

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA
UYGULANACAK HUKUK

DOKTORA TEZİ

Hysni MUSTAFA

Ankara, 2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA
UYGULANACAK HUKUK

DOKTORA TEZİ

Hysni MUSTAFA

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Rifat ERTEN

Ankara, 2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA
UYGULANACAK HUKUK

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Rifat ERTEN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR
- 2- Prof. Dr. Esra DARDAĞAN KİBAR
- 3- Prof. Dr. Rifat ERTEN (Danışman)
- 4- Doç. Dr. K. Sedat SİRMEN
- 5- Dr. Öğr. Ü. Neva Ö. ÖZTÜRK

Tez Savunması Tarihi

23.01.2024

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Rifat ERTEN danışmanlığında hazırladığım “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk (Ankara, 2024)” adlı doktora tezimdeki 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: 21.02.2024

Hysni MUSTAFA

TEŞEKKÜR

Ankara Üniversitesi'nde doktora eğitimimi sürdürebilmem adına bana burs imkânı sunan Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı'na teşekkürü bir borç bilirim.



İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	I
İÇİNDEKİLER.....	II
KISALTMALAR CETVELİ.....	VII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİĞİN SONA ERMESİ, BOŞANMA VE AYRILIK KAVRAMI, BOŞANMANIN TARİHÇESİ, BOŞANMA KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER VE BOŞANMANIN DAYANDIĞI İLKELER

I. Genel Olarak	6
II. Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi.....	9
A. Eşlerden Birinin Ölümü	10
B. Eşlerden Birinin Gaipliği	11
C. Eşlerden Birinin Cinsiyet Değiştirmesi	13
D. Evlenmenin Yokluğu	15
1. Evlenmenin Ayrı Cinsten İki Kişi Arasında Yapılmamış Olması.....	15
2. Evliliğin Yetkili Memur Önünde Yapılmaması	16
3. Taraflardan Herhangi Birinin Evlenme İradesini Açıklamamış Olması	17
E. Evlenmenin Butlanı	17
F. Yasak derecede hısımlık.Nispi butlanın şartları	21
III. Boşanma.....	22
A. Genel Olarak	22
B. Türk Hukukunda Boşanma Kavramı	22
C. Boşanmanın Tarihçesi.....	23
1. Genel Olarak.....	23
2. İslam Hukuku'nda Boşanma	26
3. Katolik Hukuku'nda Boşanma	27
4. Türk Hukuku'nda Boşanmanın Tarihçesi.....	28
a) Cumhuriyet Öncesi Dönem	28
b) Cumhuriyet Sonrası Dönem	31
D. Boşanma Konusundaki Yaklaşımlar.....	31

1. Boşanmaya Yer Vermeyen Görüş	32
2. Boşanmanın Serbest Olması Gerektiğini Savunan Görüş	34
3. Boşanmanın Sebebe ve Hâkimin Hükmüne Dayandırılmasını Savunan Görüş	34
4. Türk Hukuku'nun Benimsediği Görüş	35
E. Boşanmanın Dayandığı İlkeler	36
1. Kusur İlkesi	37
2. İrade İlkesi	38
3. Temelden Sarsılma İlkesi	41
4. Elverişsizlik İlkesi	42
5. Eylemli Ayrılık İlkesi	43
6. Türk Hukukunun Benimsediği İlkeler	45
F. Ayrılık Kavramı	46
G. Boşanma Davasında Taraflar ve Dava Ehliyeti	51
1. Taraflar	51
2. Dava Ehliyeti	52
H. Boşanmanın Hukukî Sonuçları	54
1. Boşanmanın Eşlerle İlgili Sonuçları	55
2. Şahsi Sonuçlar	56
3. Mali Sonuçlar	56
4. Boşanmanın Çocuklarla İlgili Sonuçları.....	57
a) Çocukların Velayeti	57
b) Çocuklarla Kişisel İlişkiler	58
c) Çocukların Bakımı (İştirak Nafakası).....	58

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE AİLE HUKUKUNUN UYUMLAŞTIRILMASI: HUKUKİ DÜZENLEMELER, AB'NİN YETKİLERİ VE ÖZEL HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASINDA KULLANILAN ENSTRÜMANLAR

I. Genel Olarak	59
II. Uyumlaştırma Fikri, AB Üyesi Ülkelerdeki Özel Hukuk Farklılıkları, Uyumlaştırmanın Önemi, Anlamı ve AB'nin Yetkileri	63
A. Uyumlaştırma Fikri.....	63
B. AB Üyesi Devletlerde Özel Hukuk Farklılıkları	67
C. Uyumlaştırmanın Önemi.....	70

D. Uyumlaştırmanın Anlamı	73
E. Avrupa Birliği (AB)'nin Yetkileri	76
F. AB Aile Hukuku'nun Uyumlaştırılmasının Zorlukları.....	77
G. AB Hukuku Kapsamında Özel Hukukun Uyumlaştırılmasında Kullanılan Enstrümanlar	87
III. Genel Olarak Avrupa Birliği'nde Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yapılan Düzenlemeler.....	94
A. Avrupa Birliği'nde Boşanma ve Ayrılık Konusunda Yapılan Hukukî Düzenlemeler	99
1. 2201/2003 sayılı Evliliğe ve Çocukların Müşterek Velayetine İlişkin Husurlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük Brüksel II Tüzüğü	102
2. 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Husurlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü (Brüksel II bis Tüzüğü)	104
3. Yargı Yetkisi, Evlilik Konularında Kararların Tanınması ve Tenfizi, Velayet Sorumluluğu ve Uluslararası Çocuk Kaçırma Konularına İlişkin 25 Haziran 2019 Tarihli (AB) 2019/1111 Sayılı Konsey Tüzüğü (değiştirilmiş) Brüksel II b Tüzüğü.....	107
4. Brüksel II b Tüzüğü'ne Göre Yetkili Mahkemeyi Seçme Hakkı.....	112
B. Roma III Tüzüğü'nün Hazırlık Çalışmaları ve Güçlendirilmiş İşbirliği	114
1. Genel Olarak.....	114
2. Roma III Tüzüğü'nün Hazırlık Çalışmaları.....	117
3. Roma III Tüzüğü'nün Amaçları	124
4. Roma III Tüzüğü'nün Tarihsel Gelişimi ve Kabul Süreci	127
5. Roma III Tüzüğü'nün Yasal Temeli.....	133
6. Güçlendirilmiş İş Birliği.....	135
7. Roma III Tüzüğü'nün Yapısı.....	138

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ VE UYGULANMASI

I. Giriş	140
II. Roma III Tüzüğü'nün Uygulama Alanı.....	142
A. Zaman Bakımından.....	142

1. Geçici Hükümler.....	145
2. 21 Haziran 2012 tarihinden itibaren akdedilen anlaşmalar	147
3. 21 Haziran 2012 tarihinden önce akdedilen anlaşmalar	147
B. Kişi Bakımından	149
C. Yer Bakımından	149
D. Konu Bakımından	150
III. Roma III Tüzüğü'nün Uygulanması İçin Yerine Getirilmesi Gereken Şartlar ..	150
A. Boşanma ve Ayrılık	150
B. Boşanma kayıtlı birlikteliğinin / medeni hukuk birlikteliğinin sona ermesini de kapsar mı?	151
C. Eşcinsel Evliliğin Sona Erdirilmesi Roma III Tüzüğü Kapsamına Girmekte midir?	152
D. Roma III Tüzüğü'ne Göre Mahkeme Kavramı.....	160
E. Bazı Boşanma Türlerinin Roma III Tüzüğü Kapsamı Dışında Tutulması	165
1. Dini Boşanma	165
2. Özel Boşanmalar veya Mahkeme Dışı Boşanmalar	170
F. Kanunlar İhtilâfını İçeren Durumlar	176
IV. Tüzüğün Uygulama Kapsamı Dışında Kalan Hususlar	178
A. Evrensel Uygulama ve Atfın'nın Roma III Tüzüğünden Muafiyeti	179
1. Evrensel Uygulama.....	179
2. Roma III Tüzüğü'nde Atfın Reddi	181
B. Ön Sorun.....	185
V. Kamu Düzeni	187
A. Roma III Tüzüğü'nün 10. Maddesine Göre Kamu Düzeni	196
B. Ulusal Hukuklardaki Farklılıklar	199
VI. Roma III Tüzüğü'ne Göre Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini 201	
A. Eşlerin Seçtiği Hukuk Konusunda Bilgilendirilmesi.....	204
B. Hukuk Seçimi	204
C. Roma III Tüzüğü'ne Dayanarak Seçilebilecek Hukuk Düzenleri	207
1. Mutad Mesken	208
2. Milli Hukuk (Vatandaşlık Hukuku).....	213
3. <i>Lex Fori</i> / Mahkemenin Hukuku	216
D. Eşlerin Uygulanacak Hukuku Seçebileceği Süre.....	218
E. Uygulanacak Hukukun Seçimi İle İlgili Sözleşmelerin Değiştirilmesi	219

F. Hukuk Seçimi Sözleşmesinin Esasına İlişkin İrade ve Geçerliliğine İlişkin Hususlar	220
G. Sözleşmenin Şekli.....	222
VII. Roma III Tüzüğü'ne Göre Objektif Bağlama Kuralı.....	224
A. Davanın Açıldığı Tarihte Eşlerin Müşterek Mutad Meskeninin Bulunduğu Yer Hukuku.....	229
B. Mutad Mesken Kavramının Değerlendirilmesi	230
C. Eşlerin Son Müşterek Mutad Meskeni.....	234
D. Eşlerin Müşterek Millî Hukuku	236
1. İki veya Daha Fazla Vatandaşlığa Sahip Kişiler	237
2. Vatansız Kişiler ve Mülteciler	241
E. <i>Lex Fori</i>	243
VIII. Ayrılığın Boşanmaya Dönüştürülmesine İlişkin Kanunlar İhtilâfı Sorunları	244
IX. İki veya Daha Fazla Hukuk Düzenine Sahip Devletler (Bölgesel ve Kişiler Arası Kanunlar İhtilâfı).....	247
A. Bölgesel Kanunlar İhtilâfı.....	248
B. Kişiler Arası Kanunlar İhtilâfı	250
SONUÇ.....	252
KAYNAKÇA	263
ÖZET	289
SUMMARY	291

KISALTMALAR CETVELİ

AB: Avrupa Birliği

ABAD: Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

B: Baskı

bkz.: Bakınız

C: Cilt

Çev: Çeviren

ed.: Editör

I: Issue

m: Madde

MHB: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

OJ: Official Journal of the European Union/ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi

RG: Resmî Gazete

S: Sayfa

SÜHFD: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TMK: Türk Medeni Kanunu

V: Volume

vd: ve devamı

www: World Wide Web/Dünyayı Saran Ağ

Y: Yıl

yy.: Yüzyıl



GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) ile özgürlük, güvenlik ve adalet alanının yaratılmasının temel hedeflerinden biri vatandaşların AB'ye üye devletler arasında serbest dolaşımını teşvik etmektir. Küreselleşmenin etkisiyle insanların devlet sınırları dışında serbest dolaşımı sayesinde ticarî, kültürel ve sosyal alanlar önemli ölçüde gelişme göstermiştir. Tüm dünyada ve özellikle AB'de yaşanan bu gelişmeler sonucunda farklı vatandaşlığa sahip bireyler arasındaki evliliklerin sayısında artış görülmektedir.

Avrupa vatandaşlarının AB içinde serbest dolaşımının artması, farklı vatandaşlıklara sahip kişilerin tanışmasına, arkadaşlık etmelerine ve hatta bazı durumlarda evlenmelerine yol açmaktadır. Bu durum, hem yabancılık unsuru taşıyan boşanmaların sayısının artması sonucunu doğurmakta hem de ayrılma veya boşanma durumunda hangi mevzuatın uygulanacağını net bir hukukî tanımının yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Böyle bir netleştirme, eşlerin hukukî öngörülebilirliğe, kesinliğe ve boşanmada uygulanacak mevzuat bilgisine sahip olmalarını sağlamaktadır.

AB Komisyonu, daha 2009 yılında yaptığı bir çalışmada AB'de her yıl yaklaşık 350.000 evliliğin boşanmayla neticelendirildiğini ve bunlardan yaklaşık 170.000'inde yabancılık unsuru bulunduğunu tespit etmiştir¹.

¹ **Hodson, David:** “*European Family Law: Faster Divorce and Foreign Law*”, Published by the Centre for Social Justice, 2009, s. 5, <https://www.centreforsocialjustice.org.uk/library/european-family-law-faster-divorce-and-foreign-law> (Erişim tarihi: 25.08.2018). Avrupa’da evliliklerin yaklaşık %15’i farklı devletlerin vatandaşları arasında yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dethloff, Nina:** Arguments for the Unification and Harmonisation of

Genel olarak özel hukuk, özel olarak da aile hukuku alanında açık bir düzenlemenin önemini ve ihtiyacını anlamak için, artık milyonlarca insanın doğdukları veya vatandaşı oldukları ülkeler yerine çoğunlukla AB sınırları içindeki başka ülkelere yaşadıkları bilgisi yeterlidir. Bu kişiler aileleriyle birlikte iş, ekonomik durum, diğer ebeveynlerin memleketinde yaşamak, yaşam tarzı tercihi gibi nedenlerle ya da sadece kendi ülkelerinin dışına seyahat etme fırsatına sahip oldukları için başka ülkelere yerleşmektedir.

Bu gelişmeler sonucunda eşlerin farklı ülkelerde ikamet edebildiği, üçüncü bir ülkede ikametgâh edinmeleri ve çocuklarının bambaşka bir ülkede ikamet etmesi gibi durumlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Buna bağlı olarak yabancılık unsuru taşıyan evlilik

Family Law in Europe, Perspectives for the Unification and Harmonisation in Europe (Ed. Katharina Boele-Woelki), Intersentia, Antwerp-Oxford, New York 2003, https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boeken/perspectives_unification_harmonisation_family_law_europe.pdf. s. 37, (Erişim Tarihi: 28.07.2018); **Kuipers, Jan-Jaap**: “*The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation*”, European Law Journal, 2012, V. 18, N. 2, s. 201–229; “*Marriage and Divorce Statistics*”, EUROSTAT: STATS. EXPLAINED, http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Marriage-anddivorce_statistics, (Erişim Tarihi: 15.07.2018).

ve boşanmalarda yeterli hukukî çözümlerin sağlanmasına ilişkin hukukî sorunlar da artmaktadır². Böylece aile hukuku alanı da giderek daha "küresel" bir hale gelmektedir³.

Bu çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Konunun en kapsamlı şekilde ele alınabilmesi için birinci bölümde boşanma ve ayrılıkla ilgili temel tanımlara yer verilmiştir. Bu tanımlar Türk hukukuna ve karşılaştırmalı hukuka dayanmaktadır. Aynı şekilde Arnavutluk Cumhuriyeti⁴ ve Kosova Cumhuriyeti⁵ kanunlarından belirli

² **Tandon, Usha:** “*Validity of Marriage Under International Private Law with Special Reference to 1978 Hague Marriage Convention: Towards Harmonization and Unification of the Rules of International Private Law Relating to Marriage*”, 2013, I JCLC, <https://ssrn.com/abstract=2821514>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821514>, (Erişim Tarihi: 15.08.2018), s. 32-47.

³ **Sammur, Ivan:** “*Harmonisation of Private Law or Private International Law- Which is the Way Forward in Europe?*”, The Jean Monnet Seminar Series, European Documentation and Research Centre, 2005, http://www.um.edu.mt/__data/assets/pdf_file/0016/41335/harmonisation_of_private_law.PDF, (Erişim Tarihi: 02.08.2018), s. 1-24.

⁴ Arnavutluk, 28 Nisan 2009’da AB’ye üyelik başvurusunda bulunmuştur. 24 Haziran 2014 tarihinde gerçekleşen AB Genel İşler Konseyi’nde Arnavutluk’a aday ülke statüsü verilmesi kararı alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güner, Oğuz:** “*Arnavutluk’un Avrupa Birliği Üyelik Sürecindeki Siyasi Zorlukları: Hukukun Üstünlüğü ve Yolsuzluk Örnekleri*”, Türk İdare Dergisi, 2020, s. 163-195;

⁵ Kosova AB Üyelik Statüsü: Potansiyel Aday konumundadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Information relating to the entry into force of the Stabilisation and Association Agreement between the European Union and the

konuların düzenlenmesine ilişkin veriler sunulmuş, boşanma düzenlemesinin yolu ve temel kavramlara ilişkin verilerle Türk literatürünün zenginleştirilmesine odaklanılmıştır. Bu bölümün devamında Türkiye Cumhuriyeti hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta boşanmanın kısa tarihçesine devam edilerek Türk hukukunda evliliğin sona erdirilme şekli ele alınmıştır⁶. Boşanma sistemleri incelenmiş ve bu sistemlerden hangisinin Türkiye Cumhuriyeti hukukuna uygun olduğu tartışılmıştır. Boşanma nedenleri ve sonuçları konusuna özel bir önem verilmiştir.

İkinci bölümde AB mevzuatında uyumlaştırma kavramı, uyumlaştırma düşüncesi; AB üyesi ülkeler arasında boşanma ve ayrılığın hukukî düzenlenmesine ilişkin mevcut farklılıklar; uyumlaştırmanın önemi, zorlukları, araçları; AB'nin uyumlaştırmayı hangi temelde gerçekleştirdiği ve uyumlaştırmanın gerçekleştirilmesindeki yetkinliği ve bu yetkinliğin ne ölçüde ve hangi konuları kapsadığı konularına yer verilmiştir. İkinci bölümün devamında AB tarafından çıkarılan hukukî düzenlemeler (Brüksel II Tüzüğü, Brüksel II bis Tüzüğü, Brüksel II b Tüzüğü) hakkında genel bir inceleme yapılmıştır. Bu kapsamda Roma III Tüzüğü'nün hazırlanma süreci, onaylanması ve yürürlüğe girmesi, AB'nin bu hukuk alanını düzenleme yetkisi, genişletilmiş iş birliği gibi konular detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Üçüncü bölüm bu çalışmanın en hacimli ve önemli bölümüdür. Bu bölümde Roma III Tüzüğü, uygulama alanı, zamanı, yeri ve kapsadığı konular dahil olmak üzere detaylı bir şekilde incelenmiştir.

European Atomic Energy Community, of the one part, and Kosovo (*), of the other part, Official Journal of the European Union, OJ L 78/1.

⁶ **Gençcan, Ömer Uğur:** Milletlerarası Aile ve Usul Hukuku, Ankara, 2020, s.145-147 [*Aile ve Usul Hukuku*].

Roma III Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için iki temel şart öngörülmekte olup bu şartların her ikisinin de kümülatif olarak karşılanması gerekmektedir. Birinci temel şart, boşanma veya ayrılık davasının varlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci şart ise bölgesel/coğrafi boşanma veya ayrılığın iki veya daha fazla devletin mevzuatı ile bağlantılı olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle ilgili davanın yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir.

Bu bölümde, kayıtlı birlikteliklerin /medeni hukuk birlikteliklerinin sona ermesinin boşanma sayılıp sayılmayacağı; eşcinsel evliliklerinin sona erdirilmesinin Roma III Tüzüğü kapsamına dahil edilip edilmediği; özel boşanmalar veya mahkeme dışı boşanmalar ile dini boşanmaların da bu hukukî düzenleme kapsamına alınıp alınmayacağı gibi konuların değerlendirilmesi gerçekleştirilmiştir.

Daha sonra gerçek kişilerin hukukî ehliyeti, vesayet, nafaka, miras, atıf gibi düzenleme kapsamı dışında kalan konuların incelenmesi ile çalışmaya devam edilmiştir. Genel kamu düzeni (12. madde) ve özel kamu düzeni (10. ve 13. maddeler) gibi kavramların incelenmesine de bu bölümde yer verilmiştir.

Roma III Tüzüğü, boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukukun belirlenmesi için iki yöntem öngörmektedir. Bu yöntemler, sübjektif yöntem (eşlerin boşanma veya ayrılık durumunda uygulanacak hukuku 5. maddeye göre seçmesine olanak sağlayan) ve objektif yöntem (eşler arasında bir anlaşmanın bulunmaması halinde yürürlükteki hukukun objektif kriterlere göre uygulanacak hukukun belirlenmesini sağlayan m. 8) olarak sınıflandırılmaktadır. Bahsi geçen Tüzüğün en büyük yeniliklerinden biri, eşlere, ayrılık veya boşanmalarında uygulanacak hukuku aralarındaki anlaşma yoluyla seçme olanağının verilmesidir. Roma III Tüzüğü'ne göre uygulanacak hukukun belirlenmesinde temel ilke, boşanma veya ayrılık durumunda uygulanacak hukuku eşlerin kendilerinin seçmesidir. Böyle bir seçimin olmaması durumunda mahkeme, boşanmaya uygulanacak hukuku objektif kriterlere göre belirlemektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİĞİN SONA ERMESİ, BOŞANMA VE AYRILIK KAVRAMI, BOŞANMANIN TARİHÇESİ, BOŞANMA KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER VE BOŞANMANIN DAYANDIĞI İLKELER

I. Genel Olarak

İnceleme konusu hakkında açıklayıcı ve kapsamlı bir değerlendirme yapılabilmesi için, asıl konuya geçmeden önce konuya bağlı unsurların değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikli olarak değerlendirilmesi gereken konular şu şekildedir: Evliliğin sona erme biçimleri, boşanma ve ayrılık kavramlarının tanımlanması ve bu iki olgunun kısa bir tarihçesi, boşanma konusundaki farklı görüşler ve boşanma olgusunun dayandırıldığı ilkeler.

Karşı cinsten iki kişinin evlenmesi ile kurulan aile birliği, toplumun temel unsurunu oluşturur. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 16. maddesinin 3. paragrafına göre "Aile, cemiyetin tabii ve temel unsurudur, cemiyet ve devlet tarafından korunmak hakkını haizdir⁷." Arnavutluk Cumhuriyeti'nin pozitif iç hukukunda, aile kavramı konusunda herhangi bir tanımlama yapılmamasına rağmen, ailenin unsurları ve devletin aile müessesesine sağlaması gereken koruma konusunda bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Dar anlamda yapılan genel bir açıklamaya göre aile kurumunun kaynağı evliliktir. Bu bağlamda aile içindeki bağlar, eşler arasında yapılan evlilik gibi hukukî bir bağdan kaynaklanabileceği gibi, çocuk ve ebeveyn ilişkisinde olduğu gibi soy bağından

⁷ 01.09.2006 tarihli ve 2004/32 sayılı, Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 2. maddesinin 2. paragrafında da benzer bir tanım yer almaktadır. Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu için bkz: <https://gzk.rks-gov.net/ActDetail.aspx?ActID=2410>.

da kaynaklanabilmektedir⁸. Dolayısıyla aile kurumunun evlilik ve kan bağlarından oluştuğu ileri sürülmektedir⁹. Evlilik kavramı hukuk düzenlerinde yer alış biçimi bakımından değerlendirildiğinde, birçok devletin iç hukukunda kavrama ilişkin tanıma yer verilmediği, sadece ilgili unsurlar ve devletin sunduğu koruma konusunda hukukî düzenlemeler yapıldığı tespit edilmektedir¹⁰. Doktrinde birçok yazar tarafından evliliğe ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmıştır¹¹. Yazarların çoğu, evlilik tanımını, evliliğin varlığı için gerekli olan şartlara dayandırarak formüle etmeye çalışmıştır. Bu kapsamda bir örnek getirmek gerekirse, yapılan tanımlamalardan biri şu şekildedir: “*Evlilik, bir*

⁸ **Mandro, Arta:** E Drejta Familjare (Aile Hukuku), Tiran, 2009, s.19.

⁹ Aile kavramı konusunda getirilen bir diğer tanım şu şekildedir: “*Aile, kişilerin evlilik, evlilik dışı veya hısımlık ilişkileri üzerine kurulan bir müessesedir; bu şekilde kurulan bir ailenin fertleri, ihlal edilmesi halinde yasal yaptırımların sözü konusu olabileceği hak ve yükümlüklere sahiptir*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Podvorica, Hamdi:** E Drejta Familjare (Aile Hukuku), Priştine 2006, s. 30.

¹⁰ 21.10.1998 tarihli ve 8417 sayılı Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasası’nın 53. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*1. Herkes evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir. 2. Evlilik ve aile, özel kanunlarla korumaya alınan müesseselerdir. 3. Evlilik ilişkisinin kurulması ve sona ermesi, kanunla düzenlenir*”. Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasası için bkz: <https://klp.al/wp-content/uploads/2020/02/Kushtetuta-2017.pdf>.

¹¹ **Aliu, Abdullah/Gashi Haxhi:** E Drejta Familjare, (Aile Hukuku), Prishtinë, 2007, s. 87. **Aliu/Gashi,** evlilik ile ilgili şu tanımlamayı getirmektedir: “*Eşlerin hür iradelerine, aralarındaki eşitliğe ve ayrımcılık yapılmamasına dayanarak, bir erkeğin bir kadınla birlikte yaşamak ve aile kurmak amacıyla kurduğu birliktelik olan evlilik, kanuna uygun olarak yetkili makamların önünde kurulur, kaydedilir ve sona erer*”.

erkek ve bir kadının hür iradeleri ile hayatlarının sonuna kadar birleşmeleridir”.

Evlenme hakkı, temel insan haklarından biri olarak uluslararası düzeyde bir korumaya tâbidir. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin 12. maddesine göre “Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”. Ulusal yasalar geçerli bir evliliğin kurulabilmesi için gerekli olan şartları, evliliğin kurulma şeklini ve evliliği engelleyici sebepleri açık bir şekilde düzenler. Dolayısıyla bir evliliğin hukuken geçerli sayılabilmesi için, kanunda öngörülen şartlara uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Evliliğin kurulmasıyla birlikte, eşlerin evlilikten kaynaklanan hak ve yükümlülükleri de doğmaktadır.

Evlilik, eşlerin sevinç ve kederlerini, iyi ve kötü günlerini paylaştıkları bir bağ olmakla birlikte evlilik bağının hayat boyu sürmediği durumlar da meydana gelmektedir. Bazı evlilikler beklendiği gibi mutlu olmak yerine sorunlu bir hal alarak asıl amacını yitirmektedir. Bu durumda evlilik işlevini kaybetmiş olmakta ve devam ettirilmesi hem eşler hem de çocuklar açısından mantıksız bir hal almaktadır. Dolayısıyla eşler, hukuka uygun olarak evliliğe son verme yoluna gidebilmektedir¹².

Bilindiği üzere, evliliğin sona erme biçimlerinden biri boşanmadır. Bununla birlikte evliliği sona erdiren başka biçimler de mevcuttur. Çalışmanın devamında evliliğin sona erme biçimleri ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir.

¹² **Ruhi, Ahmet Cemal:** Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2004, s.17.

II. Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi

Evliliğin sona ermesi¹³ evliliğin taraflarından birinin ya da her ikisinin iradelerinden kaynaklanabileceği gibi, eşlerin iradesi dışında da meydana gelebilecek bir durumdur. Evliliğin eşlerin iradeleri dışında sona ermesi, genellikle eşlerden birinin ölümü veya ölüm karinesinden ötürü meydana gelir. Evlilik ayrıca, eşlerin iradeleriyle de sona erebilir, zira nihayetinde, evliliğin kurulmasında da esas olan eşlerin hür iradeleridir¹⁴.

Türk Medeni Kanunu, geçerli bir evliliğin sona erme biçimlerini kendiliğinden ya da mahkeme kararıyla sona erme olarak öngörmektedir¹⁵.

Türk hukukunda evliliğin sona erme biçimleri şu şekilde sıralanabilir:

- Eşlerden birinin ölümü,
- Eşlerden birinin gaipliği,
- Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi¹⁶,

¹³ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu’nun 123. maddesine göre “*Evlilik, eşlerden birinin gerçek ölümü veya ölüm karinesi ile veya boşanma ile sona erer.*”

¹⁴ **Mandro**, s. 296.

¹⁵ **Ayan, Nurşen:** “*Terk Nedeniyle Boşanma*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15/1, Haziran 2007, s.1. Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu’nun 60. maddesinin 1. paragrafında evliliğin sona erme şekilleri düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre “*Evlilik, eşlerden birinin gerçek ölümü, ölüm karinesi, iptal ve boşanma ile sona erer.*”

¹⁶ Arnavutluk ve Kosova’nın ilgili mevzuatlarında, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi, evliliği sonlandıran zorunlu sebep olarak öngörülmemiştir. Bu konu doktrinde dahi tartışılmamıştır. Ancak her iki ülke mevzuatında geçerli bir evliliğin

- Evliliğin yokluğu,
- Evliliğin geçersizliği,
- Boşanma¹⁷.

A. Eşlerden Birinin Ölümü

Eşlerden birinin ölümü evliliğin devamını imkânsız hale getirmektedir. Bu durumda evlilik kendiliğinden sona ermektedir. Ölüm, hukukî bir olgu olarak, gerçek kişiliğin sona ermesi anlamına gelmektedir¹⁸.

