assets.hcch.net/docs/86a87ff7-e700-4e05-a40c-61090beecb9c.pdf>. (10.11.2023)

²²⁹ <https://assets.hcch.net/docs/b4698bc5-9d42-4352-934f-5232a8dcb12c.pdf>. 10.11.2023)

Hem devletlerin iç hukuklarında hem de uluslararası hukukta düzenlenen bu tür sınırlandırmaların amacı, milletlerarası özel hukuk çerçevesinde verilen kararların harmonizasyonunu sağlamaktır.

VIII. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Doğrudan uygulanan kural kavramı, Milletlerarası Özel Hukuk doktrinine kazandıran Yunan kökenli Fransız hukukçu *Phocion Francescakis* olmuştur. Yazar, her şeyden önce “doğrudan uygulanan kural” kavramının, bu kuralların sadece yöntem bakımından taşıdığı özelliği yansıttığını ve onların kapsamı konusunda bir fikir oluşturmadığını ileri sürüp, bu kuralların içeriğini belirlemek için “güvenlik kanunları” kavramının kullanılmasının uygun olacağını ifade etmiştir. Ona göre bu kurallar, bir ülkenin sosyal, siyasi veya ekonomik organizasyonunun korunması için uygulanması zorunlu olan kurallardır²³⁰.

Ancak *Francescakis* tarafından verilen bu tanım eleştirilmiştir, zira bütün doğrudan kuralları kapsayacak bir tanımın yapılması mümkün olarak değerlendirilmemiştir. Zira bu tür kurallar genellikle devletin organizasyonuna ilişkin olup, bu da toplumların amaçları ve özelliklerine göre değişebilmektedir²³¹.

Belirli alanlarda uygulanan bu tür kurallar, kanunlar ihtilâfı konusunda uygulanma alanı bulmaz. *Francescakis* bu tür kurallarla yapmış olduğu tanımı daha fazla açıklayarak şöyle demiştir: “*Doğrudan uygulanan kurallar belirli kişilerin kişisel menfaatlerini değil, devlet organizasyonundan kaynaklanan toplumsal ortak menfaatlerini korumayı amaçlar*”²³².

Yukarıda açıklandığı üzere, *Francescakis* teorisine göre doğrudan uygulanan kurallar aracılığı ile şu tür menfaatlerin korunması amaçlanır: Devletin siyasi, ekonomik ve sosyal organizasyonu ile ilgili menfaatler, toplumun genel menfaati, belirli devletlerde

²³⁰ Lois d’application immediate et regles de conflict, Riv.di dir.int. e proc., 1967, 697.

²³¹ Francescakis, *La theorie du Renvoi et les conflicts de systemes en droit internationaë prive*, Paris 1958, s. 15.

²³² Bernard, A., *Droit international prive*, (Milletlerarası Özel Hukuk) Economica, Paris, 1997, s. 94.

güvenlik konusu ile ilgili menfaatler, belirli bir sözleşmenin taraflarının birbirine yönelik olan menfaatleri, iç hukukun tutarlılığı ve etkililiği ile ilgili menfaatler, mahkemenin bulunduğu yerin hayati menfaatleri ve bunlara benzer başka menfaatler²³³.

Doğrudan uygulanan kuralların mevcudiyetini kabul etmelerine rağmen, onlara karşı çıkan birçok araştırmacı da söz konusu olmuştur²³⁴. *Francescakis* doğrudan uygulanan kurallarla ilgili fikrini ilk oluşturmaya başladığında, daha çok özel kişilerin menfaatinin korunmasını kıstas olarak almıştır. Profesör *Henri Batiffol* ise bu yaklaşımı eleştirerek, belirli bir devletin bütün kurallarının doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür²³⁵.

Doğrudan uygulanan kurallarla ilgili diğer bir tartışma, bahsi geçen kuralların ait olduğu hukuk alanının özel hukuk mu, kamu hukuku mu yoksa her iki hukuk alanının mı olduğu konusudur. Yukarıda ifade edilen tanımlama kapsamında doğrudan uygulanan kuralların amacı devletin siyasi, sosyal ve ekonomik organizasyonun sağlanması olduğuna göre, bu tür kuralların kamu hukuku alanına ait kurallar olduğu ileri sürülebilmektedir²³⁶. Nihayetinde kamu hukukunun amacı devletin temel organizasyonunu korumaktır²³⁷.

İncelemekte olduğumuz konu tarihsel açıdan değerlendirildiğinde, doğrudan uygulanan kuralların ilk kez Fransız Medeni Kanununun 3. maddesinde zikredildiği görülecektir. Söz konusu maddede devlet organizasyonu ve güvenliği ile ilgili hem kamu hukukuna hem de ceza hukukuna ait hükümler yer almaktadır²³⁸. Ancak doğrudan uygulanan kuralların, özel hukuk alanında da yer aldığı ileri sürülmektedir. Örneğin Kosova Anayasa Mahkemesinin KI33/19 sayılı kararında, doğrudan uygulanan kuralların

²³³ Sajko, K, **Medjunarodnum Privatnom Pravo**, (Milletlerarası Özel Hukuk) Zagreb, s.45; Graulich, P., **Principles de Droit International Prive-Conflict de lois, Conflict de Jurisdictiones** Paris, 1961 s. 36.

²³⁴ Qoku, M., **E Drejta Ndërkombëtare Private** (Milletlerarası Özel Huku), Tiran, 2016, s. 36.

²³⁵ Ancel, B., Joubert, N., Gorneloup, S., **Revue critique de droit international privé**, Dalloz, Paris, 2011, s.37.

²³⁶ Kibar, D. E., **Kanunlar İhtilâfı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakışı**, Yayıncı Sertifika no. 14016, Ankara. 2013, s. 137.

²³⁷ Kibar, D. E., 2013, s. 137.

²³⁸ Kibar, D. E., 2013, s. 137-138.

genellikle uyuşmazlıklarda zayıf olan tarafın lehine olan kurallar olduğu ifade edilmiştir. *Limak Kosovo International Airport J. SC. Adem Jashari* davasında işten çıkarılan işçilerin hakları bu şekilde korunmuştur²³⁹.

Bunun yanı sıra, Fransa Yüksek Mahkemesinin Karma Dairesi, doğrudan uygulanan kurallara ve 31 Aralık 1971²⁴⁰ tarihli Kanuna dayanarak, alt müteahhittin haklarını koruma altına almaya çalışmıştır. Bu örneklerden de görüldüğü üzere, doğrudan uygulanan kuralların, kamu hukuk alanının yanı sıra, özel hukuk alanında da dikkate alındığı ileri sürülebilir. Bu durumda, doğrudan uygulanan kuralların tanımı için iki tür kriterin dikkate alındığı görülmektedir. Şekilsel kriterler doğrudan uygulanan kuralların tek taraflı olarak uygulandığı alanı belirleyen kriterlerdir²⁴¹. Bu kriterler kanunlar ihtilâfı ile ilgili kuralları dikkate almaz²⁴². Teknik kriterler ise doğrudan uygulanan kurallarının alanını genişleterek, kanunlar ihtilâfı kurallarını aşar.

Bazı yazarlar ise doğrudan uygulanan kuralları belirli bir ülkenin yasaları ile özdeşleştirir²⁴³. Ancak *lex rei sitae* ilkesine göre belirli bir ülkenin yasaları her zaman doğrudan uygulanır nitelikte olmayabilir. Diğer taraftan doğrudan uygulanan kurallar da her zaman uygulanacağı ülkenin iç kuralı niteliğinde olmayabilir²⁴⁴.

²³⁹ Anayasa Mahkemesinin şu kararlarına bakınız: KI33/19, KI182/18, KI81/18, KI80/18, KI124/18, KI6518, KI123/18, KI122/18, KI60/18/ KI69/18, KI4919, KI36/18, KI132/18/ KI130/18/ KI129/28. KI125/18, KI33/18, KI167/18, KI165/18, KI164/18, KI128/18.

²⁴⁰ Daha fazla bilgi için bakınız: W Boyult v S. Lemaire, D. 2008, s. 753. Şanlı, C., Esen, E., Figanmeşe, A, I.,2014, s.7. Bu yazarlara göre doğrudan uygulanan kuralların bir kısmı devletlerin ekonomik, politik ve sosyal menfaatlerini gerçekleştirmeyi amaçlarken, diğer bir kısmı özel hukuk alanında uygulama alanı bulmaktadır.

²⁴¹ Tiran Birinci Derece Mahkemesinin 4088 sayılı ve 12.04.2010 tarihli kararına bakınız. Bahsi geçen davanın konusu haksız bir şekilde işveren tarafından bir iş sözleşmesini sona erdirilmesidir. Mahkemenin kararına göre işveren, davacıya, haksız bir şekilde iş sözleşmesinin sonlandırdığı için 1 yıllık maaşını, gerekli prosedürleri uygulamadığı ve kanuni sürelerle uymadığı için 2 aylık maaşını tazminat olarak ödemekle yükümlü kılındı.

²⁴² Pavic, V., **Bribery and International Comercial Arbitration- The Role of Mandatory Rules and Public Policy** Victoria University, Wellington, on 7 November 2012, s. 675.

²⁴³ Bilalli, A., Kuçi, H., 2008, s. 123.

²⁴⁴ Qoku, M., 2016, s. 37.

Belirli bir ülkede uygulanan yasalar, o ülkedeki herkesin uygulaması ve uyması gereken kuralları işaret etmektedir, bu durumda doğrudan uygulanan kuralların, özünde belirli bir ülkede uygulanması gereken kurallar olduğu kabul edilmektedir²⁴⁵.

Ancak unutulmamalıdır ki doğrudan uygulanan kurallar bazen özel kriterler sebebi ile uygulama imkânı bulur. Örneğin belirli bir devlet başka bir devletten ithalata yasak getirmişse, bu yasak o devletin bütün hukuk sùjelerini de kapsamış olur²⁴⁶. Belirli bir ülkedeki kurallar o ülkede bağlayıcı olma niteliğinde sahiptir. Doğrudan uygulanan kurallar ise, yabancı hukuk normlarını dikkate almadan bağlayıcı niteliktedir²⁴⁷. Başka bir ifade ile, doğrudan uygulanan kuralların, kanunlar ihtilâfı kurallarına nazaran üstün nitelikte olduğu kabul edilmektedir²⁴⁸.

Doğrudan uygulanan kuralları yabancılık unsuru içen milletlerarası özel hukuk meselelerine dayanak oluşturabilmeleri için iki norm kategorisinin mevcut olduğu konusu dikkate alınır. İlk kategorideki normlar kamu menfaatini gözeten, toplumun ortak menfaatini koruyan normlar niteliğindedir²⁴⁹. Doğrudan uygulanan kurallar, yabancılık unsuru içerip içermediklerine bakmaksızın, bütün özel hukuk meselelerine uygulanabilir niteliktedir²⁵⁰. Başka bir ifade ile doğrudan uygulanan normlar tarafından düzenlenen özel hukuk meselelerine kanun ihtilâfları hukukunun normları uygulanmaz. Söz konusu meseleler, yabancılık unsuru içerip içermediklerine bakmaksızın, doğrudan uygulanan normlara dayanarak yorumlanır²⁵¹. Başka bir şekilde açıklamak gerekirse; doğrudan uygulanan kuralların öncelikli olması, yabancılık unsuru içeren meselelerde yabancı hukukun uygulanmasına imkân vermez.

²⁴⁵ Birçok içtihatlarda “Doğrudan uygulanan kurallar” kavramı sık bir şekilde kullanılmaktadır. Örneğin, belirli bir edebiyat ya da sanat eserinin fikri mülkiyet haklarının korunması konusunda da bu tür kurallardan bahsedilmiştir. (Civ,01,28 maj 1991, D 1993,197, not Raynard; JCP1991.II.21731, not Françon; Rev crit.DIP 1991,752 Gautier). P Mayer dhe Heuze doktrinin birçok yazarı tarafından da doğrudan uygulanan kurallar kavramı kullanılmıştır.

²⁴⁶ Y. Loussouarn, **Cours general de droit interational prive**, RCADI, 1973 II.s.328-329.

²⁴⁷ Gutman, D., 2009, s. 80.

²⁴⁸ Gutman, D., 2009, s. 80.

²⁴⁹ Doğan, V., 2016, s. 239.

²⁵⁰ Doğan, V., 2016, s. 239.

²⁵¹ Doğan, V., 2016, s. 239.

Burada belirlenmesi önemli bir konu, özel hukuk meselelerinde uygulanacak doğrudan uygulanan normun tam olarak tespit edilebilmesidir. Kuralın, doğrudan uygulanan kural olarak tespiti onun iç/konuluş amacından yola çıkılarak yapılır. Zira ilgili normun devletin siyasi, sosyal, ekonomik ve mali amaçlarını sağlamaya yönelikse doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu değerlendirilir²⁵². Sonuç olarak doğrudan uygulanan hukuk kurallarının kaynağı, milletlerarası özel hukuk alanı değil, iç hukuk alanıdır²⁵³.

B. Kamu Düzeni ve Doğrudan Uygulanan Kurallar Ayrımı

Bazı yazarlara göre doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni arasında içeriksel olarak doğrudan bir bağ söz konusudur²⁵⁴. Zira doğrudan kurallar aracılığı ile sağlanması amaçlanan ekonomik, siyasi ve sosyal hedefler, aynı anda devletin sağlamaya çalıştığı ve sorumlu olduğu kamu düzeninin unsurlarıdır. Dolayısıyla doğrudan uygulanan kuralların, aslında kamu düzeni ile ilgili kurallarla doğrudan bağlantılı olduğu ileri sürülebilir²⁵⁵. Yabancılik unsuru içeren özel hukuk meselelerine yabancı hukuk normlarının

²⁵² Kosova Anayasa Mahkemesinin şu kararlarına bakınız: KI33/19, KI182/18, KI81/18, KI80/18, KI124/18, KI6518, KI123/18, KI122/18, KI60/18 /KI69/18, KI4919, KI36/18, KI132/18/ KI130/18/ KI129/28. KI125/18, KI33/18, KI167/18, KI165/18, KI164/18, KI128/18; Daha fazla bilgi için bakınız: Arnavutluk Yüksek Mahkemesi Büyük Odalar Birliği 8. Sicli sayılı ve 10.06.2011 tarihli kararı.

²⁵³ Bkz. MÖHUK m. 6. Mesela Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.05.1963 tarihli kararında, yabancı bir firmaya fındık satın Türk şirketine kefil olan bir Türk bankasının önceden Maliye Bakanlığının izin almaksızın kefalet taahhüdünde bulunamayacağını öngören Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ile ilgili mevzuatı doğrudan uygulamak suretiyle kefalet taahhüdünün geçerli olmadığı sonucuna varmış ve kefalet akdinin geçerliliğine uygulanacak hukukun tayinine gerek duymamıştır. Karar metni için bkz. Göğer E., Kanunlar İhtilâfi, İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralı, Ankara, 1973, s. 208.

²⁵⁴ Kocasakal, Ö.H., **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Mat Yapım, İstanbul Kasım, 2001, s. 20.

²⁵⁵ Kocasakal, Ö. H., 2001, s. 20-21.

uygulanmasını önlemelerine rağmen, doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni kuralları birbirinden ayıran önemli kriterlerin olduğu kabul edilmektedir. Öncelikle kamu düzeni kurallarının temel amacı yabancı hukuk normlarının uygulanmasını önlemektir²⁵⁶. Doğrudan uygulanan kuralların temel amacı ise özel hukuk meselelerine, yabancılık unsuru içerip içermediklerine bakmaksızın, maddi hukukun uygulanmasını sağlamaktır²⁵⁷. Ayrıca doğrudan uygulanan kuralların olumlu bir etkiye sahip olduğu vurgulanmaktadır²⁵⁸.

Yabancı hukuk normlarının uygulanmasını önleyen, dışlayıcı nitelikteki kamu düzeni kurallarının amacı devletin dayandığı temel ilkelerini korumaktır. Söz konusu ilkeler genellikle Anayasalarda ve devletin diğer yazılı kanunlarında ifade edilmiş olmalıdır. Örneğin kanunun karşısında herkesin eşit olması, insan temel hak ve hürriyetleri gibi ilkeler Anayasalarda düzenlenmiş olan ilkelerdir²⁵⁹. Doğrudan uygulanan kurallar ise belirli bir devletin oluşturmuş olduğu politikalarının yasalarda yansıtılmış halidir²⁶⁰. Bu tür kuralların amacı ilgili devletin yasa düzenine uyulmasını sağlamaktır²⁶¹.

Yukarıda bahsi geçen kurallar arasındaki doktrinel ayrımını gösteren diğer bir olgu da şudur: Kamu düzeni ilkeleri istisnâ nitelikte kurallar, doğrudan uygulanan kurallar ise devamlı uygulanması gereken kurallardır²⁶². Dolayısıyla kanunlar ihtilâfı hukuku alanına ait bir mesele konusunda kamu düzeninin uygulanmadığı durumlarda, doğrudan uygulanan

²⁵⁶ Kapitan, Z., **Nutně použitelné normy v mezinárodním prostředí**. (Uluslararası Ortamda Zorunlu Uygulanabilir Standartlar) Ph.D. Thesis. Brno: Masaryk University, Faculty of Law, 2004, 163, s. 214.

²⁵⁷ Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin. KI182/18 sayılı kararına bakınız.

²⁵⁸ Arnavutluk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesinin 00216/2002 sayılı ve 2016 tarihli kararına bakınız. Söz konusu kararda davacı taraf, davalı taraf niteliğinde olan Albatürk Medical Consulting SHPK şirketine karşı tam tazminat talebinde bulunmuştur.

²⁵⁹ Bilalli, A., Kuçi, H., 2008, s. 335-342.

²⁶⁰ Kosova Cumhuriyeti 03/L-212 sayılı İş Kanunu'na bakınız.

²⁶¹ Daha fazla bilgi için Yüksek Mahkemen Büyük Odalar Birliğinin 8. Sayılı ve 10.06.2011 tarihli kararına bakınız. Söz konusu kararda davacı taraf, kanuna aykırı bir şekilde çıkarıldığı gerekçesi ile davalı tarafa karşı dava açmıştır. İşten çıkarılan davacı taraf, davalı niteliğinde olan Chemonics International INC şirketinden, kanuna aykırı bir şekilde işten çıkartılması gerekçesi ile tazminat talebinde bulunmuştur.

²⁶² Kocasakal, Ö, H., 2001, s. 22-23.

kurallar onun yerlerini alabilmektedir. Bu durumlarda hâkim, yabancı normlara bakmaksızın, doğrudan uygulanan kuralları uygular²⁶³.

Kamu düzeni kuralları, *lex fori* lehine bir mekanizmayı içermektedir. Dolayısıyla yabancı hukuk normunun uygulanmasından ötürü yerli mahkemenin hukuk ilkeleri ihlal edilmiş olursa, kamu düzeni kuralları müdahale etmiş olur. Bu tür durumlarda mahkeme kural olarak yabancı hukuk normunu uygulamamakla yükümlüdür.

Mahkemenin ait olduğu hukuk düzenindeki kamu düzenine aykırı olmayan yabancı normlar, doğrudan uygulanabilir nitelikte olsa da uygulanabilecektir²⁶⁴. Kamu düzeni kuralları ve doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ayrımı tespit etmek için uygulanan diğer bir kıstas bu kuralların uygulanabildiği hukuk alanları ile ilgilidir. Şöyle ki doğrudan uygulanan kurallar genellikle sözleşmeler hukukunda daha çok kullanılırken, kamu düzeni kuralları şahsın hukuku ve aile hukuku alanında uygulama alanı bulmaktadır²⁶⁵.

Bu durumda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, kamu düzeninin ve doğrudan uygulanan hükümlerin uygulanması için sağlanması gereken şartlardır. Bu bağlamda, hükümlerin adil bir şekilde uygulanabilmesi için özel hukuk davası ile ülke mahkemesi (*lex fori*) arasında bir bağlantı olması gerekir. Bu bağlantının olmaması, doğrudan uygulanan hükümlerin uygulanmaması anlamına gelir²⁶⁶.

Ayrıca, kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşmesi için yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk davası ile ülke mahkemesi hukuku arasında bağlantı olması gerekir. Ancak kamu düzeninin sağlanabilmesi için yabancılık unsuru taşıyan hukuk davası ile ülke mahkemesi hukuku arasında güçlü bir bağ olmayabilir. Diğer bir deyişle, ülke mahkemesinin hukuku ile özel hukuk konusu arasındaki bağlantı güçlü olmasa bile kamu düzeni müdahale edebilir. İkisi arasındaki bağlantı ne kadar güçlü olursa, kamu düzeninin müdahale etme ihtimali o kadar fazladır. Bu boyutta, kamu düzeni ile yabancılık unsuru

²⁶³ Nygh, P., **Autonomy in International Contracts**. Oxford: Claredon Press, 1999, s. 206.

²⁶⁴ **Principle of choice of law in international Commercial Contrat**, Hague Conference on Private International Law 2015,s.article II. s. 20.

²⁶⁵ Kocasakal, Ö.H., 2001, s. 22-23.

²⁶⁶ Vitta, E., **Diritto Intrenazionale Privatto**, UTET, Vol I Roma, 1972, s. 380-395.

taşıyan özel hukuk meselesi arasındaki ilişkinin, doğrudan uygulanan hükümler ile özel hukuk arasındaki bağlantıya göre daha esnek olduğu söylenebilir²⁶⁷.

Doğrudan uygulanan kurallar, mahkemenin bulunduğu ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarına havale edilmeden, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde de uygulanan devletin kendi maddi kurallarıdır²⁶⁸. Bu kurallar, kanunlar ihtilâfi kurallarına farklı bir yaklaşım gerektirir. Hâkim, doğrudan uygulanan kurallar aracılığıyla, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinde hangi yabancı hukukun uygulanacağını belirlemez.

Doğrudan uygulanan kurallar, devlet organizasyonunu düzenlemek veya o devletin ekonomik, mali ve sosyal politikalarını gerçekleştirmek için çıkarıldığı için büyük önem taşımaktadır²⁶⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki doğrudan uygulanan kurallar, yabancılık unsuru içerip içermediğine bakılmaksızın mahkemenin yeri ile ilgili tüm özel hukuk meselelerine uygulanır²⁷⁰. Dolayısıyla, doğrudan uygulanan kuralların uygulanabilmesi için yabancılık unsuru olsun ya da olmasın özel hukuk davasının davanın açıldığı yerinde gerçekleşmiş olması veya kişinin mutad meskeninin bulunması veya mahkemenin bulunduğu ülkede²⁷¹ (*lex fori*) geçici olarak yaşaması gerekir.

Ayrıca vurgulanması gereken husus kişiler arası hukukî ilişkileri düzenleyen doğrudan uygulanan kurallar, toplumun sürdürülebilirliğini sağlamayı da hedefler. Kamu düzeni kuralları ise, sayı olarak tamamen belirlenemediği halde, bir toplumun temel değer ve ilkeleri ile bağlantılıdır²⁷².

Konuya kanunlar ihtilâfi hukuku açısından bakıldığı zaman, doğrudan uygulanan kuralların bu hukuk kapsamında ne şekilde uygulanacağı konusu önem arz etmektedir.

²⁶⁷ Vitta, E., 380-395.

²⁶⁸ Guedj, G. T., **The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law- A Comparative Analysis with Modern American Theories**, The American Journal of Comparative Law. Vol. 39, No. 4, Published Oxford Univeristy Press, 1991, s. 665.

²⁶⁹ Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Figanmeşe, I., s. 7.

²⁷⁰ Erkan, M., **MÖHUK Madde 31 Bağlamında Turk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 2, s. 84.

²⁷¹ Ökçün, G. A., s. 36.

²⁷² Timur, H., **Devletler Hususi Hukukunda Aamme İntizamı** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 7, Sayı 4, 1941, s. 874.

Doğrudan uygulanan kurallar, ancak *lex causae* seçildikten sonra uygulanabilecektir, zira ancak o zaman hâkimin hukuku (*lex fori*) mu yoksa yabancı hukukun mu uygulanacağına karar verilir. Başka bir ifade ile, yabancılık unsuru içeren hukuk davalarına hangi hukuk kurallarının uygulanacağı konusunun değerlendirilmesinde, kamu düzeni kuralları hakkında kullanılan yöntem, benzer şekilde doğrudan uygulanan kurallar hakkında da uygulanır. Bu iki mekanizmanın benzer olmasına rağmen, belirli küçük farklılıkları da vardır.

Doğrudan uygulanan kurallar, etkilerini ve uygulanma şartlarını bağımsız bir şekilde belirleyen hukuk kuralları olarak nitelendirilirken, kamu düzeni kuralları, yabancı hukukla bağdaşmayan, *lex fori*'nin temel ilkelerinden ibarettir. Dolayısıyla, yukarıda da açıklandığı üzere, kamu düzenine aykırı olan yetkili yabancı hukuk kuralları uygulanmaz²⁷³.

Bu durumda, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, yabancılık unsuru içeren özel hukuk davalarına, kamu düzeni kurallarının, istisnâî bir şekilde yetkili yabancı hukukun uygulanmasını önleyen kurallar olarak nitelendirilebilecektir²⁷⁴. Bu nedenle, yabancılık unsuru içeren özel hukuk davalarına, yetkili yabancı hukukunun uygulanmasını önledikleri için, kamu düzeni kurallarının öncelikli rolünün negatif (olumsuz) bir rol olduğu ileri sürülebilir²⁷⁵. Doğrudan uygulanan kuralların rolü ise, pozitif (olumlu) olduğu kabul edilir. Zira bu kurallar *lex fori*'nin (hâkimin hukukunun) belirli özel hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamaktadır²⁷⁶.

Kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında, kamu düzeni kuralları olumsuz veya önleyici bir rol oynayarak²⁷⁷, ilgili yetkili yabancı hükmün uygulanması engeller, ancak bu şekilde oluşan hukuk boşluğunun ne şekilde dolacağı konusunda bir açıklama

²⁷³ Bonomi, A., **Mandatory Rules Of Private International Law**, Year Book of Private International Law, Vol.I. 1999, s. 230.

²⁷⁴ Köşoğlu, M., **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkisi Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 28, sayı 1-2, 2008,s.153.

²⁷⁵ Köşoğlu, M., s. 153.

²⁷⁶ Mills, A., **The Confluence of Public and Private International Law**, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, 2009, s. 191.

²⁷⁷ Ökçün, G. A., s. 37.

getirmezler²⁷⁸. Kanaatimizce, kamu düzeni kuralları nedeni ile yaratılan her hukuk boşluğunun, mecburen hâkimin hukuku (*lex fori*) ile doldurulmasına gerek yoktur. Zira yabancı hukuk (*lex causae*) sisteminde, bu boşluğu doldurabilecek başka hukukî normlar da bulunabilir. Ancak, yetkili yabancı hukukun uygulanmasına mâni olan, kamu düzeni kuralları değil de, doğrudan uygulanan kurallar söz konusu olunca, yukarıda bahsi geçen anlamda bir hukuk boşluğu oluşmaz, zira *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları, yabancı hukuk yerine uygulanacaktır²⁷⁹.

Bazı durumlarda, yetkili yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık sebebi ile uygulanamamasından yaratılan hukuk boşluğu, dolaylı bir şekilde *lex fori* ile de doldurulabilir. Bu durum kamu düzeni kurallarının olumlu etkisinin bir ifadesi olarak nitelendirilmiştir²⁸⁰.

Yabancı unsurlu ilişkiler kapsamında, iç hukuktaki kamu düzeni kurallarının, doğrudan doğruya uygulanan kurallardan ayırt edilmesi kolay bir iş değildir. Profesör *Muammer Raşit Seviğ*'e göre kamu düzeni kurallarının olumlu etkisi dikkate alınarak doğrudan uygulanan kuralların açıklaması yapılabilir²⁸¹.

Profesör *Gündüz Ökçün* ise buna karşı çıkarak, olumlu etkisi olan kamu düzeni kuralları ile doğrudan uygulanan kurallar arasında bir bağın olmadığını ileri sürmüştür²⁸². *Ökçün*, *Seviğ*'den farklı olarak, açık bir şekilde, doğrudan uygulanan kuralların, yabancılık unsuru içeren özel hukuk olaylarına, yetkili yabancı hukuka bakmaksızın uygulandığını izah etmektedir. Başka bir ifade ile, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine uygulanacak doğrudan uygulanan kurallar söz konusunu olduğu zaman, yetkili yabancı hukukun uygulanıp uygulanmaması konusunda bir değerlendirilmeye hiç gidilmez. *Ökçün*'e göre kamu düzeni kuralları, istisnâ olarak uygulanır ve önce yetkili yabancı hukuku bertaraf ettiği için olumsuz etkisini gösterir; sonra da *lex fori*'nin uygulanmasını

²⁷⁸ Bonomi, A., s. 230.

²⁷⁹ Bonomi, A., s. 230.

²⁸⁰ Köşoğlu, M., 2008, s. 15.

²⁸¹ Seviğ, R. M., **Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangilerdir?** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mecmuası--c.5, 1939, s. 118. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96964> (21.8.2021)

²⁸² Ökçün, G. A., 1997, s. 39.

sağladığı için olumlu etkisini gösterir. Bu nitelik, onun, doğrudan uygulanan kurallardan farklı olduğunu göstermektedir²⁸³.

Bu iki kavram birbirinden farklı olduğu halde, farklı ülkelerin doktrinleri ve mahkemeleri bu iki kavramı birbirleri ile birleştirmiştir ve çoğu zaman onlardan birini açıklayabilmek için öbür kavramı kullanmıştır. Bir örnek vermek gerekirse Yargıtay Hukuk Dairesinin 1992 yılında Libya’da çalışmış olan bir Türk işçisinin tazminat talebi ile ilgili kararı ele alınabilir. Bahsi geçen işçinin Libya kanunlarına göre hakettiği tazminat miktarının, Türk kanunlarına nazaran daha az olduğu tespit edilmiştir. Libya hukukun ilgili kanunlarının Türk kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Böylece mahkeme tazminat miktarını Türk kanunlarını esas alarak belirtmiştir. Ancak mahkemenin bu kararı eleştirilmiştir. Zira bahsi geçen tazminat miktarının Libya kanunlarına göre daha az olmasının, Türk kamu düzenine gerçekten aykırı olmadığı ileri sürülmüştür. Bu şekilde eleştiri getirenlere göre, mevcut olayda, dikkate alınması gereken kamu düzeni kuralları değil, doğrudan uygulanan kurallardır²⁸⁴. Buna benzer bir durum, bir Alman şirketinin ve tek el idaresinin tarafı olduğu Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 31.01.1995 tarihi kararında da tespit edilmiştir. Bahsi geçen davada Yargıtay, kamu düzeni ile ilgili kurallara itibar etmesi gerekirken, doğrudan uygulanan kurallara kararını dayandırmıştır²⁸⁵.

Kosova Cumhuriyetinde ise bu konulara örnek olabilecek herhangi bir mahkeme kararı tespit edilememiştir. Altı ay boyunca süren bir çalışmada Kosova’da yabancı unsur içeren davalar incelenmiştir; ancak kamu düzeninin dikkate alındığı herhangi bir davaya rastlanmamıştır. İncelenen davaların çoğu boşanma davası olup; incelenen kararlarda dikkat çeken unsur hâkimlerin yaklaşımıdır. Zira hakimlerin çoğu yabancı unsurlu davaları incelemelerine rağmen, hiçbir zaman yabancı hukuku dikkate almamıştır, her zaman iç hukuku uygulamayı tercih etmiştir.

Böyle olunca da hiçbir kararda kamu düzeni veya doğrudan uygulanan kurallarla ilgili herhangi bir analize rastlanmamıştır. Sadece Anayasa Mahkemesinin Limak Şirketi ile

²⁸³ Ökçün, G. A., 1997, s. 39.

²⁸⁴ Çalışma Hayat ile ilgili Yargıtay Kararları 1990-1995, 1996, Ankara, s.109-110. Yargıtay 9 H.D 1992.

²⁸⁵ E.6650, K.679.s 11 kararın metni için bkz. Çelikel.Aysel-Nomer Ergin Devletler Hususi Hukuku Örenk olaylar, Mahkeme Kararları, İstanbul, 1997, s. 486-487.

ilgili KI182/18 sayılı kararında doğrudan uygulanan kurallardan bahsedilmektedir. Bahsi geçen davanın konusu Kosova Havaalanının işletmesini üstlenen bu şirketin, fazla olarak değerlendirdiği çalışanların bir kısmını işten çıkartmasından doğmuştur. Limak şirketi Kosova Havaalanını devir alırken yaklaşık 50 kişiyi işten çıkartmıştır. Bu çalışanların davalarını inceleyen Kosova'nın bütün mahkemeleri, Limak şirketinin bu hareketini Kosova'nın İş Kanunu'na aykırı olarak değerlendirmiştir. Mahkemelere göre, bu durum, İş Kanununun yanı sıra, ülkenin sosyal politikalarına da aykırılık teşkil etmektedir²⁸⁶.

Kanaatimizce mahkemelerin bu kararlarında, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar doğrudan zikredilmediği halde, onların kastedildiği açıktır. Kosova Anayasa Mahkemesinin KI182/18 sayılı kararında da görüldüğü üzere, Kosova yargı sisteminde doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni kuralları kavramları konusunda yeterli bilginin eksik olduğu tespit edilmektedir.

IX. YABANCI KAMU DÜZENİ

A. Genel Olarak Atıf (*Renvoi*)

Uluslararası hukukta "*renvoi*" olarak da bilinen atıf, XVII. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Düşünür *Niboyet*, o dönemde yaşayan Fransız hukukçu *Froland* için, "Tüzüklerin doğası ve niteliği üzerine anılar" adlı eserinde, 1652 ve 1653'te Rouen'deki Parlementonun birkaç kararını anlattığını ifade etmiştir. Burada Normandiya'da uygulanan kanunlar ihtilâfi kuralları, Paris'te uygulanan kanunlar ihtilâfi kuralları da dikkate alınır denerek, esasen "atıf" kurumuna değinilmiştir²⁸⁷.

²⁸⁶ Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin KI182/18 kararına bakınız.

²⁸⁷ Niboyet, J. P., Froland., **Les Conflicts de Qualifications et la question du renvoi**, *Revue de droit international prive*, 1926, s. 1

Doktrinde atıf kurumuna değinen 19. yüzyıla ait bazı kararlardan bahsedilmektedir. Bunlar, 1841²⁸⁸ tarihli İngiliz Collier Rivaz²⁸⁹, 1847 tarihli Frene ve 1877 tarihli The Goods of Lacroix²⁹⁰ kararlardır.

Ancak atıf kurumu, 19. yüzyılın ikinci yarısında ayrı bir önem kazanmıştır. Önce sorun olarak 1841'de Collier Rivaz²⁹¹ davasında bir İngiliz mahkemesinde gündeme gelmiştir. Belçika'da²⁹² ikamet eden bir İngiliz vatandaşı, İngiliz yasalarına göre bir vasiyetname hazırlamıştır. Vasiyetnamenin geçerliliği meselesi İngiliz mahkemesinde gündeme geldiğinde İngiliz mahkemesi kendi ülkesinin kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmuştur. İngiliz hâkim, ülkesinin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, Belçika hukukunu uygulanacak hukuk olarak tayin etmiştir. Daha sonra vasiyetname konusuna Belçika devletinin maddi hukuk kuralların mı yoksa kanunlar ihtilâfı kurallarının mı uygulanacağı sorunu ortaya çıkmıştır. İngiliz mahkemesi ikinci çözümü uygun görmüş ve İngiliz hukukuna göre (iade eden atıf) uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuştur.

Ancak bu kurumun milletlerarası özel hukukta uygulanmasının makul olup olmadığı konusunda teorik tartışmalara yol açan dava Forgo²⁹³ davası olmuştur. Bir Bavyera vatandaşının evlilik dışı çocuğu olan Franc Forgo, beş yaşından beri Paris'te

²⁸⁸ Bkz. Collier v. Rivaz (1841) 2 Curt. Ecc. 855; Lfibeck, March 21, 1861 (14 Seuffert's Archiv, 164); RG, January 27, 1888 (2o RG 351).

²⁸⁹ Bkz. Collier v. Rivaz (1841) 2 Curt. Ecc. 855. <https://vlex.co.uk/vid/collier-against-rivaz-805722773> (12.11. 2023).

²⁹⁰ Allemès, F., **The Problem of Renvoi in Private International Law**, Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, Transactions of the Grotius Society, Vol. 12, 1926, s. 63-79.

²⁹¹ Lewald, Mr., **La Theorie du Renvoi** (1929) in 1929-IV (Vol. 29) Recueil des Cours 519, especially paragraf. 539. "La théorie du renvoi (Volume 29)", in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Consulted online on 16 January 2024 http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_ppIrdc_A9789028606623_06 First published online: 1929.

²⁹² Tanınmış Belçikalı hukukçu *Laurent*, renvoi teorisinin altında yatan hataya dikkat çeken ilk kişi gibi görünmektedir. Yazdığı nota bakın. Brüksel, 14 Mayıs 1881, S. 188, 4, 41. Ancak, "Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi jtrang~re relativement a la d~termination de la loi applicable a la causet" başlıklı bir makalede Paris Üniversitesi'nin seçkin profesörlerinden E. Labb, Forgo davasında Yargıtay'ın vardığı sonuca katılmadığını (12 Clunet 5-16), göz ardı edilemeyecek kadar güçlü bir şekilde dile getirmiştir.

²⁹³ Lorenzen, E. G., **The Franch Rules of the Conflict of Law**, Yale Law Journal, Vol.XXXVI, No.6, 1927, s.731-756.

(Fransa) yaşamaktadır²⁹⁴. Forgo, Paris'te evlenmiş ve mal sahibi olmuştur. Bununla birlikte, hiçbir zaman Fransız vatandaşlığını ve idari izne dayalı olarak elde edilen yasal ikametgâhı elde etmemiştir. Vefat ettiği yer olan Fransa'da fiili ikametgâh sahibi olmuştur. Ölümünden sonra mirasçı olarak Bavyera yasalarına göre miras hakkı olan ancak Fransız yasalarına göre olmayan bazı uzak kuzenleri (anne tarafından) ortaya çıktı. Fransa kanunlar ihtilâfı hukukuna göre (Medeni Kanun'un 13. maddesi) mirasta ikamet yeri hukuku uygulanır.

Bu nedenle, Forgo bir Bavyera vatandaşı olduğu ve Fransa'da yasal ikamet izni olmadığı için Bavyera yasasının uygulanması gerekiyordu²⁹⁵. Bununla birlikte, o dönemde Fransa'da²⁹⁶ ikametgâh, çocuğun doğum anında babasının bulunduğu yere göre ve çocuğun babası bilinmiyorsa, o zaman annesinin ikamet ettiği yere göre belirleniyordu. Fransa daha sonra doğduğu ülkeye göre ikametgâhın belirlenmesine karar almıştır. Forgo'nun annesi, doğduğu sırada Bavyera'da ikamet ettiği için, Bavyera'nın maddi yasası uygulanmalı ve kuzenlerinin miras hakları tanınmalıydı. Ancak, Fransız Yargıtayı, Bavyera maddi hukukunu uygulamadı, Bavyera kanunlar ihtilâfı kuralını uyguladı.

Fransız kanunlar ihtilâfı hukuku uyarınca, Bavyera miras hukuku (maddi hukuk) uygulanırsa, Forgo'nun uzak akrabaları mirasçı olarak belirlenir. Ancak Bavyera hukuku bir bütün olarak anlaşılırsa, yani aynı zamanda Bavyera kanunlar ihtilâfı kurallarını da içerecek şekilde anlaşılırsa, o zaman Bavyera kanunlar ihtilâfı normlarına göre, miras için ölenin fiili ikametgâhı hukuku yetkilidir. Bu durumda, uyuşmazlık Fransız hukukuna göre çözülecektir. Fransız hukukuna göre uzak akrabalar mirasçı olamamaktadırlar. Fransız Yargıtayı, Bavyera kanunları ihtilâfı hukukunun kuralını uygulayarak, yani iade atfı kabul ederek, uyuşmazlığı Fransız miras hukuku hükümlerine göre karara bağlamıştır.

Fransız hukukunda, bu konuya değinen bir başka karar Zhilber ("*Rosmary*")²⁹⁷ davasında verilmiştir. *Rosmary*²⁹⁸ rolüyle tanınan ünlü şarkıcı *Zhilber*, bir Amerikan

²⁹⁴ Lorenzen, E. G., 1927, s.731-756.

²⁹⁵ Lorenzen, E. G., 1927, s.731-756.

²⁹⁶ Huc, Th., **Commentaire du Code Civil**, Publication, Effets application des lois:Jouissance et privation des droits civilis; Actes de l'État civil; Domioile – Absence, 1892, Vol. 1, s. 159.

²⁹⁷ Valadao, D., **Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Akademisi**, RC. 1971, Cilt II, 133, s. 528.

vatandaşıyla evlenmiştir. Evlendikten sonra koca, karısının sahnede şarkı söylemeyi bırakmasını istemiştir. Koca, bu meseleye ilişkin davayı Fransız mahkemesine taşımıştır. Fransız kanunlar ihtilâfı hukukuna göre eşler arasındaki ilişkiler eşin ulusal hukukuna göre düzenlenir, dolayısıyla bu durumda Amerikan hukukunun uygulanması gerekir. Ancak bu kanuna göre eşin ikamet ettiği yer hukuku yetkilidir. Mahkeme Fransız hukukuna atfı kabul etmiş ve davayı kadının aleyhine karara bağlamıştır. Çünkü, dönemin Fransız Medeni Kanunu, kocanın izni olmadan kadının meslek icra etmesini yasaklamıştır²⁹⁹.

Günümüzde, devletlerin kanunlar ihtilâfı hukukunda, atıfla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. *Lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı kuralının yetkili kıldığı devletin hukuku, *lex fori*'yi yetkili kılıyorsa iade atıf veya bir dereceli atıf; üçüncü bir devletin hukukunu yetkili kılıyorsa devam eden atıf veya iki dereceli atıf söz konusudur.

Bazı devletler atfın kabul edildiği uyuşmazlıkları sınırlandırırken, bazıları herhangi bir sınırlama içermemektedir. Türk hukukunda atıf, sadece şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda kabul edilmiştir. Ayrıca atfın ikinci derecede kırılabacağı öngörülmüştür. Buna göre, aile ve şahsın hukuku alanına ilişkin yabancılık unsuru içeren bir davada Türk kanunlar ihtilâfı kuralının yetkili kıldığı yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kuralına bakılacak ve bu kuralın yetkili kıldığı devletin maddi hukuk hükümleri uyarınca uyuşmazlık karara bağlanacaktır.

B. Yabancı Kamu Düzeni Kavramı ve Uygulanması

Yabancı kamu düzeni, yalnızca çok özel istisnaî durumlarda, devam eden yani iki dereceli atıf durumunda, üçüncü ülke hukukunun ikinci ülkenin kamu düzeniyle açık ve net bir şekilde çeliştiği veya *lex fori*'nin kamu düzeniyle çeliştiği durumlarda uygulanan

²⁹⁸ Bkz. Mason v. Rose, 176 F. 2d 486 (2d Cir. 1949); In re Schneider's Estate, 96 N. Y. S. 2d 652 (Surr. Ct. 1950) <https://casetext.com/case/mason-v-rose> (08.7.2023)

²⁹⁹ Lorenzen, E. G., 1918., s. 327-344.

istisnâî bir kavramdır. Bir başka şekilde ifade edilirse, üçüncü ülkenin hukukunun uygulanması, *lex fori*'nin ve/veya ikinci ülkenin kamu düzenine aykırılık oluşturabilir. İkinci durumda, yani üçüncü ülkenin hukukunun, ikinci ülkenin kamu düzenine aykırılığı mahkeme tarafından dikkate alınacak mıdır meselesi, pratikte neredeyse hiç dikkate alınmaz ve bu haliyle daha çok doktrinsel bir tartışmanın konusudur³⁰⁰.

Mahkemenin bulunduğu ülkenin ve ardından ikinci ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre üçüncü ülke hukukunun uygulanmasına karar verilmesi ve bu hukukun *lex fori*'nin anayasal, hukukî ilke ve değerlere açıkça aykırı olması halinde kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir³⁰¹. Örneğin, fiil ehliyeti, ilgili kişinin millî hukukuna tâbidir. Eğer o kişinin ulusal hukukunun kanunlar ihtilâfî kuralları aracılığıyla, söz konusu ülkenin hâkimi tarafından gerekli görülen bir üçüncü ülke kanununun uygulanacağı tespit edilirse (örneğin, kanunlar ihtilâfî kuralları yerleşim yeri hukukunun uygulanmasına yol açıyorsa), hâkimin, söz konusu kişinin ikametgahının bulunduğu üçüncü ülke hukukunu uygulamış olması halinde, kamu düzenini dikkate alması gerektiği kabul edilmektedir³⁰².

Ayrıca, yabancı hukukun (ikinci ülkenin) kamu düzenine ek olarak yabancı (üçüncü ülke) hukukun uygulanması sonucunda alınan kararın genel ahlak kurallarına veya örf ve adetlere aykırı olması halinde, söz konusu ülkede geçerliyse, yabancı kamu düzeninin dikkate alınabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu durumda yabancı ülkenin³⁰³ (ikinci ülkenin) kamu düzenini değil, *lex fori*'nin kamu düzenini dikkate almaktan bahsetmek daha doğru olacaktır.

Yani hâkim önce kendi ülkesinin kanunlar ihtilâfî kurallarına, sonra da ikinci ülke kanunları ihtilâfî kurallarına atıfta bulunursa, üçüncü ülke hukukunun uygulanmasına atıfta bulunursa, üçüncü ülke kanunları ihtilâfî kurallarına atıfta bulunursa, üçüncü ülkenin, mahkemenin bulunduğu ülkenin veya ikinci ülkenin değer ve ilkelerine açıkça aykırı

³⁰⁰ Doğan, V., Yılmaz. Ç.A., İzmirli.A.L., **Milletlerarası Özel Hukuk, Genel Esaslar, Milletlerarası Usul Hukuku, Bağlama Kuralları**, Savaş Yayınevi, Baskı 9, 2023 s. 268-269.

³⁰¹ Doğan, V., Yılmaz. Ç.A., İzmirli.A.L., 2023, s. 268-269.

³⁰² Doğan, V., Yılmaz. Ç.A., İzmirli.A.L., 2023, s. 268-269.

³⁰³ Doğan, V., Yılmaz. Ç.A., İzmirli.A.L., 2023, s. 268-269.

olması halinde, mahkemenin bulunduğu ülkenin veya ikinci ülkenin kamu düzeninden yararlanılabilir. Bu şekilde üçüncü ülke hukukunun uygulanması engellenmiş olacaktır³⁰⁴.

Bu anlamda, birinci ve ikinci ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının (sırasıyla milletlerarası özel hukuk kanunları) incelenmesi, ikinci ülkenin kamu düzenine veya mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzenine göre üçüncü ülke hukukuna atıfta bulunur ve nihai uygulaması açık çelişkiye düşebilir³⁰⁵.

X. KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. *Postglossator* Okulu Temsilcileri

Kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamındaki kamu düzeninin önceliği ilkesi, XIX. yüzyıldan bu yana, aynı şekilde uygulanmaktadır³⁰⁶. Kamu düzeninin, yetkili yabancı hukukun uygulanmasını önleyici niteliğinden *Postglossator* zamanından itibaren söz edilmektedir. *Bartolus de Sassoferrato* (1314-1357) ve daha sonra, *Jacobus Balduini* (1327-1400), kamu düzeninin, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamındaki anlamı konusunda fikir yürüten, *postglossator* İtalyan okulunun ilk temsilcilerindendir³⁰⁷.

Postglossator İtalyan Okulunun temsilcilerinden biri olan ünlü hukukçu *Bartolus de Sassoferrato*, normları aynî ve şahsî olmak üzere iki grupta sınıflandırmıştır³⁰⁸. Ona göre, sınır ötesi etkili olduğu kabul edilmiş normlar, *elverişli* (*privilegia favorabilia*) ve *çirkin* (*privilegia odiosa*)³⁰⁹ olmak üzere ikiye ayrılır. *Bartolus*, bireylerin kişisel çıkarlarını korumaya yönelik olduğu için birinci gruptaki normların, bireyin gittiği yurt dışındaki

³⁰⁴ Nomer, E., 2021, s. 179-180.

³⁰⁵ Nomer, E., 2021, s. 179-180.

³⁰⁶ Bilalli, A., Kuqi, H., 2008, s. 340.

³⁰⁷ Lipstein, K., **Principles of the Conflict of Laws, National and Interantional**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1981, s. 9-10., Bkz. Saxoferrato, B., **Bartolus on conflict of laws** (Beale, J.H. translate), Publishers : University of Cambridge, University of Harvard, 1914, s. 31., Bkz. Hatzimihail, E.N., **Bartolus and Conflict of Laws**, 60 RHDI 11, 2007, s. 22-28.

³⁰⁸ Symeonides, C. S., **The American Choice of Law Revolution: Past, Presentand Future**, Vo. 4, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006, s. 123., H, Kuqi., Bilalli, A., **Lindja, Zhvillimi Historik dhe Burimet e së Drejtës Ndërkombëtare Private**, (Milletlerarası Özel Hukukun Doğuşu, Tarihsel Gelişimi ve Kaynakları), **Priştine Üniversitesi**, Priştine, 2006, s.51

³⁰⁹ Nussbaum, A., 1940, s. 110.

yerlerde³¹⁰, toplumun genel çıkarlarını korumayı amaçlayan ikinci gruptaki normların ise, sadece o toplumun bulunduğu ülkenin içinde uygulanması gerektiğini anlatmıştır³¹¹.

Bartolus, İtalya'nın Pisa şehrinden ayrılan ve İngiltere'de yaşamaya başlayan bir İtalyanın bırakmış olduğu vasiyetnameyi değerlendirmeye almıştır. Söz konusu vasiyetname ile bazı mirasçılar mirastan çıkarılmıştır. Dönemin İtalyan hukuk normlarına göre ilgili kişilerin mirastan çıkarılması mümkün değildir; ancak İngiltere hukuk normlarına göre böyle bir işlem yasal olarak kabul edilmektedir³¹². Bu durumda *Bartolus*, İtalyan normlarının sınır ötesi etkili olduğunu, İngiltere hukuk normlarının ise, sadece ülke içinde geçerli olabilecekleri için “çirkin” olarak sınıflandırılması gerektiği yönünde görüşü savunmuştur.

Fransız yazar *F. Laurent*, kadınların mirasçı olmalarına mâni olan bir kuralı dikkate almıştır. Bahsi geçen kural *Bartolus* tarafından “çirkin” norm olarak değerlendirilirken, *Jacobus Balduini* tarafından, aristokrasiyi savunmaya yönelik olduğu için “elverişli” norm olarak kabul edilmiştir³¹³.

Orta Çağın ünlü hukukçularından biri olan *Jacobus Balduini*, iki önemli yaklaşım sergilemiştir. *Balduini* öncelikle, yabancılık unsuru içeren davalarda hâkimin *lex fori*'yi uygulama zorunluluğu ve yabancı hukuku uygulama imkânı arasındaki farkı ortaya koymuştur³¹⁴. İkinci olarak, bahsi geçen hukukçu, kazanılmış hakların, yabancı hukukun uygulanması için bir gerekçe oluşturduğu yönündeki görüşü ile yepyeni bir hukukî yaklaşıma yol açmıştır³¹⁵.

Hukuk doktrininde, şahsî hakların, bazen aynî haklar sebebi ile engellenebileceği yönündeki düzenlemeler, bu yaklaşımlara dayanarak oluşturmuştur. “Çirkin” normlar

³¹⁰ Dayınlarlı, K., 2011, s. 59.

³¹¹ Dayınlarlı, K., 2011, s. 59.

³¹² Kalia, A., 2010, s.126.

³¹³ Dolinger, J., 1982, s.166.

³¹⁴ Gutmann, D., 2009, s.52.

³¹⁵ Lipstein, K., 1981, s 9-10.

kavramı ile belirtilen, iç hukuk lehine, yabancı hukuku önleyici nitelikteki normlar olup; kamu düzeninin, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında dönemin algılayışı ile ilgilidir³¹⁶.

B. Hollanda, İngiliz, Alman, İtalyan ve Fransız Ekolleri

Kamu düzeni kavramı Hollanda okulunun temsilcilerinden *Ulrich Huber* tarafından, sadece polis (şehir-devletler) düzeyinde değil, egemen ve bağımsız devletler düzeyinde de ele alınmıştır³¹⁷.

Ulrich Huber milletlerarası hukuk konusunda “*De Jure Civitatis*”, “*Praelectiones Juris Civilis*”, “*Digressiones Justinianae*”; “*Eunomia Romana*”, “*Hedendaegse Rechtsgeleertheytzoeldersals in Frieslandtgebruikelyk*”³¹⁸ gibi birtakım eserler yazmıştır. Bahsi geçen yazar, kanunlar ihtilâfı hukuku ile ilgili fikirlerini, en önemli eseri olarak değerlendirilen, 1689 yılında “*Praelectiones Juris Civilis*” isimli eserinin, “*De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*” (çeşitli imparatorluklardaki çeşitli kanun ihtilâfları hakkında)³¹⁹ başlıklı II. Bölümü ile aktarmıştır. Bahsi geçen eser, toplamda 10 sayfa ve 15 paragraftan oluştuğu için, çok kısa bir metin olarak değerlendirilmiştir³²⁰. Söz konusu metinde yazar, kanunlar ihtilâfı kuralları konusunda dikkate alınması gereken üç prensibi şu şekilde belirtmiştir:

1. Her devletin kanunları, devletin içinde uygulanır ve devletin içinde ikamet eden herkesi bağlar; devletin dışında uygulanmaz.

2. Bir devletin sınırları içerisinde ikamet eden herkes, kalıcı veya geçici olarak orada bulunup bulunmamasına bakılmaksızın, o devlette ikamet ediyor sayılır.

³¹⁶ Kalia, A., 2010, s. 126.

³¹⁷ Collier, G. J., **Conflict of Law**, Vol. 3, Cambridge University Press, Edinburgh, 2004, s. 378.

³¹⁸ Pavlova-Getman, V. I., **The concept of “comity” in Ulrich Huber’s conflict doctrine**, The National Research University “Higher School of Economics, Academic Fund Program in 2012/2013, s. 1.

³¹⁹ Kuqi, H., Bilalli, A., 2008, s. 78.

³²⁰ Davies, J.L., **The Influence of Huber's De Conflictu Legum on English Private International Law**, 18 Brit. Y.B. Int'l L. 49, 1937, s. 56.

3. Devletlerin hükümetleri, kendi devlet ve vatandaşları açısından bir zarar getirmediği sürece, yabancı bir devletin içinde hukukî sonuçlar doğurmuş olan bir hakkın, bu sonuçları korumasına nezaket (“*comitas*”³²¹) gereği müsaade eder³²².

İlk iki ilkede kanunların yurt içinde bulunan herkesi bağlama gücünden bahsedilmektedir. Kanunların yurt dışı gücü ise ilke olarak kabul edilmemektedir³²³. Üçüncü ilkede ise kamu düzeni kavramından bahsedildiği anlaşılmaktadır³²⁴. Yazar böylece, yabancı kanunların ne şekilde uygulanabileceği konusunda görüşünü ifade etmiştir. Ona göre, yabancı kanunlar, belirli bir devlete veya onu vatandaşlarına yönelik sakıncalı olmadığı sürece uygulanabilecektir. Yazar, eserinin başka bir kısmında, karışıklıklara ya da yerli kanunların önlenmesine sebebiyet vermesi halinde, yabancı kanunların uygulanmasının reddedilebileceğini ifade etmiştir³²⁵.

Ulrich Huber, üçüncü ilke aracılığıyla, kamu düzeni kavramını, kanunlar ihtilâfi hukuku ve yabancı mahkemelerin vermiş olduğu kararların tanınması ve tenfizi konusunda değerlendirmiş olmaktadır³²⁶.

İngiliz okulunun temsilcilerinden *Joseph Story*, 1834 yılında yazdığı “*Commentaries of conflict of law*” (Kanunlar İhtilâfi Yorumları) isimli kitabında, *Ulrich Huber*’i ve *Mansfield*³²⁷ tarafından oluşturulan “*comitas*” doktrinine itibar etmiştir. Prof. *Laine* bu konu ile ilgili, *Joseph Story*’nin kanunlar ihtilâfi konusundaki eserinin, *Huber*’e

³²¹ Schultz, Th., Nicolo, R., **Comity and International Courts and Tribunals**, Vol 50, Cornell International Law Journal, 2017, s. 580.

³²² Lorenzen, G. E., **Huber's de Conflictu Legum**, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 13 U.Ill.L.Rev.1918- 1919, s. 376. Dornis, W.T., **comity” in Encyclopedia of Private International Law** (JürgenBasedow et al. (eds.), 2017, s .3. <https://ssrn.com/abstract=2992808>.

³²³ Childress, E. III., **Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws**, University of California, Davis, 44 U.C. Davis Law Review 11, 2010, s. 20.

³²⁴ Bilalli, A., Kuqi, H., 2008, s. 340.

³²⁵ Lorenzen, G. E., 1918-1919, s. 378.

³²⁶ Munoz, L. D. M., **The Doctrine of Comity and the Recognition of Foreign Decisions in the United States**, 40 Nova L. Rev. 349, s. 370., Lorenzen, G.E., 1918-1919, s. 378.

³²⁷ Paul, R. J., **The Transformation of International Comity**, 71 Law and Contemporary Problems 19-38, 2008, s. 24.

yapılan bir atıftan başka bir şey olmadığını ileri sürmüştür³²⁸. *Story, Huber*'in ifade etmiş olduğu üç ilkeyi kabul eder; ancak ona göre, bu ilkeler genel bir şekilde tanımlandığı için, onların pratikte uygulanması güç görünmektedir³²⁹.

Joseph Story, Huber gibi, yabancı kanunların, ilgili devletin çıkarlarına ve kamu düzenine aykırı olmadığı sürece uygulanabileceğini iddia ederek, kamu düzeni kavramına değinmiş olmaktadır³³⁰. Bu iki yazarın ayrıldığı tek nokta nezaket (*comitas*) ilkesi ile ilgilidir. *Huber*, karşılıklılık ilkesine daha çok siyasi bir anlam³³¹ verirken; *Joseph Story*, karşılıklılık ilkesinin, kanunlar ihtilâfı hukukunun bir esası olduğunu ileri sürmektedir. *Story*'ye göre kanunlar ihtilâfı hukuku, uluslararası hukukun bir dalıdır, dolayısıyla kanunlar ihtilâfı hukukunun ilkeleri de uluslararası hukuktan kaynaklanmaktadır³³². Bu kapsamda, karşılıklılık doktrininin, genel hukuk ilkesi niteliğini kazanmış olduğu ileri sürülebilir. Bundan dolayı, hâkim, ilke olarak yetkili yabancı hukuku, istisnâ veya olağanüstü olarak da kamu düzeni kurallarını uygulamakla yükümlüdür.

XIX. yüzyılın Alman okulunun temsilcilerinden biri olan hukukçu *Friedrich Carl von Savigny*, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında kamu düzeni kavramını değerlendirmiştir. Söz konusu yazar, kamu düzeninden açık bir şekilde bahsetmemekle birlikte, yabancı hukukun uygulanmasının mahkeme (hâkim) tarafından engellenebileceğinden bahsetmiştir³³³.

Profesör *Savigny*, yabancılık unsuru ihtiva eden özel hukuk ilişkilerine uygulanacak yabancı yetkili hükmün, ilgili hukuk ilişkisinin niteliğine göre

³²⁸ Lorenzen, G. E., 1918-1919, s. 378.

³²⁹ Kuqi, H., Bilalli, A., 2012, s. 110.

³³⁰ Altuğ, Y., **Anglo-Amerikan Aleminin İlk Önemli Devletler Hususi Hukukçusu Josph Story**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 24 (1-4), 2011, s. 68.

³³¹ Lorenzen, G. E., **Story's Commentaries of the Conflict of Laws –One Hundred Years After**, 48 Harvard Law Review 15, 1934, s. 35.

³³² Paul, R. J., 2008, s. 25.

³³³ Bilalli, A., Kuqi, H., 2008, s. 340.

değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür³³⁴. Ona göre, ayrıca, hâkim, yetkili yabancı hukukun niteliğini inceledikten sonra, onu bertaraf edip iç hukuka bağlı kalmaya karar verebilecektir³³⁵. Savigny, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında, istisnâî olarak uygulanmayacak yabancı hükümleri ikiye ayırmıştır; “ahlaki” ya da “siyasi” sebeplerden ötürü uygulanamayacak hükümler ve “ölüm karinesi” ya da “kölelik”³³⁶ gibi iç hukukta tanınmayan hukukî kavramlar olduğu için uygulanamayacak hükümler³³⁷.

Savigny’e göre yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmasının, kamu düzenine aykırı olması halinde, kamu düzeninin istisnâî etkisi nedeniyle bu hukuk bertaraf edilerek hâkimin hukuku uygulanacaktır³³⁸.

Kamu düzeni kavramı ile ilgili daha fazla açıklık Pasquale Stanislao Mancini tarafından getirilmiştir. Mancini kamu düzeninin, devletlerin egemenlik hakkına dayanan bir genel ilke niteliğinde olduğu ileri sürmüştür³³⁹.

Mancini, 1981 yılında, Torino Üniversitesinde yapmış olduğu “İnsan Haklarının Temeli Olarak Ulus” konulu dersinde, yabancılık unsuru ihtiva eden özel hukuk ilişkilerine, iç hukukun uygulanmasının, ulusların tamamen sübjektif bir hakkı olduğunu ifade etmiştir. Ona göre, vatandaşlara yönelik ulusal hukukun uygulanması gereklidir, zira ulusal hukuk, dil, milliyet gibi vatandaşlara ait olan unsurları içermektedir³⁴⁰. Mancini, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas olarak ulusal hukuku referans alır. Ona göre “nezaket” (comity) doktrini, uluslararası değil de,

³³⁴ Savigny, V. C. F., **A Treatise On The Conflict of Law and The Limits of Their Operation in Respect of Place and Time** (Translation by William Guthrie), Edinburgh, T. and T. Clark, Law Publishers, 38, George Street, London 1869, s. 33-34.

³³⁵ Kalia, A., 2010, s. 126.

³³⁶ Wolf, M., **Private International Law**, second edition, Oxford at the Clarendon Press, Great Britain, 1950, s. 169.

³³⁷ Savigny, V.C.F., 1869, s. 34.

³³⁸ Kalia, A., 2010, s. 126.

³³⁹ Kalia, A., 2010, s. 128-129.

³⁴⁰ Gutman, D., **Le sentiment d’identité-etude de droit des personnes et de la famille**, bibl. De droit privé, LGDJ, 2000, s. 327.

devletlerarası ilişkilere dayandığı için³⁴¹, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine yeterince cevap verememektedir³⁴².

Mancini, kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında aile ve miras hukuku ile tarafların hür iradeleri ile şekillenen borçlar hukuku olmak üzere iki alt hukuk dalının varlığından bahsetmiştir. Bu tür ilişkilerde esas olan devletin sınırları içerisinde sahip olduğu egemenlik hakkıdır³⁴³.

Bu yazara göre, milletlerarası özel hukuk kapsamında tarafların hür iradeleri ile şekillenen borçlar hükümleri söz konusu olduğunda, taraflar, aralarındaki ilişkilerinin tabi olacağı hukuku da kendileri belirlemekte serbest olacaktır, ki genellikle bu, burjuvanın bir hakkıdır³⁴⁴. Bunun dışında, miras, aile, kişisel haklar, mülkiyet hakları ve bunun gibi diğer medeni hukuk hükümleri söz konusu olduğunda ise ulusal hukukun uygulanması esastır³⁴⁵. Ancak, bahsi geçen ulusal hukukun uygulanması, başka bir devletin kamu düzenine aykırılık teşkil ederse, o devlette uygulanması mümkün olmayacaktır³⁴⁶.

İtalyan okulunun temsilcilerinden biri olan *Mancini*'nin doktrini ile, kamu düzeni kavramı konusunda ilk kez, bilimsel bir açıklama yapılmıştır³⁴⁷. Bu kapsamda, kamu düzeni, milletlerarası özel hukukta, istisnaî olarak uygulanan bir genel hukuk ilkesi olarak değerlendirilmiştir. *Mancini*'ye göre, kamu düzeni, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkileri sebebiyle yetkili yabancı hükümlerin uygulanmasından, iç düzene yönelik meydana gelebilecek her türlü riskli ve ciddi durumdan koruma sağlar³⁴⁸.

³⁴¹ Boer de, M.Th., **Living apart Together : The Relationship Between Public and Private International Law**, T.M.C. Asser Instituut and Contributors, Volume 57, 2010, s. 8.

