

YABANCI UNSURLU BOŞANMA DAVALARINDA HUKUK SEÇİMİ

Aslı Bayata CANYAŞ*

ÖZET

Yabancı unsurlu boşanma davalarında uygulanacak hukukun tespiti konusunda geleneksel olarak, Common law ülkelerinde lex fori'nin uygulanması anlayışı hâkimken; Kıta Avrupası hukuk sisteminde genellikle tâbiyet bağlama noktasından hareket edildiği görülmektedir. Günümüz itibarıyla ise boşanma hukuku alanında hem maddî hukuk alanında hem kanunlar ihtilâfî hukuku alanında daha liberal bir yaklaşımın yeşermeye başladığı gözlemlenmektedir. Maddî hukuk alanında, “yasak olan boşanmanın mümkün hale getirilmesi, boşanmanın koşullarının esnekleştirilmesi, anlaşmalı boşanma” gibi boşanma yanlısı (favor divortii) anlayışlara yer verilmektedir. Kanunlar ihtilâfî hukukunda ise, eşlere, boşanma davasına uygulanacak hukuku seçme imkânının tanınabildiği görülmektedir. Bu şekilde, tarafların kendilerini daha yakın hissettikleri hukukun uygulanabilmesi ve hukukî kesinlik ile öngörülebilirlik amaçlanmaktadır. Bu çalışmada, çeşitli hukuk düzenleri çerçevesinde konu incelendikten sonra, Türk mahkemeleri önünde, yabancı unsurlu boşanma davalarında tarafların hukuk seçme imkânlarının ihtimal dahilinde olup olmadığı tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, hukuk seçimi, irade muhtariyeti, uluslararası aile hukuku, kamu düzeni.

CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL DIVORCE CASES

ABSTRACT

While determining the applicable law in international divorce cases, traditionally, application of lex fori is the main principle in Common law countries whereas nationality comes into prominence in Continental law system as a connecting factor. As of today, it might be possible to observe that a more liberal approach is emerging in the area of divorce law both in terms of substantive law and in the conflict of laws. In substantive law, favor divortii approaches such as “enabling divorce which has been previously forbidden, facilitating the conditions of divorce, making divorce possible by mutual agreement” are encountered gradually more. From the conflict of laws perspective, the spouses are granted the right to choose the applicable law to divorce. By this way, application of the law that the parties are most familiar with and legal certainty and predictability are aimed. In this study, after analyzing the subject from the perspectives of different laws, the possibility of choice of law in divorce cases heard before the Turkish courts is to be questioned.

Keywords : Divorce, choice of law, party autonomy, international family law, public policy.

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ABD.
Öğreti Üyesi bayata@bilkent.edu.tr

Giriş

Ülke sınırları arasındaki hareketlilik arttıkça, bu hareket hukukun her alanında olduğu gibi aile hukuku alanında da etkisini göstermekte ve “uluslararası” aile hukuku giderek daha büyük önem kazanmaktadır. Örneğin, Avrupa’daki evliliklerin yaklaşık yüzde on beşinin farklı vatandaşlığa sahip kişiler arasında gerçekleştiği görülmektedir¹. Bu evliliklerin yürümediği durumlarda ise yabancı unsurlu boşanma davaları gündeme gelmekte ve boşanmayla birlikte çocukların velayeti, evlilik mallarının bölüşümü, nafaka gibi pek çok sorun ortaya çıkmaktadır².

Bu sorunlardan biri de, boşanma davasının maddî anlamda çözüme ulaştırılabilmesi için öncelikle hangi devlet hukukunun uygulanacağını belirlemesidir. Bu bağlamda, geleneksel anlamda, *Common law* ülkeleri ile Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerde birbirinden farklı iki yaklaşımın söz konusu olduğunu söylemek mümkündür³. Yabancı unsurlu boşanma davalarında, *Common law* ülkelerinde, *lex fori*’nin uygulanması anlayışının hâkim olduğu görülmektedir⁴. Kıta Avrupası hukukunda ise daha ziyade Mancini⁵ etkisiyle “tâbiyet” bağlama noktasından hareket edilerek uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. *Lex fori*’nin uygulanması yoluyla, zaman ve emek anlamında pratiklik sağlanmak istenirken; “tâbiyet” ise kişisel statüyü ilgilendiren boşanma gibi durumlarda en sıkı ilişkili bağlama noktası olarak görüldüğü için tercih edilebilmektedir⁶.

Bu çerçevede, Kıta Avrupası hukuk sistemi anlayışı içinde yetişmiş bir hukukçu için, yabancı unsurlu boşanma davasında *lex fori*’nin uygulanacak

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DETHLOFF, Nina, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, Perspectives for the Unification and Harmonisation in Europe (Ed. Katharina Boele-Woelki), Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, s. 37.

² Örneğin, Avrupa Birliğinde her yıl ortalama 170.000 yabancı unsurlu boşanma davasının açıldığı belirtilmektedir: Konu hakkında bkz. FIORINI, Aude, “Rome III-Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?”, International Journal of Law, Policy and the Family, 22, 2008, s. 178.

³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GAERTNER, Veronika, “European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”, Journal of Private International Law, 2006, C. 2, N. 1, s. 104 vd.

⁴ GAERTNER, s. 104.

⁵ Mancini doktrini hak. bkz. ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13.B., Beta, İstanbul, 2014, s. 54; NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 21.B., Beta, İstanbul, 2015, s. 55-56.

⁶ Konu hakkında bkz. GAERTNER, s. 104.

olması şaşırtıcı bulunabilir⁷. Hatta, *lex fori*'nin uygulanması, kanunlar ihtilâfı hukukunu tehdit eden bir anlayış olarak dahi görülebilir⁸. Zira, kişisel statüyü ilgilendiren böyle bir durumda, taraflar, kendilerini en yakın hissettikleri hukukun uygulanması beklentisi içinde olabilirler⁹. Bu noktada, hâkimin hukukunun uygulanması, taraf beklentisini karşılamayabileceği için taraf menfaatlerine aykırı olabilecektir. Diğer yandan, *Common law* anlayışı içinde ise, tâbiyet bağlama noktasından hareket edilmesi sonucunda hâkimin hukukundan çok farklı nitelikteki bir hukukun uygulanması olasılığı kabul edilemez bulunabilir¹⁰. Ayrıca, bu yaklaşım çerçevesinde *lex fori*'nin uygulanması, yabancı hukukun araştırılmasını gerektirmediğinden hem zaman hem masraf kaybını önleyici bir formül olarak görülebilmektedir¹¹.

Yabancı unsurlu boşanma davalarında uygulanacak hukukun bu şekilde objektif tespitinin yanı sıra, irade muhtariyetine etki tanıyan düzenlemelerin varlığı da gündeme gelebilmektedir. Çalışmada, boşanma hukukundaki liberalleşme akımına değinildikten sonra, aile hukukuna ilişkin olarak hukuk seçimi konusundaki esnek ve katı yaklaşımlar üzerinde durulacaktır. Ardından, yabancı unsurlu boşanma davalarında hukuk seçimi imkânı, bazı hukuk düzenleri ile sınırlı olarak ele alınacaktır. Son olarak, Türk hukukunda boşanmaya uygulanacak hukuk değerlendirildikten sonra, yabancı unsurlu boşanma davalarında taraflarca yapılan hukuk seçiminin etkisi tartışılmakta ve bu çerçevede, kamu düzenine aykırılığın ortaya çıkıp çıkmayacağı değerlendirilmektedir.