Böylece, eşlerden birinin ölmesi var olan bir evliliği sona erdirmiş olur. Evliliğin bu şekilde sona ermesi kendiliğinden gerçekleşmiş olacağı için bu konuda herhangi bir mahkeme kararına gerek yoktur¹⁹. Eşlerden birinin ölmesi ile diğer eşin medeni hali değişmiş olacak, medeni hal evliden dula geçmiş olacaktır²⁰.

asıl şartlarından biri olarak evliliğin, bir kadın ve bir erkek arasında yapılması öngörülmüştür.

¹⁷ Boşanma hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Gençcan, Ömer Uğur:** Boşanma Hukuku, Yayınevi: Yetkin Yayınları, S.12, Ankara, 2023 [*Boşanma Hukuku*].

¹⁸ **Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. 2, B.13, İstanbul 2011, s. 195.

¹⁹ **Ardıç, Oğuzhan:** Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 298.

²⁰ **Öztan, Bilge:** Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Yetkin Yayıncılık, B.3, Ankara 2010, s. 457.

B. Eşlerden Birinin Gaipliği

Birçok devletin iç düzenlemelerine göre gerçek ölüm ve hukukî ölüm (ölüm karinesi) aynı sonuçları doğurmaktadır. Evlilik müessesesi bakımından da aynı durum söz konusudur, eşlerden birinin gerçek ölümü veya ölüm karinesi sebebiyle evlilik sona ermiş olmaktadır²¹. Bu durum birçok belirsizliğe de yol açmaktadır. Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'na göre, hakkında ölüm karinesi verilmiş bir eşin sonradan ölmediğinin ortaya çıkmasıyla ölüm karinesinden dolayı sona ermiş sayılan evlilik tekrar geçerliliğini kazanmış olur. Ancak diğer eşin başka bir evlilik yapmış olması durumu buna istisna teşkil etmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasına göre *“Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.”*

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, gaiplik, bir kimsenin ölümünün gerçekleştiği anlamına gelmemektedir, zira ölümün gerçekleştiğine dair kesin bir bilgi yoktur. Ancak böyle bir olasılığın kuvvetli olması halinde kişinin ölüm ihtimali de düşünülmektedir. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu, ölüm olasılığının kuvvetli olduğu durumlarda ölümün gerçekleşmiş olduğunu kabul etmektedir²².

²¹ **Mandro** s.301.

²² **Akıntürk/Ateş Karaman:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, s.196.

Bu durum Yargıtay'ın bir kararında da şu şekilde ifade edilmektedir: “Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaiplik kararı verilebilir.”²³

Gaiplik kararı için kanunda öngörülen şartların mevcut olması halinde, ilgili kişi hakkında gaiplik kararı alınabilmektedir²⁴. Ancak gaiplik kararının verilmesiyle evlilik birliği kendiliğinden sona ermiş olmamaktadır (TMK m. 131 f.I) ²⁵. Bu açıdan değerlendirildiğinde, gaipliğin evlilik üzerindeki etkisi ölüm karinesinden farklı

²³ Y2HD, 21.02.2005, E.2004/16839, K.2005/2334 (www.kazanci.com), (15.04.2018).

²⁴ 12.01.2009 tarihli ve 03/L-007 sayılı Kosova Cumhuriyeti, Çekişmesiz Yargı Usulü Kanunu'nun 59. maddesine göre eşlerden birinin mahkeme kararıyla gaip ilan edilmesi, aşağıdaki durumlarda mümkün olur: “1. İlgili kişiden son beş yılda hiçbir haber alınamaması ve bu kişinin 70 yaşını doldurmuş olması, 2. İlgili kişiden son beş yılda hiçbir haber alınamaması ve muhtemelen ölmüş olduğuna inanılması, 3. İlgili kişinin, doğal bir afette veya hayati tehlikenin söz konusu olduğu bir kazada ölmüş olabileceğine inanılması (gemi batması, sel, deprem, otomobil kazası ve bunun gibi durumlar) ve ilgili tehlikeli durumun ortadan kalkmasından sonra 6 ay geçmiş olmasına rağmen, o kişiden haber alınamaması, 4. İlgili kişinin savaş sırasında veya savaş şartlarında kaybolması ve savaşın bitiminden başlayarak bir yıl boyunca kendisinden haber alınamaması”. Daha fazla bilgi için bkz. **Aliu/Gashi**, s.148; **Podvorica, Hamdi** s.112.

²⁵ **Öztan**, *Temel Kavramları*, s. 457; **Göktürk, Ülkü**: Evlenmenin İptali, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s.19.

olmaktadır²⁶. Bu durumda, kaybolanın eşi ya gaiplik kararının verilmesiyle birlikte ya da karar sonrası açacağı ayrı bir dava ile evliliğin feshi için talepte bulunabilir (TMK m. 131 f.II) ²⁷. Gaiplik kararı verilmeden önce kaybolanın eşinin ikinci bir evlilik yapması halinde, ikinci evlilik geçersiz olacaktır²⁸.

C. Eşlerden Birinin Cinsiyet Değiştirmesi²⁹

Türk Medeni Kanunu'nda cinsiyet değişikliği 40. maddede düzenlenmiş ve cinsiyetin değiştirilebilmesi için birtakım şartlar öngörülmüştür. Buna göre, istem sahibi kişi on sekiz yaşını doldurmuş ve evli olmayan bir kişi olmalı ve mahkemeye şahsen başvurarak izin almalıdır. Ayrıca, kişi transseksüel yapıda olmalı ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemelidir. Bu durumu

²⁶ **Ardıç**, s. 300.

²⁷ **Baygın, Cem**: “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun’un Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, (Prof. Dr. Ünal TEKİNALP’a Armağan), İstanbul 2003, s. 441.

²⁸ **Öztaş**, Bilge: “Aile Hukuku”, B.5, Turan Kitapevi, Ankara, 2004, s.230; **Berki, Şakir**: Medeni Hukuk Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1961, s. 171.

²⁹ Daha fazla bilgi için bkz. **Sert, Selin**: “Türk Medeni Hukuku’nda Cinsiyet Değiştirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2015, Sayı 118, s. 255-270.

vurgulayan bir kararında Yargıtay³⁰ “Cinsiyet değişikliği davalarında istem sahibinin 18 yaşını doldurmuş olması ve karardan önce ameliyatın gerçekleştiğinin resmi kurul raporuyla doğrulanması gerekir” hükmüne yer vermiştir.

Kanunun ilgili maddesinden anlaşılacağı üzere, cinsiyet değişikliği izni bekar kişilere tanınmış ve evli kişiler kapsam dışı bırakılmıştır. Oysa eski yasada evliler de bu kapsamda tutulmuş ve cinsiyet değişikliği kararının kesinleşmesiyle evliliğin kendiliğinden sona ereceği öngörülmüştür³¹.

Mevcut bir evlilik bağı içindeki taraflardan birinin yasa dışı yollarla cinsiyetini değiştirmesi durumunda, aynı cinsten iki kişi arasında bulunan bir evlilik ilişkisi haline gelecek olan mevcut evliliğin hem kamu düzeni açısından hem de Türk toplumunun genel ahlak anlayışı açısından aykırılık teşkil edecek olması nedeniyle, ölüm halinin sonuçlarına benzer şekilde, cinsiyet değişikliğinin gerçekleştiği anda kendiliğinden sona ereceği değerlendirmesini yapmak makul görünmektedir³².

³⁰ Y2HD, 06.10.2003, E.2003/118989, K.2003/12737(www.kazanci.com 11.11.2018).

³¹ **Şıpka, Şükran:** “Yeni Medeni Kanun’a Göre Cinsiyet Değişikliğinin Evliliğe Etkisi”, (Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY’a Armağan), İstanbul 2004, s. 666.

³² **Akıntürk/Ateş Karaman,** s.201.

D. Evlenmenin Yokluğu

Evlenmenin yokluğu kavramı doktrinden doğmuş bir kavram olup Türk Medeni Kanunu'nda ele alınmamıştır³³. Yok hükmünde olan bir evlenmenin herhangi bir sonuç doğurması mümkün değildir. Bu durumda, mahkeme tarafından butlan (geçersizlik) kararının verilmesine bile gerek yoktur³⁴. Ancak yok hükmünde olması gereken bir evlilik için evlenme siciline veya nüfus siciline kayıt yapılmışsa, evlenmenin yokluğu iddiası ve sicil kaydının düzeltilmesi talebiyle mahkemeye başvurulabilir³⁵. Evlenmenin yokluğu iddiasında bulunma yetkisi ilgili olan her kişiye tanınmıştır³⁶. Kanun, evliliğin mutlak butlana veya nispi butlana uğrayacağı halleri ise net bir şekilde belirtilmiştir.

Evlenmenin yokluğu sonucunu doğuran hallere devam eden bölümde yer verilmiştir.

1. Evlenmenin Ayrı Cinsten İki Kişi Arasında Yapılmamış Olması

Evlenme, tam ve sürekli ortak bir hayat kurmak amacıyla aynı cinsten olmayan iki kişinin, kanunda belirlenen şart ve usuller çerçevesinde birleşmeleridir. Diğer bir

³³ **Savaş, Abdurrahman:** “İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukuku’nda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.90.

³⁴ **Göktürk,** Hüseyin Avni: “Medeni Hukuk II, Aile Hukuku”, Ankara 1943, s.34.

³⁵ **Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya:** Medeni Hukuk, Arıkan Yayınları, B.1, İstanbul 2007, s.210.

³⁶ **Öztan,** Aile Hukuku, s. 320.

ifadeyle, evlenecek kişilerin farklı cinsiyetlere sahip olmaları gerekmektedir³⁷. Dolayısıyla, Türk Hukuku evliliğin gerçekleşmesi için eşlerin farklı cinsiyetlerde olmasını koşul olarak belirlediğinden, aynı cinsten iki kişi kanunun öngörmüş olduğu diğer bütün şartları yerine getirmiş olsalar, hatta yetkili memur önünde nikah kıymış olsalar dahi yasal bir evlilik doğmuş olmayacaktır. İki erkeğin ya da iki kadının birbiriyle evlenmesinden söz etmek hukuken mümkün değildir³⁸.

2. Evliliğin Yetkili Memur Önünde Yapılmaması

Türk Medeni Kanunu, geçerli bir evliliğin kurulmasının şartlarından biri olarak evlilik akdinin yetkili memur huzurunda yapılmasını öngörmüştür. Başka bir ifadeyle, eşlerin evlenme iradelerinin evlendirmeye yetkili olmayan birinin önünde açıklanmış olması halinde bir evlilik birliğinin doğmuş olmasından hukuken bahsedilemez³⁹.

Bu durum Yargıtay'ın⁴⁰ *“Evlenme, tarafların yetkili memur huzurunda karşılıklı olarak evlenme istek ve iradelerini uygun biçimde açıklamaları ile meydana gelir”* ifadelerini kullandığı bir kararında da vurgulanmıştır.

³⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 204.

³⁸ Zevkliler, Aydın/Acabey, Mehmet Beşir/Gökkaya, K. Emre: Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, B.6, Ankara 2000, s. 834.

³⁹ Akkurt, Sinan Sami: *“Türk Medeni Hukuku’nda Evlenmenin Butlanı”*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 48.

⁴⁰ Y2HD, 20.01.1986, E.1986/19662, K.1986/10198 (YKD, C. 13, S.7, 1987, s. 998).

3. Taraflardan Herhangi Birinin Evlenme İradesini Açıklamamış Olması

Geçerli bir evliliğin kurulmasının kanunda öngörülen bir diğer şartı, evlilik bağıyla bağlanacak kişilerin evlilik yönündeki istek ve iradelerini şahsen beyan etmeleridir. Bir başka deyişle, eş adaylarının her ikisinin de yetkili memur önünde birbirleri ile evlenmeyi kabul ettiklerini açık bir şekilde ve olumlu cevaplarla belirtmeleri gerekmektedir⁴¹.

E. Evlenmenin Butlanı⁴²

Ulusal kanunların öngörmüş olduğu kriterleri yerine getiren bir erkek ve bir kadın arasında, kanunların öngördüğü şekilde gerçekleştirilen bir evlilik hukuken geçerli bir evlilik sayılacaktır. Aksi takdirde, evlilik hukuken geçerli olamayacaktır⁴³.

Evlenmenin hukuken geçerli olabilmesi için uyulması gereken şartların eksikliği, her zaman yokluk (mutlak butlan) sonucunu doğurmaz. Bazı gerekli şartların eksikliği halinde, bir takım hukukî sonuçlar doğurabilecek (nispeten geçersiz) evlenmeler kurulabilir⁴⁴. Bu durumlarda belirleyici olan ilgili şartın niteliğidir. Dolayısıyla şartın

⁴¹ **Savaş, s. 101.**

⁴² Profesör Mandro'ya göre, hukuk öğrencileri ve diğer bütün hukukçular açısından evlenmenin butlanının tespiti, özellikle yabancılık unsuru barındıran evliliklerde daha önemli ve daha gerekli olmaktadır.

⁴³ **Mandro, s.154.**

⁴⁴ **Savaş, s. 101.**

niteliği bazı durumlarda evliliğin kurulması aşamasında değil ancak evliliğin geçerliliği bakımından sonradan engel teşkil edebilir⁴⁵.

Evlenmenin geçersizliğinden (butlanından) bahsedebilebilmesi, evlilik bağının kurulduğu esnada bir noksanlığın bulunması ve bu noksanlığın farkına varılarak veya varılmayarak evlenmenin yapılmış olmasını gerektirir⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, bu tür durumlarda evlenme sözleşmesinin bütün asli kurucu unsurları mevcuttur ve eşler arasında evlilik ilişkisi doğmuştur ancak bu unsurlardaki bazı eksiklikler sebebi ile butlan söz konusu olabilmektedir. Bahsi geçen eksiklikler, kanunun tarafların hukukî ve fiil ehliyetleri ya da iradelerinde aradığı niteliklerle ilgili olabilmektedir⁴⁷. Bu gibi durumlarda usul açısından geçerli, ancak esas bakımından sakat bir evlilikten bahsedilmektedir⁴⁸.

Türk Medeni Kanunu’nun 156. maddesi “*Batıl bir evlilik ancak hâkim kararıyla sona erer. Mutlak butlan halinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur*” hükmüne yer vermektedir. Böylece batıl da olsa bir evliliğin sona ermesi yönünde hâkim kararı verilene değin geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir⁴⁹.

⁴⁵ **Zevkliler/Acabey/Gökkaya**, s.326.

⁴⁶ **Öztan**, *Temel Kavramları*, s. 457 vd; **Taşbaş, Mustafa Başar**: “Evlenmenin Şartları”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010, s. 109.

⁴⁷ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s.208.

⁴⁸ **Kaynar, Reşit**: Medeni Hukuk Dersleri, İticia Nihad Sayar-Yayın ve Yardım Vakfı, İstanbul 1978, s.119.

⁴⁹ **Zapata, Tan Tahsin**: Medeni Hukuk, Savaş Yayınevi, B.3, Ankara 2006, s. 138.

Türk Medeni Kanunu, evliliğin butlanını mutlak butlan ve nispi butlan olarak iki şekilde düzenlemiştir. Bunlardan birincisinde kamu yararı ve kamu düzeni gözetildiğinden sakatlanmış olan evliliğin devam etmemesi, ikincisinde ise özel yarar gözetildiği için sakatlanmış evliliğin devam etmemesi öngörülmektedir.

Evlilik kurumunun taşıdığı büyük önem dolayısıyla geçersiz kılınabileceği durumlar kanunda düzenlenmiştir (bu durumda *nula nullitas sine lege - kanun yoksa geçersizlik de yoktur* ilkesi söz konusu olmaktadır)⁵⁰. Dolayısıyla, evlilikler ancak kanunda öngörülen geçersizlik sebeplerine dayandırılarak geçersiz sayılabilecektir.

Arnavutluk Cumhuriyeti'nin Aile Kanunu'nda evliliğin geçersizliğini düzenleyen ve 33-49. maddeleri kapsayan bir bölüm⁵¹ yer almaktadır. Bahsi geçen düzenlemeler kapsamında evliliklerin geçersizlik halinin mutlak veya nisbi olup olmadığının tespiti şu göstergelere göre değerlendirilmektedir:

- İhlal edilmiş hükmün belirlenmesi,
- Harekete geçme hakkının sahibinin belirlenmesi,
- İleri sürülecek iddiaların kapsamı ve sınırları,
- Her halükârda meydana gelebilecek sonuçlar.

Öncelikle, kamu çıkarlarının korunmasına yönelik olan ilkelere aykırılık teşkil eden bir evlilik söz konusunu olduğunda, mutlak butlanla geçersiz sayılmaktadır. Eş niteliğini kazanacak kişilerin (evlilik taraflarının) çıkarlarına aykırılık teşkil eden bir evlilik söz konusu olduğunda ise nisbi butlan hükümleri devreye girmektedir. Ancak eşler, nispi butlanla geçersiz sayılabilecek bir evliliği, kendi hür iradeleri ile kabul ederek evliliğe geçerlilik kazandırabilmektedir. Arnavutluk Cumhuriyeti'nin iç hukuk

⁵⁰ **Podvorica**, s.114.

⁵¹ Daha fazla bilgi için bkz. Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 2. Kısmı, I. Başlık, III. Bölüm.

düzenlemelerine göre, bir evlilik hakkında nisbi butlan sebebi ile geçersizlik davası açma hakkı zamanaşımına tabi olup nisbi butlan sebeplerinin öğrenilmesinden itibaren altı ay sonra ve her halükârda evlilik tarihinden üç yıl sonra zaman aşımına uğramış olmaktadır. Mutlak butlan söz konusu olduğunda ise dava hakkı konusunda herhangi bir süre sınırlaması (zaman aşımı) öngörülmemiştir. Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nda, evlilik hakkında nisbi butlan sebebi ile geçersizlik davası açma hakkının sadece eşlere ait olduğu; mutlak butlan sebebi ile geçersizlik davası açma hakkının ise eşlerin yanı sıra, savcılığa ve doğrudan yasal bir çıkarı söz konusu olan kişilere ait olduğu belirtilmektedir. Mutlak butlan sebebi ile geçersizlik davaları, boşanma ile sona ermiş eski evlilikler için de açılabilir⁵².

Mutlak butlanla geçersiz kılınan bir evlilik hiçbir hüküm doğurmaz, nisbi butlanla geçersiz kılınan bir evlilik ise sona erdiği ana kadar hüküm doğurmuş olur⁵³.

Türk mevzuatına göre, evliliğin mutlak butlanla geçersizliğine sebebiyet veren durumlar şu şekilde belirlenmiştir⁵⁴:

- Mevcut bir evlilik,
- Ayrıt etme gücünden sürekli yoksunluk,
- Evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı,

⁵² Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 45. maddesi.

⁵³ **Mandro**, s.164

⁵⁴ Doktrin tarafından da desteklenen Kosova Aile Kanunu'nun 62-67. maddelerindeki yaklaşıma göre, evliliğin mutlak butlanını gerektiren sebepler şunlardır: 1. Mevcut geçerli bir evlilik, 2. Fiil ehliyetinin yokluğu, 3. Eşlerin farklı cinsiyetlere sahip olmaması, 4. Yakın hısımlık (kan, dünürlük veya evlatlık bağı), 5. Eşlerden en az birinin 16 yaşından küçük olması, 6. Kanunda öngörülen evlilik prosedürünün uygulanmaması. Daha fazla bilgi için bkz. **Aliu/Gashi**, s.151; **Podvorica**, s.114.

F. Yasak derecede hısımlık⁵⁵. Nispi butlanın şartları

Türk hukukuna göre nispi butlan nedenleri şunlardır⁵⁶:

1. Ayırt etme gücünden geçici yoksunluk,
2. İrade bozukluğu halleri,
 - a) Yanılma
 - b) Aldatma
 - c) Korkutma
3. Yasal temsilcinin izninin bulunmaması.

⁵⁵ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 40. maddesinin 2. paragrafında şöyle bir düzenleme yer almaktadır: “*Mahkeme, önemli sebeplerin söz konusu olduğu kanaatine varırsa, kardeş çocukları arasında yapılan bir evliliğin geçersizliğini ilan etmez.*”

⁵⁶ Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'nda, evlilikte nisbi butlan sebepleri spesifik bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak kanunun genel anlamından ve bazı hükümlerinin hukuki sonuçlarından yola çıkarak, evliliğin nisbi butlanını gerektiren sebepler şu şekilde tespit edilebilir: a. Evlilik yapma iradesini sakatlayan haller (şiddet, tehdit, hile ve hata), b. Eşlerden en az birinin 18 yaşından küçük olması, c. Fiil ehliyetinin yokluğu. Daha fazla bilgi için bakınız: **Aliu/Gashi**, s.155.

III. Boşanma

A. Genel Olarak

Evliliğin boşanma süreci ile sona ermesi eşlerden birinin ya da her ikisinin iradelerine dayanmaktadır. Böyle bir süreç ancak yargı yolu ile gerçekleşebilmektedir⁵⁷.

Boşanma öteden beri bütün toplumları oldukça yakından ilgilendiren hukukî konulardan biridir. Zira boşanma, görünürde ancak ilgili özel kişileri ilgilendiren bir konu gibi görünmekle birlikte, daha geniş bir perspektiften bakıldığında bütün toplumu ilgilendiren bir olay olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü aile, toplumun temeli olarak görülmektedir. Diğer taraftan, aile kendi içinde de küçük bir toplum olarak görülmektedir⁵⁸.

B. Türk Hukukunda Boşanma Kavramı

Evlilik sözleşmesinin kurulmasıyla eşlerin her ikisi de bu sözleşmenin yükümlülükleriyle bağlı hale gelir. Evliliğin yükümlülüklerinin eşlerden biri (ya da her ikisi) tarafından yerine getirilmediği hallerde diğer eş, ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmesi veya evliğin sona erdirilmesi için mahkemeye başvuruda bulunabilir. Evliliği sona erdiren çeşitli yollar bulunmakta olup bu yollardan biri de boşanmadır⁵⁹.

⁵⁷ **Mandro**, s. 301.

⁵⁸ **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**: Türk Medenî Hukuku Cilt II-Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, B.5, İstanbul 1965, s.161.

⁵⁹ **Bulut, Harun**: Aile Hukuku'nda Boşanma Davaları, Beta Basım Yayınevi, İstanbul 2007, s.3.

Boşanma, eşler hayattayken kanunda öngörölmüş olan sebeplerden birine dayanarak açılan bir dava sonucunda evliliğe mahkeme kararı ile son verilmesidir⁶⁰.

Boşanma⁶¹, evliliğin mahkeme kararı ile ortadan kaldırıldığı durumlardan biri olarak da bilinmektedir⁶². Başka bir ifadeyle boşanma, eşlerin kanunda belirtilen sebeplerden birine dayanarak mahkemeye başvurusu ve hakim kararıyla evliliğin sona ermesi halidir⁶³.

C. Boşanmanın Tarihçesi

1. Genel Olarak

Devletlerin boşanma olgusuna karşı yaklaşımları zaman içinde değişim göstermiştir. Bu değişim sürecinde toplumlar, kendi sosyolojik ve dini özellikleri

⁶⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 235; Serin Of, Emine: “Boşanmanın Mali Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 5.

⁶¹ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu’nda “*boşanma*” kavramı yerine “*evliliğin sona ermesi*” kavramı kullanılmaktadır.

⁶² Ceylan, Ebru: “*Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuku Sonuçları*”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 7 [*Boşanmanın Hukuku Sonuçları*].

⁶³ Demir, Sevgi: Aile Hukuku, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, s.39; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper: Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku, C. 3, Filiz Kitabevi, B.3, İstanbul 2010, s.100.

çerçevesinde boşanmanın şekli⁶⁴, nedenleri ve sonuçlarıyla ilgili birçok ilke benimseyip geliştirmiştir⁶⁵. Kimi devletler nezdinde boşanmanın yalnızca evliliğin taraflarını alakadar ettiği yönünde bir değerlendirme yapıldığı, boşanmanın hukuk çerçevesi içinde düzenlenmediği ve resmi makamların boşanma süreçleri dışında tutulduğu görülmüştür⁶⁶. Eski Yunan hukukunda, boşanma imkânı konusunda cinsiyet ayrımı yapılmamış ve bu imkân her iki cinse de tanınmıştır. Ancak koca için bu daha kolay bir süreç olarak düzenlenmiştir. Koca istediği zaman tanıklar önünde karısını boşadığını ifade ederek evliliğini sona erdirebilme imkânına sahiptir. Böyle bir durumda kocanın tek yükümlüğü eşine ait malları geri vermektir. Kocaya tanınan hakkın sınırı eşini bir başka erkeğe teslim ve terk etme noktasına varmaktadır⁶⁷.

Roma Hukuku'nda ise günümüze uygulmaya benzer şekilde, boşanmadan söz edilebilmesi için taraflar arasında kurulmuş, geçerli bir evliliğin mevcut olması koşulu bulunmaktaydı⁶⁸. Antik Roma'da evlilik, çözülmesi mümkün olmayan bir bağ gibi görülmekteydi. Ancak zaman içinde boşanma kurumuna yönelik bazı düzenlemeler

⁶⁴ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Huysal, Burak/Süzen, Begüm:** “*Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Boşanmaların Şekli*”, Public and Private International Law Bulletin, 2020, s. 1199–1222.

⁶⁵ **Kandil, Seher:** Türk Hukuku'nda Terk Sebebiyle Boşanma, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.19.

⁶⁶ **Cin, Halil:** Eski Hukukumuzda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Yayınları, B.2, Konya 1988, s.15.

⁶⁷ **Yalçınkaya, Namık/Kaleli, Şakir:** Boşanma Hukuku, Türk Hava Kurumu Basımevi, 1. C, İstanbul 1987, s.53.

⁶⁸ **Gönenç, Fulya İlçin:** “*Roma Hukuku'nda Boşanma (Divortium)*”, Atatürk Üniversitesi, AÜEHFD, Yıl 2003, Cilt VII, Sayı 1-2, s.646.

yapılmıştır. Söz konusu düzenlemelere göre, bir yargıcın müdahalesi olmadan bile salt eşlerin rızasıyla evlilik birliğinin sonra erdirilmesi mümkün olduğu gibi (divortium bona gratis), eşlerden sadece birbirinin talebi ile de evlilik birliğinin sona erebileceği prensibi kabul edilmiştir⁶⁹. Roma hukukunda, boşanmanın cezai şarta bağlanması da söz konusu değildir⁷⁰. Bu hukukta ilke olarak, evliliğin sona erme sürecinin hiçbir aşamasında devletin bir etkinliği bulunmamakta ve boşanmaya ilişkin herhangi bir yasal düzenlenmeye de yer verilmemektedir. Dolayısıyla boşanma için bir yargıç kararına gerek yoktur⁷¹.

Antik Yahudi kanunlarında ise boşanma konusunda erkek lehine hükümler düzenlenmiştir. Buna göre, erkek sebep göstermeksizin eşini tek taraflı irade beyanı ile boşayabilmektedir⁷².

Cermen Hukuku incelendiğinde, eşlerin boşanabilmesi için önce eşlerin akrabaları arasında bir sözleşmenin yapılması, daha sonra da karı-koca arasında ikinci bir sözleşmenin yapılması koşulu bulunmaktaydı⁷³. Eski Alman Hukuku'nda kural olarak, tek taraflı irade beyanı ile kocanın karısından boşamasına izin verilmemekle birlikte bazı

⁶⁹ **Akgün, Zerrin:** Boşanma Hukuku, Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul 1949, s.12.

⁷⁰ **Ayiter, Kudret:** Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1960, s.15; **Tutumlu, Mehmet Akif:** Boşanma Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, C.1, B.2, Ankara 2009. s. 30 [Boşanma].

⁷¹ **Aras, Bahattin:** “Roma Hukuku’nda Evlenme ve Boşanma”, SÜHFD, C. 18, S.2, Konya 2010, s. 217.

⁷² **Tutumlu, Boşanma,** s.31.

⁷³ **Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit:** Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1956, s.84.

hallerde buna imkan tanınmış⁷⁴, kocaya münhasır bazı durumlarda evliliği tek taraflı iradesiyle sonra erdirebilme hakkı verilmiştir⁷⁵.

Fransız Devrimi ile kadın lehine bir düzenlemenin gerçekleştiği ve kocanın kötü davranışlarda bulunması halinde kadına kocasını terk etme hakkı tanındığı⁷⁶ görülmektedir.

Arnavutluk'ta örf ve adet kuralları kapsamında yer verilen boşanmanın gerçekleşebilme halleri şu şekilde belirlenmiştir: Eşler arasında sadakat ilkesine aykırılık (zina), (aile içinde ya da dışında gerçekleşen) hırsızlık suçu, bekaretin yokluğu, eşlerin kısrılığı⁷⁷.