³⁴² Nadelmann, H. K., **Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems: Nationality versus Domicile**, Published: Oxford University Press, The American Journal of Comparative Law, Vol. 17, No. 3, Summer, 1969, s. 418-451, s. 423.

³⁴³ Boer de, M.Th., 2010, s. 8-9. Kuqi, H., Bilalli, A., 2012, s. 101.

³⁴⁴ Bilalli, A., Kuqi, H., 2012, s. 61. Dayınlarlı, K., 2011, s. 60.

³⁴⁵ Malaspina, F. E., **Teaching International Law during the Italian Unification: a New Discipline for a New State**, Miscellanea historico-juridica Tom XIII, z. 1 ROK, 2014, s. 151.

³⁴⁶ Nadelmann, H. K., 1969, s. 424-425.

³⁴⁷ Dayınlarlı, K., 2011, s. 60.

³⁴⁸ Bilalli, A., Kuqi, H., 2012, s. 341.

Buna karşın, Fransız milletlerarası özel hukuk düşünürlerinden *Pillet*'e göre, kamu düzeni kurallarının uygulanması bir ilke olup, istisnâî nitelikte değildir. Başka bir ifade ile, ona göre kamu düzeni bir hukukî kategori niteliğindedir. *Pillet*'e göre kamu düzeni, genel kanunlardan başka bir şey değildir³⁴⁹. Kamu düzeni kurallarının yetkili yabancı hukuka gidilmeksizin bir kanunlar ihtilâfı kuralı gibi ya da bir bağlama kuralı gibi uygulanmasını kabul eden ve kaynağını Fransız hukukçusu *Pillet*'den alan bu görüş eleştirilmiş olup, bugün genellikle uygulama alanı bulamamaktadır.

³⁴⁹ Dayınlarlı, K., 2011, s. 60.

İKİNCİ BÖLÜM

KOSOVA VE TÜRK KANUNLAR İHTİLÂFİ HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ

I. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

A. Genel Olarak

Eski Yugoslavya'nın 03.12.1983 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 6. maddesinde “*yabancı hukukun, işbu Kanunun öngörmüş olduğu durumlarda uygulanabileceği*” öngörülmüştür. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, yabancı hukukun, kural olarak, yabancı unsur içeren durumlara uygulanması gerekmektedir. Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 1. maddesinde, bu yasanın yetkili kıldığı hukukun uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Buna benzer bir hüküm, MÖHUK'un 2. maddesinin birinci fıkrasında da yer almaktadır. Bu hükme göre Türk hâkim yabancı unsur içeren uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilâfı kurallarını ve yabancı hukuku re'sen uygular.

Yabancı hukukun öncelikli olarak uygulanmaması ya da yanlış bir şekilde uygulanması, temyiz sebebi sayılabilir³⁵⁰. Dolayısıyla hem Türk hem de Kosova hâkimi, yabancı hukuku uygulamayı ve ilgili yabancı hukuk normunun, ait olduğu hukuk düzeni kapsamı içerisinde yorumlamayı gerçekleştirmelidir³⁵¹. Her ne kadar yabancı hukukun hâkim tarafından yorumlanması zor bir süreç olarak görülse de, hâkim yabancı unsur içeren ihtilâfın taraflarına en uygun olan yorumu geliştirmelidir³⁵².

Kosova ya da Türk hâkimi, yabancı hukuk düzeninde, yabancı unsur içeren ilgili davaya uygulanacak bir norm bulamazsa, o zaman kendi hukuk düzenindeki (*lex fori*) en uygun normları uygular³⁵³. Dolayısıyla, yabancı hukuk öncelikli olarak uygulanır ilkesi, her

³⁵⁰ Bkz: Kosova Milletlerarası Özel Kanun 12. maddesi.

³⁵¹ Bkz. Şanlı C., EsenAtaman-Figenmeşe, s. 65; Çelikel., Erdem, s.5 ve 17. Ayrıca bkz. Giray, F. G, s. 559.

³⁵² Yabancı unsur içeren ihtilâflarda taraflara en yakın olan devletin hukuku uygulanmalıdır. Ancak bu şekilde Milletlerarası Özel Hukukun amaçladığı adalet yerine getirilmiş olacaktır. Bkz. Şanlı, C., Esen E., Figenmeşe Ataman, Inci. s. 25.

³⁵³ Sonnenberger, H. Jürgen; **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 6. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2012. s.629. Kosova'nın Milletlerarası Özel Kanun taslağının 11. Maddesine

zaman geçerli olamaz; zira yukarıda da açıklandığı üzere bu husus çözümü kolay bir mesele değildir³⁵⁴. Bu durumda daha kabul edilebilir nitelikte olan şu ilke öncelik kazanmış olur: “*yabancı unsur içeren davalarda, davaya en uygun ve mantıklı çözüm sağlayan bir hukuk normu uygulanacaktır*”³⁵⁵.

Yabancı hukukun uygulanmasıyla birlikte yerel kamu düzeninin ihlal edilmesi riski de artmaktadır³⁵⁶. Dahası, Alman yazar *Leo Raape* için yabancı hukukun uygulanması “*bilinmeyene doğru bir atlama*” olarak ifade edilmiştir³⁵⁷.

Özellikle yabancı hukukun uygulanması, yargılamanın yapıldığı yerin temel hukuk prensiplerine aykırılık teşkil ettiği durumlarda, böyle bir atlayış, beraberinde birçok tehlikeyi de getirmektedir. Dolayısıyla, asıl dikkat edilmesi gereken, uygulanacak yabancı hukuk normunun, yargılamanın yapıldığı yerin hukuk düzeninde doğurduğu sonuçlardır. Ayrıca, yargılamanın yapıldığı yerin hukuk kuralları kapsamında, yabancı unsur içeren kanunlar ihtilâfı ile ilgili konularda yabancı hukukun uygulanması öngörülmüş olduğu durumlarda, uygulanacak olan bu yabancı hukukun, yerli kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerekecektir; aksi halde yabancı hukuk uygulanmaz³⁵⁸. Bu tür durumlarda, yabancı hukukun yabancı unsur içeren davalarda uygulanmasına müdahale eden bir unsur vardır ki o da kamu düzenidir³⁵⁹.

Kanunlar ihtilâfı hukukunda hangi durumlarda yabancı hukukun uygulanmasının kabul edilemez sonuçlar yaratacağını önceden tespit etmek kolay değildir. Genellikle kamu düzenine aykırılığın, yetkili kılınan yabancı hukukun olaya uygulanan hükümlerinin

göre yetkili yabancı hukuk kapsamında bir hukuk boşluğunun tespit edilmesi ve bu sebepten ötürü olaya uygulanacak uygun bir normun bulunmaması durumunda, yetkili yabancı hukuk yerine Kosova Cumhuriyetinin hukuku uygulanacaktır.

³⁵⁴ Gutman, D., 2009, s. 140.

³⁵⁵ B. Dominik., Muir, V, Horacia, E., **Drejta Ndërkombëtare Private**, (Milletlerarası Özel Hukuk) Cilt I ve Cilt II. Genel Bölüm ve Özel Bölüm. Çeviri Üsküp: Ars Lamina Ltd, 2012, s. 462-464.

³⁵⁶ Fawcett, J., Carruthers, J., North P. **International Private Law**, Bası 14. (Oxford University Press, 2008), s. 121-122.

³⁵⁷ Gutman, D., 2009. s. 140.

³⁵⁸ Bajrami, A., Hasani, E., Kuçi, H., Islami, I., Gashi, H., Morina, I., Puka, A., Hajdari, A., Batalli, M., İstefi, R., 2019, s. 115-1117.

³⁵⁹ Bilalli, A., Kuçi, H, 2012. s. 349.

hâkimin hukuk düzeninin temel ilkelerine, toplumun ahlâk anlayışına, anayasal hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil etmesi halinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir³⁶⁰.

Kamu düzenine aykırılığın olumsuz etkisi nedeniyle yabancı kanunun uygulanmamasına sebep olduğu için “olumsuz etkili kamu düzeni” kavramı kullanılmıştır³⁶¹. Kamu düzeninin, yetkili yabancı hukukun uygulanmasına olumsuz bir şekilde müdahalede bulunması her ülkenin kendi iç hukuk düzenlemeleri ya da farklı uluslararası anlaşmalar nedeniyle olabilir³⁶². Eski Yugoslavya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 4. maddesi yalnızca olumsuz kamu düzenini tanımlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, yabancı hukukun uygulanması, Eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin anayasasında tanımlanan toplumsal düzenin temellerine aykırı sonuçlar doğuruyorsa, o yabancı hukukun uygulanması mümkün değildir.

Ancak incelenen eski mahkeme kararlarına bakıldığında, Eski Yugoslavya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda düzenlenmiş olmamasına rağmen, “kamu düzeninin olumlu etkisinin” de uygulandığı örnekler görülmektedir³⁶³.

Eski Yugoslavya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunundan farklı olarak, Kosova Cumhuriyetinin Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 14. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında, kamu düzeninin hem olumsuz hem de olumlu etkisi düzenlenmektedir³⁶⁴. Benzer şekilde,

³⁶⁰ Bkz. Göger, 1975, s. 100., Çelikel, Erdem, 2016. s. 162; Şanlı, Esen, Figanmeşe., 2014 s. 73. Burada vurgulanması gereken konu şudur: yetkili yabancı hukuk, *lex fori* yerinin anayasal ilkeleri ve diğer kamu düzeni kurallarına aykırı olduğu durumlarda uygulanamayacaktır. Zira kamu düzeni kuralları da dönemden döneme değişiklik gösterebilir. Böylece, yargılamanın yapıldığı yerdeki hukuk düzeninde artık yürürlükte olmayan bir normuna aykırılık sebebi ile, yetkili yabancı hukuk normunun uygulanmasına engel getirilemez. Daha fazla bilgi için Bkz. Şanlı, C, Esen, E, Figanmeşe s.72-90; D, Gutmann, 2009, s. 141-150.

³⁶¹ Gössl, L. S., **The public policy exception in the European Civil Justice System** Porumblication: The European Legal Forum Iuris Communis Europaen, 16th Year July/August 2016, s. 85 – 112.

³⁶² Jang, J., **The Public Policy Exception Under the New 2019 HCCH Judgments Convention.**, Netherlands International Law Review (2020)., s. 97–111.

³⁶³ Stanivuković, M., 1999, s. 474.

³⁶⁴ Söz konusu hükmün 1. paragrafına göre yetkili yabancı hukuk normları, açık bir şekilde Kosova kamu düzenine aykırılık olması veya bu yönde sonuçlar doğurması halinde uygulanmayacaktır. Aynı hükmün 3. bendine göre ise yetkili yabancı hukuk normlarının, Kosova Cumhuriyeti kamu düzenine aykırılık sebebi ile uygulanmadığı durumlarda, onların yerine, ihtiyaç doğrultusunda, Kosova'nın ilgili iç hukuk normları uygulanacaktır.

MÖHUK'un 5. maddesinde kamu düzenin olumlu ve olumsuz etki ve müdahalesi düzenlenmiştir³⁶⁵.

Farklı yazarlar kamu düzeninin yetkili yabancı hukukun uygulanması konusundaki olumlu ve olumsuz etkisi konusunda, aşağıda da ele alacağımız birçok görüş ileri sürmüşlerdir³⁶⁶. Kamu düzeninin temsil ettiği değerler, hem özel hem de kamu hukuku alanını kapsayan değerler olduğu için, kamu düzeni kurallarının uygulanması daha karmaşık bir hal alır. Bazı yazarlara göre, kamu düzeninin olumsuz etkisi neticesinde, yetkili yabancı hukuk göz ardı edilmiş olur. Diğer yazarlara göre ise kamu düzeninin olumlu bir müdahalesi de vardır, zira onun amacı ülkenin çıkarlarını ve yargılamanın yapıldığı devletin egemenliğini korumaya yöneliktir³⁶⁷.

B. Kamu Düzeni Müdahalesinin Bağlı Olduğu Koşullar

1. Hukuk İlişkisinin veya İlgili Hakların Doğmasını Engellemesi

Bazı yazarlara göre kamu düzeni kurallarının müdahalesi, ancak belirli bir hukukî ilişkinin veya haklarının doğması söz konusu olduğu durumlarda mümkün olmaktadır³⁶⁸. Başka bir ifade ile, belirli bir hukuk ilişkisinin veya haklarının doğması, bazen kamu düzeninin kurallarının müdahalesi sebebi ile engellenmiş olmaktadır. Bu durumlarda bahsi geçen hukukî ilişki veya hakların doğması teşebbüste kalmaktadır³⁶⁹. Örneğin, kendi millî hukukları kapsamında, evliyken tekrar evlenilmesine izin verilmiş farklı cinsten iki şahsın, çok eşli evliliğe izin verilmeyen başka bir ülkede evlenmeleri, kamu düzeni müdahalesi dolayısıyla, mümkün değildir³⁷⁰.

³⁶⁵ Göğer, s. 100; Nomer, Şanlı, C., s. 169.

³⁶⁶ Palmer, E., **The Austrian Codification of Conflicts Law**, Published by: Oxford University Press, The American Journal of Comparative Law, Spring, 1980, Vol. 28, No. 2 (Spring, 1980), s. 197-234.

³⁶⁷ Palmer, E., 1980, s. 212-213.

³⁶⁸ Qoku, M., 2016, s. 135.

³⁶⁹ Bkz. Qoku, M., 2016, s. 135.

³⁷⁰ Foblets, C. M., **Moroccan Women in Europe: Bargaining for Autonomy**, 64 Wash. & Lee L. Rev. 1385, 2007, s. 1390. 1957 yılına yürürlüğe giren ve 1993 yılında değişikliğe uğrayan Fas Aile Kanununun 65. maddesine göre çok eşlilik mahkeme izni ile mümkündür. Kosova Cumhuriyetinin Aile Kanununun 19. maddesi ise çok eşli evliliği yasaklamaktadır. Daha fazla bilgi için bkz.

Başka bir ifade ile poligamiye izin verilmeyen bir ülkede, kendi millî hukuklarında izin verildiği halde evli olan bir şahsın evlilik hukukî işlemini gerçekleştirmesi, kamu düzeni kurallarının müdahalesinden dolayı, teşebbüste kalıp, mümkün olmamaktadır. Bu tür durumlarda hâkimin hukuk düzeni kapsamında belirli bir hukuk ilişkisinin veya haklarının doğması kamu düzeni müdahalesinden dolayı engellendiği için, kamu düzeninin olumsuz etkisinden bahsedilmektedir³⁷¹.

Bu konuda diğer bir örnek, aynı cinsten kişilerin evlenmesi ile ilgili olan Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 37. maddesidir³⁷². Kosova hukuk düzeninde aynı cinsten kişilerin evlenmelerine izin verildiği halde, aynı cinsten iki Kosova vatandaşı Türkiye’de evliliklerini gerçekleştiremez. Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir*”.

Bundan yola çıkarak şu sonuca varılabilir: Kosova vatandaşı olan aynı cinsten iki kişi, Türkiye’de yaşıyorlarsa ve evlenmek isterlerse, yetkili Türk makamı, kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına dayanarak, tam olarak da yukarıda bahsi geçen Kanunun 13. maddesinin 1. fıkrası kapsamında, konu ile ilgili öncelikle Kosova hukukunu uygulamakla yükümlüdür. Ancak söz konusu olayda bahsi geçen yabancı hukukun uygulanması sonucunda Türkiye kamu düzenine karşı bir aykırılık durumu meydana gelecektir. Dolayısıyla, ilgili Türk hukuk düzeninde, bu tür bir uygulamaya izin verilmeyecektir ve aynı cinsten iki Kosovalının evlenmesi mümkün olmayacaktır³⁷³. Başka bir ifade ile iki Kosovalının Türkiye’de evlenme girişimi, kamu düzeninin olumsuz etkili müdahalesi sebebi ile teşebbüste kalacaktır³⁷⁴.

Sonuç olarak, yukarıdaki örneklerden de anlaşıldığı üzere, belirli bir hukuk ilişkisinin veya haklarının doğması, kamu düzeninin kurallarının olumsuz etkili müdahalesi

<https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=2410>. Türk Medeni Kanununun 130 maddesine göre ise “*Yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğin sona ermiş olduğunu ispatlamak zorundadır*”.

³⁷¹ Oku, M., 2016, s. 13.

³⁷² Hasani, E., Čukalović, 2013, s. 40.

³⁷³ Sirmen, S. K., **Eşcinsel Birliktelikler Ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58 S.4, 2009, s. 825-880, s. 859.

³⁷⁴ Bilalli, A., Kuçi, H., s. 48.

sebebi ile Kosova ve Türk hukuk sistemleri kapsamında teşebbüste kalıp gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

2. *Hukuk İlişkisinin veya İlgili Hakların Doğmasını Sağlaması*

Bu hususta öncelikle şunun vurgulanması gerekmektedir: Hâkimin ülkesindeki kamu düzeni kurallarının yabancı unsur içeren meselelere müdahalesi, görüldüğünden daha karmaşık bir olgudur. Hukukî ilişkinin tarafları böyle bir ilişkiyi kurmaya teşebbüs etmeli ve daha sonra bunun sonuçlandırılmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmelidir³⁷⁵. Örneğin millî hukuk sistemleri, ırk, din ve cinsiyete bağlı bazı sebepleri evlilik engeli olarak düzenlemişse de iki şahıs, bu tür hukukî engellerin olmadığı başka bir ülkede evlenmeye teşebbüs ettiklerinde, millî hukukları dikkate alınmayarak evliliklerini gerçekleştirebileceklerdir.

Daha somut bir örnek olarak Fas hukuk düzeni gösterilebilir. Söz konusu hukuk düzeninde Faslı Müslüman bir kadının, Müslüman olmayan bir erkekle evlenmesi yasaktır. Ancak Faslı bir Müslüman erkeğin, Hristiyan, Yahudi dinleri dışında, başka dinlerden olan kadınlarla evlenmesine izin verilmiş durumundadır³⁷⁶.

Kamu düzeninin bu tür durumlarda müdahalesi kamu düzeninin olumlu müdahalesi olarak isimlendirilmiştir. Zira yabancı olan sülhelerin iç hukuklarının uygulanması, hâkimin kamu düzenine aykırı olduğu için tercih edilmeyip, hâkimin millî hukukuna öncelik verilecek ve o hukuk uygulanacaktır³⁷⁷.

Verdiğimiz örneğe dönecek olursak, kamu düzeninin olumlu etkisinden dolayı, ilgili evlilik işlemi hâkimin hukuku kapsamında gerçekleşmiş olacaktır. Bu tür davaların Türk ve Kosova mahkemeleri önüne getirilmesi halinde hâkim, yabancılık unsuru içeren bu

³⁷⁵ Neels, L. J., **The Positive Role of Public Policy in Private International Law and the Recognition of Foreign Muslim Marriages**, South African Journal on Human Rights, 28(2), s. 224-225.

³⁷⁶ Daha fazla bilgi için, evlenmeye geçici olarak engel olan durumları düzenleyen Fas Aile Kanunun 39. maddesine bakınız.; Foblets, C, M.,224-225. Ayıca Afganistan Medeni Hukuk Kanunun 92. Maddesine bakınız. Söz konusu hükme göre bir Müslüman kadının, Müslüman olmayan bir erkekle evlenmesi geçersizdir. Ancak Müslüman bir erkek, Müslüman olmayıp ancak dört kitaptan birine inanan bir kadınla evlenebilir. Daha fazla bilgi için bakınız: <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2015/10/Civil-Code-of-Afghanistan-ALEP-Translation.pdf> (08.02.2022)

³⁷⁷ Qoku, M., 2016, s. 136.

davaya ilişkin olarak, öncelikle kendi ülkesinin kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca eşlerin ulusal hukukunu uygulamalıdır³⁷⁸.

Eşlerin ulusal hukuku, eşlerin evlilikleri konusunda ayırım yapılmaması ve kişilerin kanun önünde eşitliği gibi yargılamanın yapıldığı ülkenin anayasal ilkelerini ihlal ediyorsa, hâkim ulusal hukuku uygulamaz³⁷⁹. Bu durumda hâkim, bağlama noktaları aracılığıyla evliliğe izin veren herhangi bir yabancı hukuku bulmakla yükümlüdür. Başka bağlama noktaları aracılığıyla yabancı bir hukukun bulunması, o yabancı hukukun uygulanması ve dolayısıyla tarafların bu haklarının oluşması anlamına gelir. Bağlama noktalarında başka bir yabancı hukuk bulamamaları halinde hâkim, ulusal hukuku ırk, din ayrımı vb. nedenlerle evlenmeyi yasaklamış olan eşler arasında evlenmeye izin verilen hallerde kendi hukukunu uygulamak zorundadır. Bu prosedür aracılığıyla olumlu kamu düzeni uygulamasına geliyoruz³⁸⁰.

Başka bir ifade ile, belirli bir hukuk düzeninde, ırk, din ve cinsiyete bağlı bazı sebeplerden ötürü evliliğin gerçekleşmesinin mümkün olmamasına rağmen, bu tür engellerin mevcut olmadığı başka bir hukuk düzeninde söz konusu işlemin gerçekleşmesine imkân tanınmaktadır.

Dolayısıyla, olumlu kamu düzeninin uygulanmasına geçme olasılığı ile birlikte, burada hala *lex fori*'nin³⁸¹ olumsuz kamu düzenini uygulama alanındayız³⁸². Bu sebepten dolayı bu tür yabancı hukuk normları dikkate alınmayacaktır³⁸³ ve onların yerine hâkimin iç

³⁷⁸ Bkz. MÖHUK m.31/1; Eski Yugoslavya'nın Milletlerarası Özel Hukuku hakkında Kanunun 38. Maddesine ve Kosova Cumhuriyetinin bu konudaki yasa taslağının 26. Maddesine bakınız.

³⁷⁹ Bkz. Göğer, 1975, s. 100, Nomer, E., Şanlı, C., s. 169. Daha fazla bilgi için Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 24. maddesine bakınız.

³⁸⁰ Bkz. MÖHUK, m.5; Eski Yugoslavya'nın Milletlerarası Özel Hukuku hakkında Kanunun 4. maddesine ve Kosova Cumhuriyetinin bu konudaki yasa taslağının 14. maddesine bakınız.

³⁸¹ Bkz. Doğan, V., 2019, S. 220-222; Şanlı, Esen, Figanmeşe, 2014, s. 75-99., Çelikel, Erdem., 2016, s. 145-146 Qoku, M., 2016, s. 136-137.

³⁸² Qoku, M., 2016, s. 136-137.

³⁸³ Bkz. Ökçün, 2011, s. 92; Nomer, Şanlı, s. 184., Gutmann, D., 2009, s. 143-149.

hukuk (*lex fori*)³⁸⁴ normları uygulanabilecektir ve bu şekilde amaçlanan hukukî işlem gerçekleştirilebilecektir.

3. Yabancı Hukukun Uygulanmasındaki Sonuç Kısıtı

Yabancı unsur içeren bir dava görülürken, bir yabancı hukuk normunun, sadece başka bir hukuk düzeninin hukuk normu olması sebebi ile hâkimin hukukunda uygulanamayacağı yönünde bir yorum yapılamaz³⁸⁵.

Tarihsel açıdan, yabancı unsur içeren davalarda, milletlerarası görgü kuralları (*comitas gentium*) doktrini gereği, yabancı hukuk normlarına nazaran öncelikli olarak iç kamu düzeninin kurallarının uygulanması konusunda çok hassas bir yaklaşım gerekmektedir³⁸⁶.

Ünlü Amerikalı Hukukçu ve Hâkim *Joseph Story*, milletlerin iyiniyetli yaklaşımlarını, “*belirli bir devletin hukuk kurallarının başka bir devletin hukuk düzeninde uygulama alanı bulabilmesinin gerçek temeli*” olarak değerlendirmiştir³⁸⁷. Ancak bu yaklaşım, yabancı unsur içeren özel hukuk davalarında, yabancı hukuk normunun, *lex fori*’nin iç kamu düzeni kurallarına açıkça aykırı olduğu durumlarda uygulanamayacaktır³⁸⁸. Zira, bu tür yabancı hukuk normlarının uygulanması, *lex fori*’nin kamu düzeni açısından çarpıcı etkiler meydana getirebilirler³⁸⁹. Dolayısıyla *lex fori*’nin

³⁸⁴ Doğan, V., s. 220-222; Çelikel, Erdem, s. 145-146; Şanlı, Esen, Figanmeşe, s. 88; Bajrami, A., Hasani, E., Kuçi, H., Islami, I., Gashi, H., Morina, I., Puka, A., Hajdari, A., Batalli, M., Istrefi, R., s. 117.

³⁸⁵ Bilalli ve Kuçi, s. 48, ayrıca bkz. ADNP op.cit.1, 4. madde; Muminovic, E., **Osnovi Medjunarodnog privatnog prava** (Milletlerarası Özel Hukukun Temelleri) (Sarajevo, 1997), s.126; Yntema, “**The Comity Doctrine**” (1966) 65 Mich.L.R. s.9; Şanlı., Esenç., Figanmeşe, 2016, s.7.

³⁸⁶ Story, J., **Conflict of Laws**, 8th edn, 1883, s. 38.

³⁸⁷ Story, J., 1883. s. 38.

³⁸⁸ Bkz. Çelikel, Erdem, 2016. s. 157; Şanlı, Esen, Figanmeşe, 2017, s.76. Ayrıca bkz. MÖHUK m. 5 ve Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanun Taslağı m. 14. Bu hükümlerde “kamu düzenine açıkça aykırı” kavramı kullanılmıştır. Eski Yugoslavya’nın Milletlerarası Özel Hukuku hakkında Kanunun 4. maddesinde ise “*kamu düzenine açıkça aykırı*” gibi bir kavrama yer verilmemiştir. Ancak buna rağmen, Eski Yugoslavya’nın mahkemeleri, kendi içtihatlarında “kamu düzenine açıkça aykırılık” kavramını uygulamıştır. Daha fazla bilgi için bakınız Stanivuković, M., s. 474.

³⁸⁹ Gutmann, D., s. 144-145. Bahsi geçen yazarın kullandığı ‘çarpıcı’ kelimesi aslında *lex fori* ülkesinde ‘kamu düzenine açıkça aykırılık’ anlamında kullanılmıştır. Başka bir ifade ile yetkili yabancı normun, *lex fori* devletindeki kamu düzeninin korumuş olduğu temel ilke ve değerlere aykırı olması

kamu düzeni kuralları, onlara aykırı olan her yabancı hukuk normunun uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Buna rağmen bu yaklaşım konusunda da dikkatli davranmak gerekmektedir. Zira, kamu düzenine aykırılığın istisnâ niteliği kabul edilmiştir. Kanunda kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması gerektiği belirtilmiştir. Kural olarak, hâkim kendi hukuk düzenindeki kurallardan farklı bile olsa yabancı kanun hükümlerini uygulamakla görevlidir. Ancak yetkili kılınan yabancı kanunun uygulanması sonucu verilen karar, *lex fori*’nin kamu düzenini açıkça bozduğu ölçüde uygulanmayacaktır. Bu dengein sağlanmaması iç hukuk ve yabancı hukuk arasındaki ahengi etkileyecektir³⁹⁰.

Ayrıca, farklı ülkelerin mevcut hukuk uygulamalarıyla bile yabancı hukukun uygulanmasının önüne geçilebilmektedir; çünkü yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkan bu tür hukukî sonuçlar, *lex fori* kamu düzenine açıkça aykırıdır. Dolayısıyla, Türkiye’nin de dâhil olduğu birçok ülke, kendi iç kamu düzenini korumak amacı ile kanunlar ihtilâfı hukuklarında bu yaklaşımı benimsemiştir³⁹¹.

Diğer taraftan, eski Yugoslavya’nın kanunlar ihtilâfı mevzuatında³⁹², Hırvatistan, Karadağ ve Kosova³⁹³ mevzuatları istisna olmak üzere, kamu düzenine “açıkça aykırılık”

gerekmektedir. Daha fazla bilgi için bakınız Cox, J. B., **Same-Sex Marriage And The Public Policy Exception in Choice-Of Law: Does It Really Exist?** 16 QLR 61 1996-1997, s. 12.

³⁹⁰ Şanlı, Esen, Figanmeşe, 2016, s. 76.

³⁹¹ Alman Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 6. maddesinde şu hüküm öngörülmüştür: “*Uygulanması, Almanya temel hukuk ilkelerine aykırılık teşkil eden yetkili yabancı hukuk normu uygulanmaz*”. İsviçre’nin Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 17. maddesinde ise şu hüküm öngörülmüştür: “*Yetkili yabancı hukuk normunun uygulanması, İsviçre kamu düzenine açık bir şekilde aykırılık teşkil ettiği durumlarda, yetkili yabancı hukuk normu uygulanmaz*”. Aynı şekilde Arnavutluk Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 17. maddesinde şu hüküm öngörülmüştür: “*Yetkili yabancı hukuk normunun uygulanması halinde meydana gelen sonuçlar kamu düzenine veya Arnavutluk Anayasasında ve iç mevzuatında belirlenen temel ilkelere açık bir şekilde aykırı olduğu durumlarda, yetkili yabancı hukuk normu uygulanamaz. Bu durumda yetkili yabancı hukukun uygun olan başka normları uygulanır. Bu tür normların olmaması hallerinde, Arnavutluk iç mevzuatı uygulanır*”. Daha fazla bilgi için bkz. Bilalli dhe Kuçi, op.cit. 48. Bu kaynağa göre yetkili yabancı hukuk normlarının uygulama alanlarının daraltmasına sebebiyet vermiş olan bu tür uygulamalar, gittikçe azalmaktadır.

³⁹² Makedonya Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 4. maddesinde şöyle bir hüküm öngörülmüştür: “*Uygulanması, Makedonya kamu düzenine aykırılık teşkil eden yetkili yabancı hukuk normu uygulanmaz*”. Slovenya Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 4. maddesinde şu hüküm öngörülmüştür: “*Uygulanması, Slovenya kamu düzenine aykırılık teşkil eden yetkili yabancı hukuk normu uygulanmaz*”.

terimi kullanılmamıştır. Oysa bu terim, hukuk açısından değerlendirildiğinde, “kamu düzeni”³⁹⁴ teriminin ayrılmaz parçasıdır. Sırbistan,³⁹⁵ milletlerarası özel hukuka ilişkin yasasını henüz kabul etmediği için hâlâ eski Yugoslavya'nın uluslararası özel hukuka ilişkin yasasını uygulamakta ve bu yasada "açık aykırılık" terimi yer almamaktadır. Yani eski Yugoslav Federasyonunun diğer ülkeleri milletlerarası özel hukuka ilişkin kendi yasalarını çıkarmayı başarmış olsalar da “açık aykırılık” kavramını öngörmediler³⁹⁶. Bu durum, söz konusu devletlerin, eski Yugoslavya'nın kamu düzeni müdahalesine ilişkin milletlerarası hukuka ilişkin kanunundan ayrı ve yeni bir yasal normu oluşturamamış olmalarının bir sonucudur.

4. *Yargılama Yerinin Hukukî Meseleleri ile Etkili Yakınlık Kıstası*

19. yüzyılın sonlarına doğru, ünlü Alman hukukçu *Otto Khan Freund*, kamu düzeninin yetkili hukuk normuna müdahalesinin, yabancı unsur içeren meselenin, yargılamanın yapıldığı yer ile olan ilişkisi ile orantılı olması gerektiğini ileri sürmüştür³⁹⁷. Örneğin, yabancı unsurlu özel hukukî bir konuda, bağlama noktaları yoluyla³⁹⁸ veya *Cheshire*'ın deyimiyle amaçlanan evlilik evi aracılığıyla İngiliz bölgesiyle bağlantılı değilse, İngiliz mahkemesi kamu düzenini uygulamayacaktır³⁹⁹.

³⁹³ Kamu düzeni müdahalesi ile ilgili eksik olan söz konusu kavram ile ilgili düzenlemeler, sadece Hırvatistan ve Karadağ'da değişiklik göstermektedir. 2019 yılında yürürlüğe giren Hırvatistan Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 12. maddesinde şu hüküm öngörülmüştür: “*Uygulanması, Hırvatistan kamu düzenine **açık bir** şekilde aykırılık teşkil eden yetkili yabancı hukuk normu uygulanmaz*”. 2012 yılında yürürlüğe giren Karadağ Milletlerarası Özel Hukuk Kanunun 9. maddesinde şöyle bir hüküm öngörülmüştür: “*Uygulanması, Karadağ kamu düzenine **açıkça** aykırılık teşkil eden yetkili yabancı hukuk normu uygulanmaz*”.

³⁹⁴ Türkiye, Arnavutluk, Almanya, İsviçre, Hırvatistan ve Karadağ Milletlerarası Özel Hukuku mevzuatına ile Kosova'nın bu alanda kanun taslağına bakınız.

³⁹⁵ Sırbistan ve Kosova Milletlerarası Özel Hukuku mevzuatına bakınız.

³⁹⁶ Bkz. Kuzey Makedonyanın Milletlerarası Özel Kanunu, Slovenyanın Milletlerarası Özel Kanunu, Kosovanın Milletlerarası Özel Hukuku.

³⁹⁷ Freund, K, O., Reflections on “Public Policy in the English Conflict of Laws” Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, Year:1953, s. 42.

³⁹⁸ Freund, K, O., 1953, s. 42.

³⁹⁹ Freund, K, O., 1953, s. 42.

Yabancı unsur içeren meselenin, *lex fori* ülkesi ile olan bağlantı noktası olarak şunlar sayılabilir: Vatandaşlık, mutad mesken, geçici ikamet ya da yabancı unsur içeren meseleye bağlı olarak belirlenebilen bunlara benzer noktalar⁴⁰⁰. Daha geniş bir yorum getirmek gerekirse, Makedonya’da yaşayan bir Kosovalıyı örnek olarak alabiliriz. Bu Kosovalının, Makedonya ülkesi ile yakınlığı oranında, Makedonya kamu düzeninin kurallarının uygulanmasının önceliği de artacaktır⁴⁰¹. Ancak tabii ki bu yaklaşım, ilgili meselenin yargılandığı yerin, Makedonya’nın yetkili mahkemeleri olduğu durumlarda geçerli olacaktır⁴⁰².

Diğer bir örnek bir Makedon mahkemesinin 1981 yılında vermiş olduğu bir boşanma kararıdır. Söz konusu kararda, o dönemde boşanmaya engel olan İspanyol yasasının, Makedonya’da ikamet eden vatandaşların boşanma davasında Makedonya kamu düzenine aykırılık sebebi ile uygulanmasına izin verilmemiştir⁴⁰³. Bu tür durumlarda, kamu düzeni müdahalesinin amacı, yargılamanın yapıldığı (*lex fori*) ülkenin vatandaşlarının haklarını korumaktır.

Bu konu ile ilgili gösterilebilecek bir diğer örnek Priştine Birinci Derece Mahkemesinin C. nr. 4584/18 sayılı kararıdır. Bu kararla, söz konusu mahkeme, biri Kosova ve diğeri de Alman vatandaşı olan evli bir çiftin boşanma talebini, kamu düzenine aykırılık sebebi ile reddetmiştir. Bahsi geçen çift 2014 yılında, Almanya’nın Kassel Mahkemesinde boşanma davası açmıştır. Bu mahkemede ilk duruşmanın ardından, ilgili çift Kosova’ya taşınmıştır. Aslında bahsi geçen çift evlenme işlemini Almanya’nın Kassel şehrinde gerçekleştirmiştir. Ancak, yurt dışında gerçekleştirmiş oldukları bu evlilik, Kosova’nın iç hukuk mevzuatına (17/2015 sayılı İç İşleri Bakanlık Yönetmenliğinin 12. maddesine⁴⁰⁴) uygun olarak kaydettirilmemiştir. Yabancı ülkede gerçekleştirilen evliliği kaydettirmeyen çift anlaşmazlıklar yaşamaya başlamış ve akabinde Alman vatandaşı olan

⁴⁰⁰ Bkz. Blagojević, B., 1999, s. 152-154.

⁴⁰¹ Gutman, D., 2009, s. 144.

⁴⁰² Bilalli, A., Kuçi, H., 2012, 1976, s. 347-348.

⁴⁰³ Varady, T., 1986, s.189-202.

⁴⁰⁴ Kosova İç İşleri Bakanlığının 17/215 sayılı Yönetmenliğinin 12. maddesine göre yabancı ülkede gerçekleştirilmiş bir evlenmenin kaydı için eşlerin kimlik belgeleri ve yabancı ülkede alınmış evlilik belgesinin ibrazı gereklidir.

kadın, boşanma talebi ile Priştine Birinci Derece Mahkemesine başvurmuştur. Mahkemenin hâkimi, ilgili boşanma talebinin Kosova kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Zira Kosova hukuku kapsamında geçerliliği tasdik edilmemiş bir evlenme yok hükmünde sayıldığı için, boşanma hükümlerinin uygulanmasına da yer yoktur⁴⁰⁵.

Yukarıda anlatılan mahkeme kararının Kosova Cumhuriyeti'nin maddi hukukuna aykırı bir şekilde verildiği ileri sürülmüştür. Zira davanın tarafları olan eşler, Kosova mahkemesine başvurmadan önce zaten Almanya'nın Kassel Mahkemesinde boşanma davası açmıştır. Kosovalı hâkim bu durumda, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca Alman hukuk normlarını uygulaması gerekirken, milletlerarası derdestlik ile ilgili Kosova Cumhuriyeti Medeni Usul Kanununun 262. maddesini uygulamıştır⁴⁰⁶.

Bu kapsamda hâkim, yabancı bir mahkemede önceden açılmış bir dava bulunması nedeniyle davayı reddetmesi gerekiyordu. Yurtdışında gerçekleştirilen bir evliliğin, Kosova'da ilgili mevzuata uygun olarak kaydedilmediği için Kosova kamu düzenine aykırılık gerekçesi kabul edilebilir nitelikte değildir. Hâlbuki boşanma, Kosova Anayasası ile korunan bir haktır⁴⁰⁷.

Boşanma talebi, Kosova Cumhuriyeti hukuk düzeninin koruma altına almış olduğu herhangi bir kamu değerine aykırılık teşkil etmemektedir. İlgili olayda, gerekli hukukî şartların mevcut olmadığı halde, kamu düzenine aykırılık sebebi ile iç hukuk düzeni kapsamında korunan bir hakkının tanınmaması, aslında özünde bir kamu düzeni ihlali anlamına gelecektir. Oysa *lex fori*'nin kamu düzeninin, yetkili yabancı hukuk normuna nazaran önceliği sadece *lex fori* devletin vatandaşlarının haklarının korunması amacı ile uygulama alanı bulabilir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Priştine İlk Derece Mahkemesinin C.nr.4584/18 sayılı kararına bakınız.

⁴⁰⁶ Kosova Medeni Usul Kanununun 262. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir “*Aynı dava tarafları arasında başka bir mahkemede aynı konuda bir dava görülmeye başlanmışsa, aynı konuda ve taraflar arasında ikinci bir dava görülemez. Buna rağmen mahkemenin önüne böyle bir dava gelmişse, mahkeme davayı reddeder*”.

⁴⁰⁷ Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesine bakınız.

⁴⁰⁸ Nomer, E., “**Talak ve Türk Kamu Düzeni**” IBD.191/7-8-9, s. 501.

II. KAMU DÜZENİNİN İŞLEVLERİ

A. Genel Olarak Kamu Düzeninin Olumsuz ve Olumlu İşlevleri

Yabancılık unsuru içeren özel hukuk meselelerinde yabancı hukukun uygulanmasının mahkemenin bulunduğu ülkenin (*lex fori*)⁴⁰⁹ kamu düzenini temsil eden ilkeleri bir şekilde ihlal edebileceği durumlarda kamu düzeninin uygulanması gerekli görülmektedir. Dolayısıyla, kanunlar ihtilâfı hukukunda kamu düzeninin müdahalesi genellikle olumsuz yönüyle tanımlanır ki bu, uygulanacak olan yabancı hukukun hariç tutulması anlamına gelir⁴¹⁰. Bu nedenle, çoğu hukuk düzeni (ister Avrupa Kıtası Hukuk Düzeninin parçası olsunlar, ister Ortak Hukuk (*Common Law*) sistemine dayalı olsunlar) genel kamu düzeni ilkesini içerirler veya "*ordre public*"⁴¹¹ terimiyle bilinirler.

Kanunlar ihtilâfı hukukunda genel bir ilke olarak kamu düzeninin uygulanması, yabancılık unsuru içeren konularda uygulanacak yabancı hukukun mahkemenin bulunduğu ülke hukuku ile açıkça çeliştiği durumlarda söz konusu olur⁴¹². Sonuç olarak, kamu düzeninin bir istisna olarak uygulanmasıyla (uygulanması mahkemenin bulunduğu ülkenin hukukuna açıkça aykırı olacağı durumda) kamu düzeninin olumsuz işlevinden söz edilir⁴¹³.

Yabancı hukukun (her zaman istisnaî durumlarda) uygulanmasını yasaklama anlamında vurgulanan "olumsuz" kavramının ötesinde, bir başka açıdan bu işlev, yabancı hukukun uygulanması durumunda sonuçlarının açık bir şekilde nedenselliğini engellemeyi başardığı ölçüde olumludur⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ Tanribilir, B. F., "5718 Sayılı **Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine**" TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s.21.

⁴¹⁰ Neels, J. 2001, s. 221-222.

⁴¹¹ Yee. W. W., 1995., s. 286. *Ordre public*, teamül hukuku sistemine sahip ülkelerde daha yaygın olarak kullanılan bir kamu düzeni medeni hukuk kavramıdır.

⁴¹² Yee. W. W., 1995. s. 287

⁴¹³ Güngör, G., **Türk Milletlerarası Özel Hukuk, Kanunlar İhtilafı Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku**, Bası 3, Ankara, 2022, s. 97. Muminovic, E., 1997., s. 75-78., Tanribilir, B. F., 2010, s. 217., Kalia, A, 2019, s. 128

⁴¹⁴ Kostic.M, M., **Medjunarodno Privatno Pravo**, (Miletlerarası Özel Hukuk) Pravni fakultet UCG, Podgorica, 2017, 112-113., Junhyok. J, **The public policy exception under the new 2019 HCCH**

Yabancı hukukun, kamu düzeninin temsil ettiği değerlerle açıkça çelişeceği için taraflara uygulanamadığı durumda, hâkimin somut olay için hangi kuralları uygulaması gerektiği anlamında bir “boşluk” oluşur⁴¹⁵.

Yabancı hukuk kurallarının kamu düzenine aykırı olması halinde, mahkemenin bulunduğu ülkenin hukuku derhal ve doğrudan uygulanır. Bu düşünce tarzı Amerikalı uluslararası hukuk profesörü *Edith Palmer* tarafından da benimsenmektedir⁴¹⁶. *Johannesburg* Üniversitesi'nin hocası *Jan L. Neels* de aynı fikirdedir.

Yazarlar *C. Şanlı*, *E. Nomer* ve *G. Ökçün* ile *F. B. Tanribilir*, bunların aksine, kamu düzeninin yabancı hukuka müdahalesinden sonra oluşan 'boşluk' kavramının, diğer hukuk kurallarının kapsamına alınması gerektiğini vurgulamaktadırlar⁴¹⁷. Bu anlamda hâkim, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde uygulanabilmesi için yabancı hukukta bazı hukuk kurallarını araştırmaya çalışmalıdır. Uygulanması gereken yabancı hukuk kuralı, o yabancı hukukun bağlantı noktalarının bir şekilde araştırılmasına tâbidir⁴¹⁸. Bu modelin detaylandırılmasından sonra bile yabancı haklardan, bağlama noktalarından yeterli başka bir kural bulunamaması durumunda *lex fori* kamu düzeni pozitif bir işlev olarak uygulanır. Böylece, *lex fori* kamu düzeni için olumlu bir işlev olarak uygulanması bu tür bir bağlama noktası olarak ifade edilmektedir⁴¹⁹.

Diğer bağlamda, kamu düzeni bazı durumlarda yalnızca olumsuz bir işlev olarak uygulanır ve belirleyici gerçeklere/bağlantı noktalarına atıfta bulunarak değerlendirmeyi artırma olasılıklarını ortadan kaldırır. Bu anlamda, kamu düzeninin uygulanmasının yabancı hukukun hafife alınmasına yol açtığı fazlasıyla açıktır; çünkü bazı yabancı yazarlar bunu olumsuz kamu düzeni olarak adlandırırken, onu destekleyenler olumlu kamu düzeni

judgments Convention, s. 47, Lorenzen, G. Ernest, **Territoriality public policy and the conflict of laews**, The Yale Laew Journal Company, Inc, 1924, s. 747: Yazara göre, İngiltere ve ABD'de asayiş doktrini genellikle olumsuz işlevle sınırlıdır ve Anglo-Amerikan metin yazarları tarafından bu yaklaşımı değiştirmek için neredeyse hiçbir girişimde bulunulmamıştır.

⁴¹⁵ Güngör, G, 2022, s. 99 ; Göğer, E, 1975, s. 100; Çelikel, Erdem, 2016, s. 146.

⁴¹⁶ Kuçi, H, 2019, s.117.

⁴¹⁷ Bkz. Ökçün, 2011, s. 92., Tanribilir, F. s. 2010 s. 217.

⁴¹⁸ Göğer, 1975, s. 100; Çelikel, Erdem, 2016, s. 146.

⁴¹⁹ Tanribilir, B. F., 2010, s. 217.

olarak adlandırmaktadır ve bu ülke çıkarlarının korunması ve hukukun uygulanması öncelikle ülke topraklarıyla ilgili olduğu durumlarda kullanılmalıdır⁴²⁰.

Somut bir örnek olarak, Kosova Cumhuriyeti kanunlarından farklı vatandaşlığa sahip aynı cinsiyetten iki kişinin Kosova'da evlenmek istemesi ve böyle bir evliliğin yapılmasının mümkün olmaması durumu düşünülebilir. Bu durumda Kosova Cumhuriyeti ülkesinin kamu düzeni müdahale etmekte ve evlilik bağının kurulmasını imkânsız hale getirmektedir. Çünkü bu durumda, Kosova kamu düzeninin temsil ettiği değerlerle açık bir çelişki söz konusudur.

Prensip olarak, bu davayı Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 14. maddesine dayanarak ele alırsak, Kosova'daki yetkili mahkeme yargıcı başka bir yabancı yasaya yol açan diğer bağlantı noktalarının olasılığını araştıracaktır. Başka noktalara yönelik bu arayıştan, kamu düzenine aykırı olduğu için somut yabancı hukukun uygulanmasına izin verildiği sonucu çıkmazsa, o zaman Kosova hukuku, nihaî bağlama noktası olarak uygulanır ve bu Kosova hukuku fikrinden veya kavramından kaynaklanmaz. Ancak kamu düzeninden uç nokta bağlantısına olan bu dönüşüm, kamu düzeni kavramından kaynaklanmamaktadır⁴²¹.

B. Kamu Düzeninin İki İşlevi Arasındaki Fark

Kamu düzeninin olumsuz işlevi, kanunlar ihtilâfı kurallarının, nihai olarak uygulanması yoluyla *lex fori*'nin kamu düzeninin temsil ettiği değerlerin ihlal edileceği yabancı hukukun uygulanmamasına yol açtığı haller anlamına geldiğini; olumlu işlevden de kanunlar ihtilâfı kurallarının ilgili yabancı hukuka göndermede bulunduğu ve tarafların yabancı bir unsurla hukukî-özel bir ilişki kurmadığı, ancak bu hakkı (hukuk) *lex fori*'ye göre gerçekleştirdikleri durumları anlıyoruz.

Bu ayrım çizgisinde ilke olarak, son bağlantı noktasında olumsuz işlevle karşı karşıyaya olduğumuzda ulusal hukuka göre tanınan bir hakkın, kamu düzeni yoluyla mahkemenin bulunduğu ülkenin kuralları tarafından gerçekleştirilmesine engel olunduğu

⁴²⁰ Edith Palmer, 1980, s.147.

⁴²¹ Şanlı, C., Esen E., Ataman-Figanmeşe, I., s.146

esas alınabilir; olumlu işleve göre ise kendi ülkelerinin kurallarına göre yasak olan hakkın mahkeme (*lex fori*) yerinde taraflar için gerçekleşmesine şahit olmaktadır.

Dolayısıyla kamu düzeninin olumlu işlevi, tarafların bulundukları ülkede gerçekleştirilemeyen bir hakkın mahkemenin bulunduğu ülkenin kurallarına göre (*lex fori*) gerçekleşmesi ile ilgilidir. Buradan, tarafların kendi iç hukuklarına göre çeşitli nedenlerle gerçekleştirilemeyen bir hakkının, bu haliyle kanunları, ilkeleri ve kamu düzeninin temsil ettiği değerleri ve kurallarına uygun olduğu için davanın açıldığı yerinde bir hak olarak doğmasına izin verildiği sonucu çıkmaktadır.

Dolayısıyla tarafların vatandaşı oldukları devlet için toplumsal ahlaka aykırı ve kabul edilemez olan bu hak, tarafların o ülkeye herhangi bir bağlantı yoluyla (yerleşim yeri, ikamet yeri veya başka herhangi bir bağlantı) bağlı olma (*lex fori*) şartının bulunduğu mahkeme ülkesinde tamamen uygulanabilir niteliktedir.

Pratik anlamda kamu düzeninin uygulanmasının olumlu işlevi, ulusal ülkenin hukukuna göre hak taraflar için tanınmadığında, bu ulusal hukuk, *lex fori* ile değiştirilir⁴²².

Ortaya çıkabilecek bir sorun, *lex fori*'nin yabancı millî hukuka göre ikame derecesinin seviyesidir. Bu nedenle, yabancı hukuka ait hukuk normunun bir kısmının mahkemenin bulunduğu ülke hukukuna açıkça aykırı olması halinde, hukuk normunun yalnızca o kısmının uygulanmadığını ve yerine mahkemenin bulunduğu ülkenin hukukunu koyduğunu açıkça belirtmek gerekir⁴²³.

Yabancı hukukun, mahkemenin bulunduğu ülkenin hukukunun yerine geçmesine ilişkin bu genel kuralın bir istisnası, İtalyan hukukunda belirlenmiştir⁴²⁴. Buna göre, yabancı hukukun olumlu bir işlev olarak ülke hukukuyla çeliştiği durumlarda, ilişkinin diğer yönleri aracılığıyla, ilke olarak taraflar için yeterli lehte hükümler bulmaya yönelik araştırma yapılır⁴²⁵. Bu girişim başarı ile sonuçlanmazsa, *lex fori* uygulanır⁴²⁶.

⁴²² Qoku, M., 2016, s. 136; Çelikel, Erdem, 2016, s. 146.

⁴²³ Qoku, M., 2016, s. 136-137.

⁴²⁴ Russo, A., Rains, E, R., **The Reform of the Italian System of Private Interantional Law with Particular Regard to Domestic Relations Issues**, North Carolina Journal of International Law And Comercial Regulation, Vol.25, Nr.2, 2000, s.314-315.

⁴²⁵ Giardina, A., **Italy: Reforming The Italian System Of Private International Law**, Cambridge University Press, Vol. 35, No.3, 1996, s. 760- 782.

Kamu düzeninin doktrinsel anlamda olumlu işlevine ilişkin gözlemlenmesi gereken önemli bir husus, kamu düzeninin olumlu bir işlev olarak uygulanması ile *lex fori*'nin doğrudan kurallarının (zorunlu kuralların) uygulanması arasındaki farktır.

Böylece Prof. Dr. *Muammer Raşit Seviğ*, olumlu kamu düzeninin doğrudan uygulanan kuralları açıklayabileceğini tespit etmiştir⁴²⁷. Söz konusu müellif, Profesör *Seviğ* itirazında, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde doğrudan uygulanan kuralların, yabancı hukuku esas almadan uygulandığını açıkça ileri sürmektedir⁴²⁸.

Başka bir deyişle, yabancılık unsuru taşıyan konularda doğrudan uygulanan kurallar kullanıldığında, bu hususlarda hangi yabancı yetkili hukukun uygulanacağı konusunda hiçbir inceleme yapılmamaktadır⁴²⁹.

Dolayısıyla söz konusu müellif, yabancı hukuku bulduktan sonra kamu düzeninin ve özellikle bundan sonra yabancı hukukun *lex fori*'nin kamu düzenine aykırı olduğuna hükmedilmesinin ancak o zaman olumlu bir rol oynayabileceği görüşünü savunmaktadır. Böylelikle kamu düzeninin olumsuz rolünden sonra olumlu rolü ifade edilmiş olur ki bu doğrudan uygulanan kurallardan büyük bir farkla olumlu düzene geçer⁴³⁰.

Yukarıda sunulan ayrıntıları netleştirmek amacıyla, kamu düzeni ve bunu gerektiren sebepleri, farklı yer ve dönemlerde uygulanması için ihtiyaç duyulduğunda ortaya çıkan kavram ve durumları, sunum biçimlerini anlamaya yardımcı olacak sosyal yaşamdaki pratik günlük gelişmelerden bazı örnekler sunulacaktır.

Mahkemeler, uygun hukuk (bir sözleşmenin hukukiliği için geçerli olan yasal sistem) açısından geçersiz olan bir sözleşmenin uygulanmamasının, forumun kamu düzenini açıkça ihlal edecekse hala uygulanabileceğini tespit etmiştir⁴³¹.

⁴²⁶ Tanribilir, B. F., 2010, s. 218.

⁴²⁷ Seviğ, R.M., **Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangilerdir?**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 5, 1939, s.118. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96964>.

⁴²⁸ Ökçün, G. A., 2011, s. 39.

⁴²⁹ Ökçün, G. A., 2011, s. 39-40.

⁴³⁰ Ökçün, G. A., 2011, s. 39.

⁴³¹ Kuçi, H., Bilalli, A., 2007, s.96.

Kamu düzeninin olumlu rolünün bir başka örneği, geçerli hukuk düzeninin resmî veya maddî gerekliliklerine uymayan bir evliliğin belirli koşullarda örf ve âdet hukukunu tanımak olacaktır. Kamu düzeninin olumlu rolünün önerilen uygulamasının bir örneği, mahkemeleri “*toplumun dini kurallarına aykırı olarak kutlanan bir evliliğin geçerliliğini tanımayla*” davet eden *International de Droit* Enstitüsü ile ilgili *Krakow Kararı*nda (2005) bulunabilir⁴³².

Bu tür dini yasaklar, misalen Müslüman erkeklerin yalnızca Müslüman, Yahudi veya Hristiyan kadınlarla evlenebileceği ve Müslüman kadınların yalnızca Müslüman erkeklerle evlenmesine izin verildiği şeklindeki Müslüman dünyasında yaygın olan kuralı içermektedir⁴³³. Başka bir örnek, 1990 *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*'da yer alan ve örneğin Mısır mahkemeleri⁴³⁴ tarafından ortak hukuk olarak uygulanabilen, herhangi bir Katolik kilisesinin üyesinin, vaftiz edilmemiş biriyle evlenmesine izin vermeyen hüküm olabilir.

İslami yargı mahkemeleri genellikle kamu düzeninin olumlu işlevini kullanır. Örneğin hem Mısır'da hem de Pakistan'da, davanın açıldığı yerinin mahremiyeti ile ilgili olarak İslam hukuku, geçerli olan yabancı hukuktan üstündür. Menkul kıymetlerle ilgili vasiyetler bile, İngiliz hukukunda geçerli olmakla birlikte, bu devletlerin mahkemeleri tarafından ancak İslam hukukuna uygun olduğu takdirde kabul edilmektedir. Buna göre terekenin üçte biri vasiyet edilebilir; ancak, kalan üçte ikisinin dini öğretilere⁴³⁵ göre belirlenen bir esasa göre bölünmesi gerekir.

İsrail mahkemeleri, yabancı Yahudilerin aralarındaki dini evlilikleri (ve boşanmaları), evlendikleri ülkenin kanunlarına (veya boşandıkları ülkenin kanunlarına)

⁴³² Bkz. Art B(1), see www.idi-iil.org (12.10.2023).

⁴³³ Bkz. Alami, De., Hinchcliffe, D., **Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World**, Brill Academic Publishers; 1st edition, 1996, s.82-83.

⁴³⁴ Menhofer, B. **Religiöses Recht und internationales Privatrecht Dargestellt am Beispiel Ägypten** (Heidelberger rechtsvergleichende und wirtschaftsrechtliche Studien) Hardcover, Universitätsverlag Winter GmbH Heidelberg, 1995, s. 70-72 ve 79-80.

⁴³⁵ W. B. Hallaq, **Authority, Continuity, and Change in Islamic Law**, Cambridge University Press, 2009, s.89.

göre geçerli olmasa bile geçerliliğini kabul ettikleri durumlarda, kamu düzeni pozitif anlamda uygulama alanı bulmaktadır.

Kamu düzeninin pozitif işlev boyutunda tezahürüne ilişkin bir başka durum da Afganistan Medeni Kanununun 92. maddesidir. Buna göre, Müslüman bir kadının gayrimüslim bir erkekle evlenmesi geçersizdir. Müslüman erkek ise dört kitaptan birine inanan bir kadınla evlenebilir. Dört kitaptan birine inanan bir kadının nikahı, aynı dinden olan velisi ve aynı dinden iki kişinin şahitliğinde yapılabilir. Bu maddede öngörülen hallerde çocuklar babanın dininden sayılır⁴³⁶.

Bu gerçeğe dayanarak, İslam dinine mensup bir kadın ve bu inanca mensup olmayan bir erkeğin Afganistan'da evlenebilmesinin tamamen imkânsız olacağının altını çizmeliyiz. Dolayısıyla, bu tür dini inançlara sahip bir çift, Afganistan Kanununun normatif hükmünde öngörülen koşullar nedeniyle (m. 92), karşılıklı olarak evlilik iradesini gerçekleştirme fırsatına sahip olmayacaktır. Ancak bu amaca, örneğin Kosova Cumhuriyeti veya Türkiye Cumhuriyeti'nde ulaşılabilir. Çünkü bu iki devletin evlilik koşullarını düzenleme yollarında, evlenmek isteyenlerin dini inancına dayalı, herhangi bir evlilik yasağı öngörülmemiştir.

Varsayımsal olarak, belirtilen ülkelerin mahkemelerinde açılacak böyle bir davanın, vatandaşların kendi ülkelerinde haklarının reddedilmesi gerçeğine rağmen, Mahkemenin bulunduğu ülkenin kanunlarına göre (*lex fori*) icra edilebilir olması olumlu bir kamu düzeni örneği sunacaktı. Afganistan devletinin kriterlerine dayalı olarak böyle bir evliliğin yasaklanması, Kosova Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti'nde, anayasal hakların ve dolayısıyla kamu düzeninin ihlali anlamına gelir.

İran İslam Cumhuriyeti Medeni Kanununun 1059. maddesi ile düzenlenen hüküm de verilen duruma benzer bir duruma neden olabilir. Madde 1059'a göre Müslüman kadının gayrimüslim ile evlenmesi caiz değildir⁴³⁷. Aynı şekilde İran devletinde bu normla çelişen bir yapıya sahip olan iki kişi de evlenemeyeceği için bu haktan feragat edecektir. Ancak

⁴³⁶ Republic Of Afghanistan, Ministry Of Justice, Official Gazette, NO. 353 (4 Volumes), Published: 15 JADI, 1355 (JANUARY 5, 1977), **Civil Law Of The Republic Of Afghanistan** Translation Produced BY: Afghanistan Legal Education Project Translators: Elite Legal Services, Ltd.;Barmaki, F, M.

⁴³⁷ <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ir/ir009en.pdf> (18.10.2022)

aynı taraflar bu tür evlilik kriterlerinin tanınmadığı ülkelerde rahatlıkla bu hakktan yararlanabileceklerdir.

Suriye'de evlilik medeni değil, dini bir kurumdur. Müslüman erkeklerin tek tanrılı dinlerden birine mensup olmayan kadınlarla, Müslüman kadınların da gayrimüslim erkeklerle evlenmeleri caiz değildir. Geçersiz sayılan böyle bir evlilikten doğan çocuk yasal olarak tanınmayacaktır. Dürzi kadınlar gibi tek tanrılı dinlerden birine mensup olmayan kadınlar, Müslüman bir erkekle evlenmek istiyorlarsa İslam'a geçmelidir. Suriye'deki Hristiyan yasalarının çoğu, farklı inançlara ve hatta farklı Hristiyan mezheplere mensup kişiler arasındaki evliliği de yasaklamaktadır. Yurt dışında gerçekleştirilen resmi nikah, taraflardan biri veya birkaçının Suriye vatandaşı olması halinde Suriye'de tescil edilmeyecektir⁴³⁸.

Bu açıklamayı daha da somutlaştıracak olursak, Fas hukukuna göre Faslı Müslüman bir kadının gayrimüslim bir erkekle evlenmesi yasaktır. Faslı bir erkeğin Hristiyan ve Yahudi kadınlar haricinde gayrimüslim bir kadınla evlenmesine izin verilmektedir⁴³⁹.

Bu gibi durumlarda kamu düzenine müdahaleye olumlu kamu düzeni denir; yani yukarıda belirtilen bu tür evlilikleri yasaklayan yabancı hukuk yerine, *lex fori* uygulanır⁴⁴⁰. Başka bir deyişle, evlenmek isteyen kişiler, kendi ulusal hukuklarında ırk, din ve cinsiyet ayırımına dayalı evlilik yasaklanmışsa, bu evliliği başka bir ülkede gerçekleştirebilirlerse bu evliliklerinden doğan hak ve yükümlülöklere sahip olabilirler.

⁴³⁸ Syrian Personal Status Laws (<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/beirut/14969.pdf>). Daad Mousa, kadın ve insan hakları konularında uzmanlaşmış Suriyeli bir avukattır. Suçlar Bilimi, Uluslararası Hukuk ve Uyuşmazlık Çözümü Alanlarında Derecelere Sahiptir. Mousa Şam'da yaşayan ve burada kadın hakları konularına ve özellikle de şiddete maruz kalan mahkumlar ve kadınlarla ilgili çalışmaları vardır. Suriye'de toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik çabalarından dolayı 2017 yılında Alman Barolar Birliği'nin Maria-Otto-Preis Ödülü'ne layık görölmüştür.

⁴³⁹ Daha fazlası için bkz. Geçici evlilik engellerini tanımlayan Fas Aile Kanunu'nun 39. maddesi; Phoblets, C, M., 224-225. Aynı şekilde Afganistan Medeni Kanunu'nda da özellikle 92. maddede "Müslüman bir kadının gayrimüslim bir erkekle evlenmesi geçersizdir. Ancak Müslüman bir erkek, dört kitaptan birine inanan bir kadınla evlenebilir."; bkz: <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2015/10/Civil-Code-of-Afghanistan-ALEP-Translation.pdf> (10.09.2023)

⁴⁴⁰ Qoku, M., 2016, s. 136.

Kamu düzeninin olumlu işlevi hem teorik hem de uygulamalı olarak açıklanarak, ilke olarak insan hak ve özgürlüklerinin, hakkının temin edilmesi yoluyla korunduğu, yaratıldığı ve gerçekleştirildiği düşünülmektedir⁴⁴¹.

Öte yandan, bu olumlu işlev, mahkemenin bulunduğu ülkenin yargıcının yabancılık unsuru içeren özel hukuk davalarında vatandaşlarının korunmasını sağlama niyetini de pekiştirmektedir⁴⁴². 1969 yılında Yargıtay, eşlerden birinin Türk, diğerinin İtalyan olduğu yabancılık unsurlu boşanma davasına ilişkin karar vermiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nde boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre, bu davalarda eşlerin millî hukukunun uygulanacağı tespit edilmiştir. Türk mahkemesi, boşanmaya izin vermeyen İtalyan hukukuna başvurmayı zorunlu kılan kanunlar ihtilâfî kuralını takiben, ancak kamu düzeni yoluyla, bu evliliğin Türk hukukuna göre sona erdirilmesine karar vermiştir⁴⁴³.

Doktriner kısmın birbiriyle olan ilişkisinden, karşıt akımların ekollerinin yazarlarının farklı dünya görüşlerinin analizinden ve bunların günlük hayattan vakalarla takibinden, kamu düzeninin işlevlerinin ne olduğunu değerlendirebilir ve uygulanmasını sağlayan temel dayanakları oluşturdukları sonucuna varabiliriz.

Üstelik bu iki işlev bir yandan birbirini, diğer yandan da kamu düzeni kavramını tamamlayıcı niteliktedir. Ayrıca, bu işlevlerin faal sebepleri aracılığıyla, yabancılık unsuru taşıyan davalarda milletlerarası özel hukuk adaleti garanti altına alınırken, aynı zamanda mahkemenin bulunduğu ülkenin hukuk kurallarından kaynaklanan iç adalet de sağlanmaktadır.