I. Boşanma Hukukunda Liberalleşme

Boşanma hukuku alanında giderek daha esnek ve liberal bir anlayışın yerleşmekte olduğu ileri sürülmektedir¹². Örneğin, boşanmanın mahkeme

⁷ GAERTNER, s. 106.

⁸ D. Evrigenis, "Tendances doctrineales actuelles en droit international privé" (1966-II) 118 Recueil des Cours, 313'den aktaran GAERTNER, s. 106.

⁹ A. Vonken, "Balancing Processes in International Family Law-On the Determination and Weighing of Interests in the Conflict of Laws and the 'Openness' of the Choice of Law System", Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe (Ed. T de Boer), Deventer, Kluwer, 1990, s. 178'den aktaran GAERTNER, s. 114.

¹⁰ Değerlendirmeler için bkz. MORRIS, J., Conflict of Laws, London, Sweet&Maxwell, 5. B., London, 2000, s. 23 vd.

¹¹ Konu hak. bilgi için bkz. GAERTNER, s. 112; PFEIFFER, Magdalena, "Choice of Law in International Family and Succession Law", The Lawyer Quarterly, 4/2012, s. 301.

¹² Konu hak. bkz. GAERTNER, s. 112. Boşanmanın yasak olduğu hukukların sayısının giderek azalmakta olduğuna ve boşanma konusunda maddî hukuk düzenlemelerine ilişkin karşılaştırmalı hukuk değerlendirmesine yönelik olarak bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Türk

huzurunda gerçekleşen bir işlem olmasının yanı sıra, arabulucular¹³ nezdinde de çözüme kavuşturulmaya başlanan bir konu olarak görülebilmesi bu liberalleşmeye bir işaret olarak algılanmaktadır. Ayrıca, idarî makamlarca verilen kararlar yoluyla evliliğin sonlandırılabilmesi¹⁴ ya da çiftlerin anlaşma yoluyla boşanabilmeleri de bu esnek anlayışı yansıtır şekilde yorumlanmaktadır. Diğer yandan, boşanma konusundaki yasağın kaldırılarak mümkün hale geldiği Malta¹⁵ gibi örnekler de boşanma konusundaki liberalleşme eğilimini destekler şekilde yorumlanmaktadır.

Boşanma konusunda, maddî hukuktaki anlayış ile kanunlar ihtilâfi hukuku arasındaki etkileşimin yoğun olduğu ve iç hukukta, boşanmaya ilişkin esnek bir yaklaşımın benimsendiği (*favor divortii*) hukuk düzenlerinde, kanunlar ihtilâfi hukuku alanında da bu esnekliğin yansımalarının hissedildiği belirtilmektedir¹⁶. Buna karşın, maddî hukukta evliliği olabildiğince ayakta tutmak yanlısı bir anlayış hâkimse (*favor matrimonii*), bu anlayışın yabancı unsurlu boşanma davalarında da etkisini hissettirdiği belirtilerek boşanmaya hükmedilmesinin zorlaşabileceği ifade olunmaktadır¹⁷.

Boşanma hukukundaki liberalleşmenin kanunlar ihtilâfi hukuku alanındaki en somut görünümü, tarafların, boşanmaya uygulanacak hukuku seçme imkânına kavuşturulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Avrupa Birliğinde, aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilâfi hukuku alanında irade muhtariyetinin, giderek temel ilke haline gelmekte olduğu ileri sürülmektedir¹⁸. Hatta, Avrupa Birliğinde aile hukukuna ilişkin konularda

Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, İstanbul, 2006, s. 21-25.

¹³ WESTCOTT, John (Ed.), Family Mediation: Past, Present and Future, Jordan Publishing, Bristol, 2004, s. 5 vd.

¹⁴ Konu hakkında ayrıca bkz. EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, Seçkin, İstanbul, 2012, s. 39 vd.

¹⁵ 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren Medenî Kanun değişikliği için bkz. Civil Code (Amendment) Act, 2011, Government Gazette of Malta No. 18. 784, 29.07.201: www.doi.gov.mt (Erişim tarihi 29.06.2015) Malta hukuku uyarınca her ne kadar boşanma mümkün hale gelmişse de boşanmanın gerçekleşmesi için eşlerin dört yıldır ayrı yaşıyor olması ve tekrar bir araya gelme ihtimallerinin olmadığına mahkeme tarafından hükmedilmesi gibi koşullar aranabilmektedir.

¹⁶ BAARSMA, Nynke, The Europeanisation of International Family Law, T.M.C. Asser Press, Springer, Groningen, 2011, s. 146-147.

¹⁷ BAARSMA, The Europeanisation, s. 146-147.

¹⁸ YETANO, Toni Marzal, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, Journal of Private International Law, C. 6.N.1, s. 156. ; NAGY, Csongor Istvan, “What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective”, Nederlands Internationaal Privaatrecht, 4, 2012, s. 576.

irade muhtariyetini öne çıkarmanın, Birlik nezdindeki bütünleşmeye katkıda bulunacağı savunulmaktadır¹⁹. Bu çerçevede, aile hukuku alanında *Common law* ülkelerindeki yabancı hukuku hiç uygulamamak yönündeki hâkim anlayış ile Kıta Avrupası ülkelerinde öne çıkan ve eşlerin tâbiyeti gibi bağlama noktalarından hareket eden ve sonuç olarak yabancı hukukun uygulanmasını mümkün kılan anlayışı uzlaştırmak amacıyla, irade muhtariyetinin ön plana çıkartılması üzerinde durulmaktadır²⁰. Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında açıkça “irade muhtariyetinden” bahsedilmese de, “menşe ülke ilkesi” gereğince (*country-of-origin principle*), bireylerin, aile hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarında hangi hukukun uygulanacağını kararlaştırma hakkına sahip olduklarından söz edilmektedir²¹.

II. Hukuk Seçimi

Kanunlar ihtilâfi hukukundaki irade muhtariyeti kavramının geleneksel olarak, hukukî güvenlik fikri ile bağlantılı olduğu ileri sürülmektedir²². Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmakla, aralarındaki kanunlar ihtilâfi meselesinin pratik ve doğrudan etkili bir şekilde çözüme ulaşabildiği; bu şekilde taraf beklentisinin ve adaletin hızlı teşekkülünün sağlandığı iddia edilmektedir²³.

Kanunlar ihtilâfi hukukunda taraflarca hukuk seçimi olanağına genel olarak, sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile haksız fiil alanlarında etki tanınmış olduğunu söylemek mümkündür²⁴. Taraflar, irade muhtariyeti ilkesi gereği, örneğin, aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilmekte; bu şekilde “öngörülebilirliği” sağlayabilmektedir. Böylelikle, taraflar hak ve borçlarının hangi devlet hukuku uyarınca ve nasıl şekillendirileceğini bilmekte; bir uyuşmazlığın gündeme gelmesi olasılığında seçmiş oldukları hukukun, bu uyuşmazlığa ilişkin olarak ne tür sonuçlar doğuracağını öngörebilmektedir. Bu da belirlilik, kesinlik ve hukukî güvenliği beraberinde getirmektedir.

¹⁹ JAYME, Erik, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, *Yearbook of Private International Law*, C. 11, 2009, s. 3.