2. İslam Hukuku'nda Boşanma⁷⁸

İslam Hukuku'nda boşanma, istenmeyen bir durum olarak yorumlanmaktadır. İslam Peygamberi Hz. Muhammed'in hadisine göre boşanma, dinen izin verilmiş bir

⁷⁴ **Gürsoy, Kemal Tahir:** “*Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. 2, Ankara 1977, s.1.

⁷⁵ **Bilge, Galip:** Boşanma ve Ayrılık, Sümer Matbaası, Kayseri 1947, s. 9; **Gürsoy,** s.1.

⁷⁶ **Oğuzoğlu,** s. 84.

⁷⁷ **Podvorica,** s.118.

⁷⁸ Daha fazla bilgi için bkz. **Berki, Şakir:** Boşanma ve Ayrılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.32, S.1, s. 135-154 [*Boşanma ve Ayrılık*]; **Öztan, Temel Kavramları,** s. 457; **Yılmaz, İbrahim:** Yetki ve Sistem Açısından İslâm Hukukunda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

durum olmakla birlikte Allah tarafından en sevilmeyen olaydır. Buradan hareketle, boşanmanın İslam Hukuku'nda mümkün olduğu ancak gerçekleşmesi için geçerli görülecek sebeplerin varlığının arandığı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, boşanma kolayca, sebepsizce ve mantıksızca yapılabilecek bir işlem değildir. Boşanmanın hem koca hem de karı tarafından gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

3. Katolik Hukuku'nda Boşanma

Orta Çağ'da Avrupa'da hâkim olan Hristiyanlık, boşanmayı kesin bir şekilde yasaklamaktaydı. Katolik Kilisesi'nin konuya yaklaşımı, büyük bir günah olarak kabul

Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006; **Karataş, Fatih:** İslam Hukuku Açısından İddet ve Boşanmış Kadının Evliliği, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş, 2010; **Korkut, Halime:** İslam Aile Hukuku'nda Boşama ve Boşama İradesinin Kullanım Şekilleri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2010; **Yüksek, Ali:** İslam Aile Hukuku'nda Boşanma Çeşitleri ve Üç Talak, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2011; **Doğramacı, Fatma:** İslam Hukuku'nda Boşamada Şahit Bulundurma Zorunluluğu, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2013; **Açık, Fatma:** İslam Aile Hukuku'nda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâmi Bilimler Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2006.

edilen cinsel ilişkinin papaz huzurunda gerçekleştirilen evlilik töreni yoluyla meşrulaştırılması şeklindedir⁷⁹. Katolik Kilisesi'nin, aile ilişkileri üzerindeki etkisinin büyüklüğü nedeniyle Avrupa'nın birçok ülkesinde boşanma yasak bir işlem olarak kabul edilmiş ve bu yasağın kaldırılması uzun zaman almıştır. Örneğin İtalya'da (1974), Fransa'da (1975), Almanya'da (1976), Portekiz'de (1975), İspanya'da (1981)⁸⁰ tarihlerinde boşanma yasağı kaldırılmıştır.

4. Türk Hukuku'nda Boşanmanın Tarihçesi

Türk Hukuku'nda boşanmanın tarihçesi, Cumhuriyet Öncesi Dönem ve Cumhuriyet Sonrası Dönem olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

a) Cumhuriyet Öncesi Dönem

Türk Hukuku'nda, tarih boyunca aileye her zaman büyük bir önem ve değer atfedilmiştir. Ancak her ne kadar evlilik sürekli bir yaşam ortaklığı olarak algılanmış olsa da boşanma kurumuna da yer verilmiş, boşanma yasaklanmamıştır. Boşanma, koca açısından daha kolay bir işlem olarak düzenlenmiş, koca için boşanma talebi herhangi bir sebebe bağlanmamıştır. Bunun yanı sıra, karşılıklı rızayla boşanma imkânı da eşlere

⁷⁹ **Belgesay, Mustafa Reşit:** *“Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziyei Muhkeme İtirazı”*, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın Ankara 1958, s. 253.

⁸⁰ **Podvorica,** s.117.

tanınan bir hak olarak düzenlenmiştir⁸¹. Kocanın zinası, kötü davranması veya iktidarsızlığı gibi belirli sebeplerin mevcudiyeti halinde boşanma hakkı kadına da tanınmıştır⁸².

Cumhuriyet öncesi Türk toplumunda boşanma hukuksal olarak izin verilen ve oldukça sık görülen bir uygulama olmakla birlikte, toplum tarafından hoş karşılanmayan bir olaydı⁸³.

Bu durum toplumun inançlarına bağlanabilecek bir durumdur. Bilindiği üzere, İslam dininin Türkler tarafından kabul edilmesiyle birlikte toplumsal yaşamın birçok alanı gibi evlilik kurumu da İslam etkisiyle düzenlenmiştir.

Nihayetinde Osmanlı Devleti, İslam Özel Hukuku'nu tamamıyla benimsemiştir. Aile hukukunda İslam etkisi nispeten daha belirgindir⁸⁴. Aile, miras ve eşya hukuku gibi alanların önemli bir bölümü Mecelle'de⁸⁵ düzenlenmemiş, sonraki süreçte aile hukuku

⁸¹ **Tutumlu, Mehmet Akif:** “Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, Adalet Yayınevi, B.2, Ankara 2006, s. 4 [Evliliğin Butlanı].

⁸² **Ceylan,** *Boşanmanın Hukuku Sonuçları*, s.15; **Cin,** s. 28.

⁸³ **Anıl, Yaşar Şahin:** Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Geçimsizlik, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 13.

⁸⁴ **Cin,** s.123.

⁸⁵ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye veya kısaca Mecelle, 1868-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir komisyon tarafından derlenen İslami Özel Hukuk kuralları kodeksidir.

başta olmak üzere bu alanlara yönelik bazı özel kanunlar çıkarılarak⁸⁶ düzenlemeler yapılmıştır.

8 Ekim 1971’de yürürlüğe giren Hukuk-i Aile Kararnamesi, 157 maddeden oluşmakta olup Osmanlı Devleti’nde aile hukuku alanını düzenleyen ilk hukukî metindir. Bu kararnamenin şeklen kanun sayılamayacağı halde, esas açısından, uygulanması ve uyulma zorunluluğu olması bakımından kanun niteliğinde olduğu söylenebilir. Bu kararnamede⁸⁷ Osmanlı’da yer alan farklı dini kesimlerin evlenme ve boşanmalarına ilişkin hükümlere farklı kategorilerde yer verilmiştir⁸⁸. Ancak boşanma düzenlemesinde dinin esas alınması prensibi ve kocaya tanınmış olan⁸⁹ talak yetkisi korunmuştur⁹⁰.

⁸⁶ **Dural, Mustafa:** “*Osmanlı Devleti’nden Zamanımıza Kadar Medeni Hukuk Alanındaki Batılulaşma Hareketleri*”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, İstanbul 2007, s. 25.

⁸⁷ **Ünal, Mehmet:** “*Medeni Kanun’un Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi*”, AÜHFD, C. 34, S. 1, Ankara 1977, s. 210.

⁸⁸ **Sağiroğlu, Mehmet Şerif:** Neden Boşandılar? (Yaşanmış Evlilikler, Gerçek Boşanmalar), Talent Yayınevi, İstanbul 2009, s.21.

⁸⁹ Kararnameye göre boşanma hakkı genel olarak kocaya aittir. Fakat belli durumların varlığı halinde karıya da, “Hıyar-i Tefrik” başlığı altında hakime başvurarak evlilik birliğine son verme hakkı tanınmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. **Kayabaş, Ebru:** Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi İtibariyle Aile Hukuku’nun Gelişimi-Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s. 79.

⁹⁰ **Tutumlu,** *Boşanma*, s. 32.

b) Cumhuriyet Sonrası Dönem

Cumhuriyet döneminin başlangıcında, 1923 ve 1924 yıllarında aile hukukunun düzenlenmesi amacıyla iki farklı komisyon tarafından tasarılar hazırlanmış ancak birbirinden çok farklı hükümler içeren bu tasarıların kanunlaştırılması mümkün olamamıştır. Bu alana yeknesak bir düzenlemenin getirilmesi 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nuyla mümkün olmuştur. Yürürlük tarihi 1926 olan ve İsviçre Medeni Kanunu'ndan esinlenilerek yapılmış olan bu Kanun, ilgili alanda İslam Hukukunun uygulamasına son vermiştir⁹¹.

Yürürlük tarihi 2002 olan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ise boşanmanın nedenleri ve sonuçlarına ilişkin yeni düzenlemeler getirmiştir⁹².

D. Boşanma Konusundaki Yaklaşımlar

Boşanma konusunda tarih boyunca birçok görüş ileri sürülmüştür. Boşanma konusundaki bu yaklaşımları şu şekilde kategorize etmek mümkündür: Boşanmaya yer vermeyen görüş, boşanmanın serbest olması gerektiğini savunan görüş ve boşanmanın sebebe ve hâkimin hükmüne dayandırılmasını savunan görüş⁹³.

⁹¹ **Sağiroğlu**, s. 22.

⁹² **Kaçak, Nazif**: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 22 [*Temelinden Sarsılması*].

⁹³ **Ceylan, Ebru**: “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, S.12, C. 1, İstanbul 2018, s. 315-334 [*Boşanma Sebepleri*]. Hukuk doktrinde boşanma konusunda 5 farklı sistem tespit edilmiştir. Buna göre: 1. Hukuk düzeninde

1. Boşanmaya Yer Vermeyen Görüş

Bu görüş, evliliğin hayat boyu süren bir bağ olarak değerlendirildiği ve boşanmanın kabul edilmediği toplumlarda görülmekte olup X. Yüzyıl'dan itibaren Katolik Kilisesince benimsenerek uzun bir zaman uygulanmıştır⁹⁴. Buna göre evlilik kutsal bir kurum olarak değerlendirilmekte ve sona ermesinin ancak ölümle mümkün olduğu düşünülmektedir⁹⁵.

Bununla birlikte, boşanmanın tamamen yasak olmasının bireysel ve toplumsal düzeyde olumsuzluklar yaratacağının göz önüne alınmasıyla Kilise, boşanma yerine ayrılık düzenlemesini benimsemiştir. Bu kapsamda, evlilik hayatının eşler için çekilmez hale gelmesi durumunda ayrılığa karar verileceği kabul edilmiştir⁹⁶.

Bu görüşün temel kaynağı Hristiyanların kutsal kitabı olan İncil'dir⁹⁷. Hristiyan yaklaşımına göre evlilik bağı Tanrı tarafından kurulan bir bağ olarak görülmekte ve bu

boşanma yasaklanmıştır, 2. Hukuk düzeninde boşanmaya izin verilmiştir, 3. Hukuk düzeninde boşanma bir yaptırım olarak kabul edilmiştir, 4. Hukuk düzeninde boşanma bir çözüm olarak kabul edilmiştir (böyle bir sistem, yasama reformunun yapılışına kadar Arnavutluk hukuk düzeninde de kabul edilmekteydi), 5. Hukuk düzeninde karma düzenlemelere yer verilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Podvorica**, s.118-120, **Aliu/Gashi**, s. 161-162.

⁹⁴ **Zevkliler/Acabey/Gökkaya**, s. 877.

⁹⁵ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 237; **Gençcan, Ömer Uğur**: Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010 s. 93 [*Boşanma Tazminat ve Nafaka*].

⁹⁶ **Cin**, s.16.

⁹⁷ **Gençcan**, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s. 94; **Tutumlu**, *Boşanma*, s.20.

bağın insan iradesiyle sonlandırılması kabul edilmeyip ancak ölümle çözülebilebileceği benimsenmiştir⁹⁸.

Bu görüş kapsamında, boşanma mümkün değildir. Yalnızca zina ve bunun gibi ağır sebeplerden ötürü ayrılığın mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Ayrılık, sürekli veya geçici bir süre için eşlerin aynı yatakta, masada ve konutta birlikte olmaması anlamına gelmekte (*seperatio quod thorum et mensam*) ve ancak hâkimin o yönde vereceği bir kararla mümkün olmaktadır⁹⁹.

Bu görüşü benimseyenler için evlilik bireysel bir tercih olarak değil, yeni nesillerin yetişmesini amaçlayan bir kurum olarak görüldüğünden, evlilik birliğinin esasının ölüme kadar sürdürülmesi olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle, bazı devletlerde ailenin korunması öne sürülerek boşanma güçleştirilmiştir. İspanya ve İtalya gibi bazı ülkeler bile boşanma yasağını uygulamıştır¹⁰⁰.

Boşanmaya yer vermeyen görüş, birçok açıdan eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden en önemlisi, boşanmanın mümkün olmadığı ve evliliğin ancak eşlerden birinin ölümü ile sona erdiği böylesi şartlarda, eşlerin birbirlerinden kurtulmak için yanlış şeyler yapmak zorunda kalabileceği riskidir.

⁹⁸ **Tandoğan**, s. 70.

⁹⁹ **Akıntürk, Turgut**: Türk Medenî Hukuku- Aile Hukuku, C. 2, İstanbul 2003, s.238
[*Aile Hukuku*].

¹⁰⁰ **Doğan, İzzet**: Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, B.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 52.

2. Boşanmanın Serbest Olması Gerektiğini Savunan Görüş

Boşanmanın serbest olması gerektiğini savunan görüş, yukarıda anlatılan görüşün tam tersini savunmaktadır. Bu görüş bireysel yaklaşımlara dayanmaktadır¹⁰¹. Diğer bir ifadeyle, bu görüş evliliğin kuruluşunun eşlerin karşılıklı iradelerine bağlı olması gibi, evliliğin sonlandırılmasının da tarafların serbest iradeleriyle olması gerektiğini savunmaktadır¹⁰². Bu şekilde eşler birbirleri ile anlaşarak ya da eşlerden birinin tek taraflı bir irade beyanıyla evlilik ilişkisine diledikleri zaman son verebilmektedir¹⁰³. Boşanmanın serbest olması gerektiğinin savunulduğu görüşün benimsendiği ülkelerde boşanmanın gerçekleşmesi eşlerin bu yöndeki iradeleri yanında hâkim kararını da gerektirmektedir¹⁰⁴.

3. Boşanmanın Sebebe ve Hâkimin Hükmüne Dayandırılmasını Savunan Görüş

Bu görüş, Protestan Kilisesi Hukuku'nun Katolik Kilisesi Hukuku'na bir karşı çıkışı olarak ortaya çıkmıştır. Bu görüş, boşanmaya yer vermeyen görüş ile boşanmanın serbest olması gerektiğini savunan görüş arasında konumlandırılabilir¹⁰⁵.

¹⁰¹ Velidedeoğlu, s.152.

¹⁰² Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s.214.

¹⁰³ Akıntürk/Ateş Karaman, s.237.

¹⁰⁴ Zevkliler/Acabey/Gökkaya, s. 878; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin/Doğanay, Ümit: Medeni Hukuk Dersleri, Fakülteler Matbaası, C. 1, İstanbul 1966, 262.

¹⁰⁵ Akıntürk, s. 239; Gençcan, Boşanma Tazminat ve Nafaka, s. 98.

Fransız İhtilali'nden itibaren, boşanma konusundaki yaklaşımın boşanmanın önemli nedenlerin varlığı durumunda mümkün ve uygun sayılacağı yönünde şekillendiği görülmektedir¹⁰⁶.

Bu görüş kapsamında evliliklerin boşanma yoluyla sona ermeleri mümkün kılınmaktadır. Ancak bunun kanunda belirtilmiş bir gerekçeye dayandırılması ve ayrıca mahkeme kararı ile gerçekleştirilmiş olması şartı bulunmaktadır¹⁰⁷. Birçok modern devlet tarafından benimsenen bu görüş¹⁰⁸, özünde belirli sebeplere dayanarak mahkeme kararıyla boşanma sisteminin yansımasıdır¹⁰⁹. Diğer bir ifadeyle, bu görüşü benimsemiş hukuk sistemlerinde boşanma, ancak kanunda öngörülmüş boşanma sebeplerinin birinin veya birkaçının gerçekleşmiş olması halinde söz konusu olmaktadır¹¹⁰.

4. Türk Hukuku'nun Benimsediği Görüş

Hem 743 sayılı önceki Türk Kanunu Medenisi'nde hem de yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda boşanmanın sebebe ve hâkimin hükmüne dayanması gerektiği görüşü kabul edilmiştir¹¹¹. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu boşanmanın yanı sıra ayrılık kurumuna da yer vermiştir¹¹².

¹⁰⁶ Feyzioğlu/Doğanay, s. 262.

¹⁰⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s.239.

¹⁰⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.879.

¹⁰⁹ Gençcan, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s.98.

¹¹⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 239.

¹¹¹ Kaçak, s. 25.

¹¹² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 239.

Bilindiği üzere evliliğin kendiliğinden sona erme yollarından biri eşlerden birinin ölümüdür. Bunun dışında evlilik boşanma ile de sona erebilmektedir. Bu durumda, boşanma kararının verilebilmesi için öncelikle ortada geçerli bir evliliğin bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, bir boşanma davasında karar verilebilmesinin önkoşulu dava konusu evliliğin hukuken geçerli olduğunun belirlenmesidir. Daha sonra, Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen boşanma nedenlerinden en az birinin gerçekleşmiş olduğunun tespit edilmesi gerekir. Kanunda boşanma nedeni olarak öngörülmeeyen bir nedene dayanarak hâkim tarafından boşanma kararının verilmesi mümkün olmamaktadır¹¹³.

Kosova Cumhuriyeti ve Arnavutluk Cumhuriyeti'nin ilgili hukuk mevzuatlarında, boşanma müessesesi hukuken gerekçelendirilmesi ve mahkeme kararı ile kesinleştirilmesi gereken bir işlem olarak düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, evlilik birliğinin ciddî ve sürekli bir şekilde temelden sarsılması halinde eşler kanunda belirtilen gerekçelerden en az birine dayanarak boşanma talebinde bulunabilecektir¹¹⁴.

E. Boşanmanın Dayandığı İlkeler

Devletler, mevzuat düzenlemelerinde boşanma nedenlerini öngörürken yaklaşımlarını toplumlarının yapısından hareketle şekillendirirler¹¹⁵. Bu bağlamdan

¹¹³ **Gençcan**, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s.98-99.

¹¹⁴ Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 69. maddesinin 1. ve 2. paragrafı.

¹¹⁵ **Gençcan**, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s.105

hareketle Türk Hukuku boşanmayı; kusur¹¹⁶, irade, temelinden sarsılma, elverişsizlik ve eylemli ayrılık ilkeleri temelinde düzenlemiştir¹¹⁷.

1. Kusur İlkesi

Boşanma kurumu kapsamındaki kusur ilkesi, çeşitli hukuk sistemlerinde uzun zamandan beri yer bulmuş olan bir ilkedir¹¹⁸. Bu ilkeye göre boşanma ancak eşlerden birinin kusurlu olması halinde mümkün olmaktadır¹¹⁹. Bu kapsamda, boşanma davası açma hakkı sadece kusurlu olmayan eşe tanınır. Kusur ilkesi çerçevesinde boşanma, bir taraftan kusurlu eşe karşı bir ceza niteliğinde olup diğer taraftan, hakları ihlal edilen ve mağdur olan eşin haklarının gözetilmesi ve tazminat olarak nitelendirilmektedir¹²⁰. Zarar gören eş açısından ortak hayatın devam ettirilmesi doğası gereği çok zor olmaktadır.

Kusur ilkesine göre kusurlu eşin boşanma davası açma hakkı yoktur. Hukukun evrensel ilkelerinden biri olan “*Kimse kendi kusuruna dayanarak hak elde edemez*” ilkesi, bu kurala dayanak oluşturmaktadır¹²¹.

¹¹⁶ Boşanmanın yaptırım olarak nitelendirilmesi ne Kosova ne de Arnavutluk hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir.

¹¹⁷ **Ceylan**, *Boşanma Sebepleri*, s.318.

¹¹⁸ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 31

¹¹⁹ **Öztañ**, Aile Hukuku, s. 369; **Feyzioğlu**, s. 47; **Çandarlı, Zahid/Berki, Osman Fazıl**: Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları, Güney Matbaacılık Yayınları, Ankara 1949, s. 42.

¹²⁰ **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim**: Aile Hukuku, İstanbul 1986, s.151.

¹²¹ **Kaçak**, s.26.

Kusur ilkesi'ne yönelik birçok eleştiri yapılmıştır¹²². Yapılan eleştiriler genel olarak, kusur ilkesi'nin mutlak olarak kabul edilemeyeceği, zira mutlak olarak kabul edilmesi halinde kişilikleri birbirinden çok ayrı olan ya da aile olmayı sağlayacak bir uyumu göstermesi mümkün olmayan insanların bir arada yaşamaya zorlanması gibi sağlıksız bir durumun meydana geleceği yönündedir¹²³.

2. İrade İlkesi

İrade ilkesi kapsamında, boşanmak için eşlerin rızalarını beyan etmeleri yeterli olmaktadır. Bu ilkeye göre, evlilik kurumu tarafların özgür iradesiyle kurulduğundan sona ermesi de yine tarafların özgür iradeleriyle mümkün olmalıdır¹²⁴. Bu şekilde, karşılıklı özgür iradelerin uyumuyla evliliğe son verilmesi bir iradi boşanma niteliğindedir¹²⁵.

Arnavutluk Cumhuriyeti'nin Aile Kanunu'nda eşlerin karşılıklı anlaşmaları ile gerçekleştirilebilecek boşanmanın şartları ve prosedürü düzenlenmiştir. Kanuna göre, eşlerin karşılıklı anlaşmalarıyla gerçekleştirilebilecek boşanmanın yargı süreci birkaç aşamadan oluşmaktadır. Öncelikle, mahkeme değerlendirmekte olduğu boşanma talebinin eşlerin karşılıklı anlaşmaları yoluyla mı yoksa eşlerden sadece birinin iradesi

¹²² Akıntürk/Ateş Karaman, s.240.

¹²³ Anıl, s.20.

¹²⁴ Gençcan, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s.105; Şener, Esat: “*Medeni Kanun'un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977, s.224.

¹²⁵ Akipek, İlhan: *Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri*, Ankara 1952, s.12.

yoluyla mı yapıldığı konusunda tespitte bulunur. İkinci olarak, mahkeme eşlerin beyanlarını doğrudan dinleyerek iradelerin gerçekleri yansıttığı veya irade sakatlığı olup olmadığı konusunda bir kanaat oluşturur. Kanunda “*Hâkim, eşlerin beyanlarını onları ayrı ayrı çağırarak dinler*” ifadesine yer verilmiştir. Bu kapsamda eşlerin, hâkimin önüne ayrı ayrı çıkarak iradelerini doğrudan beyan etmeleri gerekmektedir¹²⁶. Üçüncü aşamada, hâkim temsilcileri olmadan eşleri birlikte aynı anda çağırır ve ifadelerini dinler¹²⁷.

¹²⁶ **Mandoro**, s.307.

¹²⁷ Eşlerin karşılıklı iradeleri ile anlaşmalı bir şekilde evliliklerine son vermesi konusunda, Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu’nun 126., 127. ve 128. maddelerinde şu hükümler yer almaktadır: “(126. Madde) Mahkeme boşanma talebini inceler, eşleri önce ayrı ayrı dinler ve daha sonra ikisini aynı anda birlikte ve hukuki temsilcilerinin yokluğunda dinler. Eşlerin hukuki temsilcileri varsa mahkeme en son onları çağırır. (127. Madde) Mahkeme, eşlerin iradelerinin gerçek olduğuna ve eşlerin her ikisinin de evliliği sona erdirme yönündeki beyanlarını kendi istekleriyle verdiği kanaat getirirse, evliliğin sona ermesi yönünde hükmeder. Mahkeme, evliliğin sona ermesi ile ilgili kararda, ayrıca, boşanmanın getireceği sonuçlar hakkında yapılan anlaşmayı da onaylar. Bahsi geçen anlaşmada, reşit olmayan çocukların velayeti, geçim ve eğitim masrafları, çocuk nafakaları, muhtaç eşe verilecek yardım ve nafaka,- eğer bir malvarlığı söz konusuysa- eşler arasındaki mal varlığının paylaşımı ve bunun gibi konular düzenlenir. (128. Madde) Mahkeme kendisine sunulan boşanma anlaşmasının çocuklar ve/veya eşlerden birinin menfaatlerine yeterince koruma sağlamadığı yönünde kanaat getirmesi halinde, söz konusunu anlaşmayı geri çevirir ve gerekli düzenlemeleri yapmaları için eşlere 3 aylık bir müddet tanır. Verilen 3 aylık müddetin sonunda mahkemenin gerekli gördüğü düzenlemeler hala yapılmamışsa,

Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 125. maddesine göre “Eşler, boşanma konusunda birbirleri ile anlaşmışsa, mahkemeye boşanma talebiyle birlikte boşanmanın doğuracağı sonuçları düzenleyen bir boşanma sözleşmesi taslağı da sunar”¹²⁸. Bu düzenlemeyle, anlaşmalı boşanmada boşanmak isteyen eşlerin, boşanma taleplerini içeren dilekçeleriyle birlikte, boşanmanın doğuracağı sonuçlarla ilgili olarak da tarafların uzlaşısını gösteren bir sözleşme taslağının¹²⁹ arandığı görülmektedir.

Bu ilkeye karşı ileri sürülen eleştiriler, tek taraflı irade beyanıyla boşanmanın gerçekleşmesi halinde bunun bir serbest boşanmadan ibaret olacağı ve mahkemenin

mahkeme eşlerin karşılıklı iradeleri ile sundukları boşanma anlaşmasını reddeder ve yapılan anlaşmalı boşanma talebini düşürür.”

¹²⁸ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 128. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Mahkemenin, kendisine sunulan boşanma anlaşmasının çocuklar ve/veya eşlerden birinin menfaatlerine yeterince koruma sağlamadığı yönünde kanaat getirmesi halinde, Mahkeme söz konusu anlaşmayı geri çevirir ve gerekli düzenlemeleri yapmaları için eşlere 3 aylık bir müddet tanır. Eğer verilen 3 aylık müddetin sonunda da, boşanma davasında mahkemenin gerekli gördüğü düzenlemeler tekrar yapılmamışsa, mahkeme eşlerin karşılıklı iradeleriyle sundukları boşanma anlaşmasını reddeder ve yapılan anlaşmalı boşanma talebini düşürür.”

¹²⁹ *Arta Mandro* 'ya göre, anlaşmalı boşanma dilekçesi ile birlikte boşanma sözleşmesi taslağı da ibraz edilmelidir. Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nda boşanmanın üç şekilde yapılabileceği öngörülmüştür: “1. Eşlerin karşılıklı iradeleriyle evliliğin sona ermesi (125. madde), 2. Ortak hayatın sona ermesi sebebiyle evliliğin sona ermesi (129. madde), 3. Eşlerden birinin talebiyle evliliğin sona ermesi.” Daha fazla bilgi için bkz. **Mandro**, s.306.

yalnızca tarafların boşanma talepleri üzerine boşanmaya karar vermeye yetkili olacağı¹³⁰ yönündedir.

Bu sistem Türk Medeni Kanunu'nda da benimsenmiş olmakla birlikte, öncesinde 3444 sayılı Kanun ile 1988 yılında mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 134. (şimdiki 166. madde) maddesinde düzenleme yoluna gidilmiş ve bu ilkeye bazı koşullar altında kısmen yer verilmiştir¹³¹.

Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu, çocukları ve kadını korumak amacıyla boşanma konusunda engelleyici bazı şartlar öngörmüştür. Kanunun 70. maddesinin 1. paragrafına göre “*Kadının hamileliği sırasında ve ortak çocukların bir yaşına gelmelerine kadar eşler boşanma davası açamaz.*”

3. Temelden Sarsılma İlkesi

Temelden sarsılma ilkesine göre, evlilik birliğinin temelden sarsılması durumunda bu birliğin devamının istenmesinin pek bir faydası yoktur¹³². Zira evlilik birliğinin asıl amacı mutlu bir aile kurmak ve bu birliktelikten doğan çocukların gelişmelerine yardımcı olmaktır. Ancak bu birliğin temelinden sarsılması, ailenin düzeni

¹³⁰ **Öztan**, *Aile Hukuku*, s.371.

¹³¹ **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s.881.

¹³² Kosova Cumhuriyeti Aile Kanununun 69. maddesinin 1. paragrafında şu hüküm yer almaktadır: “*Evlilik ilişkisi ciddî ve sürekli bir şekilde temelden sarsılmışsa veya başka sebeplerden ötürü birliktelik ilişkisi geri dönüşü olmayan bir şekilde zarar görmüşse, eşler boşanma talebinde bulunabilir.*”

ve huzurunun bozulması durumunda, artık mutluluk değil üzüntü ve acı getirecektir. Böyle bir evlilik birliğinin, topluma da hiçbir faydası olmayacaktır¹³³.