Yabancı hukukun uygulanmasının reddi hukukî bir boşluk oluşturmaz; ancak bu durumlarda yabancı hukukun uygulanması yerine *lex fori* veya (yabancı hukukun yerine geçecek şekilde) ülke hukuku uygulanacaktır ki bu durumda milletlerarası bir unsurlu hukukî-medeni ilişkinin belirleyici olgusu veya "bağlantı noktası" değiştirilmiş olacaktır.

⁴⁴¹ Vukovic, D., Kunstek, E., **Medunarodno gradansko postupovno pravo**, (Milletlerarası Usul Hukuku) Zagreb, Ozujka 2005, s. 465-468. Sajko, K **Medjunarodno Privatnum Pravo**,(Milletlerarası Özel Hukuk) Narodne Novine, Zagreb 2009, s. 263-269.

⁴⁴² Nomer, E (DHH), 2013. s. 257.

⁴⁴³ RKD, 1969/5 s. 198 vd.

Bu şekilde, yasal-özel şahsın davasının *lex fori* ile ilgili olarak yabancılık unsuruyla bağlantısı ne kadar düşükse, kamu düzeni müdahalesi olasılığının o kadar düşük olduğu dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, tam tersi bile olsa, konunun ve tarafın *lex fori* ile bağlantısı ne kadar yüksekse, o ilişkide kamu düzeninin etkilenme olasılığı o kadar yüksektir.

Yabancılık unsuru taşıyan bir özel hukuk konusuna keyfilik ve kötüye kullanma ihtimallerini ortadan kaldıracak müdahalenin yapılabilmesi için her zaman yabancı hukuk ile mahkemenin bulunduğu ülke hukuku (*lex fori*) arasındaki açık çelişkinin ifade edilmesi gerekir. Bu, hâkimin kamu düzenini kullanabilmesinin varoluşsal önkoşuludur. Yabancı hukuk ile *lex fori* arasındaki çelişkinin görünür olması ön koşulunu yerine getirmeden kamu düzenini uygulamaya yönelik herhangi bir eğilim, yalnızca milletlerarası özel hukuk adaletine ve milletlerarası alanda kararların uyumuna ciddi bir zarar verir. Dolayısıyla, kamu düzeninin varlığının tersine çevrilmiş anlamı - veya onun antitezi veya zıt amacı olacaktır.

Kamu düzeninin olumlu işlevini uygulama yolunun, İtalyan düzenleme modeline göre kamu düzeninin olumlu işlevini uygulama yoluna yakın bir tanımla yansıtılması tercih edilecektir. Dolayısıyla, yabancı hukuk, mahkemenin bulunduğu ülkenin hukuku ile çelişiyorsa izlenecek yol bağlantı noktalarından geçmektedir. Bu yaklaşımla, milletlerarası özel hukuka saygı ve bu nitelikteki kararların uyumlaştırılması anlamına da gelen, yabancı hukukun uygulanmasını sağlamaya yönelik çaba harcanacaktır. Yabancı hukukun uygulanması için bağlantı noktalarından bir sonuç alınamazsa, o zaman *lex fori* için kamu düzenine zorunlu olarak uyulur.

Bahsedilen iki perspektiften hangisinin daha önemli olduğu ve hangisinin (i) yabancı unsurlu özel hukuk davasının çözümü için usul etkinliği ilkesine ve (ii) milletlerarası özel hukuku gerçekleştirme çabasına daha fazla katkı sağladığı incelenirse, milletlerarası özel hukukun gerçekleştirilmesinin kanunlar ihtilâfi kurallarının birincil amacı olduğunu ve bu bağlamda ayrı öneme sahip olduğunu belirtebilir miyiz? Buradan, izlenen model daha fazla zaman gerektirdiğinden verimliliği mümkün olan en yüksek düzeyde olmasa da böyle bir yaklaşımın milletlerarası özel hukuka içkinlik ilkesinin uygulanmasının sahip olduğu üstünlük olgusuna daha yakın olacağı sonucu çıkmaktadır.

Son olarak, kamu düzeninin uygulanmasının davanın niteliğine ve koşullarına bağlı olduğunu her zaman aklımızda tutmamız gerektiğini bilmeliyiz. Bu akışın yazarları tarafından temsil edilen her iki doktriner dünya görüşünün yakından incelenmesinden, yabancı hukuk, ülke hukuku ile çeliştiğinde, kamu düzeni müdahalesi ihtiyacının ortaya çıktığı sonucuna varmaktayız.

Bu ihtiyaç, her zaman çözüm için sunulan yabancı bir unsur ile özel hukuk sorununun niteliğine dayalı bir vurgu ile hem olumlu hem de olumsuz olarak sunulabilmesi için iki taraflı olabilir.

Kosova Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti mevzuatında kamu düzeninin işlevlerini ve düzenlenme biçimlerini incelemek ve daha iyi anlamak için, bazı hükümlerinin bir değerlendirmesini yapacağız.

Olumsuz ve olumlu kamu düzenini uygulama olasılıkları ve durumlarıyla ilgili çeşitli yazarlar görüş belirtmiş olup, bu görüşlere aşağıda (örnekler aracılığıyla da) değinilecektir⁴⁴⁴. Kamu düzeninin temsil ettiği değerler, kamu ve özel hukukun karışık bir niteliğe sahip olması nedeniyle, uygulamada kamu düzenini karmaşık hale getirmektedir. Keza çeşitli yazarlar, olumsuz kamu düzeninin uygulamasının yabancı hukuku hafife aldığı yönünde eleştirilerini dile getirirken, diğer yazarlar olumlu kamu düzeninin kullanılmasının tarafların çıkarlarının korunmasından, yargılama yerinin (*lex fori*) egemenlik hakkının uygulanmasından kaynaklandığı yönündeki görüşlerini dile getirmektedirler⁴⁴⁵.

Eski Yugoslavya Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu'nda, "kanunun bu hükümleri yabancı hukukun uygulanmasını sağlıyorsa, o kanun uygulanır" hükmü açıkça belirtilmiştir. Kanunun bu hükmü, yabancılık unsuru bulunan özel hukuk meselelerinde ilke olarak yabancı hukukun uygulanacağını tam olarak belirlemektedir. Aynı Kanun hükmü MÖHUK'un 2. maddesinin 1. fıkrasında da tanımlanmış olup; hâkimin yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde yabancı hukuku uygulamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yabancı hukukun hâkim tarafından ilke olarak uygulanmaması veya yanlış uygulanması, hak arama hakkının kullanılmasına esas teşkil eder.

⁴⁴⁴ Palmer, E., **The Austrian Codification of Conflicts Law**, Oxford University Press, The American Journal of Comparative Law , Spring, 1980, Vol. 28, No. 2 (Spring, 1980), s. 197-234.

⁴⁴⁵ Palmer, E., 1980, s. 212-213.

İster Türk mahkemesi ister Kosova mahkemesi olsun, mahkeme hâkimi, yabancı hukuku adil ve içinden geldiği hukuk düzeninin uygulama ve yorumuna uygun olarak uygulamak ve yorumlamakla yükümlüdür⁴⁴⁶.

Dolayısıyla, Türk hukukunda Kosova hukukuna benzer bir hukuk kurumunun bulunması, bu hukuk kurumunun Kosova devletindeki Türkiye mahkemeleriyle aynı şekilde yorumlandığı anlamına gelmez⁴⁴⁷.

Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde yabancı hukukun yorumlanması ve uygulanmasındaki zorluklara rağmen hâkim, yabancılik unsuru taşıyan bir hukuk uyuşmazlığında taraflar için en uygun hukuku uygulamakla yükümlüdür⁴⁴⁸. Türk ve Kosova yargıçlarının yabancı hukukta, hukuk düzeni içinde, hukukî hüküm eksikliği (boşluğu) olması durumunda, yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk sorunu, yargılama yerinin yasal hükümleri (*lex fori*) ile desteklenmiş ve uygulanmış diğer bağlantı noktalarını inceleme sürecinden geçtikten sonra çözüme kavuşturulur⁴⁴⁹.

Yukarıdaki bulgulara dayanarak, yabancı hukukun uygulanması basit olmayı bırakın, ilke olarak kolay değildir⁴⁵⁰. Böylece hâkimin ülke hukukunu uygulaması ilkesi yerine, çoğunlukla ve mantıksal olarak incelenmekte olan hukukî ilişki ile ilgili olan yabancı hukukun uygulanacağı ilkesi kabul edilmektedir⁴⁵¹.

Bu eylem ile yerel kamu düzenini bozma riski de taşınmaktadır. Dahası, Alman yazar *Leo Raape* için yabancı hukukun uygulanması "bilinmeyene doğru bir sıçrama" teşkil

⁴⁴⁶ Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, s. 65; Çelikel/Erdem, s. 17 5. Ayrıca bkz. Giray K, s. 559.

⁴⁴⁷ Özellikle Fransa ve Belçika'da aynı kanun hükmünün farklı şekilde yorumlandığı tespit edilmiştir. Nomer, Devletler Hususî Hukuku, 2013, s. 194.

⁴⁴⁸ Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde tarafları en yakından ilgilendiren yabancı hukukun uygulanması gerekir. Milletlerarası özel hukukun adaleti ancak bu şekilde gerçekleşir. Bkz. Şanlı, C., Esen, E., Figenmeşe-Atman, I., s.25

⁴⁴⁹ Sonnenberger, H. J., 2012 s. 629: Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Hukuku Taslağı, özellikle 11. maddede, yabancı hukukta, yabancı unsurla medeni hukuk uyuşmazlığının çözülemeyeceği bir boşluk olması durumunda, o zaman Kosova Cumhuriyeti yasanın uygulanacağını açıkça belirtmektedir.

⁴⁵⁰ Gutman, D., 2009, s. 140.

⁴⁵¹ B, D., Horacia., Muir, V., 2012, s. 462-464.

etmektedir⁴⁵². Bu tehdit, yabancı hukukun uygulanması etkilerinin, yargı yerinin temel kavramlarıyla güçlü bir şekilde çelişebileceği çeşitli riskler sunmaktadır. Diğer bir deyişle, somut olaya uygulanacak yabancı hukuk, yargılama yeri hukuku ile açık bir çelişki içinde olmamalıdır⁴⁵³.

Yabancılık unsuru taşıyan somut olayda uygulanacak yabancı hukukun yargılamanın yapılacağı ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları ile belirlenmesi ve bu hukukun uygulanmasının doğuracağı etkilerin açık olması halinde, yargılama yerinin kamu düzenine aykırı ise bu hak uygulanmaz⁴⁵⁴. Yani bu durumda yabancılık unsuru bulunan hukukî-özel konularda yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni müdahalesi söz konusudur⁴⁵⁵. Bu şekilde yabancı hukukun uygulanmasını engellemeye yönelik kamu düzeni müdahalesi, bu yabancı hukukun yargı yerinin (*lex fori*) gelenekleri, insan hak ve özgürlüklerini koruyan temel ilkeleri, toplumsal gelişmeyi amaçlayan hukuk düzenini, anayasal, ahlaki ve sosyal temel ilkeleri ihlal etmesi (ihlal etmesi) ifade edilmektedir⁴⁵⁶.

Yargı yeri ilkelerine aykırılık nedeniyle yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesinde kamu düzenine müdahale de "olumsuz kamu düzeni" olarak adlandırılmaktadır⁴⁵⁷.

Olumsuz kamu düzeni veya diğer adıyla olumsuz kamu düzeni müdahalesi, farklı ülkelerin⁴⁵⁸ ilgili kanunları ve milletlerarası sözleşmelerle düzenlenmiştir⁴⁵⁹.

⁴⁵² Guttmann, D., s.140.

⁴⁵³ Göğer, s. 94 vd ; Nomer, Şanlı, s. 163 vd ; Çelikel, Erdem, s. 149.

⁴⁵⁴ Bajrami, A., vd, 2019. s. 115-1117.

⁴⁵⁵ Bilalli, A., Kuçi, H., s. 349.

⁴⁵⁶ Bkz. Göğer, s. 100 ; Nomer, Şanlı, s. 167-173 ; Çelikel, Erdem, s. 162; Şanlı, Esen, Figanmeşe, s. 73 . Yabancı hukukun ancak yargılama yerinde uygulanan anayasal ilkelere ve diğer kurallara açıkça aykırı olması durumunda uygulanamayacağı vurgulanmalıdır. Çünkü bilindiği üzere kamu düzeninin temsil ettiği ilke ve değerler zaman içinde değişmektedir. Diğer bir deyişle, yabancı bir hukukun, yargılama yerinde yürürlükte olmayan bir kural ile çalışması halinde, yargılama yeri hakimî tarafından uygulanması engelleyemez. Bkz, Şanlı, Esen, Figanmeşe, s. 72-90; Gutmann, D., s. 141-150.

⁴⁵⁷ Gössl, L. S., 2016, s. 85 – 112.

⁴⁵⁸ Bkz. Eski Yugoslavya Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu, Türkiye, Arnavutluk, Makedonya, Karadağ, Sırbistan, Macaristan, Slovenya, Almanya, İsviçre, İtalya, Fransa vb. Özel ve Usul Hukuku Kanunu.

Eski Yugoslavya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 4. maddesi sadece olumsuz kamu düzenini tanımlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, yabancı hukukun uygulanmasından doğan sonuçlar, Eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti anayasasında tanımlanan toplumsal düzenin temellerine aykırı ise o yabancı hukuk uygulanamaz. Ancak, eski Yugoslavya'nın federatif devletlerinin adli uygulamalarına dayanarak, eski Yugoslavya'nın milletlerarası hukukunda böyle bir yasal hüküm eksik olmasına rağmen, “olumlu kamu düzeni”nin⁴⁶⁰ de uygulandığı kanıtlanabilir. Eski Yugoslavya Milletlerarası Hukuk Kanununda ve Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 14. maddesinin 1. ve 3. paragraflarında olumlu ve olumsuz kamu düzeninin uygulanması öngörülmektedir⁴⁶¹.

Ayrıca MÖHUK'un 5. maddesi olumlu ve olumsuz kamu düzenine müdahalesini öngörmektedir.

⁴⁵⁹ Jang, J., **The Public Policy Exception Under the New 2019 HCCH Judgments Convention.**, Netherlands International Law Review (2020)., s. 97–111. Söz konusu yazar, Lahey Konferansı tarafından onaylanan uluslararası sözleşmelerde tanımlanan kamu düzenini incelemektedir.

⁴⁶⁰ Stanivuković, M., 1999, s. 474.

⁴⁶¹ Bkz. Milletlerarası Özel Hukuk Yasa Tasarısı'nın 14. maddesi. Bu maddenin 1. paragrafında, "*Yabancı devlet kanunu hükümleri, uygulanmasının sonuçları Kosova Cumhuriyeti kamu düzenine açıkça aykırı ise uygulanmaz*" hükmüne yer verilmiştir.

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise "*Kosova Cumhuriyeti kamu düzenine aykırılık nedeniyle yabancı devlet hukuku hükümleri uygulanamıyorsa, ilgili Kosova Cumhuriyet hukuku hükümleri Kosova kanunu gereğince uygulanacaktır*" hükmü yer almaktadır. Kanun taslağının 14. maddesindeki ilk taslağın açıkça sadece olumsuz kamu düzeninin tespitine yönelik olduğunu belirtmek gerekir. Bkz: <https://kryeministri-ks.net/p-content/uploads/2018/08/PROJEKTLIGJI-P%C3%8BR-T%C3%8B-DREJT%C3%8BN-ND%C3%8BRKOMB%C3%8BTARE-PRIVATE.pdf>. Milletlerarası Özel Hukuk Yasa Tasarısı'nın Kosova Cumhuriyeti Meclisi'ne ulaşmasından sonra, özellikle 2018'de, Kosova Meclisi hukuk danışmanı sıfatıyla tarafımızca, bu yasa tasarısının 14. maddesinde kamu düzeninin olumlu yönünün de değerlendirilmesini önerdik. Bu değişiklik hali hazırda Milletlerarası Özel Hukuk Kanun Taslağına dahil edilmiştir. http://ëëë.kuvendikosoves.org/Uploads/Data/Documents/PLpertedrejtenderkombetareprivate_gXCMqXXtpm.pdf (19.10.2022).

Arnavutluk Milletlerarası Hukuk Yasası, ilgili hükümlerinde, kamu düzeninin olumlu işlevinin uygulanmasını değil, yalnızca olumsuz işlevinin uygulanmasını öngörmektedir.

Karadağ Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, özellikle 9. maddesinde, kamu düzeninin yalnızca olumsuz işlevinin uygulanmasını öngörmektedir. Federal Almanya Cumhuriyeti Kanunu da 6. maddesinde, kamu düzeninin sadece olumsuz işlevini belirtmiştir. Bu arada, Sırbistan devletinde, kabul edilinceye kadar değişikliğe tabi tutulabilecek Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Taslağı'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında kamu düzeninin sağlanması yoluyla olumlu bir işlevi tanımlı olduğu söylenebilir.

Bu vakalardan, zamanın koşullarının, böyle bir sorunun öngörülmediği ülkelerde, kamu düzeninin olumlu işlevinin normatif düzenlemesine yönelmeyi gerektirdiğini anlıyoruz. Böylece tarafların özgürlük ve haklarına saygı gösterilerek, ancak ortak değerleri, örf ve adetleri göz ardı edilmemeye özen gösterilerek ülkeler yakınlaştırılacaktır. Bu tür bir uyumluluk ancak, diğer bölgesel ve milletlerarası içtihatları geliştirmeleri ve güncel olayları takip etmekle sürekli meşgul olması gereken hakimlerin proaktif bir yasal yaklaşımı ile sağlanabilir.

C. Kosova ve Türk Hukukunda Kamu Düzeninin Olumsuz İşlevlerinin Sonuçları

1. Olumsuz İşlevin Sonuçlarının İrdelenmesi: Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin ve Bireylerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin İhlali Sorunu

Lex fori'nin olumsuz kamu düzeni işlevinin yabancı hukuka uygulanmasından, tarafların arzu edilen bir hakkı davanın açıldığı yerine kullanmasına izin verilmesinin bir nevi imkansızlığıyla karşı karşıya olduğumuz açıktır. Bu sonuçta, yabancı hukukun uygulanmasının yasaklanması ve milletlerarası özel hukukun yabancılık unsuruyla uyumlaştırılmasıyla milletlerarası özel hukukun hakkaniyeti ile uluslararası yelpazedeki kararlara verebileceği zararın kamu düzenine müdahale derecesinin dikkatle ele alınmasından bir sonuç çıkmaktadır.

Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti kavramı, davayı ve tarafları en yakından ilgilendiren maddi yabancı hukukun uygulanmasını mümkün kılan kanunlar ihtilâfı

kurallarının temel amacı olarak algılanmaktadır⁴⁶². Bu yönüyle milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin tespiti, taraf ve dava ile en yakın bağlantı noktası ile sınırlıdır⁴⁶³.

Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında, "*Bir gerçek kişinin fiil ehliyeti için, vatandaşı olduğu devletin hukuku yetkilidir*" ifadesi açıkça vurgulanmaktadır. Bu şekilde kanun koyucu, fiil ehliyeti açısından taraf için en yakın irtibatın, vatandaşı olduğu devletin hukuku olduğunu belirtmiştir⁴⁶⁴.

Milletlerarası özel hukukun gerçekleşmesini sağlamak için çeşitli çıkarlar öne çıkmaktadır. Bunlardan biri, ki bu durumda esas olan odur, hukukî ilişkinin kalitesi açısından tarafların çıkarlarına en uygun olanıdır⁴⁶⁵.

Türkiye Cumhuriyeti'nde ikamet eden Sloven uyruklu bir çiftin boşanma davasında yetkili hukuk, ilk aşamada eşlerin vatandaşı olduğu devletin hukukudur; bu da eşlerin müşterek millî hukuku olan Sloven hukukudur. Bu yönüyle kanun koyucu, müşterek millî hukukunu uygulamanın tarafların menfaatine olduğunu düşünmüştür. Çünkü böyle bir düzenleme ile bireylerin ülkeleri ve geleneksel değerleriyle bağları daha iyi sağlanmaktadır⁴⁶⁶. Dolayısıyla, kanunlar ihtilâfı yoluyla düzenlenen taraf çıkarları, milletlerarası özel hukukun uygulanması kavramının ayrılmaz bir parçasıdır.

Milletlerarası özel hukuktan ayrılması gereken bir diğer konu da maddi hukuktur⁴⁶⁷. Maddi adaletten, bu kurallardan kaynaklanan somut sonucun adil olmasını sağlayan maddi hukuk kurallarını anlıyoruz⁴⁶⁸. Buna iç hukukun maddi adaleti denir. Milletlerarası özel hukuk, bu kurallardan türetilen bu sonucu esas almamaktadır⁴⁶⁹.

⁴⁶² Doğan, V., 2017, s. 156-157., Şanlı, C., Erdem, Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 25.

⁴⁶³ Şanlı, C., Erdem, E., Ataman-Figanmeşe., 2014, s. 25.

⁴⁶⁴ Şanlı, C., Erdem, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 25.

⁴⁶⁵ Şanlı, C., Erdem, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 25.

⁴⁶⁶ Bilalli, A., Kuçi, H. , 2022, s. 266.

⁴⁶⁷ Doğan, V., 2017, s. 156. Şanlı, C., Erdem, E., Şanlı, C., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 26.

⁴⁶⁸ Bkz. Şanlı, C., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 26.

⁴⁶⁹ Bkz. Şanlı, C., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 27.

Diğer bir deyişle, kanunlar ihtilâfı kuralları, davayı ve tarafları en yakından ilgilendiren bir veya birden fazla yabancı hukukun uygulanmasını belirttiğinde, milletlerarası özel hukuk, uygulamadan doğacak en adil sonucun hangi yabancı hukuk olduğu ile ilgilenmez, bu hakkı güvence altına alır. Yabancı hukukun uygulanmasından doğan sonuçların doğru ya da doğru olmaması, iç maddi adaletle ait bir meseledir.

Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 12. maddesi ve MÖHUK'un 2. maddesi uyarınca, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde yabancı hukukun uygulanması zorunludur. Bu hukuk, yalnızca yabancı hukukun uygulanmasının mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzenine açıkça aykırı olacağı durumlarda uygulanmaz⁴⁷⁰.

Sonuç olarak, kamu düzeninin hassasiyeti nedeniyle hâkimlerin çeşitli nedenlerle yorumda hata yapma eğiliminde olabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yabancı hukukla ilgili olarak kamu düzeninin hatalı kullanımı, başlı başına milletlerarası özel hukukun hakkaniyetinin ihlali anlamına gelecektir⁴⁷¹. Böyle bir yansımadan, doğal olarak davanın açıldığı yerinde tarafların temsil ettiği *bireysel insan hak ve özgürlüklerine* ve davanın açıldığı yerinin genel kolektif toplumsal değerlerine verilen önem açısından üstünlük ikilemi ortaya çıkmaktadır.

Bu çok hassas bir ilişkidir ve son derece ince bir ayırımdır; bu hususun tahlili için birçok analiz yapılmıştır; ancak, hatlardan birine veya diğerine tam bir yön verme konusunda her zaman büyük zorluklarla karşılaşmıştır. Hem çok önemli hem özel bir değere sahip, bir tarafın eksikliği yine de diğer tarafın anlamını yitirmesine yol açacaktır.

Spesifik olarak, Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 21. maddesi açıkça "*Temel insan hak ve özgürlükleri bölünemez, devredilemez ve dokunulmazdır ve Kosova Cumhuriyeti hukuk düzeninin temelidir*" ifadesini kullanır. Aynı maddenin 2. fıkrasında, Anayasa mecazi olarak bu hakları tüm anayasal ve devlet düzeninin eksenini olarak göstermekte, koşulsuz ve devredilemez olarak korunmaları için aynı anda garanti ve yükümlülük sergilemektedir.

⁴⁷⁰ Nussbaum, A. 1940, s. 110-112. Tekinalp, G., 2016, s. 43. Şanlı, C., Erdem, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 75.

⁴⁷¹ Şanlı, C., Erdem, E., Ataman-Figanmeşe, I., 2014, s. 77.

Temel özgürlük ve hakların bölünmezliği söz konusu olduğunda, bu hakların her bireyin bütünlüğüne bağlı olduğu fikri somutlaştırılmalı ve hiç kimse bunlara hiçbir şekilde karşı çıkamaz⁴⁷². Bu görüş, Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın "*Anayasal düzen [yani sıra] insan hak ve özgürlüklerine saygıyı da temel alır...*" ifadesinin açıkça vurgulandığı 7. maddesinin eklenmesiyle daha da güçlendirilmektedir.

Bu nedenle, ülke anayasasının, kişilerin tabiiyet durumuna bakmaksızın, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını, sağlanmasını, güvence altına alınmasını ve bu hakların yetkililer tarafından ihlal edilmemesini azami düzeyde teyit etmesi zorunlu bir yaklaşımdır. Bu hakların kökleri, bu hakları Tanrı'nın armağanı olarak nitelendiren ve hamiline doğum anından itibaren veren natüralist eğilimdir⁴⁷³.

Anayasal ilkeler, daha somutlaştırılan, diğer alt kanunlar ve bazıları doğrudan uygulanan temel ve genel tespitlerdir. Böylelikle anayasal güvencelerin ötesinde, kaynağı yabancı hukuk olan mahkemenin ülkesinde bireysel bir hak yaratma konusu geniş çapta tartışılmaya başlanmıştır. Bu, mutlakiyetçi bireysel insan hak ve özgürlüklerine saygı teorisine karşı başka bir düşünce çizgisinin çıkış noktasıdır.

John Rawls'a⁴⁷⁴ göre, "*Adalet kavramı, Latince ius (hak, hukuk ve/veya adalet) kelimesinden türemiş çok soyut ve kapsamlı bir kavramdır. Sosyal hayata gelince adalet onsuz olmaz, erdemdir*". Yani Amerikalı yazar John Rawls için toplumun varlığı ve içinde barındırdığı değerler adaletin gerçekleşmesinin koşuludur. Friedrich Carl Von Savigny bile

⁴⁷² Hasani, E., Čukalović, I., 2013, s. 79. İnsan hak ve temel özgürlüklerin bölünmezliği söz konusu olduğunda, o zaman bunların taşıyıcılarının kişiliğiyle, yani her kişinin bireysel olarak bağlı olduğu ve bu haklara kimsenin itiraz edemeyeceğini söylemek gereklidir.

Gerçekten bu hak ve özgürlükler, her şeyden önce her insanın doğuştan kazandığı, kalıcı ve dokunulmaz doğal hakkına dayandığı gibi, aynı zamanda çok sayıda uluslararası anlaşma, bildiri, sözleşme ve araçlara da dayanmakta ve bu nedenle bütün bunlar Anayasa tarafından güvence altına alınmaktadır.

Bu özel yeri İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme ve diğer uluslararası kanunlar yer almaktadır.

⁴⁷³ Hasani, E., Čukalović, I., 2013, s. 80.

⁴⁷⁴ Kabadayı, T., **Hakkaniyet Adaletin Temelidir** Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı 15, 2013, s. 49-57.

bir devletin yasalarının toplumun kültürüne, ilkelerine ve geleneklerine göre yapıldığını vurgulamıştır⁴⁷⁵.

Dolayısıyla bu ilkeler, gelenekler, örfler ve mevcut adetler, zaten bu toplumsal özelliklerin temelini oluşturan bir hukuk düzeni ile birlikte, devletlerin üzerine inşa edildiği özelliklerdir.

Yabancı hukuka dayalı olarak *lex fori*'de yaratılacak bireysel bir hak ve bu yabancı hukuk, forum hakkıyla açıkça çeliştiğinde, kamu düzeninin müdahalesi zaruri hale gelir. Yabancılık unsuru taşıyan böyle bir dava, kanunlar ihtilâfı kurallarının resmi usulüne göre mahkemenin yerinde incelemeye sunulduğunda, hâkim, bağlantı noktalarından tarafların haklarını gerçekleştirmeye çalışır. Bu forum aracılığıyla, forum hukukuna aykırı olmayan ve gerçekleştirilmeye uygun bir yabancı hukuk bulunursa, o hukuk uygulanır ve milletlerarası hukuk adaleti gerçekleşir. Bu, anayasal kanunda ve milletlerarası hukukta öngörülen bireysel hakların gerçekleştirilmesi işlevindeki ilk girişimdir.

Bağlantı noktaları üzerinden yapılan bu girişime rağmen, forumun yerel hukukunu açık ve net bir şekilde ihlal etmeyen yetkili kanunu bulmak mümkün değilse, sonuçta mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzeni (nihai bağlantı noktası olarak) müdahale eder ve yabancı hukuk yoluyla tarafların haklarının oluşmasını imkânsız hale getirir (böylece kamu düzeninin olumsuz işlevini yerine getirir).

Tartışılabilceği gibi ve büyük ölçüde, normatif yasal, anayasal ve milletlerarası hükümlerle, yabancılık unsuru taşıyan hukukî konularda bireysel insan hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesine bariz bir öncelik verilmektedir. Prensip olarak, bireysel özgürlükler ve haklar, *lex fori*'nin değer ve ilkelerine aykırı anayasal düzenlemelerle korunan olumlu bir ilke olarak forum devleti uygulanır. Ancak istisnâ olarak, ülke hukukunda yabancı hukuka göre yaratılabilecek bir hak, ülke hukukuna geniş ve açık bir şekilde aykırı düştüğünde, söz konusu hak, söz konusu hukuk kamu düzenine müdahalesi nedeniyle uygulanmaz. Dolayısıyla, [oluşturulabilen] bireysel haklar, ilke olarak, *lex fori*'nin kolektif toplumsal değerlerinden ve ilkelerinden üstün kabul edilir.

⁴⁷⁵ Bkz. Mollnau, K., **The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation**, The American Journal of Comparative Law, 1989, s. 86-87 37..

Nadir ve istisnaî durumlarda, toplumun kolektif değerleri, söz konusu ülkede yabancı hukuka göre bireysel özgürlükler ve haklar yaratma olasılığı üzerine yüklenir ve haklar arasındaki çelişkinin görünürlüğünü her zaman gerçeklerle kanıtlar.

2. *Olumlu İşlevin Sonuçlarının İrdelenmesi: Miletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin ve Bireylerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin İhlali Sorunu*

Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 16. maddesinin 4. paragrafına göre "*Kosova Cumhuriyeti'ndeki her kişi ve kuruluş, Anayasa hükümlerine tâbidir*" ve ayrıca Anayasanın 102. maddesinin 3. paragrafında, "*Mahkemeler, Anayasa ve kanuna göre yargılar*" denilmektedir.

Sonuç olarak, Kosova Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan kişiler prensip olarak, aynı zamanda yasal düzenlemelerde somutlaşan ve aracılığıyla tüm yaşam işleyişinin düzenlendiği anayasal güvencelere sahiptir. Bu güvenceler (belirli durumlarda) mahkemede ve (Anayasa'nın 102. maddesinin 3. fıkrasına göre) diğer ilgili kurumlarda sağlanır.

Bu anayasal güvenceler, aynı zamanda, bir yabancıнын kendi ülkesinde yasak olan bir hakkın hukuk yoluyla ülkemizde elde etmesinde de işlev görür.

Daha somut bir şekilde anlatmak gerekirse bu duruma şer'i hukuka göre, bazı özel kriterlerin varlığı nedeniyle evlenemeyen (çalışmamızda bunlar da ele alınmıştır) kişileri örnek olarak verebiliriz. Kosova Cumhuriyeti gibi anayasasında laik devlet olarak tanımlanan bir ülkede böyle bir evlilik kolaylıkla akdedilebilir. Bazı hukuk sistemlerinin (evlilik konusu özelinde) özelliği olan din, ırk veya etnik farklılıklara dayalı bu tür engeller ülkemizin anayasal düzenine aykırıdır ve genel içtihat külliyatına göre insan özgürlük ve haklarının⁴⁷⁶ ihlali kabul edilir. Bu nedenle, böyle bir evlilik yürürlükteki mevzuata göre Kosova Cumhuriyeti'nde resmileştirilebilir.

Kosova'da yaşayan farklı dinlere mensup iki İranlı evlenmek istediğinde, evlenme hak ve izni konusunda, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, vatandaşı oldukları ülkenin hukuku uygulanmalıdır. Ancak, bu hak Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 37. maddesine dayanarak (kamu düzeninin olumlu bir işlevi olarak) elde edilebilir.

⁴⁷⁶ Tekinalp, G., 2016, s. 44.

Bu evlilik örneklerine ek olarak, vatandaşlarının boşanmalarına izin vermeyen hukuk düzenleri de belirtilmelidir. Bu ülkelerin vatandaşları Kosova'da yaşayacak olsalar, bir dava açsalar, kendi ülkelerinin engelleyici doğasıyla ilgili herhangi bir sorun olmadan boşanmaları gerçekleştirilecektir.

Yabancı hukuka kamu düzeniyle müdahale anında, yabancılık unsuru taşıyan belirli bir davaya bakan yargıç açısından, mahkeme hukuku uygulamasında (Mahkemenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasına yol açmadan önce bağlantı noktaları aracılığıyla yerine getirilme eğiliminde olan) olumsuz işlevden farklı olarak yer değiştirme (pozitif işlevde) ile doldurulan bir 'boşluk' ortaya çıkmaktadır.

Ayrıntılı örneklerle kanıtlandığı üzere, *lex fori* kamu düzeninin temsil ettiği anayasal ilkeleri ve toplumsal değerleri gözle görülür, açık ve net bir şekilde ihlal edecek yabancı yasaların uygulanmasına müsamaha göstermemektedir. Bu şekilde, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk konusu, tarafların o ülke ile ikametgahı veya başka herhangi bir bağlantı noktasının bulunması şartıyla, mahkemenin bulunduğu ülkenin mevzuatına (*lex fori*) göre çözümlenir.

Bu bağlantı noktaları ile ilgili olarak, eski Yugoslavya'nın milletlerarası özel hukuku üzerine Yugoslav doktrininin bir kısmı, başlangıçta *Kahn* (Alman yazar) tarafından öne sürülen, "asgari bir bağlantı" olması gerektiği koşulunu kabul etmektedir⁴⁷⁷. Belirli yargı yetkisi ile mahkemenin yeri arasındaki ilişki, böylece kamu düzeni beyanının uygulanmasıdır.

Kosova Uluslararası Hukuk Yasası'nın 14. maddesi de ülke ile hukukî ilişki arasında ince bir bağlantı kurulmasını gerektirmektedir. Bu, 14. maddenin 1. fıkrasının uygulanması için davanın Kosova Cumhuriyeti kamu düzeniyle bağlantısına özel önem verilmesi gerektiğini ve yabancı hukukun uygulanmasından kaynaklanacak sonuçların önemi belirler. "Asgari bir bağın" gerekli olduğunu düşünenler, bu tür bir ilişkinin

⁴⁷⁷ Bkz. Blagojević, B., 1999, s. 152-154.

ilgililerin⁴⁷⁸ uyuşunda, ikametgâhında veya mutat meskeninde bulunabileceğini veya yabancı hukukun uygulanmasının kalıcı sonuçlar doğuracağını örnek olarak verirler⁴⁷⁹.

Sonuç olarak, kamu düzeninin olumlu işlevinin uygulanmasıyla, ilgili yasal yapının daha medeni aşamalarına ulaşmış ülkelerin vatandaşları aracılığıyla emsaller (ve aynı zamanda dersler) verilerek demokratik dünyanın değerlerini temsil eden anayasa ve milletlerarası yasalarla tanımlanan bireysel insan hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi ve korunmasının sağlandığını öne sürebiliriz. Bu emsallerin toplumların kültür ve değerlerinin özgürleşmesinde ve zenginleşmesinde özel bir rol ile olumlu bir etkiye sahip olduğuna, onların küresel demokrasiye katılabilmeleri için katetmek zorunda oldukları geçiş aşamalarını daha hızlı ilerlemelerine yardımcı olmaktadır.

Olumlu bir işlev⁴⁸⁰ olarak kamu düzeninin uygulanması ile milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilmesi arasındaki ilişkinin olası iç içe geçişi hakkındaki tartışma da büyük önem taşımaktadır. Bu anlamda, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesi, kanunlar ihtilâfinin amacı açısından özel bir öneme sahiptir. Bu nedenle, bir noktada, *lex fori* kamu düzeninin uygulanmasına paraleldir.

Dolayısıyla, yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayan kamu düzenine müdahale durumunda (fori yasasına bariz aykırılık nedeniyle), ilk etapta bir tür rotatif⁴⁸¹ aşamanın gerçekleştiği düşünülebilir, bu sayede yabancı hukuk baypas edilir ve mahkeme ülkesinin (*lex fori*) hukukunun uygulanmasıyla değiştirilir.

Bu düzeyde yabancı ülkede uygulama bulamayan yabancı hukukun dönüşümlü olarak geçersiz kılınması, *lex fori* kamu düzeninin yanı sıra (davanın açıldığı yer ile asgari bağlantı noktalarına dayalı olarak) paralel uygulama ile ilgilidir. Bu bağlamda,

⁴⁷⁸ Blagojevic, B., 1999, s. 152.

⁴⁷⁹ Sajko, M., **Medjunarodno privatno pravo**, (Milletlerarası Özel Hukuk) Opći dio, Zagreb 1982, s. 107

⁴⁸⁰ Güngör, G., s. 96-99.

⁴⁸¹ Rotatif geçersiz kılma, yabancı hukukun uygulanmasının ve mahkemenin bulunduğu ülkenin hukukunun kamu düzeninin uygulanmasına geri dönülmesinin imkansızlığı anlamına gelir. Bu itibarla, yabancı hukukun uygulanması yasak olduğunda, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti, yabancı hukuk tarafından gerçekleştirilmeye kaydırılır ve Mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzeninin uygulanmasına ilişkin asgari bağlantı noktasından geri döner.

milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin r tatif geçersiz kılmasının; forumun kamu düzeni kuralları ve yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklarda tarafların haklarının davanın açıldığı yerinde oluşturulmasının tam olarak uygulanması yerine getirilir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AİLE HUKUKU MESELELERİ AÇISINDAN KAMU DÜZENİNİN ETKİSİ

I. KOSOVA ve TÜRK HUKUKLARINDA AİLE KURUMU HAKKINDAKİ TEMEL İLKELER

Anayasaların çoğunluğu, evliliği ne gizli ne de kutsal olarak nitelendirir, özellikle korudukları yararlı bir sosyal kurum olarak görmektedir. Aile evlilikten doğar, çocuklar da öyle. Avrupa Temel İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme, evlenme hakkını, bu hakkın gerçekleşmesini belirleyen iç hukuka göre kadın ve erkeğin belirli bir yaşta evlenme ve aile kurma hakkına sahip olduğu hükmü ile tanımlamaktadır⁴⁸².

Aile kurumuyla ilgili olarak Kosova hukukuna gelince, en yüksek yasal düzenleme olan Kosova Anayasasının 37. maddesinde üç paragraf aracılığıyla şunları öngördüğünü vurgulamalıyız: "1) *Hür rızaya dayalı olarak, herkes kanuna uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkından yararlanır.* 2) *Evlilik ve evlilik kararı kanunla düzenlenir ve eşlerin eşitliğine dayanır.* 3) *Aile, kanunla düzenlenen şekilde, devletin özel korumasından yararlanır.*"

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 41. maddesinde ise "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliği esas alır" ve "Devlet, aile planlamasının öğretilmesi ve uygulanmasının yanı sıra, başta anne ve çocukların korunması olmak üzere ailenin huzur ve refahını sağlamak için gerekli önlemleri alır ve organizasyonunu sağlar" hükümlerine yer verilmiştir.

Kosova Cumhuriyeti Medeni Kanununda, "Aile" başlığı altında, (1) "Aile, karşılıklı hak ve yükümlülüklerle sahip olan ebeveynler, çocuklar ve diğer akrabalarından oluşan bir topluluktur."; (2) "Aile, kanunla düzenlenen şekilde özel devlet korumasından yararlanır." (3) "Herkes, hukuka uygun olarak kendi özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" hükümlerine yer verilmiştir⁴⁸³.

⁴⁸² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlilik ve aile kurma hak ihlalinin iddia edildiği az sayıda davada karar vermiştir. Bkz. Johnson ve diğerleri v. İrlanda (1986) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57508%22%5D%7D> (03.08.2023)

⁴⁸³ Bkz. Kosova Medeni Kanunu, 2022. <https://md.rks-gov.net/page.aspx?id=1,94> (20.12.2023).

Aile, içinde yaşadığımız toplumun temelini oluşturan en küçük birimdir. Toplumda dengeyi oluşturan aile kanunla korunmaktadır⁴⁸⁴.

Ayrıca Kosova Aile Yasası'nın 2. maddesinde, özellikle şunlar vurgulanmıştır: “1. Aile, ana-baba ve çocuklar ile diğer kişilerden oluşan hayati bir topluluktur” ve “2. Aile, toplumun doğal ve temel çekirdeğidir ve bu itibarla, korunma hakkına sahiptir”⁴⁸⁵.

Aile kurumuna ilişkin hukuk normları, aileden doğan ilişkileri düzenleme amacı taşımaktadır. Bu ilişkiler arasında, nişanlanma, evlenme, ebeveyn sorumluluğu ilişkileri (ya da ebeveyn hakları), evlat edinme, velayet, aile içinde ortaya çıkan mal rejimi ilişkileri, boşanma ve diğer kişisel ilişkiler sayılabilir. Mal rejimi, özel hukukun diğer alanlarında kullanılan kavramlar içermesine rağmen, onlara göre farklılık gösteren kişisel karakterli veya statüsü farklı ilişkiyi ifade eder. Aile ilişkileri içinde nafaka, ortak mülkiyet gibi mülkiyet ilişkileri olsa da bunlar yine de aile ilişkilerinden kaynaklanan mülkiyet niteliğindeki ilişkilerdir⁴⁸⁶. Genelde ulusal hukuk düzenlerinin aile hukukuna ilişkin kabul ettikleri kurumlar birbirlerine benzerlik taşır. Ayrıca birçok devlet, bu alanı diğer hukuk alanlarından farklı ele alıp, düzenlemiştir.

Boyutları geniş bir yer kaplayan küreselleşme, günümüzde, insanların, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sürekli ve sınırsız hareketleri, maddi ve usul kurallarının uygun şekilde düzenlenmesi gerekliliğini zorunlu hale getirmiştir, ki bu da yabancı unsurlu ilişkileri işlevsel ve kolay uygulanabilir hale getirmektedir.

Bu nedenle, farklı ülkelerin ilgili kanunlarında belirtilen bu tür hukuk kategorileri (yalnızca hukuk kurumları değil), ilgili taraflar (ulusal ülkeler ve yabancı ülke vatandaşlığına sahip taraflar) arasındaki etkileşimin, bu kurumları kanunlar ihtilâfı kurallarına göre (milletlerarası özel hukukta) yabancı unsurlu kurumlara dönüştürmesine neden olmaktadır.

⁴⁸⁴ Mehmet, B, **Deniz Aile Hukuku İletişim T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Söğütözü**, Türkiye Cumhuriyeti, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 2011, s. 8-9. https://www.aile.gov.tr/media/92207/02_03_aile-hukuku.pdf.

⁴⁸⁵ Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası, 2006. <https://gzk.rksgov.net/ActDetail.aspx?ActID=2410> .(15.09.2023)

⁴⁸⁶ Prof. Dr. Haxhi G., vd., 2012, s. 4.

Aşağıda, kamu düzeninin olumlu ve olumsuz işlevi, yabancı unsur taşıyan belli bazı aile hukuku ilişkileri üzerindeki etkisi hususunda açıklamalar ve değerlendirmeler yapılacaktır.

II. KAMU DÜZENİNİN EVLENMEDEKİ ETKİSİ

Evlilik, Kosova Aile Yasası'nın 1. maddesinde özel olarak belirtilen, ancak daha geniş olarak 14. maddesinde özel hükümlerle düzenlenen ve toplum için büyük önem taşıyan merkezi konuma sahip bir kurumdur. Özellikle, 14. maddenin birinci paragrafında aile şu şekilde formüle edilmiştir: *"Evlilik, farklı cinsiyetten iki kişi arasında, bir aile kurmak amacıyla birlikte yaşamaya özgürce karar verilen, yasal olarak kayıtlı bir birlikteliktir."*

Aile Yasası'na göre bağlayıcı şekil, medenî evliliktir ve bu madde anlamında evlilik sadece karşı cinsten iki kişinin bir araya gelmesiyle kurulur. Eşcinsel evlilik, aile hukukunda tanınmamasına rağmen, Kosova Anayasasında böyle bir yasak açık olarak belirtilmemiştir. Bu nedenle, Aile Yasası ile evlilik, yalnızca farklı cinsiyetten kişilerin evliliğini tanımlamaktadır. Dini törenlerle yapılan nikah ise ancak resmi nikahtan sonra yapılabilir.

Türk Medeni Kanunu'nun evliliğe yaklaşımı, Kosova Aile Yasasıyla paraleldir. Türk Medenî Kanununun 124. maddesinde, istisnâ haller dışında, 17 yaşından itibaren evliliğin yapılabilmesi yanında, kadın ve erkeğin 18 yaşından itibaren evlenebileceği öngörülmüştür.

Önemli sayıda hüküm içeren Kosova Aile Yasası, evliliğin koşulları, şekli, hukukî etkileri, yani, evlilik ilişkileri, evliliğin sona ermesinden sonraki hukukî sonuçlar vb. gibi birçok durumu düzenlemiştir. Aile hukukunun merkezinde bulunan evlilik, modern zamanların tüm kurum ve kanunlarında önemli bir yer tutmaktadır. Yasal bir kurum olarak evlilik, evliliğin kalıcı bir yaşam birliği amacıyla kurulan bir erkek ve bir kadın birliği olduğunu tanımlayan *Justinian* yasasına göre Roma hukukunda da bilinmektedir. Bununla birlikte evlenme, farklı ülkelerde yasal hükümlerle farklı şekilde düzenlenlenebilmektedir. Başka bir ifadeyle, evlilik için öngörülen bazı şart ve engeller, devletlerin hukukunda farklı olabilir ki, bu da yabancı unsurlu evliliklerde kanunlar ihtilâfi problemlerini doğurmaktadır.

Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 26. maddesinde ve aynı şekilde MÖHUK'un 13. maddesinin ilk fıkrasında, evlenmeye ehliyet ve şartları konusunda eşlerin evlilik sırasındaki millî hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Arnavutluk⁴⁸⁷ ve Karadağ⁴⁸⁸ hukukunda da aynı konuda millî hukukun uygulanacağı belirtilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Arjantin'de⁴⁸⁹ ise evlilik şartları için evlenme yeri hukukunun (*lex loci celebrationis*) uygulanması öngörülmektedir. Danimarka hukukuna göre evlilik koşulları için (ikametgahı birincil kural olarak kabul eden İskandinavya Aile Sözleşmesi aracılığıyla) eşlerin ikametgahı hukuku geçerlidir⁴⁹⁰. Romanya'da evlilik şartlarına, eşlerin müşterek ikamet hukuku ve eşlerin müşterek millî hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

İnsan toplumu çeşitlendirilmiştir. Bu toplumlar arasındaki farklılıklar, kültürel, demografik veya coğrafi olarak ne kadar yakın olurlarsa olsunlar, yine de mevcuttur. Birçok faktör ve koşul, bu gerçeğe katkı sağlamıştır. Tüm toplumların doğal bağlamını temel alarak bu hukuk kurallarını standartlaştırmak ve uyarlamak, teorisyenlerin, hukuk uzmanlarının, sosyoloji araştırmacılarının ve kanun hazırlayıcıların görevi olmuştur. Bu durum, toplumların hukuk sistemlerinin ne kadar genel bir hukuk düzeninin parçası olsalar da aralarındaki farklılıkların hala belirgin olduğunu göstermiştir. Ancak hızlı teknolojik ve endüstriyel gelişme, toplumları kendi aralarında karşılıklı ihtiyaçları açısından birleştirmiştir. Toplumun, faydasını maksimize etmek için başka bir toplumun sahip olduğu veya kullandığı başka bir unsurla birleşmesini gerektiren bir unsura sahip olması, birbirlerine bağımlılıklarının yüksek düzeylerde olmasını sağlamıştır. Bu nedenle, milletlerarası iş birliği ve etkileşim sürekli olarak yeni olumlu rekorlar kırmıştır.

Bu bakımdan, bu yeni ilişkiler, iç devlet mekanizmalarının ötesinde düzenlenmesi gereken koşulları yaratmıştır. Bu nedenle, bu tür yasal meseleler, farklı milliyetlerin

⁴⁸⁷ Arnavutluk Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 21. maddesi.

⁴⁸⁸ Karadağ Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 77. maddesi.

⁴⁸⁹ Mc Gill, **Guide Private International Law Act**. International Legal Materials, vol. 24, 1985, s. 272-291.

⁴⁹⁰ Lexington E.C. Hung, **Marriage in Chinese Private International Law**, 3 Annals Chinese Soc'y Int'l L. 18, 1966, s. 1-15.

"birleştirilmesi" için daha geniş bir düzenleme girişimi ihtiyacını doğurmuş ve bunlara yeni gerekliliklerle birlikte hak ve yükümlülükler eşlik etmiştir. Dolayısıyla bu hukukî ilişkiler, kanunlar ihtilâfı kurallarının belirlediği bağlantı noktalarından, yabancı unsurlu sorunların çözümüne yönelik mevzuat düzenlemesi ve hazırlanması ihtiyacını gündeme getirmiştir.

Bu şekilde devletler, aralarında çıkabilecek anlaşmazlık veya uyuşmazlıklarda maliyetleri ve zaman kaybını en aza indirmek amacıyla taraflar için uygun yöntemler bulmaya çalışmışlardır. Ancak, bu tezde ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, kültürel farklılık ve toplumsal değerler arasındaki fark büyük ve net olduğunda, geleneklerinin o ülkede hâkimiyetini garanti altına almak için, devletler milletlerarası özel hukukta kamu düzeni (olumsuz veya olumlu işlevli) olarak bilinen bir yaptırım mekanizmasını işleme koymuşlardır. Ancak hukuk literatürünün çeşitli yazarları, kamu düzenini uygulama ihtiyacını doğuran hususların çoğunun evliliğin temel şartları ile ilgili olduğu konusunda hemfikirlerdir⁴⁹¹. Evliliğin mümkün olması için bu şartların gerekli olduğunu ve yerine getirilmesi gerektiğini göz önünde bulundurarak, kanunlar ihtilâfına sebep olan evlilik engellerinin yanı sıra evlenme şartlarını ayrı ayrı ele almanın gerekli olduğunu değerlendirmekteyiz.

A. Evlenme Yaşı

Hukuk doktrinine göre, sosyolojik çalışmalar ve belirli bir psikolojik aşamanın sağlanması ile birlikte, eşlerin evlenmesine izin vermek için evliliğin temel kriteri, ilgili devlete bağlı olarak uygun olan yaştan tamamlanması olarak kabul edilir.

Bu açıdan Kosova Aile Kanununun 16. maddesine göre “*Onsekiz yaşını doldurmamış bir kişi evlenemez*”. Maddenin üslûbuna dikkatle bakarsak, olumsuz ifadeyle belirtilen yaşa ulaşmamış (18 yaş) kişiler için evlilik yasağının önemini pekiştirerek ve vurgulayarak yapıldığını görürüz. Aynı şekilde Türkiye Cumhuriyeti de aynı ifadeyle 18 yaşını, prensipte eşlerin evliliklerini resmileştirebilmeleri için sağlamaları gereken şart olarak belirlemiştir.

⁴⁹¹ Berger, S. Maurits., **Conflicts Law and Public Policy in Egyptian Family Law: Islamic Law through the Backdoor**, 50 AM. J. COMP. L. 555, 2002, s. 573.

Bununla birlikte, diğer devletler, üzerine inşa edildikleri farklı kültürel, sosyal, tarihi ve geleneksel temeli, evliliğe izin verilen bir öncül olarak farklı yaş ve diğer koşulların sağlanmasını isteyebilir.

Örneğin Lübnan'da, kadınlar için evlilik yaşı eşiği 14'tür; 18 yaş ise Katolik, Ortodoks ve Müslüman dinlerine mensup kızlar için en son değişikliklerle varılan evlilik eşiğidir⁴⁹². Özel durumlarda ve ebeveynlerin rıza gösterdiği durumlarda Lübnan'daki Katolik kızlar için bu eşik daha da düşebilmektedir (bazı kaynaklar 9 yaşına kadar inebileceğini belirtmektedir). Erkek cinsiyet için ise evlilik için belirlenen sınır 16-18 yaş arasında değişmektedir. Bahreyn'de evlilik yaşı sınırı her iki cinsiyet için 15'tir. Son zamanlarda yeni yayılmaya başlayan fikre göre bu eşiğin 18 yaşına çıkarılması⁴⁹³ için somut girişimler vardır.

Lübnan ve Bahreyn'den farklı olarak, Çin Halk Cumhuriyeti gibi erkekler için 22, kızlar için 20 yaşını evlilik yaşı sınırı olarak tanımlayan ülkeler de bulunmaktadır⁴⁹⁴. Japonya ise her iki cinsiyet için de geçerli olan evlilik şartı olarak 20 yaşını tanımlamıştır⁴⁹⁵.

Örnek verilen devletlerin düzenlemelerindeki farklılıklardan hareketle, yabancı hukuka karşı (farklı devletlere göre, ulusal hukukun ihlali oluşturarak, açık bir çelişki içinde olabileceği durumlarda), kamu düzeninin iki işlevinin nasıl uygulandığı gösterilecektir.

Evlilik yaşı ile ilgili olarak kamu düzeninin olumsuz işlevinin uygulanma olasılığını, varsayımsal olarak Bahreyn vatandaşlığına sahip bir çiftin durumunu ele alarak analiz edebiliriz. Bahreynliler 14 yaşından itibaren evlenme hakkından yararlanabilirler.

⁴⁹² <https://www.dw.com/en/lebanons-crisis-increase-child-marriages/a-57531628> (10.09.2023).

⁴⁹³ <https://www.arabianbusiness.com/politics-economics/bahrain-mp-calls-for-minimum-age-for-women-marrybe-raised-18-618781> (10.09.2023).

⁴⁹⁴ Bkz. Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Kanunu, On üçüncü Ulusal Halk Kongresi'nin 28 Mayıs 2020 tarihli Üçüncü Oturumunda kabul edilmiştir. <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf> (10.09.2023).

⁴⁹⁵ Japonya Medeni Kanunu, Act No. 89 of April 27, 1896. <https://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf> (10.09.2023).

Ancak Kosova Cumhuriyeti'nde bu hakkı kazanmaları imkânsızdır. Çünkü Aile Yasası'nın 16. maddesine göre evlenmek için 18 yaşına erişme zorunluluğu söz konusudur.

Evlenme yaşıyla ilgili yabancı unsurlu bir özel hukuk meselesi olduğundan, kanunlar ihtilâfı kuralları hükümlerine bakılacaktır. Sonuç olarak, Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Kanunun 26. maddesine göre, evlilikle ilgili maddi koşullara uygulanacak kanun, evliliğin yapıldığı eşin o sırada vatandaşı olduğu devletin hukukudur. Prensip olarak, bu hukukun nihaî olarak uygulanması, *lex fori*'nin kamu düzeniyle açık bir çelişki içinde olmayacaksa uygulanır. Mevcut durumda, Kosova'da ikamet eden iki Bahreyn vatandaşı evlenmek isterse ve bunlardan biri küçükse, olumsuz bir işlev olarak kamu düzeninin müdahalesi nedeniyle bu mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, vatandaşı oldukları Bahreyn devletinin hukuku, Kosova devletinde uygulanamaz; çünkü, kamu düzeninin temsil ettiği sosyal kurallar ve kamu değerlerini açıkça ihlal ettiğinden evlilik akdinin yapılmasına izin verilmeyecektir.

Buna karşılık Çin Halk Cumhuriyeti, Japonya ve Mısır gibi, evlilik koşulları arasında yaş şartının netleştiği devletler bakımından ise bir sorun olmayacaktır. Bu ülkelerin hukukuna göre, evlenme yaşı, Çin Halk Cumhuriyeti'nde kızlarda 20, erkeklerde 22; Japonya'da her iki cins için 20 ve Mısır'da ise 21'dir. Böylece bu ülkelerden birinin vatandaşı olan bir çiftin Kosova Cumhuriyeti'nde veya Türkiye Cumhuriyeti'nde evlenmek istemesi durumunda, söz konusu ülkelerin vatandaşlığına sahip çiftlerin evlilikleri aranan yaş şartının sağlanması ihtimalinde ancak yasal olarak mümkün olacaktır.

Kosova Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti'nde yaş şartı 18'dir. Böylece, daha yüksek evlilik yaş sınırı öngören ülkelerden gelen vatandaşlığa sahip çiftlerin nihai evlilikleri resmiyet kazanabilecektir. Böylece, kamu düzeni sayesinde, evlilik için daha yüksek yaş eşiği öngören ülkelerin vatandaşı olan çiftlerin nihai evlilikleri resmileştirilecektir.

Bu şekilde devletler, ülkenin sosyal ve devlet düzenine bir değerler mirası olarak kolektif bileşime muhalefet olarak açık ve net bir saldırıya neden olmadığı ölçüde, o toplumun belirli gelenekleri gibi insan özgürlüklerine ve haklarına azami ölçüde saygı gösterilmesini sağlar ve buna çalışırlar.

B. Mevcut Evlilik

Evliliğin temel ve birincil şartı, mevcut durumda evli olmamak veya bir karı-kocanın evliliğinin yasal olarak sona ermiş olmasıdır. Bu aynı zamanda aranan yasal bir zorunluluktur. Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası'nın 19. maddesi "*İlk evlilik yasal olarak sona erdirilmedikçe hiç kimse yeni bir evlilik yapamaz*" hükmü ile durumu kesin ve net olarak belirtmiştir. Türkiye Cumhuriyetinde ise bu konu Medeni Kanun'un 130. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda "*Yeniden evlenmek isteyen kişi önceki evliliğinin sona erdiğini ispatlamak zorundadır*" hükmüne yer verilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde medeni evlilik eyalet yasalarına tâbidir. Evlilik şartlarını düzenleyen yasalar, ilgili eyaletin Anayasasına ve ABD'nin Anayasasına uygun olmalıdır. ABD'nin elli eyaleti, çok eşliliğe izin vermez; ancak tek eşliliğe veya seri tek eşliliğe izin verir⁴⁹⁶.

Büyük Britanya'daki 1949 Evlilik Yasası⁴⁹⁷ ve 1961 Avustralya Evlilik Yasası⁴⁹⁸, bir evliliğin geçerli olabilmesi için şu koşulları aramaktadır: (i) tarafların reşit olması; (ii) halihazırda bir evliliğin olmaması ve (iii) evliliğin yasaklanmış ilişki dereceleri içinde olmaması.

Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 37. maddesinin 2. paragrafında, "*Evlilik ve evliliğin feshi kanunla düzenlenir ve eşlerin eşitliğine dayanır*" yazmaktadır. Bu arada Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 41. maddesinde de "*Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliği esas alır*" denilmektedir.

Bu ilkeler, aile meselelerine (evliliğe) ilişkin Kosova Cumhuriyeti Aile Yasasında ve Türkiye Cumhuriyeti Medeni Kanununda daha da somutlaştırılmış ve güçlendirilmiştir. Bu durumda tek eşlilik, eşler arasında eşitlik ve evlilik ilişkisinde eşlerin simetrik konumda bulunduğu anlamına gelir.

⁴⁹⁶ Seri tek eşlilik (*serial monogamy*) art arda tek eşli birlikteliği ifade eder. Bir kişinin ancak önceki evliliğinin sona ermesi durumunda ikinci veya üçüncü kez evlenebileceği anlamına gelir.

⁴⁹⁷ Bkz. Birleşik Krallık 1949 Evlilik Kanunu, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/data.pdf> (10.10.2023)

⁴⁹⁸ Evlilik Yasası, 1961'de, Avustralya'da yapılan evliliğe ilişkin kuralları düzenlemek için Avustralya parlamentosu tarafından yasalaştırılır.

Bu nedenle hemen hemen tüm ülkelerde eşlerin eşitliğini bozacağı veya tehlikeye atacağından iki eşlilik ve çok eşlilik yasaklanmıştır (ancak Pakistan, Afganistan, Irak, İran, Ürdün vb. istisnâ devletler de vardır). Hatta birçok ülkede çok evlilik suç olarak nitelendirilmektedir. Aynı şekilde iki eşlilik ve çok eşlilik, Kosova Cumhuriyeti ve gelişmiş demokrasi sistemlerine sahip diğer uygar ülkelerin çoğunluğunun kamu düzeninin temsil ettiği değer ve ilkelerle açıkça çelişen konulardır.

Modern milletlerarası insan hakları hukuku, başlangıçtan bu yana kanun önünde ve evlilikte cinsiyet eşitliği çağrısında bulunmuştur⁴⁹⁹. 1947 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesinin önsözünde "*erkek ve kadınların eşit haklara sahip olduğu temel insan haklarına olan inancın yeniden teyit edilmesi kararlılığı*" belirtilmektedir⁵⁰⁰. Beyannamenin 55. maddesi, Birleşmiş Milletlerin "*cinsiyet ayrımı yapılmaksızın herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine evrensel saygıyı ve bunlara riayeti teşvik edeceğini*" belirtmektedir. Buna ek olarak, 1947'de ilk kez toplanan Birleşmiş Milletler Kadınların Statüsü Komisyonu, seçme özgürlüğü, kadının onuru, tekeşlilik ve evliliği feshetmede eşit haklar üzerinde çalışmayı kabul etmiştir⁵⁰¹. Bu beyan, İnsan Hakları Evrensel Beyannamenin 16. maddesinde belirtilmiştir: Reşit olan erkekler ve kadınlar, ırk, milliyet veya din nedeniyle herhangi bir sınırlama olmaksızın evlenme ve aile kurma hakkına ve evlilikte, evlilik sırasında ve feshinde eşit haklara sahiptir.

Cinsiyet ayrımcılığı yapmamaya yönelik bu taahhüt, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde de açıkça görülmektedir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesinin birinci paragraf hükmü, taraf devletlerin Sözleşme'de belirtilen hakları, cinsiyet dahil hiçbir ayrım gözetmeksizin güvence altına almasını gerektirmektedir. Benzer şekilde, 3. madde, Taraf Devletlerin "*Kadın ve erkeklerin bu Sözleşme'de belirtilen tüm medeni ve siyasi haklarından eşit şekilde yararlanma hakkını sağlamayı taahhüt ettiklerini*" belirtir. Dolayısıyla, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi de evlilikte eşit hakların ötesinde eşit

⁴⁹⁹ Susan Deller Ross, **Polygyny as a Violation of Women's Right to Equality in Marriage: An Historical, Comparative and International Human Rights Overview** 24 Delhi Law Review, 2002, s. 22-24.

⁵⁰⁰ Charter of the United Nations, 26 June 1945, Can. T.S. 1945 No. 7, Preamble.

⁵⁰¹ Leslie J. H. & Lee E. T., **Family Law: Cases and Materials**, 2nd ed. (Gaithersburg: Aspen Law and Business, 2000, s. 271-279 as cited in Deller Ross, s.9-31.

sorumluluklar yükleyerek, Evrensel Bildirgenin taahhüdüne paralel şekilde, eşlerin evlilik eşitliğinde güçlü bir bağlılığı ihtiva etmektedir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. paragrafı, taraf devletlerin evlilikle ilgili olarak, evlilik sırasında ve evliliğin sona ermesi durumunda eşlerin hak ve sorumluluklarının eşitliğini sağlamak için uygun adımları atmalarını hükme bağlamıştır.

Yüksek itibara sahip kuruluşların kurucu belgelerinde, hem devletin iç hukukunda hem de milletlerarası alanda öngörülmüş haklarla, tek eşliliğin milletlerarası olarak korunan standart eşit konumunu da garanti edildiği teyit edilmektedir.

Tek eşlilik, tüm evlilik hayatı boyunca eşler arasında eşit bir ilişki hukukunu sağlamak için Kosova Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından da kabul edilmiştir.

Bu anlamda, ailenin geleneksel değerlerinin korunması için izlenmesi gereken doğru çözümün bu olduğunu vurgulamak önemlidir. Bu çözüm, bazı devlet hukuklarında aynı zamanda ceza kanunu ile de pekiştirilmiş, yaşam geliştirme sisteminin üzerine inşa edilen yasal ve sosyal düzene açıkça saldırarak çok eşlilik durumunda cezalandırılan bir suç olduğu vurgulanmıştır. İki eşliliğin ve çok eşliliğin kanuni olarak hükümsüzlüğü aile hukukuna, özellikle evlilik ilişkilerine kadar uzanır ve çok eşliliğin açıkça ihlal edildiği ve kamu düzenine karşı olduğu durumlarda, çok eşliliğe izin veren devlet vatandaşlarının evlenmeleri yasaklanır. Bu mekanizma (kamu düzeni) aracılığıyla, bu evlilik ilişkileri yasaklanmakta ve nihayetinde gerçekleşmesi engellenmektedir.