²⁰ JAYME, s. 3.

²¹ Konu hakkında bkz. YETANO, s. 157.

²² FRANZINA, Pietro, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2011), C.3, N.2, 2011, s. 109.

²³ FRANZINA, s. 109. İrade muhtariyetinin günümüzde kazandığı öneme ilişkin olarak NOMER, s. 313.

²⁴ Konu hak. bkz. JAYME, s. 1.

Genel olarak sözleşmeler hukuku alanında öne çıkan irade muhtariyeti ilkesinin, hukukun her alanında aynı genişlik ve esneklikle yorumlandığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Özellikle, aile hukuku alanında hukuk seçimi ya son derece sınırlı olarak gündeme gelmekte ya da bu konuda, irade muhtariyetinin önü tamamen kesilerek, uygulanacak hukuk, *forum*'un bağlama kuralları uyarınca objektif olarak tayin edilmektedir. Bu yaklaşım, aile hukukunun kimi devlet anayasalarında da koruma altına alınan kurumsal bir yapısının olması ve bu nedenle bireysel düzeyde anlaşmalar yoluyla düzenlenmeye uygun olmaması gibi gerekçelerle desteklenmektedir²⁵. Ayrıca, örneğin “çocuklar” gibi zayıf tarafların korunması düşüncesiyle de konunun, bireysel düzeydeki anlaşmalara açık olamayacağı üzerinde durulmaktadır²⁶.

Aşağıda ele alınacağı üzere, aile hukuku alanında hukuk seçiminin mümkün kılındığı hallerde dahi, sınırlandırıcı bir anlayış öne çıkabilmektedir. Örneğin, salt hâkimin hukuku, eşlerin müşterek millî hukuku ya da müşterek mutad mesken hukukundan birinin seçilebileceği şeklinde düzenlemelere yer verilebilmektedir. Bir diğer kısıtlama ise, konu bazında gündeme gelebilmektedir. Bu çerçevede, hukuk seçimi imkânı, malvarlığına ilişkin konularla sınırlı kalmak kaydıyla tanınabilmektedir. Dolayısıyla, boşanma, çocukların velayeti, evliliğin genel hüküm ve sonuçları gibi konularda hukuk seçimine yer verilmemektedir.

Aile hukuku alanında hukuk seçimi konusunda çekimser ve sınırlı bir bakış açısı çizilmiş olmasının gerekçesini, *Savigny* etkisi ile açıklayan bir görüşe²⁷ göre, aile hukuku konusunda sadece hukukî bir perspektif yeterli olmamakta; toplumsal ve etik boyutları da içeren “karma” bir yapı öne çıkmaktadır²⁸. Bu durumda, aile hukuku söz konusu olduğunda konu ile bağlantılı devletlerin emredici nitelikteki kuralları da devreye girmekte ve irade muhtariyeti sınırlı hale gelmektedir.

Aile hukuku alanında irade muhtariyetinin sınırlılığına ilişkin bu katı yaklaşıma karşıt düşecek şekilde, konu hakkında irade muhtariyetini egemen kılmanın çeşitli avantajları üzerinde durulmaktadır. Örneğin, aile hukukundan

²⁵ Konu hak. bkz. JAYME, s. 2

²⁶ Bkz. JAYME, s. 2.

²⁷ PEARI, Sagi, “Choice of Law in Family Law: Kant, Savigny and the Parties’ Autonomy Principle”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, s. 604.

²⁸ Evliliğin varlığı ve sona ermesi konusunda devletin de maddî anlamda menfaatinin söz konusu olduğu ile ilgili olarak bkz. WILLS, Mary M., “Conflicts of Law in Divorce Litigation: A Looking-Glass World?”, *Campbell Law Review*, V. 10/1, 1987, s. 149.

doğın uyuşmazlıklar açısından yeknesak bir kanunlar ihtilâfi anlayışının yokluğu karşısında, irade muhtariyetinin, yeknesaklığı sağlayıcı bir çözüm olabileceği ileri sürülmektedir²⁹. Bu çerçevede, hukuk seçimi yoluyla, taraflara hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik imkânı sunulacağı ve aile hukuku gibi kişisel statüyle doğrudan ya da çok yakın ilgili bir konuda, tarafların kendilerini en yakın hissettikleri hukukun uygulanmasının mümkün kılınacağı da belirtilmektedir³⁰. Ayrıca, tarafların, hukuk seçimi yoluyla kendi davalarının ve durumlarının ihtiyaçlarına en tatmin edici şekilde yanıt verebilecek hukuka ulaşabilecekleri üzerinde durulmaktadır³¹. Örneğin, tarafların seçtikleri hukukun avantaj ve dezavantajlarını irdelemiş olacaklarından menfaatlerini en iyi şekilde tatmin eden hukukun uygulanmasını sağlayabilecekleri ileri sürülmektedir³². Ek olarak, irade muhtariyeti yoluyla, tarafların, boşanmanın en hızlı ve ucuz şekilde gerçekleşmesini sağlayabilecek hukuka yönelmelerinin de mümkün olabileceği ifade edilmektedir³³. Son olarak, Avrupa Birliği gibi iç göç oranlarının yüksek olduğu yapılanmalarda, tarafların “kültürel kimliklerinin korunması” yönündeki isteklerinin çok güçlü olabildiğinden yola çıkılmaktadır. Dolayısıyla, örneğin, hâkimin hukukun değil de hukuk seçimi yoluyla, müşterek millî hukukun uygulanabilmesinin tarafların istek ve beklentileri ile uyum içinde olacağı üzerinde durulmaktadır³⁴.

III. Çeşitli Hukuk Düzenlerinde Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi Konusundaki Yaklaşımlar

Yabancı unsurlu boşanma davalarında, kimi hukuk düzenlerinde eşlere, uygulanacak hukuku seçme imkânının tanındığı; kimi hukuk düzenlerinde ise uygulanacak hukukun salt objektif olarak tespit edildiği ve bu konuda eşlerin iradesine etki tanınmadığı görülmektedir. Hukuk seçiminin mümkün olduğu düzenlemelerin bazılarında ise, sınırlı bir hukuk seçimi imkânı kabul edilmekte ve bu noktada eşlerin müşterek millî hukukunun veya, müşterek mutad mesken hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesine imkân tanınmaktadır.

²⁹ PFEIFFER, s. 303.

³⁰ PFEIFFER, s. 303; FRANZINA, s. 110.

³¹ NAGY, s. 579.

³² VIARENGO, Ilaria, “The Role of Party Autonomy In Cross-Border Divorces”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, s. 557.

³³ VIARENGO, s. 557.

³⁴ VIARENGO, s. 557.

Bu çerçevede, aşağıda, hem Kıta Avrupası hukuku hem *Common law* açısından, boşanma davalarında hukuk seçimi ile ilgili genel yaklaşımı ortaya koyabilmek amacıyla kimi Avrupa devletlerinin, İngiltere'nin, Amerika Birleşik Devletleri'nin ve Çin'in konuya ilişkin düzenlemeleri değerlendirilmiştir.