Temelden sarsılma ilkesi kapsamındaki boşanmalarda, kusur şartı aranmaksızın boşanma koşullarının gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁴. Diğer taraftan her kusurlu davranış evlilik birliğini sarsmayabilir. Temelden sarsılma ilkesine göre kriter, mevcut durumda tarafların evliliği sürdürmesinin beklenilemeyeceği bir durumda bulunulmasıdır¹³⁵.

4. Elverişsizlik İlkesi¹³⁶

Elverişsizlik ilkesi yukarıda bahsi geçen ilkeler arasında nispeten yeni bir ilkedir¹³⁷. Bu ilke kapsamında, bir kişinin fiziksel ya da psikolojik sorunlardan dolayı evlilik birliğinden doğan sorumluluklarının gereğini yapamayacak duruma gelmesi¹³⁸, boşanma sebebi olarak değerlendirilmektedir¹³⁹. Ancak evlilik birliğinin, eşler tarafından yapılacak karşılıklı fedakârlıkları gerektirdiği de bir gerçektir. Dolayısıyla eşlerin, birbirlerinin eksiklik veya hatalarına karşı anlayışlı davranmaları esastır. Bununla birlikte

¹³³ Akıntürk/Ateş Karaman, s.241.

¹³⁴ Anıl, s.21.

¹³⁵ Kaçak, s.26.

¹³⁶ Bu ilke “*Uygunsuzluk Prensibi*” olarak da adlandırılmıştır, daha fazla bilgi için bkz. Tandoğan, s.72.

¹³⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s.242.

¹³⁸ Feyzioğlu, s.217; Köprülü/Kaneti, s. 152; Şener, s. 225.

¹³⁹ Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, İsmail Akgün Matbaası, B.2, İstanbul 1960, s. 240.

bir eşteki özüne diğeri için müşterek hayatı sağlıklı bir duruma getirmesi halinde elverişsizlik sebebiyle boşanma davası açılabilir¹⁴⁰. Kısırlık, iktidarsızlık, bulaşıcı ve cüzzama benzer hastalıklar, cinsel sapıklık¹⁴¹, akıl hastalığı, gelecek nesiller için riskli hastalıklar¹⁴² nevinden hastalıklar bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

5. Eylemli Ayrılık İlkesi

Bu ilke gereğince, eşlerin uzun süredir birbirlerinden ayrı yaşadığı, birbirleriyle ortak bir yaşam sürdürme isteklerinin kalmadığı ve bu durumun epey kökleşmiş olduğu hallerde boşanma kaçınılmaz bir sonuç olur¹⁴³.

743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'ne 3444 sayılı Kanun ile konulan geçici 1/d. maddesine göre beş yıllık eylemli ayrılık bir boşanma sebebi olarak öngörülmektedir¹⁴⁴.

Fiili ayrılık ilkesi açısından boşanmanın talep edilebilmesi için gerekli kriter, eşlerin birbirlerinden uzak yaşadıkları sürenin uzunluğudur¹⁴⁵. Bu kriter, ülkelerin kültürel yapısına göre çeşitlilik arz etmektedir¹⁴⁶.

¹⁴⁰ **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s.882.

¹⁴¹ **Anıl**, s.21; **Kaçak**, s.27.

¹⁴² **Gençcan**, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s.107.

¹⁴³ **Anıl**, s.22.

¹⁴⁴ **Gençcan**, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s.108.

¹⁴⁵ Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 69. maddesinin 2. paragrafında boşanma talebinin dayandırılabilceği özel sebeplerden biri olan “*Ortak hayatın fiilen ve sebepsizce bitmesi*” için bir yıllık bir süre öngörmektedir.

¹⁴⁶ **Kandil**, s.26.

Eşlerin birbirlerinden ayrı yaşamaları halinde, evlilik kurumunun önemli bir unsuru olan “*birlikte yaşamak*” unsuru çiğnenmiş olacaktır. Böyle bir durumda evliliğin esasını oluşturan sübjektif ve objektif unsurlar da zarar görmektedir¹⁴⁷. Arnavutluk Aile Kanunu, üç yıldan beri fiilen birbirlerinden ayrı yaşayan eşlere boşanma hakkı tanımaktadır. Fiili ayrılma esas olarak ikamet ortaklığının ayrılması değil, eşlerin aynı evde ikamet edip etmemelerine bakılmaksızın üç yıldan beri fiilen karı-koca olarak bir hayat sürdürmemeleri anlamına gelmektedir. Arnavutluk Cumhuriyeti’nin ilgili mevzuatına göre, boşanma talebinde bulunan eş, dava dilekçesinde çocuklarına ve diğer eşe karşı muhtemel sorumluluklarını ne şekilde yerine getireceğini bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, mahkeme boşanma dilekçesini reddedebilir¹⁴⁸.

¹⁴⁷ **Mandro**, s.313.

¹⁴⁸ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu’nun 129., 130. ve 131. maddeleri, eşlerin ortak yaşamının fiilen son bulma hallerini düzenlemiştir. Bu kapsamda ilgili Kanunun 129. maddesine göre üç yıldan beri fiilen birbirlerinden ayrı yaşayan eşlere, boşanma hakkı tanınmaktadır. Aynı maddenin 2. paragrafına göre, boşanma talebinde bulunan eş, dava dilekçesinde çocuklarına ve diğer eşe karşı muhtemel sorumluluklarını ne şekilde yerine getireceğini de bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, mahkeme boşanma dilekçesini reddedebilir. Söz konusunu Kanunun 130. maddesine göre “*Kendisine karşı boşanma talebi yapılan eşin, boşanmanın çocuklara ve kendisine yönelik çok ağır maddi ve manevi sonuçlar doğuracağını ispatlaması halinde mahkeme, fiilen birbirlerinden ayrı yaşamak sebebi ile boşanma talebini reddedebilir.*” Bahsi geçen Kanunun 131. maddesine göre “*Fiilen birbirlerinden ayrı yaşamak sebebi ile boşanma talebinin eşlerden biri tarafından yapılması halinde, diğer eşin karşılıklı boşanma davası açma hakkı vardır. Böyle*

6. Türk Hukukunun Benimsediği İlkeler

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, boşanma düzenlemesini tek bir ilkeye dayandırmamış¹⁴⁹ ve karma nitelikli bir sistemi benimsemiştir¹⁵⁰. Bu kapsamda, boşanma sebeplerinin birden fazla ilkeye dayandırılabilceği anlaşılmaktadır¹⁵¹.

Türk Medeni Kanunu, temelden sarsılma, kusur ve elverişsizlik ilkelerini birlikte kapsamına almıştır¹⁵².

Kusur ilkesinin benimsendiği davalar; hayata kast (TMK m. 162), zina (TMK m. 161), suç işleme (TMK m. 163), pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162) ve terk (TMK m. 164) sebebiyle boş davaları olarak sıralanabilir.

Elverişsizlik ve evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin akıl hastalığı sebebiyle boşanma (TMK m. 165) davalarında;

Evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanma (TMK m. 166 f. I-II) davalarında;

Kısmen irade ilkesi, kısmen de evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin anlaşmalı boşanma (TMK m. 166 f. III) davalarında;

bir durumda mahkeme ilk davayı reddedebilir ve karşılık boşanma talebini kabul ederek evliliği sonlandırabilir.”

¹⁴⁹ **Öztan**, *Aile Hukuku*, s.371.

¹⁵⁰ Aynı şekilde, Arnavutluk Cumhuriyeti’nin ilgili mevzuatında da karma sistem kabul edilmiştir. Bu çerçevede, boşanmanın sebepleri ancak pozitif hukukta öngörülmektedir.

¹⁵¹ **Gençcan**, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s.108.

¹⁵² **Akıntürk/Ateş Karaman**, s.242.

Eylemli ayrılık ilkesinin eylemli ayrılık sebebiyle boşanma (TMK m. 166 f. IV) davalarında benimsenmiş olduğu söylenebilir¹⁵³.

Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'nda, boşanmanın genel ve özel sebeplerinin düzenlendiği karma bir sistem benimsenmiştir. Bu kapsamda, boşanmanın genel sebebi olarak evlilik ilişkisinin ciddî ve sürekli bir şekilde temelden sarsılmış olması gösterilmektedir. Boşanmanın özel sebeplerinden bazıları ise, Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 69. maddesinin 2. paragrafında şu şekilde belirtilmiştir: “*Eşlerin birlikte yaşamalarının çekilmez bir hal alması, evlilik sadakatine aykırı davranılması (zina), eşlerden birinin diğer eşin can güvenliğine karşı suç işlenmesi, eşlerden birinin diğer eşe karşı ağır şiddet uygulaması, eşin kötü niyetle ve sebepsizce terk edilmesi, eşin iyileşmeyen akıl hastalığına yakalanması veya hukukî fiil ehliyetini kalıcı bir şekilde kaybetmesi, eşlerin bir yıldan uzun bir süre sebepsizce birbirlerinden fiilen ayrı yaşamaları, eşlerin karşılıklı anlaşma ile boşanma talepleri.*”

F. Ayrılık Kavramı

Ayrılık kavramı, bir hukuk kavramı olarak Türk hukukuna İsviçre hukukunun etkisiyle geçmiştir¹⁵⁴. Arnavutluk Cumhuriyeti ve Kosova Cumhuriyeti'nin iç hukuk mevzuatlarında ayrılık kavramına bir hukuk kavramı olarak yer verilmemiştir, dolayısıyla ne eşler böyle bir iddiada bulunabilir ne de mahkemeler bu yönde bir karar verebilir.

Bazı yazarlar, Türk Medeni Kanunu'nda bir hukuk kavramı olarak ayrılık kavramının benimsenmiş olmasının Katolik hukuk sisteminin etkisinden kaynaklandığını ileri sürmüştür. Ancak Prof. Dr. Şakir Berki bu iddiaları reddederek, ayrılık kavramının

¹⁵³ **Gençcan**, *Boşanma Tazminat ve Nafaka*, s.108

¹⁵⁴ **Berki**, *Boşanma ve Ayrılık*, s.146

Katolik ÷lkelerde boşanmaları engellemek ve aile hayatını kolaylaştırmak amacıyla getirilen bir kavram olarak T÷rk hukuk d÷zeninde benimsenen ayrılık kavramından farklı bir anlam ve işlevi olduğuna dikkat çekmektedir. Zira ayrılık, T÷rk hukukunda boşanma müessesesi ile birlikte kabul edilmiştir, oysa Katolik dininde boşanmak yasaktır¹⁵⁵. Ona göre, T÷rk hukukunda ayrılık müessesesinin kabul edilmesi, dini bir yaklaşımının değil, kanun koyucunun evliliğı koruma çabalarının bir sonucudur.

Ayrılık müessesesi, eşlerin barıştırılması imkânını yaratmak, boşanmayı ve onun olumsuz sonuçlarını önlemek amacıyla getirilen bir hukukî müessesedir.

Boşanma sebebi ne olursa olsun, hâkim eşlerin evliliğı devam ettirme ihtimalinin varlığına kanaat getirirse boşanma talep edilmiş olsa bile ayrılığa karar verebilecektir¹⁵⁶.

T÷rk Medeni Kanunu'na göre hâkim iki durumda ayrılığa hükmedebilir: 1. MK'nun 167. maddesine dayanarak eşlerden biri, ilgili kanuni gerekçelere dayanarak ayrılık talebinde bulunmuşsa, mahkeme bu talebi kabul ederek ayrılığa hükmedebilir. 2. MK'nun 170/2 maddesi kapsamında hâkim eşlerin barışma ihtimalinin varlığına kanaat getirmişse, boşanma yerine ayrılığa hükmedebilir. Birinci durumda, tarafların iradeleri ayrılık yönünde olduğundan hâkim de o yönde karar vermek mecburiyetindedir. İkinci durumda ise hâkime ayrılığa hükmedip etmemek konusunda takdir yetkisi tanınmaktadır.

Hâkim, ayrılık kararını verirken ayrılık süresini de tayin etmektedir. Buna göre ayrılık süresi, ayrılık kararının kesinleştiğı andan itibaren asgari bir yıl ve azami üç yıl olabilecektir (m.171)¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Daha fazla bilgi için bkz. **Berki**, *Boşanma ve Ayrılık*, s.146-148.

¹⁵⁶ **Berki**, *Boşanma ve Ayrılık*, s.148.

¹⁵⁷ Ayrılığın süresi ile ilgili değerlendirmelerde bulunan Şakir Berki, ayrılık süresinin 3 yıl olmasının aile ilişkilerinin yeniden kurulması açısından olumsuz bir etki yaratabileceğini, eşler arasında sağlıklı bir ilişkinin yeniden kurulabilmesi için

Ayrılık kararı evlilik ilişkisine son vermez ve eşlerin medeni halinde herhangi bir değişiklik olmaz. Mahkeme ayrılığa hükmettiğinde, eşler birbirlerinden ayrı yaşama hakkı kazanmış olurlar¹⁵⁸. Ayrılık süresinin dolmasıyla ayrılık durumu da kendiliğinden sona ermiş olur (m. 172/1). Eşlerden biri, ayrılık süresinin bitiminde ortak hayatın yeniden kurulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle boşanma talebinde bulunabilir (m. 172/2). Böyle bir durumda, mahkeme eşlerin boşanmasına hükmeder.

Türk mevzuatına göre, ayrılık konusunda ikinci bir kararın verilmesi veya ayrılık süresinin uzatılması mümkün değildir.

Kosova ve Arnavutluk hukuku, eşleri barıştırmak için bir usul öngörmüş olup, bu usul şu şekildedir:

Eşleri barıştırma prosedürü, boşanma süreci sırasında uygulanan özel bir aşama olarak, eşlerin barıştırılmasını ve boşanmanın engellenmesini amaçlar¹⁵⁹. Boşanma dilekçesinin kabul edilmesinden hemen sonra mahkeme, eşleri barıştırma prosedürünü başlatmakla yükümlüdür¹⁶⁰. Arnavutluk Cumhuriyeti ve Kosova Cumhuriyeti'nin Aile Kanunlarına göre eşlerin barıştırılması, boşanma davası sürecinde önemli ve gerekli bir

optimal sürenin 6 ay olduğunu ileri sürmüştür. Daha fazla bilgi için bkz. **Berki**, *Boşanma ve Ayrılık*, s.149.

¹⁵⁸ **Pellkrin, Pierre/Pellerin, Jean**: “*Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin Butlanı Hakkında Yeni İngiliz Kanunu*”, Tercüme Eden: Halid Kemal Elbîr, 1946, C.12, S.4, s.1220.

¹⁵⁹ **Aliu/Gashi**, s.170.

¹⁶⁰ Kosova Cumhuriyeti'nin 2004/32 sayılı Aile Kanunu'nun 77. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) *Boşanma davası kapsamında, mahkeme eşleri barıştırmak amacıyla çaba göstermekle yükümlüdür. (2) Boşanma kararı, ancak barıştırma çabalarının sonuçsuz kalmasından ve yargı sürecinin tamamlanmasından sonra taraflara gönderilir.*”

aşamadır. Mahkeme, eşleri barıştırma prosedürünü uygulamadan boşanmaya karar veremez.

Bununla birlikte, söz konusu prosedürün uygulanamayacağı haller de bulunmaktadır. Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'na göre, eşleri barıştırma prosedürünün uygulanmayacağı durumlar şu şekilde belirtilmiştir: 1. Eşlerden birinin hukukî işlem yapma ehliyetini kaybetmiş olması, 2. Eşlerden birinin ya da her ikisinin yurt dışında yaşaması, 3. Eşlerden birinin ikamet yerinin bilinmemesi (Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu m. 76 (1)).

Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'na göre eşleri barıştırma prosedürü, eşlerin çocuk sahibi olmaması halinde mahkeme önünde, çocuk sahibi olmaları halinde ise sorumlu kurum¹⁶¹ huzurunda gerçekleştirilir. Eşleri barıştırmak amacıyla yapılan duruşmalarda, mahkeme eşlere evliliğin önemini, boşanmaları halinde meydana gelecek

¹⁶¹ Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 80. maddesi şu hükme yer vermektedir:

“Uzlaştırma Süreçlerin Sorumlu Organın Fiili Yasal Yetkileri (1) Eğer eşler bir veya daha fazla müşterek çocuk sahibi iseler uzlaştırma süreci; evlilik hizmetlerinin, aile danışmanlarının ve profesyonel kurumların yardımına başvurularak Sorumlu Organ tarafından sosyal işler ve diğer profesyonel metotlar uygulanarak yapılır. (2) Süreçler hür irade ve iş birliği ilkeleriyle desteklenmelidir. (3) Diğer hallerde, uzlaştırma sürecinin Sorumlu Organa devredilmesi kurul başkanı tarafından uygun görülmezse uzlaştırma süreci mahkeme tarafından yürütülür. (4) Uzlaştırma sürecinin Sorumlu Organa devri yazılı kayıtlar yoluyla olmalı ve kayıtlarda, eşlerin isim ve adresleri, boşanma süreçlerinin başlatıldığı tarih ve boşanma talebinin temel sebepleri yer almalıdır. Eşlerin ergin olmayan çocuklarının olması halinde çocuklarla ilgili tüm bilgilere de kayıtlarda yer verilmelidir.”

sonuçları anlatır ve evliliğin korunması yönünde çaba gösterir¹⁶². Kosova'nın ilgili mevzuatında, eşlerin barıştırılması için yapılacak duruşmaların sayısı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır; ancak, hâkim eşlerin barışma ihtimallerinin varlığına bağlı olarak yapılacak duruşma sayısına karar verebilir. Eşleri barıştırma duruşmalarının, sorumlu kurum tarafından gerçekleştirildiği hallerde duruşmaların en geç üç ay içerisinde tamamlanması gerekmektedir. Ancak bu üç aylık süre, eşlerin rızalarının olması halinde uzatılabilir. Yasal prosedür aracılığıyla barıştırma duruşmalarına davet edilmesine rağmen eşlerden birinin veya her ikisinin mazeretsiz olarak duruşmaya katılmaması halinde mahkeme, barıştırma duruşmalarının devam etmesinin gerekli olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yaparak konuyu karara bağlayacaktır. Boşanma prosedürünün eşlerin karşılıklı anlaşması ile başlatıldığı durumlarda, eşlerden birinin veya her ikisinin mazeretsiz bir şekilde barıştırma duruşmalarına katılmaması halinde, eşlerin anlaşmalı boşanma dilekçelerini geri çektikleri kabul edilir (Kosova Cumhuriyeti Aile Kanunu m.79). Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'na göre, boşanma davası açan eş, yasal prosedür aracılığıyla barıştırma duruşmalarına davet edilmesine rağmen, mazeretsiz bir şekilde barıştırma duruşmalarına katılmazsa dava düşmüş sayılmaktadır¹⁶³.

Eşlerin barıştırılmasına ve bu durumun olumlu etkilerine verilen önemi dikkate alan Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu, hâkime eşlerin barışması için hiçbir imkânın

¹⁶² **Podvorica**, s.131.

¹⁶³ **Mandro**, s.322 “*Davayı bu şekilde düşürme kararı, nihai bir karar değildir (Medeni Usul Kanunu m.127). Zira hâkim, bu şekilde davanın esasına geçmeden onu sonlandırmış olmaktadır. Ancak davanın düşmesi, boşanma talebini geçersiz hale getirmez.*”

kalmadığı kanaatine varmaması halinde boşanma kararını bir yıla kadar erteleme konusunda takdir yetkisi tanımaktadır¹⁶⁴.

Duruşmalar sonucu eşlerin barıştırılması halinde, her iki eş ve davaya bakan hâkim tarafından ilgili tutanak imzalanır. Söz konusu tutanakla kayda geçen eşlerin barışması, boşanma davasının düşmesine sebebiyet verir¹⁶⁵.

G. Boşanma Davasında Taraflar ve Dava Ehliyeti

1. Taraflar

Boşanma davasının tarafları eşlerden ibarettir. Boşanma davasıyla ilgili dava ehliyeti eşlere bağlı bir olgudur. Boşanma davası eşlerin vekilleri, üçüncü kişiler ya da idari makamlar tarafından açılmaz, zira boşanma davası sadece eşler tarafından açılacak bir davadır¹⁶⁶. Boşanma davasının devam ettiği esnada, eşlerden biri vefat ederse evlilik kendiliğinden sona ermiş olur. Böyle bir durumda boşanma davası kendiliğinden düşer, zira dava konusunu teşkil eden evlilik sona ermiştir. Dolayısıyla

¹⁶⁴ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu m.136.

¹⁶⁵ **Aliu/Gashi**, s.172.

¹⁶⁶ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu'nun 140. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:
“Evliliğin sona ermesi için dava açma hakkı mirasçılara geçmez. Eğer böyle bir dava, eşlerden birinin vefatından önce başlatılmışsa mahkeme yargı sürecini durdurur ve davayı düşürür. Böyle bir durumda sağ kalan eş ölen eşin mirasçısı olma hakkını kazanmış olur.”

kural olarak¹⁶⁷, hayatta kalan eşin veya ölen eşin mirasçılarının boşanma davasını sürdürmeleri mümkün değildir¹⁶⁸.

2. Dava Ehliyeti

Boşanma davalarında, eşlerin fiil ehliyetinin değerlendirilmesi oldukça önem arz eden bir konudur. Eşlerin sınırlı ehliyetsiz¹⁶⁹ olmaları veya fiil ehliyetinden yoksun olmaları hallerinde bu konu daha önemli hale gelmektedir.

Sınırlı fiil ehliyetine sahip kişiler, yasal temsilcilerinin iznine gerek kalmaksızın boşanma davası açabilmektedir. Kendilerine karşı eşleri tarafından açılmış bir boşanma davası söz konusu olduğunda ise sınırlı fiil ehliyetliler yine kimseden izin almaksızın davaya davalı sıfatı ile katılabilmektedir. Sınırlı fiil ehliyetlilerin yasal vekillerinin temsil ettikleri bu kişiler adına boşanma davası açma veya bu kişilere karşı açılan davalara davalı sıfatı ile katılma yetkileri bulunmamaktadır. Zira boşanma davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olduğundan bizzat kişinin kendisi tarafından

¹⁶⁷ **Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, B.3, Ankara 2003, s.20.

¹⁶⁸ TMK m. 181/2, davacının ölümüyle dava hakkının ortadan kalkacağı kuralına bir istisna getirmiştir. TMK m. 181/2'ye göre, boşanma davası devam ederken ölen davacının mirasçılarının birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde, sağ kalan eş ölen esin mirasçısı olamaz ve kendisi lehine yapılacak tasarruflardan yararlanamaz. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural/ Ögüz/Gümüş**, s. 124-125; **Öztan**, *Aile Hukuku*, s. 437; **Akıntürk**, s. 275.

¹⁶⁹ Burada “*sınırlı ehliyetsizler*” denilince sadece “*ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar*”ın anlaşılması gerekir.

kullanılmalıdır¹⁷⁰. Ancak diğer taraftan, Yargıtay’a göre ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların boşanma davalarını bizzat takip etmeleri mümkün değildir¹⁷¹.

Fiil ehliyetinden yoksun olan kişiler, bizzat kendileri boşanma davası açamadığı gibi yasal vekilleri aracılığıyla da boşanma davası açamamaktadır. Zira boşanma davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan yasal temsilciler tarafından kullanılması mümkün olmamaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ancak hak sahiplerinin bizzat kendilerinin kullanabileceği haklardır.

Boşanma davasının fiil ehliyeti olmayan kişilerin yasal temsilcileri tarafından açılıp açılmayacağı konusu çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu konuda doktrin ve mahkeme içtihatları arasında görüş ayrılıkları tespit edilmiştir¹⁷². Doktrine göre, fiili ehliyetine sahip olmayan kişinin eşi tarafından gerçekleştirilen kişiye zarar verebilecek veya kişiyi haklarından yoksun bırakabilecek davranışları engellemek ve kişiyi korumak amacıyla, ehliyetsiz olan kişinin yasal temsilcisine de boşanma davası açma hakkının tanınması gerekmektedir¹⁷³.

¹⁷⁰ **Öztan, Aile Hukuku**, s. 476; **Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku, Oniki Levha Yayınları, B.7, Ankara 2008, s.191; **Tekinay, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 245; **Zeytin, Zafer/Ergün, Ömer:** Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.259.

¹⁷¹ Bu yönde bkz. Y.2.HD’nin 24.10.2005 T. ve E.12452-K.14734 sayılı kararı.

¹⁷² Bu konu hakkında bkz. **Ataay, AYTEKİN M.:** “Boşanma Davasında Gayri Mümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili”, İÜHFM, C. XXV, S.1-4, 1960, s. 193- 213, (Elektronik Ortam) <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9087/113471>> .

¹⁷³ **Ataay**, s.200-203; **Gürdoğan, Burhan:** “Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Ankara 1977,

Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu, hukukî işlem yapma ehliyetine sahip olmayan e e diğer eşin kanuni temsilci olarak atanması durumları ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Söz konusu Kanunun 141. maddesinin 2. paragrafına göre ‘‘Hukukî işlem yapma ehliyetine sahip olmayan eşin kanuni temsilcisinin diğer e  olduğu durumlarda, boşanma davasının söz konusu olması halinde mahkeme, fiil ehliyetine sahip olmayan e e boşanma davası sürecinde onu temsil edecek özel bir temsilci atar.’’. Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu’nda, eşlerden birinin hapis cezası sebebiyle infaz kurumlarında bulunması halinde bu şahsın boşanma davasında ne şekilde temsil edilebileceği konusu da düzenlenmiştir. Buna göre, hapis cezası sebebiyle hapishanede bulunan e , boşanma davası ile ilgili gerekli işlemleri kendisi adına gerçekleştirmesi için bir kanuni temsilci yetkilendirebilir¹⁷⁴.

H. Boşanmanın Hukukî Sonuçları

Boşanmanın en önemli sonucu, eşler arasındaki evlilik ilişkisinin sona ermesidir. Dolayısıyla eşlerin medeni durumları da de i ecektir. Evliliğin bitmesi ile eşlerin evlilikten kaynaklanan karşılıklı hak ve yükümlülükleri sona ermiş olacak, dolayısıyla eşler birbirlerinden tamamen bağımsız bir duruma gelecektir. Boşanmanın hukukî sonuçları, mahkemenin vermiş olduğu boşanma kararının kesinleşmesinden sonra meydana gelen hukukî sonuçlardan ibarettir.

Boşanmanın hukukî sonuçlarının bir kısmı hâkimin verdiği boşanma kararı içinde yer alan veya alması mümkün olan sonuçlardır. Örneğin velayet hakkının bo anan

s.210-211; **Kuru, Beki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir Demir Yayıncılık, B.6, İstanbul 2001, s.1047-1048; **Postacıo lu, İlhan E./Altay, Sümer:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, B.6, İstanbul 1975, s.208.

¹⁷⁴ Arnavutluk Cumhuriyeti Aile Kanunu m.142.

eşlerden hangisine ait olacağı konusu bu tür hukukî sonuçlardan biridir. Bu tür hukukî sonuçlar, boşanma gerçekleşmeden ve boşanma kararında yer almadan kendiliğinden meydana gelmezler. Boşanmanın hukukî sonuçlarının bir kısmı ise boşanma kararında yer almamalarına rağmen boşanma kararı verildiğinde kendiliğinden meydana gelen sonuçlardır. Örneğin boşanan eşler için yeniden evlenme imkânının doğması, boşanma kararında yer almayan ve kendiliğinden meydana gelen bir hukukî sonuçtur¹⁷⁵.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, boşanmanın gerçekleşmesi ile birtakım kişisel veya maddi nitelikli hukukî sonuçlar meydana gelmektedir. Boşanmanın sonuçları konusunda doktrinde birçok ayrım yapılmıştır, ancak bahsi geçen ayrımlar her halükârda ya eşler ya da çocuklarla ilgili gruplandırmaları içermektedir. Doktrindeki bu durum göz önüne alınarak bu çalışmada boşanmanın hukukî sonuçları, boşanmanın eşlerle ilgili sonuçları ve çocuklarla ilgili sonuçları olarak iki başlık altında incelenmiştir¹⁷⁶.

1. Boşanmanın Eşlerle İlgili Sonuçları

Eşler açısından boşanmanın sonuçlarını şahsi ve mali sonuçlar olarak iki açıdan değerlendirmek mümkündür.

¹⁷⁵ **Akıntürk, Turgut:** “*Boşanmanın Hukuki Sonuçları*”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Ankara 1977, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s.176 204 [*Boşanmanın Hukuki Sonuçları*].

¹⁷⁶ **Akıntürk,** *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, s.177.

2. Şahsi Sonuçlar

Boşanma kararının en önemli sonucu, evlilik akdiyle eşler arasında kurulmuş olan evlilik birliğinin son bulmuş olmasıdır¹⁷⁷. Dolayısıyla boşanma halinde, evlilik birliğinin eşlere tanıdığı haklar ve yüklediği yükümlülükler de ortadan kalkmış olmaktadır.