C. Yakın Hısımlık

Kosova Cumhuriyeti Aile Kanununa göre soy bağı, evlat edinme ve akrabalık evlilik engeli olarak kabul edilmektedir. Bu, kan bağıının varlığının, belirli bir akrabalık düzeyinde evliliği yasaklayan bir gerçek olduğu anlamına gelir.

Akrabalık, biyolojik ve sosyolojik bir kategori olarak tanımlanmaktadır. İnsanlar arasındaki pek çok olgu türünden (fizyolojik, yasal, ahlaki vb.) kaynaklanan bir ilişki anlamına gelmektedir. Akrabalık, iki veya daha fazla kişi arasındaki, pozitif hukuk veya gelenek tarafından tanınan ve kabul edilen bir ilişki olarak tanımlanır. Bu bağlantı biyolojik, ekonomik, ahlaki, dini vb. olabilir. Akrabalık şunlar olabilir: soy bağı, akrabalık bağı ve

evlat edinme yoluyla kurulan aile bağı. Akrabalık, birbirlerinden türeyen veya ortak bir atayı paylaşan, ancak birbirlerinden türememiş kişiler arasındaki ilişkidir.

Soyadı, hukuk düzenimizde yüksek bir öneme sahiptir. Çünkü başlangıçta soy yakınlığı ile ilgili kısıtlamalar yapılır, daha sonra miras hukukunda, kan bağıının yakınlığına göre miras mertebeleri belirlenir. Miras sırası, akrabanın vasiyetçiye yakınlığına göre belirlenir⁵⁰².

Soy bağı, ceza hukuku veya medeni hukuk alanında yargılama usulüne ilişkin konularda da rol oynar. Örneğin bu bağ, hâkimin kendi çocuğunun davasını mahkemede yargılayamaması engelidir. Çeşitli mevzuatlar, kan bağıını farklı derecelerde evlilik engeli olarak da öngörmektedir.

Aile bağı, eşin diğer eşin akrabalarıyla, yani akrabalıktaki ilişkisine dayanan bağıdır. Oysa evlat edinmenin bağı, evlat edinen ile evlat edinilen arasında belirli ilişkiler oluşturan, evlat edinme kurumunun kurulmasına dayanan bağıdır.

Kan bağı, iki veya daha fazla kişi arasında doğumla veya kanunla kurulan bir ilişki olarak kabul edilir. Kan bağı, birbirinden veya ortak bir ilk doğandan gelen biyolojik bağ ile oluşturulan bir ilişkidir. Bu bağ (belirli ülkelerde ayrıca geleneklere göre) yasal olarak tanınmalıdır.

İki akrabalık çizgisi bilinmektedir: (i) düz ve (ii) dolaylı. Düz çizgi, varis düzeyinde iki eşin oluşturduğu bir sonraki seviyedeki her doğum ile sayılır. Dolaylı çizgide sayım, kız ve erkek kardeşten doğumlarla başlar ve ortak atayı simgeleyen kişiye kadar devam eder.

Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 26. maddesinden yola çıkarak soy bağıının, evlilik için maddi koşulların, o sırada evlilik bağıının kurulduğu vatandaşı olan tarafın ülkesinin hukukuna göre belirlir.

Buradan şu sonuç çıkar: kanunların mutlak çoğunluğunda soy bağı evliliğe engel olarak düzenlendiğinden, bunu böyle düşünebiliriz. Dolayısıyla bu engel ve yukarıda sayılan diğer evlilik engelleri için vatandaşı oldukları devletin hukuku uygulanır. Bu

⁵⁰² Dördüncü dereceyi akrabalar arası evlilik engeli olarak öngören Kosova Cumhuriyeti'nden farklı olarak Slovenya Aile Kanunu, sadece üçüncü dereceyi akrabalar arası evlilik engeli olarak görür.

nedenle, ulusal hukuka göre doğrudan veya dolaylı olarak (örneğin yeğen ile amca veya hala ile yeğen arasında) evlenmelerine izin verilen kişilerin bu tür bir evliliğe Kosova Cumhuriyeti'nde giremeyecekleri gerçeğinden bahsetmek önemlidir.

Kosova devletinde böyle bir hak yaratılmaya çalışılırsa, Kosova Cumhuriyeti kamu düzeninin mevcut değerleri, ilkeleri ve sosyal ahlaki açıkça ihlal edileceği için bu hakkın gerçekleştirilmesi imkânsız olacaktır⁵⁰³. Bu hakkın kamu düzeninin müdahalesi yoluyla gerçekleşmesinin engellenmesi, olumsuz bir işlev olarak ifade edilmektedir.

Soy bağı, düz ve dolaylı bir çizgiye sahip olup, temeli evlilikte⁵⁰⁴ ve evlat edinmededir. Profesör Şanlı'ya göre, ABD hukukuna göre, evlat edinen ve evlat edinilen kendi aralarında evlenebilir⁵⁰⁵, ancak bu, Kosova Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti kamu düzenine açıkça aykırıdır. Evlilikte soy bağı engellerine ilişkin düzenlemeler ihlal edilemez, çünkü bu kavram ve yasal norm tarafından korunan ailenin, ahlaki, sosyal ve eğitim⁵⁰⁶ çıkarlarını temsil eder ve sağlar. Dolayısıyla, bu menfaatin ihlal edilmeye çalışıldığı her durumda, mahkeme ülkesinin kamu düzeni tarafından korunan soy bağı kavramının dengesini bozmamak adına, yabancı hukukun işgalini önlemek için *lex fori*'nin kamu düzeni müdahale eder.

D. Evlenme Engelleri

Aile Kanunu'nun 20. maddesi, yasal evlilik iznine müsamaha gösterilmeyen ve evlenmeye engel durumlara ilişkin bir hükümdür. Pek çok devletin kanununda fiil ehliyetsizliği evliliğe engel kabul edilmektedir. Gerçek kişiler doğum anından itibaren hak ehliyeti kazanır ve ölüme kadar sürer. Bu ehliyet kalıcıdır ve kişinin özgürce hak ve yükümlülük sahibi olma yeteneği anlamına gelir. Öte yandan, gerçek kişiler için fiil ehliyetine erginlik ile birlikte, özellikle 18 yaşında ulaşılır (16 yaşından itibaren, kişinin mahkemeden izin alarak evlenmesi hali hariçtir). Fiil ehliyeti, bireyin herhangi bir başka

⁵⁰³ Kosova Cumhuriyeti Aile Yasasının 18 – 24. maddeleri.

⁵⁰⁴ Karst, K, **The Freedom of Intimate Association**, 89 Yale L.J. 1980, s. 624.

⁵⁰⁵ Şanlı, Esen, Ataman-Figenmeşe, 2014, s. 74-75.

⁵⁰⁶ Pound, R, **Survey of Social Interests**, 57 HARV. L. REV. 1943, s. 25-26.

merci tarafından engellenmeden ve denetime ihtiyaç duymadan hak ve yükümlölükler sahibi olabilmesi olarak tanımlanır.

Kosova Cumhuriyeti Aile Yasasında, kişinin herhangi bir akıl hastalığından dolayı maluliyetinin olmadığına adli bir işlemle kanıtlanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Mahkeme kararının yokluğunda dahi, belli bir kişinin, fiil ehliyetinin mahkemeden resmi bir belge ile kanıtlanmasına kadar, hukukî anlamda geçerli sayılan bir evlilik ilişkisine girebileceği sonucuna varılabilir. Dolayısıyla bu durumda, mahkeme kararı yoksa kişinin fiil ehliyetinden yoksun olduğu söylenemez. Bu koruma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanmaktadır⁵⁰⁷.

Aile hukukunda da mahkeme kararı ile fiil ehliyetinin kaldırılması durumunda, evlenmek isteyen kişinin talebi üzerine çıkarılan özel bir kararla buna izin verilebileceği anlaşılmaktadır. Mahkemenin fiil ehliyetine sahip olmayanlar için evlilik hakkının onaylanması işlemi, kendisini denetleyen kişinin ebeveyninin rızasına dayanan bir istisnadır. Madde 20'nin birinci fıkrasına göre mahkeme kararı ile ehliyetten yoksun bırakılan kimse evlenemez. Ancak Aile Hukuku'na göre yasal ehliyetin olmayışı evliliğe önemli bir engel olarak kabul edilmektedir; bu nedenle yasal ehliyeti olmayan kişiler evlenemezler. Her zaman, belirli bir kişinin eylem kapasitesinin kaldırılması mahkeme tarafından onaylanmasından sonradır.

Fiil ehliyetinin kaldırılması yetki itirazı hukuk usulü mahkemeleri kanununa göre yapılır⁵⁰⁸. Geçmişte, hareket kabiliyetinden mahrum bırakacak derecede akıl hastalığı olan kişiler, sağlık raporuna dayanarak evlilik dışı bırakılırken, mahkeme kararına bile gerek yoktu. Ancak, vatandaşların eşitliği ilkesini korumak ve güvence altına almak amacıyla Uluslararası Sözleşmeler, devletleri hiçbir temelde hiç kimseye ayrımcılık yapmamaya zorlamaktadır. Bu nedenle hareket etme yeteneğinin elde edilmesi her zaman bir yargı kararı ile birlikte yapılmalıdır. Avrupa Sözleşmesi'nin 5.1 Maddesinin "e" fıkrası, bu perspektifte insan haklarının korunmasını sağlamaktadır.

Gerçek bir kişi, akıl hastalığı veya yargı yetisi olmaması durumunda ehliyetten yoksun bırakılabilir. Akıl hastalığı, kişiyi muhakeme yetisinden, özellikle de kendi

⁵⁰⁷ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 5.1. e fıkrası.

⁵⁰⁸ Bkz. Kosova Cumhuriyeti Usul Kanunu'nun Çekişmesiz 31 maddesi.

davranışını anlamaktan aciz kılacak şekilde ağır bir seviyede olmalıdır. Ancak fiil ehliyetinin ortadan kalktığını gösteren bir adli işlem olmadığı sürece, kişinin hem toplumda hem de kanun önünde eşit sayıldığı için evlilik ilişkisine girmesi yasaklanamaz (Kosova Anayasası m. 24). Bunun ötesinde, mahkeme tarafından verilen ve fiil ehliyetini ortadan kaldıran karar mutlak nitelikte değildir. Çünkü her zaman bu özelliklere sahip kişilerin evlenmesine müsaade eden özel bir iznin olabilme ihtimali vardır.

Bir kavram olarak karar alma yetisi, milletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu bir evliliğe girmenin maddi koşulu olarak da yer alan bir evlilik engelidir. Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuku Kanununun 26. maddesine ve MÖHUK'un 13. maddesine göre, fiil ehliyetinin mevcudiyeti ve ayrıca kaldırılması konusundaki bağlama kuralı şu şekildedir: Yabancı bir unsurla evlilik ilişkisine girmek isteyen tarafın evlenme ehliyeti, vatandaşı olduğu devletin hukukuna tâbidir.

Kosova Cumhuriyetinde evlenmek isteyen iki yabancı uyruklunun ibraz etmesi ve aynı zamanda başvuruda bulunan eşlerden birinin kendi ulusal hukukuna göre fiil ehliyetinin olmaması durumunda, *lex fori* ülkesinin kamu düzeni evliliğe müdahale eder ve ulusal hukuk şartlarına göre, evlilikten mahrum bırakır ve tarafların evlenmesini yasaklar.

İnceleme konusu, kamu düzenine yapılan bu tür bir müdahalenin olumsuz boyutunda ve hangi temelde anlaşılabilceği olabilir. Çünkü bu evlilik, tarafın fiil ehliyetinden yoksun bırakıldığı ve bu evliliğin men edilmesine engel oluşturduğu ülkedeki en az bir ulusal yasaya göre bile yasaklanacaktır. Neticede, kamu düzeninin olumsuz işlevinin bu şekilde yerine geldiğini düşünüyoruz. Çünkü tarafların kendi ülkelerinden birinde evlenmenin yasak olmasına rağmen, *lex fori*'nin kamu düzenine istinaden bu evlilik yasağına, böyle bir evliliğin mevcut bağlamda sosyal, geleneksel ve ahlakî değerlere açıkça aykırı olacağı ve bunları açıkça ihlal edeceği için itibar edilmeyecektir. Kamu düzeninin olumlu müdahalesi ile evliliğin gerçekleşmesine müsaade edildiğinde, eşlerden biri bu evliliğin iptali için ülkesinde dava açabilir. Ancak *lex fori* bakımından bu bir fark teşkil etmez ve bu evliliğin kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle evlilik yasağının uygulanması mahkemenin olduğu yerde yapılır.

Konuyu daha da detaylandırmak için yabancı unsurlu bir özel hukuk meselesinde, özellikle evlilik ilişkilerinde üç hakkı içeren varsayımsal bir dava sunalım. Mahkeme kararı

ile fiil ehliyetinden yoksun bırakılan bir Alman vatandaşının, bu durumunun Almanya'da evlenmesine engel teşkil etmesine rağmen, bir Fransız vatandaşı ile Fransa'da (Fransız hukukunda bu durum evlenme engeli olarak kabul edilmemektedir) evlenmeye kalktığında iki temel sonuç ortaya çıkabilir: (i) Almanya'da bu evliliğin sonuçlandırılmasının imkansız olacağı söylenebilir. (ii) Ancak [muhtemelen] bu evliliğin Fransa'da, Fransız hukukunun kamu düzeninin olumlu işlevi aracılığıyla resmileştirilebileceği sonucuna da varabiliriz. Çünkü fiil ehliyetinin kaldırılması, bu ülkede evlilik engelleri hükümleri arasında düzenlenmemiştir.

Bununla birlikte, bu çift, üçüncü bir ülkede (yerleşim yerlerinde veya ikamet yerlerinin bulunduğu yer) bağlantı noktaları aracılığıyla evliliklerini resmileştirmek isterlerse, şu sonuca varırız: Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 26. maddesine göre böyle bir talebi gören Kosova makamı (memur), ilgili kişilerin vatandaşı bulunduğu devletlerin hukukunun yetkili olduğunu görür. Sonuç olarak, böyle bir durumda evliliği yasaklayan Alman hukukunu ve bu evliliği yasaklamayacak Fransız hukukunu analiz etmelidir.

Yukarıda belirtilen ayrıntılardan yola çıkarak, böyle bir durumun iç hukuka göre çözülmesi gerektiği dikkate alındığında, o zaman Kosova Aile Yasası m. 20 fiil ehliyetinin eksikliğini evlilik engeli olarak öngördüğü için, bu evliliğin ülkenin kamu düzenine aykırı olacağı için yapılamayacağı kararını verir.

Dolayısıyla kamu düzenine müdahale anlamında belirtmek gerekir ki, vatandaşı olduğu ülkenin kanununa fiil ehliyeti elinden alınmış bir taraf için, başka bir ülkede evlenmesine izin verilmiş olsa dahi, bu hak *lex fori*'nin ülkesinde reddedilecektir. Çünkü hukuk kurallarında fiil ehliyetinin olmaması, evlilik engeli olarak gösterilir ve kamu düzenine aykırı olur.

Son olarak, fiil ehliyeti elinden alınan taraf için kendi ülkesinde yasaklanmış olan evlilik hakkı (diğer eşin millî hukukunun izin vermesine rağmen) başvurunun yapıldığı ülke tarafından gerçekleştirilmesi de engellenmektedir. Çünkü, bu durumda evliliğin gerçekleşmesinin, *lex fori*'nin kamu düzeninin temsil ettiği değerleri de ihlal ettiği düşünülür.

III. KAMU DÜZENİNİN BOŞANMADAKİ ETKİSİ

Hukuk teorisinde boşanma, eşlerin tam teşekküllü evlilik yaşamları boyunca var olan evliliğin çözülmesi olarak anlaşılmaktadır. Evlenme sebepleri kanunla ve ayrıca yetkili makamın adli prosedürüyle belirlenir. Farklı devletler kendi ulusal mevzuatlarında boşanmaya ilişkin yasal maddi çözümleri farklı şekillerde düzenlemişlerdir.

Boşanmaya uygulanacak hukuk çözümleri vatandaşlık, ikametgâh, mutad mesken ve davanın görüldüğü mahkemenin hukuku olarak tespit edilmektedir. Boşanma konusunda yetkili kanunun belirlenmesinde birçok devlet eşlerin müşterek millî hukukunu uygulamayı uygun görmektedir. Eşlerin ortak vatandaşlığa sahip olmaması nedeniyle bu mümkün olmadığı müddetinde müşterek mutad mesken tercih edilmektedir.

Milletlerarası özel hukukun kurallarının temel amaçları arasında, kendi ülke vatandaşı olmayan kişinin mümkün olduğu kadar kendi ülkesinin yasal değerlerini, geleneklerini ve yerel göreneklerini korumaya çalışmak yer alır. Bu hedef sayesinde ülkesi dışında yaşayan vatandaşın vatandaşlık hakkını kullanabilmesi öngörülmektedir. Neredeyse mutlak biçimde, yerel mevzuatlar bu hedefi benimsemiştir.

Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun, “Evlilik İçin Yetkili Hukukun Seçilmesi”nden bahseden 29. maddesinde, eşlere boşanmaları için aralarından birini seçebilecekleri dört seçenek (her alt bölüm için bir tane) sunulmuştur. Buna göre eşler, aşağıdakilerden birini, boşanmaya uygulanacak hukuk olarak seçebilirler:

“• *Boşanmayı talep ettikleri sırada her iki eşin de mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku;*

• *Eşlerden birinin boşanmanın talep edildiği tarihte o devlette mutad meskeninin bulunması şartıyla, eşlerin son mutad meskenlerinin bulunduğu devletin hukuku;*

• *Boşanmanın talep edildiği sırada eşlerden birinin vatandaşlığına sahip olduğu ülke hukuku veya*

• *Kosova Cumhuriyeti'nin hukuku”.*

Bu hükme göre şu ihtimaller söz konusudur:

İlk ihtimal olarak, boşanma davası açan iki yabancının mutad meskeninin Kosova’da olduğunu düşünürsek, birinci alt paragraftan Kosova hukukunun uygulanması gerekmektedir. İkinci olasılık, iki yabancı vatandaşın son mutad meskeninin Kosova’da olması ihtimalinde, boşanmaya uygulanacak hukuk eş tarafından seçilebilir. Son seçenek, Kosova Cumhuriyeti'nde boşanma hakkı kesin olarak belirlenen yabancı vatandaşlara tek seçenek bırakılıyorsa ve

Sadece 3. bentte yer alan “Boşanmanın yapıldığı tarihte eşlerden birinin vatandaşlığına sahip olduğu ülkenin hukuku” vurgusunun yapıldığı seçenek ile yabancı uyruklu vatandaşlara diğer bir hukuku seçme konusunda *lex fori* hukukuna (vatandaşı oldukları devletin hukuku da olabilir) göre daha fazla esneklik tanınmaktadır.

Böyle bir derlemenin o ülkenin ulusal hukuku olarak bağlantı noktasının amacına aykırı olduğunu tahmin etmek hiç de düşük olasılıklı değildir. Daha aşırı bir milliyetçi görüşle bile, Kosova yasa koyucusu tarafından sunulan bu tür bir katı tutum, bu yaklaşımın aynı zamanda asimilasyona ve devlet-vatandaş bağlantısının kesilmesine yol açtığına dair sağlam temellere dayanan şüpheler bırakabilir.

Ayrıca, bu madde, vatandaşlığa yüksek ve özel önem verilen 2010 tarihli boşanma ve ayrılık için yetkili hukuk alanında iş birliğine ilişkin (Roma 3 olarak da bilinir), 1259/2010 sayılı Tüzüğe (Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 2.3 maddesine göre⁵⁰⁹) bile uygun değildir.

Türk hukukunun bu konuyu nasıl düzenlediğini inceleyecek olursak, MÖHUK’un 14. maddesine göre ilk basamakta eşlerin müşterek vatandaşlığı, yetkili bir hukuk olarak görülmektedir. Böylece, vatandaşların kendi ülkeleri ile olan bağlarının hukuken korunması ilkesine sağlanmıştır. Ayrıca, Türk hukuku taraflara hukuku seçme imkânı vermemekte, sırasıyla önce vatandaşlık, sonra müşterek mutad mesken ve bunlardan hiçbiri bulunmuyorsa, Türk hukukunun uygulanmasını öngörmektedir.

Arnavutluk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 25. maddesi de yabancı unsurlu boşanma meselesinde yetkili hukukun sistematize edilme şeklini Türk hukuku olarak

⁵⁰⁹ Konsey Tüzüğü (AB) No. 1259/2010, tarih ve 20 Aralık 2010, boşanma ve yasal ayrılık davalarında yetkili hukuk alanında güçlendirilmiş işbirliğinin uygulanması ("Roma III Tüzüğü") (OJ L 343, 29.12.2010, s. 10-16).

düzenlemiştir. Arnavut kanunları açıkça şunu vurgulamıştır: Boşanma, davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Eşlerin farklı vatandaşlığa sahip olmaları halinde, davanın açıldığı tarihte eşlerin ülkelerindeki mutad meskenlerinin veya son ortak ikametgahlarının bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, yabancı hukuk evliliğin feshine izin vermediğinde dilekçe sahibi, Arnavut vatandaşıysa veya evlilik sırasında Arnavut vatandaşıysa, Arnavutluk yasaları uygulanır.

Dolayısıyla Arnavutluk Cumhuriyeti Kanunu aracılığıyla dahi kültürel ve geleneksel sosyal bağlar açısından devlet-vatandaş bağlarının sürdürülmesine ve sahip olunan haklar arasında seçim yapma fırsatı verilmemesi bakımından özen gösterilmesi gerektiği öngörülmektedir.

Kosova Cumhuriyeti'nin Avrupa kıtasının en genç ülkesi olduğu ve konsolidasyon sürecinde olan kurumlarının pek tatmin edici seviyelerde olmaması nedeniyle hala zamana ve deneyime ihtiyaç duyan bir yargı sistemine sahip olduğunu değerlendirmek yanlış olmaz. Dolayısıyla varış noktasının erken aşamalarında, çevredeki ülkelerin bağımsızlığın ilanından ortalama 14 yıl sonra sahip oldukları aşama ile karşılaştırılması ölçülebilirlik açısından anlamlı kabul edilebilir.

Araştırmanın amacı doğrultusunda, ampirik yöntemle, Kosova Cumhuriyeti'nin temel ve temyiz düzeyinde farklı mahkemelerinde topladığım 6 yıllık süre içinde 50 kararı değerlendirdim. Bu mahkeme kararlarının rastgele seçimi ile şu sonuca vardım:

- Kosova Cumhuriyeti tarihi ve vatandaşlığının genişletilmesine damgasını vuran iyi bilinen koşullar nedeniyle;
- Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun Kosova Cumhuriyeti Meclisi tarafından 2022'de onaylandığını dikkate alarak;
- Kosova Cumhuriyeti mahkemelerinin adaletin dağıtılmasında gelenekten yoksun olmaları gerçeğine dayanarak;
- Halen standartların altında olan eğitim düzeyi, özellikle özel hukukun doğru yorumlanması için gerekli olan bilgi ve beceriye sahip genel kadroları üretmediği için;

Ne yazık ki, incelenen ve tamamı yabancılık unsuru taşıyan kararların hiçbirisi milletlerarası özel hukuk hükümlerini ve onun usul ve maddi kurallarını içermemektedir.

Özellikle:

C.nr.290/2018 referans numaralı karar⁵¹⁰;

C.nr.243/2017 referans numaralı karar⁵¹¹;

C.nr.710/18 referans numaralı karar⁵¹²;

C.nr.333/15 referans numaralı karar⁵¹³;

C.nr.116/2013 referans numaralı karar⁵¹⁴;

C.nr.279/2013 referans numaralı karar⁵¹⁵;

C.nr.17/2018 referans numaralı karar⁵¹⁶;

C.nr.1615/2015 referans numaralı karar⁵¹⁷;

C.nr.2244/2017 referans numaralı karar⁵¹⁸;

C.nr.518/2016 referans numaralı karar⁵¹⁹;

Açıklanan her kararda, neredeyse birbiriyle aynı olan içerik ve muhakeme eksikliği vardır. Çünkü tüm davalar farklı niteliktedir, olgusal durumlar hiç benzer değildir ve birkaç yıllık bir zaman aralığı vardır.

⁵¹⁰ Gilan'dan Kosova vatandaşı (davacı), İsviçre'de ikamet eden Nijerya vatandaşı (davalı) ile evli.

⁵¹¹ Ambilly'den Fransız vatandaşı (davacı) Prizren'de ikamet eden Kosova vatandaşı (davalı) ile evli.

⁵¹² Londra'dan İngiliz vatandaşı (teklif sahibi) Ferizovik'te ikamet eden Kosova vatandaşı (teklif sahibi) ile evli.

⁵¹³ Obiliqi'den Kosova vatandaşı (davacı), Birleşik Krallık'ta ikamet eden Polonya vatandaşı (davalı) ile evli

⁵¹⁴ Deçanlı Kosova vatandaşı (davacı) Alman vatandaşı (davalı) ile evli.

⁵¹⁵ Rahovec'li Kosova vatandaşı (davacı), Arnavut vatandaşı (davalı) ile evli.

⁵¹⁶ Gilanlı Kosova vatandaşı (davacı), Norveç vatandaşı (davalı) ile evli.

⁵¹⁷ Priştineli Kosova vatandaşı (teklif sahibi) Alman vatandaşı (teklif sahibi) ile evli.

⁵¹⁸ Mitrovica'dan Kosova vatandaşı (teklif sahibi) Avusturya vatandaşı (teklif sahibi) ile evli.

⁵¹⁹ Skenderaylı Kosova vatandaşı (teklif sahibi) Sırp vatandaşı (teklif sahibi) ile evli.

Ayrıca, ilgili evliliklerin çözüme kavuşturulduğu her kararda, vatandaşlardan birinin eşinden farklı bir vatandaşlığa sahip olmasına rağmen, kanunlar ihtilâfı kurallarına, yani yabancı hukukun uygulanmasına (ülkelerin ulusal mevzuatı) uyulmamıştır.

Evliliğin sona ermesi için yabancı unsurlu hukukî-özel durumlara gelince, Kosova Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti dışında hem doktrin açısından hem de pratik örnekler ve varsayımsal durumlarla başka bir ülkeye de analitik yaklaşımda bulunmayı gerekli görüyoruz ve araştırmamızda onu da ele alacağız. Sosyal, kültürel, demografik ve tarihsel özellikleri nedeniyle, ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz boşanma kurumu için kanunlar ihtilâfı kuralları olan Yunanistan devleti hukukunun dikkate alınabileceğini değerlendireceğiz.

Geçerli yasal durumu, bağlantı noktasını ve uygulanacak hukuku içeren klasik ve büyük ölçüde çok taraflı hukuk seçimi kurallarına sahip Yunan kanunlar ihtilâfı sistemi⁵²⁰, yeni trendlerden etkilenmiş olabilir. Dünyanın her yerinde ortaya çıkan, kamu düzeninin uygulanması gibi değişmeden kalan belirli mekanizmalar her zaman vardır⁵²¹. Basit bir ifadeyle, bu mekanizmalar, hukukun çağdaş ve güncel gerekliliklerini karşılayabilecek şekilde zamana uyum sağlama yeteneğine sahiptir.

Boşanma durumunda, Yunanistan hâkimi yabancı hukukun uygulanmasına yol açan kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulamakla yükümlü olduğunda ve yabancı hukuk düzeninin bir hükmü evliliğin bozulmazlığını desteklediğinde veya kocanın eşten ayrılmayı reddetmek ya da yabancı hukukun bir evliliği sona erdirmek için bir yöntem tanımlaması sadece bir bilinmeyen değil, aslında Yunan hukukunda ifade edilen boşanma algısının aksine, hâkimin önünde kafa karıştırıcı bir durum olarak algılanmaktadır.

Böyle bir durumu çözebilmek için hâkim, Yunanistan Medeni Kanunu'nun "uygulanması ahlaka veya genel olarak kamu düzeninin temsil ettiği değer ve ilkelerle aykırı ise yabancı bir kanunun hükümleri uygulanmaz" şeklindeki 33. maddesinde

⁵²⁰ Papassiopi-Passia, Z., **The Applicable Law on Divorce and the "Ordre Public" Reservation in Greek Conflict of Laws**, Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law, 2000, s. 1228-1239.

⁵²¹ Nomiko Vima 1970.641 seq.; P. Vallindas, La r&erve de ' ordre public en droit international privd, Revue Hellnique de Droit International 1950. s.270 Ph. Francescakis, "**Ordre public**." R6pertoire Dalloz, B. Dutoit, L'ordre public, camdlion du droit internationalpriviM, dlanges Flattet 1985. s. 455 ; F.V ischer, **Der ordre public im Familienrecht**, R.E.C. 1969 s. 324.

tanımlanan müdahaleyi kullanacaktır⁵²². Ayrıca Medeni Kanun'un 16. maddesinde "boşanma, ayrılma nedenleri ve sonuçları, vatandaş oldukları devletin örf ve âdet hukuku olarak" tanımlanmaktadır. Çeşitli nedenlerle bu hukukun uygulanamaması halinde tarafların ortak ikametgahı hukuku, bu hakkın son bağlantı noktası olarak da uygulanamaması durumunda Yunan hukuku uygulanır⁵²³.

Yunan Medeni Kanunu'nun 14. maddesinin eşler arasındaki kişisel ilişkilere ilişkin hükümleri açısından Yunan hukukunu inceleyecek olursak, aşağıdaki şekilde sınıflandırma yaptığı görülür:

Boşanma ve adli ayrılık: (a) eğer o anda eşlerden biri hâlâ aynı vatandaşlığa sahipse, evlilik süresi ile boşanma veya ayrılık davasının başlangıcında eşler tarafından ayrılmış olan son ortak vatandaşlığın hukukuna, (b) Evlilik süresi içinde ve boşanma veya kanuni ayrılık işlemlerinin başlangıcında eşlerin ayrıldığı son müşterek mutat meskenin kanununa göre (eşlerden birinin o ikamet yerinde yaşamaya devam edip etmediğine bakılmaksızın), (c) Boşanma veya ayrılık davasının açıldığı tarihte eşlerin en yakın oldukları hukuka göre.

Bahsedilen bağlayıcı unsurlar seri haldedir, yani Mahkemenin bulunduğu ülkenin hâkimi birincisini uygulayamaz ise bir sonrakine geçer ve böylece ikincil halka birincil halkaya dönüşür.

Yunan Medeni Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca, Yunan hâkimi önüne getirilen ilgili boşanma davasında yabancı bir hukuku uygulamakla yükümlüyse, bu tür bir başvurunun ve özellikle özel hükmün, Yunan kamu düzeni ve ahlakına uygun olup olmadığını ve yabancılara uygulanıp uygulanmadığını tartmalı ve değerlendirmelidir.

⁵²² Vrellis, S., Art. 33 CC in Georgiades/Stathopoulos, **General Principles of the Greek Civil Code (in Greek)**, Vol.1 1978, s.255.

⁵²³ Papassiopi-Passia, Z., **The Applicable Law on Divorce in Greek and International Conflict of Laws**, (in Greek) 1997, s. 95.

Dolayısıyla, yabancı hükmün "uygulanması", sadece Yunan Medeni Kanunu'nun 16. maddesi kuralından doğacak hukukî sonucu değil, aynı zamanda bu hukukî sonucun, onun uygulanmasına ilişkin herhangi bir karar üzerinde yaratacağı etkiyi de ifade eder⁵²⁴.

Mahkeme ülkesindeki yargıcın, yabancı bir hükmün kendi kamu düzenine aykırı olup olmadığını belirleme çabalarında uygulayabileceği belirli kriterleri formüle etmek imkansızdır. Bu, yalnızca yargılama için mahkemelerin önüne gelen her özel dava için karar verilebilecek bir şeydir. Kamu düzeninin içeriği elbette sadece eyaletten eyalete ya da farklı ülkelerde değil, aynı şekilde zamana göre de değişir. Dolayısıyla kamu düzeninin özelliği güncel olmasıdır. Yani içeriğini her zaman için *lex fori* kamu düzeninde hâkim olan temel toplumsal, siyasal ve ahlaki anlayışlar belirler.

Dolayısıyla bu algıların zamanın etkisine tâbi olduğu çok açıktır. Bu yönüyle yabancılık unsuru taşıyan bir özel hukuk konusunun hâlihazırda kamu düzenine aykırı olduğu değerlendiriliyorsa, başka bir zamanda mutlaka kamu düzenine aykırı sayılmayacağını söyleyebiliriz. Örneğin, 1329/1983 sayılı kanunun (Cinsiyet eşitliği ilkesinin getirilmesi nedeniyle Medeni Kanun, Medeni Usul Kanunu ve Yunanistan Cumhuriyeti'nin diğer Kanunlarındaki bazı hükümleri değiştiren) yürürlüğe girmesinden önce boşanma, Yunan kamu düzenine aykırı olan rıza ile yapılmaktaydı. Ancak, günümüzde zaten Yunan medeni hukuku tarafından tanınan eşlerin karşılıklı rızası ile evliliğin sona ermesi, boşanma için geçerli bir sebeptir ve artık Yunan kamu düzenine aykırı görülmemektedir⁵²⁵.

Ayrıca, Yunanistan'da 1329/1983 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle tamamlanan yasal reform, ahlaki ve sosyal adalet algısıyla ilişkili olarak çağdaş toplumda boşanmaya yönelik farklı tutumdan kaynaklanan ihtiyacın sonucudur.

⁵²⁴ Evrigenis, D., **The Private International Laws in the Greek Jurisprudence**, Revue Hellnique de DroitInternational 1964, s. 409.

⁵²⁵ Evrigenis, D., 1964, s. 446.

Bugün Yunan, Kosova ve Türk mevzuatlarının temel kavramını oluşturan şeyin, yakın gelecekte hukuk ve iç devlet düzeninin temel kavramı olmaktan çıkması da aynı şekilde mümkündür⁵²⁶.

Kamu düzeninin içeriğindeki bir değişiklikten önce, genellikle Yunan hukukunun belirli bir alanındaki adalet algısını şekillendiren iç mevzuat hükümlerindeki bir değişiklik gelir. Dolayısıyla mevzuatta değişiklik olabilmesi için öncelikle iç hukuk düzeninin temel algılarında açık ve tartışılmaz bir değişikliğin olması gerekmektedir.

Sonuç olarak, mahkemenin bulunduğu ülkenin yargıcı, genel olarak belirli bir yabancı hükmün iç hukuka aykırı olup olmadığını kolayca tespit edemez. Ancak özellikle böyle bir hükmün uygulanmasının *lex fori*'nin temel ahlaki, sosyal ve ekonomik değerlerin geçerliliğini fiilen tehlikeye atıp atmadığını belirlemelidir⁵²⁷.

Bu temel kavramlar, farklı devletlerin tüm yasamalarının ruhundan türetilmiştir. Boşanmaya ilişkin yabancı hükümlerin Yunan hâkimi tarafından uygulanmasıyla ilgili olarak, yabancı hükmün kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla ileri sürüldüğü davalar arasında ayırım yapmalıyız. Bu, boşanmanın asıl dava olduğu durumda yetkili hukukun uygulanmasına yol açacaktır.

Yunan hâkimi bu iki durumda da kamu düzenini kullanabilirken, iki davanın her birinde benimsenen özel yaklaşım farklı olabilir. Aynı şey, kamu düzeninin yabancı bir boşanmanın iç hukukta kesin hüküm olarak tanınmasını gerektirdiği durumlarda da söylenebilir. Ancak bu örnek, bu konunun kapsamı dışındadır.

Kamu düzeninin uygulanabileceği durumları daha da örneklemek gerekirse, Yunan Medeni Kanunu'nun boşanma davalarında kamu düzeninin uygulanmasına ilişkin 33. maddesi, Yunan milletlerarası özel hukukunda hem teoride hem de içtihadta önemli ölçüde değişmiştir.

Yunan hukukunun işleyiş tarihinde, Yunanistan'da yabancı hukuk uygulamasına göre boşanmanın kabul edilebilmesi için, boşanma sebeplerinin Yunan hukuku tarafından

⁵²⁶ Vallindas, P., **La resrve de ' ordre public en droit international privd**, Revue Hellenique de Droit International 1950, s. 270.

⁵²⁷ Vallindas, P., 1950, s. 169.

tanınması gerektiği kabul edilmişse de⁵²⁸, teoride bu görüşün yabancı hukuka aykırı olduğu bilinmektedir⁵²⁹.

Bununla birlikte, bu pozisyona dayalı kararlar Yunan mahkemeleri tarafından daha önce alınmıştır⁵³⁰. Bu tutum açıkça yanlıştır.

Yunan hâkimi, yürürlükte bulunan yabancı hukuku uygulamak için Yunanistan Medeni Kanununun 16. maddesindeki ihtilâf kuralını uyguladığında, öncelikle yabancı hukukta (*lex causae*) yer alan boşanmayla ilgili uygulanabilir temel hükümleri ele alarak doğru yorumlayıp incelemekle yükümlüdür⁵³¹.

Yargıç, ancak mahkeme önündeki davada uygulanacak yabancı hükmün tespitinden sonra, yabancı hukukun özel hükmünün uygulanmasının Yunan devletinin hukukî, sosyal, ahlaki, medeni, ekonomik ve dini rejimi ile hukukuna uygun olup olmadığını belirlemeli ve nihai kararını vermelidir⁵³².

Bu yükümlülük, daha önce de söylendiği gibi, "belirli bir yabancı devlet hukukunun belirli bir forumda somut olarak uygulanmasının veya uygulanmamasının etkilerinin değerlendirilmesine" dayanmaktadır⁵³³. Belirli yabancı hükmün uygulanmasını reddetmek için, forum hakiminin, uygulanmasının forumun yasal yapısını bozacak şekilde iç düzenin temel ilkelerine aykırı olup olmadığına karar vermesi gerekir. Yürürlükteki yabancı mevzuattaki boşanma sebeplerinin iç hukuktakilerle aynı olmaması bir yandan böyle bir endişe yaratmazken diğer yandan mahkeme yargıcının, örneğin kocanın karısını evlilik evinden tahliye etme konusundaki tek taraflı hakkını tanıyan bir yabancı boşanma hükmünü dikkate alması halinde, iç hukuk düzeni ve kamu ahlakı ilkeleriyle ciddi bir çelişki yaratacağı açıktır.

⁵²⁸ Spyropoulos, J., **Private International Law, Librairie générale de droit et de jurisprudence**, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1938, s. 412.

⁵²⁹ Evrigenis, D., s. 64.

⁵³⁰ Bkz. Syros Court 73/1952 in Themis 657 (1952), Athens Court of Appeal 535/1957 in Efirneris Ellinon Nomikon 588 /1957, Athens Court of Appeal 2860/1969 in Nomiko Virna 574 /1970.

⁵³¹ Bkz. Syros Court 73/1952 in Themis 657 (1952), Athens Court of Appeal 535/1957 in Efirneris Ellinon Nomikon 588 (1957), Athens Court of Appeal 2860/1969 in Nomiko Virna 574 (1970).

⁵³² Evrigenis, D., 1964, s. 64.

⁵³³ Vrellis, S., 1978, s. 78.

Pek çok İslami hukuk düzeninde tanınan ve kocanın karısını -yokluğunda bile- tanıklar önünde üç kez "talak" (kelimenin tam anlamıyla "seni boşuyorum") diyerek boşayabileceği tek taraflı ret kurumu, bir Yunan yargıç tarafından boşanma sebebi olarak uygulanmayacaktır, çünkü bu Yunan toplumu tarafından kabul edilir bir şey değildir⁵³⁴. Bunun nedeni, Yunan hukukunda böyle bir şeyin bilinmemesi değil, her şeyden önce bu kurumun cinsiyetlerin eşitliği ilkesine aykırı olması ve dahası, bunun güvence altına alınmayan adil ve tarafsız yargı sağlamayan özel bir eylem olmasıdır.

Bildiğimiz kadarıyla, talak müessesesi, nadide bir mesele veya bir hükmün tanınması şekli dışında, Yunan mahkemelerine bu kadar nüfuz etmemiştir⁵³⁵. Bu dönemde İslam ülkelerinden Yunanistan, Türkiye ve diğer ülkelere göçmen veya siyasi mülteci olarak gelen ve ikamet eden bir insan hareketi olduğu gerçeğini göz önünde bulundurarak gelecekte geçici veya kalıcı dikkate alınması gereken bir olasılık olarak görülmesi gerekmektedir. Ancak talak müessesesi Fransa, İngiltere, Belçika ve Almanya'nın yanı sıra diğer bazı Avrupa ülkelerinin mahkemelerini de meşgul etmiştir, çünkü bu ülkeler uzun yıllar müslüman ülkelere gelen göçmenleri kabul etmiştir.

Bu ülkelerde çok eşlilik ve reddetme (bir kadının kocası tarafından tek taraflı olarak reddedilmesi) gibi kurumların yarattığı sorunlar, teorisyenleri ve mahkemeleri İslam hukukunun bu "egzotik" kurumlarını derinlemesine incelemeye ve içeriklerinden net bir tablo oluşturmaya ve hukuk sistemlerinde kamu düzenini devreye sokmayı zorlaştırmıştır⁵³⁶.

Örneğin, Yunanistan'da, kamu düzeninin yurt dışında edinilen hakların uygulanmadığı durumların aksine, İslami talak kurumu ile boşanmanın kabulüne uygulanabilir bir yabancı hüküm olarak başvurulduğu zaman, bu kamu düzeninin uygulanabilir olduğu tartışılmazdır⁵³⁷. *Lex causae*'nin bizi evliliğin sona ermeyeceğine dair yasal kuruma götürdüğü davalarla ilgili olarak, Yunan mahkemeleri bunun Yunan kamu

⁵³⁴ Vrellis, S.,1978, s. 78.

⁵³⁵ Papassiopi-Passia, Z., **The Applicable Law on Div The Applicable Law on Divorce and the "Ordre Public e Public" Reser " Reservation in Greek Conflict of Laws**, Conflict of Law, Comperative Law and Civil Law, vol, 60. Lousian Law Review, 2000, s. 1231.

⁵³⁶ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s.1232.

⁵³⁷ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1232.

düzenine aykırı olmadığı görüşünü kabul etmişlerdir. Hukuk teorisi de bu kuruma ilişkin algısında değişmiştir. Evliliğin bozulmazlığı, Roma Katolik Kilisesi'nden etkilenen ülkelerin yasal sistemleri tarafından elbette korunmuştur.

Daha önce, İspanya, Brezilya, İtalya ve (yakın zamana kadar) İrlanda gibi ülkeler, “*separatio quoad torum et mensam*”, yataktan ve yemekten ayrılma kurumunu kabul etmelerine rağmen, bir evliliğin sona ermesini ne kabul etmişlerdir ne de buna izin vermişlerdir.

Ancak bu kurum evliliğin sona ermesine değil, sadece eşlerin evlilik birlikteliğinden ayrılmasına yol açmıştır. Bugün çok az ülke evliliği çözülmez bir kurum olarak görmektedir. Yunan teorisi ve hukukunun başlangıçtaki konumu⁵³⁸, evliliğin bozulmazlığının kamu düzenine aykırı olmadığı yönündeydi. Atina Temyiz Mahkemesi (535/1957)⁵³⁹ şu kararı vermiştir; “*Eşlerin evlilik sırasında ve evlilik öncesi sahip oldukları vatandaşlık kanunu tarafından kabul edilen evliliğin bozulamazlığı, Yunan kamu düzenine aykırı değildir. Çünkü asıl olan evliliğin sona ermesi değil, korunmasıdır*”⁵⁴⁰. Daha sonra bu durum, evliliğin bozulmazlığının aslında Yunan kamu düzenine aykırı olduğu şeklindeki görüşü destekleyecek şekilde değiştirilmiştir.

Böylece, İrlanda vatandaşlarının evliliğinin sona ermesine ilişkin bir davada⁵⁴¹, Atina Asliye Mahkemesi, yürürlükteki İrlanda hukuku tarafından tanınan boşanma yasağının Yunan kamu düzeninin temsil ettiği değerlere aykırı olduğu ve aynı zamanda İrlanda hukuku yerine Yunan hukukunun uygulanabileceğini tanımlamıştır⁵⁴². Burada olumlu bir işlev olarak kamu düzeninin uygulanması örneğini görmekteyiz.

Ancak mahkeme, davacının Yunan uyruklu bir kadın olduğundan ve evliliği yoluyla İrlanda vatandaşlığını kazandığından çelişkili görünmektedir. Bu, aleyhte bir

⁵³⁸ Vallindas, P., 1950, s.10.

⁵³⁹ Papassiopi-Passia, Z.,2000, s. 1233.

⁵⁴⁰ Papadimitriou, G., **Commentary of the New Provisions of Family Law** Vol. A' 34, Irish Jurist, 1984 s. 66,

⁵⁴¹ Shuilleabhain, M., **Marriage, Divorce and Stagnation in the Irish Conflict of Laws**, Irish Jurist, 2014, 68-89.

⁵⁴² Papassiopi-Passia, Z.,2000, s. 1233.

sonuca yol açacak şekilde evliliğin ayrılmazlığı konusunda, anayasal olarak belirlenmiş cinsiyet eşitliği ilkesini devre dışı bırakacağından, İrlanda hukukunu kabul ettiği anlamına gelmektedir. Ancak tam tersi durumda, İrlandalı bir kadınla evli olan bir Rum boşanabilir. Çünkü bu durumda uygulanacak hukuk Yunanistan hukuku olacaktır⁵⁴³. Yabancılık unsuru ile böyle çekişmeli bir durumun yaratılmasına ilişkin olarak, Yunan mahkemesinin kamu düzenini ikili ve eş zamanlı bir işlevle uyguladığı sonucuna varılabilir. Kamu düzeni müdahalesi ile bir yandan Yunan vatandaşının hakkı korunurken, diğer yandan kamu düzeninin olumlu işlevi yerine getirilmektedir.

Yukarıdaki kararı inceleyen kişinin görüşü, Yunan mahkemesinin, özellikle eşlere eşit olmayan muamele konusuyla ilgili olarak, evliliğin feshedilemezliğine ilişkin görüşündeki cesaretini değerlendirmesinde kategoriktir⁵⁴⁴.

Yukarıda açıklandığı gibi, yabancı hükmün uygulanması -bu durumda İrlanda hukukunun- Yunan hukukunun diğer kurallarını ve özellikle Medeni Kanun'un 4. maddesi vatandaş olmayan aleyhine bir eşitsizliğe neden olmaktadır.

İrlandalı bir erkeğin bir Rum kadından boşanamayacağı öngörülürse, kamu düzenine aykırı bu durumun olduğunu değerlendirebiliriz. Ancak evlilik ilişkisinin ciddi bir şekilde sarsılması ve daha fazla birlikte yaşamanın imkânsız hale gelmesi durumunda, İrlandalı bir kadın, Yunan bir erkeği her an ve önemsiz bir nedenle boşayabilir⁵⁴⁵.

Lex causae'nın Yunan hakimini, Yunan hukukunun bilmediği, yataktan ve yemekten yasal olarak ayırma kurumunu öngören yabancı bir kanunu uygulamaya sevk ettiği durumlarda, eşlerin yeni bir evliliğe girmesini yasaklayan kamu düzeninin bu gerekçeyle uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁴⁶.

Ancak buna rağmen kurum, aslında kamu düzenine aykırı değildir. Çünkü Yunan Medeni Kanunu'nun 16. maddesinde tanımlanan hukukî durum bu kurumu yönetmelik

⁵⁴³ Yunan bir erkekle evlenen yabancı bir kadın, o tarihte yürürlükte olan Yunan Vatandaşlık Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, evlendikten sonra otomatik olarak Yunan vatandaşlığını kazandığından, Yunan hukuku bu nedenle her iki eş için de geçerli olacaktır.

⁵⁴⁴ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1233.

⁵⁴⁵ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1234.

⁵⁴⁶ Spyropoulos, J., 1938, s. 410.

kapsamında hukukî duruma dahil etmiştir⁵⁴⁷: 1946 tarihli Medeni Kanun'un 16. maddesi "Boşanma ve yataktan ayrımaya"dır. Halen yürürlükte olan Medeni Kanun'un 16. maddesi "Boşanma ve yasal ayrılık"tan bahsetmektedir.

Sonuç olarak, yasal ayrılığı boşanmanın temeli olarak kabul eden bir yabancı hükmün, Yunan hukukundaki milletlerarası özel hukuk kuralı, bunu yasal durum içine dahil etmesine izin verip, Medeni Kanun'un 16. maddesi aynı zamanda hangi kanunun uygulanacağını da belirttiğinden bir Yunan yargıç tarafından Yunan kamu düzeniyle çelişkili olarak değerlendirilemez.

Bu nedenle, yasal ayırma, yalnızca, ayrılmanın nedenlerinden dolayı, uygulanmasının yargıç tarafından Yunan hukukunun evlilik ve boşanmayla ilgili temel ilkelerine tamamen ters bir bağlam olarak kabul edilmesi durumunda, Yunan kamu düzeni ile çelişecektir⁵⁴⁸. Belirli bir yabancı hükmün uygulanmasının Yunan hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı olduğuna dair yargıcın yorumlayıcı özelliklere sahip bu analizi, bize Yunanistan kamu düzeninin müdahalesini talep etme hakkını verir.

Dolayısıyla, yabancı bir hükmün uygulanmasının Yunan "jus cogens" hukukunun bir hükmüyle çelişmesi veya söz konusu kanun hükmünün Yunan hukukunda bilinmemesi, aleni düzen gerekçesiyle uygulanmasını dışlamamız için yeterli değildir.

Aynı şekilde, hukuk düzeninin yürürlükteki yabancı kanuna benzer bir hüküm içermesi, söz konusu dış hükmün uygulanması ile kamu düzeni arasında çelişen tutarsızlık olasılığını kendi başına ortadan kaldırmaz⁵⁴⁹.

Ayrıca, yabancı bir hükmün uygulanmasının belirli bir Yunan hükmüyle çelişmemesi, onun uygulanmasının Yunan kamu düzenine aykırı olmadığı anlamına gelmez. Uygulanması somut olarak Yunan toplumunun hukuk ve ahlak algısını bozacak herhangi bir yabancı hüküm, Yunan kamu düzenine aykırıdır⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ Papassiopi-Passia, Z.,2000, s. 1234.

⁵⁴⁸ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1234.

⁵⁴⁹ Vallindas, P.,1950, s. 110.

⁵⁵⁰ Vrellis, S., 1978, s. 60.

Mahkemenin yerel yargıcı, Yunan Medeni Kanunu'nun 33. maddesi uyarınca kamu düzenine atıfta bulunduğunda ve aynı kanun'da uygulanan yabancı boşanma hükmünü reddettiğinde, ortaya çıkan soru, bundan sonra ne yapacağıdır. Evliliğin sona ermesi konusunda karar vermeyi reddediyor mu? Yürürlükteki yabancı hukukun başka herhangi bir hükmü geçerli midir? Yoksa *lex*'i uygulayarak çelşkili davayı kapattı mı?

Kanaatimizce hâkimin “*in concreto*” hareket edeceği yönünde⁵⁵¹, örneğin, evliliğin sona ermemesine yönelik yabancı bir hükmü uygulaması istense, muhtemelen bu hükmü uygulamayı reddedecek ve *lex fori*'yi uygulayacaktır⁵⁵².

Kadının kocası tarafından tek taraflı olarak reddedilmesine neden olan yabancı bir hükümle (İslami talak kurumu) karşı karşıya kalırsa, hâkim muhtemelen kadın boşanmayı kabul ettiği durumlar hariç bu başvuruyu reddedecek ve evliliğin devam ettiğini kabul edecektir. Bu durumda hâkim, kadının boşanmayı kabul etmesi şartıyla evliliğin sona ermesine izin verir ve eşlerin eşitliğine ilişkin anayasal hüküm yerine getirilmiş olur.

Bu gibi durumlarda, yargıç, mahkeme önündeki davada normalde geçerli olan yabancı hukukta, Yunanistan'daki karşılıklı rıza ile boşanma kurumuna benzer bir kurum aramalıdır. Bu şekilde, boşanmaya ilişkin özel hukukî durum çözümsüz kalacak (bu durumda evlilik devam edecektir) veya çözümsüz kalamayacak ölçüde kanunun diğer hükümlerine göre çözümlenecektir.

Bu nedenle hâkim, yabancı hükmün kendi içinde değil, söz konusu kanun hükmünün tek bir davada kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilip diğer bir davada kamu düzenine aykırı sayılabilmesi tamamen mümkün olduğundan, söz konusu kanuni hükmün özel durumda uygulanmasının sonuçlarını değerlendirmektedir.

Bu nedenle, örneğin, bir İslam ülkesi hukukunda hâkimin boşanmaya hükmetmek için talak müessesesini uygulaması gerektiğinde kamu düzeninin zarar gördüğü ileri sürülmüştür. Ve Yunan yargıcının, ülkesinde karısını bu şekilde boşayan Müslüman bir adamın karısına yiyecek vermeye karar vermesi de zarar vermez⁵⁵³. Böylece talak

⁵⁵¹ Papassiopi-Passia, Z.,2000, s. 1235.

⁵⁵² Vrellis, S.,1978, s. 61. Evrigenis, D., 1964, s. 174.

⁵⁵³ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1235.

müessesesinin asıl mesele olarak sunulması Yunan kamu düzeninin temsil ettiği değerlere zarar vermekte, yabancı hukuka aykırılık bağlamında sonuç doğuran mevcut bir duruma hâkimin karar vermesi durumunda ise zarar görmemektedir.

Diğer bir deyişle, talak müessesesinin keyfi bir mesele olarak hâkim önüne getirilmesi *lex fori* kamu düzenini bozmaz.

Aslında, her bir vakanın gerçeklerine bağlı olarak, yabancı hukukun uygulanması yabancı unsurlu kamu düzeniyle az ya da çok tutarsız olabilir. Ana davanın çözümünde vereceği karar için hâkimin önüne getirilen arızı konular kazanılmış haklar şeklinde görünür ve doğal olarak hâkimden bu durumları ilk kez oluşturması veya tanınması istendiğinde kamu düzeninde olması gerektiği gibi aynı tepkiye neden olmaz⁵⁵⁴.

Dolayısıyla yürürlükteki yabancı hukukun aynı hükmünün farklı uygulama durumlarını incelediğimizde bir tür esneklik olduğunu görmekteyiz. Ayrıca esneklik, istisna statüsü, belirsizliği ve zaman içindeki değişkenliği ile birlikte kamu düzeninin müdahalesinin temel özelliklerinden biridir⁵⁵⁵.

Milletlerarası özel hukuka ilişkin Fransız teorisi, bu esnekliği, belirli haklar karşısında kamu düzeni müdahalesinin "esneklik etkisinden" ⁵⁵⁶ söz ederek formüle eder.

⁵⁵⁴ Evrigenis, D., 1964, s. 171.

⁵⁵⁵ Vallindas, P., 1950, s. 55.

⁵⁵⁶ Francescakis, **Ya-t-ildu nouveau en matire dordre public?**, Travaux du Comite Frangais de Droit International Privat, 1969 s.149-178. *Pillet* ve *Mancini* tarafından savunulan kamu düzeni çekincesinin "esneklik etkisi" teorisi, devletlerin yabancı egemenliğe saygı duymasına dayanır ve kendi kamu düzeni kurallarına başvurmadan her zaman kaçınmayı gerektirir. Bu temelde, Fransa, çok eşli bir Müslümanın ikinci eşi için nafaka emrine hükmetmek için yurtdışında kurulan çok eşli bir evliliğin geçerliliğini kabul etmiştir (The Chemouni davası, Cour de Cassation, 28 Ocak 1958, RevCrit 1958, 110). , Jambu-Merlin'in yorumları). Bir kadının Müslüman bir koca tarafından tek taraflı olarak boşanması (reddi) ile ilgili olarak Fransa'daki kamu düzeni çekincesinin zayıflatıcı bir etkiye sahip olduğu en yaygın dava, Fransa'da ikamet eden bir kadının destek talebiyle Fransız mahkemelerinde dava açmasıdır. Bu gibi durumlarda koca, Fransız mahkemelerindeki yargılamalar tamamlanmadan önce kendi ülkesinde sıklıkla talak yoluyla boşanır ve daha sonra bu boşanmayı, aile yükümlülüklerini üstlenmeyi reddetme gerekçesi olarak Fransız mahkemeleri önünde ileri sürer. Buradaki durum, yalnızca kamu düzenine ilişkin çekinceyle değil, aynı zamanda Fransız yargıcı hareket tarzına karar vermede özgür bırakan bir manipülasyon alanı ile de ilgilidir. Onun için birincil öneme sahip olan, evliliğin sona erdiğini düşünse de düşünmese de karısına bir tür nafaka güvence altına alınmasını sağlamaktır.

Prof. D. Evrigenis ise yürürlükteki yabancı hukukun kamu düzeni ile “esnekleştirilmiş çelişki”nden⁵⁵⁷ söz ederek yukarıdaki tanımı değiştirmektedir.

Bu "esnekleştirilmiş çelişki" teorisine göre, yargıç her durumda, yabancı bir ülkede halihazırda yaratılmış olan bir durumun mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzenine uygunluğu konusunda karar vermeli ve özellikle bunu doğuracak sonuçları somut olarak değerlendirmelidir⁵⁵⁸.

Uygulanabilir yabancı hukukun kamu düzeniyle bu "esnekleştirilmiş çelişkini" açıklamak için Alman milletlerarası özel hukuk teorisi, *Inlandsbeziehung* veya *Binnenbeziehung* doktrinini formüle etmiştir⁵⁵⁹.

Bu teoriye göre, mahkeme önündeki davanın forumun yasal durumuyla güçlü bir bağlantısı olmadığında kamu düzeni müdahalesi etkisizdir. *Inlandsbeziehung* doktrininde önemli olan, söz konusu hakkın yurt dışında kazanılıp kazanılmadığına karar vermekten çok, düzenlenecek durum ile forum arasındaki ilişki faktörünün yakın bir bağlantıyı temsil edip etmediğini belirlemektir⁵⁶⁰.

Effet attdu ve *Inlandsbeziehung* teorileri aracılığıyla yapılan tüm çabalara rağmen, forum hakiminin çözmeye çağrıldığı davaların sayısı sürekli arttığından her dava özel, somut olarak incelenmelidir.

Bu nedenle, özel milletlerarası teori, özellikle İslam ülkelerinden yoğun göç alan Avrupa ülkelerinde, bir dizi çözüm önermiştir, ancak görünürde herhangi bir başarı elde edilememiştir. Yunanistan'da, evliliğin sona ermesi de dahil olmak üzere milletlerarası aile ilişkileri meselelerinde milletlerarası özel hukuka ilişkin teori ve içtihat, klasik kanunlar ihtilâfı kurallarını izleyen muhafazakâr bir duruş sergilemektedir.

Bununla birlikte, Yunanistan'ın Avrupa ile yasal bağlamındaki konumu göz önüne alındığında, diğerleri, göç akını nedeniyle yabancı unsurlu vakaların sayısındaki sürekli

⁵⁵⁷ D. Evrigenis'e göre, kamu düzeninin esnekleştirici etkisi söz konusu değildir. Forum yargıcının yasal durumuna ilişkin temel algılarının ifadesi olarak kamu düzeni esnekleştirici etkisi, değişmeyen bir yoğunlukla işler. s. 171.

⁵⁵⁸ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1237.

⁵⁵⁹ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1237.

⁵⁶⁰ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1238.

artışla birlikte, Avrupa ve uluslararası hukuk sahnesinde şekillenmekte olan yeni eğilimlerin etkisini kabul etmeye başlamıştır⁵⁶¹. Bu, kamu düzeni uygulamasındaki keskin düşüş ve boşanma davalarında bu hükmün Yunan hâkimi tarafından nasıl ve neden kullanıldığı konusundaki değişikliklerle doğrulanmaktadır.

Filipinler, mevzuatında boşanmanın yasa dışı kabul edildiği tek Birleşmiş Milletler üye devletidir. Böyle bir kural, boşanmayı tanımayan yasak nedeniyle, kamu düzeninin çok sayıdaki davalarda ifade edilmesine imkân vermektedir. Ancak, böyle bir yasağın sadece İslam'dan başka bir dine bağlı olan Filipin vatandaşları için geçerli olduğu dikkate alınmalıdır. Çünkü "talak" dini kurumu aracılığıyla eşlerini boşamalarına izin verilmektedir⁵⁶².

Vatikan devleti de boşanma hakkını tanımamaktadır⁵⁶³.

Böylece, boşanma müessesesinde ve yabancılık unsuru taşıyan özel davalarda bile genel kurallar hemen hemen simetrik olarak uygulanmakta ve bu durumda *lex fori* hakiminin davayı tüm özelliklerine göre değerlendirmesi gerekmektedir.

Bu, davanın, tarafların uyruğu, ikamet yeri veya yerleşim yerini (kısaca bağlantı noktalarını) dikkate alarak davanın tüm unsurlarını belirleyecek şekilde sunulması ve ardından, bunlara dayanarak, kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla, hâkimin, davayı çözmesinin uygun yolunu, özellikle boşanmanın iznini veya reddini vermesi gerektiğini belirlemektedir.

Bu şekilde boşanma davasına izin verilmesinin *lex fori*'nin ahlaki ve anayasal değer ve ilkelerini ihlal edip etmediğine bakılır ve bu gerçekleşirse kamu düzeni mekanizmasını hukuk düzenini ihlal etmesini önlemek için bir güvenlik gereği gibi kullanmak hâkimin takdirindedir. Aksine (yani bu gerçekleşmezse) hâkim, uluslararası ve devlet düzenlemeleri tarafından garanti edilen haklarına istinaden, tarafların yabancılık

⁵⁶¹ Papassiopi-Passia, Z., 2000, s. 1237.

⁵⁶² <https://www.economist.com/asia/2020/02/13/why-the-philippines-is-the-only-country-where-divorce-is-illegal> (04.5.2023).

⁵⁶³ <https://www.economist.com/asia/2020/02/13/why-the-philippines-is-the-only-country-where-divorce-is-illegal> (06.5.2023).

unsuru bulunan evliliğinin kendi hür iradelerine göre, seçim hürriyetlerine saygı duyarak, sona erdirilmesi talebini esas olarak kabul ederek görevini yapmıştır.

IV. KAMU DÜZENİNİN EVLAT EDİNMEDEKİ ETKİSİ

Kosova Cumhuriyeti, yeni onaylanan Milletlerarası Özel Hukuk Yasasında, evlat edinmenin oluşturulması, etkileri ve sona erdirilmesi ile ilgili olarak, evlat edinen için vatandaşı olduğu devletin hukukunun uygulanacağını belirtmiştir⁵⁶⁴. Eşler birlikte evlat edinirlerse, evlat edinme talebinde bulunduklarında müşterek vatandaşlık hukuku, müşterek vatandaşlığa sahip değillerse ortak mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukuku yetkili hukuk olarak belirlenir. Bu arada, evlat edinmenin şekli konusunda evlat edinmenin meydana geldiği ülke hukuku yetkilidir.

MÖHUK, evlat edinmenin şartları bakımından, evlat edinenin ve evlat edinilenin evlat edinme kararının verildiği tarihteki ulusal hukukunun uygulanmasını tanımlar⁵⁶⁵. Dolayısıyla, evlat edinme kurumu için, uygulama yelpazesi bu maddeye göre düzenlenir (18. maddenin 1. fıkrasına göre). Tarafların evlat edinmeye yönelik eylem kapasiteleri; tarafların yaş sınırları ve evlat edinen ile evlat edinilen arasında olması gereken yaş farkı; evlat edinenin sahip olması gereken kişisel özellikler vb 18. maddenin 1. fıkrası bakımından, evlat edinmenin şartları ve ehliyeti için, evlat edinme tarihindeki tarafların ulusal hukuku uygulanacaktır. Bu formülasyon, kapsamlı ve uzun tartışmalara neden olmuştur.

Bu hükümden bir yandan evlat edinenin ve evlat edinilenin haklarının evlat edinmenin şartları ve ehliyeti için yeterli olduğu (dolayısıyla her taraf için kendi hukuku uygulanır) anlaşılırken, diğer taraftan şu ima edilmektedir: Her iki taraf için de her bir tarafın ulusal hukuku uygulanacaktır. İlginçtir ki, Türkiye Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi 06.05.1982 tarihli kararında⁵⁶⁶, bir Türk vatandaşını evlat edinmek isteyen bir Alman vatandaşının hukukî ehliyetine istinaden karar vermiş, bu durumda o davada her iki tarafın ulusal hukuklarının kişiler için ayrı ayrı uygulanması kararlaştırılmıştır. Türk hukukuna

⁵⁶⁴ Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 52. maddesi.

⁵⁶⁵ Türkiye Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrası.