A. Avrupa Birliği Hukuku

Avrupa Birliği bünyesinde, boşanma konusunda üye ülke hukuk düzenlemelerinde ciddi farklılıkların olması, konu hakkında ortak bir hukukî düzenlemenin varlığını gerektirmiştir³⁵. Bu amaçla, 20 Aralık 2010 tarihli “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü³⁶” yürürlüğe sokulmuştur. Tüzük, Avrupa Birliği'nde yabancı unsurlu boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk konusunda yeknesak³⁷ bir düzenleme öngörmektedir.³⁸ Tüzüğün 1. maddesinin 1. paragrafında, Tüzüğün kanunlar ihtilâfi içeren durumlarda boşanma ve ayrılık bakımından uygulanacağı” düzenlemesine yer verilmiştir. Tüzük, sadece katılan devletler bakımından doğrudan uygulanacak; Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka'da ise uygulama alanı bulmayacaktır³⁹.

Avrupa Birliği bünyesinde, boşanmanın kolaylaşmasına yönelik bir anlayışın (*favor divortii*) yerleşmeye başladığı yönündeki iddia⁴⁰ kapsamında, Tüzüğün temel prensiplerinden biri olarak *favor divortii* anlayışına yer verildiği

³⁵ MCELEAVY, Peter, “The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?”, *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 2004, s. 642.

³⁶ 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, O.J. L 343/10, 29.12.2010. Bundan sonra “Tüzük” ya da “Roma 3 Tüzüğü” olarak ifade olunacaktır.

³⁷ Avrupa Birliği bünyesindeki yeknesaklaştırmanın tarihçesi ile ilgili olarak bkz. KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, “A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe”, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, C. 41, S. 58, 2009, s. 181 vd.

³⁸ Konu hakkında bkz. PFEIFFER, s. 297; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm, “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(2) 2012, s. 505 vd.; FIORINI, s. 178 vd.

³⁹ Tüzüğe katılan devletler, Belçika, Bulgaristan, Almanya, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya, Slovenya'dır. Litvanya da 2012/714/EU kararı ile 22.05.2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere katılmıştır: www.ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_information_en.html (Erişim Tarihi: 15.06.2015).

⁴⁰ DE VIDO, Sara, “The Relevance of Double Nationality to Conflict of Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, C.4, N.1, 2012, s. 224.

belirtilmekte ve eşlerin boşanma hakkının varlığının altı çizilmektedir⁴¹. Bu çıkarıma, özellikle Tüzüğün 10. maddesindeki düzenleme dayanak gösterilmektedir. Nitekim, Tüzüğün 10. maddesi uyarınca, Tüzüğün 5. ya da 8. maddesi uyarınca uygulanacak olan hukukun, boşanmaya yer vermediği ya da boşanma hakkı konusunda eşler arasında cinsiyete dayalı ayırım öngördüğü durumlarda, *forum* hukukunun uygulanması hükme bağlanmıştır. Bu şekilde, boşanmanın *forum* hukukuna dayalı olarak elde edilebilmesi ve eşler arasında ayırım yapılmaksızın gerçekleştirilebilmesi amaçlanmıştır.

Tüzüğün 5. maddesinde ise taraflara sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Buna göre, taraflar, hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı sırada müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu; anlaşma yapıldığı sırada eşlerden birinin halen orada yerleşik olması koşuluyla son müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu, anlaşmanın yapıldığı sırada eşlerden birinin millî hukukunu ve son olarak da hâkimin hukukunu seçebilirler. Tüzüğün sunmuş olduğu esneklik⁴² sonucunda taraflarca seçilen hukuk, Tüzüğe katılan üye bir devletin hukuku olmasa dahi uygulanacaktır⁴³. Taraflara seçebilecekleri hukuk bakımından sınırlama getirilmiş olmasının sebebinin ise taraflarla çok az ilgili ya da tamamen ilgisiz bir hukukun uygulanmasının önüne geçmek olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Taraflara hukuk seçme imkânı getirmenin, özellikle “mutad mesken”in objektif tespitine yönelik zorlukları yenmede anlamlı olabileceği üzerinde durulmaktadır⁴⁵. Şeklî açıdan ise yazılı olarak yapılması şart koşulan hukuk seçimi anlaşmasının, taraflarca imzalanması noktası belirtilmiş ve anlaşma metninde tarihe de yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir (Tüzük m. 7/1)⁴⁶. Tarafların

⁴¹ FRANZINA, s. 99.

⁴² Tüzüğün Dibacesinin 12. paragrafında ve Tüzüğün 4. maddesinde yer alan bu esnekliğe bağlı olarak, uygulanacak hukuk, ister taraflarca belirlenmiş ister objektif olarak tayin edilmiş olsun, Tüzüğe katılmamış üye bir devlet hukuku olsa dahi uygulanacaktır. Ayrıca AB üyesi olmayan üçüncü bir devlet hukuku da uygulanacak hukuk olabilecektir: MARINA, Simone, “Matrimonial Matters and the Harmonization of Conflict of Laws: A Way to Reduce the Role of Public Policy As A Ground For Non-Recognition of Judgments”, Yearbook of Private International Law (Ed. BONOMI, Andrea/ ROMANO, Gian Paolo), C. 13, 2011, s. 262.

⁴³ VIARENGO, s. 557.

⁴⁴ BAARSMA, Nynke, “Communitarisation of Choice of Law Rules on Divorce and Termination of Registered Partnerships”, s. 5. www.rug.nl/research/gradschool-law/phd/paper-nynke-baarsma.pdf, (Erişim Tarihi: 18.06.2015); Ayrıca bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları”, Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, s. 240.

⁴⁵ VIARENGO, s. 556.

⁴⁶ KRVAVAC, Marija/ BELOVIC, Jelena, “Communitarisation of Private International Law

seçmiş oldukları hukukun, boşanmaya yer vermemesi ya da boşanma hakkı konusunda eşler arasında cinsiyete dayalı eşitsizlik öngördüğü durumlarda ise seçilmiş olan hukuk uygulanmayacaktır. Bunun yerine Tüzüğün 10. maddesi uyarınca hâkimin hukuku uygulanacaktır. Bu şekilde, boşanma konusunda daha liberal ve esnek bir anlayış benimsemiş olan hâkimin hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir⁴⁷.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda ise uygulanacak hukuk, objektif olarak tayin edilecektir. Objektif bağlama kuralı⁴⁸ kapsamında, basamaklı bir yapı kabul edilmiş ve son olasılık olarak hâkimin hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

Tüzüğe katılmamış olan üye ülkelerde örneğin, Hollanda'da kendi bağlama kuralları uygulanmaya devam edecektir⁴⁹. Bu çerçevede, Hollanda Medenî Kanununun⁵⁰ “Kanunlar İhtilâfî Hukuku” başlıklı 10. Kitabının 10:56 maddesinin ilk fıkrası kapsamında, hukuk seçimi olasılığının gündeme gelmediği durumlarda, boşanmaya Hollanda hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. *Lex fori*'nin bu şekilde uygulanması ile, boşanmaya olabildiğince kolay bir şekilde hükmedilmesi amaçlanmaktadır⁵¹. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise taraflara hukuk seçimi imkânı getirilmiştir. Buna göre, tarafların ortak iradeleri yoluyla ya da bir tarafın iradesine diğerinin

Rules on Party Autonomy in European Union”, *International Journal of Business, Humaniti- es and Technology*, C. 4, N.3, 2014, s. 67.

⁴⁷ TORGA, Maarja, “Party Autonomy of the Spouses Under the Rome III Regulation in Estonia-Can Private International Law Change Substantive Law?”, *Nederlands Internationa- al Privaatrecht*, 4, 2012, s. 548.