Boşanmanın gerçekleşmesiyle ikinci bir evliliği engelleyen “*mevcut evlilik*” durumu sona ermiş olacak ve taraflar yeni bir evlilik yapma hakkını haiz olacaktır. Ancak kadının, kendisi için öngörülen bekleme süresine uyması gerekmektedir. Kadın, bu sürenin bitiminde yeni bir evlilik yapma hakkına sahip olacaktır¹⁷⁸.

Evlenme ile birlikte eşlerden biri kendi soyadını değiştirerek diğer eşin soyadını almışsa, evliliğin bitiminden sonra evlenmeden önceki soyadını kullanabilecektir¹⁷⁹.

3. Mali Sonuçlar

Evliliğin bir bakıma ekonomik bir bağ da olması nedeniyle boşanmanın gerçekleşmesi eşler bakımından bazı mali sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle, eşler malvarlığının paylaşımı konusunda belirli haklara sahiptir. Ayrıca eşlerin ölümüne bağlı tasarrufları hükümsüz hale gelecektir, zira artık birbirlerinin mirasçısı olamayacaklardır.

¹⁷⁷ **Akıntürk**, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, s.177.

¹⁷⁸ Kosova ve Arnavutluk hukuku kadınla ilgili böyle bir istisnaya yer vermemiştir. Kadın da erkek gibi boşandığı andan itibaren yeni bir evlilik ilişkisi kurma hakkını kazanmış olur.

¹⁷⁹ **Koçoğlu, Safa**: “*Boşanmanın Eşler Açısından Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme*”, AÜHFD, 2021, S. 389-427.

Eşler, evlilik birliği içinde bulundukları sürece birbirlerine yardım ve destek vermek ve birbirlerine bakmakla yükümlüdür. Evliliğin sona ermesiyle birlikte bu yükümlülük de sona ermiş olacaktır. Bazı devletlerin ilgili mevzuatlarında evliliğin sona ermesinden sonra maddi durumu iyi olan eşin diğer eşe yardımında bulunması konusu düzenlenmiştir. Bu çerçevede, bir eşin diğer eşe ödeyeceği yoksulluk nafakasının şartları ve kapsamı da ilgili mevzuatlarda düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁸⁰.

4. Boşanmanın Çocuklarla İlgili Sonuçları

Bu sonuçları üç kategoride toplamak mümkündür: 1) Çocukların velayeti, 2) Çocuklarla kişisel ilişkiler, 3) Çocukların bakımı (iştirak nafakası).

a) Çocukların Velayeti

Boşanmanın gerçekleşmesiyle anne ve baba tarafından birlikte kullanılan velayet hakkının bunlardan birine bırakılması gerekli olmaktadır. İlgili Türk mevzuatında boşanmadan sonra çocukların velayetinin hangi tarafa verileceği konusunda hakime oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır¹⁸¹.

¹⁸⁰ Daha fazla bilgi için bkz. **Arbek, Ömer:** “Boşanmanın Mali Sonuçları”, AÜHFD 2005, s. 115-163; **Akıntürk,** *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, s.177 vd.

¹⁸¹ **Koçoğlu, Safa:** Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018.

b) Çocuklarla Kişisel İlişkiler

Çocuğun velayeti kendisine verilmemiş olan eş boşanma kararına uygun olarak çocukla kişisel ilişkiler kurma hakkına sahip olacaktır. Aslında bu konu, eşler arasında yapılacak bir anlaşma ile de düzenlenebilmektedir. Ancak bu durumda da hâkim, çocuğun velayetinin bırakılmadığı eşin çocukla ne zaman ve ne şekilde temas kurabileceği konusunda karar vermek zorundadır. Hâkimin bu konuyu ayrıntılı bir şekilde boşanma kararında belirtmesi gerekmektedir¹⁸².

c) Çocukların Bakımı (İştirak Nafakası)

Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi, doğal olarak çocuğun velayetinin verildiği tarafa ait olmaktadır. Ancak, ilgili Türk mevzuatı diğer tarafı da ekonomik şartlarına uygun olarak çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katılmakla yükümlü kılmıştır. Velayetin bırakılmadığı eşin, çocuğun eğitim ve bakım giderleri için ekonomik gücü oranında ödeyeceği nafakaya iştirak nafakası denilmektedir¹⁸³.

¹⁸² **Yılmaz, Canan:** “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, MHB, Vol. 35, Issue.1, s.103-141; **Erlüle, Fulya:** “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, C.16, S.217-248.

¹⁸³ **Türkmen, Ahmet:** “Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179498>, s.2707-2760.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE AİLE HUKUKUNUN UYUMLAŞTIRILMASI: HUKUKİ DÜZENLEMELER, AB'NİN YETKİLERİ VE ÖZEL HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASINDA KULLANILAN ENSTRÜMANLAR

I. Genel Olarak

AB'ye üye ülkelerde her yıl yaklaşık 2,2 milyon evlilik yapılmakta olup bu evliliklerin yaklaşık 350.000'i farklı devletlerin vatandaşları arasındadır¹⁸⁴. Farklı ülkelerde yabancılara tanınan serbest dolaşım hakkı ve iş fırsatları gibi sebeplere bağlı olarak son yıllarda farklı devletlerin vatandaşları arasında yapılan, yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sayısı artmıştır. Bunu paralel olarak yabancılık unsuru taşıyan boşanmaların sayısı da artmıştır. Bu durum, milletlerarası özel hukuk alanında birçok zorluğu da beraberinde getirmiştir. Zira AB üyesi devletlerin mahkemeleri, yabancılık unsuru içeren boşanmaları incelerken konunun karmaşıklığı ve iç hukukun yetersizliği gibi zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır.

Yabancılar arasındaki evlilikler çeşitli şekillerde kurulabilmektedir. Bu evlilikler, bazen eşlerden birinin diğer eşin ülkesine göç edip yerleşmesi bazen de iki farklı devletin vatandaşı olan eşlerin evlenerek üçüncü bir ülkeye yerleşmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir¹⁸⁵.

Ülkeler arasındaki sınırların esnetilmesine doğru ilerleyen küreselleşme süreci ticarî, kültürel ve sosyal ilişkilerin daha fazla gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Bu gelişmelere paralel olarak, farklı ülkelerin vatandaşları arasında yapılan evliliklerin

¹⁸⁴ **Hodson**, s. 5. Avrupa'da evliliklerin yaklaşık %15'i farklı devletlerin vatandaşları arasında yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dethloff**, s. 37.

¹⁸⁵ **Dethloff**, s. 37-38.

sayısı, Avrupa kıtası başta olmak üzere bütün dünyada önemli ölçüde artmıştır. Buna bağlı olarak yabancılık unsuru içeren boşanmaların sayısı da artış göstermiştir¹⁸⁶.

Küreselleşmenin etkileri yaşamın her alanında görülmektedir. İstatistiklere göre küreselleşmeye bağlı olarak artış gösteren olgular arasında; çeşitli sebeplerle yurt dışında çalışan kişilerin sayısı, uluslararası pazarlara giriş yapan sükjelerin sayısı, uluslararası büyük ticaret merkezlerinde alışveriş yapan yabancıların sayısı, uluslararası okullara devam eden öğrencilerin sayısı ve uluslararası sınavlara giren öğrencilerin sayısı gibi unsular sayılabilmektedir¹⁸⁷.

Benzer şekilde, günümüzde Avrupa’da iş, ekonomik durum ve yaşam tarzı gibi nedenlerle sürekli seyahat eden ve farklı ülkelerin vatandaşı olan ebeveynleri ile birlikte binlerce çocuk olduğunun göz önünde bulundurulması, aile hukuku konusunda bir uyumlaştırma yapılmasının gerekliliğini ve önemini göstermektedir.

Küreselleşme¹⁸⁸ ve liberalleşme çağında çeşitli sebeplerden ötürü göç gittikçe artan bir olgudur. Bunun yanı sıra, yabancılık unsuru içeren evliliklerle ilgili yeni sorunların oluşmasına sebep olan diğer bir husus, teknoloji ve internetin gelişmesidir. Bu şartlarda, artık eşlerin farklı ülkelerde yaşarken mülkiyetlerindeki evlerinin farklı bir üçüncü ülkede, hatta çocuklarının bile dördüncü bir ülkede bulunduğu durumlarla

¹⁸⁶ **Tütüncübaşı, Uğur:** “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.1, 2016, s.3.

¹⁸⁷ **Hodson,** s. 5.

¹⁸⁸ Küreselleşme çağında artan imkânlarla birlikte toplumların yakınlaşması da sağlanmaktadır. **Teubner, Gunther:** “*Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*”, Global Law Without A State, Gunther Teubner, ed., Dartmouth 1996, <https://ssrn.com/abstract=896478>, s. 3.

karşılaşmak olağan bir hal almıştır. Buna bağlı olarak, yabancılık unsuru içeren evlilik ve boşanmalardan kaynaklanan ve uygun bir hukukî çerçevede çözüme kavuşturulması gereken anlaşmazlıkların türleri de doğal olarak artmıştır¹⁸⁹. Dolayısıyla hukukun da küreselleşme yolunda olduğunu ileri sürmek mümkündür¹⁹⁰.

AB Hukuku çerçevesinde ‘aile’ kavramı ile ilgili herhangi bir tanım söz konusu olmadığı için bu kapsamda genel bir açıklama getirmek zordur. AB üyesi devletlerde ise aile kavramı, her ülkenin kendine özgü sosyolojik, tarihi ve dini faktörlerine göre tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu konuda farklı ülkelerde farklı tanımlar geliştirilmiştir.

Modern toplumlarda, eşlerin farklı devletlerin vatandaşlığına tabi olduğu evliliklerin sayısı yüksektir. Buna bağlı olarak yabancılık unsuru içeren boşanmaların sayısı da yüksektir¹⁹¹.

¹⁸⁹ **Tandon**, s.32-47.

¹⁹⁰ **Sammot**, s. 1-24.

¹⁹¹ Marriage and Divorce Statistics, EUROSTAT: STATS. EXPLAINED, http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Marriage-and_divorce_statistics, 2015; Erasmus programının uygulanmasıyla 1980’li yılların sonlarına doğru farklı devletlerin vatandaşları arasında yaklaşık 2.350.000 evlilik yapılmıştır. Avrupa Birliği üyesi devletlerde, her yıl yabancılar arasında gerçekleştirilen yaklaşık 170.000 evlilik boşanma ile sonuçlanmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. **Angelique, Devaux**: “*The Franco-German Agreement on the Optional Matrimonial Property Regime: A New Practical Tool in the Movement towards the Harmonization of the European Substantive Rules in Family Law*”, The International Lawyer a Triannual Publication of the Aba/Section of International Law, Vol. 48, No. 3, 2014, <https://scholar.smu.edu/til/vol48/iss3/4>, s.215.

Özgürlük, güvenlik ve adalet alanının oluşturulmasının en önemli sebeplerden biri, AB vatandaşlarına AB üyesi ülkeler arasında serbest dolaşım imkânı sağlamaktır. Ancak bu şekilde serbestçe seyahat eden bireyler, yabancı bir ülkede sadece iş yaşamlarını değil özel hayatlarını da geliştirme fırsatı bulurlar. AB içerisinde serbestçe dolaşan vatandaşların sayısı gittikçe artmaktadır. Bunun sonucunda farklı devlet vatandaşlarının birbirleriyle tanışma, görüşme ve hatta evlenme ihtimalleri de oldukça artmıştır. Ancak bu gelişmelere paralel olarak olumsuz sonuçlar da meydana gelmektedir. AB Komisyonu'na göre, AB'de her yıl yaklaşık 350.000 evlilik boşanma ile sona ermektedir. AB üyesi devletlerin mahkemeleri, her yıl yabancılık unsuru içeren yaklaşık 170.000 boşanma davası incelemektedir¹⁹².

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kişilerin ülke sınırları arasındaki gittikçe artan dolaşımları, diğer hukuk alanlarını etkilediği gibi zamanla önemi artan milletlerarası özel hukuk alanını da etkilemiş durumdadır¹⁹³. Yabancılık unsuru içeren evliliklerin yürümediği durumlarda yabancılık unsuru içeren boşanma davaları söz konusu olmaktadır. Boşanma ile birlikte çocukların velayeti, evlilik mallarının eşler arasında paylaşımı ve nafaka gibi birçok problem ortaya çıkmaktadır¹⁹⁴.

¹⁹² **Kuipers**, s. 201–229.

¹⁹³ **Canyaş, Aşlı Bayata**: “*Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, 2015, s. 3.

¹⁹⁴ 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, Vol. 22, 2008, s. 178 [*Rome III-Choice of Law in Divorce*].

II. Uyumlaştırma Fikri, AB Üyesi Ülkelerdeki Özel Hukuk Farklılıkları, Uyumlaştırmanın Önemi, Anlamı ve AB'nin Yetkileri

A. Uyumlaştırma Fikri

AB Hukuku çerçevesinde özel hukuk alanındaki uyumlaştırma fikri aslında yeni değildir¹⁹⁵. Söz konusu fikir, AB üyesi devletlerin vatandaşlarının serbest dolaşımının sağlanmasıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. Vatandaşlarının hayatlarını kolaylaştırmayı amaçlayan AB, özel hukuk alanındaki uyumlaştırmanın sağlanması konusunda çalışmalar yapmaktadır. Belirli hakların tanınması ve ilgili prosedürlerin basitleştirilmesiyle kendi ülkelerinin sınırları dışında yaşayan AB vatandaşlarına daha çok adalet sağlanabilecektir¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Bazı hukukçular, Avrupa Temel İnsan Hak ve Hürriyetleri Sözleşmesi'ni değerlendirirken bu Sözleşmenin dolaylı bir şekilde Avrupa Aile Hukuku'na işaret ettiğini ileri sürmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Urso, Elena**: “*Italy- Shaping the Features of European Family Law: Problems and Perspectives*”, The International Survey of Family Law, 2007, s.129–174. Son yıllarda Aile Hukukunda, AB Hukuku ve karşılaştırmalı hukuk kapsamında uyumlaştırma yapılması gündeme gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pintens, Walter**: “*Family Law in Europe: Developments and Perspectives*”, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 41, No. 1, 2008, JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/23252722>, s. 156.

¹⁹⁶ **Oğuztürk, Burcu Kalkan**: “*A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe*”, Annales XLI, Nr. 58, 2009, <https://www.arastirmax.com/en/publication/Annales-de-la-faculte-de-droit->

Küreselleşme, teknoloji ve uluslararası ticaretin gelişmesiyle birlikte özel hukukun uyumlaştırılması fikri de gelişmiştir¹⁹⁷. Özellikle 1990'lı yılların sonlarına doğru AB hukuku kapsamında özel hukukun uyumlaştırılması konusundaki yaklaşımlar daha olumlu bir şekil almıştır¹⁹⁸.

Avrupa'da, aile hukukunun uyumlaştırılması konusundaki ihtiyaç, AB hukuku kapsamında koruma altına alınan temel insan hak ve hürriyetlerinin gelişmelerinden dolayı daha çok artmıştır. AB'nin insan hakları konusundaki yaklaşımı modern ve ilerici bir yaklaşım olarak nitelendirilmiş ve bu kapsamda geliştirilen hukuk konseptleri üye devletlerin hukuk düzenlerine de entegre edilmeye çalışılmıştır¹⁹⁹.

distanbul/41/58/general-perspective-history-and-harmonisation-idea-family-law-europe/arid/34bce36b-c435-4a63-b291-69907d30f544, s.181-193; **Boodman, Martin**: "*The Myth of Harmonization of Laws*", The American Journal of Comparative Law, Vol. 39, No. 4, 1991, <https://doi.org/10.2307/840738>, s.704-708.

¹⁹⁷ Birçok 'mimar', Avrupa Birliği binasını uluslararası özel hukuk kapsamında tasarlamak için çalışmaktadır. Konu hakkında bkz. **Özkan, Zehra**: "*Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 66, S. 1, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621462>, s. 191.

¹⁹⁸ Konu hakkında bkz. **Ardeleanu, Anca-Monica**: "*Principles of European Family Law Regarding Divorce – Special View over The Romanian Civil Code*", Acta Universitatis Danubius-Juridica, Vol. 9, No. 2/2013, 2013, s.54.

¹⁹⁹ **Löhnig, Martin**: "*Unification of Law in the Field of Family Law – Roads and Dead-End-Roads*", International and Comparative Law Review, Vol.12, No.2, 2012, s.104.

Avrupa Aile Hukuku Komisyonu'nun kurulduğu 2001 yılından itibaren, AB Hukuku kapsamında üye devletlerdeki aile hukukunun uyumlaştırılması büyük tartışmalara sebebiyet veren bir konu olmuştur²⁰⁰. Yaklaşımlara genel olarak bakıldığında, uyumlaştırmaya karşı olanların²⁰¹ uyumlaştırmayı savunanlara göre daha popüler olduğu tespit edilmektedir.

Buna rağmen, aile hukukunun uyumlaştırılması destekten tamamen yoksun bir konu değildir. 1980 yılından itibaren birçok hukukçu, özel hukukun uyumlaştırılması gerektiğini ileri sürmekte ve bu konuda çalışmalar yapmaktadır²⁰².

²⁰⁰ **Legrand, Pierre:** “*Against a European Civil Code*”, The Modern Law Review, Vol. 60, No. 1, 2003, <http://www.jstor.org/stable/1097290>, s. 44–63 [*European Civil Code*].

²⁰¹ **Boele-Woelki, Katharina:** “*The Principles of European Family Law: Aims and Prospects*”, Utrecht Law Review, Vol. 1, C. 2, 2005, <http://ssrn.com/abstract=991556>, s. 160-168 [*The Principles of European Family Law*].

²⁰² **Antokolskaia, Masha:** Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective, A Tale of Two Milenia, Intersentia Antwerpen – Oxford, 2006 [*A Historical Perspective*]. Birçok hukukçuya göre Avrupa Özel Hukuku kapsamında bir aile kanununun geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Daha fazla bilgi için bkz. **Mcglynn, Clare:** “*Challenging the European Harmonisation of Family Law: perspectives on 'the family'*”, ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, s.219 [*Challenging the European Harmonisation of Family Law*].

Onlarca yıl önce, Avrupa Aile Hukuku terimi anlamsız ve garip bir terim olarak algılanmaktaydı. Günümüzde ise konunun önemi konusundaki farkındalık derecesi artmış ve Avrupa Aile Hukuku kavramı genel kabul görmeye başlamıştır. Buna rağmen Avrupa Aile Hukuku çoğu hukukçunun, akademisyenin ve AB kurumlarının gündemine oturmuş bir konu halini henüz almış değildir. Bu alana bağlı konular, çoğu zaman AB insan hakları ya da milletlerarası özel hukuk kapsamında değerlendirilmiştir²⁰³.

Milletlerarası özel hukuk kapsamında uyumlaştırma süreci, ticaret hukukuna göre çok daha geç başlamıştır ve hâlihazırda bu alandaki çalışmalar devam etmektedir²⁰⁴.

Müktesebatın uyumlaştırılması terimi, hukuk literatüründe karşılaştırmalı hukuk, kanunların çatışması ve milletlerarası özel hukuk kapsamında kullanılmıştır²⁰⁵.

Son yıllarda, AB üyesi devletlerde özel hukukun uyumlaştırılması konusunda çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Göç, farklı devletlerin vatandaşları arasındaki evlilikler, yabancı çocukların evlat edinilmesi, yurt dışında mülk edinilmesi gibi durumların önemli ölçüde artmış olması bu çalışmaların yapılmasını tetiklemiştir²⁰⁶.

²⁰³ **Martiny, Dieter:** “*Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?*”, 2010, <https://ssrn.com/abstract=1612157>, s.1-4; **Mcglynn, Clare:** “*Families and the European European Union Charter of Fundamental Rights: Progressive Change of Entrenching the Status quo?*”, European Law Review, S.26, 2001, s. 582-598 [*Progressive Change of Entrenching the Status quo?*].

²⁰⁴ **Widmer Lüchinger, Corinne:** “*Recent Developments in International Family Law: An Overview*”; Public and Private International Law Bulletin, V. 35, Issue: 2, 1-12.

²⁰⁵ **Boodman,** s.704-708.

²⁰⁶ **Pintens,** s.156; **Ardeleanu,** s. 51-61.

Artık Avrupa’da özel hukukların uyumlaştırılmasının gerekliliği açık bir şekilde anlaşılmış ve bu konuda çalışmalar başlatılmıştır. Uzun bir tren yavaş yavaş gardan hareket etmeye başlamıştır. Süreç içinde bazı yolcular bu trene binecek bazıları ise ondan inecektir. Ancak tren henüz belli olmayan bir istikamete doğru ilerlemeye devam etmektedir²⁰⁷. AB Hukuku’nda ve üye devletlerin iç hukuklarında özel hukuk kapsamındaki uyumlaştırma çalışmaları 40 yıldan beri devam etmektedir²⁰⁸.

B. AB Üyesi Devletlerde Özel Hukuk Farklılıkları

Avrupa devletlerinin aile hukuklarında mevcut olan farklılıklar konusu, olumlu ya da olumsuz bir yaklaşım yerine aynı Kıtanın farklı devletlerinin sahip olduğu özgün toplumsal ve siyasi değerlerin çatışması şeklinde ele alınabilecek bir konudur²⁰⁹. Avrupa Kıtasında yer alan devletlerin özel hukuk düzenlemeleri arasında önemli farklılıklar söz konusudur. Örneğin, İsveç gibi ülkelerde boşanmaya ilişkin düzenlemeler boşanma noktasına getirilen evlilikleri hızlı ve etkili bir şekilde sonlandırmayı amaçlarken,

²⁰⁷ **Pintens, Walter/Vanwinckelen, Koen:** Casebook European Family Law, Leuven University Press, 2001, s. 27.

²⁰⁸ **Boele-Woelki, Katharina:** “*For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law*”, Yearbook of Private International Law, Vol. 12, 2010, s.19 [The Europeanization of International Divorce Law].

²⁰⁹ **Bradley, David:** “*A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*”, Perspectives for the Unification and Harmonisation in Europe (Ed. Katharina Boele-Woelki), Intersentia, Antwerp-Oxford, New York 2003, s.101.

İngiltere gibi ülkelerde ise bu tür düzenlemeler söz konusu evlilikleri mümkün olduğu ölçüde korumayı ve boşanmayı önlemeyi amaçlamaktadır²¹⁰.

Yukarıda bahsi geçen örneklerle farklı devletlerin iç hukuk düzenlerindeki bazı farklılıklar gösterilmektedir. Aynı cinsiyete ait kişiler arasında yapılan evlilikler ya da resmi nikah olmadan hukuken tanınan birliktelikler gibi konularda farklı devletlerde yapılan ve birbirlerinden oldukça farklı olan hukukî düzenlemeler devletlerin farklı toplumsal değerlere sahip olduklarının bir göstergesidir²¹¹.

Yaşadığımız dünya her gün daha küresel ve karmaşık bir hal almaktadır. Bu koşullarda, farklı sosyo-ekonomik ve hukukî düzenlere sahip devletler birbirleriyle daha çok karşı karşıya gelmekte ve çeşitli şekiller ve araçlarla birbirlerine kendi değerlerini empoze etmeye çalışmaktadır²¹².

Şüphesiz Avrupa vatandaşları bazı devletlerde diğer bazı devletlerin tanımadığı belirli hak ve yükümlülükler sahip olabilmektedir. Örneğin, belirli bir devlette evli olma statüsü tanınan bir kişi, başka bir devletin hukuku kapsamında bekar olarak kabul

²¹⁰ **Glennon, Theresa:** “*An American Perspective on the Debate Over the Harmonisation or Unification of Family Law in Europe*”, Family Law Quarterly, Vol. 38, No. 1, 2004, s.195-197; **Bradley**, s.65-69; farklı devletlerin aile hukuku konusundaki farklı yaklaşımlarını vurgulayarak, devletlerin resmi ve dini evlilikler konusunda farklı yaklaşımlar sergilediklerini ileri sürmektedir. Batı Avrupa’da birçok devlet, ABD’de de olduğu gibi hem dini hem resmi nikâhı tanır, ancak bazı devletlerde sadece resmi nikâh tanınmaktadır.

²¹¹ **Bradley**, s. 91-96.

²¹² **Gabor, Alexander/Mavi, Victor:** “*Harmonization of Private International Law in the Soviet Union and Eastern Europe: A Comparative Law Survey*”, Review of Socialist Law, 1984, s.111.

edilebilmekte ya da belirli bir devlette evlat edinme hakkı tanınan bir kişiye başka bir devletin hukuku kapsamında bu hak tanınmayabilmektedir. Bütün bu durumlar, Avrupa devletleri arasındaki kültürel farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Bu tür farklılıkların, Avrupa’da insanların serbest dolaşımını bir şekilde engeller nitelikte olduğu ileri sürülmektedir²¹³.

Öte yandan, Avrupa devletlerinin aile hukuku ile ilgili hükümleri genel olarak gözden geçirildiğinde bu tür farklılıkların her zaman mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Uzun zaman önce bütün Batı ülkelerinde evlilik ve boşanma ile ilgili hükümlerin benzer nitelikte oldukları, özellikle Orta çağ döneminde bu alanlardaki hukukî düzenlemelerin benzerlik göstermesinin sebebinin ise örf ve âdet hukukuna dayandırılmış olmalarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır²¹⁴.

AB üyesi devletlerin iç hukuklarında, kanunların çatışması konusunda birçok farklılık olduğu tespit edilmiştir²¹⁵. Milletlerarası özel hukuk kapsamında bütün dünyada

²¹³ **Boele-Woelki, Katharina:** “*Comparative Research-Based Drafting of Principles of European Family Law*”, ERA Forum, Vol. 4, 2003, s.147 [*Comparative Research*].

²¹⁴ **Antokolskaia, Masha:** “*The Better Law Approach and the Harmonisation of Family Law*”, ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, Vol. 6, No.1/2, s.159-179 [*The Better Law Approach*].

²¹⁵ Yabancılik unsuru içeren boşanmalar konusunda iki farklı yaklaşım söz konusudur. *Common law* hukuk düzenine sahip ülkeler *lex fori*’yi uygular, Kıta Avrupası’ndaki ülkeler ise *Mancini* teorisinden etkilenerek kişilerin vatandaşlık ilişkisi ile bağlı olduğu devletlerin hukuklarını uygular. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

Gaertner, Veronika: “*European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An*

yeknesak bir şekilde uygulanan hükümler mevcut değildir. Çoğu zaman yabancılık unsuru içeren belirli meselelere uygulanacak hükümler devletten devlete farklılaşabilmektedir. AB üyesi devletlerin milletlerarası özel hukuk konusunda farklı yaklaşımlar sergileyen iç hukuk düzenlerinin uyumlaştırılması, üye devletlerin AB hukuk düzeni içerisinde birbirlerine daha fazla entegre olmaları açısından önem arz etmektedir. Son on yılda, AB kurumlarının temel hedeflerinden biri AB Özel Hukuku alanında ortak hükümler geliştirilebilmesidir²¹⁶.

Öte yandan, farklı hukuk düzenleri arasında uyumlaştırmayı reddeden bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşün savunucularına göre, dünyada farklı kültürel değerlerin ve farklı hukuk düzenlerinin mevcut olması gerçek adaletin sağlanması için gereklidir²¹⁷.

C. Uyumlaştırmanın Önemi

Çok uluslu ailelerin sayısının hızlı bir şekilde artmasına paralel olarak yabancı unsurlu özel hukuk alanındaki anlaşmazlıklar da artış göstermiştir. Bu tür

Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”, Journal of Private International Law, Vol. 2, No. 1, 2006, s. 104.

²¹⁶ **Hurná, Julia/Martyniv, Halina:** “*The Harmonization of Choice of Law Rules of Private International Law in the European Union*”, VEGA, no. 1/1083/12, “Selected Aspects of the European Private International Law Development”, s.117-127.

²¹⁷ **Legrand**, *European Civil Code*, s.191; **Legrand**, *Fragments on Law*, s.64; **Boele-Woelki**, *The Principles of European Family Law*, s. 160-168; **Antokolskaia**, *Family Law and National Culture*, s.25-34.

anlaşmazlıkların çözümü için uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla hüküm ve sözleşmeler geliştirilmiştir. Buna rağmen, bu tür anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulma sürecinin uzun ve masraflı bir süreç olduğu kabul edilmektedir²¹⁸.

Milletlerarası özel hukuk alanındaki uyumlaştırmanın geliştirilmesini destekleyen faktörlerden başlıcaları, çok uluslu ailelerin farklı ülkeler arasında serbestçe dolaşabilmesi ve insan haklarının korunmasının daha da güçlendirilmek istenmesidir²¹⁹.

Müktesebatın uyumlaştırılması ile AB üyesi devletler arasındaki müktesebat farklılıkları ortadan kalkacak ya da azalacaktır. Ancak bu, bütün üye devletlerin aynı hukukî düzenlemelere sahip olacağı anlamına da gelmemektedir²²⁰. Bu bakımdan milletlerarası özel hukuk dikkate alınmadan özel hukuk ve usul hukukunun uyumlaştırılması, insanların serbest dolaşımı sebebi ile meydana gelen hukukî sorunları²²¹ çözüme kavuşturmak için yeterli olmayacaktır. Özel hukuk müktesebatlarının uyumlaştırılmasının avantajı, farklı devletlerin birbirleriyle çatışan iç hukuk kurallarının sayısının asgariye indirilmesi, belirli sorunlara uygulanacak hukukun belirlenmesinin

²¹⁸ **Glennon**, s.192.