⁵⁶⁶ Yarg. 2. HD., 6.5.1982, 3640/4124 (YKD 1982, c. 8, s. 1641-1642)

göre Alman vatandaşı 40 yaşını doldurmadığı için Türk vatandaşını evlat edinmesine izin verilmemiştir⁵⁶⁷. Alıntı yapılan Yargıtay kararlarına göre (ve bazı Türk yazarlara göre⁵⁶⁸), evlat edinmenin şartları ve ehliyetine ilişkin olarak her bir tarafın ulusal hukukunun her iki tarafa da uygulanması, kanunun uygulanmasını içerdiğinden ciddi dezavantajlara sahiptir.

Bu şekilde yabancı unsurlu evlat edinme süreci, evlat edinenin veya evlat edinilenin ulusal kanunlarından birinde yer alan katı kurallar nedeniyle zorlaştırılmaktadır. Bu bağlamda 25 yaşındaki bir Avusturya vatandaşının bir Türk vatandaşını evlat edinme istediği durumu misal olarak alabiliriz. Avusturya iç hukukuna göre hâkim, evlat edinme için 25 yaşını öngören Avusturya mevzuatına ek olarak, evlat edinme için 30 yaşını belirleyen Türk mevzuatını da kural olarak görmektedir. Spesifik olarak bu davadan, Türk hakiminin evlat edinme için en yüksek yaşı esas aldığı ve vatandaşını evlat edinme iznini reddetmeye karar verebileceği tespit edilmiştir.

Yabancı unsurlu evlat edinmenin şartları konusunda diğer bazı Türk müellifleri⁵⁶⁹, taraflardan her birinin kendi kanununun millî hukukunun uygulanmasını desteklemektedir. Çünkü bu açıkça ve kesin olarak MÖHUK'un 18. maddesi, 1. paragrafının kanuni hükmü tarafından belirlenmektedir. Böyle bir yaklaşımın, evlat edinen ile evlat edilenin menfaatlerinin dengeli bir şekilde sürdürülmesini ve korunmasını en iyi şekilde sağlayacağı düşünülmektedir. Tek bir hakkın uygulanmasının olumlu olmadığını dikkate almak önemlidir. Çünkü böyle bir yöntem izlenirse, o zaman bir tarafın (ister evlat edinen ya da evlat edilenin) çıkarlarının ciddi şekilde zarar görme riski vardır.

Kanaatimizce, her bir tarafın kendi ulusal hukukunun uygulaması daha uygundur. Bu yaklaşımın uygulanmasını savunan müelliflerin birinci gerekçesi, kanun koyucunun iki kanunun birlikte uygulanacağını, birlikte evlat edinme halinde eşin rızasına ilişkin iradesini açıkça beyan etmesinden dolayı tercih edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. MÖHUK m. 18(2)

⁵⁶⁷ Yargıtay'ın 03.12.1981 ve 06.05.1982, tarihli kararları (Bu kararlar ile evlat edinmenin şartları ve ehliyeti bakımından her iki taraf için de her bir tarafın ulusal hukukunun uygulanacağına karar verilmiştir).

⁵⁶⁸ Tekinalp, G, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009 s. 216-217.

⁵⁶⁹ Tarman, Z. D., I. Önay., **The Public Order Exception In The International Law Of Adoption**, Auhfd, 60 (2) 2011 s. 331-365.

uyarınca “eşlerin millî kanunları müştereken uygulanır”. Birinci fıkrada farklı bir ifadenin kullanılması, kanun koyucunun aynı sonucu öngörmediğini göstermektedir. Kanun hükmüne göre yapılan bu yorum yerine maksatlı bir yoruma varmak için geçerli bir sebep yoktur. Karşıt görüşü savunmak için bir gerekçe olarak taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde Türk hukukunun uygulanmasının gerekliliği ileri sürülse de yabancı hukukun uygulanması nedeniyle Türk hukukundaki şartların koruduğu menfaatlerin zarar görmesi sorunu söz konusu olabilecektir. Fakat somut meselenin mahiyetine göre gerektiğinde kamu düzeni yoluna gidilerek çözülür.

Kuzey Makedonya Milletlerarası Özel Hukuk Yasası, evlat edinme koşulları, evlat edinmenin sona erdirilmesi, şekli ve evlat edinmenin sonuçları için yetkili kanunu belirleyen normları içerir. Evlat edinmenin ve sona erdirilmesi için yetkili hukuk olarak, Makedon yasa koyucu evlat edinenin ve evlat edinilenin millî hukukunu belirlemiştir. Aynı şekilde, aynı ülke vatandaşlığına sahip olmaları şartıyla, evlat edinen ile evlat edinilenin vatandaşlığı esas belirleyici unsurdur. Ve bu olmazsa (yani ortak vatandaşlığa sahip değillerse), vatandaşları evlat edinen ve evlat edinilen her iki ülkenin hakları kümülatif olarak uygulanır⁵⁷⁰. Eşlerden her ikisinin de evlat edinen olması halinde, evlat edinmenin ve sona erdirilmesi şartlarında her iki eşin de vatandaşı olduğu devletin hukuku uygulanacaktır⁵⁷¹. Evlat edinmenin şekline gelince, evlat edinmenin kurulmasına devlet organı da katıldığı için *locus regit actum* ilkesi hâkimdir⁵⁷².

Bununla birlikte, Arnavutluk Cumhuriyeti, Aile Kanunu'nun 257. maddesi aracılığıyla, aşağıdaki durumlara benzer şekilde yabancı evlat edinme yasaklarını belirlemiştir: (i) evlat edinenlerin yaşadığı ülkede evlat edinmenin tanınmaması; (ii) evlat edinmenin çocuk için ciddi sonuçlara yol açabileceği sonucuna varılması; (iii) evlat edinenlerin ikamet ettiği ülkedeki reşit olmayan kişinin, Arnavutluk'ta tanınan haklardan yararlanamaması⁵⁷³. Aynı şekilde ülkeler arası evlat edinmeye izin verilebilmesinin bir diğer şartı da çocuğun Arnavutluk Evlat Edinme Komisyonu listelerinde 6 ay beklemesi ve

⁵⁷⁰ Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 50. maddesinin 2. fıkrası.

⁵⁷¹ Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 50. maddesinin 3. fıkrası.

⁵⁷² Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 50. maddesinin 4. fıkrası.

⁵⁷³ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 257. maddesi.

bu süre içinde ülke içinde evlat edinme imkanlarının tüketilmiş olmasıdır. Yabancı unsurlu bir evlat edinme için Arnavutluk Cumhuriyeti'nde bir bağlantı noktası olarak temel kriter, evlat edilen kişinin vatandaşlığıdır.

Kişisel olarak kamusal ve siyasi hayatın çeşitli resmi görevlerinde bulunduğum ve yer almaya devam ettiğim için, Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun hazırlanmasında da görev aldım. Özellikle bu alandaki uzun araştırmalarımın dolayısı ve normların nedenlerini, koşullarını ve doğasını bildiğim için, hazırlık aşamasındaki tartışmalar sırasında, Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 52. maddesinin yabancılik unsuru ile evlat edinenin hukukuna ek olarak, evlat edinilenin hukukuna da hükümde yer verilmesi konusunda ısrar ettim. Şiddetli tartışmalara rağmen, Parlamento Yasama Komisyonunda oy çoğunluğu sağlanamadığı için önerim kabul edilmedi. Ancak, mensubu olduğum konunun meclis grubu olarak, kanun taslağının iki okuması arasında, yine meclisten geçmemiş olan değişiklikte evlatlığın hukukunun uygulanmasına yer verilmesini teklif ettik, ancak başarı kaydedemedik. Neticede Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun, özellikle 52. maddesinin evlat edinilenin hukukuna yer vermemesi büyük bir eksikliktir.

Meşruiyet, devletlerin sağladığı çeşitli şartlar ve kısıtlamalar arasında da anılmakta, özellikle bazı devletlerde gayri meşru çocukların ebeveynleri tarafından evlat edinilmesi kabul edilmemektedir. Milletlerarası özel hukukta evlat edinme konusuna ilişkin olarak, evlat edinmenin koşullarını düzenleyen hukuk ile evlat edinme ilişkilerini düzenleyen (yani evlat edinen-evlat edilen arasındaki ilişki) hukuk arasında bir eğilim göze çarpmaktadır.

Evlat edinme şartları konusunda ise mevzuatta esas olarak tarafların müşterek vatandaşlığına sahip olduğu devletin hukuku uygulanır. Bununla birlikte, tarafların farklı vatandaşlıkları varsa, ilke olarak her iki tarafın millî tutarlı bir şekilde uygulanmalı ve bu da yasama kümülasyonu ile sonuçlanmalıdır.

Oysa evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki ilişkinin düzenleyici hukuku söz konusu olduğunda, bazı mevzuatlar normlarda ayrılıkçı bir yol uygulamaktadır. Bu, evlat edinme için sadece evlat edinenin kanununda öngörülen şartların dikkate alınması gerektiği, evlat edinilme için ise evlat edinilenin millî kanununun dikkate alınması gerektiği

modelinde sağlanmaktadır. Bu yasal dağılım, bazen evlat edinenin tabiiyetine ilişkin hukukun, bazen de evlat edilenin tabiiyetine ilişkin kanunun uygulanmasından oluşur.

Aşağıda, bu koşullarla bağlantılı olarak kamu düzeni müdahalesinin mümkün olup olmadığı tartışma konusu olan bazı koşullar ele alınacaktır:

A. Evlat Edinme Koşullarında Kamu Düzeni Müdahalesi

Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası'nın 175. maddesi, evlat edinen ebeveynin sahip olması gereken kişisel nitelikleri belirtmektedir. Sonuç olarak, evlat edinen ebeveyn statüsü, yalnızca evlat edinilen çocuğa bakabilecek durumda olan kişileri kapsar (bu temel koşullardan biridir), çünkü evlat edinmeye tam anlamıyla çocuğa bakım sağlamak için izin verilir. Prensip olarak, evlat edinme yalnızca fiil ehliyetine sahip bir kişi tarafından yapılabilir. Fiil ehliyetinden, hareket etme yeteneğinin tamamını anlamak gerekir.

Çocuk bakımı gibi bir görev yüksek sorumluluk gerektirdiğinden daha yüksek derecede sorumluluk istendiği ve gerekli olduğu için bu şekilde düzenlenmiştir. Yani fiil ehliyeti olmayan kişi haklarını koruyamaz ve kendisi velayet altına alınır. Sonuç olarak, bu kişi evlat edinme ilişkisinden doğan yükümlülükleri, yani evlat edinilen çocuğun bakımını üstlenemez.

Yalnızca ebeveyn haklarını başarıyla kullanma yeteneğine sahip olan kişi evlat edinebilir. Evlat edinen bir ebeveyn olarak, yalnızca evlat edinilen çocuğa karşı ebeveyn bakımını başarılı bir şekilde yerine getirme yeteneğini gösteren ve tezahür ettiren kişi olabilir.

Bu, belirli durumlarda ebeveyn bakımını ihmal etmeyecek, ancak kendini adanmış ve çocuğa bakmak için fiziksel, zihinsel yeteneklere ve maddi koşullara sahip kişiler hakkındadır. Ayrıca o kişinin velayet hakkını kötüye kullanacağından veya bunu başka kişisel veya maddi çıkarlar için yaptığından veya bazı hastalıklara yakalandığından şüphe edilmemelidir. Bu kabul şartı tüm çağdaş mevzuatlar tarafından zorunludur. Evlat edinme amacına ancak evlat edinen kişi, çocuğa uygun ve eksiksiz bakımı sağlayabiliyorsa ulaşılabilir.

Türk Medeni Kanunu'nun açıkça belirttiği gibi, "Evlat edinebilmek için kural olarak otuz yaşını doldurmuş olmak gerekir" (307. madde 1. fıkra ve 306. madde 2.

fıkra)⁵⁷⁴. Kanun koyucu iki durumda bu kuralın istisnasına yer vermiştir. Birincisi, eşlerin birlikte evlat edinme başvurusunda bulunmaları ve en az beş yıldır evli olmaları halinde otuz yaşını doldurmuş olma şartı aranmayacaktır⁵⁷⁵. Eşlerden biri diğer eşin çocuğunu evlat edinmek isterse, en az iki yıl sürmüş bir evlilik durumunda otuz yaş şartı aranmaz⁵⁷⁶. Kanun koyucu, evlat edinme için gerekli olgunluk ölçüsü olarak evlat edinme sınırı bakımından otuz beş yaş sınırını belirlemektedir. Evlat edinenler için otuz yaş şartı aranmaktadır. Bunun arkasındaki fikir, evlat edinmesine izin verilecek kişinin, evlat edinilen çocuğu büyütebilecek ve onun hem maddi hem de manevi sorumluluğunu üstlenebilecek zihinsel ve ekonomik olgunluğa ulaşmış olması gerektiğidir. Nitekim örneğin on sekiz yaşında bir erkek çocuğundan, normal hayat akışında ve standart yaşam koşullarında bir çocuğun sorumluluğunu alması, onu yetiştirecek bilgi ve görgüye sahip olması, ihtiyaçlarını karşılayacak ekonomik desteği sağlaması beklenemez.

Alman Medeni Kanunu'nun⁵⁷⁷ yaş şartına ilişkin özel hükmünde, evlat edinme sürecindeki bireyler için farklı yaş sınırları öngörülmüştür. Kural olarak evlat edinenin en az yirmi beş yaşında olması gerektiği belirtilmektedir; ancak, 1741. maddenin 2. fıkrasının üçüncü cümlesi hallerinde (yani evli eşlerden birinin çocuğunu evlat edinmesi durumunda) yirmibir yaşını aşmış olması (şart olarak aranmaktadır) yeterlidir. Yine 1741. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki eşler birlikte evlat edineceklerse eşlerden birinin yirmibeş yaşında olması; diğer eşin her hal ve şartta zorunlu olarak yirmi bir yaşını doldurmuş olması gerekir.

Avusturya devletinde, evli olmayan kişiler ve çiftler evlat edinebilir. Eşler ise birlikte evlat edinmelidir. Avusturya hukuku, bir kişinin bir çocuğu evlat edinmesi için bir üst yaş sınırı belirlememiştir, asgari yaş erkekler için 30 ve kadınlar için 28'dir. Evlat edinen kişinin asgari yaş sınırının belirlenmesi, evlat edinmenin getirdiği önemi ve

⁵⁷⁴ Akıntürk, T., **Aile Hukuku**, C. II, İstanbul 2002, s. 365.

⁵⁷⁵ Ruhi, T., s. 24; TMIK. Tasan ve Gerekçesi, m. 306/II.

⁵⁷⁶ Marx, Y., **Yabancı Memleketler Mevzuatında Evlat Edinme**, AD. Y. 42, S. 8, Ağustos 1951, s. 1257 (Qeviren, Reat D. Tesal); Oztan, Bilge, Medeni Kanunun Kabullentin 70. Yılında Aile Hukuku, AUHFD, C. XLIV, S. 1-2, s. 122 / Egger, August, Isviqre Medeni Kanun Serhi, Aile Hukuku, C. II, Ztirich 1943 (Qeviren, Tahir Qaga), s. 44; Arik, Mukayese, s. 99; Tekinay, s. 359.

⁵⁷⁷ Alman Medeni Kanunu'nun 1743. Maddesi. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf (02.01.2024).

sorumluluğu o yaşta daha iyi anlaması amacıyla konulmuştur. Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki yaş farkı en az 18 olmalıdır. Ancak, bir evlat edinen kişi 40 yaşın üzerindeyse ve bekleyen başka genç başvurular varsa, evlat edinme şansı daha düşüktür.

Avusturya yasa koyucusunun amacı, evlat edinmeye izin verilen diğer birçok mevzuatta olduğu gibi, evlat edinen ebeveyn ile evlat edinilen çocuk arasındaki yaş farkının, bir ebeveynin biyolojik çocuğuyla sahip olabileceği doğal farka mümkün olduğunca benzer olması gerektiğidir. Evlat edinen için yaş kriteri yoktur, ancak çocuğun ebeveynleri, doğumun 8. haftasından önce çocuğun evlat edinilmesine muvafakat veremez. Bu, ebeveynlerin çocukla bir ilişki kurabilmeleri ve onu hemen evlat edinmeye karar vermemeleri için yapılır⁵⁷⁸.

İtalya'da ise, reşit olmayanların evlat edinilmesi 1983 tarih ve 184 sayılı Kanunla değiştirilen "Küçüklerin Evlat Edinilmesi ve Yerleştirilmesi" başlıklı kanunla yapılmıştır.

1942'de çıkarılan İtalyan Medeni Kanunu, küçüklerin ve yetişkinlerin evlat edinmesini tanımlar. Sözde "basit evlat edinme", 50 yaşın üzerindeki ve yasal çocuğu olmayan kişiler içindir. Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki yaş farkı en az 16 olmalı ve her iki tarafın da rızası gerekiyordu. Evlat edinilenin çocuk olması halinde, ana baba veya vasi tarafından muvafakat verilmesi gerekiyordu. Evlat edinme kararını vermeye yetkili merci Yargıtay'dır. Evlat edinme her zaman çocuğun yüksek yararı düşünülerek yapılmalıdır.

Evlat edinen ebeveynlerin 3 yıldır evli olması (fiili ayrılık olmasa bile) veya 3 yıldır istikrarlı bir ilişki içinde birlikte yaşaması gerekir. 3 yıllık süre, birlikte yaşama ve evlilik yıllarının birlikte bir kombinasyonu olarak da alınabilir. Böylece, 2001 yılındaki değişiklik yapılan ek kanunla, evlilik öncesi birlikte yaşama 3 yıllık süre olması ile de değerlendirilebilir ve bu durumdaki çiftlerin hemen evlat edinmelerine izin verilir. Çocuk yetiştirme ehliyetine sahip olan ve aralarında kişisel veya "fiili" bir ayrılık olmayan eşlerin evlat edinmesine izin verilir⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ <http://www.anidoadoption.org/en/programs/austria> (02.11.2023).

⁵⁷⁹ Kanun 149/01, madde 6. <https://www.commissioneadozioni.it/en/for-an-adoptive-family/the-path-of-adoption/who-can-adopt-eligibility-to-adopt/> (02.11.2023).

Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki yaş farkı, Arnavutluk hukukunda olduğu gibi, İtalya'da da en az 18 yaş olarak belirlenmiştir. Ancak İtalyan hukuku başka bir sınırlama getirmektedir; izin verilen maksimum fark bir eş için 45, diğeri için 55 yıl olmalıdır. Örneğin anne adayı 48, baba adayı 58 yaşında ise en fazla 3 yaşına kadar, baba 70 ve anne 60 yaşında ise sadece 15 yaşına kadar evlat edinebilirler.

Evlat edinen ebeveynlerin 3 yıldır evli olması (fiili ayrılık olmasa bile) veya 3 yıldır istikrarlı bir ilişki içinde birlikte yaşaması gerekir. 3 yıllık süre, birlikte yaşama ve evlilik yıllarının birlikte bir kombinasyonu olarak da alınabilir. Böylece, 2001 yılındaki değişiklik-ek kanunla, evlilik öncesi birlikte yaşama 3 yıllık süre içinde de değerlendirilebilir ve bu durumdaki çiftlerin hemen evlat edinmelerine izin verilir. Çocuk yetiştirme ve yetiştirme iznine sahip eşlerin evlat edinmesine izin verilir ve aralarında kişisel veya "fiili" bir ayrılık yoktur.

Evlat edinme konusunda, evlat edilen ile evlat edinen arasındaki yaş farkı, Arnavutluk kanununda olduğu gibi İtalya'da da en az 18 yaşında olması gerektiği belirlenmiştir. Ancak İtalyan hukuku başka bir sınırlama getirmektedir. İzin verilen azami fark bir eş için 45, diğeri için 55 yıl olmalıdır. Örneğin anne adayı 48, baba adayı 58 yaşında ise en fazla 3 yaşına kadar, baba 70 ve anne 60 yaşında ise sadece 15 yaşına kadar evlat edinebilirler.

Evlat edinme koşullarının ilgili düzenlemesi açısından birkaç farklı ülkenin mevzuatı ele alındıktan ve aralarındaki farklılıklara dikkat çekildikten sonra, söz konusu ülkelerin hukuk sistemleri arasındaki bu farklılıkların, hukukî meselenin evlat edinme ile ilgili olduğu anlamına gelmediği kesin olarak anlaşılmaktadır. Evlat edinme ile ilgili yabancılık unsuru otomatik olarak kamu düzeninin kullanımına (yalnızca ilkesel farklılıklardan dolayı) izin verebilir.

Bu şekilde, söz konusu ülkenin hâkimi, özel durumu doğası gereği incelemeli ve bileşen özelliklerine bağlı olarak, kamu düzeninin kullanılmasının gerekli olup olmadığını değerlendirmelidir.

Evlat edinme izni koşuluna ve evlat edinmeye izin verilmesi için gereken yaşa bağlı olarak, farkın ciddiyeti kamu düzeninin nihai kullanımı için analiz ihtiyacını gerektirdiğinde, örneğin İngiliz uyruklu evlat edinen kişinin durumunu ele alırsak, ulusal

(İngiliz) mevzuatına göre, bir Türkü evlat edinmek isteyenler, (tıpkı Kosova Cumhuriyeti'nin de kanunen tanımladığı gibi) evlat edinme yaşının en az 21 yaşında olmasına izin verilir⁵⁸⁰. Ancak Türk yasalarına göre bir Türk vatandaşını evlat edinebilmek için evlat edinen kişinin en az 30 yaşında olması gerekmektedir⁵⁸¹. Böyle varsayımsal bir durumda, Türk hakimine, Türk Milletlerarası Özel Hukuku'na dayanarak, evlat edinenin ve evlat edinilenin ulusal kanunlarını⁵⁸² (özellikle her iki taraf için de her tarafın ulusal kanununu) uygulaması talimatı verilir. Sonuç olarak, iki mevzuat arasında bu kadar büyük bir fark olduğu için, yabancılık unsuru içeren söz konusu özel hukuk konusunun somut olarak ele alınması, yüksek fark nedeniyle kamu düzeninin kullanılıp kullanılmaması gerektiği ve hangisinin en iyi şekilde yarar sağlayabileceği şeklinde ifade edilmektedir.

Bu davayı daha iyi anlayabilmek için önce, o dönemde evlat edinme davası açma yetkisini belirleyen eski Medeni Kanun'a göre karar verilen⁵⁸³ 1981 tarihli Yargıtay'ın bir yargı kararına dayanıyoruz. 40 yaşında Amerikalı bir çift bu kriteri karşılamadığı için, yargıç kamu düzenini kullanarak Türk vatandaşının o Amerikalı çiftin evlat edinme talebini reddetti.

Pek çok yazarın görüşü⁵⁸⁴ (biz de onlarla aynı fikirde olduğumuzu ifade ediyoruz), kamu düzenini yalnızca bu öncülde bu şekilde kullanmanın yanlış ve gereksiz olduğu yönündedir. Bunun gibi bir ayırım, kesin bir reddi destekleyecek kadar önemli olamaz. Sonuç olarak, bu sadece her devletin ayrı ayrı düzenlediği bir konu olduğu, ancak aralarındaki birkaç yıllık fark için olumsuz bir etki yaratmadığı sürece, bir sebep olarak yetersizdir.

Bu nedenle, bu mahkeme kararı mevcut olsa bile, mevcut hâkim, Türk vatandaşını evlat edinmek isteyen İngiliz vatandaşının (ulusal kanunlar 21 yaşından itibaren evlat

⁵⁸⁰ İngiliz mevzuatına ve Kosova Cumhuriyeti Aile Hukukuna bakın.

⁵⁸¹ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Medeni Kanunu.

⁵⁸² Bkz. MÖHUK, madde 18, paragraf 1.

⁵⁸³ Yarg. 2. HD., 03.12.1981, 7393/7695.

⁵⁸⁴ Zeynep D. Tarman, I, Onay, 2011, s. 331-365.

edinmeye izin vermektedir) davasına kamu düzenini uygulamakta yine de sorun yaşayacaktır⁵⁸⁵.

Bu, çocuğun mefaati ile ilgili koşullardan emin olunması gereken, evlat edinilen kişiye uygun bakımı sağlamaya istekli birey için çok önemli kabul edilen psikolojik olgunluk düzeyi ve diğer fiziksel ve psikolojik yönlerle kesin olarak ilişkilidir. Dolayısıyla, özel hukuka bağlı kamu düzeninin evlat edinmeye ilişkin yabancılik unsuru içeren müdahalesi, bir davanın koşullarını oluşturan bazı özelliklere (özellikle evlat edinme koşullarının karşılanıp karşılanmadığına ve kamu düzeninin temsil ettiği normlara ilişkin analize) bağlı olarak, olumlu (evlat edinmeye izin verilmesi) veya olumsuz (ülkenin değerlerine aykırı olduğunda veya çocuğun yüksek menfaatinin ihlal edilebileceğine dair ciddi şüpheler olduğunda ve bu nedenle evlat edinmenin yasak olduğu durumlarda) karar vermesi toplum düzenine istinaden değişmektedir. Dolayısıyla, ülke mevzuatları arasındaki her yaş farkı, kamu düzeninin sağlanması için bir ihtiyaç olmayıp, davanın niteliğine göre o dava hakkında karar veren hâkim tarafından incelemeye bağlıdır. Son olarak, böyle bir yöntemin, vaka yönetiminin tek tek (vaka bazında) yapılması anlamına geldiği sonucuna varıyoruz.

B. Evlat Edinen ile Evlat Edinilen Arasındaki Yaş Farkı

Kosova Cumhuriyeti Aile Yasasının 176. maddesinde, evlat edinecek kişinin evlat edinme işlemini tamamlamak için 21 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Eşler evlat edinmek istiyorsa eşlerden birinin 25, diğerinin ise 21 yaşını doldurmuş olması gerekir. Kanun'un 174. maddesine (169. madde ile bağlantılı olarak) göre ise sadece reşit olmayan (18 yaşını doldurmamış) bir çocuğun evlat edinilebileceği belirlenmiştir⁵⁸⁶.

Bu maddelere göre evlat edinen ebeveyn 21 yaşını doldurmuş olmalıdır. Burada evlat edinen ile evlat edinilen arasında yaş sınırlaması yoktur ancak evlat edinilen çocuğun yaşı ne olursa olsun sadece evlat edinen ebeveynin 21 yaşını doldurmuş olması gerekir. Bu tutumun aksine, Arnavutluk mevzuatı, evlat edinen ebeveyn ile evlat edinilen çocuk arasındaki yaş farkını öngörmektedir ve bu fark en az 18 yaş olmalıdır. Böylece evlat

⁵⁸⁵ Medeni Kanunun 306. ve 307. maddeleri. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>

⁵⁸⁶ Aile Kanununun 174. maddesi. <https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=2410>.

edinen ebeveyn evlat edinilen çocuktan 18 yaş büyük olmalıdır⁵⁸⁷. Makedonya ve Karadağ mevzuatı da aynı tutumu sergilemektedir⁵⁸⁸. Bazı mevzuatlar, evlat edinen kişinin asgari ve azami yaşını belirlemiştir. Bu bağlamda, Karadağ mevzuatı, yalnızca 30 ila 50 yaşları arasındaki bir kişinin evlat edinebileceğini ve evlat edinen ile evlat edinilen arasında en az 18 yaş fark olması gerektiğini belirlemektedir⁵⁸⁹. LFK hükmünün, evlat edinen ebeveyn için aynı yaşı sağlayan Alman Medeni Kanunu'ndan etkilendiği görülmektedir⁵⁹⁰. Alman Medeni Kanunu, evlat edinen ile evlat edinen arasında 18 yıllık bir fark olmasını gerektirmez.

Buna karşılık, Fransız Medeni Kanunu, evlat edinenin evlat edinilen çocuktan 18 yaş büyük olması için yaş farkını şart koşmaktadır⁵⁹¹. Şunu belirtmek gerekir ki, Kosova mevzuatı, sırasıyla Sosyal ve Aile Hizmetleri Yasası, evlat edinen ile evlat edinilen arasında 50 yıldan fazla bir fark yoksa, evlat edinme durumunda çocuğun yüksek yararının sağlandığını belirlemiştir⁵⁹². Yani burada evlat edinen ebeveynin yaşlı olması durumunda evlat edinmenin faydalı olmayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen haklar arasında farklılıklar görüldüğünden, Kosova yasa koyucusu, Kanunda ifade edildiği şekilde, evlat edinen ile evlat edinilen arasında sadece en az 3 yaş belirlemiştir⁵⁹³. Bu, Arnavutluk Cumhuriyeti, Kuzey Makedonya Cumhuriyeti ve Karadağ Cumhuriyeti'nin ilgili mevzuatta tanımladığı, Kosova Cumhuriyeti'nin sınır komşusu olduğu bölge ülkelerinden de farklılık gösteren çok düşük bir yaş farkı eşiğidir.

⁵⁸⁷ Bkz. Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Yasası, madde 241, paragraf .2. <https://mb.gov.al/wp-content/uploads/2021/01/Kodi-i-Familjes.pdf> (02.12.2023)

⁵⁸⁸ Bkz. LFM, madde 100, par. 1; LFMZ, madde 126, paragraf . <https://www.ecoi.net/en/file/local/2052464/60af7d434.pdf> (02.12.2023)

⁵⁸⁹ LFMZ, madde 126, paragraf 1.

⁵⁹⁰ Alman Medeni Kanunu, madde 1743. 1098 KCF, madde 345, paragraf 1. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (02.12.2023)

⁵⁹¹ Bkz. Fransız Medeni Kanunu, madde 345, paragraf 1. <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf> (02.12.2023)

⁵⁹² Sosyal ve aile hizmetlerine ilişkin 02/L-17 sayılı Yasayı değiştiren ve ekleyen 04/L-081 sayılı Yasa, Kosova Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, sayı 5/05 Nisan 2012, madde 10, paragraf 20.

⁵⁹³ Aile Hukukunun 174. Ve 176. Maddeleri. <https://gzk.rks-gov.net/ActDocumentDetail.aspx?ActID=2410> (02.12.2023)

Bölge ülkelerindeki ve bu şekilde yaş farkına sahip çoğunlukta olan diğer ülkelerdeki gibi bir düzenleme, çocuğun yüksek yararının korunması ile doğrudan ilgili olup, evlat edinilenin her türlü istismar olasılığını artırmaktadır.

Kosova Cumhuriyetinden taban ile tavan farklı olarak, Türkiye Cumhuriyeti mevzuatı, evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki yaş farkının en az 18 olması şartı olduğunu açıkça belirtmiştir⁵⁹⁴. Bu şekilde formüle edilmesinin ve evlat edinen ile evlat edinilen arasında bu yaş farkının vurgulanmasının nedeni, kanun koyucunun evlat edinme kurumu için bir eşik olarak belirlemek istediği, ebeveynler ile biyolojik çocuklar arasındaki neredeyse olağan fark ile ilgilidir⁵⁹⁵.

Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki 18 yaş farkının nedeni, evlat edinmenin yaratacağı ilişkinin ebeveyn-çocuk ilişkisine olabildiğince yakın olacak kadar gerçekçi olmasıdır. Ayrıca evlat edinme yoluyla gerekli olan yaş farkı ile kurum istismarı yoluyla çocukların istismarını en aza indirmek de amaçlanmaktadır.

Farklı hukuk sistemlerinde yaş farkına ilişkin farklı çözümler benimsenmiştir. Yani, Fransa'da yasa koyucu asgari yaş farkını on sekiz olarak belirlerken⁵⁹⁶, İsviçre Medeni Kanunu'nda söz konusu yaş farkı on altıdır⁵⁹⁷.

Avusturya Medeni Kanunu⁵⁹⁸ ayrıca evlat edinen ebeveynin evlat edinenden en az on sekiz yaş büyük olması gerektiğini şart koşturmaktadır. Ancak, evlat edinen ile evlat edinilen çocuk arasında, öz ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiye benzer bir ilişki mevcut ise ve maddede tanımlanan on sekiz yaşına yakın bir yaş farkı varsa, bu koşul bulunsan bile tam olarak sağlanamıyorsa, sahiplendirmeye izin verilebilir.

⁵⁹⁴ Kemal, O., Mustafa, D., **Aile Hukuku**, İstanbul, 1998, s. 246.

⁵⁹⁵ Zevkliler, A., Acabey M, B., Gökyayla, K. E., **Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Ankara 2000, s. 975; Tekinay, Aile, s. 364; Köprülü, Kanet, s. 231.

⁵⁹⁶ Civil Code. m. 344. <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf> (05.12.2023).

⁵⁹⁷ İsviçre Medeni Kanunu m. 265. https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20210101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20210101-en-pdf. (05.12.2023).

⁵⁹⁸ Avusturya Medeni Kanunu m.180. <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-austria.pdf> (10.01.2024).

Yine aynı maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde doğru belirtildiği üzere evlat edinenin yakını veya diğer eşin çocuğu (üvey çocuğu) ise aralarındaki on altı yıldan daha düşük bir alt sınır olması şartı olarak yaş farkı dikkate alınır. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, hâkimin dengeli bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulabileceğine kanaat getirmesi ve yabancı hukukta daha küçük bir yaş farkı öngörülse bile yetkili yabancı hukukun uygulanmasına izin verilmesi gerekir.

Yukarıda belirtilen devletlerin bu yasama kurallarına ek olarak⁵⁹⁹, evlat edinme ile ilgili yabancılik unsuru içeren konularda kamu düzenine müdahaleyi düzenleyen diğer bazı mahkeme kararları da görüldüğünden, tarihsel olarak kamu düzeninin kullanılmasına yönelik evlat edinen ve evlat edinilen arasındaki yaş farkıyla ilgili olarak, vatandaşların geldiği farklı ülkelerin hakları arasında vurgulanan farklılıklar olduğunda davalar olmuştur.

Son olarak, Kosova Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti hukuk sistemlerinde yer alan yabancı unsurlu özel hukuk ilişkisi olarak evlat edinmeye ve evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki yaş farkı şartına ilişkin yukarıda belirtilen tüm hususları inceleyerek şunu vurgulayabiliriz: Kamu düzeninin sağlanması gerekip gerekmediğine bakılmaksızın her olay için özel muamele gerekir. Böylece Türk hâkimi, bir Kosova vatandaşının bir Türk vatandaşını evlat edinmesi talebiyle karşılaştığında, evlat edinen ile evlat edinilen arasında yaş farkının çok daha düşük olduğu Kosova hukukuna da dayanarak, ebeveyn-çocuk ilişkisinin dengeli oluşturulması ve bu durumu oluşturan ve çocuğun yüksek yararının korunmasını ve istismarı, kötüye kullanımının ve suistimalinin önlenmesini yansıtan tüm faktörlere dayalı doğru ve adil değerlendirme bağlamında evlat edinmeye izin verebilmektedir.

Hâkim, çözmesi gereken özel davada bu güvencelerin sağlandığı konusunda ikna olmazsa, *lex fori* kamu düzeninin temsil ettiği değer ve ilkelere açık ve görünür bir muhalefet edeceğinden, bu tür bir davayı önleyen bir kamu düzeninin uygulanmasına karar verilebilir.

C. Eşlerin Birlikte Evlat Edinmeleri Halinde Kamu Düzenine Müdahale İmkânı

⁵⁹⁹ Yarg. 2. HD., 12.03.2001, 2020/3683; Yarg. 2. HD., 20.09.2004, 9169/10282; Yarg. 2. HD., 12.04.2007,14063/6141.

Kosova Aile Kanununun 265. maddenin 1. fıkrasında eşlerin evlat edinebilecekleri belirtilmiştir. Ancak eşler evlat edindiklerinde evlat edinmeyi birlikte yapmak zorundadırlar, bu da hem birlikte rıza göstermeleri hem de evlat edinen ebeveyn olarak yükümlülükleri birlikte üstlenmeleri gerektiği anlamına gelir. Bu hüküm, ilke olarak her iki eşin de evlat edinebileceğini ve bunun da ortak evlat edinme ilişkisi kurularak yapılabileceğini ve bu nedenle her eşin kanunla kendisine verilen tüm hak ve ödevlerle evlat edinen ebeveyn niteliğine sahip olduğunu vurgulamaktadır. Kosova Cumhuriyeti Aile Hukuku, istisnaî olarak, sadece bir eşin evlat edinmesine ve diğer eşin sadece rıza vermesine izin verir⁶⁰⁰.

Anne ve babanın ortaklaşa evlat edinmeleri diğer kanunlarda da tanınmıştır⁶⁰¹. Aile Kanununun 164. maddesi hükmü, her iki eşin de evlat edinme hakkına sahip olduğunu ve evlat edinmenin birlikte yapılması gerektiğini açıklayarak durumu ayırtmaktadır. Dolayısıyla, iki eşin evlat edinmeyi istemesi, evlat edinilen çocuk üzerinde hak ve sorumluluklara sahip olması demektir. Prosedürün başından sonuna kadar birlikte sorumluluk almalıdırlar.

Priştine Belediye Mahkemesinin 2011 tarih ve 171 sayılı kararında⁶⁰², evlat edinen her iki ebeveyne evlat edinilen çocukla ilgili yasal yükümlülükleri müştereken üstlendikleri ve bunun için Kanun'un öngördüğü şekilde sorumlulukları birlikte paylaştıkları bildirilmektedir.

Eşler birlikte evlat edindiklerinde, aynı zamanda birlikte evlat edinen ebeveyn olurlar. Bu, doğal ebeveynler gibi bir ebeveyn-çocuk ilişkisi kurmaları gerektiği anlamına gelir ve bu, her iki eşin de sorumluluğundadır⁶⁰³. Dolayısıyla kullanılan “eşler çocuğu ancak birlikte evlat edinebilirler” ifadesi, her iki eşin evlat edinme ilişkisinden doğan hak ve ödevlerine ilişkin sorumluluklarını da içermektedir. Bu yükümlülük, evlat edinmeye karar verildiğinde mahkemenin kararıyla evlat edinen ebeveynlere teyit edilir.

⁶⁰⁰ Bkz. Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası, Madde 165, paragraf 1.

⁶⁰¹ Arnavutluk Aile Yasası, Madde 242, paragraf 1; Karadağ Aile Hukuku, madde 132, paragraf 1; Kuzey Makedonya Ailesi Yasası, Madde 98.

⁶⁰² Priştine Belediye Mahkemesinin Kabul Tutanağı, 15.12.2011 tarihli 117/2011

⁶⁰³ Evlat edinen ebeveynler tarafından ebeveyn-çocuk ilişkisi kurma yükümlülüğü, Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası, Madde 167

Yine Türk Medeni Kanunu'nun 306. maddesinin 1. fıkrasına göre eşler birlikte evlat edinebildikleri gibi; evli olmayanlar da tek başına evlat edinebilir⁶⁰⁴. Kanun koyucu bu hükmü gerçek ebeveyn-çocuk ilişkisine olabildiğince yakın evlat edinme ile sorunsuz bir ilişki oluşturmak için getirmiştir⁶⁰⁵. Böylece kanun koyucu sürecin eşler tarafından beraber yürütülmesine izin vermekte, eşlerden sadece birinin istediği bir çocuğun kendisini istemeyen diğer eş ile huzursuz bir aile ortamına girmesine izin verilmemekte ve mevcut evlilik düzenine zarar verilmemektedir.

Bu nedenle, yürürlükteki yabancı hukukun eşlerden birinin tek çocuğu evlat edinmesine izin verdiği durumlarda, söz konusu hükmün kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilirken bu husus dikkate alınmalıdır. Hâkim, eşlerden birinin evlat edinilmesinin evlat edinilenin huzursuz bir aile ortamına girmesine veya evlilik birliğine zarar vermeyeceğine kanaat getirirse, eşlerden birinin tek başına evlat edinmesine izin vermelidir.

Özellikle eşlerden birinin evlat edinmesinin mümkün olduğu, ancak yetkili kanuna göre diğer eşin rızasının gerekli olduğu durumlarda, kamu düzeninin kabul edilemez bir ihlalden bahsetmek uygun olmayacaktır. Yetkili yabancı kanun, evli olmayanların birlikte evlat edinmesine izin veriyorsa, bu kanunun uygulanması kamu düzenini bozan sonuçlar doğurur ve bu tür evlat edinme talebinin reddedilmesi mümkündür.

Nitekim kanun koyucunun ortak evlat edinme davalarında taraflar arasında doğal çocuk-ebeveyn ilişkisine benzer bir ilişki ve evlat edinme için kalıcı bir aile ortamı öngördüğü düşünüldüğünde bu sonuca varılabilir⁶⁰⁶. Yabancı hukuka göre birlikte evlat edinebilecek aynı cinsten kişilerin Türk hukukuna ve kamu düzenine aykırı olabileceği, bu

⁶⁰⁴ Türkiye Medeni Kanunu'nun 307. maddesinin 2. fıkrasına göre bu kural istisna olarak getirilmiştir. Buna göre evli bir kişinin tek başına da olsa evlat edinme hakkı vardır.

⁶⁰⁵ Aydoğdu, s. 319-320; Dural, Ögüz, Gümüş, s. 290; Baslk-Breitschmid, Art. 246 a, N.1.

⁶⁰⁶ Öte yandan, bu açıdan birlikte yaşayan çiftin evlilik hayatına benzer bir aile hayatı varsa, bu özel durumda kamu düzenine aykırı bir durum olmadığı düşünülebilir. Örneğin, İngiliz yasalarına göre "çiftler" evlat edinebilir. (Evlat Edinme ve Çocuklar Kanunu, Madde 50/1) ve çift kavramının, sürekli aile düzeni içinde evli çiftler olarak birlikte yaşayan farklı veya aynı cinsten kişileri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir (Madde 50/1)

nedenle evlat edinmenin kabul edilemeyeceği açıktır⁶⁰⁷. Kosova Cumhuriyeti'nde de durum aynı olacaktır, bu durumda kamu düzenine karşıtlık nedeniyle eşcinsel bir çift için evlat edinmenin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır.

⁶⁰⁷ Eşcinsel çiftlerin tamamen evlat edinmesine izin veren Avrupa ülkeleri şunlardır: Andorra (2014), Avusturya (2010), İngiltere (2005), Belçika (2006), Danimarka (2010), Estonya (2016), Finlandiya (2017), Almanya (2013) Fransa (2013), İrlanda (2016), İzlanda (2016), Lüksemburg (2015), Malta (2014), Hollanda (2001), Yeni Zelanda (2013), Norveç (2009), Portekiz (2016), İspanya (2005), İsveç (2003), Galler (2005), İskoçya (2009).

İsveç, 2003 yılında eşcinsel çiftlerin çocuk bakma ve yetiştirme konusunda heteroseksüel çiftler kadar yetenekli olduğunu gösteren 18 aylık bir araştırmaya dayanarak eşcinsel çiftler tarafından evlat edinilmesini onaylamıştır. 18 Mayıs 2013'ten itibaren, Fransa'da eşcinsel evliliklere ve iki partnerin birlikte evlat edinilmesine izin veren yasa yürürlüğe girdi. İtalya'da ilk kez Nisan 2016'da iki kadından oluşan eşcinsel bir çiftin birbirlerinin çocuklarını evlat edinmesi onaylandı. Grassadonia'nın eşi, eşinin ikiz oğullarını evlat edinebilir, eşi de Grassadonia'nın üçü de tüp bebek yoluyla doğan oğlunu evlat edinebilmiştir. Grassadonia'ya göre: "Kişisel düzeyde bu büyük bir zevk, ancak ailelerimizin bireysel kararlara bağlı olduğunu düşündüğümde tamamen mutlu olamam."

Eşcinsel ebeveynler tarafından evlat edinme ile ilgili olarak AİHM'de iki tür dava ele alınmaktadır:

- a) Tek bir eşcinsel ebeveyn tarafından evlat edinilmesi;
- b) Eşin çocuğunun evlat edinilmesi.

E.B v. Fransa davasında, başvuran, evde baba figürü bulunmadığı için cinsel yönelimi nedeniyle evlat edinmesine izin verilmediğini iddia etmiştir. Mahkeme, şikayetin, Fransa mevzuatında açıkça öngörülen, bekar kişilerin evlat edinme talebinde bulunma hakkı ile ilgili olduğunu desteklemiştir (Roagna, 2012: 14).

Gas ve Dubois v. Fransa (Mart 2012) davası, birinin eşinin çocuğunu basit bir şekilde evlat edinmesi reddedilen, birlikte yaşayan iki kadınla ilgilidir. Çocuk, iki başvuranın birlikte yaşadığı dönemde, bilinmeyen bir donörden tıbbi destekli üreme yoluyla dünyaya gelmiştir. Basit evlat edinme talebi, Fransız Medeni Kanunu'nun 365. maddesine dayanarak, basit evlat edinmede ebeveyn sorumluluğunun biyolojik ebeveynlerden evlat edinen ebeveynle devredildiği; çocuğun biyolojik ebeveynin eşi tarafından evlat edinildiği durumlar hariç olduğu için reddedilmiştir. Paylaşılan ebeveynlik sorumluluğu birlikte yaşayan çiftler için geçerli değildir. Başvuranlar, bu kararın özel ve aile hayatlarını ayrımcı bir şekilde etkilediğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, AİHS'nin üye devlet hükümetlerinden eşcinsel evliliklere izin vermesini talep etmediğini yineledi. Birlikte yaşayan heteroseksüel çiftler söz konusu olduğunda, eşcinsellerle aynı konumdadırlar, çünkü Fransız mevzuatı da onların birlikte evlat edinmelerine veya partnerlerinin çocuğunu evlat edinmelerine izin vermemektedir. Mahkeme, 8. madde ile ilgili olarak 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. X ve diğerleri - Avusturya (Şubat 2013), Gas ve Dubois - Fransa davası, yine eşcinsel bir ilişki temelinde birlikte yaşayan ve bir eşin çocuğunun diğer eş tarafından evlat edinilmesi için onay alma çabaları güden iki kadınla ilgilidir. Aradaki fark, Avusturya mevzuatının birlikte yaşayan heteroseksüel çiftlerin eşlerinin çocuğunu evlat edinmesine izin vermesi, ancak eşcinsel çiftler için bu tür evlat edinmeleri yasaklamasıdır. Mahkeme, 8. madde ile ilgili olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sonuç olarak, eşlerin birlikte evlat edindikleri yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk konusu olarak evlat edinme davalarında dava yönteminin, her bir durumu oluşturan koşullar ayrı ayrı incelenerek, vaka bazında ele alındığı görülmektedir.

Hâkim, evlat edinmenin kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu değerlendirirse, evlat edinme davasını durduran bu aracı kullanır. Ancak, evlat edinmenin kamu düzeninin temsil ettiği ahlaki ve toplumsal değer ve ilkeleri ihlal etmeyeceğini ve çocuğun yüksek yararına uygun olduğunu tespit ederse, yabancılık unsurlu evlat edinmenin gerçekleştirilmesine izin verir.

E. Çocuğun Üstün Yararı

Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası'nın 163. madde hükmü, evlat edinmenin hangi amaçla yapılması gerektiğini belirtir. Bu bağlamda, çocuğun onu evlat edinen aileden iyi bir bakım ve eğitim almasına özel önem verilmektedir. Aslında bu hüküm, evlat edinmenin tesisi için bir ilke ve temel koşuldur. Bu, diğer koşullardan önce evlat edinmenin makul

X, Y ve Z - Birleşik Krallık davasında (Nisan 1997), transseksüel bir kadın olan X ve bir kadın olan Y, istikrarlı bir ilişki içinde birlikte yaşamaktadırlar. Üçüncü başvuran Z, bir donörle suni tohumlama sonucunda Y'den dünyaya gelmiştir. Başvuranların şikayeti, davalarının ayrımcılık oluşturduğunu iddia ederek, X'in Z'nin babası olarak rolünü tanımamakla ilgiliydi. Mahkeme, sözleşme'nin 8. maddesinin, söz konusu devlete, biyolojik babası olmayan bir kişiyi çocuğun babası olarak tanıma yükümlülüğü yükleyemeyeceği için, sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Fretté - Fransa138 davasında, başvuran, bekar bir ebeveyn olarak evlat edinme başvurusunun cinsel yönelimi nedeniyle reddedildiğini iddia etmektedir. Bu nedenle ayrımcılığa maruz kaldığını ve bunun da 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlaline yol açtığını iddia etmiştir. Mahkeme, şikayetçiye farklı muamelede bulunulmasının sözleşme'nin 14. maddesine göre ayrımcı olmadığına karar vermiştir.

Salgueiro Da Silva Mouta - Portekiz davasında, başvuran, Portekiz İstinaf Mahkemesi'nin cinsel yönelimi temelinde aldığı bir kararla, kızının ebeveynlik sorumluluğunun eski karısına verildiğinden şikayet etmiştir. AİHM, Yargıtay'ın verdiği kararın başvuruçunun eski eşine karşı cinsel yönelimi nedeniyle ayırım yaptığı ve kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı, dolayısıyla sözleşme'nin 14. maddesi ile ilgili olarak 8. maddesinin ihlali sonucuna varmıştır.

olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelir ki bu da evlat edinme için çocuğun menfaatidir.

Bu koşul, mahkemeler de dahil olmak üzere devlet organları tarafından gerçekleştirilen tüm işlemlerde çocuğun çıkarına saygı gösterilmesi için oluşturulmuştur ve velayet kurumu, başta Çocuk Haklarına Dair Sözleşme olmak üzere milletlerarası standartlar tarafından çocuğa garanti vermektedir⁶⁰⁸.

Evlat edinenin evlat edinilene iyi bir eğitim ve terbiye sunabilmesi için, 163. maddenin evlat edinmeye ilişkin şartları da içeren 160. maddesi ile bağlantılı olarak yorumlanması ve uygulanması gerekir⁶⁰⁹. 163. maddenin 1. fıkrası, evlat edinmeye ancak çocuğun iyiliğine hizmet etmesi ve çocuk ile evlat edinenin ebeveyn-çocuk ilişkisi kurmasının beklenmesi durumunda izin verildiğini belirtmektedir. Yani temel koşullardan biri çocuğun bakımı ile olan ilgisidir⁶¹⁰. Bu, evlat edinmenin yalnızca ebeveyn bakımından yoksun olan çocuk için izin verildiği veya ebeveyn bakımının çocuğun büyümesi ve eğitimi için çıkarlarının gerektirdiği şey olmadığı anlamına gelir.

Dolayısıyla evlat edinmenin amacı, çocuğun özlediği bakım amacını gerçekleştirmesi için kalıcı bir şekilde aile ortamı sağlamaktır. Bu şekilde evlat edinen ailede çocuk, evlat edinen ebeveynin biyolojik çocuğu gibi bir aile ortamında büyüyecektir⁶¹¹.

Çocuğun yüksek yararının ne olduğunu tespit etmek zor olsa da bu evlat edinme prosedüründe gerekli bir konudur⁶¹². Bu hüküm birkaç durumu vurgulamaktadır: Evlat edinmenin izin verilebilirliği. Çocuğun menfaati hedefine ulaşılmamışsa evlat edinmeye izin verilmez. Bununla evlat edinmenin ancak bu maksatla caiz olduğu açıkça belirtilmektedir. Bu hükmün uygulanmaması veya evlat edinmenin çocuğun iyiliği

⁶⁰⁸ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, madde 3, fıkra 1: "Kamu veya özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından çocukla ilgili olarak yapılacak tüm işlemlerde, çocuğun yüksek yararı gözetilmelidir. birincil düşünce olmak"

⁶⁰⁹ Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası, Madde 160.

⁶¹⁰ Aliu, A., & Gashi, H, 2007, s. 250.

⁶¹¹ Mando, A., **Aile hukuku: Aile, Çocuklar, Evlilik, Eşler**, Tiran, 2009, s. 462.

⁶¹² D, Kelly, W., Susan F., **Modern Family Law: Cases and Materials** (Aspen Casebook) 6th Edition Appleton, 2015. s. 1129.

dışındaki menfaatler için kötüye kullanılmasının sonucu, evlat edinmenin iptali ile sonuçlanır⁶¹³.

193. maddenin 1. fıkrası hükmünde, evlat edinme amacının çocuğun menfaati için olmadığı hallerde evlat edinmenin iptal edildiği açıkça belirtilmemekle birlikte, mahkemenin her zaman evlat edinmeyi iptal ettiği ifadesi kullanılarak "Herhangi bir nedenle çocuğun iyiliği için bu gerekli hale gelirse" ifadesi, çocuğun iyiliği için bir niyet olmasa bile mahkemenin evlat edinmeyi iptal etmesi için gerekli olduğu anlamında genişletilmelidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 305. maddesinin 2. fıkrasında evlat edinmenin küçüğün yararına⁶¹⁴ olduğu belirtilmiş olup, bu hususu teslim alma ve belirleme şartı olarak hâkimin takdirine bırakmaktadır⁶¹⁵. Bu madde sadece reşit olmayanların evlat edinilmesini düzenlemekle birlikte, Medeni Kanun'un 313. maddesinin 3. fıkrasındaki atıftan dolayı aynı kural yetişkinler hakkında da geçerli olup, yetişkin ve engellilerin evlat edinilmesinde de uygulanacaktır. Modern hukukta evlat edinme kurumunun amacının çocuğun menfaati olması⁶¹⁶ ve bu kavramın milletlerarası sözleşmelerde vurgulanması nedeniyle, bu şartın evlat edinme için gerekli koşul (condictio sine qua non) olarak tanımlanması doğaldır⁶¹⁷.

Bu şartın önemi yabancı hukukun uygulanmasında da ortaya çıkmaktadır. Yetkili yabancı hukukta bu şart aranmasa bile, hâkimin evlat edinmenin küçüğün yararına

⁶¹³ Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası, Madde 168.

⁶¹⁴ Çocuğun yararının gözetilmesi ile ilgili koşul, Alman Medeni Kanunu (§ 1745 BGB.), İsviçre Medeni Kanunu (ZGB. m. 264) ve Avusturya Medeni Kanunu (§180a ABGB.) bakımından da aranmaktadır.

⁶¹⁵ Maddî hukuka ilişkin bir şart olarak küçüğün menfaatinin aranması, MÖHUK m. 18/I'in kapsamına girse de (bkz. Gelgel, s. 143), söz konusu menfaatin olup olmadığının ne şekilde araştırılacağı (Türk hukuku bakımından MK. m. 316, bu araştırmanın ne şekilde yapılacağı konusunda hâkime yol göstermektedir) usulî bir mesele olarak değerlendirilip, *lex fori*'ye tâbi tutulmaktadır (Nomer/Şanlı, s. 279; Çelikel/Erdem, s. 274; Tekinalp, s. 219).

⁶¹⁶ Aydoğdu, M., **Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme**, Adalet Yayınevi 2010 s. 56; Serozan, III §5 N. 72; Dural/Öğüz/Gümüüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku** 17.baskı, İstanbul s. 287; Ansay, s. 90. Çocuğun menfaati (Kindeswohl) kavramı hakkında daha detaylı açıklama için bkz. BasIK-Breitschmid, Art. 264, s. 18-19.

⁶¹⁷ Aydoğdu, M, 2010, s. 56; Akıntürk, 2002, s. 371; Medeni Kanun madde gerekçeleri için bakınız. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_2.pdf (10.10.2023)

olmayacağına karar verdiği hallerde, kamu düzeni açısından bu hükmün uygulanması ve buna izin verilmemesi gerekir.

Yabancı hukukun uygulanmasının evlat edinilenin menfaatlerine herhangi bir nedenle aykırı olduğu hallerde mahkemelerin kullanabilecekleri bu imkân varken, Türk hukukunu doğrudan uygulayan Türk mahkemelerinin tüm şartları dikkate alarak vereceği kararlar, kamu düzeni olarak kabul edilmesi doğru değildir⁶¹⁸.

Kanun koyucunun iradesi bu yönde ise, İsviçre'deki kurala (Medeni Kanun madde 77, fıkra 1) benzer şekilde, her bir tarafın ulusal hukukunu bağlayıcı bir kural olarak kabul etmek yerine (MÖHUK madde 18, fıkra 1), Türkiye'de evlat edinme koşulları, Türk hukukuna göre belirlenecek ve bu kanuna tabi olacak bir kural oluşturulabilecektir.

Ancak kanun koyucu, MOHUK'un 18. maddesinin 1. fıkrasından da anlaşıldığı üzere, evlat edinme şartları konusunda Türk hukukunun kayıtsız şartsız uygulanmasını değil, en yakın kanunun uygulanmasını amaçlamaktadır. Yukarıda tartışılan diğer koşulların arkasındaki mantık, her zaman evlat edinmenin çıkarınadır. Sonuç olarak, yetkili yabancı hukuk evlat edinme için Türk hukukuna göre daha hafif şartlar getirdiğinde, hâkim yabancı hukuku uygulamalı ve çocuğun yüksek yararına olduğu sürece evlat edinmeye izin vermelidir. Yukarıda mahkemeler tarafından uygun görüldüğü belirtilen kamu düzeni müdahalesinin gerekli olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler, evlat edinme işleminin evlat edinilecek kişinin menfaatine olmasıyla da ilgilidir.

V. KAMU DÜZENİNİN VELAYETE ETKİSİ

A. Genel Açıklamalar

Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 139. maddesi ebeveynlerin ayrı yaşaması durumunda çocuklara nasıl bakılacağını düzenlemektedir. Ebeveynlerin ayrı yaşadığı durumlar, örneğin ebeveynlerin evli olmadığı durumlar gibi farklı nitelikte olabilir; ebeveynler evliyken boşandığında veya evlilik feshedildiğinde çocukları vardır; ama ebeveynler ayrı yaşıyorlardır.

⁶¹⁸ Yarg. 2. HD., 30.06.2003, 8317/9830; Yarg. 2. HD. 12.04.2007, 14063/6141 (kazanci.com); Yarg. 2. HD., 12.03.2001, 2020/3683 (Ruhi, MÖHUK, s. 140); Yarg. 2. HD., 20.09.2004, 9169/10282 (Ruhi, MÖHUK, s. 146-147); Yarg. 2. HD., 12.04.2007.

Bu maddenin birinci fıkrasında, ana ve babanın ayrı yaşamaları halinde, hangi ebeveynin velayeti üstleneceği konusunda anlaşabilecekleri belirtilmiştir. Çocuğun bakımı, birlikte yaşadığı ebeveyn tarafından yürütülür, ancak diğer ebeveynin de bunu kabul etmesi gerekir. Bu madde, anne ve babanın hangi ayrı yaşam durumlarıyla ilgili olduğunu öngörmemekle birlikte, tüm durumları ifade eden genel bir kuraldır. Bu, gerçek hayatın ayrılması (birlikte yaşama) durumunda veya hatta evliliğin sona ermesi durumunda bile, ebeveynlerin ebeveyn bakımının uygulanması konusunda anlaşabilecekleri veya sırasıyla çocukların hangi ebeveynin bakımı altında kalacağı konusunda anlaşabilecekleri anlamına gelir⁶¹⁹.

Evlilik olup da fiilen ayrılık söz konusu olduğunda veya eşlerin ayrı bir hayat sürmeleri hâlinde dahi, bunun talep edilebileceği ve mahkemenin sadece bakım ve nafaka için özel bir karar verebileceği de açıktır⁶²⁰. Ancak şunu da eklemek gerekir ki, boşanma veya iptal davalarında mahkeme re'sen çocuk bakım sözleşmesinin çocuğun yararına olup olmadığını değerlendirebilir ve anne-babanın önerdiğinden farklı bir şekilde karar verebilir⁶²¹. Bu, ebeveynlerin olası anlaşmasına bakılmaksızın çocukların çıkarlarını korumak için yapılır.

İkinci fıkrada, ana-baba arasında çocuğun bakımı konusunda anlaşmaya varılamadığı takdirde yetkili mahkemenin karar vereceği belirtilmektedir. Boşanma veya iptale aynı kararla, hatta ayrı bir kararla karar verdiğinde karar vermeye yetkili mahkeme bölge mahkemesidir⁶²². Priştine Bölge Mahkemesinin C.nr.126/2010 sayılı kararıyla mahkeme, çocukların gözetimi ve çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyn ile kişisel temasların sürdürülmesine ilişkin özel bir karar vermiştir. Bu durumda ayrı yaşayan ancak boşanmamış olan ebeveynler çocuğa nasıl bakacakları konusunda anlaşamadıkları için ebeveynlerden biri çocuğun velayetini talep etmek için mahkemeye dava açmıştır. Mahkeme, çocuğun birlikte yaşadığı ve duygusal bağ kurduğu ebeveyne (babaya) emanet edilmesi gerektiğine karar vermiştir; ancak, bu tür durumlarda, bölge mahkemesi, boşanma

⁶¹⁹ LFK, madde 70, par. 2.

⁶²⁰ Priştine Bölge Mahkemesinin C.nr.126/2010 tarih ve 20.9.2010 tarihli kararı.

⁶²¹ LFK, madde 84, par. 2 , 140. maddenin 2. paragrafı ile ilgili olarak.

⁶²² Priştine Bölge Mahkemesinin C.nr.126/2010 tarih ve 20.9.2010 tarihli kararı.

veya evliliğin iptali ile ilgili bölge mahkemesinin kararıyla çözülmemişse⁶²³, yalnızca çocuğun bakım ve ilişkilerin sürdürülmesindeki güveni söz konusu olduğunda karar verir ve her halükârda, boşanmaya veya evliliğin iptaline karar verildiğinde, aynı kararlar evlilik ve çocukların velayet konusu çözülmektedir⁶²⁴.

Üçüncü. fıkrada ayrılık, boşanma ve evliliğin iptali davalarında yetkili mahkemenin karar vereceği belirtilmektedir. Yetkili mahkeme veya diğer yetkili organ, çocuğun gözetim ve bakımına karar verdiğinde, çocuğun güveninin belirlendiği ebeveyn tarafından bakımının yapılması kararı alınır. Çocuğun güvenliğine her zaman mahkeme tarafından karar verildiği ve başka herhangi bir organ tarafından karar verilmediği söylenmelidir. Burada tabir veya başka bir "kurum" kullanıldığında, ana-baba arasında herhangi bir ihtilâfın olmadığı durumlarda karar verebilen ve ana-babaya çocukların bakımı konusunda çözüm bulmalarında yardımcı olan velayet makamı kastedilmektedir.

Anne ve babanın ayrılması durumunda mahkeme kararı 1. paragrafta açıklandığı gibi, bu, evli olmadıkları halde birlikte yaşadıkları veya evlilik dışı bir birlikteliğe sahip olduklarında, ebeveynler arasındaki gerçek yaşamın (birlikte yaşama) ayrılmasıyla ilgilidir. Nitekim bu durumlarda mahkeme çocukların güvenine ilişkin bir karar vermekte ve bu karara göre velayet, çocuğun emanet edildiği ebeveyn tarafından yerine getirilmektedir⁶²⁵. Priştine Belediye Mahkemesinin C.nr. 1239/2011 sayılı mahkeme kararı, çocukların bir ebeveyne emanet edilmesine ve birlikte yaşayan eşlerin çocukları için diğer ebeveynle kişisel ilişki kurulmasına karar vermiştir. Eşler boşandığında, aynı kararlar mahkeme, sırasıyla çocukların velayetine de karar verir⁶²⁶. Mahkeme kararıyla, incelenen kanıtlara dayanarak, çocuğun menfati için daha makul ve yararlı olduğunu düşünülen bir ebeveyne emanet edildiğine, diğer ebeveyne ise çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verir⁶²⁷.

⁶²³ Belediye Mahkemesi kararı, C. nr. 20.12.2011 tarih ve 1239/11.

⁶²⁴ Priştine Bölge Mahkemesinin C.nr. 16.2.2011 tarihli 61/2011; Priştine Bölge Mahkemesinin C.nr.224/2010 tarih ve 13.6.2011 tarihli kararı.

⁶²⁵ Priştine Belediye Mahkemesinin C. nr. 20.12.2011 tarih ve 1239/2011.

⁶²⁶ Priştine Bölge Mahkemesinin 24.9.2010 tarihli C.nr.71/2009 tarihli kararı.

⁶²⁷ Priştine Bölge Mahkemesinin C.nr. 1.11.2010 tarihli 27/2010; Priştine Bölge Mahkemesinin C.nr. 25.8.2010 tarihli ve 191/2010; Priştine Bölge Mahkemesinin C.nr. 13.6.2011 tarih ve 244/2010.

Böylece çocuğun velayeti ve eğitimi için kendisine emanet edilen ebeveyn, ebeveyn bakımını üstlenir.