⁴⁸ Roma 3 Tüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, *tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk, a. davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, bulunmaması durumunda, b. davanın açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce değiştirilmemiş olmak ve eşlerden birinin dava açıldığı tarihte hâlen söz konusu devlette yerleşik olması koşuluyla eşlerin son müşte- rek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukuku, bulunmaması durumunda, c. davanın açıl- dığı sırada eşlerin müşterek millî hukuku, onun da bulunmaması durumunda, d. davanın açıl- dığı devlet hukuku olacaktır.*

⁴⁹ VIARENGO, s. 561.

⁵⁰ Burgerlijk Wetboek, Act of 19.5.2011 Adopting and Implementing Book 10 (Private Interna- tional Law) of the Dutch Civil Code için bkz. SYMEONIDES, Symeon C., *Codifying Choice of Law Around the World- An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014, s. 368.

⁵¹ BOELE-WOELKI, K./ VAN ITERSÖN, D., “The Dutch Private International Law Codifica- tion: Principles, Objectives and Opportunities”, *Electronic Journal of Comparative Law*, C. 14/3, 2010, s. 20; Ayrıca bkz. SYMEONIDES, s. 321.

itiraz etmemesi üzerine, tarafların müşterek millî hukuku uygulanabilecektir⁵². Taraflara sınırlı da olsa hukuk seçimi olanağı sağlamakla, esas itibariyle, yabancı boşanma kararını tanımak için millî hukukun uygulanmış olmasını şart koşan hukuk düzenleri ile ters düşmemek ve Hollanda mahkemesi kararının yabancı ülkede tanınmasını sağlamak amaçlanmaktadır⁵³.

B. İngiliz Hukuku ve Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

İngiliz hukukunda boşanma davalarında, *lex fori*'nin münhasıran uygulandığı görülmektedir⁵⁴. Boşanma davasında *lex fori*'nin uygulanması ile yargılamanın kısa sürede tamamlanması ve iç karar uyumunun sağlanması amaçlanmaktadır⁵⁵. Bu anlayış çerçevesinde hâkimin, en çok kendi hukuku hakkında bilgi sahibi olacağı gerçeğinden hareket edilmektedir⁵⁶. Dolayısıyla, irade muhtariyetine yer verilmediği görülmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda ise, boşanma davaları açısından uygulanacak hukuktan ziyade, yetki ve tanıma-tenfiz konuları üzerinde yoğunlaşmış olduğu görülmektedir⁵⁷. Boşanma davalarında yetki, kişi hallerine ilişkin çoğu davanın aksine, davalının *forum* ile ilişkisine dayandırılmamıştır⁵⁸. Yetkiye ilişkin olarak “evlilik” esas alınarak tarafların evli olarak sahip olmuş oldukları oturma yerinin ya da taraflardan herhangi birinin oturma yerinin mahkemenin bulunduğu eyalette yer alması, yetkiyi tesis etmek için yeterli görülmüştür⁵⁹.

Uygulanacak hukuk konusunda ise çok fazla tartışmaya yer verilmediği görülmektedir ve boşanma davalarında çoğunlukla, *lex fori*'nin uygulanması yoluna gidilmektedir⁶⁰. Bu uygulamanın tarihsel açıdan gerekçesi, bireylerin evlilik ya da boşanmada menfaatlerinin güçlü olması ve mahkemelerin,

⁵² Müşterek millî hukukunun ait olduğu devlet ile her iki tarafın da sıkı sosyal bağ içinde olması durumunda da tek tarafın seçimi ile bu hukuk uygulanabilecektir: Hollanda Medenî Kanunu m. 10: 56/2/b.

⁵³ BOELE WOELKI/ VAN ITERSÖN, s. 20.

⁵⁴ Konu hak. Bkz. BAARSMA, Europeanisation, s. 151.

⁵⁵ Konu hak. bkz. FRANZINA, s. 94.

⁵⁶ FRANZINA, s. 94.

⁵⁷ SILBERMAN, Linda J.: “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, Tulane Law Review, C. 82, 2007-2008, s. 2008.

⁵⁸ SILBERMAN, s. 2008.

⁵⁹ SILBERMAN, s. 2008.

⁶⁰ SYMEONIDES, s. 269; SILBERMAN, s. 2008; WILLS, s. 151.

bu menfaati korumak gerekçesiyle kendi hukuk kurallarını uygulamak istemeleridir⁶¹. Günümüz itibariyle ise, bir kişinin oturma yerinin onun medenî hali üzerinde önemli bir etkiye sahip olmasından yola çıkılarak, oturma yeri esas alınarak tespit edilecek yetkili mahkemenin kendi hukukunu uygulamasının yerinde olacağı gerekçesine dayanılmaktadır⁶². Doktrinde ise, mahkemelerin boşanma davalarında hukuk seçimine etki tanımada oldukça çekimser kalacağı tahmin edilmekte ve bu tahmine, devletin de evlilik ilişkisi içinde rolünün ve menfaatinin olması gerekçe olarak gösterilmektedir.⁶³

Amerikan hukukunda boşanma davalarında hukuk seçimi konusuna sıcak bakılmayacağı ifade olunsa bile, uygulamada, Roma III Tüzüğü'nün taraflara bahsettiği düzeydeki irade muhtariyetinin “dolaylı olarak” gündeme gelebileceği üzerinde durulmaktadır⁶⁴. Bunu sağlayacak olanın da esnek olarak ifade edilebilecek “oturma yeri” anlayışı olduğu ifade olunmaktadır. Oturma yerinin “esnek” olarak yorumlanmasına bağlı olarak taraflardan biri, geçici de olsa belli bir eyaleti oturma yeri olarak tayin edebilir ve davasını bu eyalet mahkemesinde açabilir. Dolayısıyla, boşanma davasında o eyaletin hukukunun uygulanmasını isteyen taraf, oturma yerini o eyalete taşıyarak, *lex fori*'nin uygulanmasını mümkün kılabilir; bir başka deyişle, *forum shopping* yoluna başvurabilir⁶⁵.

C. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun⁶⁶ 59. maddesi uyarınca boşanma ve ayrılık davalarındaki genel yetki kuralı düzenlenmiştir. 59. maddeye göre, davalı eşin yerleşim yerindeki İsviçre mahkemesi ile davacı eşin bir yıldır İsviçre’de yerleşik olması (m. 59/a) veya İsviçre vatandaşı olması koşuluyla yerleşik olduğu yer İsviçre mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir (m. 59/b). İsviçre MÖHK’un 61. maddesinde ise yetkili İsviçre mahkemesinin, boşanma ve ayrılığa uygulayacağı hukuk düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 61. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; boşanma ve ayrılığa İsviçre hukuku uygulanır. Bununla birlikte, eşlerin müşterek bir

⁶¹ SILBERMAN, s. 2008.

⁶² SILBERMAN, s. 2009.

⁶³ SILBERMAN, s. 2009.

⁶⁴ SILBERMAN, s. 2011.

⁶⁵ SILBERMAN, s. 2011.