²¹⁹ “*Bütün bu gelişmelere rağmen, özel hukukun uyumlaştırılması uluslararası ticaret geliştiği sürece gereklidir, uluslararası ticaret devam ettiği sürece bu konudaki ihtiyaç da devam edecektir*”; **Özkan**, s. 157-199.

²²⁰ **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*”, s.19.

²²¹ Aile hukuku kapsamındaki müktesebatın uyumlaştırılması bütün sorunları çözecek değildir; ancak, önemli avantaj ve kolaylıklar sağlayacaktır: **Pintens**, s. 155.

kolaylaştırılması ve benzer nitelikteki meselelerin benzer şekillerde karara bağlanabilmesidir²²².

AB’de 1998 yılı Aralık ayında kabul edilen Eylem Planı’nın amacı, farklı devlet otoriteleri arasındaki iletişimi ve iş birliğini düzenleyen hüküm ve usullerin iyileştirilmesi ve basitleştirilmesidir. Bu plan aracılığıyla, Avrupa vatandaşlarının hayatlarını kolaylaştırmak amacıyla özel hukuk alanında müktesebatın uyumlaştırılması ve ilgili usullerin en iyi şekilde işleyebilmesi önünde engel teşkil eden unsurların ortadan kaldırılması hedeflenmiştir²²³.

Aile hukuku alanındaki müktesebatın uyumlaştırılmasının, ancak ilgili alandaki hukukçuların “Avrupalı olarak düşünmeye” başlamasıyla mümkün olabileceği ileri sürülmektedir. Bahsi geçen Avrupalı hukukçuların öncelikle, aile hukukunun AB hukuk düzeni kapsamındaki öneminin farkına varmaları gerekmektedir. AB hukuku kapsamında AB Aile Hukuku konusunda ihtiyaç duyulan düzenleme çalışmaları yapılırken, bu alanların milletlerarası özel hukuk ve AB Hukuku’nun genel ilkeleri ile olan ilişkisi de dikkate alınmalıdır. Ayrıca, Avrupa Aile Hukuku alanında çalışma yapacak olan hukukçulara gerekli araç ve desteğin sağlanması da gerekmektedir²²⁴.

²²² **Jänterä-Jareborg, Maarit:** “*Europeanization of Law: Harmonization or Fragmentation – A Family Law Approach*”, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2010, s.506 [*A Family Law Approach*].

²²³ **Fiorini,** *Rome III-Choice of Law in Divorce*, s. 179-182.

²²⁴ **Boele-Woelki,** *Comparative Research*, s.147.

D. Uyumlaştırmanın Anlamı

Uyumlaştırma konusunda genel kabul gören tanıma göre: “*Uyumlaştırma, farklı devletlerin hukuk müktesebatlarının benzerlik derecesinin artması ile sonuçlanan bir süreçtir.*” Uyumlaştırma, yüksek bir otoritenin iradesi (yukarıdan aşağıya uygulama ya da merkezi uygulama şekli) ya da halkın talebiyle (aşağıdan yukarıya uygulama ya da merkezi olmayan uygulama şekli) gerçekleştirilebilir²²⁵.

Aile hukuku alanındaki uyumlaştırma süreci, ilgili tarafların uğraş ve çalışmaları sayesinde gerçekleşebileceği gibi, doğal bir şekilde kendiliğinden ve empoze edilmeden de gerçekleşebilir. Yukarıdan aşağıya uygulama yöntemiyle gerçekleştirilen uyumlaştırma süreci, her zaman merkezi bir otoritenin iradesi ile yönetilmiş olur. Merkezi uyumlaştırma sürecinden farklı olan aşağıdan yukarıya uygulama yöntemiyle gerçekleştirilen uyumlaştırma süreci ise kendiliğinden, doğal bir şekilde uyumlaştırılan hukuk sistemlerinde vuku bulur²²⁶. Uyumlaştırma sürecinde uygulanan bu yolların her ikisinin de²²⁷ amacı AB üyesi devletler arasındaki müktesebatı uyumlaştırmak ve Avrupa Özel Hukuku’nu geliştirmektir.

Uyumlaştırma kavramı, AB üyesi devletlerin hukuk müktesebatlarının uyumlaştırılmasına ilişkin bir kavram olmakla birlikte, bu doğrultuda yapılan çalışmalar

²²⁵ **Smits, Jan:** The Making of European Private Law: Towards a lus Commune Europaeum as a Mixed Legal System, Intersentia, 2002, s. 6.

²²⁶ **Smits,** s, 6.

²²⁷ Konu hakkında bkz. **Antokolskaia, Masha:** “*Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality*”, Child and Family Law Quarterly, Vol. 22, No. 4, Y. 2010, <https://ssrn.com/abstract=1939190>, s. 400 [*Harmonisation of Substantive Family Law in Europe*].

ve girişimlerin AB Hukuku kapsamında geliştirilen tamamen yeni bir müktesebat olduğundan bahsedilemez. Zira uyumlaştırma sürecinde çalışma yapan veya yapacak olan hukukçular için üç seçenek söz konusudur. Bu seçenekler; üye devletlerin tamamında ya da çoğunda geçerli olan hükümleri seçmek, sadece belirli bir hukuk düzeninde geçerli olan hükümleri tercih etmek ya da yeni bir hüküm geliştirmektir²²⁸.

*Martin Boodman*²²⁹, müzik ile analogi yöntemini kullanarak uyumlaştırma ve uyumlaştırmanın kapsamı gereken unsurlar konusunda enteresan bir açıklama getirmektedir. Boodman şöyle açıklar: “Uyumlaştırma süreci ya da başka bir ifadeyle uyum sağlama süreci, özünde bir anlaşmadır. Bu süreç, birbirleriyle benzeyen unsurların, sağlam ve düzenli bir bütünlük oluşturmak amacıyla aralarında uyumun sağlanması ya da birbirleriyle kombine edilmesi durumunu ifade eder. İngiliz etimolojisine göre uyumun (ahengin, harmoninin) en eski anlamı müzik alanıyla ilgilidir. Bu kapsamda uyumun, ahengin anlamı müzik notalarının hoş bir melodi oluşturmak için birbirleriyle kombine edilmesidir. Uyumlaştırma sürecinin temel özellikleri en iyi şekilde müzik ile analogi yapılarak ortaya konulabilir. Uyumlaştırmanın özelliklerinden biri, uyumlaştırılan objelerin çeşitliliğinin korunmasıdır. Müzik teorisine göre, ahenk notaların dikey bütünleşmesidir, melodi ise notaların yatay bütünleşmesidir. Dikey bütünleşme farklı tondaki seslerin eş zamanlı kullanılması anlamına gelir. Melodi oluşturmak için yatay bütünleşmede ise notaların çeşitliliği gereklidir, bu şekilde yeknesaklıktan uzaklaşma söz konusudur. Müzikte yeknesaklık ya da aynı tondaki iki sesin aynı anda çalması, ses dalgalarının faz ya da uzunluğuna bağlı olarak tek bir ses ya da sessizlik meydana getirir. Uyumun (ahengin) ikinci bir özelliği, onu oluşturan tonların kendi özelliklerini koruması ve bu tonların hep birlikte yeni ve karmaşık bir müzik

²²⁸ **Antokolskaia**, *The Better Law Approach*, s.160.

²²⁹ **Boodman**, s.701-702.

melodisi meydana getirmesidir. Müzik dinleyicisi, çeşitli nota ve akordla meydana getirilmiş bir melodinin, az nota ile oluşturulmuş bir melodiye göre daha zengin olduğunu daha iyi anlayabilmektedir. Uyumun (ahengin) üçüncü özelliği, anlaşmazlığın tam tersi olmasıdır, zira farklı notalar güzel ve hoş bir melodi üretebilmektedir.”

Farklı devletlerin müktesebatının uyumlaştırılması süreci, farklı devletlerin hukuk kurallarının başka devletlerde daha kolay anlaşılmasını ve uygulanmasını sağlar. Bu süreç sayesinde taraflar farklı hukuk düzenlerini, yapılarını, kavramlarını ve yaklaşımlarını daha kolay bir şekilde anlayabilecektir. Bu süreç çeşitli hukukî anlaşmazlıklara da âdil çözümler getirebilecektir.

Sonuç olarak, uyumlaştırma²³⁰ farklı unsurların, kendi özelliklerini koruyarak tutarlı bir bütünlük kurmak amacı ile birbirine uyum sağladığı veya birbirleriyle kombine edildiği bir süreçtir. Rölatif bir anlamda uyumlaştırma, farklı unsurlar arasında bir ilişkinin kurulması anlamına gelmektedir. En çok kabul gören mutlak anlamında ise uyumlaştırma, uyumlu bir ilişkinin kurulması anlamına gelmektedir²³¹.

Uyumlaştırmayı reddeden akademisyenlerin uyumlaştırma ve yeknesaklık arasındaki önemli farklılığı anlamaları gerekmektedir. Yeknesaklıktan farklı olarak, uyumlaştırma sürecinde devletler arasındaki farklılıkların ortadan kalkması gerekmez, sadece AB üyesi devletlerin farklı hukuk düzenlemelerinin birbirleriyle uyumlu bir şekilde işlemeleri hedeflenir²³².

²³⁰ Uyumlaştırmamanın kapsamı ve başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi için dikkate alınması gereken kriterler için bkz. **Boodman**, s. 699-724.

²³¹ **Boodman**, s.702.

²³² **Meulders-Klein/Marie Therèse**: “Towards a European Civil Code or Family Law? Ends and Means”; ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the

E. Avrupa Birliği (AB)'nin Yetkileri

AB Hukuku'nda boşanma prosedürleriyle ilgili hukuk düzenlemeleri 1999 yılında başlatılmıştır. Bu yıl yürürlüğü giren Amsterdam Antlaşması ile özel hukuk alanında yargı iş birliği konusu AB yetkilerine dâhil edilmiştir. AB Hukuku çerçevesinde gerçekleştirilmesi gereken özel hukuk uyumlaştırılması, AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 81. maddesinde düzenlenmiştir. Bahsi geçen hükme göre, yabancılık unsuru içeren özel hukuk davaları konusunda yargısal iş birliği yapılması gerekmektedir²³³.

Milletlerarası nitelikli özel hukuk alanlarında yapılacak uyumlaştırmalar, AB'nin bir talebidir. AB'nin aile hukukunun uyumlaştırılması konusundaki yetkisinin hukukî temelini, Amsterdam Antlaşması ile getirilen AB Antlaşması'nın 61. (c), 65. ve 67. maddeleri oluşturmaktadır²³⁴. Amsterdam Antlaşması'ndan önce özel hukukun uyumlaştırılması konusunda AB'nin herhangi bir yetkisinin söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, AB'nin üye devletlerin özel hukuklarının

Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, s. 108.

²³³ **Harding, Maebh:** “*The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character out of Family Law?*”, Journal of Private International Law, Vol. 7, No. 1, 2011, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1729230>, s. 210-216.

²³⁴ **Jänterä-Jareborg, Maarit:** “*Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective*”, ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, s.194-216 [A Critical Perspective].

uyumlaştırılması konusundaki yetkisi, uyumlaştırmanın iç pazarın işleyişi için gerekli olduğu ölçüde mümkündür²³⁵.

AB'nin bu yetkisinden dolayı milletlerarası özel hukuk alanında, başta AB Hukuku olmak üzere, üye devletlerin hukuklarında da hızlı bir şekilde değişimler söz konusu olacaktır²³⁶.

AB bünyesinde yapılan çalışmalar kapsamında, en son 20 Aralık 2010 tarihli “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü²³⁷” yürürlüğe girmiştir. Tüzük, AB’de yabancı unsurlu boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir düzenleme öngörmektedir²³⁸.

F. AB Aile Hukuku’nun Uyumlaştırılmasının Zorlukları

AB üyesi devletlerin aile hukuku mevzuatları devletlerin tarihi, kültürü ve ahlaki değerlerinin farklılaşmasına bağlı olarak farklılık göstermektedir. Her devletin, ilgili hukuk mevzuatının oluşturulmasına dayanak teşkil eden kendine özgü bir kültürü vardır.

²³⁵ **Hurná, Julia/Martyniv, Halina**, s.117-127.

²³⁶ **Monika Pauknerová/Magdalena Pfeiffer**: “*The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives within the European Union*”, Journal of Private International Law, Vol. 10, No. 2, 2014, s.205.

²³⁷ *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, Y. 29.12.2010*. Bundan sonra “Tüzük” ya da “Roma III Tüzüğü” olarak ifade edilecektir.

²³⁸ **Hurná/Martyniv**, s.117-127.

Dolayısıyla devletlerin hukuk kurallarının, kendi toplumlarının kültürel köklerinden etkilenmesinin oldukça doğal bir süreç olduğu ileri sürülebilir. AB üyesi devletlerin aile hukuku mevzuatları arasındaki farklılıklar, bu alanın neredeyse her yerinde fark edilmektedir²³⁹. Zira aile hukuku mevzuatı²⁴⁰, sözleşmeler hukuku mevzuatına nazaran kültür ve din kurallarından çok daha fazla etkilenen bir alandır²⁴¹. Özellikle din kurallarının etkisinin daha çok görüldüğü Avrupa'nın bazı ülkelerinde aile hukuku ile ilgili olan boşanma, kürtaj, aynı cinsteki eşlerin evliliği gibi konularda daha muhafazakâr bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. Protestan bölgeleri gibi diğer bazı bölgelerde ise daha liberal olan dini yaklaşım nedeniyle boşanma ve kürtajla ilgili hukukî mevzuat daha

²³⁹ **Antokolskaia**, *Harmonisation of Substantive Family Law in Europe*, s.401-404.

²⁴⁰ Avrupa Konseyi, üye devletlerin medeni hukuk alanındaki mevzuatlarının yakınlaştırılması ihtiyacına ilişkin olarak 16 Kasım 2001 tarihinde yayınlamış olduğu raporda, aile hukukunun üye devletlerin kültürel yapısı, ulusal örf ve adetleri ve dini kurallarının etkisinde olması nedeniyle bu alandaki mevzuat uyumlaştırılmasının güçlüğüne vurgulamaktadır, Daha fazla bilgi için bkz. “*Council Report on the Need to Approximate Member States Legislation in Civil Matters of 16 November 2001*”, 13017/01 Justciv 129, s. 114.

²⁴¹ **Wolfram Müller-Freienfels**, aile hukukunun yapısına ilişkin şu vurguyu yapmaktadır: Aile hukukunun kavramları, özellikle kültürel, dini, siyasi, sosyal, tarihi ve psikolojik faktörlerin etkisindedir. Bundan dolayı, Avrupa Kıtasında aile hukukunun ilkeleri farklı toplumlarda farklılık göstermektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Müller-Freienfels, Wolfram**: “*The Unification of Family Law*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 16, No. 1/2, 1968, JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/838252>, s.175.

az kısıtlayıcı niteliktedir²⁴². Avrupa Kıtasında uygulanan aile hukuku ilkelerinin farklılığı, aslında adalet veya adaletsizlikle alakalı bir konu olarak değil, bölgede bulunan halkların sahip olduğu kültürel ve sosyal değerlerin yansımasıyla ilgili olarak değerlendirilmelidir²⁴³. Avrupa Kıtasındaki aile hukuku düzenlemelerinin farklılığı sadece farklı devletler arasında gözlenen bir durum olmayıp, kimi zaman aynı devletin içinde bulunan farklı bölgelerde de bu tür hukukî farklılıklar gözlenmektedir²⁴⁴. Bu durumun sebebi hem Avrupa kıtasında mevcut olan çok kültürlülük²⁴⁵ hem de Avrupalı olmayan devletlerden gelen yoğun göçtür. Öte taraftan, Avrupa devletlerinin kendi halkları içinde de farklı kültürel yapıların mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin, kentsel bölgede yaşayan yüksek eğitilmiş bir ailenin kültür anlayışı, kırsal bölgede yaşayan bir çiftçi ailesinin kültür anlayışından farklılık göstermektedir. Her devlette baskın bir kültür

²⁴² **Pylkkanen, Anu:** “*Liberal Family Law in the Making: Nordic and European Harmonisation*”, *Feminist Legal Studies*, Vol. 15, No.3, 2007, s.289-293.

²⁴³ **Glennon,** s.191.

²⁴⁴ **Legrand, Pierre:** *Fragments on Law – as- Culture*, W.E.J. Tjeenk Willink, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, No.4, 2000, s.64 [Fragments on Law].

²⁴⁵ **Sefton-Green, Ruth:** “*Multiculturalism, Europhilia and Harmonization: Harmony or Disharmony?*”, *Utrecht Law Review*, Vol. 6, No. 3, 2010, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1714396>, s.50-52; **Harlow, Carol:** “*Voices of Difference in a Plural Community*”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, No. 2, 2002, s. 339–367.

söz konusudur ki genellikle bu kültür baskın konumda bulunan elitlerin kültürüdür. Baskın olan kültür, doğal olarak aile hukuku mevzuatına da yansıtılmaktadır²⁴⁶.

AB’de aile hukuku mevzuatının uyumlaştırılması konusunda kuşkucu bir yaklaşım sergileyenlerin ileri sürdüğü en önemli gerekçelerden biri kültürel kısıtlamalar gerekçesidir²⁴⁷. Aslında kültürel kısıtlama gerekçesinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin 24.05.2010 tarihli *Schalk ve Kopf* Austurya kararında bahsedilmiştir²⁴⁸. Söz konusu kararda Mahkeme, evliliğin toplumdan topluma değişiklik gösteren sosyal ve kültürel derin kökleri olduğunu vurgulamaktadır. *Otto Kahn-Freund* ise aile hukukunu uyumlaştırma çabalarını ‘umutsuz çabalar’ olarak değerlendirmiştir²⁴⁹. Aile hukukunun uyumlaştırılması konusundaki bu kuşkulu yaklaşımların sebebi olarak toplumlar arasında kültürel ve tarihi nitelikte derin farklılıklar olması²⁵⁰ ve üye devletlerin

²⁴⁶ **Antokolskaia**, *The Harmonisation of Family Law*, s. 41-44; **Antokolskaia**, *The Better Law Approach*, s.171-172.

²⁴⁷ Kültürel kısıtlamalarla ilgili argümanlar konusunda daha fazla bilgi için bkz. **Antokolskaia, Masha**: “*Family Law and National Culture: Arguing Against the Cultural Constraints Argument*”, *Utrecht Law Review*, Vol. 4, No. 2, 2008, s. 25-34 [*Family Law and National Culture*].

²⁴⁸ *Schalk and Kopf v Austria*, 2010, ECHR 995, para 62, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112004>, 01.12.2021.

²⁴⁹ **Kahn-Freund, Otto**: “*Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*”, M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden 1978, s.141.

²⁵⁰ **Löhnig**, s.103: Yazar eserinde şu vurguyu yapmaktadır: “*Avrupalı hukuk kültürü çatısı altında, bin yıldan beri birbirinden tamamen farklı ve ayrı olan iki kültürel bölgeden bahsedilebilir. Avrupa Birliği’nin üyesi olmayı hedefleyen Türkiye ise*

aile hukukunun uyumlaştırılması konusunda ortak hedeflerinin belirtilmemiş olması gösterilmektedir. Hukuk mevzuatlarının toplumsal kültürün bir parçası olarak ona oldukça bağlı olduğunu öne süren bazı yazarlara göre, hukuk mevzuatlarının toplumun anıtları ve doğası gibi koruma altına alınması gerekmektedir. Bu yaklaşıma göre aile hukukunun uyumlaştırılması kabul edilmemelidir. Zira böyle bir süreç, bazı toplumların kültürel açıdan büyük kayıplara uğramasına yol açabilecektir. Hatta *Pierre Legrand* medeni hukuk mevzuatının uyumlaştırılmasını, genel olarak kültürel emperyalizmin bir şekli olarak değerlendirmektedir²⁵¹.

Peki, aile hukukunun uyumlaştırılması gerçekten kültür açısından bir tehlike olarak nitelendirilebilir mi²⁵²? Aile hukukunun uyumlaştırılmasına doğru giden yolun zorluğu, bu yaklaşımı destekleyenlerin ‘hayalperest’ olarak nitelendirilmesine neden olmuştur²⁵³. Buna rağmen Avrupa Komisyonu bu konuda çalışmalara devam etme yönünde bir yaklaşım sergilemiştir.

Bununla birlikte, aile hukukunun uyumlaştırılmasına şüphe ile yaklaşanlar bu düşünceye tamamen karşı çıkmamaktadır²⁵⁴. Öne çıkardıkları temel nokta, böyle bir sürecin ne şekilde gerçekleştirilebileceği konusundaki şüpheleridir. Söz konusu kesime göre, AB kapsamında aile hukukunun başarılı bir şekilde uyumlaştırılması için öncelikle

hukuk kültürü açısından tamamen farklı ‘üçüncü’ bir kültürel bölge olarak nitelendirilebilir.”

²⁵¹ **Pintens**, s.155-161; **Bradley**, s. 65.

²⁵² **Boele-Woelki**, *Comparative Research*, s.147.

²⁵³ **Cashin Ritaine, Eleanor**: “*Harmonising European Private International Law: A Replay of Hannibal’s Crossing of the Alps?*”, *International Journal of Legal Information*, Vol. 34, No. 2, 2006, s. 438.

²⁵⁴ **Jänterä-Jareborg**, *A Critical Perspective*”, s.194-196.

AB üyesi devletlerin aile hukuku alanındaki ulusal mevzuatlarının karşılaştırmalı bir analizinin yapılması gerekmektedir. Bu çalışmanın sonucunda bazı ortak ilkelerin belirlenmesi gerekecektir. Söz konusu ortak ilkeler AB kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması konusunda ilk adımı teşkil edecektir²⁵⁵. Diğer bazı yazarlara göre ise AB kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması süreci AB üyesi devletlerin çoğu için ortak olan temel değerlerden yola çıkarak başlatılmalıdır²⁵⁶. Bazı yazarlar, ulusal kültürlerin uzun süreçler içerisinde, zorluklar yaratan farklılıklardan uzaklaşarak daha çok yakınlaşmakta olduğunu ileri sürmüştür. Buna rağmen ulusal kültürlerin ulusal hukuk mevzuatlarının oluşturulması konusundaki etkisi²⁵⁷, AB Hukuku kapsamında aile

²⁵⁵ “Avrupa’da tam bir serbest dolaşıma ulaşabilmek için üye devletlerin tüm mevzuatlarının uyumlaştırılması gerekmez ancak aile hukukunun uyumlaştırılması gerekir”: **Dethloff**, s.37-64; **Örücü, Esin**: “*A Family Law for Europe: Necessary, Feasible, Desirable?*”, ed. Katharina Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, s. 557-558.

²⁵⁶ **Dethloff**, s. 64; **Antokolskaia, Masha**: “*The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas*”, *European Review of Private Law*, Vol. 11, Issue. 1, 2003, s.44 [*The Harmonisation of Family Law*].

²⁵⁷ Ünlü yazar **Pierre Legrand**, kanunun ‘kültürcülüğünü’ sadece ulusal açıdan ya da daha doğrusu, *common law* / medeni hukuk açısından algılar, daha fazla bilgi için bkz. **Legrand**, *Fragments on Law*, s.64-66; **Collins, Hugh**: “*European Private Law and the Cultural Identity of States*”, *European Review of Private Law*, Vol. 3, No. 2, 1995, s. 353-365.

hukukunun uyumlaştırılmasını zorlaştırmaktadır²⁵⁸. Avrupa Kıtasında bulunan toplumların taşıdıkları sosyolojik benzerliklere rağmen, aile hukukunun uyumlaştırılması açısından önemli sayılabilecek ortak bir ‘çekirdek’ mevzuatın belirlenebilmesinin oldukça zor olduğu ileri sürülmektedir²⁵⁹.

Aile hukukunun uyumlaştırılması kapsamında AB üyesi devletlerin yapmaları gereken reformlar dışardan empoze edilecek reformlar olamaz, bu reformlar sadece ulusal kültürlerin içinden başlatılırsa başarılı olur²⁶⁰. AB üyesi devletlerin modernleştirme amacıyla aile hukukunun uyumlaştırılması konusunda zorlanmasına yönelik her çaba, bu devletler tarafından dirençle karşılanacak ve hiçbir şekilde başarılı olamayacaktır. Dolayısıyla aile hukukunun uyumlaştırılması konusunda atılacak her zorlayıcı adım üye devletler nezdinde reaksiyon yaratacak, kabul görmeyecek ve ulusal mevzuatın korunma çabalarını pekiştirecektir. Başka bir ifadeyle, yukarıdan aşağıya doğru inen mevzuat uyumlaştırma çabaları üye devletlerde hukukî ve siyasi bir direnci tetikleyecek ve hukuk

²⁵⁸ **Antokolskaia**, *Harmonisation of Substantive Family Law in Europe*, s.401.

Kültürel farklılıklardan kaynaklanan aile hukukunun uyumlaştırılması; ayrıca bkz: **Oğuztürk**, s.182-183; **Antokolskaia, Masha** (ed): *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2007, s. 11 [*Convergence and Divergence*].

²⁵⁹ **Agell, Anders**: “*Is There One System of Family Law in the Nordic Countries?*”, *European Journal of Law Reform*, Vol. 3, 2001, s. 313–330; **Thérèse/Klein**, s.109; **Antokolskaia, Maria**: “*Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Common Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies*”, *Journal of Family History*, Vol. 28, No. 1, 2003, s. 52.

²⁶⁰ **Lee Holleman, Warren**: *The Human Rights Movement. Western Values and Theological Perspectives*, Praeger, NewYork 1987, s.211.

uzmanlarının eleştirilerine hedef olacaktır²⁶¹. Aile hukukunun uyumlaştırılması yönünde AB üyesi ülkelerde yapılan reformlar, her ne kadar AB Aile Mevzuatı'nı uyumlaştıramamışsa da üye devletlerin aile hukuku mevzuatlarının yakınlaşması yönünde katkı yaratmıştır. Böylece Avrupa Kıtasında ilerici Kuzey ile muhafazakâr Güney arasındaki derin farklılık az da olsa kapatılmıştır²⁶².

AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması adına gösterilen çabaların mevcut aşamasında aslında cevaplardan çok ikilemler bulunmaktadır²⁶³. AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması sürecinde, devletlerin farklı hukuk kültürlerinin dikkate alınması gerektiği bir gerçektir. Avrupa kültürü çatısı altında Doğu, Batı ve İslam kültürü olmak üzere üç farklı kültürün olduğu görülmektedir. Aynı çatı altında ayrıca bölgesel alt hukukî kültürlerden de bahsedilebilmesi mümkündür²⁶⁴. Bu ikilemlere çare aranırken *Common Law* (Anglosakson) ve *Civil Law*²⁶⁵ (Kıta Avrupası) gibi farklı hukuk düzenlerinin yaklaşımlarının dikkate alınması gerekmektedir.

AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılmasını destekleyenler, üye devletlerin aile hukuku alanındaki ulusal mevzuatlarının farklılıklarını kabul etmekle birlikte bu alandaki ortak değerlerine de vurgu yapmaktadır²⁶⁶. Özellikle son yıllarda, AB

²⁶¹ **Sefton-Green**, s.58-60.

²⁶² **Pintens, Walter**: “*Europeanisation of Family Law*”, ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, Vol. 6, No.1/2, s. 8 [*Europeanisation of Family Law*].

²⁶³ **Antokolskaia**, *The Harmonisation of Family Law*, s.48.

²⁶⁴ **Löhnig**, s.101-104.

²⁶⁵ **Martiny**, s.1-2.

²⁶⁶ **Oğuz**, s.38.

ülkelerinde ve bölgeler arasında farklı örf, adet ve hukuk kurallarının mevcut olması bir artı değer olarak nitelendirilmektedir. Bu tür yaklaşımların daha çok, AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılmasını, karşılaştırmalı hukuk kapsamında değerlendiren yazarların sergilediği yaklaşımlar olduğu görülmektedir. Karşılaştırmalı hukuk kapsamında çalışmalar yapan hukukçular, AB Hukuku çerçevesinde aile hukukunun uyumlaştırılabileceği bir temel aramak yerine aile hukuku mevzuatları arasındaki farklılıklara vurgu yapmaktadır. Bu hukukçulardan bazıları, Avrupa’da aile hukukunun temellerinin örf ve âdet kuralları olduğunu ileri sürmektedir. Bu tür bir nitelendirme aslında Batı Avrupa devletleri için yerinde sayılabilir ancak Avrupa kıtasında bulunan bütün toplumlar için geçerli olduğu söylenemez. Bununla birlikte, son dönemlerde Avrupa’da ilerlemeler²⁶⁷ olduğunu ve yeni bir hukuk kültürünün oluştuğunu gösteren birçok gelişme²⁶⁸ söz konusu olmuştur. Örneğin kadın ve erkek arasındaki hak eşitliğinin sağlanması, eşcinsel topluluklara karşı ayrımcılığın azalması, evlilik olmadan birlikteliklerin kabul görmesi gibi durumlar yeni bir gerçeklik teşkil etmektedir²⁶⁹.

AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılmasını destekleyen hukukçular, örf ve âdet kurallarının aile hukukunun oluşturulmasındaki etkisini incelerken, örf ve âdet kurallarının insan hak ve hürriyetlerinin modern kavramlarına ters düştüğünü öne sürmektedir. Bu hukukçular, söz konusu örf ve âdet kurallarının insan hak ve hürriyetlerine aykırılık teşkil etmeleri halinde kutsal olarak değerlendirilip savunulmaması gerektiğini, zira hukuk kavramlarının kendilerinin bir amaç değil sadece hukuk sükeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen araçlar olduğunu vurgulamaktadır²⁷⁰.

²⁶⁷ **Antokolskaia**, *The Harmonisation of Family Law*, s.44.

²⁶⁸ **Pintens**, *Europeanisation of Family Law*, s.6.

²⁶⁹ **Löhnig**, s.101-104.

²⁷⁰ **Antokolskaia**, *Family Law and National Culture*, s.26;

Onlara göre AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması, yeni hukuk kültürünün aşamalı bir şekilde aile hukuku mevzuatına entegre edilmesiyle gerçekleştirilmelidir²⁷¹.

Vurgulanması gereken şudur ki, AB üyesi devletlerin siyasi iradeleri ulusal düzeyde belirlenir, aile hukuku mevzuatları da ulusal hukuk düzenleri içerisinde ilerici ve muhafazakâr kesimlerin yaklaşımları arasında kurulan uzlaşmaya göre şekillenir. Aile Hukuku mevzuatı bu şekilde değil de, yukarıdan aşağıya doğru dayatılan bir iradeyle şekillendirilmiş olsaydı ulusal yetkilerin çiğnenmesinden bahsedilebilirdi. Aile Hukuku alanındaki muhtemel bir kapsamlı uyumlaştırma AB'nin mevcut yetkilerini aşacak, ayrıca üye devletlerin ulusal siyasi iradelerine de uygun olmayacaktır. Yine de bu durum, AB Hukuku kapsamında aile hukukunun yukarıdan aşağıya doğru uyumlaştırılmasının tamamen mümkün olmadığı anlamına gelmez, ancak bu şekildeki mevzuat uyumlaştırmalarının gerçekleştirilmelerinin güçlüğü açısından dikkate alınması gereken bir husustur. Hâlihazırda, AB tüzükleri aracılığıyla üye devletlerde aile hukukunun çok sınırlı sayıdaki bazı alanlarında mevzuat uyumlaştırmaları gerçekleştirilmektedir. Bundan, AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması önündeki asıl engellerin kültürel nitelikte değil siyasi nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda bahsi geçen hukukçulara göre, aile hukuku alanındaki uyumlaştırmaya karşı olanların öne sürdükleri kültürel farklılıklar gerekçesi aslında özünde siyasi bir gerekçedir²⁷².

Aile hukukunun uyumlaştırılması kapsamındaki tartışmalara, Hristiyanlık ve İslam arasındaki ilişkinin dâhil edilmemesi ilgi çekici bir olgudur. Ancak bu konunun yakında tartışmaya dahil edileceği öne sürülmektedir. Özellikle AB'ye yeni üye olan Ortodoks toplumların İslam dini ile ilgili tartışmaları Hristiyan kültürel mirasının

²⁷¹ **Löhnig**, s.103.

²⁷² **Antokolskaia**, *Harmonisation of Substantive Family Law in Europe*, s.401-409.

korunması ile ilgili bir tartışma zeminine oturtarak eleştirel bir yaklaşım sergileyeceği ileri sürülmektedir²⁷³.

AB üyesi devletlerde ve hatta Avrupa Kıtasında AB üyesi olmayan diğer devletlerde de farklı kültür ve dinlerin etkisiyle şekillenmiş farklı aile hukuku mevzuatları uygulanmaktadır. Bu farklılıklar, aslında AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması yolunda önemli zorluklardır. Buna rağmen, son yıllarda AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılmasını sağlamak için yapılan çalışmalar AB tarafından desteklenmektedir. Bu konuda çalışma yapan gruplardan biri *Katharina Boele-Woelki* tarafından yönetilen Aile Hukuku Çalışma Grubudur. AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılmasına yönelik AB'nin onayladığı birçok tüzük söz konusudur: Brüksel I Tüzüğü (Brüksel I bis ile değiştirilmiş), Brüksel II bis Tüzüğü, Roma III Tüzüğü. Bütün bu çalışmalar, genel olarak özel hukukun uyumlaştırılması ve özel olarak da aile hukukunun uyumlaştırılması konusunda büyük bir önem taşımaktadır. AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması konusundaki çalışmalar, bu süreci kolaylaştıracak mekanizmaları geliştirerek daha fazla ilerletilmelidir.

G. AB Hukuku Kapsamında Özel Hukukun Uyumlaştırılmasında Kullanılan Enstrümanlar

Bölgesel bir devletler birliği olan AB, kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşım esası üzerine kurulmuştur. Avrupa'da uygulanan serbest dolaşım mevzuatı bir yana, üye devletler kendi iç hukuk düzenleri kapsamında özel hukuk

²⁷³ **Pylkkanen**, s.289-293.

mevzuatlarını kendileri düzenleme yetkisine sahiptir²⁷⁴. Dolayısıyla üye devletler, özel hukuk mevzuatlarını oluştururken öncelikle kendi vatandaşlarının çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür.

Yabancı unsur içeren hukukî meselelerin ve bu kapsamda sorun yaşayan farklı devletlerin vatandaşlığına tâbi insanların sayısının artması, 1990'lı yılların başında bu sorunları tartışmak amacıyla AB devletlerinde birçok konferans düzenlenmesine neden olmuştur²⁷⁵. Bu sorun hukukçuların da dikkatini çekmiş, çözüm üretebilmek için çalışmalar yapmaya yöneltmiştir. Bu hukukçuların araştırmaları²⁷⁶ soruna yönelik çalışma alanına önemli katkılar sağlamıştır zira analizler, tartışmalar ve çeşitli yayınlar şeklinde ortaya koydukları²⁷⁷ çalışmaları sayesinde mevzuat uyumlaştırmasının ve bu

²⁷⁴ XX. Yüzyılda kurulan ve özel hukuk alanındaki mevzuat uyumlaştırmalarının önemini vurgulayan en önemli uluslararası örgütlerden biri Uluslararası Özel Hukuk Uyumlaştırma Örgütü (UNIDROIT), bir diğeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonudur (UNCITRAL). Daha fazla bilgi için bkz. **Basedow, Jürgen**: “*Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu*”, (çev. Arzu Oğuz), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 52, No. 3, 2003, s.1-18.

²⁷⁵ **Boele-Woelki**, *The Principles of European Family Law*, s.161.

²⁷⁶ Bazı hukukçular, özel hukukun uyumlaştırılması sürecinin başlangıç noktasının karşılaştırmalı hukuk olduğunu ileri sürmektedir. Bu kapsamda aynı durum aile hukuku açısından da geçerli görülmektedir. Ancak son yıllarda, hukuk mevzuatlarının uyumlaştırılmasında kullanılmış olan karşılaştırmalı hukuk metodu, birçok hukukçu tarafından kabul edilmemektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Antokolskaia**, *Harmonisation of Substantive Family Law in Europe*, s. 401.

²⁷⁷ AB üyesi devletlerin birçoğunda farklı hukuk dergilerinde, AB Özel Hukuk Mevzuatı ile ilgili çalışmalar ve kitaplar yayınlanmıştır. Farklı devletlerin

yönde atılacak başarılı adımların önemi daha net bir şekilde ortaya konulmuştur. Bahsi geçen bu çalışma gruplarının²⁷⁸ bazıları Avrupa Medeni Kanunu'nun taslağını da hazırlamıştır. *Acquis Group* isimli çalışma grubu ise bütün üye devletlerde bağlayıcı olabilecek örnek mevzuat kuralları²⁷⁹ düzenlemeyi amaçlamıştır. AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması için çalışmalar yapmakla yükümlü kurum AB Aile Hukuku Komisyonudur (CEFL). Aile Hukuku Komisyonu 1 Eylül 2001 yılında kurulmuş olup Prof. Dr. *Katharina Boele-Woelki* tarafından yönetilmiştir. Söz konusu Komisyon'un²⁸⁰ temel amacı, AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması

vatandaşları yükseköğrenim için farklı devletlerin üniversitelerine gönderilmiştir. Bütün bu gelişmeler, Avrupa Özel Hukuku'nun uyumlaştırılması ihtiyacını daha çok ortaya koymuştur. Daha fazla bilgi için bkz. **Hondius, Ewoud/ Storme, Marcel**: “*On the Development of a European Private Law in the 1990s*”, *European Review of Private Law*, No. 1, 1993, s.1-9.

²⁷⁸ **Pintens**, *Family Law in Europe*, s.155-158.

²⁷⁹ Dikkate alınması gereken en önemli konulardan biri şudur ki: özel hukukun uyumlaştırılması konusunda yapılan çabalar, CEFL dahil olmak üzere, mevzuat uyumlaştırılmasının aşağıdan yukarıya doğru yani ancak devletlerin kendi iradeleriyle yapılabileceğinin ötesine gitmemektedir. Daha fazla bilgi için bkz. European Commission Press Release MEMO/10/475, Justice & Home Affairs Council: 7-8 October 2010 in Luxembourg (Oct. 6, 2010), <http://europa.eu/rapid/press-release MEMO- 10-475en.htm> (Erişim Tarihi: 22.12.2020).

²⁸⁰ Komisyon'un çalışmaları ve yayınları hakkında ayrıntılı bilgiye komisyonun resmî web sayfasından erişilebilir. Bkz. <http://ceflonline.net/>, son erişim tarihi 04.02.2017.

için gerekli teorik ve pratik çalışmaları yapmaktır. Şimdiye kadar AB Hukuku kapsamında herhangi bir aile mevzuatı örneği oluşturulmamıştır. Aslında mevzuat örneklerinin²⁸¹ üye devletlerde doğrudan uygulama alanı bulamayacakları, bununla birlikte, üye devletlerin iç mevzuatlarını düzenlemeleri sürecinde bir şekilde örnek mevzuatlarda belirlenen ilkelerden etkilenecekleri öne sürülmektedir.

AB Hukuku kapsamında aile hukukunun uyumlaştırılması metotları, bağlayıcılık derecesine ve üye devletlerin özel hukuk mevzuatı konusundaki yaklaşımına bağlı olarak ikiye ayrılır. Buna göre ilk metod, aile hukukunun uyumlaştırılmasına yönelik olarak üye devletlerin iç mevzuatlarına asgari bir standardın belirlenmesini öngörür. Bu metodun bir diğer adı minimal uyumlaştırmadır. İkinci metod ise maksimal uyumlaştırmadır. Bu yöntemin uygulanması, üye devletlerin iç hukuklarında düzenleme yapma yetkilerini ortadan kaldırmaktadır²⁸².

AB hukuku kapsamında özel hukukun uyumlaştırılması konusunda cevaplanması gereken önemli sorulardan biri ‘bu konuda hangi enstrümanların kullanılacağı’ sorusudur²⁸³. AB, özel hukukun uyumlaştırılması için birçok uyumlaştırma

²⁸¹ Amerika Birleşik Devletleri’nde bu durum, Amerikan Adalet Enstitüsü tarafından yürütülen "*Restatements of the Law*" projesi aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Clisham, Michael/Fretwell Wilson, Robin**: "*American Law Institute's "Principles of the Law of Family Dissolution", Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote?*", *Family Law Quarterly*, Vol. 43, No. 3, 2008, s. 573-618; **Martiny**, s.16.

²⁸² **Kurcz, Bartlomier**: "*Harmonization by Means of Directives - Never Ending Story?*", *European Business Law Review*, Vol. 12, No. 11/12, 2001, s. 295-298.

²⁸³ **Schwenzer, Ingeborg**: "*Methodological Aspects of the Harmonisation of Family Law*", *European Journal of Law Reform*, Vol. VI, No. 1/2, 2004, s.157.

enstrümanı geliřtirmiřtir²⁸⁴. AB'nin bu konuda kullandığı en önemli enstrümanlar tüzükler, yönetmelikler ve AB Adalet Divanı'nın kararlarından ibarettir²⁸⁵.

Özel hukukun uyumlaştırılması konusunda AB'nin yetkileri ve hazırlamış olduğu mevzuattan yola çıkılarak, AB'nin özel hukukun uyumlaştırılmasını tüzükler aracılığıyla gerçekleştirmekte olduğu söylenebilir²⁸⁶. Başka bir deyişle, AB'nin kendi yetkileri çerçevesinde üye devletlerin özel hukukunun uyumlaştırmasını sağlamak üzere kullandığı en önemli enstrümanlar tüzükler²⁸⁷ ve yönetmeliklerdir²⁸⁸. Bu amaç doğrultusunda AB'nin hazırlamış olduğu mevzuat şu şekildedir: Brüksel I Tüzüğü²⁸⁹

²⁸⁴ **Pintens**, *Europeanisation of Family Law*, s.16

²⁸⁵ Avrupa Birliği Antlaşması'na göre AB'nin çıkartmaya yetkili olduğu hukuk normları tüzükler, yönetmelikler, kararlar ve görüşlerdir. Daha fazla bilgi için bkz. **Göçmen, İlke/Baykal, Sanem**: Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 91 vd.

²⁸⁶ **Özkan**, s.173-175.

²⁸⁷ Bazı yazarlara göre, AB kapsamında mevzuat uyumlaştırılmasının yönetmelikler aracılığıyla gerçekleştirilmesi ancak bütün üye devletlerin hukuk düzenlerinin ortak yönlerinin tespiti konusunda önceden bir analiz yapılması ve bu alanda çalışmalar yapan araştırmacıların düşüncelerinin dikkate alınmasıyla mümkündür. Daha fazla bilgi için bkz. **Ardeleanu**, s.60.

²⁸⁸ **Sefton-Green**, s.50.

²⁸⁹ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters [2001] OJ L 12/1.

(Brüksel I bis²⁹⁰ ile değiştirilmiş), Brüksel II bis Tüzüğü²⁹¹, Roma I Tüzüğü²⁹², Roma II Tüzüğü²⁹³ ve Roma III Tüzüğü²⁹⁴.

Özel hukukun uyumlaştırılma sürecinde önemli rollerden biri, AB Adalet Divanı (ABAD)’nın kararlarına aittir. AB Antlaşması’nın 101. maddesinin 2. paragrafına göre Avrupa vatandaşlarının özel hakları ile ilgili davalar Adalet Divanı tarafından incelenmektedir²⁹⁵.

²⁹⁰ 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 [2012] OJ L 351/1.

²⁹¹ 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) No 1347/2000 [2003] OJ L 338/1.

²⁹² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations [2008] OJ L 177/6.

²⁹³ 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 [2007] OJ L 199/40.

²⁹⁴ 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 [2010] OJ L 343/1010.

²⁹⁵ **Mańko, Rafal:** “*EU Competence in Private Law: The Treaty Framework for a European Private Law and Challenges for Coherence*”, Brussels: European Parliamentary Research Service, 2015, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2553945>, s.1-24.

ABAD, AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerinin başvuruları üzerine ön karar prosedürünü uygular²⁹⁶. ABAD, AB Antlaşması'nın 3. maddesinin b bendine göre, birliğin hukuk normlarını tüm üye devletlerde yeknesak bir şekilde yorumlama yetkisine sahip tek kurumdur. ABAD bu yetkisini ön karar prosedürü aracılığıyla gerçekleştirmektedir. ABAD kararlarının özel hukukun uyumlaştırılması konusundaki etkisinin önemi ile ilgili ise doktrinde farklı yaklaşımlar söz konusudur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da AB hukuku kapsamında özel hukukun uyumlaştırılması sürecinde önemli bir rol oynadığı ileri sürülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *C-148/02, Garcia Avello v. Belgium*, [2003] ECR I-11613 Kararı'nda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altına alınan insan haklarının, aile ile ilgili olan hakları da kapsadığı vurgulanmıştır²⁹⁷.

AB Hukuku kapsamında özel hukukun uyumlaştırılması, devletler arasındaki ikili anlaşmalar aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Bu tür bir anlaşma 2 Şubat 2010 tarihinde Fransa ve Almanya arasında yapılmıştır. Evlilik birliğinin mal rejimi ile ilgili²⁹⁸ olan bu anlaşma farklı ülkelerden olan evli çiftlere hukukî uyumsuzlukların çözümü için daha büyük bir hukukî güvence sağlamaktadır. Fransa ve Almanya arasında akdedilen bu anlaşma, AB hukuku kapsamında özel hukukun uyumlaştırılması konusunda oldukça

²⁹⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ön karar yetkisi AB Antlaşması'nın 267. maddesinde düzenlenmiştir. Ön karar davasının amaç ve işlevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Göçmen/ Baykal**, s.321.

²⁹⁷ **Boele-Woelki**, *The Principles of European Family Law*, s.161.

²⁹⁸ Entered into force in Germany by the Law of 15 March 2012, Bundesgesetzblatt of 22 March 2013, and in France, Decree No. 2013-288 of 10 June 2013, Journal Official 12 June 2013.

önemli bir adım teşkil etmektedir²⁹⁹. Zira bu anlaşma, eşler arasındaki ilişkileri ve ortak mal rejimini düzenleyen ve üye devletler tarafından yapılan ilk anlaşmadır³⁰⁰.

Yukarıda da anlatıldığı üzere, özellikle son yıllarda AB hukuku kapsamında özel hukukun uyumlaştırılması konusu daha çok dikkat çekmekte ve çeşitli hukukçuların bu konudaki çalışmalarını daha fazla yoğunlaştırması söz konusu olmaktadır. Bu çalışmalara dayanarak AB'nin konu ile ilgili tüzükleri de yürürlüğe girmiştir. Buna rağmen, AB bünyesinde henüz özel hukukun uyumlaştırılması sürecini özellikle üye devletlerde destekleyecek gerekli ve yeterli mekanizmalar oluşturulmamıştır.

III. Genel Olarak Avrupa Birliği'nde Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yapılan Düzenlemeler

AB'nin kuruluşundan bu yana belirlenmiş olan temel ilkeler arasında, kişilerin, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkeleri yer almaktadır³⁰¹. Bu ilkelerin daha iyi bir şekilde uygulanabilmesi için AB, aile hukuku konuları başta olmak üzere özel hukuk konuları konusunda hukukî çözümler getirmeyi amaçlayan yasal düzenlemeler gerçekleştirmiştir. AB ayrıca, onaylanan hukukî düzenlemeleri sürekli olarak revize etmiş ve AB vatandaşlarının ihtiyaç ve talepleri doğrultusunda yeni düzenlemeler yapmaya devam etmiştir.

²⁹⁹ Devaux, s. 2016.

³⁰⁰ European Commission Press Release MEMO/10/475, Justice & Home Affairs Council: 7-8 October 2010 in Luxembourg (Oct. 6, 2010), <http://europa.eu/rapid/press-release MEMO- 10-475en.htm>.

³⁰¹ Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:EN:pdf> (07.02. 2008).

AB üyesi olmayan ülkelerden AB'ye gelen yoğun göçün yanı sıra, Avrupa vatandaşlarının da eğitim, çalışma ve seyahat gibi nedenlerle AB içinde serbest dolaşımı, AB'de uluslararası nitelikteki aile ilişkilerinin, özellikle yabancı unsurlu ilişkilerin sayısında bir artışın meydana gelmesine neden olmuştur.

Yabancı unsurlu aile ilişkilerinin kurulması ve sona erdirilmesi, birçok önemli konuyu çözüme kavuşturma gereğini ortaya çıkartmaktadır. Söz konusu konular arasında; somut olaya uygulanacak mevzuatın belirlenmesi, yetkili mahkemenin belirlenmesi, eşlerden birinin AB üyesi olan veya AB üyesi olmayan başka bir ülkede bulunması halinde tercih edilecek resmi tebligat usulünün belirlenmesi, özellikle ortak malvarlıklarının farklı ülkelerde olduğu durumlarda eşlerin ortak malvarlığı paylaşımında uygulanacak mevzuatın belirlenmesi, velayet hakkının belirlenmesi ve yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ve uygulanması gibi hususlar sayılabilir.

Aşağıda, AB Hukuku çerçevesinde özel hukukun düzenlenmesine ilişkin genel bir değerlendirilmeye yer verilmiştir.

AB'nin özel hukuk düzenlemelerini uyumlu hale getirmek için attığı ilk adımlardan biri, 1968'de imzalanan Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Uluslararası Yetkisi ile Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Sözleşmesi'dir³⁰². 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nden sonra, 1980 yılında AB, kanunlar

³⁰² Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, No: 2-1968, <https://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm>. Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. **Oder, Burak/Sağbili, Murat:** “*Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma*”, MHB, Cilt 11, Sayı 1-2, 1991, s. 73-100. Brüksel Antlaşması hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erdem, Bahadır:** “1968 Tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme

ihtilâfı alanındaki ilk yasal düzenleme niteliğinde olan, Sözleşmeden Kaynaklı Yükümlülöklere Uygulanabilir Mevzuata İlişkin 1980 tarihli Roma Sözleşmesi'ni yayınlamıştır³⁰³.

2000 yılından itibaren AB, yabancı unsurlu ilişkiler ve uyuşmazlıklar konusunda mevzuat uyumunu özel hukuk alanındaki sözleşmeler yoluyla değil, tüzük niteliğinde hukukî düzenlemeler çıkararak sağlamaya başlamıştır. Böylece 2000 yılında, 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi, AB tüzüğü haline getirilmiş³⁰⁴ ve Brüksel I³⁰⁵ Hukukî ve Ticarî

Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması ve Uyumlaştırma Problemi", MHB, 1997, C.17, S. 1-2, s.183- 215.

³⁰³ 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (consolidated version), Official Journal C 027, 26/01/1998 P. 0034 – 0046.

³⁰⁴ Brüksel Antlaşması'nın Brüksel I Tüzüğü olarak değiştirilmesinin gerekçeleri için bkz. **Sakmar, Ata/Ekşi, Nuray**: "*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü*", MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan 2002, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99484>, s.721-743.

³⁰⁵ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Official Journal L 012, 16/01/2001 P. 0001 – 0023. 01.09.2015 tarihinden itibaren yürürlükte olmayan bu Tüzük, 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), ile yürürlükten kaldırılmıştır. Official Journal L 351/1, 20/12/2012 P. 0001 – 0021.

konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konsey Tüzüğü (EC No: 44/2001)³⁰⁶ olarak isimlendirilmiştir. AB, yukarıda belirtilen hukukî mevzuatın çıkarılmasından sonra, İflas Tüzüğü³⁰⁷, Milletlerarası Tebliğ Tüzüğü³⁰⁸, Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük

Daha fazla bilgi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001R0044>.

³⁰⁶ Brüksel I Tüzüğü, uluslararası özel hukuk alanında Avrupa Birliği düzeyinde kabul edilen en önemli hukuki düzenleme olarak kabul edilebilir. Daha fazla bilgi için bkz. **Stone, Peter:** “*The EU Commission Proposal for a Revised Version of the Brussels I Regulation*”, Ankara Law Review, Vol. 8 No. 2, 2011, s. 111-152. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Özgenç, Zeynep:** “*Brüksel I bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği*”, MHB, Vol. 37, Issue. 2, 641–669.

³⁰⁷ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000, On Insolvency Proceedings, Official Journal L 160, 30/06/2000 P. 0001 – 0018. 25.06.2017 tarihinden itibaren yürürlükte olmayan bu tüzük: Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015, On Insolvency Proceedings (recast), ile yürürlükten kaldırılmıştır. Official Journal of the European Union: L141/19, 05.06.2015. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>.

³⁰⁸ Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000, On The Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, Official Journal L 160, 30/06/2000 P. 0037 – 0052. 25.06.2017 tarihinden itibaren yürürlükte olmayan bu tüzük: Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 On the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial

(Roma I)³⁰⁹, Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük (Roma II)³¹⁰ gibi başka hukukî düzenlemeler yapmaya devam etmiştir.

Matters (Service Of Documents), and Repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000 ile yürürlükten kaldırılmıştır, Official Journal of the European Union: L 324/79, 10.12.2007. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32007R1393>.

³⁰⁹ 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), Official Journal of the European Union L 177/6, 04.07.2008. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Güngör, Gülin:** Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007; **Tarman, Zeynep Derya:** “*Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, 2009, s. 299-332; **Kök, Aslı:** Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Uluslararası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011; **Dürgen, Betül/Yelmen, Adem:** “*Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, Yıl. 2015, s.449-472; **Erkan, Mustafa:** “*MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, 2011, Sayı. 2, s.81-121.

³¹⁰ 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),

A. Avrupa Birliği'nde Boşanma ve Ayrılık Konusunda Yapılan Hukukî Düzenlemeler

AB, ayrılık ve boşanma gibi konular başta olmak üzere, aile hukuku alanını uyumlaştırma yönünde yasal düzenlemeler yapma konusunda sınırlı yetkiye sahiptir. Bu alanda yapılacak muhtemel uyumlaştırmalar, özellikle boşanma veya ayrılık gibi konularda prosedürlerin sadeleştirilmesi, öngörülebilirlik ve hukukî güvenlik sağlayacaktır. AB, aile hukuku ile ilgili konuların söz konusu olduğu durumlarda öncelikle Amsterdam Antlaşması'nın³¹¹ 65. maddesi³¹² kapsamında yasal düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir.

Official Journal of the European Union L 199/40, 31.07.2007. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Tarman**, s.193-222.

³¹¹ 17 Nisan 1997 tarihinde Dönem Başkanlığı'nı yürüten Hollanda'nın ev sahipliğinde AB Devlet ve Hükümet Başkanları bir araya geldi. 29 Mart 1996'da Torino Zirvesi ile başlayan Hükümetlerarası Konferansla sonuca ulaşan Amsterdam Antlaşması, 2 Ekim 1997 tarihinde Amsterdam'da AB üyesi ülkelerin dışişleri bakanları tarafından imzalandı. Amsterdam Antlaşması 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe girmiştir. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Devuyt, Youri**: “*The Community-Method After Amsterdam*”, Journal of Common Market Studies, Vol.37, No.1, 1999, s.109-120; **Uzuner, Hümeýra**: “Amsterdam Antlaşması ile Getirilen Yenilikler ve Bunların Avrupa Birliği'ne Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 44 vd.

³¹² **Bolayır, Cenk**: Amsterdam Antlaşması, Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul 2000, s.1-159. Amsterdam

AB, bahsi geçen bu hükmün kendisine verdiği yetkiye dayanarak şu hukukî düzenlemeleri ortaya koymuştur: "Evlilik Konusunda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Karşılıklı Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konvansiyonu" (Brüksel II Konvansiyonu)³¹³; 1347/2000 sayılı Evliliğe ve Çocukların Müşterek Velayetine ilişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü (Brüksel II Tüzüğü)³¹⁴; Evliliğe ve Çocukların Müşterek Velayetine İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme

Antlaşması ile eklenen 65 m. *“Madde 67 uyarınca alınacak olan ve iç pazarın iyi işleyebilmesi için gerekli olan, sınır ötesi etkiye sahip sivil konularda adli iş birliği önlemleri aşağıdakileri içerir”.*

³¹³ 08.05.1998 tarihli Brüksel II Konvansiyonu, Brüksel II Tüzüğü’nün yürürlüğe girmesi sebebiyle üye ülkeler tarafından onaylanmamıştır.

³¹⁴ Council Regulation (EC) No 1347/2000 Of 29 May 2000 On Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses, Official Journal L 160, 30/06/2000 P. 0019 – 0036. 28.02.2005 tarihinden itibaren yürürlükte olmayan bu Tüzük: 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) No 1347/2000 ile yürürlükten kaldırılmıştır. 31.07.2022 tarihinden itibaren yürürlükte olmayan bu tüzük: Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (recast) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1111/oj> (Erişim Tarihi: 02.08.2021).

Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü (Brüksel II bis Tüzüğü)³¹⁵; Boşanma ve Yasal Ayrılığa Uygulanacak Hukuk (Roma III Tüzüğü)³¹⁶; alanında gelişmiş iş birliğini uygulayan 20 Aralık 2010 tarihli ve 1259/2010 sayılı Konsey Tüzüğü; (AB) Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusunda Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanması Hakkında Konsey Tüzüğü ve Yargı Yetkisi Konusunda (EC) No 2201/2003 sayılı Tüzüğü tadil eden ve Evlilik Konularında Geçerli Yasaya İlişkin Kurallar Getiren Konsey Tüzüğü Önerisi (Roma IV)³¹⁷.