Bir ebeveyn, mahkeme tarafından uygulanan koruyucu önlemler olsa bile ebeveyn bakımı yapabilir. Bu durum, boşanma veya evliliğin iptali durumlarında, evliliğin henüz kesin bir kararla sona ermediği, ancak çocukların bakımının bir güvenlik tedbiri olarak özel bir kararla belirlendiği durumlarda, boşanmaya karar verilmeye kadar ortaya çıkar⁶²⁸. Böylece mahkeme kararıyla tedbir olarak çocuğun velayetinin kendisine verildiği ebeveyn, bu tedbirin süresine veya mahkeme kararıyla aksi kararlaştırılincaya kadar velayeti kullanır. Şunu da eklemek gerekir ki, güvenlik tedbirinin uygulanmasına kararla karar verilir, ancak, çocuğun emanetine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkemece son karara verilmeye kadar acil bir tedbir olarak ihtiyaç duyulması halinde, yargılama sırasında da güvenlik tedbiri uygulanabilir.

Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 41. maddesi⁶²⁹ ana-babalar ve çocuklar arasındaki ilişkiyi düzenleme yolunu tanımlamıştır, bu durumda 1. paragrafta şu vurgulanmaktadır: "*Çocukların velayetinin tesisi, değiştirilmesi ve sona erdirilmesinde, çocukların ve ebeveynlerin ortak mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku yetkilidir. Yetkili oldukları yerde müşterek mutad meskene sahip olup olmadıklarını belirtirler*" hükmü yer alırken, kanun koyucu aynı maddenin 2. fıkrasında "*Anne ve baba ile çocukların mutad meskenleri farklı devletlerde bulunuyorsa, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku yetkilidir*" hükmü getirilmiştir.

Bu düzenleme şeklinden açıkça belirtilmese de çocuğun yüksek yararının esas alındığı, bağlantı noktaları aracılığıyla hakkın uygulanmasından ibaret olan hakkın çocuğun her zamanki ikametgahının bulunduğu yerin yetkili kılındığı anlaşılmaktadır.

Velayet konusuna gelince, Medeni Kanun'un 1268. maddesinin 1. paragrafına göre Kosova Cumhuriyeti'nde şu vurgulanmaktadır: "*Çocuğun gelişimi için çok önemli olan konularda, aralarındaki anlaşmaya veya mahkeme kararına bağlı olarak yalnızca birinin*

⁶²⁸ Kosova Cumhuriyeti Aile Yasası, Madde 71. <https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=2410> (10.12.2023)

⁶²⁹ https://kuvendikosoves.org/Uploads/Data/Documents/PLpertedrejtenderkombetareprivate_gXCMqX Xt.pdf (05.12.2023)

velayetini üstlendiği durumlarda dahi, her iki ebeveyn de anlaşma ile karar verecektir”. Yine aynı maddenin 2. fıkrasında “*Velayetini yerine getirmeyen ebeveyn, diğer ebeveynin önemli konularda velayet sorumluluğunun yerine getirilmesine ilişkin herhangi bir önlem veya işlemine katılmadığı takdirde, durumu yetkili mahkemeye bildirebilir*”⁶³⁰.

Bu maddeden kanun koyucunun, çocuğun yüksek yararının korunduğu bir kurum olarak birlikte yaşamaya devam etmeyen ebeveynler tarafından çocuğun korunmasına ve çocuğun duygusal, fiziksel ve entelektüel gelişimi üzerinde olumsuz bir etkisi olabilecek aile uyumsuzluğunun mümkün olduğunca azaltan uygun bir model sağlamaya çalıştığı anlaşılmaktadır.

Benzer şekilde⁶³¹, Kosova Cumhuriyetindeki gibi, bu kurum, ana babanın boşanmasından sonra çocuğun bakım ve eğitime Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 46. maddesi normunun uygulandığı ve düzenlendiği Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde çözümlenmiştir⁶³².

Bu arada Arnavutluk Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 29. maddesinde kararlı bir şekilde "Ana baba ile çocuklar arasındaki ilişkiler, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin kanunu veya çocuğun ikamet ettiği yer kanunu ile düzenlenir." Burada Kosova Cumhuriyeti ve Kuzey Makedonya ile karşılaştırıldığında, Arnavut yasa koyucunun açıkça "çocuğun en yüksek menfaatini" vurguladığının altını çiziyoruz.

Çeşitli devletlerin ulusal mahkemelerinde velayetin doğrudan doğruya kamu düzeniyle ilgili olduğu kabul ve hüküm altına alınmıştır.

Ancak milletlerarası özel hukukta hakimler, kamu düzenine müdahale gerektiren durumları çocuğun yüksek menfaatini dikkate alarak değerlendirmelidir. Hâkimler, ebeveynler arasında mutlak bir denge sağlayamazlar ve her zaman taraflıdırlar ve çocukların menfaatlerini iyi şekilde yerine getirmekle ilgilenirler. Bu konu aynı zamanda Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve devletlerin hukuk sistemlerinin

⁶³⁰ Bkz. Kosova Cumhuriyeti Medeni Kanunu, madde 1268, paragraf 1 ve 2.

⁶³¹ Ilija Rumenov, Europeanisation of the Macedonian Private International Law - Legal Evolution of a National Private International Law Act, 4 Eclis, 2020, s. 299-328.

⁶³² Bkz. Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 46. maddesi.

diğer kaynaklarında da düzenlenmektedir. Dolayısıyla milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı ve sınırı, çocuğun yüksek yararının sağlanması açısından tanımlanmıştır.

Velayete ilişkin kanunlar ihtilâfında, çocuğun yüksek yararının gözetilmediği durumlarda, kamu düzeninin müdahalesi ile bu hakkın kullanılmaması *lex fori*'nin kamu düzeni çerçevesinde olduğu çocuğun yüksek menfatini esas alınmasını ihlal etmektedir.

Türk hukukuna bakacak olursak, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (MÖHUK) 5. maddesi uyarınca, bir olaya uygulanacak yetkili yabancı hukuk hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, ilgili yabancı hukukun maddi hükümlerini uygular, ancak gerekli görüldüğünde Türk hukuku uygulanır. Velayete ilişkin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, yetkili kanunun uygulanması kamu düzeni yoluyla müdahale edilerek sınırlandırılabilir veya engellenebilir.

Bu bağlamda, çocuğun yüksek yararı politikası, kamu düzeni müdahalesinin kapsam ve sınırlarının odak noktasıdır. Çocuğun yüksek yararının tespiti somut olayın niteliğine ve çocuğun niteliğine göre değişmekle birlikte, çocuğun korunması için kabul edilen ulusal maddi hukuka ilişkin bazı temel ilkelerin belirlenmesi bu çalışmanın ana temasını oluşturmaktadır.

Medeni Kanun'a göre boşanma veya evlilik dışı ilişki durumlarında ebeveynler ortak velayet kullanabilirler, ancak ortak velayet kurumu açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bazı yazarlar, boşanma durumunda, Medeni Kanun'un 182. maddesinin 2. fıkrası hükümlerine göre hareket ederek ve ayrıca aynı Kanunun 336. maddesinin 3. paragrafına göre çocuğun yüksek yararına aykırı olmadığı sürece hâkim tarafından ortak velayete karar verilebileceğini savunmaktadır.

Diğer bazı yazarlar, Medeni Kanun'un yukarıda belirtilen hükümleri ışığında ortak velayete izin verilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Hatemi, Kalkan, Oğuztürk gibi bu görüşü destekleyen yazarlar, ortak velayet konusunda kanunda herhangi bir boşluk bulunmadığından ortak velayet için olumsuz bir çözüm olduğuna işaret etmektedirler⁶³³. Ayrıca çocuğun yüksek yararı kapsamında ortak velayet kabul edilemez. Bu durumun çocuğun velayet mücadelesine de yol açacağı söyleniyor. Ayrıca yazar Serozan, Medeni

⁶³³ H. Hüseyin., Oğuztürk, K. B., **Aile Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.129.

Kanun'un 336. maddesi hükmü dikkate alındığında ortak velayet modelinin uygulanmasının Türk hukuku açısından mümkün olmadığını vurgulamaktadır⁶³⁴. Yazar Serozan, Hatemi'den farklı olarak ortak velayetin uygulanması gerektiğini vurguluyor; ancak Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesi hükmü böyle bir uygulamaya izin vermemektedir; yani ilgili kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye aykırıdır⁶³⁵.

Türk doktrininde evlilik dışı doğan bir çocuğun velayetinin ana ve baba tarafından ortaklaşa kullanılıp kullanılamayacağı da tartışılmaktadır. Medeni Kanun'un 337. maddesinin açık hükmü nedeniyle bunun mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁶³⁶. Ancak diğer teorisyenler ise çocuğun yüksek yararı ilkesi gereğince müşterek velayetin uygulanmasına izin verilerek kanundaki boşluğun doldurulabileceğini savunmaktadırlar⁶³⁷.

Türk hukukunda müşterek velayetin kabulünü veya reddini savunan yazarların ortak çıkış noktası, çocuğun yüksek menfaati ilkesidir. Kanaatimizce, bu konuda yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığından hâkim, çocuğun yüksek menfaatini dikkate alarak yorum yoluyla müşterek velayete karar verebilir.

Anayasa'nın 90. maddesine göre, onaylanan uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve temel hürriyet ve haklara ilişkin uluslararası andlaşmalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası anlaşma hükümlerinin esas alınacağını vurgulamaktadır.

⁶³⁴ Serozan, R, **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 257.

⁶³⁵ Aile Hukuku Kanunu Türkiye tarafından 14.09.1990, tarihinde imzalanmış ve 2012 sayılı kanunla onaylanmıştır. 09.12.1994 tarihinde 4058. Kanunun Yayımlandığı Resmi Gazete: 11.12.1994-Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. XXII, Y.2018, 22138; Sözleşmenin yayımlandığı Resmi Gazete: 27.01.1995-22184. UNCRC'nin tam İngilizce metni için bkz. <http://www.ohchr.org/EN/ProfessyonalInterest/Pages/CRC.aspx> (et: 04.05.2017).

⁶³⁶ Cem B, f. 271; R. Yüksel, f. 51; Serozan 2017, s. 255. TMK'nın 337. maddesini eleştiriyor ve evlilik dışı ilişkilerde velayeti sadece anneye bırakıyor. Yazar; bu durumun, çocuklarını evlat edinen ve velayet sorumluluklarını paylaşmak isteyen duyarlı anne baba modeline uymadığını belirtiyor. Ayiter ve Baktır Çetiner ortak velayetin mümkün olmadığını savunurken; çocuğun yüksek yararına dayalıdır. Yazarlar, ortak velayetin taraflar arasındaki kontrol mekanizmasını ortadan kaldıracağını savunarak, bunu çocuğun yüksek yararına aykırı olarak görüyorlar. Baktir Cetiner, s. 47; Ayiter, N; TMK ön taslağının satırına ve esasına ilişkin hükümlere ilişkin görüşler,, AÜHFD, Vol 30, No 1, 1973, f. 145-167 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3021.pdf>, erişim: 22.09.2017).

⁶³⁷ Serozan, 2017, s. 194.

Ayrıca, çocuğun yüksek yararı uluslararası sözleşme hükümleriyle düzenlenmemiş olsa bile (en temel insan hakkı olarak temel bir norm olarak), çocuğu ilgilendiren her türlü uyuşmazlıklarda hâkim tarafından dikkate alınmalıdır. Türkiye'de uygulamaya konulan ilk ortak velayet kararı, İzmir Aile Mahkemesi tarafından verilmiştir⁶³⁸. Anlaşmalı boşanma talebiyle mahkeme, özel bilirkişiliği de dikkate alarak çocuğun yüksek yararı ilkesi ışığında ortak velayet tesis etmiştir. Yargıtay, 2017 tarihli kararında⁶³⁹, asıl uyuşmazlığın kanunlar ihtilâfı ile ilgili olmasına rağmen ilk kez müşterek velayetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığına hükmetmiştir. En temel gerekçe olarak Protokol No. 11 ve Değiştirilmiş Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi No. 7⁶⁴⁰ (AİHS) – kanun hükmündedir ve yürürlükte olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesinde uygulanamaz.

Eşlerin gerek evlilik öncesi gerekse evlilik sırasında ve evliliğin sona ermesinde birbirleriyle ve çocukları ile olan ilişkilerinde özel hukuk niteliğindeki hak ve sorumluluklar bakımından eşit oldukları söylenmiştir. Bu nedenle hâkimin, çocuğun anne ve babasıyla olan ilişkisi, anne babanın birbirleriyle olan ilişkileri, geniş ailedeki bireylerin durumu, hatta boşanma sebebi, çocuğun sosyolojik menfaatine en yüksek dereceye göre karar verilir.

Bu gerekçeye dayanarak, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2017 tarihli kararında⁶⁴¹, çocuğun görüşlerini dikkate alarak çocuğun yüksek menfaati ilkesine uygun olarak ortak velayete karar vermiştir.

MÖHUK'un 17. maddesine göre soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk belirlenir. Yabancı unsurlu velayet ilişkisi de soybağının hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinden, ilgili hükme göre soybağı belirleyen kanuna tabidir. Ancak, ana,

⁶³⁸ İzmir 4. Aile Mahkemesi, E. 2009/448, K. 2009/470, T. 27.05.2009, Karar için bkz; Serdar, s. 171

⁶³⁹ 2. HD., E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.02.2017, www.kazanci.com (e.t.:16.08.2017)

⁶⁴⁰ Ek protokol numarası AİHS'nin 7 no'lu Protokolü ile değiştirilmiştir. 11 sayılı Kanun Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanmıştır. 6684-Kabul Tarihi: 10.03.2016-ZQ Kanunun yayımlandığı yer: 25.03.2016-20664; İngilizce tam metin için bkz. <http://www.echr.coe>.

⁶⁴¹ İstanbul BAM 10. HD, E.2017/578 K. 2017/386 T.26.04.2017, karar için bkz. Apaydın, fq. 465. Benzer kararlar için ayrıca bkz. Ankara BAM 1. HD, E. 2017/121, K.2017/601, 10.05.2017, Apaydın, f. 463-465; Ankara BAM 2. HD E.2017/1132 K.1471 T.05.12.2017, Apaydın, f. 465.

baba ve çocuğun ortak bir ulusal hukuku varsa, velayet ilişkisinde o hukuk uygulanır; yoksa mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Başka bir deyişle, bağlayıcı "babalığı tesis eden kanun" hükmü, genel olarak babalık düzenlemelerine ve özel olarak velayet ilişkilerinde son çare olarak uygulanır⁶⁴².

Burada çocuğun hukukundan kaçınıldığı ve aile birliğinin korunması için aile hukukunun esas alındığı söylenmektedir⁶⁴³. Aynı şekilde kanunun gerekçesinde de ilgili hükmün aile ilişkilerine uygulanan kanunda sağlanması tercih edilmiştir. Aslında pratik olarak düşünüldüğünde; ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku ile mutad meskenlerinin örf ve adet hukukuna göre, “nesebini tesis eden kanun”un tespitinde uygulanan bağlayıcı kurallarla⁶⁴⁴ aynı kanuna atıfta bulunulması kuvvetle muhtemel görünmektedir.

MÖHUK'un 16. maddesinin 1. fıkrasına göre babalığın tespiti kanunu tanımlanmıştır. İlgili hükmün lafzına bakıldığında yer alan maddelerin uygulanması, önceki maddelerle belirtilen yabancı madde kanunu hükümlerine göre babalığın ispat edilememesi şartına bağlıdır. Ancak hükmün zorunlu kademeli kural şeklinde düzenlenmesi doktrinde eleştirilmiştir. Profesör *Nomer*'e göre maddi hukukta alternatif bulma, çocuk için en uygun olan hukuku seçmek; yani çocuk lehine en uygun kanunun seçilmesini mümkün kılan bir sistem (“Uyumluluk İlkesi”) benimsenmiştir⁶⁴⁵. Kanaatimizce böyle bir yorum çocuğun yüksek menfaatine de uygundur.

Öte yandan, MÖHUK'un 16. maddesinde tanımlanan yetkili yabancı hukukun soybağının hükümlerinde doğrudan uygulanabileceği sonucuna varılmamalıdır, çünkü çocuğun yüksek yararı başka bir bağlayıcı noktanın uygulanmasını gerektirebilir. Örneğin,

⁶⁴² Şanlı, C., Esen, E., Ataman-Fıganmeşe, 2014, s. 152; Akıncı/Demir Gökyayla, 2001 s. 148; Çelikel/Erdem, 2016 s. 268-269; NOMER, E; **Devletler Hususi Hukuku**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul, 2017, s. 280.

⁶⁴³ E. D. Kibar “**Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı ve Velâyete İlişkin Sorunlar**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/I, s. 541-560, s. 547.

⁶⁴⁴ Gerekçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (e.t.: 01.08.2018).

⁶⁴⁵ Nomer, E, 2017, s. 271-272. Aynı yöndeki görüşler için bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, 2014 s. 144-145.

MÖHUK'un 16. maddesine göre çocuğun nesebinin doğum anında ulusal hukuka göre belirlenmesi gerekir.

Buradan şu soru çıkmaktadır: MÖHUK'un 17. maddesindeki menşei belirleyen emredici hukukî noktadan hareketle, MÖHUK'un 16. maddesinde yapılan kasti yorum, yetkili kanunun tespiti bakımından geçerli kabul edilebilir mi? Kanaatimizce aynı husus soybağının hükümleri belirlenirken de dikkate alınabilir. MÖHUK'un 17. maddesindeki amaç, çocuğun en uygun şekilde korunmasıdır. Bu nedenle, davanın açıldığı tarihte ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku veya mutad meskeni bulunmaması halinde, MÖHUK'un 16. maddesinde sayılan bağlantı noktalarından, yabancı hukukun; çocuğun korunması için daha uygun olan hükümleri velayet ilişkisinde de uygulanmalıdır. Bu durumda MÖHUK'un 17. maddesi kapsamında talep anında ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku veya mutad mesken hukuku dikkate alınacaktır. Ancak, anne, baba ve çocuğun ortak bir ulusal hukuka ve mutad meskene sahip olmadığını varsayarsak, çocuğun yüksek yararı, somut olayın özelliklerine göre ayarlanır. Bu nedenle, çocuğun babalığın kurulmasındaki menfaatine en uygun olan yabancı yetkili kanun, soybağının hükümleri açısından “en uygun” olmayabilir. MÖHUK'un 16. maddesindeki diğer bağlantı noktalarına göre "en uygun" kanun belirlenmelidir.

Boşanma halinde velayete uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili olarak, MÖHUK'un 14. maddesinin 3. fıkrasına göre boşanma halinde velayet ile ilgili hususlarda ilgili hukuka tabi olunacağı unutulmamalıdır. Bu durumda velayet ana ve babanın müşterek millî hukuku olup, farklı uyruklularsa ortak ikamet hukuku, yokluğunda Türk hukuku uygulanır. Öte yandan MÖHUK'un 14. maddesinin 3. fıkrasının amacı, velayetinin kimde olacağı ve bu ilişkinin kapsam ve sınırlarıdır.

B. Çocuğun Yararının İncelenmesi ve Anne ve Babanın Ortak Velayetinde Kamu Düzenine Müdahale

Velayet meselelerine kamu düzenine müdahalenin kapsamı ve sınırları, aşağıdaki temel ilkeler dikkate alınarak Aile Hukuku Kanunu çerçevesinde belirlenebilir.

Çocuğun yüksek menfaati, kamu düzeni göreceli bir kavram olduğu için yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmasında her zaman çocuğun yüksek menfaati ilkesine hizmet eden bir araç olarak karşımıza çıkabilmektedir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesine göre,

mutad mesken hukuku uygulamasının ancak çocuğun yüksek menfaati gözetilerek kamu düzeni ile ortadan kaldırılabilirliği düzenlenmiştir (m. 22)⁶⁴⁶.

Aynı zamanda, Anayasa'nın 41. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, açıkça muhalefet olmadıkça, her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, ana-baba ile kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirlenmiştir⁶⁴⁷. Aynı şekilde, Çocukları Koruma Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrası, ilgili kanunun uygulanmasında⁶⁴⁸ çocuğun menfaati ve iyiliği ilkesine saygı gösterileceğini belirtmektedir.

Öte yandan, çocuğun yüksek menfaati ilkesini teorik açıdan tanımlamak çok zordur⁶⁴⁹. Bu ilke Yargıtay kararlarında bile tanımlanamamakta, sadece çocuğun menfaatlerinin nasıl belirleneceği konusunda tespitler yer almaktadır⁶⁵⁰.

Ancak, Yargıtay 2006 tarihli kararında⁶⁵¹, velayet ve kişisel ilişkiye yönelik düzenlemelede çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi ve yararının göz önünde bulundurulmasının zarurî olduğunu ifade etmektedir.

⁶⁴⁶ Lahey Sözleşmesinin 22. Maddesi, 1996.

⁶⁴⁷ Anayasa'nın "Toplunun korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesi şöyledir: "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitlik esasına dayanır. (2) Devlet, başta ana ve çocukların korunması olmak üzere, ailenin huzur ve esenliği ile aile planlamasının öğretilmesi ve uygulanması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı oluşturur. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Her çocuğun, ana ve babasıyla açıkça çelişmediği sürece, korunma ve bakımdan yararlanma, onlarla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı vardır. en iyi menfaatler (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Devlet her türlü taciz ve şiddetin karşısındadır. çocuklar için koruyucu önlemler almaktadır."

⁶⁴⁸ RG. 15.07.2005-25876.

⁶⁴⁹ Doktrinde çocuğun yüksek yararının ne olduğu konusunda çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. S. R. Yüksel, s. 90-91.

⁶⁵⁰ Grassinger, E., Gülçün; **Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 59.

⁶⁵¹ Y. 2. HD., E. 2006/15824, K. 2006/18407, T. 26.12.2006. Karar için bkz. www.kazanci. com (e.t.: 07.08.2017)

BM Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum no. 14⁶⁵², çocuğun yüksek menfaati ilkesinin üç temel işlevini ele almaktadır⁶⁵³: Birincisi, çocuğun yüksek menfaati ilkesi temel bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, velayete ilişkin kararlarda eşlerin değil, çocuğun menfaatlerinin esas alınmasını ve hâkimin çocuğun tarafını tutmasını gerektirmektedir.

İkincisi, yorumlayıcı bir ilke olarak kabul edilir. Bir çocuk ile ilgili anlaşmazlıkta uygulanacak aile hukukunun üstünlüğü, doğası gereği tamamlayıcı veya yorumlayıcı nitelikte ise, çocuğun yüksek menfaati ilkesi, temel yorum ilkesi olarak kabul edilir.

Üçüncüsü, usul kuralı kapsamında esas alınan temel bir norm olarak görülmektedir. Hem yasama hem de yürütme ve mahkemeler, alınan tedbirlerin çocuğun yüksek menfaatine nasıl hizmet edebileceğini, çocuğun yüksek menfaatinin hangi amaçla elde edileceğini göz önünde bulundurarak, çocuklar için amaca ulaşmakta hangi temel kriterlerin dikkate alındığı (örneğin çocuğun yüksek menfaatinin dikkate alınması) söz konusu önlemler alırken olası etkilerini göz önünde bulundurmalıdır. Çocuğun yüksek menfaatine olan tüm hususlar mahkeme kararlarında yer almalı ve temel ölçüt olarak belirlenmelidir. Görüldüğü gibi, çocuğun yüksek menfaati ilkesi yalnızca elde edilmesi gereken mutlak bir sonuç değildir; ancak bu sonuca ulaşmak için kullanılan araçlar açısından da hâkim tarafından dikkate alınması gereken bir ilke olarak kabul edilmelidir.

Çocuğun yüksek menfaatine ilişkin ayrıntılı ilkeye ek olarak, bir diğer ilke de ayrımcılık yasağıdır: Bu yasak, Aile Hukuku Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Sadece çocukları değil, aynı zamanda çocuğun bakımından yasal olarak sorumlu olanları da her türlü ayrımcılığa karşı korumayı amaçlar⁶⁵⁴.

Bu konuda Yargıtay'ın İsviçre vatandaşı olan anne ile Türk vatandaşı olan babanın boşanmasına ve velayetin verilmesine ilişkin kararı dikkat çekiyor. Ulusay-Ulusay davası olarak adlandırılan dava, yerel mahkemenin verdiği kararlar nedeniyle eleştiriye açıktır.

⁶⁵² United Nations Committee on the Rights of the Child General Comment No. 14, http://www2.ohchr.org/Engl/sh/bod/es/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (e.t.: 07.08.2017). (anılış: Comment No. 14).

⁶⁵³ Comment No. 14, prg. 6.

⁶⁵⁴ Bu konu hakkında bkz. Serozan, 2017, s. 60-67.

Yerel mahkeme⁶⁵⁵, çocuğun Türk örf ve adetlerine uyum sağlamasının ve Türkiye'de büyümesinin bir ayrıcalık olacağı gerekçesiyle velayetin babaya verilmesine ve anne ile kişisel ilişki kurulmasına karar vermiştir. Yargıtay⁶⁵⁶ ise velayetin anneye verilmemesinin çocuğun fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini engellediğine dair ikna edici bir delil bulunmadığını söylemektedir. Yargıtay bu gerekçelere dayanarak yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Gerekçede, çocuğun velayetinin anneye verilmesi halinde İsviçre'ye gideceği ve Türk gelenek, görenek, ahlaki değerlerinden ayrı tutulacağı, olması gereken bu önemli değerlere aykırı olduğu belirtiliyor⁶⁵⁷.

Yerel mahkeme kararında olduğu gibi karşı tarafta yer alan annenin uyruğu ve dinine ilişkin açıklama ve gerekçeler Aile Kanunu'nun 2. maddesine ve Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır⁶⁵⁸.

Yargıtay, fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini engelleyen ciddi ve inandırıcı delillerin bulunmadığını öne sürerek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Bir sonraki ilke, çocuğun temel yaşam hakkına saygı duyulması ve sağlanmasına ilişkindir: En temel insan hakkının sonucu olarak kabul edilen bu ilke, çocuğun, bir bütün olarak fiziksel, entelektüel ve ahlaki gelişimini dikkate alarak ailesinin gereklerine uygun olarak gelişmesine saygıyı ifade eder. Bu ilke Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun kişisel mallarının korunması için alınacak tedbirlerde de öncü rol oynamaktadır. Nitekim hâkim, Türk Medeni Kanunu'nun 346 ila 348. maddelerinde düzenlenen tedbirlere hükmederek, çocuğun sosyal, tıbbi ve pedagojik yönden kişisel gelişimini dikkate alarak takdir yetkisini kullanmalıdır⁶⁵⁹.

Ayrıca Medeni Kanun'un 182. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, eşin velayet verilmeyen eş ile kişisel ilişkilerinin düzenlenmesinde başta sağlık, eğitim ve ahlak yönünden olmak üzere çocuğun yararlarının esas alınacağı belirtilmektedir.

⁶⁵⁵ Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 999 K. 880, T. 13.12.1991, MHB, Sayı 1-2, 1996, s. 186-189; HUYSAL, s. 134.

⁶⁵⁶ 2. HD. E. 4086, K. 4386, T. 14.04.1992, MHB, Sayı 1-2, 1996, s. 182-186; HUYSAL, s. 135.

⁶⁵⁷ HGK, E. 2-763, K. 117, T. 17.03.1993, MHB, Sayı 1-2, 1996, s. 175-182; Huysal s. 135.

⁶⁵⁸ Karşı oy yazısının eleştirisi için bkz. Huysal, s. 136.

⁶⁵⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. G. E. Grassinger, 2009. s. 107 vd.

Diğer bir ilke de, gerekli görüldüğünde çocuğun görüşünün alınmasıdır: Bu ilke, Taraf Devletlerin, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca⁶⁶⁰, görüş oluşturma yeteneği, çocuğun yaşına ve olgunluk düzeyine uygun olarak gereken özeni göstererek, kendisini ilgilendiren herhangi bir konuda görüşlerini özgürce açıklama hakkına sahiptir.

Bu durum istisnâî durumlarda kamu düzeninin müdahalesinin gerekliliğinin ihmal edilmesine neden olmaktadır. Nitekim Yargıtay, ilgili hüküm kapsamında yabancı hukukun öncelikli olarak uygulanmasını pas geçerek doğrudan Türk hukukunu uygulamaktadır. Örneğin yukarıda bahsettiğimiz Ulusay-Ulusay davasına konu olan davada yabancılık unsuru taşımasına rağmen yargılamanın hiçbir aşamasında Türkiye Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu uygulanmamış, dolayısıyla kanunlar ihtilâfi kuralları çiğnenmiştir⁶⁶¹.

Maddi hukuk açısından çözülmesi en zor mevzulardan biri de eşlerin boşanması sonucunda çocuğun velayetinin kime verileceğidir.. Hâkim, çocuğun yüksek yararı ilkesi çerçevesinde, tarafların yaşını, fiziksel ve zihinsel gelişimini, sağlık, ekonomik ve sosyal durumunu dikkate alarak; kendisi için doğru kararı vermekle yükümlüdür. Olaya yabancılık unsuru karıştığında, yetkili yabancı hukuk ve Türk hukukunda düzenlenmeyen yasal kurumların uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Yüksek Mahkeme, velayet davalarında kamu düzeninin sağlanmasını öngören Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 5. maddesini sıklıkla davalarda uygulamaktadır. Bu konuda tartışılan en önemli konulardan biri ortak velayet hakkının kabulüdür. Milletlerarası özel hukuk açısından, müşterek velayetin kamu düzenine müdahale konusu olup olmayacağı konusunda Yargıtay'ın farklı kararları öne çıkmaktadır. Örneğin, Yüksek

⁶⁶⁰ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin 1. Paragrafı.

⁶⁶¹ Ö. G. Günseli, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, Sayı 8, Güz 2005/2, s.119-148, s. 127. ("Velâyet ")

Mahkeme 2003 tarihli⁶⁶² bir kararında ortak velayetin açıkça kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Yabancı unsurlu velayet uyuşmazlıklarında kamu düzenine müdahale geniş bir yelpazeyi kapsamakta olup, bu nedenle genel ve soyut değerlendirmelerden kaçınılmalıdır.

Elbette velayet ile ilgili her konuda olduğu gibi Türk kamu düzeninin açık ihlalleri dahi incelenmekte ve çocuğun yüksek yararı ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu bağlamda, özellikle velayet ile ilgili konularda Türk kamu düzeni ihlallerinin meydana gelmesi muhtemeldir, örneğin: velayetin kimin elinde olduğu ikilemi; taraflar arasındaki kişisel ilişkide ve kamu düzenine müdahalede çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olmayan taraf, çocuğun temsili ve kamu düzenine müdahale vb.

Türk hukuk doktrinde de Yargıtay'ın çeşitli durumlarda ortak velayeti kamu düzenine aykırı bulan kararları eleştirilmiştir. *Nomer*, çocuğun velayetinin evlilik sona erdikten sonra bile ebeveynler tarafından müştereken kullanılabiliriyorsa, boşanmış eşlerin, özellikle böyle bir şey hâkimin inceleme konusu olacak olan çocuğun yüksek menfaati için ise, ilişkilerine dayalı olarak müşterek vasi olma haklarına sahip olduğunu düşünmektedir. Ayrıca, Medeni Kanun'un 336. maddesinin 2. fıkrasının⁶⁶³ müşterek velayete izin veren hükmüne dikkat edilmelidir ve bu nedenle söz konusu hukuk kurumunun Türk kamu düzenine açık bir şekilde aykırı olduğu veya temel yapıyı ihlal ettiği söylenemez⁶⁶⁴.

Değerli profesörler *Çelikel ve Erdem*, milletlerarası özel hukuka ait her kamu düzeni kuralının, iç hukuka göre kamu düzeni ile aynı anlama gelmediğini ifade etmektedirler⁶⁶⁵. Bu bağlamda yazarlar, boşanmada çocuğun müşterek velayetinin hiçbir şekilde kamu düzenine müdahalede bulunmadığını ileri sürmektedirler. Kamu düzeninin, çocuğun ortak velayetinin verilmesine hiçbir şekilde müdahale etmediği dikkate alındığında, aksine, Türkiye'nin taraf olduğu ve çocukların haklarını koruyan tüm uluslararası sözleşmelerin ortak ilkesi, "... çocuğun menfaatlerinin korunması" ve anne ile

⁶⁶² 2. HD., E. 2003/1818, K. 2003/3889, T. 20.03.2003, www.kazanci.com, (e.t.: 10.08.2017).

⁶⁶³ Medeni Kanun'un 336. maddesinin 2. paragrafı.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf> (22.12.2023)

⁶⁶⁴ *Nomer*, E, 2017. s. 531, Dpn. 272.

⁶⁶⁵ Çelikel .A Erdem, B, 2016, s. 251.

babanın ayrılması durumunda, çocuğa karşı her türlü sorumluluk ve sevginin bir fark teşkil etmemesi ve böyle bir düzenlemenin çok doğru olduğudur⁶⁶⁶.

Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe gibi diğer saygın yazarlar da, Yargıtay'ın müşterek velayetin "neden" ve "nasıl" Türk kamu düzenini ihlal ettiği sorularını yanıtsız bıraktığını, ancak bu kurumun Hukuk Dairesi kapsamında olmadığını belirtmektedirler. Ama bu Türk kamu düzenini bozan bir durum değildir⁶⁶⁷.

Aynı şekilde hukukçu *Güven* de iç hukukta kamu düzeni kapsamında görülen herhangi bir durumun milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeninin ihlali sayılamayacağını, ana ve babaya müşterek velayet verilmesinin açıkça aykırı görülmediğini kabul etmektedir.

Öte yandan, adı geçen yazarların aksine, Profesör V. Doğan, çocuğun ortak velayetinin verilmesinin Türk toplumunun kamu düzeni ile temsil edilen temel değerleriyle çeliştiği görüşündedir.

Yargıtay, müşterek velayet konusundaki tutumunu 2017 kararıyla değiştirmiştir⁶⁶⁸. Bu karar, MÖHUK'un 5. maddesinde tanımlanan kamu düzenine müdahalenin uygulanması ile doğrudan ilgilidir. Mevcut davada taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan çocuğunun annesi ile ortak velayet istemiştir.

Yerel mahkeme bu velayet anlaşmazlığında MÖHUK'un 17. maddesini uygulamış ve ana, baba ve çocuğun müşterek ulusal hukuku olan İngiliz hukuku uygulanmıştır. İngiliz hukukuna göre evlilik dışı doğan çocuklar için ortak velayet düzenlenmesi mümkün olmakla birlikte, yerel mahkeme, konunun kamu düzenine aykırı olduğuna karar vererek ortak velayet talebini reddetmiştir. Karar temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Yargıtay'a götürülmüştür.

Yargıtay ortak velayet düzenlemesinin kamu düzenine "açıkça" aykırı olmadığına karar vermiştir. Karar, velayetin kimde olacağına ilişkin Medeni Kanun hükümlerini

⁶⁶⁶ Çelikel, Erdem, B, 2016, s. 251.

⁶⁶⁷ Şanlı, C., Esen, E., Ataman Figanmeşe, 2014, s. 87.

⁶⁶⁸ 2. HD., E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.02.2017, www.kazancı.com (e.t.:16.08.2017).

içermektedir. Ayrıca, Protokol no. 11 ve Protokol no. Değiştirilen AİHS 5. maddesinin 7. maddesi, ortak velayetin kamu düzenine aykırı olmadığı esasına dayanmaktadır⁶⁶⁹.

Böyle bir tespit için ortak, kabul görmüş ve uygulanabilir hukuk ilkelerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların benimsediği ahlak ve adalet anlayışlarına, medeniyet düzeyine, siyasi ve ekonomik rejime vb. bakılmalıdır. Yukarıda belirtilen Türk iç hukukuna ve kamu düzeni kavramına ilişkin açıklamalara göre, somut olay değerlendirildiğinde, "müşterek velayet" düzenlemesinin "açıkça" Türk kamu düzenine aykırı olduğu veya temel yapıyı ihlal ettiği söylenemez.

Türk Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, tarafların müşterek hukukta velayete ilişkin düzenlemeleri dikkate alınarak "müşterek velayet" talebine ilişkin dava hakkında karar verilmesinin gerekli olduğu, İngiliz vatandaşı olup, davanın özü incelenip tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, talebin Türk kamu düzenine aykırı olduğuna dair yazılı bir hüküm oluşturulması gerekmiştir. Yargıtay'ın yukarıda belirtilen açıklamalarına dayanarak, ortak velayetin Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı bulunmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca yerel mahkeme ve Yargıtay, MÖHUK'un 17. maddesini uyguladıktan sonra, MÖHUK'un 5. maddesi kapsamında Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını incelemiştir.

Ancak iç yasal düzenlemelere müşterek velayeti dahil edip etmemeyi anlamsız buluyoruz. Çünkü ortak velayet kamu düzenine aykırı olup olmadığı iç hukukta bu yönde bir düzenleme olup olmamasına bağlı değildir. Türk Medeni Kanunu'nda müşterek velayete izin vermeyen bir hüküm olsa bile, hatta Protokol no. 11 ve değiştirilen AİHS'nin protokol no. 7'si Türk hukukunda yürürlükte olmasa bile, yabancı hukukta yer alan ve çocuğun yüksek yararının gözetilmesini gerektiren ortak velayet Türk hâkimi tarafından uygulanmalı ve bu anlamda kamu düzeninin kullanılması gerekmektedir.

Yabancı hukuktaki ortak velayet sözleşmesinin Türk hukuku açısından kamu düzenine aykırı olup olmadığının kabul edilmesi çocuğun yüksek yararı ilkesiyle doğrudan

⁶⁶⁹ Ek protokol numarası AİHS'nin 7 no'lu Protokolü ile değiştirilmiştir. 11 sayılı Kanun Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanmıştır. 6684-Kabul Tarihi: 10.03.2016-ZQ Kanunun yayımlandığı yer: 25.03.2016-20664; İngilizce tam metin için bkz. <http://www.echr.coe> ve MÖHUK'un 5. Maddesi.

ilgilidir. Daha açık bir ifadeyle, ortak velayetin kabulü, çocuğun yüksek yararı politikası açısından zorunlu olabilir.

Öte yandan, aynı ilkeye göre, ortak velayet talebi, ana ve babanın talebine bakılmaksızın hâkim tarafından reddedilebilir. Böyle bir değerlendirme yapılırken çocuğun zihinsel, ahlaki ve fiziksel gelişimi ile anne ve babanın tutumu etkin rol oynayabilir. Ortak velayet daha sonra çocuğun yüksek yararı ile çatışabilir. Örneğin, ortak velayet verilen anne ve babalar arasında, çocuğun okutulacağı okulun belirlenmesi konusunda bir anlaşmazlık çıkması halinde, dava hâkim önüne getirilebilir. Ancak, çocuğun geleceğini, ahlaki ve entelektüel gelişimini etkileyecek birçok konuda bu tür uyuşmazlıkların çıkması ve her konunun mahkemeye taşınması veya çözümsüz kalması halinde, velayetin hâkim tarafından değişen koşullara göre yeniden düzenlenmesi gerekir.

Ancak ideal olarak çocuğun yüksek menfaati ilkesine uygun olarak, evli olmasalar bile çocuğun anne ve babasının ortak sorumluluğunda yetiştirilmesi gerektiği özellikle vurgulanmalıdır. Bu nedenle ilke olarak ortak velayet alınması gerektiği, istisnaî durumlarda velayetin ebeveynlerden birine verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Hâkim, çocuğun üstün menfaati ilkesi çerçevesinde, çocuğun fiziksel, ahlaki ve zihinsel gelişimini dikkate alarak hangi durumların istisnaî olduğuna karar verecektir. Eşcinsel çiftler tarafından evlat edinilmesi durumunda⁶⁷⁰ velayet statüsünün tespiti de milletlerarası özel hukuk açısından dikkate alınması gereken konulardan biridir⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Yabancı hukuklarda aynı cinsiyetten iki kişinin birlikteliği; hayat ortaklığı, kayıtlı hayat ortaklığı ve evlilik olarak üç şekilde görülmektedir. Bu konuda bkz. Sirmen, Sedat; “Eşcinsel Birliktelikler ve Bunların Türk Kanunlar İhtilâfında Düzenlenişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 4, 2009, s. 825-879, s. 871; YASAN, Candan; “Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Evliliği ve Evlilikdışı Birlikteliği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/1, s. 749-776, s. 749-750. Alman hukukundaki tescil edilmiş hayat ortaklığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PÜRSELİM, Hatice Selin; “Milletlerarası Özel Hukuk’ta Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı Kurumu: Almanya’da Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığının Kurulması ve İptali”, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Konferans Bildiri Kitabı, İstanbul, 2012, s. 155-168. (“Hayat Ortaklığı”)

⁶⁷¹ MÖHUK’ta eşcinsel birlikteliklerin geçerliliğine ilişkin bağlayıcı bir kural yoktur. Arada yasal boşluk olduğu için Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesi uygulanmalıdır. TMK m. 1/II’ye göre söz konusu yasal boşluğu doldurmak için örf ve adet hukukunda uygulanabilir bir kural bulunmadığından kanun koyucu olarak hakimnin kendisinin kanun oluşturması ve kanun koyucu yerine aynı cinsten kişiler için kural oluşturması gerekmektedir. 50/I maddesine göre, yargısal nitelikte olmayan yabancı kararları

Ayrıca eşcinsel çiftler için evlat edinme sürecinin meşruiyetinin sorgulanması gerektiğini belirtmekte fayda var. Yabancı ülkelerde gerçekleştirilen adli ve idari evlat edinme işlemlerinin geçerli olabilmesi için Türk mevzuatına göre tanınması gerekmektedir. Kanunlar ihtilâfında ise, yabancı hukuk kapsamında, velayet veya biyolojik anne ve baba ile eşcinsel birlikteliklerde evlilik, kişisel ilişki kurulması için yabancılık unsuru ile uyumsuzluk doğduğunda, evlat edinme işleminin geçerliliği ön madde olarak kabul edilir⁶⁷².

Bu bağlamda, MÖHUK'un 18. maddesi uyarınca, Türk hakiminin bağlayıcı hukuk kurallarına, yetkili hukuk belirleyecektir.

Ancak yabancı hukukun, ortak evlat edinmenin tanınmasının geçerliliği ile birlikte uygulanacak bir hukuk olup olmadığı ve bu durumda kamu düzeninin kullanılmasının ifade

tanıma prosedürünün nesnesi olarak tanınması mümkün değildir. Bu nedenle idari karar niteliğindeki evlat edinmelerin MÖHUK'a göre tanınması söz konusu değildir. Ancak, NHK m.30/II uyarınca, yabancı adli veya idari makamlarca evlat edinme konularına ilişkin olarak verilen ve o ülke hukukuna göre kesinleşmiş veya hüküm doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de infazı, kesin bir karara varılması, Türk mahkemesinin kararının Türk mahkemesi tarafından icra edilmesi veya tanınmasına bağlıdır. Bu hükümden hareketle, sadece mahkeme kararlarının tanınmasına izin veren Türk tanıma kanununun evlat edinme prosedürü için en uç noktalara götürüldüğü ve evlat edinme ile ilgili olabilecek belgelerin Türk hakimleri tarafından kabul edilebileceği söylenmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Sybel; "Uluslararası Uyum", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hediye Atâ Sakmar, 2011/I, s. 609 618; ("Uluslararası Kabul"). Yargıç; taraf menfaatine göre bağlayıcı bir kural oluştururken, kıyas yoluyla da uygulanabilir bir karar vermiştir. Bu nedenle MÖHUK'un 13-14 ve 15. maddelerinin bu konuda eşcinsel birlikteliklere de uygulanabileceği söylenmektedir. Dolayısıyla Türk hakimi, kıyas yoluyla evliliğin geçerliliğine ilişkin bağlayıcı bir kural olan MÖHUK'un 13/I-II maddesine göre uygulanacak hukuku belirleyecek; Uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması ve böyle bir ortaklığı yasal olarak tanınması halinde, kanaatimizce söz konusu ortaklık, MÖHUK'un 5. maddesi uyarınca Türk kamu düzenini açıkça ihlal etmiş olacaktır. Bu konuda ayrıca bk. YASAN, s. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi-Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. XXII, Y.2018, Sa. a Tarman, Zeynep Derya/Önay, Işık; "Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engelleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 60, sayı 2, 2011, s. 331-365, s. 353-354. 765-766; Sirmen, S., s. 871.

⁶⁷² Uygulanması gereken kanunla ilgili iki teklif mevcuttur: 1) Ön meselenin *lex fori*'nin bağlayıcı kurallarını uygulayarak çözülmesi. 2) Ön sorunu, *lex causae*'nin bağlayıcı kurallarını uygulayarak çözmek. Her yöntemde somut olay, özelliklerine göre uygulanabilir kabul edilir. İç kararların uyumunun önemli olduğu uyumsuzluklarda, *lex fori*'nin bağlayıcı kuralları; Uluslararası kararların uyumunun ön plana çıktığı uyumsuzluklarda se *lex causae* bağlayıcı kuralların uygulanması gerektiği söylenir. Kanaatimizce, eşcinsel toplumlarda evlat edinme konusunda toplumun doğası gereği, *lex fori*'nin bağlayıcı kuralları; yani Türk hakimi için MÖHUK'un uygulanması söz konusu olmalıdır. Nomer E. 2017, s. 138-144; Çelikel/Erdem, 2016.s. 130-138; Şanlı/Esen/ Ataman-Figanmeşe, 2014 s. 92-97.

edilmesi durumunda (ortak evlat edinmenin geçerliliğinin tanınması durumunu ele aldığımızda) doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Çocukların soybağı, velayet veya evlat edinmelerine ilişkin aynı cinsiyetten kişilerden doğacak uyuşmazlıklarda yetkili olan yabancı hukuk hükümlerinin uygulanması ile doğacak somut sonucun, çocukların korunması çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yazarlar Tarman ve Önay'a göre, eşcinsellerin birlikte evlat edinmelerinin mümkün olduğu bir yabancı kanunun Türk hukukuna göre kamu düzeni tarafından engelleneceği açıktır. Bu konuda örnek bir karar bulunmamakla birlikte, yetkili kanunun yabancı bir kanun olması ve aynı cinsten kişilerin birlikte evlat edinmesine izin vermesi durumunda, uygulamada MÖHUK 92 5. maddeye göre Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir durum olarak görülebilir.

Farklı ülkelerin hukuk sistemleri, uluslararası sözleşmelerden etkilenecek, çocuğun en yüksek yararının, her zaman en önemli olması ve temel teşkil etmesi gereken tavizsiz ve gerekli bir ilke olduğu konusunda tam bir anlaşmaya varmıştır.

Bu menfaat, eşlerin menfaatlerinin ve diğer menfaatlerin yerine geçer. Bu şekilde, ilgili devletlerin tüm uluslararası ve yerel mekanizmaları ve araçları tarafından bu şekilde korunmaktadır.

Başka bir deyişle, eşlerin her isteği, çocuk için değer verilen en uygun ilgiye, yani onun iyi olma haline etki eden hususlara ve onun fiziksel, ahlaki, duygusal ve zihinsel gelişiminde rol oynayan faktörlere tabidir.

Çocuğun menfaati, sadece devlet kamu düzeni sisteminin ve hukuk düzeninin bir parçası olmayıp, aynı zamanda milletlerarası özel hukuk açısından da büyük önem taşıyan bir kurumdur ki bu durumda değerlendirme ve inceleme sürecinde filtrelerden geçmektedir. Somut meselelerin ayrı ayrı, yabancı hukukun olası uygulanması, söz konusu kanunun kamu düzeni tarafından temsil edilen çocuğun yüksek menfaati ilkesiyle açık ve net bir şekilde çeliştiğinde, nihayetinde engellenir.

Aksine, yabancı hukukun olası uygulanmasına, lex for'nin kamu düzeni tarafından engellenmemesi ve çocuğun yüksek menfaati ilkesinin tam olarak gözetilmesi ve bu şekilde

yabancı hukukta da yer alması halinde, şu sonuca varabiliriz: çocuğun haklarının ve yüksek yararının korunması ve gözetilmesi alanındaki yasal ve kurumsal politikaların uyumlaştırılması açısından uluslararası hukuk düzeninin birleşmesi sağlanır.

Son olarak, çocuğun yüksek menfaatine olan lex ile çeliştiğinde yabancı hukukun uygulanmaması anlamındaki her kamu düzeni engeli, uluslararası hukuk düzeninin birliğine hizmet eder.

VI. KAMU DÜZENİNİN NAFAKAYA ETKİSİ

Her ne kadar zaman sınırı, yüksekliği ve gerçekleşme durumu bakımından nafakayı düzenleme şekli bakımından ilgili devletlerin maddi kanunlarında belirgin farklılıklar olsa da hâlâ nafakanın asıl amacının kabul edildiği evrensel bir birlik vardır. İnsanca bir yaşam için yeterli olanaklara sahip olmayan yakın aile bireylerinin ve aynı soy bağı olan diğer bireylerin varlığını güvence altına alacak olanakların sağlanmasıdır.

Ulusal farklılıklardan kaynaklanan karmaşıklık dikkate alındığında, günlük yaşamda büyük pratik öneme sahip bir yabancı unsur içeren yasal nafakanın gerçekleştirilmesinin uluslararası yelpazede uyumlu bir koordinasyon gerektirdiği kolayca anlaşılabılır. Bu nedenle, son yıllarda yasal nafaka konusunu uluslararası anlaşmalar yoluyla düzenlemeye yönelik sürekli çabalar olmuştur.

Bu şekilde, 1956'daki Çocuklara Yönelik Nafaka Yükümlölüklerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi gibi çok taraflı sözleşmeler; daha sonra Nafaka Kararlarının Tanınması ve Uygulanmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi (1958); bundan böyle 1973 tarihli Nafaka Yükümlölüklerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi; Çocukların İyileştirilmesine ve Diğer Aile Biçimlerinin Desteklenmesine İlişkin Lahey Sözleşmesi (2007) vb. yasal nafaka ile ilgili benzer bir yasal düzenlemeye yönelik devletler arasındaki ortak çözümlere yönelik uzun süredir devam eden taahhüt sayesinde elde edilen sonuçlardan bazılarıdır.

Evlilik, ana-baba ilişkileri ve cinsiyet gibi aile ilişkileri, kanuni nafaka yükümlölüğünün doğduğu kaynaktır. Hukukî nafaka için yetkili hukukun belirlenmesi sürecinde, somut hukuk sistemlerindeki haklarla ilgili yasal kategorilerin sınıflandırılmasını

sağlamak önemlidir, böylece bir kategori seçilir veya belirleyici bir olgu olarak belirlenir ve yetkili hukuk bu kategori üzerinden belirlenir.

Nafaka yükümlülüğüne uygulanan kanunlar, ihtilâf pozitif hukuk kurallarının analizinde beş durum ayırt edilebilir; özellikle, kendi içlerinde nafaka sağlamaya yönelik somut yükümlülükler içeren ve kanunlar ihtilâfına özel bir muameleye sahip olan beş yasal kategoridir. Bunlar, eşler arasında, evlilik dışı toplulukta, ebeveynler ve çocuklar arasında, evlat edinen ile evlat edinilen arasında ve aynı cinsten diğer kişiler arasında söz konusu olabilir.

Ana-baba ile eşler arasındaki nafaka durumunda, ana-babanın çocuğa nafaka verme yükümlülüğü bulunduğundan, kanunlar ihtilâfına aynı çözümün uygulanmasının uygun olup olmadığı konusunda meşru bir ikilem ortaya çıkmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak, toplumun çocuklara gösterdiği ilgi ve özen nedeniyle kanunlar ihtilâfı alanında da böyle bir yaklaşımın izlenmesi gerektiği en yakın durum olarak kabul edilmekte olup, bu durumda mevcut olan bağlantı noktaları daha elverişli ve çocuğun haklarına saygılı olan uygulanmalıdır. Milletlerarası özel hukuk alanında çocuğun menfaatlerinin daha yüksek düzeyde korunmasının bu avantajı iki şekilde gerçekleştirilebilir: (i) kanunlar ihtilâfı normunun çocuğun menfaatine öncelik verdiği millî kanun veya çocuğun yerleşim yeri hukuku ve (ii) çocuğun çıkarları daha etkili bir şekilde korunabildiğinde, kanunlar ihtilâfı normu otomatik olarak çocuk için daha uygun olan hukukun uygulanması.

Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Yasası⁶⁷³, çocuğun çıkarlarını korumak ve haklarına saygı gösteren yasanın uygulanmasına dayanan kanunlar ihtilâfı normlarını içerir.

Özellikle, nafakayı alan kişinin, tahsil edememesi durumunda, olağan lex domicili, lex fori (davanın açıldığı yer kanunu) veya ortak lex nationalis (varsa) hükümleri uygulanır.

Aynı şekilde ancak bağlantı noktalarının sırası açısından olumlu bir farklılık olarak Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasası⁶⁷⁴ çocuğun konumunu güçlendirmektedir.

⁶⁷³ Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 40. maddesi ile bağlantılı olarak 43. maddesinin 2. paragrafı.

⁶⁷⁴ Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 46. maddesi.

Müşterek tabiiyet hukuk, ebeveynler ve çocuklar arasında yetkili nafaka hukukunu belirlemek için bir bağlantı noktası olarak sağlanmıştır⁶⁷⁵. Bu arada, ana-baba ve çocukların müşterek ikametgahı, ana-baba ve çocuğun ortak bir millî hukuka sahip olmadığı durumlarda uygulanan bir ikame bağlantı noktası olarak tanımlanmıştır⁶⁷⁶.

Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Yasası 42. ve 43. maddelerde nafaka konusuna ilişkin bağlama kuralı dizisinin formüle edilmesinin açıklanamayan nedenleri vardır. Bu maddelerden, sağlama yükümlülüğü için olduğu anlaşılmaktadır. Nafaka hakkı, nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuyla belirlenir.

Çeşitli nedenlerle millî hukuk ilk bağlantı noktası olarak uygulanmazsa, kanun ikinci ikame noktasının, yani mahkemenin ülkesinin yetkili hukuk (*lex fori*) olmasını öngörmüştür.

Lex fori'nin iki açıdan bir bağlantı noktası olarak uygulanmasını emsalsiz olarak kabul edebiliriz; (i) ilke olarak ve (ii) bağlantı noktası bağlamında kesin olmayan bir tespit olarak. Bu durumda kanun koyucu, bağlantı noktası olarak ülke hukukunu aşma ve başka bir bağlantı noktasını dikkate alma olasılığını açık bırakmıştır (Kosova Cumhuriyeti müşterek millî hukukun yetkili olduğunu kabul etmiştir).

Farklı ülkelerin mevzuatlarında ve ayrıca milletlerarası özel hukuk doktrinde *lex fori*'nin yalnızca bir istisna olarak ve aynı zamanda diğer hukukun uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda son bağlantı noktası olarak uygulanacağı açık ve kesin olarak tanımlanmıştır. Ancak belirlenen ön bağlantı noktaları nadiren başarısız olur⁶⁷⁷. Bu nedenle, bir bağlantı noktası olarak *lex fori*'in ilk bağlantı noktası olarak, tek olarak ve başka bağlantı noktalarının yokluğunda dikkate alındığı çok nadir durumlar vardır.

Bununla birlikte aynı cinsten kişiler arasındaki nafaka yükümlülüğü ile ilgili olarak, öncelikle Kosova Cumhuriyeti mahkemelerinin adli uygulamasında, nafaka yükümlülüğüne ilişkin yabancı bir unsurla ilgili uyuşmazlıkların (ebeveynler ve çocuklar hariç) vurgulanması gerekmektedir.

⁶⁷⁵ Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrası.

⁶⁷⁶ Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrası.

⁶⁷⁷ Bordas, Bernadet, **Prodicnopravni odnosi u medunarodnum privatnum pravo, Forum**, (Milletlerarası Özel Hukukta, Aile Hukuku İlişkileri, Forum) Novi Sad, 2000, s. 34.

Diğer kişilere karşı nafaka yükümlülüğüne ilişkin Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının⁶⁷⁸ 45. maddesi, yetkili yasanın nafaka sağlayanın mutat meskeni hukukuna veya nafaka hakkına göre belirlendiğini ifade etmiştir. Tarafların müşterek vatandaşlığı, Kuzey Makedonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na göre kan bağı bulunan kişiler (ebeveynler ve çocuklar hariç) arasında veya aynı cinsten akrabalar arasında nafaka yükümlülüğüne, nafaka borçlusunun vatandaşı olduğu devlet hukuku yetkili kabul edilir⁶⁷⁹.

Bu arada, evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki nafaka yükümlülüğü ile ilgili olarak, Kosova Milletlerarası Özel Hukuk Yasası, evlat edinme müessesesinin bu unsurları bakımından evlat edinenin vatandaşı olduğu devletin hukukunu, evlat edinmenin şekli bakımından ise evlat edinmenin yaratıldığı devletin hukuku yetkili saymaktadır.

Milletlerarası özel hukuk alanında nafaka kurumunun düzenlenmesi için, 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi yabancı unsurlu nafaka ilişkilerinde, mutad mesken hukukunun yetkili kabul edildiğini belirlemiştir⁶⁸⁰. Bu hükme tam olarak uygun olarak aynı düzenleme şekli Kosova Cumhuriyeti⁶⁸¹ ve Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına aktarılmıştır⁶⁸².

Ayrıca Sözleşme, yabancı yargı kararlarının tanınması ve uygulanması bakımından kamu düzeni kurumunun kullanılmasını öngörmektedir⁶⁸³. Bu hak, ulusal devletlerin kanunlar ihtilâfı normları aracılığıyla nafaka kurumu için yabancılık unsuru

⁶⁷⁸ Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 45. Maddesi şöyle der: Ebeveynlerin çocuklara karşı nafaka yükümlülüğüne ek olarak, diğer kişilere karşı nafaka yükümlülüğü ve ayrıca bu Yasanın 44. Maddesinde öngörülen nafaka yükümlülükleri ile ilgili olarak, sağlayıcı, gıda sağlayıcının mutad meskeni kanununa veya tarafların ortak vatandaşlık hukukuna göre, eğer ortak hakları varsa, gıda kullanıcısının iddiasına itiraz edebilir. Vatandaşlık, yemek için böyle bir zorunluluk öngörülmemektedir”.

⁶⁷⁹ Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 48. maddesi.

⁶⁸⁰ 1973 Nafaka Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesinin 4. maddesi.

⁶⁸¹ Kosova Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının 42. maddesi.

⁶⁸² Türkiye Cumhuriyeti Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 19. maddesi.

⁶⁸³ Mesut. A, Gözde Ç. Aygün **Çocuk Nafakası Ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin, Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018.

içeren özel hukuk meselelerinde, kamu yararına olan *lex fori*'in kamu düzenini uygulamasına engel değildir. Hakkın yurt dışında uygulanması halinde forumun sosyal, ahlaki ve hukukî düzeni ihlal edilebilir. Yabancı unsur içeren nafakalarla ilgili vakaların incelemesi bireysel olarak yapılır. Spesifik olarak vakanın koşullarının değerlendirilmesi özel olarak yapılır ve çözüm ayrı olarak geliştirilir. Aynı şekilde yabancı bir unsurun bulunduğu nafaka maddelerine, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzenine müdahale vakaları son derece nadirdir; çünkü nafaka kullanıcısının mutad meskeni ilk bağlantı noktası olarak tanımlanmaktadır. Sık görülen durumlarda, mutad mesken ve *lex fori* ile bir bağlantı noktası olarak tanımlanır.

Başlangıçta birincil bağlantı noktası olarak sağlanmasa da çoğu durumda millî hukuk yetkili olarak uygulanır⁶⁸⁴. Yabancı unsur içeren nafakalarla ilgili kamu düzeninin müdahalesi vakalarının nadir olmasına rağmen, Kosova Cumhuriyeti'nde bir Kosova vatandaşının bir Alman vatandaşı ile evli olduğu ve evliliğin 1999 yılında yapıldığı yerel bir vaka vardır. Evlilikten birkaç ay sonra çift, yaşamak için Birleşik Krallık'a taşındı, ancak, daha sonra Alman vatandaşı Kosova Cumhuriyeti'ndeki ülke ve kültürünü tanımak için duyduğu ilgiden turistik amaçlı geçici olarak geri geldi. Bir ay sonra aynı kişi, Kosova Cumhuriyeti Evlilik Sicili'nde kayıtlı olmamasına rağmen Priştine'deki Temel Mahkeme'de boşanma ve nafaka davası açtı. Ancak yetkili mahkeme kararında, aleyhine boşanma davası açılan evliliğin bağına ve tanınmasına ilişkin bir dayanak bulamadığı gerekçesiyle boşanmayı reddetmiştir. Ayrıca Mahkeme, davacı (kadın) için nafaka verilmesini reddetmiş, ancak temelde (esas olarak) çocuklarına nafaka verilmesi ihtimalini incelemiştir.

Kosova Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfı kurallarına dayanarak, nafaka başvuru sahibinin mutad meskenlerinden biri yetkili yasa olarak kabul edildi ve bu hukuk, davaya göre İngiliz yasasıydı. İngiliz hukukuna göre bile Almanya'da akdedilmiş olan evlilik tescil edilmediği ve tanınmadığı için evliliğin sona ermesi ve nafaka kararı verilmesi, evliliğin sona ermesi anlamsız olacağından bu yasaya göre hareket etmek mümkün değildi. Ancak çocuğun yüksek yararı nedeniyle mahkeme, nafaka hakkını sadece çocuklara karşı tanıyarak kamu düzeni gerekçesiyle *lex fori*'yi uygulamıştır. Zira böyle bir kararın

⁶⁸⁴ Pak, M, **Medunarodno Privatno Pravo**, (Milletlerarası Özel Hukuk), Naucra Rijeca, Belegarde, 1986, s. 541.

alınmaması çocukların refahı ve gelişimini ciddi şekilde tehlikeye atacaktır. Dolayısıyla mahkeme, nafaka kullanıcılarına büyüme ve gelişme aşamasında yardımcı olan ve refahı sağlayan bir garanti olarak, davacının boşanma kanıtı olarak sunduğu Alman evlilik cüzdanına dayanarak, bu evliliğin belediye evlilik kütüğünde kayıtlı olmamasına rağmen yine de çocukların en yüksek menfaati uğruna onların durumunu tanıdığını vurgulamıştır⁶⁸⁵. Son olarak, yabancılık unsuru bulunan özel hukuk davalarında nafaka müessesesinin kamu düzenine müdahalesi için makul unsurların bir bileşimi ile adli uygulamada bu kuruma öncelik verilmesi ve bu hakların verilmesi nedeniyle nadir uygulama bulduğu kanaatindeyiz. Çocuğun menfaatlerinin daha iyi yerine getirilmesi anlamında daha etkili olan, kamu düzeninin kullanımına engel olan ve alanı daraltan esas alınır.

⁶⁸⁵ 348/2014 Sayılı Kosova Temel Mahkemesinin kararı. <https://prishtine.gjyqesori-rks.org/publikimet/aktgjykimet/lista-me-aktgjykimet-e-fundit/?h=bc> (21.02.2021)

SONUÇ

Genel bir kurum olarak kamu düzeni, yabancılık unsuru taşıyan aile konularında bir düzenleme mekanizması olarak önemli bir rol oynamaktadır. Devletlerin hukuk sistemlerinde, mahkemenin bulunduğu ülkenin ilke ve değerlerini korumayı amaçlayan kamu düzeni çok nadir ve yalnızca istisnâ olarak uygulanmaktadır. Bu durum, kanunlar ihtilâfı kurallarının yabancı hukukun uygulanmasına yol açması ve yabancı devletin yetkili hukukunun uygulanmasından doğan sonuçların, (*lex fori*) mahkemenin bulunduğu ülkenin ilke ve değerleriyle açıkça çelişmesi durumunda meydana gelir.

Bir devletin kamu düzeninin temsil ettiği ilkeler, değerler, örfler, gelenekler, görenekler, demokratik kültür, genel ahlak vb. değerler bir toplumun özel kimliğini oluşturur. Egemenlik ve sosyo-kültürel değerler çerçevesinde yaşayan ve gelişen her bir toplum, diğer devletlerde yaşayan toplumların kimliklerinden farklıdır. Kamu düzeni, mahkeme ülkesinin egemenliği kapsamında toplumun kimliğini korur ve o devletin değerlerini temsil eden bireylerin, başka bir devlet kimliğinin parçası olan diğer kişilerle ilgili olarak yabancı unsurlu özel hukuk davalarında korunmasını da kapsar.

Devletler iki tür hukuk kuralı oluşturur. Birincisi, devletler sosyal kimliğin korunmasına yönelik ilkeler şeklinde hukuk kuralları oluştururlar. İkincisi, devletler genel olarak bireylerin kişilik haklarının gerçekleştirilmesini sağlayan hukuk kuralları oluştururlar. Devletlerin bireylerin haklarının gerçekleştirilmesi için oluşturduğu hukuk kuralları, mahkemenin bulunduğu ülkenin değer ve ilkelerini korumayı amaçlayan hukuk kurallarına açıkça aykırı olması durumunda uygulanmayabilir.

Bu teori sayesinde yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk konularında kamu düzeninin yalnızca istisna olarak uygulandığı açık bir şekilde anlatılmaktadır. İstisna kavramı, bireylerin haklarının gerçekleştirilmesinde (istisna olarak değil) kural olarak uygulanmak amacıyla oluşturulan hukuk kuralları lehine bir dengesizlik yaratmaktadır.