⁶⁶ Federal Act on Private International Law, 18.12.1987 , 1 Temmuz 2014 tarihi itibariyle değişiklikleri içeren İngilizce metin için bkz. www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

millî hukukunun olması ve bu hukukun, yabancı bir hukuk olması ve eşlerden sadece birinin İsviçre’de yerleşim yerinin olması durumunda müşterek millî hukuk uygulanır (m. 61/2). Bu hüküm uyarınca İsviçre hukukunda boşanma davalarında uygulanacak hukukun objektif olarak tayin edildiği ve hukuk seçimi imkânına yer verilmediği açıkça görülmektedir.

İsviçre MÖHK’unda hukuk seçimi imkânı salt evlilik mallarına ilişkin olarak kabul edilmiştir; bu çerçevede, İsviçre MÖHK’nun 52. maddenin ilk fıkrası uyarınca genel kural, evlilik mallarına uygulanacak hukuku tarafların seçmesidir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında eşlerin hukuk seçimine sınırlama getirilerek eşlerin, her ikisinin de yerleşim yerinin bulunduğu ya da evliliğin gerçekleşmesinden sonra bulunacağı yerin hukukunu ya da taraflardan birinin millî hukukunu seçebileceği öngörülmüştür⁶⁷.

D. Çin Hukuku

Çin hukukunda, “boşanma davaları” ile “evliliğin anlaşmalı olarak evlilik kayıt makamı önünde sonlanması” açısından bir ayrıma gidilerek boşanmaya uygulanacak hukuk farklı şekillerde düzenlenmiştir. Mahkeme huzurundaki “boşanma davalarında” hâkimin hukuku uygulanırken⁶⁸; tarafların anlaşarak “evlilik kayıt makamı” önünde boşanmayı talep ettikleri durumlarda, sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı getirilmiştir ve taraflardan birinin mutad mesken hukuku ya da millî hukukunun seçilebilmesi mümkün kılınmıştır⁶⁹. Taraflarca bu tür bir anlaşmanın yapılmaması halinde ise tarafların müşterek mutad mesken hukuku, eğer yoksa müşterek millî hukuku, onun da olmaması halinde boşanma usûlünün yürütüldüğü yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

⁶⁷ Millî hukukun uygulanmasında ise 23. maddenin ikinci fıkrasının uygulanmayacağı belirtilmiştir. (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 23/2: *Bu Kanun’da aksi öngörülmedikçe, uygulanacak hukuk tespit edilirken, bir kişinin birden fazla tâbiyete sahip olması durumunda, en yakın ilişki içinde olduğu tâbiyeti münhasıran esas alınacaktır.*)

⁶⁸ Act on the Application of Laws Over Foreign-Related Civil Relationships, 2010, PRC, Order of the President of the People’s Republic of China, NO. 36, m. 16 ve m. 17. Konu hakkında bkz. HUO; Zhengxin, “Highlights of China’s New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law”, 45 R.J.T., 2011, s. 664. Ayrıca bkz. SYMEONIDES, s. 270.

⁶⁹ Bkz. SYMEONIDES, s. 270.

IV. Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi

A. Boşanmaya İlişkin Bağlama Kuralı ve Uygulanacak Hukukun Tespiti

Türk Kanunlar İhtilâfi Hukukunda, yabancı unsurlu boşanma davalarında taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamıştır ve uygulanacak hukukun, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanununun (MÖHUK) ⁷⁰ 14. maddesinin ilk fıkrası uyarınca hâkim tarafından objektif olarak tespit edilmesi kabul edilmiştir.

MÖHUK'un 14. maddesinin ilk fıkrası uygulanırken, öncelikle tarafların müşterek millî hukukunun olup olmadığı araştırılacaktır⁷¹. Tarafların müşterek millî hukuku yoksa, müşterek mutad mesken hukukunun varlığı sorgulanacak; bunun da bulunmaması durumunda Türk hukuku uygulanacaktır. 14. madde uyarınca tespit edilen hukukun, MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hüküm nedeniyle, bağlama kurallarının da dikkate alınması gerekmektedir⁷². Zira, söz konusu hüküm uyarınca, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır. Örneğin, boşanacak eşlerin her ikisinin de X devletinde mutad mesken sahibi olan, farklı devlet vatandaşları olmaları halinde MÖHUK'un 14. maddesinin ilk fıkrası çerçevesinde tarafların müşterek mutad meskeni hukuku sıfatıyla X devletinin hukuku yetkili hukuk olacaktır. Ancak, MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, hâkimin, X devletinin hukukunun bağlama kurallarını da dikkate alması zorunludur. Böyle bir durumda, X devletinin bağlama kuralları uyarınca yabancı unsurlu boşanma davalarında öncelikli olarak taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmışsa ve objektif bağlama kuralı ancak tarafların hukuk seçmediği hallerde uygulanacaksa, taraflar da uygulanacak hukuku seçmişlerse, Türk hâkiminin seçilen hukuku uygulaması gerekecektir⁷³.

⁷⁰ Kanun No: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007-26728.

⁷¹ Tarafların müşterek millî hukuku varsa, anlaşma yoluyla Türk hukukunun uygulanmasını istemeleri halinde dahi Türk hukukunun uygulanmasının söz konusu olamayacağı ile ilişkili olarak TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat, İstanbul, 2009, s. 198.

⁷² MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanışı ile ilgili olarak bkz. DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. B., Savaş, Ankara, 2015, s. 193-194; AKINCI, Ziya/ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat, İstanbul, 2010, s. 3-4; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Boşanma, s. 37-39.

⁷³ Hukuk seçimi yoluyla tarafların, hâkimin hukukunu (Türk hukuku) seçtiği durumlarda

Boşanmaya ilişkin olarak Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda hukuk seçimi imkânı öngörülmemiş olmakla birlikte, MÖHUK m. 14'de yer alan basamaklı bağlama sisteminde, tarafların müşterek millî hukuku ve tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda, müşterek millî hukukun veya mutad mesken hukukunun hukuk seçimine imkân tanınması durumunda, hâkimin MÖHUK m. 2/3 hükmünün uygulanması sonucunda seçilen hukuku uygulaması, yani hukuk seçimine, seçilen hukukun izin verdiği ölçüde etki tanınması mümkündür.

MÖHUK (m. 15/1) uyarınca evlilik malları ile ilgili olarak ve sınırlı bir hukuk seçimi imkânına yer verilmiş iken, evliliğin şartları, hüküm ve sonuçları, velayet, boşanma gibi konularda getirilmiş olan bağlama kuralları uyarınca tarafların, uygulanacak hukuku seçme imkânına sahip olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, yukarıda verilen örnekte belirtildiği gibi, hukuk seçimine etki tanınması, MÖHUK'un emredici nitelikteki⁷⁴ 2. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, yetkili yabancı hukukun ilgili bağlama kuralını ve bu kapsamda, boşanma davasında hukuk seçme imkânı getiren düzenlemesini dikkate almamak, MÖHUK'un emredici nitelikteki 2. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olacaktır. Sonuç olarak, Türk hâkimin boşanmaya ilişkin bağlama kuralı uyarınca (MÖHUK m. 14) tespit edilen yabancı hukuku, re'sen bulup uygulamasının gereği (MÖHUK m. 2/1) olarak hukuk seçme imkânının varlığına ulaşılmış olmaktadır.