Dolayısıyla mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzeni, bireylerin kişilik haklarının gerçekleştirilmesinin amaçlandığı hukuk kurallarına karşı engelleyici ve koruyucu niteliktedir.

Mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzeninin engelleyici niteliği, bireyin diğer herhangi bir sosyal kimliğin ayrılmaz parçası olan kişilik haklarının gerçekleştirilmemesi

anlamına gelir. Oysa ülke mahkemesinin kamu düzenini koruyucu niteliği, yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek etkilerinden kendisini korur. Kamu düzeninin koruyucu ve engelleyici niteliği, yabancı unsurlu özel hukuk konularında yabancı hukukun o ülke mahkemesi tarafından uygulanmasının engellenmesi sonucunu doğurmaktadır. Ülke mahkemelerinin kamu düzenini koruyucu ve önleyici niteliği çerçevesinde evrensel nitelikte ilkeleri yer almaktadır. Özgürlük, eşitlik, tek eşlilik ve ırk, cinsiyet, din ayrımı yapılmaması evrensel nitelikte ve uluslararası sözleşmelerde tanımlanan ilkelerdir. Dolayısıyla kamu düzeninin uluslararası bir nitelik taşıdığını ve bu şekilde uluslararası sözleşmelerle tanındığını söyleyebiliriz.

Kamu düzeni kavramı genel, karmaşık, istisnaî ve öngörülemez bir kurumdur. Kamu düzeninin genel olarak ve aile meselelerinde kötüye kullanılması, yargılanan tarafların temel özgürlük ve haklarını ihlal eder. Bu tür bir kullanım, hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olan hukukî güvenliğinin ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle, özellikle aile konulardaki kullanımı, belirli hukukî kriterlere göre adil bir şekilde yapılmalı, böylece yabancı hukukun uygulanmasını engellemeyi amaçlayan bir uygulama, ancak yabancı hukukun açık bir şekilde mahkeme ülkesi ilkelerine aykırı olması durumunda yapılmalıdır.

Kanunlar ihtilâfında kamu düzeni, eski Yugoslavya'nın Milletlerarası Özel Hukuk Yasasında da, özellikle 4. maddesinde tanımlanmıştır. Orada, yabancı hukukun ancak eski YSFC Anayasasında tanımlanan sosyal örgütlenme ilkeleriyle çelişmesi durumunda engelleneceği açıkça belirtilmektedir. Yani yasada, ihlal edilmesi durumunda yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilecek değer ve hukukî ilkelerden bahsedilmemektedir.

Ayrıca yasada, yabancı hukukun sosyal hukuk ilkelerine *açıkça aykırı* olmadığı durumlarda dahi, yabancı hukukun uygulanmasını engellemek amacıyla eski YSFC Anayasasında tanımlanan kamu düzenini kullanmak amacıyla hâkimin takdir yetkisini kötüye kullanmasına izin veren açık muhalefet kriterinden bahsedilmemektedir.

Eski YSFC'nin 1974 yılındaki Anayasası ile federasyon, cumhuriyetlerin ve eyaletlerin yetkisi dahilinde çeşitli alanlarda çok sayıda ve önemli yetkiye sahip olmuştur. Böylece Federasyonun genel olarak yetkileri ve cumhuriyetlere ve eyaletlere yönelik özel mevzuat düzenlemesi, eski YSFC'nin önceki anayasalarına kıyasla önemli ölçüde

daraltılmıştır. Cumhuriyetlerin ve eyaletlerin hukukî faaliyetlerinin birçok alanda, özellikle aile hukuku ilişkileri alanında bariz bir şekilde genişlemesi, eski YSFC'nin cumhuriyetleri ve eyaletlerinde *"aynı hukukî ilişkinin farklı şekillerde"* düzenlenmesi olasılığını artırmıştır.

Daha sonra bilimsel bir tartışmanın ardından tarih-felsefe ekolleri ve hukuk felsefecileri, hukuk sistemlerinde iç ve uluslararası kamu düzeni kavramını ve kullanımını analiz etmiş, bunların eşanlamlılığı ve ayırımına ilişkin görüşleri ileri sürmüş ve ait olduğu hukuk dalına göre ele alarak kamu düzeninin daha doğru bir şekilde tespit edilmesini sağlamaya çalışmışlardır.

Bu hususa ilişkin gözlemlenen şey, aile ve medeni hukuk konularında yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinin federal, cumhuriyet ve eyalet düzeyinde düzenlenmesinin aynı olduğu, ancak ayrıntılarında farklı şekillerde düzenlendiği gerçeğiyle ilgilidir. Pratikte de uygulanan bu görüş, özel hukuk ilişkileri düzenlemesini aile meseleleri ve ötesinde yabancı bir unsurla birleştirmenin tek yolu olduğunu vurgulayan avukat *Blagojević* tarafından ileri sürülmüştür.

Federasyon ile cumhuriyet ve eyaletler arasındaki aile ve medeni hukuk konularındaki hukukî ilişkilerin birleştirici bir şekilde düzenlenmesi eski YSFC Anayasasına dayanmaktadır. 406 maddeden oluşan anayasasıyla dünyanın en uzun anayasasılardan biri sayılan eski YSFC, aynı zamanda medeni hukuk ve aile hukuku konularını da benzeri şekilde düzenlemiştir.

Aile ve medeni hukuk ilişkilerinin yabancı bir unsurla düzenlenmesindeki bu tekdüzelik, cumhuriyetler ve eyaletler arasındaki yerel kanunlar ihtilâflarında kamu düzeninin uygulanmasını imkansız hale getirmiştir. Çünkü 1974 tarihli eski YSFC Anayasası, eski Yugoslavya'nın hukuk düzeninin birliğini sağlamaya yönelik daha fazla unsur içermiştir.

Tezimizin birinci bölümünde, Kosova hukukunun tarihçesi yanında, kanunlar ihtilâfı hukukunda kamu düzeni kavramı hakkında genel bilgiler verilmiştir. Bu bilgiler verilirken, karşılaştırmalı hukukta kamu düzeni üst başlığıyla ilgili olabilecek tüm meselelere değinilmeye çalışılmıştır. Ancak inceleme ve açıklamalarda özellikle Türk ve Kosova hukuku merkeze alınmıştır. Her iki ülke mevzuatında da milletlerarası özel hukukun somut kanunları aracılığıyla kamu düzeni tanımlanmış ve her iki ülkenin

hukukunda kamu düzeninin yabancı hukukun, kamunun temsil ettiği değerlere açık bir şekilde aykırı olması durumunda uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Kamu düzeninin incelenmesi ve analizi sırasında her iki ülkenin kamu düzenini temsil eden değer ve ilkelerde de farklılıklarla karşılaştık. Anayasa'da tanımlanan temel bir farklılık, Kosova Anayasası tarafından izin verilen ve güvence altına alınan, aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti anayasası ve kanunları tarafından yasaklanan, aynı cinsiyetler arasındaki evliliklere izin verilmesiyle ilgilidir.

Anayasa'da tanımlanan temel bir farklılık, Kosova Anayasası tarafından izin verilen ve güvence altına alınan, aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti anayasası ve kanunları tarafından yasaklanan, aynı cinsiyetler arasındaki evliliklere izin verilmesiyle ilgilidir. Ancak aile konularda milletlerarası özel hukuk açısından kamu düzeninden yararlanma imkânı açısından bu farklılıklar incelenmiştir.

Eski Yugoslavya kamu düzeninin temsil ettiği değerler ile Kosova Cumhuriyeti kamu düzeninin temsil ettiği değerler arasında da benzer farklılıklar ele alınmıştır. Bu farklılıklar ve engeller eski Yugoslavya'nın uluslararası hukukuna ilişkin kanun yürürlüğe girinceye kadar, 2022 yılına kadar ortaya çıkmıştır. 2022 yılına kadar eski Yugoslavya ile Kosova Cumhuriyeti'nin hukuk düzeniyle tanımlanan ilke ve değerler arasında çatışma yaşanmıştır. Bu nedenle Kosova Cumhuriyeti yetkili mahkemelerinin hakimleri, eski Yugoslavya'nın Kosova Cumhuriyeti hukuk düzeninde yürürlükte olduğu sürece, kanunlar ihtilâfı kurallarının Kosova'da yeni bir alan olarak bilinmemesi nedeniyle, uluslararası hukuka atıfta bulunmadan, doğrudan iç maddi hukuku uygulamışlardır.

Public policy ve *ordre public* gibi kamu düzeni adına yapılan bir ayırmadan günümüze kadar tarihsel aşamalarda kullanılan bilimsel argümanlar ve hukuk sistemleri temelinde değerlerin içeriğindeki ayrımın yapıldığı, bu iki kavramın bünyesinde barındırdığı değerlerin içerik farkı da ortadan kaldırılmıştır. Bilimsel temelde tartışıldığı gibi Avrupa Kıtası sisteminde *ordre public* (toplum düzeni) kullanılırken, Anglo-Sakson sisteminde kamu politikası kullanılmaktadır. Bu terimlerin her ikisi de günümüzde aynı anlama gelmekte olup, yabancı hukukun, mahkemenin bulunduğu ülkenin değer ve ilkelerine açıkça aykırı olması durumunda uygulanmasını engellemeyi amaçlamaktadır.

Daha sonra tarihî-felsefî ekoller ve hukuk felsefecileri, hukuk sistemleri, iç ve dış kamu düzeni kavramı ve kullanımı ile yapılan bilimsel bir tartışmadan sonra, bunların eşanlamlılığı ve ayrımı ile ilgili düşünceler gösterilerek, kamu düzeninin ait olduğu hukuk dalına göre muamele edildiği daha doğru bir ayrım tanımlanmıştır.

Mevcut iç kamu düzeni, organize bir toplumun belirli bir dönemdeki temel yapısını, çıkarlarını ve hukukî güvenliğini koruyan kuralları tanımlar. İç kamu düzeni aynı zamanda Anayasada tanımlanan temel hak ve özgürlükleri, uluslararası hukukun genel ilkelerini, iyi niyeti, ahlak ve adalet kavramını, toplumsal düzeni ve temel insan haklarını da içermektedir.

Bir başka deyişle iç kamu düzeni, bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukukî açıdan temel yapısını belirleyen ve belirli bir süre içinde temel çıkarlarını koruyan kurallar ve hukuk kurumları bütünüdür. Kamu düzeni iç ve uluslararası hukukta kamu düzeni farklı anlamlara sahiptir. İç kamu düzeni, Türk toplumunun temel çıkarlarını ve temel yapısını koruyan kurallar bütünüdür. Bu kurallar, ister özel ister kamusal olsun, tarafların uymakla yükümlü olduğu devletin iç kurallarıdır. Dolayısıyla iç kamu düzeninin ihlali olarak değerlendirilebilecek bir durum, uluslararası hukuk açısından kamu düzeninin ihlali olarak değerlendirilemeyebilir. Yabancılaşma unsuru taşıyan her özel hukuk konusunun kamu düzeni açısından diğer konudan ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Aynı şekilde hukuk doktrini aracılığıyla, başta Türk ve Kosova olmak üzere çeşitli mevzuatlardan yararlanılarak kanunlar ihtilâfı hukukunda kapsamlı bir kamu düzeni tanımı yapılmıştır. Aksi takdirde, birçok değer olması ve zaman içinde değişmesi nedeniyle bir kavram olarak desteklenmeyen, kamu düzeninin temsil ettiği değerleri parçalı bir şekilde saymaya çalışılan farklı ülkelerin farklı görüşleri ve yasaları incelenmiştir. Kamu düzeninin tanımına ek olarak, kamu düzeninin doğası ayrıntılı olarak ele alınmış ve bu yasanın *lex fori* kamu düzeni ile açıkça çelişmediği sürece, kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını engellediği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla kamu düzeni genel bir ilke iken uygulaması istisnaîdir.

Bu bölümde hükümlerin doğrudan doğruya uygulanması ve kamu düzeni açısından farkı da ele alınmaktadır. Bu muamele çerçevesinde, kamu düzeni kavramının niteliğini taşıyan hükümlerin doğrudan uygulanmasına ilişkin kurallar belirlenmiş, ayrıca

doğrudan uygulama ile hükümlerin uygulanacağı alanlar kategorik olarak uygulama dışında bırakılarak belirlenmiştir.

Birinci bölümde atıf (*renvoi*) yoluyla yabancı unsurlu kamu düzeni kavramı ve tartışmalarına ilişkin değerlendirmeler yapılmış ve açıklamalarda bulunulmuştur. Bu bağlamda genel olarak atıf hakkında bilgi verilmiş, akabinde günümüzde uygulamada neredeyse dikkate alınmayan ve bu nedenle daha çok doktrinsel tartışmalarda karşımıza çıkan yabancı kamu düzeni kavramı üzerinde durulmuştur. Bu konunun, önümüzdeki yıllarda, pratikte de önem kazanacağı düşünülmektedir.

İkinci bölümde, kamu düzeninin olumlu ve olumsuz işlevleri, Kosova ve Türk milletlerarası özel hukuku dikkate alınarak uygulamaya konulan felsefi-hukuksal tartışmanın odağında yer almıştır. Bu yönüyle kamu düzeninin olumlu ya da olumsuz bir işlev olarak en doğru şekilde uygulanmasına hangi koşullar altında ulaştığımız somutlaştırılmıştır. Ayrıca aile hukuku kategorileri üzerinden kamu düzeninin olumsuz bir işlev olarak kullanılmasından olumlu bir işlev olarak uygulanmasına kadar detaylıca anlatılmaktadır. Bu sınıflandırma, usulde taraflara en yakın kanunun uygulanmasını talep etmeleri amacıyla yapılmıştır. Dolayısıyla kamu düzeninin olumlu işlevi ancak kamu düzeninin olumsuz işlevi kullanıldıktan sonra dile gelir. Bu da kamu düzeninden yararlanmayı istisnâ ve olağandışı kılan ek bir kriterdir.

Diğer bir koşul ise, *lex fori* ile asgari bağlantı veya bağlantı noktalarıdır. Böyle bir bağlantı ne kadar büyükse, yabancılik unsuru içeren özel hukuk meselelerinde kamu düzenini kullanma olasılığı o kadar yüksektir.

Bu nedenle, *lex fori* kamu düzenini uygulamadan önce hâkim, somut olaya karşılık gelen herhangi bir yabancı hukuku uygulamakla yükümlüdür. Bu da mümkün değilse hâkim *lex fori* kamu düzenini uygular ve yabancı hukukun uygulanmasını yasaklar. Yani bu, kamu düzeninin olumlu işlevinin kullanılmasıdır.

Doktriner bir bakış açısıyla ve Kosova ve Türk hukuk sistemleri temelinde derinlemesine ve kapsamlı bir şekilde analiz edilen diğer konu, sadece kamu düzeninin uygulanmasıyla ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti arasında bir ilişki kurma olgusuyla ilgilidir. Peki, olumsuz bir işlev olarak kamu düzeninin uygulanması ile milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ile insan hak ve özgürlükleri ihlal edilmiş olur mu? Olumlu bir işlev

olarak kamu düzeninin uygulanmasında olduğu gibi insan özgürlük ve hakları korunuyor mu ve milletlerarası özel hukuk adaleti ihlal ediliyor mu?

Kamu düzeninin hassasiyeti nedeniyle hâkimlerin çeşitli nedenlerle yorumlarında hata yapma eğiliminde olsalar bile, ancak yabancı hukukun varlığı eşlik etmeksizin kamu düzeninin uygulanmasının ülke hukukuna açıkça aykırı olacağı, kendi içinde milletlerarası özel hukukun hakkaniyetinin ihlali anlamına geldiği görülmektedir. Bu ilişki kamu düzeninin olumsuz bir işlevi olarak ifade edilir.

Dolayısıyla, duruşmanın yapıldığı ülkede sunulan davada veya tarafların temsil ettiği bireysel insan hak ve özgürlüklerine ve o ülkenin genel kolektif toplumsal değerlerine verilen önem açısından üstünlük ikilemi doğal olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu çok hassas bir ilişki ve son derece ince bir ayrımla, tartışılması için birçok analiz yapılmış, ancak şu ya da bu çizgiye tam yön vermek için her zaman büyük zorluklarla karşılaşmıştır. Her ikisi de çok önemli ve özel bir değere sahip ve bir tarafın olmaması diğer tarafın anlamını yine yitirdiğini göstermiştir.

Bu yönüyle, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk meselelerinde, hukukî, anayasal ve uluslararası hükümlerle bireysel insan hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesine bariz bir öncelik verildiği tespit edilmiştir. İlkesel olarak, bireysel özgürlükler ve haklar, *lex fori* ilkelerinin değerlerine karşı anayasal düzenlemelerle korunan müspet bir ilke olarak *lex fori* hukukunda gerçekleştirilir. Ancak istisnaî olarak, ülke hukukunda yabancı hukuka göre oluşturulabilecek bir hak, ülke hukukuna geniş ve açık bir şekilde aykırı düştüğünde, *lex fori*'nin kamu düzenine müdahalesi nedeniyle o hak uygulanamaz. Dolayısıyla ilke olarak yaratılabilecek bireysel haklar, *lex fori*'nin kolektif toplumsal değer ve ilkelerinden üstün kabul edilmektedir. Ancak, nadir ve istisnaî durumlarda, toplumun kolektif değerleri, *lex fori* ülkesinde yabancı hukuk kapsamında bireysel özgürlükler ve haklar yaratma olasılığı ile örtüşür ve bu haklar arasındaki çelişkinin açık görünürlüğü her zaman gerçeklerle kanıtlanır.

Kamu düzeninin olumlu işlevi anlamında uygulanmasına ilişkin yukarıda belirtilen sorularla istinaden, ilgili yasal yapının daha medeni aşamalarında sıkışıp kalmış ülkelerin vatandaşları aracılığıyla aynı zamanda emsal ve dersler alıp, ileri demokratik dünyanın değerlerini temsil eden anayasa ve uluslararası yasalarla tanımlanan bireysel insan hak ve

özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi ve korunması sağlanır. Bu emsallerin, toplumların kültür ve değerlerinin özgürleşmesinde ve zenginleşmesinde özel bir rolü olan olumlu bir etkiye sahip olduğu, geçiş aşamalarını daha hızlı atlatmasını, uluslararası hukuk düzeninin özgürlükler ve insan haklarının onaylanması ekseninde birleştirilmesi amacı ile demokratik dünyanın küresel ailesine katılmasına yardımcı olduğu ileri sürülmüştür.

Bu anlamda, milletlerarası özel hukukun gerçekleşmesi, kanunlar ihtilâfinin amacı açısından özel bir öneme sahiptir. Bu nedenle, bir noktada uygulanması, *lex fori* kamu düzeninin uygulanmasına paraleldir. Dolayısıyla, yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayan kamu düzenine müdahale durumunda (kaçırma hakkıyla bariz çelişki nedeniyle), ilk etapta yabancı hukukun atlandığı ve yerini mahkemenin bulunduğu ülkenin hukukunun (*lex for-it*) uygulamasına bıraktığı bir tür dönüşümlü aşmanın meydana geldiği düşünülebilir. Bu düzeyde yabancı ülkede uygulama bulamayan yabancı hukukun dönüşümlü olarak geçersiz kılınması, (davanın açıldığı yer ile asgari bağlantı noktalarına dayalı olarak) *lex fori* kamu düzeninin paralel olarak gerçekleştirilmesiyle ilgilidir. Bu durumda, milletlerarası özel hukukun geçersiz kılmasının tam olarak uygulanması (ikame edilmesi) yerine getirilir; toplumun kamu düzeni kuralları ve yabancılık unsuru bulunan uyumsuzluklarda tarafların haklarının davanın açıldığı yerinde oluşturulmasıdır.

Üçüncü bölümde ise aile hukuku ve aile hukukundan türeyen diğer ilişkilere kamu düzeninin müdahalesi, bu alanda kökleşmiş değer ve ilkeler nedeniyle daha belirgindir. Aile hukukundan türetilen ilişkiler, Türk ve Kosova hukuk ve anayasal sistemlerinde yer alan ve analiz edilen değerlerdir. Bu ilke ve değerleri ihlal eden yabancı kanunun bu etkisini önlemek için *lex fori*, kamu düzeni kavramını kullanır. Bu değer ve ilkeler, aynı zamanda bir toplumun kimliğini oluşturan bir devletin toplumunun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle, burada kamu düzeni, belirli bir davanın koşullarının incelenmesini hiçbir zaman dışlamamakla beraber, uygulamada daha aktif görünmektedir. Dolayısıyla hâkim, yabancılık unsuru içeren özel hukuk meselelerinde kamu düzenine müdahale edilip edilmeyeceğine dava bazında karar verir. Evlilik, boşanma, evlat edinme, nafaka ve velayet yükümlülükleri iki açıdan derinlemesine ve geniş bir şekilde incelenmiştir. Birinci bakış açısı, bu kavramları içeren uluslararası anayasal ve yasal değerlerin korunması ile ilgilidir; diğer bakış açısı ise, kamu düzeninin uygulanmasının olumlu ve olumsuz bir işlev olarak anayasal değer ve ilkelerin korunmasında önemli bir rol oynamasını demokratik olmayan

ve gelişmemiş ülkelere öğretilmesiyle ilgilidir. Aile hukukundan türetilen bu ilişkiler dünyanın medeni, demokratik ve yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayarak ve iç hukukun uygulanmasına izin vererek (kamu düzeninin olumlu işlevi), bireylerin haklarının *lex fori* mahkemesi yerinde korunması ve gerçekleştirilmesini sağlar.

Dolayısıyla, aile hukukundan türetilen kavramlarda kamu düzeninin içerdiği değerler nedeniyle müdahalede biraz daha belirgin olmasına rağmen, kamu düzeninin olay bazında ve sadece istisnâ olarak uygulandığı savunulmaktadır. Bu nedenle, Türk hukuk düzenine ve Kosova hukuk düzenine yapılan atıfları bir kenara bırakmadan somut örneklerle yeterince tartıştık ve davaya ilişkin tüm koşulları dikkate alarak vaka bazında incelemenin bir yabancılık unsuru içeren özel hukuk davalarında kamu düzeninin kötüye kullanılmasını en başından engelleyen kurumlar için koruyucu bir mekanizma olduğunu tespit ettik. Bu nedenle, kamu düzeninin uygulanmasından önce yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin konularda kamu düzeninin uygulanmasını güçleştiren hal ve şartlar belirlenerek somut olay bütünlüğü içinde ele alınmıştır. Dolayısıyla bu durumlarda kamu düzeni, denetleyici, önleyici ve düzeltici bir niteliğe sahiptir. Denetleyicidir, çünkü *lex fori*’yle çelişmediği sürece bireysel bir hakkın gerçekleştirilmesi anlamında girişimi denetler. Yabancı bir kanunun uygulanmasının ülke hukukuna açıkça aykırı hukukî sonuçlar doğurması halinde, uygulanmasını engellediği için önleyicidir. Düzelticidir, çünkü yabancı hukuk uygulamasında yabancılar için yaratılamayan bir hak, mahkemenin bulunduğu ülkenin hâkimi tarafından *lex fori* (kamu düzeninin olumlu işlevi) sayesinde oluşturulabilmektedir.

KAYNAKÇA

- Altuğ, Y.,** (1973). Amme İntizamı ve Tesirleri [Public Order and Its Effects]. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, XXVII (3), 385.
- Altuğ, Y., & Yasan-Mustafa, G.,** (2003). Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni [Public Order in Private International Law]. In Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan [In Honor of Prof. Dr. Ergun Önen] (pp. 1-16). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Aygün, M.,** (2018). Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin, Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2).
- Alami, De., Hinchcliffe, D.,** (1996). Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World. Brill Academic Publishers; 1st edition.
- Bajrami, A.,** (2007). Draftimi Kushtetues, Manual për Hartuesit e Kushtetutës. Universiteti Fama. { Anayasa Tasarısı, Anayasa Tasarımcıları için Kılavuz, Fama Üniversitesi, 2007 }
- Bajrami, A., Hasani, E., Kuçi, H., Islami, I., Gashi, H., Morina, I., Puka, A., Hajdari, A., Batalli, M., & Istrefi, R.,** (2019). Hyrje në Sistemin Ligjor në Kosovë. Akademia e Drejtësisë në Kosovë. (Kosova Hukuk Düzenine Giriş, Hukuk Fakültesi ve Kosova Hukuk Akademisi)
- Berger, M. S.,** (2002). Conflicts Law and Public Policy in Egyptian Family Law: Islamic Law through the Backdoor. American Journal of Comparative Law, 50, 555-573.
- Berki, O. F.,** (1949). Devletler Hususi Hukuku [Private International Law of States]. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Berki, O. F.,** (1971). Türk Hukukunda Kanunlar İHTİLÂFları. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 287.
- Bernard, A.,** (1997). Droit international prive [Milletlerarası Özel Hukuku]. Le livre de sable Bagnères-de-Luchon, Paris, France.
- Bonomi, A.,** Mandatory Rules Of Private International Law, Year Book of Private International Law Vol.I. 1999 s. 230.
- Bilalli, A., & Kuçi, H.,** (2012). E Drejta Ndërkombëtare Private, Prishtinë. (Milletlerarası Özel Hukuk, Priştine)
- Bilalli, A., Kuçi, H., & Ademi, A.,** (2022). E Drejta Ndërkombëtare Private – Pjesa e

- Posaçme (Milletlerarası Özel Hukuk Özel Bölüm, Tetova Univeristesi).
- Blom, J.,** (2003). Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time. Netherlands International Law Review, 50, 373-376.
- Boer de, M. Th.,** (2010). Living apart Together: The Relationship Between Public and Private International Law. T.M.C. Asser Instituut and Contributors, Volume 57, 8.
- Bordas, B.,** (2000). Prodicnopravni Odnosi u Medunarodnum Privatnum Pravo, Forum [(Milletlerarası Özel Hukukta, Aile Hukuku İlişkileri, Forum]. Novi Sad, 34.
- Breger, J. M.,** (2015). Ordre Public and First Amendment. Review of Faith & International Affairs, Institute for Global Engagement, 39.
- Carter, P. B.,** (2008). The Role of Public Policy in English Private International Law. International & Comparative Law Quarterly. Published online by Cambridge University Press
- Cavers, F. D.** (1933). A Critique of the Choice-of-Law Problem. Harvard Law Review, 47, 173-184.
- Çelikel, A., & Eredem, B.,** (2016). Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Istanbul.
- Ch. J. Holst (2014).** The Reform of PIL Acts of South East Europe, with Particular Regard to the West Balkan Region. Anali Pravnog Fakulteta, 58(2), 71-90.
- Childress, E.,** (2010). Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws. University of California, Davis, 44 U.C. Davis Law Review, 11, 20.
- Collier, G. J.,** (2004). Conflict of Law, Vol. 3. Edinburgh: Cambridge University Press.
- Crawford. B.E., Carruthers. M.J** (1996). Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company. International and Comparative Law Quarterly.
- Davies, J. L.,** (1937). The Influence of Huber's De Conflictu Legum on English Private International Law. Brit. Y.B. Int'l L., 18, 49-56.
- Dayınlarlı, K.,** (2011). Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları (2nd ed.). Ankara.
- Dika, M., Knežević, G., & Stojanović, S.,** (1991). Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu (Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Yorumlar). Belgrade, 87.
- Doğan, V.,** (2016). Milletlerarası Özel Hukuk (4th ed.). Ankara.
- Dolinger, J.,** (1982). World Public Policy – Real International Public Policy in the Conflict

- of Laws. Texas International Law Journal, 17, 167.
- Evrigenis, D.**, The Private International Laws in the Greek Jurisprudence, Revue Hellnique de DroitInternational 1964, s. 409.
- Eisner, B.**, (1953). Medunarodno Privatno Pravo, Zagreb. (Milletlerarası Özel Hukuku)
- Erdem, B. B., & Çelikel, A.**, (2012). Milletlerarası Özel Hukuk. (12th ed.). İstanbul.
- Erkan, M.**, (2011). MÖhuk madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 84..
- Foblets, C. M.**, (2007). Moroccan Women in Europe: Bargaining for Autonomy. Washington and Lee Law Review, 64, 1385.
- Freund, K. O.**, (1953). Reflections on “Public Policy in the English Conflict of Laws. Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, 42.
- Güngör, G.**, Türk Milletlerarası Özel Hukuk, Kanunlar İhtilafı Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku, Bası 3, Ankara, 2022, s. 92-99.
- Garnefsky, A.** (1968). Public Policy in Soviet Private International Law. The Hague, Martinus Nijhoff, 26-27.
- Guedj, G. T.**, The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law- A Comparative Analysis with Modern American Theories, The American Journal of Comparative Law. Vol. 39, No. 4, Published Oxford Univeristy Press, 1991, s. 665.
- Ghodoosi, F.**, (2016). The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements. Nebraska Law Review. Review.
- Gökyayla, D. C.**, (2001). Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Teüfizde Kamu Düzeni. Seçkin Yayınları, Ankara.
- Gössl, L. S.**, (n.d.). The Public Policy Exception in the European Civil Justice System. The European Legal Forum, 16, July/August.
- Gündüz, A.**, (1997). Devletler Hususi Hukuku Kaynakları ve Kamu Düzeni (2nd ed.). Ankara.
- Gürzumar, A.**, (1994). Türk Devletler Özel Hukuk Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 14(1-

- 2), 1994.
- Gutman, D.,** (2000). Le sentiment d'identité-etude de droit des personnes et de la famille. LGDJ.
- Gutmann, D.,** (2009). E Drejta Ndërkombëtare Private. Tiranë.
- Hasani, E., & Čukalović.,** (2013). Komentar Kushtetuta e Republikës së Kosovës. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. Prishtinë{ Yorum, Kosova Cumhuriyeti Anayasası, Baskı no.1 Priştine}
- Jang, J.,** (2020). The Public Policy Exception Under the New 2019 HCCH Judgments Convention. Netherlands International Law Review, 67(1), 97-111.
- Jezdic, M.,** (1965). E Drejta Ndërkombëtare Private I. Universiteti i Prishtinës.(Milletlerarası Özel Hukuk, I, Priştine Universitesi)
- Jezdic, M., & Pak, M.,** (1965). E Drejta Ndërkombëtare Private II Universiteti i Prishtinës (Milletlerarası Özel Hukuk, II, Priştine Universitesi)
- Jezdic, M., & Pak, M.,** (1965). E Drejta Ndërkombëtare Private III Universiteti i Prishtinës.(Milletlerarası Özel Hukuk, III, Priştine Universitesi)
- Kabadayı, T.,** (2013). Hakkaniyet Adaletin Temeldir. Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (15), 49-57.
- Kalia, A.,** (2010). E Drejta Ndërkombëtare Private. Shqipëri, Tiranë (Milletlerarası Özel Hukuk, Tiran).
- Katičić, N.,** (1978). Medjunarodno Privatno Pravo (Milletlerarası Özel Hukuk)
- Kegel, G.,** (n.d.). Paternal Home and Dream Home Traditional Conflict of Laws and the American Reformers, The American Journal Of Comparative Law, Vol 27, 1979, s.632
- Kibar, D. E.,** (n.d.). Kanunlar ihtilâfı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakışı. Ankara: Yayıncı Sertifikası no. 14016. s.137.
- Knežević, D.,** (1984). Medjunarotnum privatno pravo Beograd (Milletlerarası Özel Hukuk, Belegade).
- Knight, W. S. M.,** (1922). Public Policy in English Law. Law Quarterly Review.
- Kocasakal, Ö. H.,** (2001). Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri. Mat Yapım.
- Köşoğlu, M.,** (2008). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31.

- Maddesi: Sözleşme ile Sıkı ilişkisi Üçüncü bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 28(1-2), 153.
- Kosters, J.,** (1920). The Yale Law Journal, 29(7), 745-766. doi: 10.2307/786607
- Kuqi, H., Bilalli, A.,** (2006). Zanafilla, Zhvillimi Historik dhe Burimet e së Drejtës Ndërkombëtare Private. Prishtinë: Universiteti i Prishtinës, 51.(Milletlerarası Özel Hukukun Doğuşu, Tarihsel Gelişimi ve Kaynakları, Priştine Üniversitesi)
- Lipstein, K.,** (1981). Principles of the Conflict of Laws, National and International. Martinus Nijhoff Publishers.
- Lexington E.C.** (1966). Marriage in Chinese Private International Law. Annals of the Chinese Society of International Law, 3, 18-33
- Lorenzen, G. E.,** (1924). Territoriality public policy and the conflict of laws. The Yale Law Journal Company, Inc, 747.
- Lorenzen, G.E.,** (1934). Story's Commentaries on the Conflict of Laws – One Hundred Years After. Harvard Law Review, 48(1), 15.
- Lorenzen, G. E.,** The Pan-American Code of Private International Law, Tulane Law Review, Formerly The Southern Law Quarterly, Vol. IV, No.4, 1930, s.525.
- Lorenzen, E. G.,** The French Rules of the Conflict of Law, Yale Law Journal, Vol.XXXVI, No.6, 1927, s.731-756.
- Lorenzen, G. E.,** Huber's de Conflictu Legum, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 13 U.Ill.L.Rev.1918- 1919, s. 376
- Lunts, L.A.,** Mezhdunarodnoe Chastnoe Pravo {Milletlerarası Özel Hukuk}, Moskova 1949, 112.
- Malaspina, F. E.,** (2014). Teaching International Law during the Italian Unification: a New Discipline for a New State. Miscellanea Historico-Iuridica Tom XIII, 1, 151.
- Mason v. Rose.,** 176 F. 2d 486 (2d Cir. 1949); In re Schneider's Estate, 96 N. Y. S. 2d 652 (Surr. Ct. 1950).
- Mayss, A.,** (1999). Principle of Conflict of Law. Cavendish, London.
- Mc Gill** Private International Law Act. (1985). International Legal Materials, 24(2), 272-291.
- Menhofer** (1995). Religidses Recht und internationales Privatrecht dargestellt am Beispiel

- jgypten, 70-2 & 79-80.
- 126.
- Mills, A.,** (2008). The dimensions of public policy in private international law. *Journal of Private International Law*, 4(2), 201-219.
- Mills, A.,** (2009). The confluence of public and private international law. Cambridge University Press.
- Muir Vt, H.,** (2012). E Drejta Ndërkombëtare Private, Prishtinë { Milletlerarası Özel Hukuk) Cilt I ve Cilt II. Genel Bölüm ve Özel Bölüm. Çeviri Üsküp: Ars Lamina Ltd, 2012, s. 462-464. }.
- Muminovic, E.,** (n.d.). Edin Muminovic, Osnovi Medjunarodnog privatnog prava (Sarajevo, 1997), s.126;. (Milletlerarası Özel Hukuk)
- Nadelmann, H. K.,** (1969). Mancini's nationality rule and non-unified legal systems: nationality versus domicile. *The American Journal of Comparative Law*, 17(3), 418-451.
- Nagush, O. N.,** (2014). Public policy clause in private international law. BichukOhj, I. M., & I. I. Mechnikov National University.
- Neels, L. J.,** (2012). The positive role of public policy in private international law and the recognition of foreign Muslim marriages. *South African Journal on Human Rights*, 28(2), 224-225.
- Nolte, G.,** (2005). European and US constitutionalism. Cambridge University Press.
- Nomer, E.,** (2023). Devletler hususi hukuku. Istanbul: 23 Bası.
- Nomer, E.,** (2013). Devletler hususi hukuku. Istanbul: 19 Bası
- Nussbaum, A.,** (1940). Public policy and the political crisis in the conflict of laws. *The Yale Law Journal*, 29(10), 1027-1030.
- Nygh, P.,** (1999). Autonomy in International Contracts. Oxford: Claredon Press.
- Ökçün, G.,** (1995). Kamu Düzeni Kavramı [The Concept of Public Order]. MÜHFD [Marmara University Faculty of Law Journal], 13(1-2), 156-157.
- Palmer, E.,** (1980). The Austrian Codification of Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*, 28(2), 197-234.
- Pattaro, E.,** (2008). Hans Kelsen. Normativist Reductionism. The Author. Journal compilation © 2008 Blackwell Publishing Ltd, 9600 Garsington Road, Oxford OX4

2DQ, UK and 350 Main Street, Malden 02148, USA.

Pauknerová, M., (2010). Mandatory rules and public policy in international contract law. Academy of European Law, Published Online, 31.

Paul, R. J., (2008). The Transformation of International Comity. Law and Contemporary Problems, 71, 19-38, 24.

Pavic, V., (2012). Bribes and International Commercial Arbitration – The Role of Mandatory Rules and Public Policy. Victoria University, Wellington, 675.

Pavlova-Getman, V. I., (2012). The Concept of “Comity” in Ulrich Huber’s Conflict Doctrine. The National Research University “Higher School of Economics, Academic Fund Program in 2012/2013, 1.

Papassiopi-Passia, Z., The Applicable Law on Divorce and the "Ordre Public" Reservation in Greek Conflict of Laws, Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law, 2000, s. 1228-1239

Qoku, M., (2016). E Drejta Ndërkombëtare Private. Tiranë, 36. {Milletlerarası Özel Hukuk}

Rawlas, J., (2000). Drejtësia si Paanshmëri, Riformulim. Bashkim Shehu (Çeviren Başkim Şehu). ISP-DITA, s.102.(Tarafsızlık Olarak Adalet, Reformülasyon)

Schultz, T., Ridout, N., (2017). Comity and International Courts and Tribunals. Cornell International Law Journal, 50, 580.

Ruhi, C. A., Kaplan, Y., (n.d.). Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public).

Sajko, K., (n.d.). Medjunarodnum Privatnom Pravo (Milletlerarası Özel Hukuk). Zagreb, f.45.

Sajko, M., (1982). Medjunarodno Privatno Pravo, Opći Dio (Milletlerarası Özel Hukuk). Zagreb, s. 107.

Şanlı, C., Esen, E., & Ataman-Figanmeşe, I., (2014). {Milletlerarası Özel Hukuk} (2nd ed.). Istanbul: Beta.

Şardeviç, P., (1985). The New Yugoslav Private International Law Act. American Journal of Comparative Law, 33(2), 283-284.

Seviğ, R. M., (n.d.). Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangilerdir? İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.

- Seviğ, R. M., & Seviğ, R. V.,** (1962). Devletler Hususi Hukuku. İstanbul Fakültesi- Hukuk Fakültesi Yayınlarından.
- Seviğ, R. M., & Seviğ, R. V.,** (2012). Milletlerarası Özel Hukuk. (12th ed.). İstanbul.
- Simson, J.K.,** (1974). The Public Policy Doctrine in Choice of Law: A Reconsideration of Older Themes. Ash. U. L. Q., 391(1974).
- Spyropoulos, J.,** Private International Law, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1938, s. 412.
- Sirmen, S. K.,** (2009). Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58(4), 859.
- Sonnenberger, H. J.,** (2012). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (6th ed.). Verlag C.H. Beck
- Stanivuković, M.,** (1999). Yugoslavian Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? (Ed. Symeon C. Symeonides). Kluwer Law International.
- Symeonides, C. S.,** (2006). The American Choice of Law Revolution: Past, Present and Future. Martinus Nijhoff Publishers Leiden, Boston, 2006, s. 123
- Tanribilir, B. F.,** (n.d.). 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler.
- Tekinalp, G.,** (1976). Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 103.
- Tekinalp, G.,** (1976). Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 103.
- Tekinalp, G., Uyanık, A** (2016). Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları. Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 43.
- Timur, H.,** (1941). Devletler Hususi Hukukunda Aamme İntizamı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 7(4), 874.
- Valentin L.,** (2012-2013). Public Policy in English and American Law. Universiteit Gent.
- Varady, T.,** (1976). Internal Conflict of Laws in Yugoslavia. Neth. Int. L. Rev. 137(1976), s.143.
- Varady, T.,** (1986). Podloge za kompatibilnost i podudarnost u MPP" (Milletlerarası Özel Hukukta Uygunluk ve Uyumluluğun Temelleri), Jugoslovenska revija za medjunarodno pravo, br. 2—3/1986, 189-203.

- Varady, T.,** (1987). *Medjunarotnom Privtanom Pravo, (Milletlerarası Özel Hukuk) Forum,* Novi Sad, 1987, 81-86.
- Vitta, E.,** (1972). *Diritto Intrenazionale Privatto, UTET, Vol I Roma,* 380-395.
- Vallindas, P.,** *La resrve de ' ordre public en droit international privd, Revue Hellenique de Droit International* 1950, s. 270
- Woelki, B.K., Joustra., C. Steenhoff.,** (1998). *Dutch Private International Law at the End of the 20th Century: Pluralism of Methods. Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law, 2003-2007.*
- Wolf, M.,** (1950). *Private International Law (2nd ed.). Oxford at the Clarendon Prsss.*
- Yee, W. Wan.,** (1995). *The Exclusion of Foreign Law: Public Policy in Choice of Law Process. Singapore Law Review,* s. 284.
- Yörük, K. A.,** (1950). *Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilâfı, Nazariyeleri ve Esasları Teşrii Selahiyet İHTİLÂFları (2nd ed.). İstanbul,* 143.

ÖZET

Kanunlar ihtilâfında kamu düzeni genel bir ilke olup, yabancılık unsuru bulunan özel hukuk meselelerinde istisna olarak uygulanır. Aile konularında, yabancılık unsuru içeren özel hukuk meselelerinde *lex fori*'nin kamu düzeninin uygulanabilmesi için uygulanması gereken yabancı hukuk kurallarının, öncelikle mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzeninin temsil ettiği değer ve ilkeleri açıkça ihlal etmesi gerekir. Bunun tam tersi, kamu düzeninin yabancı hukuka aykırı olarak ifade edilmemesi gerektiği ve bu nedenle yabancı unsurun bulunduğu özel hukuk davalarında yabancı hukuka aykırı olarak mahkemenin ülkesinde uygulanması gerektiği anlamına gelir.

Kamu düzeninin olağanüstü genel bir kavram olarak ve uygulamada istisnaî bir özellikle hukuk ihtilâfında ortaya çıkış tarihi, içerikte ayrıntılı olarak incelenen hukuk felsefecilerinin düşünceleri ve pratik uygulaması yoluyla zamanla gelişmiştir.

Dolayısıyla bugün, kanunlar hukukunda istisnaî olarak uygulanan bir kamu düzenini (gelişme tarihinden görüldüğü kadarıyla doğrudan doğruya değil) ilgili devlet içinde, özellikle aile konularında bir halkın sosyal ve kültürel kimliğini koruyan bir hukuk mekanizması olarak görmekteyiz. Bu öncüllerden hareketle, Türk ve Kosova hukukunda kanunlar ihtilâfı kamu düzeni, farklı ülkelerin kamu düzenini daha doğru bir şekilde gerçekleştirmeyi amaçlayan diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak, durum bazında, demokratik ve ekonomik olarak geride kalmış ülkelerin hukuk sistemlerinin gelişimini amaçlayarak, evrensel değerleri dikkate alarak en ileri demokratik ülkelerin değerlerine ve hukuk sistemlerine yönelik öğretiler kazanımı yoluyla ilerletilmesinin yanı sıra hukuk ve anayasal sistemimizde zaten kökleri olan uluslararası ve kıtasal sözleşmelerde bahsi geçen örnekler değerlendirilerek ele alınmıştır.

Bu iki ülkenin kamu düzeninin ayrılmaz bir parçası olan Türk ve Kosova hukukunda yer alan ilke ve değerlere uygun olarak, aile hukuku bağlamında çeşitli hukuk kategorileri analiz edilmiş ve detaylandırılmış, bağlantı noktaları aracılığıyla yabancı hukuka atıfta bulunulmuştur ve aynı zamanda yabancı hukukun uygulanmasından doğan

sonuçlarla birlikte, *lex fori*'nin kamu düzeninin bozulması şartıyla, kanunlar ihtilâfında daha somut kamu düzeni uygulama imkânları ve biçimleri bulunmaya çalışılmıştır.

Ayrıca ilgili konunun bütünü bağlamında, kamu düzeninin sağlanmasının kötüye kullanılmasının bireysel ve toplumsal (kolektif) yönden temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması veya zarar görmesi bakımından doğabilecek hukukî sonuçlar (yanlış kamu düzeninin uygulanması) veya yabancı hukuka karşı kanunlar ihtilâfında kamu düzeninin doğru uygulanması değerlendirilmiştir. Bu anlamda, somut olayın koşullarına ve kamu düzeninin o olaya uygulanmasına bağlı olarak birbiriyle değişen ve örtüşen bir ilişki (temel bireysel ve toplumsal-kolektif hak ve özgürlüklerin korunması ve gerçekleştirilmesi arasındaki ilişki) oluşturulmuştur.

Ayrıca konumuzun içeriğinde devam eden atıf doktrini üzerinden yabancı kamu düzeninin mahkemenin bulunduğu ülkenin yargıcı tarafından uygulanma biçimleri (*lex fori*) tartışılmıştır. Yabancı kamu düzeni, aile konularda henüz pratik uygulama bulamayan hukuk-doktrinel anlamda incelenmiştir. Aynı zamanda hukukçuların görüşleri ve verilen örneklerle uyumlu olacak şekilde yakın gelecekte ayrıca, vakanın koşullarına bağlı olarak ve vakadan vakaya uygulama için gerekli olan böyle bir kavramın pratik uygulamasına da değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: *Kamu Düzeni, Kanunlar İHTİLÂFı, Lex fori, Yabancı Hukuk, Kosova ve Türkiye Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu, Milletlerarası Hukuk Kamu Düzenine Müdahale veya Kamu Düzeninin Uygulanması.*

ABSTRACT

Public policy in the conflict of law is a general principle and, as an exception, is applied in private legal matters with a foreign element. In order to apply the public policy of the *lex fori* in private legal matters with a foreign element, the foreign legal rules intended to be applied must first openly violate the values and principles represented by the public policy of the state of the court. The opposite of this means that public policy should not be considered against foreign law and as such the latter should be applied in private legal matters with a foreign element in the state of the court.

The background of the presence of public policy in the conflict of law as an extraordinary general concept and with an exceptional character in implementation, has over the time evolved given the opinions of legal philosophers and its application in practice, which are analysed in detail in the content of the subject. Therefore, today we find a public policy which is applied only as an exception in the conflict of law (not directly as seen from the history of its evolution) as a legal mechanism that protects the social and cultural identity of a nation within the respective state. In virtue of such premises, the public policy in the Turkish and Kosovar conflict of law has been elaborated in comparison with other legal systems of different states aiming to implement the public policy more accurately, on the basis of the analysis and examination of the circumstances on a case-by-case basis, as well as the advancement of the legal systems of democratically and economically backward countries through lessons on the values and legal systems of the most advanced democratic countries, having taken into account the universal values in international and continental conventions which are already rooted in our legal and constitutional system.

In accordance with the principles and values contained in Turkish and Kosovar law, which comprise an integral part of the public policy of these two countries, various legal categories have been analysed and elaborated which, through connection points, have made referral to the foreign law. Furthermore, attempts have been made to find the possibilities and more concrete forms of public policy implementation in the conflict of law, under the condition that with the consequences arising from the application of foreign law, the public policy of the *lex fori* may be openly violated.

In addition, within the entirety of the respective topic, the legal consequences that may arise in terms of the protection or damage of the fundamental human rights and freedoms in the individual and social (collective) aspect from the misuse of the implementation of public policy (implementation of wrong public policy) or the right implementation of public policy in the conflict of law against foreign law, have been elaborated. In this sense, a ratio has been created that varies and overlaps one another (the ratio between the protection and realization of basic individual and social-collective rights and freedoms) depending on the circumstances of the specific case and the application of public policy to that case.

Moreover, within the content of the topic, forms of foreign public policy enforcement by the judge of the state of the court (*lex fori*) through the doctrine of continuous reference (second degree reference (devam eden atif - ang: renvoi de second degree, transmission) have been elaborated. Foreign public policy has been examined in a legal-doctrinal sense, which has not yet found practical application, but in compatibility with the opinions of legal philosophers and the examples given, appropriate ways have been found so that in the near future the practical form of implementation of such a concept which is necessary for application, depending on the circumstances of the case and from case to case, shall also be addressed.

Key words: public policy, conflict of laws, *Lex fori*, foreign law, Law on Private International Law of Kosovo and Turkey, International Law, intervention of public policy or implementation of public policy.

EK: KOSOVA MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KANUNU

LAW NO. 08/L -028

ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Assembly of the Republic of Kosovo;

Based on Article 65 (1) of the Constitution of the Republic of Kosovo,

Adopts:

LAW ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

SECTION ONE

GENERAL PROVISIONS

Article 1

Purpose

1. This Law establishes rules for the determination of the applicable law in respect of private law relations having an international element, rules on jurisdiction of courts and other authorities of the Republic of Kosovo with respect to the said relations, rules of procedure, and rules on the recognition and enforcement of foreign judgments and of decisions of other authorities of foreign states.

2. This Law is partially in compliance with:

- 2.1. Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”);
- 2.2. Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (“Rome I”);
- 2.3. Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (“Rome III”);
- 2.4. Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (“Succession Regulation”);
- 2.5. Council Regulation (EU) No. 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (“Matrimonial Property Regulation”);

- 2.6. Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations;
- 2.7. Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (“Brussels I recast”);
- 2.8. Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) № 1347/2000 (“Brussels II-bis”).

Article 2

Supremacy of international agreements

The provisions of this Law shall not apply to relations referred under Article 1 of this Law, if regulated by international agreements.

Article 3

Filling of legal gaps

If this Law contains no provision for determining the applicable law on relations stipulated under Article 1 of this Law, the provisions and principles of this Law and the principles of international private law shall apply accordingly.

Article 4

Persons with multiple nationalities

1. The nationality of a natural person is to be determined according to the law of the state whose nationality is at issue.
2. If a national of the Republic of Kosovo also has the nationality of another state, for the application of this Law he/she shall be considered as having only the nationality of the Republic of Kosovo.
3. If a person, who is not a national of the Republic of Kosovo has two or more foreign nationalities, for the application of this Law he/she shall be considered as having the nationality of that state of which he/she is a national and in which he/she is habitually resident.
4. If a person referred to in paragraph 3 of this Article has no habitual residence in any of the states of which he/she is a national, for the application of this Law, he/she shall be considered as having the nationality of that state of which he/she is a national and with which he/she has the closest connection.

Article 5

Stateless persons and refugees

1.If a person has no nationality or if his/her nationality cannot be established, the applicable law shall be determined according to his/her habitual residence.

2.If a person has the status of a refugee, the applicable law shall be determined according to his/her habitual residence.

3.If a person referred to in paragraph 1 or 2 of this Article has no habitual residence or if the same cannot be established, the applicable law shall be determined according to his/her residence.

Article 6

Habitual residence of natural persons

1.For the application of this Law, the habitual residence of a natural person shall be deemed to be the place where that person has established the permanent centre of his/her vital activities, regardless of any formalities of registration and independent of a residence or establishment permit from the competent state authorities.

2.When determining the habitual residence within the meaning of paragraph 1 of this Article, special consideration shall be given to the circumstances of personal or professional nature which indicate durable connections of the person with that place or indicate an intention to establish such connections.

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2 of this Article, for determining the habitual residence of a natural person acting in the course of his/her business activity, with respect to the relations from sub-chapters 6 and 7 of this Law, the provisions of Articles 75 and 87 of this Law shall apply.

Article 7

Domicile of natural persons

1.For the purposes of this Law, the domicile of a natural person is deemed to be the place where that person has settled with intention to live there permanently.

2. A natural person is presumed to have established a domicile in the State where his/her domicile is registered.

3.Where the registration referred to in paragraph 2 of this Article was made in several States, a natural person is deemed to be domiciled in the State in which the registration was made and to which the person is most closely connected.

Article 8

Domicile of legal persons

1. A legal person or an organization without the capacity of a legal person is deemed to be domiciled at the place where it has its:

1.1. statutory seat;

1.2. central administration;

1.3. principal place of business.

SECTION TWO

APPLICABLE LAW

CHAPTER I

GENERAL PROVISIONS

Article 9

Renvoi

1. If, pursuant to this Law, the law of a foreign state is to be applied, the rules of that law on the determination of the applicable law shall be taken into consideration.

2. The provisions of paragraph 1 of this Article shall not apply to:

2.1. the formal requirements of legal transactions;

2.2. the status of legal persons and forms of organizations without capacity of a legal person;

2.3. the matrimonial property regime;

2.4. divorce;

2.5. maintenance;

2.6. contractual relations;

2.7. non-contractual relations;

2.8. the choice of the applicable law.

3. If the provisions of a foreign state for determining the applicable law refer back to the law of the Republic of Kosovo or refer to the law of a third state, the law of the Republic of Kosovo or of that third state shall apply respectively, without taking into consideration the provisions for determining the applicable law.

Article 10

States with more than one legal system

1. If the law of a state whose legal system is not uniform is applicable and the rules of this Law do not refer to a particular legal area within that state, the applicable law shall be determined pursuant to the private international law rules of that legal system.
2. If the manner laid down in paragraph 1 of this Article cannot determine the particular legal area within the state having a non-uniform legal system, the law of the legal area within that state that has the closest connection with the matter shall be applied.

Article 11

Determination of the content of foreign law

1. The court or other competent authority shall ex officio determine the content of the foreign applicable law. The court or other competent authority may resort to the methods provided for in international agreements, may request information regarding the content of the foreign law from the authority of state administration responsible for justice matters, or request an expert opinion.
2. The parties to the proceedings may submit a public document or an expert opinion on the content of the foreign law.
3. Upon choice of the applicable law, the court or other authority may order a party which bases motions or objections on foreign law to assist in the determination of the content of the said law.
4. If the content of a foreign law cannot be determined in manners provided in paragraphs 1, 2 and 3 of this Article, the law of the Republic of Kosovo shall apply

Article 12

Interpretation and application of foreign law

1. The law of a foreign state shall be interpreted and applied in accordance with the interpretation and application of the legal system it comes from.
2. Non-application or incorrect application of foreign law shall be a ground for a legal remedy.

Article 13

General escape clause

1. By way of exception, the law designated by this Law shall not apply whenever it is evident from all the circumstances of the case that the matter has only a slight connection with the state whose law was designated but is manifestly more closely connected to another state.

2. If the conditions set forth in paragraph 1 of this Article are met, the law of the state with which the matter is manifestly more closely connected shall apply.
3. Paragraphs 1 and 2 of this Article shall not apply if the parties have chosen the applicable law.

Article 14

Public order

1. A provision of a foreign law determined as applicable by this Law shall not apply if the effects of such application would be manifestly contrary to the public order of the Republic of Kosovo.
2. In applying paragraph 1 of this Article, special regard is to be had to the extent to which the situation is connected with the legal order of the Republic of Kosovo, and to the significance of the consequences that would be produced by application of the foreign law.
3. If a provision of a foreign law cannot be applied due to the violation of public order of the Republic of Kosovo, a relevant provision of the law of Republic of Kosovo shall apply if needed.

Article 15

Overriding mandatory provisions

1. Provisions of the law of the Republic of Kosovo the respect of which is regarded as crucial for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, shall be applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable.
2. By way of exception, effect may be given to the overriding mandatory provisions of another state with which the matter is closely connected. When deciding on their application, the court shall have regard to the purpose and consequences of their application or non-application.

Article 16

Qualification

1. Where determination of the applicable law depends on the qualification of the essential elements or of the relationships, the said qualification shall be performed pursuant to the law of the Republic of Kosovo.
2. Where a specific legal institution is unknown to the law of the Republic of Kosovo and cannot be defined through interpretation pursuant to the law of the Republic of Kosovo, the foreign law which governs the said institution shall be taken into consideration for qualification thereof.

CHAPTER II

SPECIAL PROVISIONS FOR DETERMINING THE APPLICABLE LAW

Sub-chapter I - Status relations for natural persons

Article 17

Legal capacity

Legal capacity of a natural person shall be governed by the law of the state of which the person is a national.

Article 18

Capacity to act

1. Capacity to act of a natural person shall be governed by the law of the state of which the person is a national.
2. In a contract concluded between persons who are in the same state, a natural person who would have capacity under the law of that state may invoke his incapacity resulting from the law of another state, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.
3. The provisions of paragraph 2 of this Article shall not apply to legal transactions relating to family and inheritance matters, and legal transactions relating to real rights in immovable property located in the territory of a state other than the state in which the legal transaction is concluded.

Article 19

The capacity of a natural person to exercise a commercial activity

Capacity of a natural person acting in the course of his/her business activity without the status of a legal person shall be governed by the law of the state in which that person is registered as an entrepreneur. Where no registration is required, the law of the state where the person has the principle place of business shall apply.

Article 20

Guardianship and provisional protective measures

1. Placement under guardianship and termination of guardianship, as well as the relationship between the guardian and the person under guardianship shall be governed by the law of the state of which the person under guardianship is a national.
2. Provisional protective measures against a foreign national or a stateless person staying in the Republic of Kosovo shall be taken in accordance with the law of the Republic of Kosovo and shall be in force until the competent state decides upon the same and takes the necessary measures.
3. Paragraph 2 of this Article shall also apply in respect of the protection of property of an absent foreign national and of a stateless person staying in the territory of the Republic of Kosovo

Article 21

Declaration of death of a missing person

Declaration of death of a missing person shall be governed by the law of the state of which the person was a national at the time of being missed.

Article 22

Name

1. The name of a person and the change of the said name shall be governed by the law of the state of which the person is a national.
2. The effect of the change of nationality on the name shall be determined by the law of the state whose nationality the person has acquired. Where such person is stateless, the effect of the change of his/her habitual residence on the name shall be determined by the law of the state in which the said person establishes his/her new habitual residence.
3. Notwithstanding paragraph 1 of this Article, the name and the change thereof may be governed by the law of the Republic of Kosovo, should this be requested by a person who is habitually resident in the Republic of Kosovo.

Sub-chapter II: Status relations for legal persons

Article 23

Legal status of legal persons

1. Legal persons shall be governed by the law of the state where the said persons are registered in the public registry.

2. Where no registration in a public registry is required for incorporation of the legal person, or where the legal person is registered in public registers of several states, the law of that state shall be applicable in which the statutory seat of the said legal person is located.

Article 24

Organizational forms without capacity of a legal person

Associations or organizations without the capacity of a legal person shall be governed by the law of the state in which they are registered or have been established.

Article 25

Scope of the applicable law

1. The law applicable under Articles 23 and 24 of this Law shall refer in particular to the following:

- 1.1 establishment, legal nature and legal form of the organization or legal person;
- 1.2. name or title of a legal person;
- 1.3. legal subjectivity and system of management of the organizational;
- 1.4. composition, competences and functions of the bodies of the legal person or organization;
- 1.5. representation of a legal person or organization;
- 1.6. acquisition and loss of membership, and related rights and obligations of a legal person or organization;
- 1.7. liability for the obligations of a legal person or organization;
- 1.8. liability for the violation of the law or of founding act of a legal person or organization;
- 1.9. reorganization and termination of a legal person or organization.

Sub-chapter III-Family relations: Marriage

Article 26

Substantive conditions for conclusion of a marriage

Substantive conditions for conclusion of a marriage shall be for each person governed by the law of the state of which the person is a national at the time of conclusion of the marriage.

Article 27

Form of marriage

The form of the marriage shall be governed by the law of the place where the marriage is concluded.

Article 28

Invalidity (nullity) of marriage

Invalidity of marriage shall be governed by the substantive law of the state whose law governed the conditions for conclusion of marriage.

Article 29

Choice of the law applicable to the divorce

1. The spouses may choose the law applicable to divorce provided that it is one of the following:
 - 1.1. law of the state where the spouses are habitually resident at the time the choice is made;
 - 1.2. law of the state where the spouses were last habitually resident, in so far as one of them still resides there at the time the choice is made;
 - 1.3. law of the state of nationality of either spouse at the time the choice is made;
 - 1.4. law of the Republic of Kosovo.
2. The agreement on choice of law competent to the divorce may be concluded or modified at latest at the moment of filing the suit for divorce.
3. Notwithstanding paragraph 2 of this Article, the spouses may also choose the applicable law during the course of the proceeding. In that event, such choice shall be recorded in the minutes

Article 30

Formal validity of the contract on the choice of law applicable to divorce

1. The agreement on choice of law shall be expressed in writing, dated and signed by both spouses.
2. The agreement on choice of the applicable law concluded through means of electronic communication which provides a durable record of the agreement shall be deemed equivalent to writing as provided in paragraph 1 of this Article.

Article 31

Law applicable to divorce in the absence of a choice by the spouses

1. In the absence of a choice pursuant to Article 29 of this Law, divorce shall be governed by the law of the state where both spouses are habitually resident at the time the court is seized.

2. If the spouses are not habitually resident in the same state at the time the court is seized, divorce shall be governed by the law of the state where the spouses were last habitually resident, provided that the period of residence did not end more than one (1) year before the court was seized, in so far as one of the spouses still resides in that state at the time the court is seized.

3. If conditions from paragraphs 1 and 2 of this Article are not met, divorce shall be governed by the law of the state of which both spouses are nationals at the time the court is seized.

4. If conditions from paragraphs 1, 2, and 3 of this Article are not met, the divorce shall be governed by the law of the Republic of Kosovo.

Article 32

Application of the law of the Republic of Kosovo

Where the law applicable pursuant to Article 29 or 31 of this Law makes no provision for divorce or does not grant one of the spouses equal access to divorce on grounds of their sex, the law of the Republic of Kosovo shall apply.

Sub-chapter IV-Family relations: Effects of marriage - personal effects of marriage

Article 33

Personal relations of spouses

1. Personal relations of the spouses shall be governed by the law of the state of which the spouses are nationals.

2. If the spouses are nationals of different states, the law of the state shall apply in which they have their common habitual residence.

3. If the spouses have neither the same nationality nor common habitual residence in the same state, the law of the state shall apply in which they both have had the last common habitual residence.

4. If the applicable law cannot be determined in accordance with paragraphs 1, 2 or 3 of this Article, the law of the Republic of Kosovo shall apply.

Article 34

Choice of applicable law

1. The spouses or future spouses may agree to choose or to change the law applicable to their matrimonial property regime, provided that the law is one of the following:

1.1. the law of the state where both spouses or future spouses are habitually resident at the time the choice is made;

1.2. the law of the state where one of the spouses or future spouses is habitually resident at the time the choice is made;

1.3. the law of the state of nationality of either spouse or future spouse at the time the choice is made.

2. Unless the spouses agree otherwise, a change of the law applicable to the matrimonial property regime made during the marriage shall have prospective effect only.

3. Any retroactive change of the applicable law under paragraph 2 of this Article shall not adversely affect the rights of third parties deriving from that law.

Article 35

Formal and material validity of the agreement on choice of applicable law

1. The agreement on choice of law applicable to the matrimonial property regime shall be expressed in writing, dated and signed by both spouses.

2. Any agreement concluded by means of electronic communication which provides a durable record of the agreement shall be deemed equivalent to writing as provided in paragraph 1 of this Article.

3. The existence and validity of an agreement on choice of law or of any term thereof, shall be determined by the law which would govern it pursuant to Article 34 of this Law if the agreement or term were valid.

Article 36

Applicable law in the absence of choice by the spouses

1. If the spouses did not make a choice, the law applicable to their matrimonial property regime shall be the law of the state:

1.1. of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage; or, failing that

1.2. of the spouses' common nationality at the time of the conclusion of the marriage; or, failing that

1.3. with which the spouses jointly have the closest connection at the time of the conclusion of the marriage, taking into account all the circumstances.

2. Sub- paragraph 1.2 of this Article shall not apply if the spouses have more than one common nationality.

3. By way of exception and upon application by either spouse, the court may decide that the law of a state other than the state whose law is applicable pursuant to sub-paragraph 1.1 of this Article shall govern the matrimonial property regime if the applicant demonstrates that:

3.1. the spouses had their last common habitual residence in that other state for a significantly longer period of time than in the state designated pursuant to sub-paragraph 1.1. of this Article;

3.2. both spouses had relied on the law of that other state in arranging or planning their property relations.

Article 37

Formal validity of the matrimonial property agreement

1. The matrimonial property agreement shall be expressed in writing, dated and signed by both spouses.

2. The agreement concluded by means of electronic communication which provides a durable record of the agreement shall be deemed equivalent to writing as provided in paragraph 1 of this Article.

3. Notwithstanding paragraph 1 of this Article, if the law of the state in which both spouses have their habitual residence at the time the agreement is concluded lays down additional formal requirements for matrimonial property agreements, those requirements shall apply.

4. If the law applicable to the matrimonial property regime imposes additional formal requirements, those requirements shall apply.