Bu noktada, Türk hukukunda boşanmaya uygulanacak hukuk konusunda taraflara uygulanacak hukuku belirleme imkânı tanınmadığı için, MÖHUK m. 2/3'ün uygulanması sonucunda, yetkili yabancı hukukun boşanma davasında hukuk seçimi olanağı sunan sübjektif bağlama kuralına değil de, uygulanacak hukukun hâkim tarafından belirlenmesi imkânını getiren objektif bağlama kuralına başvurulması düşünülebilir mi? Kanımızca, bu noktada sübjektif ve objektif bağlama kurallarından hangisinin öncelikli olduğu konusunda yabancı hukukun anlayışına göre hareket edilmelidir. Türk kanunlar ihtilâfi hukuku

tek dereceli atf (iade atf, geriye dönen atf, geri dönen atf); tarafların üçüncü bir devlet hukukunu seçmeleri durumunda ise iki dereceli atf (devam eden atf) söz konusu olacaktır. Türk hâkimi her durumda seçilen hukukun maddî hukuk kurallarını uygulayacaktır. (MÖHUK m. 2/3). Atf hakkında bkz. NOMER, s. 151-152; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 119; ŞANLI, s. 53; DOĞAN, s. 190; TEKİNALP, s. 41. MÖHUK uyarınca salt kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda Türk bağlama kuralının yollamada bulunmuş olduğu yabancı hukukun bağlama kurallarının başka bir hukuku yetkili kılmasının dikkate alınacağı ile ilgili olarak bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 172-173.

⁷⁴ DOĞAN, s. 194.

anlayışı çerçevesinde, yabancı hukukun, “vakıa” olarak değil de “hukuk” olarak uygulanması⁷⁵ ve Türk hâkimin, yabancı hukuku, yabancı hâkimin onu uyguladığı şekliyle uygulamak zorunda oluşu da vardığımız sonucu desteklemektedir⁷⁶. Bu durumda, örneğin, Türk mahkemesi önünde açılan bir davada, MÖHUK m. 14’den hareketle X devlet hukuku yetkili hukuk olarak tespit edildiğinde, bu hukukun uygulanacak hukukun objektif olarak tespitini öngören hükmü, ancak taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında gündeme gelmektedir. Bir başka deyişle, yabancı bağlama kuralları bünyesinde öncelikli olan, tarafların hukuk seçme yönündeki iradelerinin olup olmadığıdır. Dolayısıyla, Türk hukukunun bağlama kuralları ile yetkili kılınan yabancı hukukun bağlama kuralları açısından öncelikle bakılması gereken, tarafların hukuk seçme yönünde iradelerinin olup olmadığıdır. Objektif bağlama kuralının uygulanması ise ancak tarafların böyle bir iradesinin olmadığı durumlarda söz konusu olacaktır.

Taraf iradesini öne çıkaran bu sonuç, boşanma hukuku alanında hem maddî hukuk hem kanunlar ihtilâfî hukuku alanında etkili olmaya başladığı ileri sürülen⁷⁷ liberalleşme eğilimleri ile uyumlu gözükmektedir.

B. Kamu Düzenine Aykırılık İhtimalinin Değerlendirilmesi

“Kamu düzenine aykırılık” başlıklı MÖHUK’ın 5. maddesi uyarınca, yetkili yabancı hukukun somut olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi durumunda, bu hükmün uygulanmasından vazgeçilecektir. Bu noktadan itibaren, duruma göre, ya salt yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenini bozan hükmünün uygulanmaması yeterli olabilecek (kamu düzeninin olumsuz etkisi) ya da bazen uygulanmayan bu hükmün yerine hâkimin hukukundan bir hükmün uygulanması (kamu düzeninin önce olumsuz; sonra olumlu etkisi) gereği ortaya çıkabilecektir⁷⁸.

⁷⁵ ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 3.B., Vedat, 2014, s. 62-63; AYBAY, Rona/ DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 114; NOMER, s. 193-194; ÇELİKEL/ERDEM, s. 174; DOĞAN, s. 212-213.

⁷⁶ NOMER s. 196; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 175.

⁷⁷ Konu hak. bkz. GAERTNER, s. 112.

⁷⁸ Kamu düzeninin etkisi, olumsuz veya önce olumsuz sonra olumlu olabilir. Yetkili yabancı hukukun uygulanmasından kamu düzenine aykırılık nedeniyle vazgeçilmesi olumsuz etkidir. Bu etkiden sonra ise, hâkim kendi hukukunu uygulayacaktır ve bu şekilde önce olumsuz, ardından olumlu etki gündeme gelecektir: BERKİ, Osman Fazıl, Devletler Hususî Hukuku, B.6, C. II, Ankara, 1966, s. 84; TİRYAKIOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, AÜHF Yayınları, Ankara, 1996, s. 77; TANRIBİLİR, Feriha Bilge, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku

Ancak, kanunlar ihtilâfi hukukunda, kamu düzenine aykırılık sonucunda gerçekleşecek müdahalenin istisnâî niteliği ve amacın olabildiğince yetkili yabancı hukuku uygulamak olduğu gözden uzak tutulmamalıdır⁷⁹. Bu noktada, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı bir düzenleme öngörüyor oluşunun da doğrudan kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmaması gerektiğine dikkat edilmelidir⁸⁰.

Yabancı unsurlu boşanma davasında, MÖHUK m. 14 uyarınca yetkili olan hukukun, MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının gereği olarak, bağlama kurallarının hukuk seçimine yer vermesi halinde, seçilen hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğini ileri sürerek seçilen hukuku uygulamamak kanunlar ihtilâfi hukukunda kamu düzeninin istisnâî niteliğini inkâr etmek anlamına gelecektir. Burada asıl tartışılması gereken, seçilen hukukun, somut olaya uygulanan hükümlerinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediğidir. Bu noktada, Türk hâkimi tarafından, yabancı unsurlu bir boşanma davasında MÖHUK m. 14 uyarınca yetkili hukukun bulunması ve yine MÖHUK m. 2/3 gereğince yetkili hukukun hukuk seçimine imkân veren sübjektif bağlama kuralının, dolayısıyla seçilen hukukun uygulanması söz konusudur. Yetkili yabancı hukukun hukuk seçimine imkân tanıyor olması, başlı başına kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir.

Bu doğrultuda, Türk hakiminin MÖHUK m. 14 çerçevesinde tespit ettiği yetkili hukukun, MÖHUK'un 2. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde, bağlama kurallarının uygulanması sonucunda boşanmaya tarafların seçtiği hukukun uygulanmasının, başlı başına, adalet anlayışımıza ilişkin temel kimi ilkeleri ve vazgeçilemeyecek nitelikteki hukukî ve toplumsal değerleri⁸¹ sarsacak bir durum olduğunu ileri sürmek, kanunlar ihtilâfi hukukunda kabul edilen kamu düzeni anlayışıyla bağdaşmaz. Önemli olan, seçilen hukukun uygulanması halinde, örneğin aileye ilişkin kamusal ve toplumsal kimi menfaatlerin

Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 216.

⁷⁹ Konu hakkında bkz. NOMER, s. 160-161; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 153.

⁸⁰ NOMER, s. 162; ÇELİKEL/ERDEM, s. 158; DOĞAN, s. 220.