Article 38

Scope of the applicable law

1. The law applicable to the matrimonial property regime shall govern, inter alia:

1.1. the classification of property of either or both spouses into different categories during and after marriage;

1.2. the transfer of property from one category to the other one;

1.3. the responsibility of one spouse for liabilities and debts of the other spouse;

1.4. the powers, rights and obligations of either or both spouses with regard to property;

1.5. the dissolution of the matrimonial property regime and the partition, distribution or liquidation of the property;

- 1.6. the effects of the matrimonial property regime on a legal relationship between a spouse and third parties; and
- 1.7. the material validity of a matrimonial property agreement.

Article 39

Property relations in out-of-marriage relations

The applicable law for property relations of persons living in out-of-marriage cohabitation shall be determined in accordance with Articles 34 to 38 of this Law.

Sub-chapter V- Family relations: Relations between parents and children

Article 40

Recognition, establishment or contestation of paternity, respectively maternity

1. Establishment or contestation of paternity respectively maternity respectively, shall be governed by the law of the state whose nationality the child has acquired at the time of birth.
2. Notwithstanding paragraph 1 of this Article, one of the following laws may be applied should this be more favourable to the child:
 - 2.1. the law of the state of which the child is a national or in which the child is habitually resident at the time of initiating the procedure for recognition, establishment or contestation of paternity or maternity;
 - 2.2. if the mother is married, the law that governs the personal effects of the marriage under Article 33 paragraphs 1, 2 and 3 of this Law at the time of the birth of the child or, if the marriage was dissolved before death, at the time of dissolution.
3. Recognition of paternity or maternity shall be effective if it conforms to:
 - 3.1. the law of the state whose nationality the person who does the recognition bears;
 - 3.2. the law of the state, whose nationality the child has at the time of recognition; or
 - 3.3. the law of the state in which the child is habitually resident at the time of recognition.
4. The formal requirements of recognition shall be governed by the law of the state where recognition has been made or by a law listed in paragraph 3 of this Article.

Article 41

Relations between parents and children

1. The relations between parents and children shall be governed by the law of the state in which they have their common habitual residence.
2. If the parents and the child are habitually resident in different states, the law of the state where the child is habitually resident shall apply.

Sub-chapter VI: Family relations: Maintenance

Article 42

General rule

1. Unless otherwise provided by this Law, maintenance obligations shall be governed by the law of the state of the habitual residence of the creditor.
2. In case of a change in the habitual residence of the creditor, the law of the state of the new habitual residence shall apply as from the moment when the change occurs.

Article 43

Special rules favouring certain creditors

1. The special provisions of this Article shall apply in the case of maintenance obligations of:
 - 1.1. parents towards their children
 - 1.2. persons, other than parents, towards persons who have not attained the age of 21 years, except for obligations arising out of the relationships referred to in Article 44 of this Law; and
 - 1.3. children towards their parents.
2. If the creditor is unable, by virtue of the law referred to in Article 42 of this Law, to obtain maintenance from the debtor, the law of the state in whose court the proceeding is taking place shall apply.
3. Notwithstanding Article 42 of this Law, if the creditor has seized the competent authority of the state where the debtor has his/her habitual residence, the law of that state shall apply. However, if the creditor is unable, by virtue of this law, to obtain maintenance from the debtor, the law of the state of the habitual residence of the creditor shall apply.
4. If the creditor is unable, by virtue of the laws referred to in Article 42 of this Law and in paragraphs 2 and 3 of this Article, to obtain maintenance from the debtor, the law of the state of their common nationality, if there is one, shall apply.

Article 44

Special rule with respect to spouses and ex-spouses

In the case of a maintenance obligation between spouses, ex-spouses or parties to a marriage which has been annulled, Article 42 of this Law shall not apply if one of the parties objects and the law of another state, in particular the state of their last common habitual residence, has a closer connection with the marriage. In such a case the law of that other state shall apply.

Article 45

Special rule on defence

In the case of maintenance obligations other than those arising from a parent-child relationship towards a child and those referred to in Article 44 of this Law, the debtor may contest a claim from the creditor on the ground that there is no such obligation under both the law of the state of the habitual residence of the debtor and the law of the state of the common nationality of the parties, if there is one

Article 46

Choice of the law applicable for the purpose of a particular proceeding

1. Notwithstanding the provisions of Articles 42 to 45 of this Law, the maintenance creditor and debtor, for the purpose only of a particular proceeding in a given state may expressly designate the law of that state as applicable to a maintenance obligation.
2. A designation made before the institution of such proceedings shall be in an agreement, signed by both parties, in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference.

Article 47

Choice of the applicable law

1. Notwithstanding the provisions of Articles 42 to 46 of this Law, the maintenance creditor and debtor may at any time designate one of the following laws as applicable to a maintenance obligation:
 - 1.1. the law of any state of which either party is a national at the time the choice is made;
 - 1.2. the law of the state of habitual residence of either party at the time the choice is made;
 - 1.3. the law chosen by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their property regime;
 - 1.4. the law chosen by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their divorce or legal separation.

2. The agreement on the choice of the applicable law shall be in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference, and shall be signed by both parties.

3. Paragraph 1 of this Article shall not apply to maintenance obligations in respect of a person under the age of eighteen (18) years or of an adult who, by reason of an impairment or insufficiency of his/her personal faculties, is not in a position to protect his/her interest.

4. Notwithstanding the law designated by the parties in accordance with paragraph 1 of this Article, the question of whether the creditor can renounce his/her right to maintenance shall be determined by the law of the state of the habitual residence of the creditor at the time the choice of the applicable law is made.

5. Unless at the time of the designation the parties were fully informed and aware of the consequences of their choice, the law chosen by the parties according to paragraph 1 of this Article shall not apply where the application of that law would lead to manifestly unfair or unreasonable consequences for any of the parties.

Article 48

Public bodies

The right of a public body to seek reimbursement of a benefit provided to the creditor in place of maintenance shall be governed by the law of the state to which that body belongs.

Article 49

Scope of the applicable law

1. The law applicable to the maintenance obligation in accordance with Articles 42 to 48 of this Law shall determine inter alia:

1.1. whether, to what extent and from whom the creditor may claim maintenance;

1.2. the extent to which the creditor may claim retroactive maintenance;

1.3. the basis for calculation of the amount of maintenance, and indexation;

1.4. who is entitled to institute maintenance proceedings, except for issues relating to procedural capacity and representation in the proceedings;

1.5. prescription or limitation periods;

1.6. the extent of the obligation of a maintenance debtor, where a public body seeks reimbursement of benefits provided for a creditor in place of maintenance.

Article 50

Determining the amount of maintenance

Even if the applicable law provides otherwise, the needs of the creditor and the resources of the debtor as well as any compensation which the creditor was awarded in place of periodical maintenance payments shall be taken into account in determining the amount of maintenance

Article 51

Interpretation and application of provisions of this sub-chapter

The provisions contained in this sub-chapter shall be interpreted and applied in accordance with the Council Regulation (EC) 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations

Sub-chapter VII- Family relations: Adoption

Article 52

Conditions for creation, effect and termination of adoption

1. The conditions for creation, effect and termination of adoption shall be governed by the law of the state of nationality of the adoptive parent and the adoptee, depending on the fact that what law is in a better interest for the adoptee.
2. If spouses are commonly adopting a child, the applicable law of the adopting parents for purposes of paragraph 1 of this Article shall be the law of the state of which they are both nationals at the time of filing the request for adoption.
3. If spouses are commonly adopting a child and they do not have common nationality, the applicable law the adopting parents for purposes of paragraph 1 of this Article shall be the law of their common habitual residence at the time of filing the request for adoption.
4. The form of the adoption shall be governed by the law of the place where the adoption is created.

Sub-chapter VIII- Succession

Article 53

General rule

The law applicable to the succession as a whole shall be the law of the state in which the deceased had his/her habitual residence at the time of death.

Article 54

Choice of applicable law

1. Notwithstanding Article 53 of this Law, a person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the state whose nationality he/she possesses at the time of making the choice or at the time of death. If the deceased person has multiple nationalities, he/ she may choose the law of any of the states whose nationality he/she possesses at the time of making the choice or at the time of death.
2. The choice of law shall be made expressly in a declaration in the form of a testament or other form of disposition of property upon death or shall be demonstrated by the terms of the testament or such a disposition.
3. The substantive validity of the act whereby the choice of law was made shall be governed by the chosen law.
4. Paragraph 2 of this Article shall also apply to the formal requirements of any modification or revocation of a testament or other disposition of property upon death.

Article 55

Scope of the applicable law

1. The law determined pursuant to Articles 53 and 54 of this Law shall govern the succession as a whole.
2. That law shall govern in particular:
 - 2.1. the causes, time and place of the opening of the succession;
 - 2.2. the determination of the beneficiaries, of their respective shares and of the obligations which may be imposed on them by the deceased, and the determination of other succession rights, including the succession rights of the surviving spouse or partner;
 - 2.3. the capacity to inherit;
 - 2.4. disinheritance and unworthiness to inherit;
 - 2.5. the transfer to the heirs and, as the case may be, to the legatees of the assets, rights and obligations forming section of the estate, including the conditions and effects of the acceptance or waiver of the succession or of a legacy;
 - 2.6. the powers of the heirs, the executors of the wills and other administrators of the estate, in particular as regards the sale of property and the payment of creditors;

- 2.7. liability for the debts under the succession;
- 2.8. the necessary part and other restrictions of the free disposition in case of death, including the parts previously separated from the inheritance for the benefit of the deceased's relatives and that based on the court decision, or any other body;
- 2.9. any obligation to restore or account for gifts in succession part;
- 2.10. transfer of the property that creates the estate

Article 56

The applicable law on the admissibility and material validity of testament or other forms of disposition of property upon death

- 1. The competent right for the admissibility and material validity of the testament or other form of disposition of property upon death, shall be the right which, according to this Law, would be competent for the inheritance of the person that has made the testament as he died on the day in which the act of disposition has been made.
- 2. Notwithstanding paragraph 1 of this Article, a person may choose as the law to govern the existence, material validity, effects and interpretation of the testament in accordance with Article 54 of this Law.
- 3. Paragraph 1 of this Article shall apply, as appropriate, to the modification or revocation of a testament or other form of disposition of property upon death. In the event of a choice of law in accordance with paragraph 2 of this Article, the modification or revocation shall be governed by the chosen law.
- 4. This Article does not apply to agreements as to succession.

Article 57

Agreements as to succession

- 1. An agreement as to succession regarding the succession of one person shall be governed, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, by the law which, under this Law, would have been applicable to the succession of that person if he had died on the day on which the agreement was concluded.
- 2. An agreement as to succession regarding the succession of several persons shall be admissible only if it is admissible under all the laws which, under this Law, would have governed the

succession of all the persons involved if they had died on the day on which the agreement was concluded.

3. An agreement as to succession which is admissible under such designated law shall be governed, as regards its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, by the law, from among those referred laws, with which it has the closest connection.

4. Notwithstanding paragraphs 1 and 2 of this Article, the parties may choose as the law to govern their agreement as to succession, as regards its admissibility, its substantive validity and its binding effects between the parties, including the conditions for its dissolution, the law which the person or one of the persons whose estate is involved could have chosen in accordance with Article 54 of this Law.

Article 58

Form of testament or of other form of disposition of property upon death made in writing

1. A testament is valid upon the form if its valid form complies with the law of:

1.1. the state in which the testament or the disposition was made or the agreement as to succession was concluded;

1.2. the state whose nationality the testator or at least one of the persons whose succession is concerned by an agreement as to succession possessed, either at the time when the disposition was made or the agreement concluded, or at the time of death;

1.3. the state in which the testator or at least one of the persons whose succession is concerned by an agreement as to succession had his domicile, either at the time when the disposition was made or the agreement was concluded, or at the time of death;

1.4. the state in which the testator or at least one of the persons whose succession is concerned by an agreement as to succession had his habitual residence, either at the time when the disposition was made or the agreement concluded, or at the time of death;

1.5. the Republic of Kosovo;

1.6. in so far as immovable property is concerned, the state in which that property is located;

1.7. the law that is applicable or would be applicable for the inheritance at the time when the testament or other form of disposition of property upon death was made, or the agreement as to succession was concluded.

2. The form of the revocation of the testament shall be valid if according to any law it is valid as per provisions of paragraph 1 of this Article, provided that the testament could have been made in a valid form.

Article 59

Formal validity of a declaration concerning acceptance or waiver of succession

1. A declaration concerning the acceptance or waiver of the succession, of a legacy or of a reserved share, or a declaration designed to limit the liability of the person making the declaration, shall be valid as to form where it meets the requirements of:

1.1. the law applicable to the succession pursuant to Article 53 or 54 of this Law;

1.2. the law of the state in which the person making the declaration has his/her habitual residence.

Article 60

Commorientes

Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for that situation or make no provision for it at all, it is considered that such persons have died at the same time.

Article 61

Interpretation and application of provisions of this sub-chapter

The provisions contained in this sub-chapter of this Law shall be interpreted and applied in accordance with EU Regulation No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

Sub-chapter IX- Real Rights

Article 62

Types of corporeal objects

The evaluation as to whether a corporeal object is movable or immovable shall be determined by the law of the state on the territory of which the object is located.

Article 63

Real rights in immovable property

Real rights in respect of immovable property shall be governed by the law of the state on the territory of which the property is located.

Article 64

Real rights in respect of movable property

1. The acquisition and loss of a real right in respect of movable property shall be governed by the law of the state on the territory of which the movable property is located when the action or facts that are invoked as basis of the acquisition or the termination occur.
2. Where particular actions or circumstances, that are prerequisite to the acquisition or loss of a real right in respect of movable property, were initiated in one state, they shall be deemed also consummated in another state where the last action or circumstance occurred thereby initiating acquisition or termination of the real right.
3. The content and exercise of the real right in respect of movable property shall be governed by the law of the state on the territory of which the movable property is located.

Article 65

Transfer of movable property to the Republic of Kosovo (mobile conflict of laws)

1. Where a movable property, in respect of which a real right has been acquired in another state, is transferred to the Republic of Kosovo, the acquired real right shall be recognized in the Republic of Kosovo on condition that Kosovo law knows a real right which in terms of its content and effects is equivalent to the real right which has been acquired in another state.
2. The content, exercise and registration of a real right in respect of movable property from paragraph 1 of this Article shall be governed by the law of the Republic of Kosovo.
3. Where Kosovo law requires the registration of a real right from paragraph 1 of this Article and where the right is registered within sixty (60) days of the date the property arrived in the Republic of Kosovo, the date of registration shall be deemed to be the date when the property arrived in the territory of the Republic of Kosovo.

Article 66

Goods in transit

1. The acquisition and loss of real rights in respect of goods in transit shall be governed by the law of the state of destination.

2. Real rights in respect of personal belongings that the passenger carries with him shall be governed by the law of the state of his/her habitual residence.

Article 67

Means of transport

The acquisition and termination of real rights in respect of ship, aircraft and other means of transport recorded in a public register shall be governed by law of the state where the said means of transport is registered

Article 68

Validity of registration

The validity of registration by which the real rights are acquired, transferred or terminated shall be governed by the law of the state in the territory of which the property was located at the time when the legal transaction was concluded.

Article 69

Cultural property

1. If a corporeal object, which is proclaimed as being cultural heritage of a state, has unlawfully left the territory of that state, the revindication by the state shall be governed by the law of that state except where the state chooses the law of the state on the territory of which the property is located at the time of the revindication claim.

2. If the law of the state that has proclaimed an item as being its cultural heritage does not grant any protection to the possessor in good faith, the latter may invoke the protection that is attributed to him by the law of the state on the territory of which the item is located at the time of the revindication claim.

Article 70

Scope of the applicable law

1. The law applicable to real rights shall refer to the following in particular:

1.1. existence, type, content and scope of real rights;

1.2. holders of the rights;

1.3. manner of acquisition, transfer and termination of the real rights;

1.4. transferability of real rights;

1.5. effects of real rights on third persons;

1.6. obligation to register real rights in a public register.

Sub-chapter X-Intellectual property rights

Article 71

General rule

1. The existence, validity, scope, ownership, duration and transferability of copyrights, related rights and other non-registered intellectual property rights shall be governed by the law of the state for which protection is claimed.

2. The existence, validity, scope, ownership, duration and transferability of registered industrial property rights shall be governed by the law of the state in which that right is registered or in which registration has been claimed.

Article 72

Intellectual property rights arising within the course of the employment

The law applicable to employment contracts shall also apply to the determination of the holder of an intellectual property right if the subject matter of that right emerged within the course of employment.

Article 73

Contracts relating to intellectual property

Contracts relating to intellectual property rights shall be governed by the competent law designated under sub-chapters 6 and 8 of this chapter.

Article 74

Infringement of intellectual property rights

1. A non-contractual liability for damages arising from an infringement of an intellectual property right shall be governed by the law of the state for which protection is claimed.

2. The law applicable pursuant to paragraph 1 of this Article may not be derogated from by an agreement pursuant to Article 99 of this Law.

Sub-chapter XI-Contractual obligations

Article 75

Choice of the applicable law

1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice of the applicable law shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.
2. The contractual parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 83 of this Law or adversely affect the rights of third parties.
3. Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a state other than the state whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other state which cannot be derogated from by agreement.
4. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 18, 82 and 83 of this Law.

Article 76

Applicable law in the absence of choice by parties

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 75 of this Law, without prejudice to contracts referred to in Articles 78, 79, 80 and 81 of this Law, the law governing the contract shall be determined as follows:
 - 1.1. a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the state where the seller has his/her habitual residence;
 - 1.2. a contract for the provision of services shall be governed by the law of the state where the service provider has his/her habitual residence;
 - 1.3. a contract relating to a real right in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the state where the property is situated;
 - 1.4. notwithstanding sub-paragraph 1.3 of this Article, a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six (6) consecutive months shall be governed by the law of the state where the landlord has his/her habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his/her habitual residence in the same state;
 - 1.5. a franchise contract shall be governed by the law of the state where the franchisee has his/her habitual residence;

1.6. a distribution contract shall be governed by the law of the state where the distributor has his/her habitual residence;

1.7. a contract on the sale of goods by auction shall be governed by law of the state where the auction takes place, if such a place can be determined.

2. Where the contract is not covered by paragraph 1 of this Article or where the elements of the contract would be covered by the provisions of more sub-paragraphs of this Article, the contract shall be governed by the law of the state where the party required to affect the characteristic performance of the contract has his/her habitual residence.

3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 1 or 2 of this Article, the contract shall be governed by the law of the state with which it is most closely connected.

Article 77

Habitual residence

1. For the purposes of this sub-chapter:

1.1. the habitual residence of companies and other bodies, whether they are legal persons or do not have the capacity of a legal person, shall be the place of central administration.

1.2. the habitual residence of a natural person acting in the course of his/her business activity shall be his/her principal place of business.

2. Where the contract is concluded in the course of the operations of a branch, agency or any other establishment, or if, under the contract, performance is the responsibility of such a branch, agency or establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

3. For the purposes of determining the habitual residence, the relevant point in time shall be the time of the conclusion of the contract.

Article 78

Contracts for the carriage of goods

1. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 75 of this Law, the law applicable shall be the law of the state of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that state.

2. If requirements from paragraph 1 of this Article are not met, the law of the state where the place of delivery as agreed by the parties is situated shall apply.

Article 79

Contracts for the carriage of passengers

1. The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers. In accordance with Article 75 of this Law, only the law of the state where:

1.1. the passenger has his/her habitual residence;

1.2. the carrier has his/her habitual residence;

1.3. the carrier has his/her central administration;

1.4. the place of departure is situated; or

1.5. the place of destination is situated.

2. To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of passengers has not been chosen by the parties in accordance with the paragraph 1 of this Article, the law applicable shall be the law of the state where the passenger has his/her habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that state. If these requirements are not met, the law of the state where the carrier has his/her habitual residence shall apply.

Article 80

Consumer contracts

1. A contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his/her trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his/her trade or profession (the entrepreneur), shall be deemed to be a consumer contract.

2. Notwithstanding Articles 78 and 79 of this Law, a contract as per paragraph 1 of this Article shall be governed by the law of the state where the consumer has his habitual residence, provided that the entrepreneur:

2.1. pursues his/her commercial or professional activities in the state where the consumer has his/her habitual residence, or

2.2. by any means, directs such activities to that state or to several states including that state, and the contract falls within the scope of such activities.

3. Notwithstanding the provision of paragraph 2 of this Article, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 2 of this Article, in accordance with Article 75 of this Law. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 2 of this Article.

4. If the requirements of paragraph 2 of this Article are not fulfilled, the law applicable to a consumer contract shall be determined pursuant to the provisions of Articles 75 and 76 of this Law.

5. The provisions of paragraphs 2 and 3 of this Article shall not apply to:

5.1. a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a state other than that in which he has his habitual residence;

5.2. a contract of carriage other than a contract with which a combined service of travel and accommodation is provided for a single price;

5.3. a contract relating to a real right in immovable property or a tenancy of immovable property other than a contract relating to the right to use immovable properties on a timeshare basis.

Article 81

Individual employment contracts

1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 75 of this Law. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him/her by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2 and 3 of this Article.

2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the state in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his/her work in performance of the contract. The state where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he/ she is temporarily employed in another state.

3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2 of this Article, the contract shall be governed by the law of the state where the place of business through which the employee was engaged is situated.

Article 82

Consent and material validity

1. The existence and material validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Law if the contract or term were valid.
2. Nevertheless, a party, in order to establish that he/she did not consent, may rely upon the law of the state in which he/she has his/her habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his/her conduct in accordance with the law specified in paragraph 1 of this Article.

Article 83

Formal validity

1. A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same state at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of:
 - 1.1. the law which governs the substance of the contract according to the provisions of this Article;
or
 - 1.2. the law of the state where it is concluded.
2. A contract concluded between persons who, or whose agents, are not in the same state at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of:
 - 2.1. the law which governs the substance of the contract according to the provisions of this Article;
or
 - 2.2. the law of either of the states where either of the parties or their agent is present at the time of conclusion; or
 - 2.3. the law of the state where either of the parties had his/her habitual residence at the time of the conclusion of the contract.
3. A unilateral act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of:
 - 3.1. the law which governs or would govern the contract in substance under this Law; or
 - 3.2. the law of the state where the unilateral act was done;
 - 3.3. the law of the state where the party by whom the unilateral act was done had his/
her habitual residence at that time when the act was done.

4. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2 and 3 of this Article the form of consumer contracts shall be governed by the law of the state where the consumer has his/her habitual residence.

5. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2, 3 and 4 of this Article, a contract the subject matter of which is a real right in immovable property or a tenancy of immovable property shall be subject to the requirements of form of the law of the state where the property is situated if by that law, those requirements:

5.1. are imposed irrespective of the state where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract; and

5.2. cannot be derogated from by agreement.

Article 84

Assignment of claim

1. The relationship between the creditor (assignor) who has assigned his claim to another person (the debtor), and the new creditor (assignee), shall be governed by the law that applies to the contract of the assignment of claim under this Law.

2. The law governing the assigned claim shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged.

3. The concept of assignment in this Article includes outright transfers of claims, transfers of claims by way of security and pledges or other security rights over claims.

Article 85

Set-off

Where the right to set-off is not agreed by the parties, set-off shall be governed by the law applicable to the claim against which the right to set-off is asserted.

Article 86

Scope of the applicable law

1. The law applicable to a contract shall govern in particular:

1.1. interpretation of the contract;

1.2. performance of the contract;

1.3. within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law;

1.4. the various ways of extinguishing obligations;

1.5. prescription;

1.6. termination of rights due to the expiration of time limits; and

1.7. the consequences of nullity of the contract.

2. In relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance, regard shall be had to the law of the state in which performance takes place.

Article 87

Interpretation and application of provisions of this sub-chapter

The provisions contained in this sub-chapter shall be interpreted and applied in accordance with Regulation (EC) 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

Sub-chapter XII- Non-contractual obligations

Article 88

Non-contractual obligations

1. According to the provisions of this sub-chapter, damage shall cover any consequence arising out of a harmful act, unjust enrichment, actions performed without due authority in connection with affairs of another (negotiorum gestio) or pre-contractual liability (culpa in contrahendo).

2. Provisions from this sub-chapter shall apply also to non-contractual obligations that are likely to arise.

3. Any reference in this sub-chapter to an event giving rise to damage shall include events giving rise to damage that are likely to occur.

4. Any reference in this sub-chapter to damage shall include damage that is likely to occur.

Article 89

Habitual residence

1. For the purposes of this sub-chapter, the habitual residence of companies, foundations and associations, regardless of whether they are legal persons or do not have legal personality, shall be the place of central administration. Where the event giving rise to the damage occurs, or the damage arises, in the course of operation of a branch, agency or any other establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

2. For the purposes of this sub-chapter, the habitual residence of a natural person acting in the course of his/her business activity shall be his/her principal place of business.

Sub-chapter XIII- Non-contractual obligations - Non-contractual obligations caused by a harmful act

Article 90

General rule

1. Unless otherwise provided for in this Law, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a harmful act shall be the law of the state in which the damage occurs irrespective of the state in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the state or states in which the indirect consequences of that event occur.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Article, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same state at the time when the damage occurs, the law of that state shall apply.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the harmful act is manifestly more closely connected with a state other than that indicated in paragraphs 1 and 2 of this Article, the law of that other state shall apply. A manifestly closer connection with another state might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the harmful act in question.

Article 91

Liability for damage caused by products

1. Without prejudice to Article 90 paragraph 2 of this Law, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product shall be:

1.1. the law of the state in which the person sustaining the damage had his/her habitual residence when the damage occurred, if the product was marketed in that state; or,

failing that;

1.2. the law of the state in which the product was acquired, if the product was marketed in that state;
or, failing that;

1.3. the law of the state in which the damage occurred, if the product was marketed in that state.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Article, the law applicable shall be the law of the state in which the person claimed to be liable is habitually resident if he/she could not reasonably foresee the marketing of the product, or a product of the same type, in the state the law of which is applicable under sub-paragraphs 1.1, 1.2 or 1.3 of this Article.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the harmful act is manifestly more closely connected with a state other than that indicated in paragraph 1 of this Article, the law of that other state shall apply. A manifestly closer connection with another state might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the harmful act in question

Article 92

Unfair competition and acts restricting free competition

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of an act of unfair competition shall be the law of the state where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be, affected.

2. Where an act of unfair competition affects exclusively the interests of a specific competitor, the provision of Article 90 of this Law shall apply.

3. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of a restriction of competition shall be the law of the state where the market is, or is likely to be, affected.

4. The law applicable under paragraphs 1, 2 and 3 of this Article may not be derogated from by an agreement pursuant to Article 100 of this Law.

Article 93

Environmental damage

The law applicable to a non-contractual obligation arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage shall be the law determined pursuant to Article 90, paragraph 1 of this Law, unless the person seeking compensation for damage chooses to base his/her claim on the law of the state in which the event giving rise to the damage occurred.

Article 94

Liability for protest actions in employment relations (industrial action)

Without prejudice to the provision of Article 88 paragraph 2 of this Law, the law applicable to a non-contractual obligation in respect of the liability of a person in the capacity of a worker or an employer or the organisations representing their professional interests for damages caused by a protest action of the workers or employers such as a strike or a lock out which are pending or carried out, shall be the law of the state where the action is to be, or has been, taken.

Article 95

Violation of personality rights

1. The law applicable to a non-contractual liability for damages arising from violations of personality rights through mass media, particularly through press, internet, radio, television or means of public information, shall be, by the choice of the person sustaining damage:

1.1. the law of the state where the person claimed to be liable has his/her habitual residence;

1.2. the law of the state where the person sustaining damage has his/her habitual residence, provided that the person claimed to be liable could reasonably foresee that the damage will occur in the territory of that state;

1.3. the law of the state in which the damage occurs or is likely to occur, provided the person claimed to be liable could reasonably foresee that the damage will or could occur in that state.

2. The law applicable to the right to publish a correction when the violation of personality rights has been done through the media, shall be the law of the state in which the personality right has been violated.

3. Provision of paragraph 1 of this Article shall also apply to obligations arising from violation of rights relating to personal data

Article 96

Damage occurring on a ship or aircraft

The applicable law for the damage that has occurred on a ship on the high seas or on an airplane, shall be the law of the state in which the ship or the airplane was registered.

Sub-chapter XIV-Non-contractual relations - Unjust enrichment, actions performed without due authority in connection with affairs of another (negotiorum gestio) and precontractual

liability (culpa in contrahendo)

Article 97

Unjust enrichment

1. If a non-contractual obligation arising out of unjust enrichment, including payment of amounts wrongly received, concerns a relationship existing between the parties, such as one arising out of a contract or a harmful act, that is closely connected with that unjust enrichment, it shall be governed by the law that governs that relationship.
2. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1 of this Article and the parties have their habitual residence in the same state when the event giving rise to unjust enrichment occurs, the law of that state shall apply.
3. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraphs 1 and 2 of this Article, it shall be the law of the state in which the unjust enrichment took place.

Article 98

Actions performed without due authority in connection with affairs of another (negotiorum gestio)

1. If a non-contractual obligation arising out of an act performed without due authority in connection with the affairs of another person concerns a relationship existing between the parties, such as one arising out of a contract or a harmful act, that is closely connected with that non-contractual obligation, it shall be governed by the law that governs that relationship.
2. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1 of this Article, and the parties have their habitual residence in the same state when the event giving rise to the damage occurs, the law of that state shall apply.
3. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraphs 1 and 2 of this Article, it shall be the law of the state in which the act was performed.

Article 99

Pre-contractual liability

(Culpa in contrahendo)

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract, regardless of whether the contract was actually concluded or not, shall be the law that applies to the contract or that would have been applicable to it had it been entered into.

2. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1 of this Article, it shall be:

2.1. the law of the state in which the damage occurs, irrespective of the state in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the state or states in which the indirect consequences of that event occurred; or

2.2. where the parties have their habitual residence in the same state at the time when the event giving rise to the damage occurs, the law of that state.

Sub-chapter XV- Common provisions for non-contractual obligations

Article 100

Choice of the applicable law

1. The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice:

1.1. by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred;

1.2. where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiated before the event giving rise to the damage occurred.

2. The choice of the applicable law from paragraph 1 of this Article shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties.

3. Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in a state other than the state whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other state which cannot be derogated from by agreement.

Article 101

Scope of the applicable law

1. The law applicable to non-contractual obligations under this Law shall govern in particular:

- 1.1. the basis and extent of liability, including the determination of persons who may be held liable for acts performed by them;
- 1.2. the grounds for exemption from liability, any limitation of liability and any division of liability;
- 1.3. the existence, the nature and the assessment of damage or the remedy claimed;
- 1.4. within the limits of powers conferred on the court by its procedural law, the measures which a court may take to prevent or terminate injury or damage or to ensure the provision of compensation;
- 1.5. the question whether a right to claim damages or a remedy may be transferred, including by inheritance;
- 1.6. persons entitled to compensation for damage sustained personally;
- 1.7. liability for the acts of another person;
- 1.8. the manner in which an obligation may be extinguished and rules of prescription and limitation, including rules relating to the commencement of the expiration of the deadline for filing a indictment or taking concrete actions under the threat of losing such right and the commencement, interruption and suspension of a period of prescription or limitation.

Article 102

Rules of safety and conduct

In assessing the conduct of the person claimed to be liable, account shall be taken, as a matter of fact and in so far as is appropriate, of the rules of safety and conduct which were in force at the place and time of the event giving rise to the liability.

Article 103

Direct action against the insurer of the person liable

The person having suffered damage may bring his/her claim for compensation directly against the insurer of the person liable to provide compensation of such damage if the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides.

Article 104

Interpretation and application of provisions of this sub-chapter

1. The provisions contained in this sub-chapter shall be interpreted and applied in accordance with Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).
2. Paragraph 1 of this Article shall not apply to the provisions of Articles 95 and 96 of this Law.

Sub-chapter XVI- Common provisions for contractual and non-contractual obligations

Article 105

Legal subrogation

Where the creditor has a claim upon the debtor, and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor shall determine whether, and the extent to which, the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor had against the debtor under the law governing their relationship.

Article 106

Multiple liability

1. If a creditor has a claim against several persons who are liable for the same claim, and one of the debtors has already satisfied the claim in whole or in part, the applicable law governing the debtor's obligation towards the creditor also governs the debtor's right to claim recourse from the other debtors.
2. The other debtors may rely on the defences they had against the creditor to the extent allowed by the applicable law governing their obligations towards the creditor.

Article 107

Burden of proof

1. The law governing a contractual or non-contractual obligation shall apply to the extent that, in matters of contractual or non-contractual obligations, it contains rules which raise presumptions of law or determine the burden of proof.
2. A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognized by the law of the Republic of Kosovo or by any of the laws referred to in Article 83 of this Law under which that contract or act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the court of the Republic of Kosovo.

Sub-chapter XVII- Form of legal transactions and of legal acts, contractual

representation and statutory limitation

Article 108

Form of legal transactions and of legal acts

Unless otherwise provided for by this Law, a legal transaction or a legal act shall be deemed valid as to form if they are valid either according to the law of the place where the legal transaction was entered into or where the legal act was undertaken, or according to the law which is applicable to the content of the legal transaction or the legal act.

Article 109

Contractual representation

1. The existence and the extent of authorizations of the agent, and the effects created by the use or exceedance of such authorizations, shall be governed by the law chosen by the principal and the third person, provided that the agent was aware or could not have been unaware of such a choice.
2. In the absence of a choice of law, the matters referred to in paragraph 1 of this Article shall be governed by the law of the state in which the agent has his/her habitual residence at the time of acting in the exercise of his/her authority.
3. Notwithstanding paragraph 2 of this Article, where a third person was not aware nor ought to have been aware of the agent's habitual residence, or where the agency agreement was concluded with an agent who is not performing agency activities within his/her profession, or where the agent performed the agency activities on a stock exchange or at an auction, the law applicable to the matters referred to in paragraph 1 of this Article shall be the law of the state in which the agency activity is performed.
4. The law determined by paragraphs 1, 2 and 3 of this Article shall apply also to the relationship between the agent and the third person arising out of the fact that the agent acted in accordance with his/her authority, exceeded his/her authority, or acted without authority.
5. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2 and 3 of this Article, where the subject matter of the representation is a right to immovable property, the matters from paragraph 1 of this Article shall be governed by the law of the state where the immovable property is located.

Article 110

Statutory limitation

The statute of limitations shall be governed by the law applicable to the content of the legal matter or of the legal transaction

SECTION THREE

INTERNATIONAL JURISDICTION AND PROCEDURE

CHAPTER III

Sub-chapter I- General provisions

Article 111

General jurisdiction in contentious procedure

1. The court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction if the defendant is:
 - 1.1. a natural person who has his/her domicile or habitual residence in the Republic of Kosovo;
 - 1.2. a legal person who has its seat in the Republic of Kosovo.
2. Paragraph 1 of this Article shall not apply to jurisdiction of the court of the Republic of Kosovo in matters of succession.

Article 112

Jurisdiction over co-defendants

If the case involves multiple defendants in the capacity of material co-defendants, the courts of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction over such co-defendants when general jurisdiction can be exercised over one of the defendants in accordance with this Law.

Article 113

Jurisdiction for related actions

1. If the court of the Republic of Kosovo has jurisdiction to hear one of several actions, it shall also have jurisdiction to hear other actions if they are related to the action that the court of the Republic of Kosovo has jurisdiction for.
2. The actions shall be deemed related if the connections among them are so close that it is justified to hear and decide them together to avoid the risk of irreconcilable judgments if the actions were heard separately.

Article 114

Jurisdiction on counterclaims

The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction on counterclaims, if the counterclaim relates to the claim from the original action.

Article 115

Jurisdiction based on the defendant's property

1. If any property of the defendant is located in the territory of the Republic of Kosovo, the courts of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction if the plaintiff has his/her domicile or seat in the Republic of Kosovo, provided that:

- 1.1. the value of the property is not disproportionate to the value of the claim;
- 1.2. the dispute has a sufficient connection with the Republic of Kosovo.

Article 116

General jurisdiction in non-contentious procedure

1. When a legal relationship is decided in a non-contentious procedure, the court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction if the person against whom the claim is filed is:

- 1.1. a natural person who has his/her domicile or habitual residence in the Republic of Kosovo;
- 1.2. a legal person who has its seat in the Republic of Kosovo.

2. When the procedure involves only one person, the court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction if that person meets the requirements of paragraph 1 of this Article.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not apply to matters of succession

Article 117

Jurisdiction on provisional and protective measures

The court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction for granting provisional or security measures against persons or property which at the moment of the action are located in the Republic of Kosovo, even in cases when, according to the provisions of this Law, the court does not have jurisdiction to decide of the main matter

Article 118

Determining jurisdiction

1. Jurisdiction of a judicial or other authority of the Republic of Kosovo in matters with an

international element shall be established ex officio on the basis of the facts and circumstances present at the time when the procedure is initiated.

2. Jurisdiction of a judicial or other authority of the Republic of Kosovo shall also exist when the facts that it is based on change during the procedure.

Article 119

Exceptional jurisdiction

In exceptional circumstances, if this Law does not provide for jurisdiction of a court or other authority of the Republic of Kosovo, the court or other authority of the Republic of Kosovo may hear the case if the proceedings cannot be initiated abroad or when it would be unreasonable to demand that the action be brought abroad, provided that the dispute is sufficiently connected with the Republic of Kosovo.

Article 120

The courts of the Republic of Kosovo shall have exclusive jurisdiction when that is expressly provided by this or another Law. Exclusive international jurisdiction

Article 121

International lis pendens

1. The court of the Republic of Kosovo shall, at the request of a party, stay its proceeding if proceedings involving the same cause of action and between the same parties are pending before a foreign court, and if:

1.1. the proceedings were first instituted before a foreign court;

1.2. the court of the Republic of Kosovo does not have exclusive jurisdiction on the contest for which the trial is being held; and

1.3. it is to be expected that the foreign court will, within a reasonable time, render a judgment that is eligible for recognition in the Republic of Kosovo.

Article 122

Exclusive international jurisdiction in enforcement proceedings

The court or the persons with public authorization in accordance with the law, shall have exclusive jurisdiction in proceedings concerning the enforcement of a foreign judgment in the territory of the Republic of Kosovo.

Sub-chapter II- Prorogation of jurisdiction

Article 123

Prorogation of jurisdiction of the court of the Republic of Kosovo

1. In matters with an international element in which, according to the law of the Republic of Kosovo, the parties may freely dispose of their rights, they may agree upon the jurisdiction of the courts of the Republic of Kosovo to settle a dispute that has arisen or may arise out of a particular legal relationship.
2. The jurisdiction of the court of the Republic of Kosovo under paragraph 1 of this Article shall be exclusive, unless the parties have agreed otherwise.
3. The material validity of the agreement on jurisdiction of the court of the Republic of Kosovo shall be governed by the law of the Republic of Kosovo.

Article 124

Prorogation of jurisdiction of a foreign court

1. In matters with an international element where the parties, according to the law of the Republic of Kosovo, are allowed to freely dispose of their rights, the parties may agree upon the jurisdiction of the court or courts of a foreign state to settle a dispute that has arisen or may arise out of a particular legal relationship.
2. The jurisdiction of the foreign court under the paragraph 1 of this Article shall be exclusive, unless the parties have agreed otherwise.
3. If a claim in respect of which the jurisdiction of a foreign court was agreed is brought before a court of the Republic of Kosovo, the court of the Republic of Kosovo shall declare itself to have no jurisdiction and shall dismiss the claim, upon the objection of a party, unless the agreement is null and void.
4. The objection from paragraph 3 of this Article shall be stated before the party pleads to the merits in the main hearing.
5. The material and formal validity of the agreement on the prorogation of a foreign court shall be governed by the law of the state of the chosen court, whereas the admissibility of the agreement is concurrently governed by the law of the Republic of Kosovo.

Article 125

Form of the prorogation agreement

1.The prorogation agreement shall be concluded:

1.1. in writing or evidenced in writing;

1.2. in a form which accords with practices which the parties have established between themselves; or

1.3. in international trade or commerce, in a form which accords with a usage of which the parties are or ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade or commerce concerned.

2. Any communication by electronic means which provides a durable record of the agreement shall be equivalent to ‘writing’.

3. An agreement conferring jurisdiction which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.

4. The validity of the agreement conferring jurisdiction cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 126

Tacit consent of the defendant to the jurisdiction of the court of the Republic of Kosovo

1. When the jurisdiction of a court of the Republic of Kosovo depends on the defendant’s consent to its jurisdiction, it is considered that the defendant has given the consent if:

1.1. the defendant has filed a written response to the claim or he/she has filed an objection to the payment order, without contesting the jurisdiction of the Court of the Republic of Kosovo; or

1.2. the defendant has pleaded to the merits at the preparatory hearing or, if the preparatory hearing has not been held, at the first hearing on the merits, without contesting jurisdiction of the court in the preparatory hearing; or

1.3.the defendant has filed a counterclaim.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this Article, in disputes related to insurance contracts, consumer contracts and individual employment contracts where the policy holder, the insured, a beneficiary of the insurance contract, the injured party, the consumer or the employee is the defendant, the court shall ensure that the defendant is informed of his right to contest the jurisdiction of the court and of the consequences of entering or not entering an appearance.

Sub-chapter III- Special provisions: Jurisdiction regarding the status of persons

Article 127

Guardianship

1. The court or other authority of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction in matters of guardianship involving persons who are nationals of the Republic of Kosovo or have habitual residence in the Republic of Kosovo.

2. A court or other authority of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction to take necessary provisional measures in order to protect a foreign national or his/her rights and interests if he/ she is present or has property in the Republic of Kosovo.

Article 128

Personal name

The court or other authority of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction to determine, change or protect the personal name of a national of the Republic of Kosovo.

Article 129

Declaration of death of a missing person

The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction to declare a missing national of the Republic of Kosovo as dead.

Article 130

Exclusive international jurisdiction in disputes on establishment, termination and status changes of legal entities

The court of the Republic of Kosovo shall have exclusive jurisdiction in proceedings which have as their object the validity of the constitution, the nullity or the dissolution of companies or other legal persons or associations of natural or legal persons, or the validity of the decisions of their organs, if the company, legal person or association has its seat in the Republic of Kosovo.

Article 131

Exclusive international jurisdiction over validity of entries in public registers

The court of the Republic of Kosovo shall have exclusive jurisdiction over proceedings which have as their object the validity of entries in public registers which are kept in the Republic of Kosovo.

Sub-chapter IV- Special provisions: Jurisdiction regarding family relations

Article 132

Matrimonial and related disputes

1. The courts of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction over disputes for determining the existence or non-existence of a marriage, annulment of a marriage or divorce, also if:

1.1. one of the spouses is a national of the Republic of Kosovo at the moment of initiating the proceedings, or was a national of the Republic of Kosovo at the time when the marriage was entered into; or

1.2. the spouses have their habitual residence in the Republic of Kosovo at the moment of initiating the proceedings; or

1.3. one of the spouses is a stateless person and has a habitual residence in the Republic of Kosovo at the moment of initiating the proceedings; or

1.4. one of the spouses had their last habitual residence in the Republic of Kosovo, while one of them still has habitual residence in the Republic of Kosovo at the moment of initiating the proceeding; or

1.5. the plaintiff has his/her habitual residence in the Republic of Kosovo for at least a year before the initiation of the proceedings.

2. The provisions of paragraph 1 of this Article shall also apply to jurisdiction of the court of the Republic of Kosovo for disputes concerning matrimonial property relations.

Article 133

Establishment of paternity and maternity

1. The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction to hear disputes relating to the establishment or contestation of paternity or maternity, provided that the child, mother, father, or a person claiming to be the father or mother of the child:

1.1. is a national of the Republic of Kosovo; or

1.2. has his/her habitual residence in the Republic of Kosovo.

Article 134

Disputes on parental custody

1. The court or other authority of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction over disputes relating to the disputes, raising and education of the children that are under parental custody, if:

1.1. the child is a national of the Republic of Kosovo; or

1.2. the child has his/her habitual residence in the Republic of Kosovo; or

1.3. the child, whose habitual residence cannot be determined, or who is a refugee, or an internationally displaced person due to events in his/her state of habitual residence, is located in the territory of the Republic of Kosovo.

Article 135

International competence on issuing of a marriage permit to a minor

On issuing a marriage permit to a minor, the court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction if the applicant is a national of the Republic of Kosovo, or if one of the applicants is a national of the Republic of Kosovo, regardless of the domicile or habitual residence of persons who wish to enter into marriage.

Article 136

Maintenance

1. In disputes relating to maintenance, the court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction also when:

1.1. the person claiming maintenance has his/her habitual residence in the Republic of Kosovo; or

1.2. the maintenance is decided in the matrimonial dispute, dispute on establishment of paternity or maternity, or dispute on parent-child relationship, which is heard in a court of the Republic of Kosovo.

Article 137

Adoption

1. The court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction to decide on the adoption and termination of adoption if one of the adopters or the adopted person is a national of the Republic of Kosovo or has his/her habitual residence in the Republic of Kosovo at the moment of initiation of the adoption procedure.

2. If the adopted person is a national of the Republic of Kosovo and has habitual residence in the Republic of Kosovo at the moment of initiation of the adoption procedure, the jurisdiction of the

court of the Republic of Kosovo on the matters referred to in paragraph 1 of this Article shall be exclusive.

Sub-chapter V- Special provisions:

Jurisdiction regarding matters of succession

Article 138

General rule

The court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction to rule on the succession as a whole, if the deceased had his/her habitual residence in the Republic of Kosovo at the time of death.

Article 139

Jurisdiction based on the location of the estate

1. The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction to decide on the succession when the deceased did not have habitual residence in the Republic of Kosovo at the time of death, provided that assets of the estate or the entire estate are/is located in the Republic of Kosovo, and if:

1.1. the law of the Republic of Kosovo has been chosen as the applicable law to the succession by the deceased in accordance with Article 54 of this Law; or

1.2. the deceased had the nationality of the Republic of Kosovo at the time of death; or

1.3. the application of this Article is only intended for that estate.

Article 140

Disputes arising from succession relations and disputes concerning the disposition of the estate *inter vivos*.

Article 141

Choice of forum

The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction for deciding on the inheritance of the estate which is not located in the Republic of Kosovo, provided that the deceased has chosen the law of the Republic of Kosovo as the applicable law to his/her inheritance in his/her testament or other forms of disposal of his/her inheritance rights.

Sub-chapter VI- Special provisions:

Jurisdiction regarding real rights

Article 142

Real rights in immovable property

1. The court of the Republic of Kosovo shall have exclusive jurisdiction in proceedings which have as their object real rights in immovable property or tenancies of immovable property, provided that the immovable property is situated in the Republic of Kosovo.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Article, the court of the Republic of Kosovo shall not have exclusive jurisdiction in proceedings which have as their object tenancies of immovable property concluded for temporary private use for a maximum period of six (6) consecutive months, provided that the tenant is a natural person and the landlord and the tenant are domiciled in the same state.

Article 143

Real rights in movable property

The court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction regarding proceedings concerning real rights in movable property, provided that the movable property is located in the Republic of Kosovo at the moment of initiation of the procedure.

Article 144

Disputes related to aircrafts or ships

1. The court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction in disputes regarding real rights on aircrafts or ships and disputes on rental of an aircraft or a ship, provided that the register, in which the aircraft or the ship is registered, is kept in the territory of the Republic of Kosovo.

2. The court of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction regarding disputes on obstruction to possession of an aircraft or a ship referred to in paragraph 1 of this Article, provided that the register, in which the aircraft or the ship is registered, is held in the territory of the Republic of Kosovo, or the obstruction has occurred in the territory of the Republic of Kosovo

Sub-chapter VII- Special provisions:

Jurisdiction regarding intellectual property rights

Article 145

Exclusive international jurisdiction in proceedings concerned with the filing and validity of industrial property rights

1. The court of the Republic of Kosovo shall have exclusive jurisdiction in proceedings concerned with the registration or validity of patents, trademarks, design or other similar rights required to be deposited or registered, irrespective of whether the issue is raised by way of an action or as a defence, provided that in the Republic of Kosovo:

1.1. the deposit or registration has been applied for;

1.2. the deposit or registration has taken place;

1.3. under the terms of an international instrument, the deposit or registration is deemed to have taken place.

Sub-chapter VIII-Special provisions:

Jurisdiction regarding contractual and non-contractual obligations

Article 146

Contractual obligations

1. The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction in matters relating to a contract, where the ground for the claim is an obligation that was performed or should have been performed in the Republic of Kosovo.

2. Unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation referred to in paragraph 1 of this Article is located in the Republic of Kosovo:

2.1. in the case of the sale of goods - if, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered in the Republic of Kosovo;

2.2. in the case of the provision of services - if, under the contract, services were provided or should have been provided in the Republic of Kosovo.

Article 147

Consumer contracts

1. The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction for the proceedings brought by a consumer against an entrepreneur, provided that the consumer is domiciled in the Republic of Kosovo.

2. The court of the Republic of Kosovo shall have exclusive jurisdiction in proceedings brought by the entrepreneur against the consumer if the consumer is domiciled in the Republic of Kosovo.

3. The provisions of paragraph 2 of this Article may be departed from only by an agreement on jurisdiction, which:

3.1. is entered into after the dispute has arisen;

3.2. allows the consumer who does not have his/her domicile in the Republic of Kosovo to bring proceedings in courts of the Republic of Kosovo; or

3.3. is entered into by the consumer and the entrepreneur, both of whom are at the time of conclusion of the contract domiciled or habitually resident in the same state, and which confers jurisdiction on the courts of that state, provided that such an agreement is not contrary to the law of that state.

4. The provisions of paragraphs 1, 2 and 3 of this Article shall only apply:

4.1. to contracts for the sale of goods on instalment credit terms; or

4.2. to contracts for a loan repayable by instalments, or for any other form of credit, made to finance the sale of goods; or

4.3. in all other cases, if the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Republic of Kosovo or, by any means, directs such activities to the Republic of Kosovo or to several states including the Republic of Kosovo and the contract falls within the scope of such activities.

5. The provisions of paragraphs 1, 2, 3 and 4 of this Article shall not apply to a contract of transport other than a contract which, for an inclusive price, provides for a combination of travel and accommodation.

Article 148

Individual employment contract

1. For proceedings brought by an employee against the employer which arise from an individual employment contract, the court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction if:

1.1. the employee habitually carries out his/her work, or last carried out his/her work in the Republic of Kosovo; or

1.2. the employee habitually carries out or carried out his/her work in several countries and the business which engaged the employee is or was situated in the Republic of Kosovo.

2. For proceedings arising from an individual employment contract which are brought by the employer against the employee, the court of the Republic of Kosovo shall have exclusive jurisdiction if the employee has his/her domicile in the Republic of Kosovo.

3. The provisions of paragraph 2 of this Article may be departed from only by an agreement which:

3.1. is entered into after the dispute has arisen; or

3.2. allows the employee who does not have his/her domicile in the Republic of Kosovo, to bring proceedings in courts of the Republic of Kosovo.

Article 149

Non-contractual obligations

1. The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction to rule on the disputes relating to tort, delict or quasi-delict if:

1.1. the event giving rise to damage or the damage has occurred in the territory of the Republic of Kosovo; or

1.2. it is likely that the event giving rise to damage will take place or the damage will occur on the territory of the Republic of Kosovo.

2. The provisions of paragraph 1 of this Article shall also apply to proceedings for compensation of damage sustained by third parties which are brought against an insurance company under that company's regulations on direct liability, as well to proceedings in relation to regress claims for compensation of damage against regress debtors.

Article 150

Jurisdiction based on the operation of a branch, agency or other establishment

The court of the Republic of Kosovo shall also have jurisdiction over disputes arising out of the operations of a branch, agency or other establishment of the defendant located in the Republic of Kosovo when the defendant has no seat in the Republic of Kosovo

CHAPTER IV

OTHER PROVISIONS ON PROCEEDINGS WITH AN INTERNATIONAL ELEMENT

Article 151

Law applicable to proceedings

The law of the Republic of Kosovo shall apply on proceedings with an international element which are heard before a court or other authority of the Republic of Kosovo.

Article 152

Capacity to be a party and procedural capacity

1. Capacity of a natural person to be a party and to act independently in proceedings shall be governed by the law of the state of which the person is a national.
2. If a foreign national would have no capacity to act in the proceedings according to the provisions from paragraph 1 of this Article, but would have capacity to act pursuant to the law of the Republic of Kosovo, that person may act independently in the proceedings.
3. The statutory representative of a foreign national referred to in paragraph 2 of this Article may carry on proceedings himself/herself as long as that foreign national does not declare that he/ she takes over the further conduct of the proceedings himself/herself.
4. The capacity of the foreign legal person to be a party shall be governed by the law referred to in Articles 23 of this Law.

Article 153

Security for costs

(cautio iudicatum solvi)

1. If a stateless person who is not habitually resident in the Republic of Kosovo, or a foreign national or a legal person who is not registered in the registry of the Republic of Kosovo, initiates proceedings before a court in the Republic of Kosovo he/she shall at the defendant's request be obliged to deposit security for costs in favour of the defendant.
2. The defendant is obliged to make the request referred to in paragraph 1 of this Article not later than in the preparatory hearing and, if the preparatory hearing has not been held, at the first hearing on the merits before he/she pleads to the merits, or as soon as he/she has learned that there are conditions for requesting the security.
3. The security for costs shall be provided in money, but the court may approve the provision of security also in another suitable form.

Article 154

Exemption from the obligation to provide security for costs

1. A defendant shall not be entitled to security for costs if:

1.1. in the state of which the plaintiff is a national the nationals of the Republic of Kosovo are not obliged to provide security for costs;

1.2. the plaintiff enjoys the right of asylum or has the status of a refugee in the Republic of Kosovo;

1.3. the proceedings relate to a claim of the plaintiff arising from his/her contract of employment in the Republic of Kosovo;

1.4. matrimonial disputes or disputes about establishing or contesting paternity or maternity, or a statutory obligation of maintenance are concerned;

1.5. proceedings in respect of bills of exchange or cheques, counterclaims or the issuance of a payment order are concerned.

2. In case of doubt whether the nationals of the Republic of Kosovo in the sense of paragraph 1 of this Article are obliged to provide security for costs in the state of which the plaintiff is a national, the court may request the information from the authority in charge of the administration of justice.

Article 155

Decision on security for costs

1. The court shall determine the amount of the security for costs and the period within which the security must be deposited, in the ruling by which the request for the security for costs is granted, and it shall warn the plaintiff of the consequences that are provided by law should it not be proven that the security for costs was deposited within the specified period.

2. If the plaintiff fails to prove within the specified period that he/she has deposited security for costs, the claim shall be considered withdrawn.

3. The defendant who made a timely request for the plaintiff to deposit the security for costs in his/her favour is not obliged to continue the proceedings on the merits until a final decision upon his/her request has been made, and if his/her request is granted – until the plaintiff has deposited the security for costs.

4. If the court dismisses the request for depositing security for costs, it may decide that the proceedings continue even before the ruling on dismissal becomes final.

Article 156

Exemption from the payment of process costs

Foreign nationals shall be entitled to request relief from payment of process costs under the same conditions as the citizens of the Republic of Kosovo.

SECTION FOUR

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGEMENTS

CHAPTER V

CONCEPT

Article 157

Foreign judgment

1. A foreign judgment shall mean any decision rendered by the court of a foreign state.
2. A foreign judgment referred to in paragraph 1 of this Article shall also deemed to be a settlement made before a court (court settlement).
3. A foreign judgment shall also deemed to be a decision of another authority which in the state in which it was given is considered equivalent to a court judgment, or a court settlement, if such a decision regulates the relations referred to in Article 1 of this Law.

Article 158

Recognition

A foreign judgment shall be equivalent to a judgment of a court of the Republic of Kosovo and shall produce legal effects in the Republic of Kosovo only if recognized by the court of the Republic of Kosovo.

Article 159

Conditions and principles for enforcement of foreign court decisions

1. The conditions for the recognition and enforcement of foreign court decisions by the Competent Court of the Republic of Kosovo are the same, with the exception of the principle of reciprocity, which applies as a condition only for the enforcement of foreign court decisions.

2. The condition of the principle of reciprocity according to paragraph 1 of this Article shall be excluded in those cases when one of the parties is a citizen of the Republic of Kosovo or has a residence or habitual residence in the Republic of Kosovo

CHAPTER VI

CONDITIONS FOR RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Sub-chapter I Conditions

addressed ex-officio by the court

Article 160

Certificate of legal force and of enforceability

1. An applicant seeking recognition of a foreign judgment shall be obliged to attach to the application the original foreign judgment, or a certified copy thereof, and to submit a certificate by the competent foreign court, or other authority, regarding the finality of the decision according to the law of the state where it was rendered.

2. If together with the application for the recognition of a foreign judgment application is made for the declaration of enforceability thereof, the applicant shall, in addition to the certificate from the paragraph 1 of this Article, also submit a certificate of enforceability of the decision under the law of the state in which it was rendered.

3. If the original foreign judgment, or the certified copy, is not in a language which is in official use before the court where the procedure for recognition of that decision is being held, the party requesting the recognition of the decision must also submit a certified translation of the foreign judgment into the official language of that court.

Article 161

Exclusive jurisdiction of the court of the Republic of Kosovo

A foreign judgment shall not be recognized if the court or other authority of the Republic of Kosovo has exclusive jurisdiction over the specific matter, unless this Law allows the parties to initiate proceedings before a foreign court for a specific dispute for which the court of the Republic of Kosovo has exclusive jurisdiction.

Article 162

Excessive jurisdiction of a foreign court

A foreign judgment shall not be recognized if the foreign court based its jurisdiction on facts which are not by this Law or another law of the Republic of Kosovo deemed as grounds for the establishment of jurisdiction of a court of the Republic of Kosovo for deciding on a matter with an international element of the same type.

Article 163

Final decision on the same matter between the same parties

1. A foreign judgment shall not be recognized if on the same matter the court or other authority of the Republic of Kosovo has rendered a final decision or if another foreign judgment has been recognized in the Republic of Kosovo that was rendered for the same matter and between the same parties.
2. If a proceeding is pending before the court of the Republic of Kosovo, initiated earlier, on the same matter and between the same parties, the court shall stay the recognition procedure of the foreign judgment until the final conclusion of those proceedings.

Article 164

Non-enforcement of foreign court decisions

The decision of the foreign court shall not be recognized and enforced if it does not derive from the legal-private relations with a foreign element.

Article 165

Violation of public order

A foreign judgment shall not be recognized if the effect of its recognition would be manifestly contrary to the public order of the Republic of Kosovo.

Sub-chapter II Conditions

addressed by the court based on objections by the parties

Article 166

Violation of the right to defense

1. The court of the Republic of Kosovo shall refuse the recognition of a foreign judgment, if one of the parties proves that:
 - 1.1. due to irregularities in proceedings, he/she could not state his/her defense in the proceedings; or

1.2. the summons, the statement of claim or the decision which initiated the proceedings, had not been served upon the party personally, or that no personal service had been attempted, unless he/she has pleaded to the merits of the principal case in first instance proceedings; or

1.3. the defendant was not allowed sufficient time to arrange for his/her defense from the time the claim was served to the time the hearing was scheduled.

CHAPTER VII

PROCEDURE FOR THE RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS

Article 167

Initiation of proceedings

1. The procedure for recognition of a foreign judgment shall be initiated upon application.
2. The court, to which an application for recognition of a foreign judgment is submitted, shall only consider whether the conditions laid down in Articles 160 to 165 of this Law have been met.
3. Recognition of a foreign judgment on matters relating to personal status may be requested by anyone having a legal interest.

Article 168

Competent court

1. The single judge of the basic court shall decide on the recognition of foreign judgments.
2. Any court having subject-matter jurisdiction shall have territorial jurisdiction for the recognition of a foreign judgment.

Article 169

Recognition of the foreign judgment as a preliminary issue in the proceedings

If no separate decision has been rendered on the recognition of a foreign judgment, each court may decide on the recognition of that judgment as if on a preliminary question in proceedings, but only with effect to such proceedings.

Article 170

Course of proceedings

1. If the court, to which the application for recognition of the foreign judgment is submitted, determines that there are no obstacles for recognition, it will render a decision recognizing the foreign judgment.

2. The court shall serve the decision for recognition of the foreign judgment to the applicant and to the respondent and notify them that an objection against the decision for recognition is allowed within thirty (30) days from the day of receiving the decision.

3. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article, the court shall not serve a decision recognizing a foreign judgment on divorce to the other party if the party seeking recognition is a national of the Republic of Kosovo, and the other party has no domicile or habitual residence in the Republic of Kosovo.

Article 171

Proceeding on the objection against the decision for recognition of a foreign judgment

Pursuant to the objection against the decision for recognition of a foreign judgment from Article 170 of this Law, the court that rendered the decision for recognition, consisting of three (3) judges, shall decide on the case. The court shall decide on the objection after a hearing.

Article 172

Appeal

The court decision rejecting the application for the recognition of a foreign judgment and the court decision on the objection referred to in Article 171 of this Law may be appealed before the competent court of appeals within fifteen (15) days after the decision was served.

Article 173

Costs of proceedings

The court shall decide on the costs of the proceedings for the recognition of a foreign judgment in accordance with the rules applicable if the court or other authority of the Republic of Kosovo would decide on the same matter.

Article 174

Application of rules on non-contentious procedure

In the absence of specific provisions in this chapter, the provisions on non-contentious procedure shall apply accordingly to the procedure for the recognition of foreign judgments.

Article 175

Enforcement of foreign judgments

A foreign judgment which has been recognized by the court of the Republic of Kosovo in the procedure provided in Articles 167 to 173 of this Law shall be enforced in accordance with the laws of the Republic of Kosovo governing the enforcement.

SECTION FIVE

SPECIAL PROVISIONS

Article 176

Marriages concluded at the authorized consular or diplomatic missions of the Republic of Kosovo

1. Nationals of the Republic of Kosovo may enter into marriage abroad before an authorized consular mission or before a diplomatic mission of the Republic of Kosovo which performs consular legal services, provided that the state in which the diplomatic or consular mission of the Republic of Kosovo is located does not make objection thereto, or where so provided by an international agreement.

2. The Minister who is in charge of the executive body competent for foreign affairs shall determine the representatives of the Republic of Kosovo before which marriages may be entered into abroad between nationals of the Republic of Kosovo.

Article 177

Acts of guardianship relating to nationals of the Republic of Kosovo abroad

Acts of guardianship relating to nationals of the Republic of Kosovo who are abroad shall be administered by the consular or diplomatic mission of the Republic of Kosovo, provided that the state in which the diplomatic or consular mission of the Republic of Kosovo is located does not make objection thereto, or where so provided for by an international agreement.

Article 178

Making of a will of a national of the Republic of Kosovo abroad

A national of the Republic of Kosovo may have a will made abroad, in accordance with the provisions governing the making of a judicial will, by a consular mission or by a diplomatic mission of the Republic of Kosovo which performs consular legal services.

Article 179

Verification of signatures, manuscripts and copies by a consular or diplomatic mission of the Republic of Kosovo

1. The consular missions of the Republic of Kosovo or the diplomatic missions of the Republic of Kosovo which perform legal consular services may verify signatures, manuscripts and copies in accordance with international agreements and rules of the receiving state.
2. The Minister who is in charge of the executive body competent for foreign affairs shall determine the manner of rendering the services referred to in paragraph 1 of this Article.

Article 180

Issuance of certificates on the provisions of law which are in force or were in force in the Republic of Kosovo

1. Certificates on the provisions which are in force or were in force in the Republic of Kosovo are issued for their use before the authorities of a foreign state by the executive body which is in charge of the affairs of justice.
2. The certificate referred to in paragraph 1 of this Article shall contain the name of the act, the date of issuance or when it ceased to be in force and the exact wording of the relevant provisions of that act.

SECTION SIX

TRANSITIONAL AND FINAL PROVISIONS

Article 181

Application of the Law

1. The provisions of this Law for determining the applicable law shall not be applied to relations which came into existence before the entry into force of this Law.
2. If, before the date of entry into force of this Law, a final judgment or a decision of the first instance has been rendered whereby the proceedings before the first instance court are terminated, the further proceeding shall be continued according to the previous provisions on jurisdiction and procedure in relations with an international element and provisions for the recognition of foreign judgments.

3. If, after the date of entry into force of this Law, the first instance judgment or decision from paragraph 2 of this Article is set aside, further proceedings shall be continued in accordance with the provisions on jurisdiction and procedure in relations with an international element and with the provisions on recognition of the foreign judgments of this Law.

Article 182

Repeal

Upon the entry into force of this Law, there shall be repealed the Law on resolving the conflict of law with the regulations of other countries in certain relations.

Article 183

Entry into force

This Law shall enter into force fifteen (15) days after the publication in the Official Gazette of the Republic of Kosovo. Law No. 08/L-028 4 August 2022.

Promulgated by Decree No. DL-292/2022 dated 22.08.2022 President of the Republic of Kosovo Vjosa Osmani-Sadriu.