⁸¹ Kamu düzeni müdahalesine ilişkin olarak bkz. DOĞAN, s. 156; NOMER, s. 157; TİMUR, Hıfzı, "Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı", İÜHF, C. 7, S.1, Y. 1941, s. 902; ÖKÇÜN, Ahmet Gündüz, Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1997, s. 102; GÜRZUMAR, Aydanur, "Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri", MHB, Yıl:14, S. 1-2, 1994, s. 22; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Boşanma, s. 32-36.

açıkça zedelenmesinin söz konusu olup olmayacağıdır. Örneğin, taraflarca belirlenmiş olan yetkili yabancı hukukun zinaya dayalı olarak sadece erkeğe boşanma hakkı tanınması; kadın bakımından ise bu hakkı tanımaması kadın-erkek eşitliğine aykırı olacağından Türk kamu düzenine aykırılık açısından değerlendirilebilir.

SONUÇ

Boşanma hukuku konusunda giderek daha liberal bir anlayışın (*favor divortii*) benimsenmeye başladığı ve bu anlayışın maddî hukuk alanında olduğu gibi kanunlar ihtilâfî hukukunda da kendini hissettirdiği görülmektedir. Maddî hukuk çerçevesinde, yasak olduğu kimi ülkelerde boşanmanın mümkün hale gelebildiği, boşanma koşullarının daha esnek hale getirilebildiği ya da boşanma usûlünün daha kolaylaştırılabildiği görülmektedir. Kanunlar ihtilâfî hukuku açısından ise kimi hukuk düzenlerinde genelde sınırlı da olsa boşanmaya uygulanacak hukuku seçme yönünde bir anlayışın yeşermeye başladığı görülmektedir. Avrupa Birliğinde Roma 3 Tüzüğü kapsamında, yabancı unsurlu boşanma davalarında hukuk seçimi imkânının sınırlı da olsa tanınmış olması bu gelişmenin en önemli yansımalarından biridir.

Türk kanunlar ihtilâfî hukukunda boşanmaya uygulanacak hukukun objektif olarak belirlendiği ve hukuk seçimine imkân verilmediği görülmele birlikte (MÖHUK m. 14), tarafların yaptığı hukuk seçimine MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması sonucunda etki tanınması mümkündür. Bu şekilde, Türk hâkimi, yabancı hukuku, yabancı hâkimin onu uyguladığı şekliyle de uygulamış olacaktır. Yabancı hukukun boşanma davalarında hukuk seçimi imkânı sunan hükmünün uygulanmasının, aileye ilişkin kamusal ve toplumsal menfaatleri zedeleyebilecek nitelikte bir konu olarak düşünülmesi ise mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, boşanmaya uygulanacak olan yetkili yabancı hukukun somut olaya uygulanan hükmünün, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda bir müdahale söz konusu olacaktır.

KAYNAKÇA

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

AYBAY, Rona/ DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

BAARSMA, Nynke, The Europeanisation of International Family Law, T.M.C. Asser Press, Springer, Groningen, 2011. (Baarsma, The Europeanisation)

BAARSMA, Nynke, Communitarisation of Choice of Law Rules on Divorce and Termination of Registered Partnerships, www.rug.nl/research/gradschool-law/phd/paper-nynke-baarsma.pdf, s.1-7.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm, Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(2) 2012, s. 505-539.

BERKİ, Osman Fazıl, Devletler Hususî Hukuku, B.6, C. II, Ankara, 1966.

BOELE-WOELKI, K./ VAN ITERSÖN, D., The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities, Electronic Journal of Comparative Law, C. 14/3, 2010, s. 1-31.

ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13.B., Beta, İstanbul, 2014.

DETHLOFF, Nina, Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Perspectives for the Unification and Harmonisation in Europe (Ed. Katharina Boele- Woelki), Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003.

DE VIDO, Sara, The Relevance of Double Nationality to Conflict of Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe, Cuadernos de Derecho Transnacional, C.4, N.1, 2012, s. 2222-2232.

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. B., Savaş, Ankara, 2015.

EHRENZWEIG, Albert, The Lex Fori: Basic Rule in the Conflict of Laws, Michigan Law Review, 58/5, 1960, s. 637-688.

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, Seçkin, İstanbul, 2012.

FIORINI, Aude, Rome III-Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 22, 2008, s. 178-205.

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

GAERTNER, Veronika, European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments, *Journal of Private International Law*, 2006, C. 2, N. 1, s. 99-136.

GÜRZUMAR, Aydanur, Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri, *MHB*, Yıl:14, S. 1-2, 1994, s. 21-54.

HUO, Zhengxin, Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law, *45 R.J.T.*, 2011, s. 641-684.

JAYME, Erik, Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies, *Yearbook of Private International Law*, C. 11, 2009, s. 1-10.

KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, C. 41, S. 58, 2009, s. 181-195.

KRVAVAC, Marija/ BELOVIC, Jelena, Communitarisation of Private International Law Rules on Party Autonomy in European Union, *International Journal of Business, Humanities and Technology*, C. 4, N.3, 2014, s. 54-68.

MARINA, Simone, Matrimonial Matters and the Harmonization of Conflict of Laws: A Way to Reduce the Role of Public Policy As A Ground For Non-Recognition of Judgments, *Yearbook of Private International Law* (Ed. BONOMI, Andrea/ ROMANO, Gian Paolo), C. 13, 2011, s. 255-272.

MCELEAVY, Peter, The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?, *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 2004, s. 605-642.

MORRIS, J., Conflict of Laws, London, Sweet&Maxwell, 5. B., London, 2000.

NAGY, Csongor Istvan, What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, s. 576- 586.

NOMER, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, 21.B., Beta, 2015.

ÖKÇÜN, Ahmet Gündüz, *Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara, 1997.

PEARL, Sagi, Choice of Law in Family Law: Kant, Savigny and the Parties' Autonomy Principle, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, s. 597-604.

PFEIFFER, Magdalena, Choice of Law in International Family and Succession Law, *The Lawyer Quarterly*, 4/2012, s. 291-305.

SILBERMAN, Linda J., Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?, *Tulane Law Review*, C. 82, 2007-2008, s. 1999-2020.

SYMENONIDES, Symeon C., *Codifying Choice of Law Around the World- An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014.

ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3.B., Vedat, 2014.

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

TEKİNALP, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat, İstanbul, 2009.

TİMUR, Hıfzı, *Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı*, İÜHF, C. 7, S.1, Y. 1941, s. 866-905.

TİRYAKIOĞLU, Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1996.

TORGA, Maarja, Party Autonomy of the Spouses Under the Rome III Regulation in Estonia-Can Private International Law Change Substantive

Law?, Nederlands Internationaal Privaatrecht, 4, 2012, s. 547-554.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları, Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, s. 213-240.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer Uyanık, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta, İstanbul, 2006. (Uyanık Çavuşoğlu, Boşanma)

WESTCOTT, John (Ed.), Family Mediation: Past, Present and Future, Jordan Publishing, Bristol, 2004.

WILLS, Mary M., Conflicts of Law in Divorce Litigation: A Looking-Glass World?, Campbell Law Review, V. 10/1, 1987, s. 145-166.

VIARENCO, Ilaria, The Role of Party Autonomy In Cross-Border Divorces, Nederlands Internationaal Privaatrecht, 4, 2012, s. 555-561.

YETONA, Toni Marzal, The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law, Journal of Private International Law, C. 6.N.1, s. 155- 193.

www.andreasbucherlaw.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf (erişim 25.06.2015)

www.doi.gov.mt (erişim 29.06.2015)

www.ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_information_en.html (erişim 15.06.2015)