Aşağıda, ilgili AB hukuk düzenlemeleri ayrıntılara yer verilmeden analiz edilmiştir.

³¹⁵ 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) No 1347/2000, Official Journal L 338, 23/12/2003 P. 0001 – 0029. 25.06.2017 tarihinden itibaren yürürlükte olmayan bu tüzük: Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 On Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and On International Child Abduction (Recast) ile yürürlükten kaldırılmıştır, Official Journal of the European Union L 178/1, 02/07/2019. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1111/oj> (Erişim Tarihi: 05.08.2021). .

³¹⁶ 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.

³¹⁷ 17.7.2006 tarihli Mal Rejimine Uygulanacak Kanunlar İhtilâfı Kuralları ve Milletlerarası Yetki ve Tanımaya İlişkin Yeşil Kitap, Dok.KOM (2006) 399 nihai.

1. 2201/2003 sayılı Evliliğe ve Çocukların Müşterek Velayetine İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük Brüksel II Tüzüğü

AB Konseyi³¹⁸, Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 61 C ve 67/I maddelerine dayanarak, Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin görüşleri ve Avrupa Komisyonu'nun önerisini dikkate alarak Brüksel II Tüzüğü'nü hazırlamıştır. Brüksel II Tüzüğü, AB'nin aile hukuku alanını düzenleyen ilk hukukî düzenlemedir³¹⁹. Brüksel II Tüzüğü başlangıçta bir sözleşme şeklinde hazırlanmıştır³²⁰. Ancak Amsterdam Antlaşması ile meydana gelen değişikliklerden

³¹⁸ Topluluk tüzüklerini çıkarmaya yetkili aktörler; Konsey, ortak karar alma usulü çerçevesinde Konsey ile Avrupa Parlamentosu birlikte, Komisyon ve Avrupa Merkez Bankasıdır. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören:** Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınları, B.2, İstanbul 2000.

³¹⁹ **Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer:** “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları”, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, s. 213-240.

³²⁰ Brüksel II Sözleşmesi ve Brüksel II Tüzüğü içerik olarak pek farklı değildir. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Lowe, Nigel:** “Avrupa Konseyinin Aile Hukuku Alanındaki Hukuki Belgelerine Dair Bir Değerlendirme İçeren, Aile Hukuku Uzmanları Komitesine”, Strazburg, 15-17 Kasım 2006, s.1-31; aynı görüş için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s.223.

sonra tüzüğe dönüştürülerek AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanabilir hale getirilmiştir³²¹.

Brüksel II Tüzüğü 01.03.2001 tarihinde yürürlüğe girmiş ancak 27.11.2003 tarihinde Brüksel II bis olarak bilinen aynı adlı tüzükle yürürlükten kaldırılmıştır. 27 Kasım 2003 tarih ve (EC) 2201/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 71. maddesine göre, bu Tüzüğün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren evlilik meselelerinde ve velayet sorumluluğu meselelerinde yargı yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olan 1374/2000 sayılı Tüzük yürürlükten kaldırılacaktır. Ayrıca, Brüksel II bis Tüzüğü'nün 72. maddesinin 2. fıkrası, 01.08.2004 tarihinden itibaren uygulanacak olan 67, 68, 69 ve 70. maddeler hariç olmak üzere, bu Tüzüğün 01.03.2005 tarihinden itibaren uygulanacağını kesin olarak belirtmektedir³²². Brüksel II Tüzüğü yürürlükten kaldırıldığı için daha detaylı bir inceleme yapılmamıştır.

³²¹ Danimarka haricindeki tüm Üye Devletler.

³²² Brüksel II Tüzüğü'nün geçerlilik süresi ile ilgili bu açıklamalar, Brüksel II Tüzüğü'nün yürürlükten kalkış tarihini 27.11.2003 olarak veren çeşitli çalışmalara rastlanıldığından duruma açıklık getirmek için yapılmıştır. Zira bu, Brüksel II bis Tüzüğü'nün yürürlükten kaldırıldığı tarih değil, düzenlendiği tarihtir: **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 224. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. 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) No 1347/2000, Official Journal L 338, 23/12/2003 P. 0001- 0029.

2. 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü (Brüksel II bis Tüzüğü)

AB üyesi devlet mahkemelerinin boşanma meselelerinde uluslararası yargı yetkisi, yukarıda da belirtildiği gibi, Brüksel II Tüzüğü olarak bilinen 2201/2003 sayılı Tüzük ile düzenlenmektedir. Bu Tüzük, aynı adlı Tüzük ile 01.03.2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü³²³; kısaca Brüksel II bis Tüzüğü³²⁴, Yeni Brüksel II Tüzüğü veya Brüksel II a Tüzüğü³²⁵ olarak da anılmaktadır.

³²³ **Vassilakakis, Evangelos:** “*The Impact of Substantive Law on the Material Scope of Application of Regulation Brussels IIbis*”, MHB, Sayı 2, 2015, s.51-68; **Çörtoğlu Koca, Sema:** “*Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velâyetle İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, 2016, S.2, s.209-268.

³²⁴ Türkçe yapılan çalışmalarda daha çok Brüksel II bis kısaltması kullanılmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s.213 vd; **Eksi, Nuray:** “*Avrupa Birliği Brüksel II bis Tüzüğü’ne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı. 2009, s.1139-1168.

³²⁵ **Fiorini**, Brüksel IIa kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Fiorini**, *Rome III-Choice of Law in Divorce*, s. 178-205.

Brüksel II bis Tüzüğü, 01.08.2004 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanacak olan 67, 68, 69 ve 70. maddeler (m. 72/II) hariç, 01.03.2005 (m. 71/I) tarihinde yürürlüğe girmiştir. Brüksel II bis Tüzüğü, Danimarka hariç AB üyesi tüm ülkelerde geçerlidir³²⁶.

Brüksel II bis Tüzüğü'nün amacı, AB üyesi tüm ülkelerde evliliğin butlanına, ayrılmaya, boşanmaya ve velayete ilişkin konularda mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin modern standartlar oluşturmak ve aynı zamanda yabancı mahkeme kararlarının hızlı bir şekilde tanınmasını sağlamaktır. Bu tüzük kapsamında hangi üye devletin mevzuatının uygulanacağı konusu belirlenmemiştir.

Brüksel II bis Tüzüğü, düzenlemiş olduğu konularda aşağıda belirtilen sözleşmelerin hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır (m.60):

- Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 tarihli La Haye Konvansiyonu,
- Milletlerarası Çocuk Kaçırmaların Hukukî Veçheleri Hakkında 25.10.1980 tarihli La Haye Konvansiyonu,
- 8.9.1967 tarihli Evlilik Konularında Mahkeme Kararlarının Tanınmasına Dair Lüksemburg Konvansiyonu,

³²⁶ Danimarka ile ilgili olarak bkz. AT Konsey Kararları ile onaylanan Avrupa Topluluğu ile Danimarka arasındaki Anlaşma 2005/790 dhe 2006/325; [2005] OJ L299/61 dhe [2006] OJ L120/22. Ayrıca Brüksel II bis Tüzüğü'nde şu vurgu yapılmıştır: “(31) Danimarka, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın eki olan Danimarka'nın tutumuna ilişkin Protokol'ün 1. ve 2. maddeleri uyarınca, bu Tüzüğün kabulünde yer almamaktadır ve bu nedenle onu uygulamakla yükümlü değildir.” Danimarka, Brüksel II bis Tüzüğü'nün uygulanması bakımından üçüncü ülke konumundadır.

– 1.6.1970 tarihli Ayrılık Kararlarının Tanınmasına Dair La Haye Konvansiyonu,

– 20.5.1980 tarihli Velayete ve Velayet Hakkının Yeniden Tesisine Dair Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Avrupa Konvansiyonu.

Boşanma, ayrılık veya evliliğin geçersizliği ile ilgili konularda, AB üyesi devletlerin mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, Brüksel II bis Tüzüğü'nün 3(1)(a) maddesi kapsamında belirlenmiştir. Buna göre, yetkili mahkemeler aşağıdaki şekilde belirlenir:

1. eşlerin müşterek mutad meskeni;
2. eşlerden birinin hâlâ orda oturuyor olması şartıyla eşlerin son müşterek mutad meskeni;
3. davalının mutad meskeni;
4. eşlerin birlikte dava açması halinde, eşlerden herhangi birinin mutad meskeni;
5. dava tarihinden geriye doğru bir yıldan beri orada oturuyor olması şartıyla davacının mutad meskeni;
6. davacının, dava tarihinden geriye doğru altı aydan beri oturduğu yer olması ve davacının oturduğu devletin vatandaşı (Birleşik Krallık ve İrlanda açısından yerleşim yerinin bu ülkelerden birinde) olması şartıyla davacının mutad meskeni mahkemesi yetkilidir.

Brüksel II bis Tüzüğü'nün 3. maddesi, boşanma davalarında yetkili mahkemenin eşlerin en çok bağlı oldukları ülke mahkemesi olduğunu düzenlemiştir. Brüksel II bis Tüzüğü bağlılık unsurunu, eşlerin ikamet ettikleri yer olarak belirlemiştir³²⁷. Mahkemelerin yetkisinin belirlendiği Brüksel II bis Tüzüğü'nde tanımlanan bağlılık

³²⁷ **Lamont**, s. 263-264.

unsurlarından hiçbirine öncelik verilmemiştir, bunlar sadece alternatif olarak öngörülmüştür.

Brüksel II bis Tüzüğü taraflara sınırlı seçim özgürlüğü sağlamıştır. Böylece taraflar Brüksel II bis Tüzüğü madde 3(1)(a)'da tanımlanan bağıllık unsurlarından herhangi birini seçebilmektedir³²⁸.

3. Yargı Yetkisi, Evlilik Konularında Kararların Tanınması ve Tenfizi, Velayet Sorumluluğu ve Uluslararası Çocuk Kaçırma Konularına İlişkin 25 Haziran 2019 Tarihli (AB) 2019/1111 Sayılı Konsey Tüzüğü (değiştirilmiş) Brüksel II b Tüzüğü

Brüksel II bis Tüzüğü olarak bilinen ve yukarıda bahsedilen 31.07.2022 tarihli ve 2201/2003 sayılı Tüzük artık yürürlükte değildir. Bu tüzük 25 Haziran 2019 tarihli ve 2019/1111 sayılı Yargı Yetkisi, Evlilik Konularında Kararların Tanınması ve Tenfizi, Velayet Sorumluluğu ve Uluslararası Çocuk Kaçırma Konuları Hakkında Tüzük (değiştirilmiş)³²⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Literatürde bu Tüzük kısaca Brüksel II b

³²⁸ Seçim özgürlüğü ve tarafların hangi koşulları karşılaması gerektiği konusunda bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s.230-232.

³²⁹ Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (recast), Official Journal of the European Union: L 178/1, 2.7.2019, <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1111/oj>. Bu Tüzük hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Kruger, Thalia/Carpaneto, Laura/Maoli, Francesca/Lembrechts, Sara/Van Hof, Tine/Sciaccaluga, Giovanni**: “*Current-day International Child*

Abduction: Does Brussels IIb live up to the challenges?”, Journal of Private International Law, 2022, s. 159-185; **Hess, Burkhard**: “*Towards a Uniform Concept of Habitual Residence in European Procedural and Private International Law?*”, Polski Proces Cywilny, 2021, s.523-542; **Pawliczak, Jakub**: “*Reformed Polish Court Proceedings for the Return of a Child Under the 1980 Hague Convention in the Light of the Brussels IIb Regulation*”, Journal of Private International Law, 2021, Vol. 17, No. 3, s.560–586; **Angelo Lupoi, Michele**: “*Between parties’ consent and judicial discretion: joinder of claims and transfer of cases in regulation (EU) 2019/1111*”, Polski Proces Cywilny, 2021, s.543-562; **Martiny, Dieter**: “*New efforts in judicial cooperation in European child abduction cases*”, Polski Proces Cywilny 4/2021, s.501-522 [*European child abduction cases*]; **Gonçovles, Anabela Susana De Sousa**: “*The Recast of the Regulation on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility (Brussels IIb)*”, JusGov Research Paper Series, 2022, s.1-13; **Szpunar, Maciej/Pacula, Krzysztof**: “*Forum of Necessity in Family Law Matters Within the Framework of EU and International Law*”, Polski Proces Cywilny 4/2021, s.563-592; **Bobrzyńska, Olga**: “*Brussels II ter Regulation and the 1996 Hague Convention on Child Protection – the interplay of the European and Hague regimes in the matters of parental responsibility*”, Polski Proces Cywilny 4/2021, s.593-616; Practice Guide for the application of the Brussels IIb Regulation, Luxembourg: Publication Office of the European Union, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/426843>, 2023; **Musseva, Boriana**: “*The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity*”, ERA Forum 2020, s.129–142.

Tüzüğü, Brüksel II ter Tüzüğü veya Brüksel II a Değiştirilmiş Tüzük olarak isimlendirilmektedir³³⁰. Brüksel II b Tüzüğü 01.08.2022 (m.104/1)³³¹ tarihinde yürürlüğe girmiştir ve Danimarka hariç tüm AB üyesi ülkelerde uygulanmaktadır³³².

Brüksel II b Tüzüğü, boşanma, ayrılık veya evliliğin geçersizliği; velayet sorumluluğunun kullanılması, yetkilendirilmesi, sınırlandırılması veya sona erdirilmesi (Birinci I, Madde 1) gibi medeni hukuk konularında ve ayrıca AB üyesi devletlerin mahkemeleri (Bölüm IV) tarafından verilen yargı kararlarının tanınması ve tenfizi durumlarında uygulanmaktadır³³³. Birinci bölümün 4. paragrafı çerçevesinde, söz konusu Tüzüğün uygulama alanı dışında kalan konular şu şekildedir: (a) Ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması veya buna karşı çıkılması; (b) Evlat edinme kararları, evlat edinme için hazırlık tedbirleri, evlat edinmenin iptali veya geri alınması; (c) Çocukların adı veya adları; (d) Çocukların eğitimi; (e) Nafaka yükümlülükleri; (f) Miras ile ilgili konular (g) Çocukların dahil edildiği suçlar sonucunda alınan tedbirler.

³³⁰ 2019/1111 sayılı Tüzüğün uygulanmasına ilişkin uygulama kılavuzunda literatürde olduğu gibi Brüksel II b Tüzüğü olarak da anılmaktadır. Daha fazlası için bkz. Practice Guide for the application of the Brussels II b Regulation, Luxembourg: Publication Office of the European Union, 2022; **Thalia/Laura/Francesca/Sara/Tine/**, s. 159-185.

³³¹ Brüksel II b Tüzüğü 22.07.2019 tarihinde yürürlüğe giren 92, 93 ve 103. maddeler hariç 01.08.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (m.105/2).

³³² Danimarka, diğer AB tüzüklerinde olduğu gibi, Brüksel II b Tüzüğü ile ilgili olarak da üçüncü ülke konumundadır (m.3/3).

³³³ Uluslararası durumlar için, Tüzük ilke olarak uygulanır (bkz. 2. ve 3. maddeler ve 17. madde).

Boşanma, ayrılık veya evliliğin geçersizliği ile ilgili hususlarda, AB üyesi devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Brüksel II b Tüzüğü'nün 3. maddesinin ikinci kısmında düzenlenmiştir³³⁴. Bu hususlarla ilgili olarak, Brüksel II bis Tüzüğü'nde yapılmış olan düzenlemelerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır³³⁵.

Brüksel II b Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesiyle birlikte AB, hukukî prosedürlere daha fazla netlik, etkililik ve hız kazandırmayı hedeflemiştir³³⁶.

Brüksel II b Tüzüğü ile yapılan en önemli değişiklikler, esas olarak velayet sorumluluğu ve uluslararası çocuk kaçırma konularına ilişkin prosedürlerle ilgilidir. Brüksel II b Tüzüğü'ne dayanarak uluslararası çocuk kaçırma vakalarına daha hızlı çözümler üretilmesi hedeflenmektedir³³⁷. Çocukların iadesi ile ilgili prosedürlerin çeşitli aşamaları için geçerli olan süreler; ilk derece mahkemesindeki yargılama süreci için en fazla 6 hafta, temyiz mahkemesindeki yargılama süreci için en fazla 6 hafta ile sınırlandırılmıştır.

³³⁴ Evlilik meseleleri için Brüksel II b Tüzüğü'nde öngörülen bağlantı noktaları alternatif niteliğindedir, aralarında hiyerarşi söz konusu değildir, birbirlerine karşı öncelik sırası yoktur. Daha fazla bilgi için bakınız: Practice Guide for the application of the Brussels II b Regulation, s.28-29.

³³⁵ Bkz. 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü (Brüksel II a Tüzüğü).

³³⁶ **Thalia/Laura/Francesca/Sara/Tine/**, s. 159-185.

³³⁷ Brüksel II b Tüzüğü'nün 2. maddesinin 6. bendinde yapılan tanıma göre: “(6) *çocuk, 18 yaşın altında bir kişi anlamına gelir*”.

Kendi görüşlerini ifade edebilecek durumda olan çocuklara, kendilerini ilgilendiren tüm süreçlerde görüşlerini ifade etme fırsatı verilmektedir³³⁸. Çocuğun nasıl ve kimler tarafından dinlenileceğinin belirlenmesi, üye devletlerin ulusal mevzuatlarına bırakılmış bir konudur³³⁹. Uluslararası çocuk kaçırma olaylarına ilişkin Brüksel II b Tüzüğü'nde belirlenen temel ilkeler: çocuğun yüksek yararı ilkesi³⁴⁰ (Madde 10(1)(c)) ve çocuğun dinlenilme hakkıdır³⁴¹. Bu ilkelerin, uluslararası çocuk kaçırma meselelerine

³³⁸ Brüksel II b Tüzüğü, evlilik içi veya evlilik dışı doğan tüm çocuklar için geçerlidir (bkz. 7. paragraf). Daha fazlası için bkz. Practice Guide for the Application of the Brussels II b Regulation, s.42.

³³⁹ Regulation (EU) 2020/1783 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on Cooperation Between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters (taking of evidence) (recast), Official Journal of the European Union L405/1, 2.12.2020.

³⁴⁰ Brüksel II b Tüzüğü'nden önce, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin 1980 Lahey Sözleşmesi'nin (1980 Lahey Sözleşmesi) önsözünde, taraf devletlerin “*çocukların çıkarlarının korunmasının çocuk haklarıyla ilgili konularda oldukça önemli olduğuna içten inandığına*” dair bir ifade yer almaktadır. Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Pérez-Vera, Elisa:** “*Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction Convention*”, HCCH Publications, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779>, s.426-476.

³⁴¹ Bkz. Brüksel II b Tüzüğü m.21. Brüksel II b Tüzüğü, çocukları dinleme prosedürünün nasıl yürütülmesi gerektiği konusunda düzenleme içermemektedir. Çocuğun dinlenilme usulü ve şekline ilişkin düzenleme yapma yetkisi, ulusal mevzuata bırakılmıştır. Söz konusu Tüzük, sınır ötesi kaçırma durumlarında

ilişkin prosedürün tüm aşamalarında AB üyesi devletlerin mahkemeleri tarafından dikkate alınması gerekmektedir³⁴².

4. Brüksel II b Tüzüğü'ne Göre Yetkili Mahkemeyi Seçme Hakkı

Brüksel II bis Tüzüğü gibi, Brüksel II b Tüzüğü de taraflara, belirli anlaşmazlıkları hangi AB üyesi devlette veya hangi mahkemede çözecekleri konusunda sınırlı bir seçme hakkı tanımıştır (Bölüm II, m.3)³⁴³.

Velayet sorumluluğu konusunda, Brüksel II b Tüzüğü genel yargılama yetkisini tanımıştır. Söz konusu Tüzüğün 7/1. maddesine göre *"Bir üye devletin mahkemeleri, mahkeme sürecinin başlatıldığı sırada o üye devlette ikamet eden çocuklar üzerindeki velayet sorumluluğu konusunda yargılama yetkisine sahip olacaktır."*

Böylece Brüksel II b Tüzüğü, velayet sorumluluğu konusundaki davalarda taraflara yetkili mahkemeyi seçme hakkına sahip olma imkânı sağlamıştır (m.10). Bu şekilde, yetkili mahkemenin seçimi, 7. maddede belirlenen ilkeye bir istisna teşkil etmektedir.

Belirli bir üye devletin mahkemelerine yönelik kullanılan yetkili mahkemeyi seçme hakkı, yalnızca AB üyesi devlet mahkemelerinin (7. madde ile tanımlanan) genel

çocuğun dinlenilmesi prosedürünü kolaylaştıracağından mümkün olan durumlarda teknoloji yollar ve video konferans yoluyla da çocuğun dinlenilmesini tavsiye etmektedir (m.53).

³⁴² AB üyesi ülkeler, AB üyesi olmayan bir ülkenin dahil olduğu durumlarda Lahey Sözleşmeleri'ni uygulamaya devam edecektir.

³⁴³ Brüksel II b Tüzüğü'nün 3. maddesinin II. bölümü yalnızca boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali ile ilgili bağlantı noktalarını tanımlamıştır.

yargılama yetkisinin tanındığı durumlarda değil, aynı zamanda şu durumlarda da kullanılabilir: Çocuğun bir üye devletten diğerine yasal olarak taşınması durumunda (m. 8); Çocuğun yer değiştirmesi veya haksız yere alıkonulması durumunda (m. 9) ve Çocuğun orada hazırda bulunmasıyla ilgili öngörülen durumlarda (m. 11). Brüksel II b Tüzüğü, tarafların mahkemeyi seçebilecekleri durumlara ilişkin kriterleri de belirlemiştir. Örneğin velayet sorumluluğuna ilişkin davalarda yetkili mahkeme seçiminin ana kriterleri şu şekildedir: Çocuğun seçilen yetkili mahkemenin ait olduğu üye devlet ile önemli bir bağının olması (10/a), tarafların bir anlaşmaya varması³⁴⁴, ilgili süreler³⁴⁵, anlaşmanın şekli³⁴⁶ çocuğun en yüksek menfaatinin sağlanması³⁴⁷.

³⁴⁴ Yetkili mahkemenin seçimine ilişkin anlaşma dava tarafları arasında yapılır, bu nedenle çoğu durumda bu anlaşma çocuklar ve ebeveynleri arasında yapılmaktadır. Ancak bu anlaşmanın tarafı bazen çocuğun diğer ebeveyni veya yasal vasisi de olabilmektedir.

³⁴⁵ Taraflar, yargılamanın başlamasından önce ve en geç esas incelemeye kadar yetkili mahkemenin seçimi konusunda anlaşmaya varabilirler (Madde 10/1/b/i). Tarafların, 10/1/b/i maddesine göre bir anlaşmaya varamaması halinde, anlaşmayı yargı prosedürleri sırasında da yapma imkanı bulunmaktadır (10/1/b/ii).

³⁴⁶ Madde 10(2), yetkili mahkemenin seçim şekline ilişkin özel kriterler belirlemiştir. Yetkili mahkemeyi seçme anlaşması yazılı şekilde, ulusal mevzuata uygun olarak, tarih ve tarafların imzalarını içerecek şekilde yapılmalıdır.

³⁴⁷ Velayet sorumluluğuna ilişkin konularda yetkili mahkemeyi seçmenin son koşulu, yargı yetkisinin kullanılmasının çocuğun yüksek yararına olmasıdır (Madde 10/c).

B. Roma III Tüzüğü'nün Hazırlık Çalışmaları ve Güçlendirilmiş İşbirliği

1. Genel Olarak

Avrupa Kıtasında yüzyıllardır boşanmaya karşı toplumsal bir red söz konusu olmuştur. Bunun başlıca nedeni, Roma Katolik Kilisesi'nin evliliğin dağılmasına ve boşanmaya karşı olan duruşudur. Eski Yunanistan ve Roma'da belirli koşullar ve kriterler altında boşanmaya izin verilirken, Orta Çağ'da Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasıyla durum dramatik bir şekilde değişmiştir. Zira bu zamandan itibaren, aile hukukundan kaynaklanan sorunlar ve boşanma da dahil olmak üzere, Avrupalıların yaşam şekli Roma Katolik Kilisesi'nin yorumlarıyla belirlenmeye başlanmıştır. Roma Katolik Kilisesi'nin ana ilkelerinden biri, boşanma kurumunun daha önce hiç olmadığı şekilde kati ve tamamen yasaklanmasıydı³⁴⁸.

16. Yüzyıldan 18. Yüzyıla kadar geçen dönemde Protestan yorum ve reformların etkisiyle boşanma konusundaki toplum algısı da değişmiş olup Avrupa Kıtasının birçok ülkesi evliliği, Katolik dini yorumu kapsamında kutsal bir kurum olarak değil, laik bir kurum olarak nitelendirmeye başlamıştır. Yapılan bu değişiklik ve reformlardan yola çıkarak birçok Avrupa ülkesi hukukî mevzuatlarında evliliğin sona ermesine ilişkin usul ve kriterleri düzenlemiştir. Ancak aile hukuku kanunlarında eşlerden birinin kusurlu olması ilkesi boşanmanın temel ölçütlerinden biri olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla bu

³⁴⁸ **Rheinstein, Max:** “*Trends in Marriage and Divorce Law of Western Countries*”, Law and Contemporary Problems, 1953, <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol18/iss1/2>, s. 3-19.

dönemde boşanma ancak eşlerden birinin diğer eşin kusurunu ispat etmesi ile mümkün kılınmıştır. Bu şekilde boşanma hadisesi karmaşık ve pahalı bir süreç halini almıştır³⁴⁹.

İkinci büyük değişiklik İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşmiştir. Bu dönemde başta boşanma olmak üzere aile hukukunu düzenleyen mevzuat hükümleri birçok Avrupa ülkesinde serbestleştirilmiş, eşlerden birinin kusurluluğunun ispatına gerek olmaksızın eşlerin boşanma talebinde bulunabilecekleri ve boşanma gerekçesi olarak diğer sebeplerin tanınması söz konusu olmuş ve sonuç olarak boşanmanın kabul edilmesi gerçekleşmiştir. 1960'lar ve 1970'lerde, birçok Avrupa ülkesinde eşlerin karşılıklı anlaşmasına dayanarak boşanmaya izin verilmesiyle boşanma kurumunda çok önemli bir reform gerçekleştirilmiştir³⁵⁰.

AB'nin (AB) tüm üye devletleri, aile hukukunu düzenleyen ulusal mevzuatlarında boşanmayı düzenlemekte ve boşanmayı hukukî bir kavram olarak tanımaktadır.

Bununla birlikte, evliliğin sona erdirilmesi konusunda AB üyesi devletlerin mevzuatları arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Öyle ki, bazı üye devletlerde evliliğin sona erdirilmesine ilişkin kriterler mevzuatta oldukça liberal bir perspektiften ve boşanmaya karşı ılımlı bir şekilde tanımlanırken bazılarında ise oldukça muhafazakâr ve evlilik lehine bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu nedenle, boşanma kurumunun maddi ve usule ilişkin düzenlenmesi bir üye devletten diğerine önemli ölçüde değişmektedir.

2001 yılında, Avrupa'daki ulusal aile hukuku mevzuatının uyumlaştırılmasına yardımcı olmak ve bu süreci kolaylaştırmak amacıyla Avrupa Aile Hukuku Komisyonu (CEFL) kurulmuştur³⁵¹. 2004 yılında CEFL, Boşanma ile ilgili Avrupa Aile Hukuku

³⁴⁹ **Rheinstein**, s.4.

³⁵⁰ **Antokolskaia**, *Harmonisation of Family Law in Europe*, s.313-315.

³⁵¹ Commission on European Family Law. EFL Series.

İlkeleri'ni yayınlamıştır³⁵². Bu ilkelerin uygulanması zorunlu olmasa da, diğer bir deyişle bu ilkeler hukukî açıdan bağlayıcı olmayan bir öneri niteliğinde olsa da, AB üyesi devletlerde boşanma mevzuatının geliştirilmesi ve uyumlaştırılması açısından önemli bir adım teşkil etmektedir. Bahsi geçen ilkelerin amacı, AB üyesi ülkelerde boşanma konusundaki hukukî düzenlenmelere ilişkin temel kriterleri belirlemek ve bu yönde reform yapacak olan ülkelerin ulusal mevzuatlarına yol göstermektir³⁵³.

Yabancı unsurlu boşanma davaları, normal boşanma davalarına nazaran çok daha karmaşıktır. Zira yabancı unsurlu bir boşanma davası söz konusu olduğunda, öncelikle uyuşmazlığa bakmaya yetkili mahkemeyi ve uygulanacak olan ulusal hukuk düzenini belirleyecek olan milletlerarası özel hukuk hükümlerin bulunması gerekmektedir.

Üye devletlerin milletlerarası özel hukuk alanını düzenleyen mevzuat hükümleri (vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken gibi), dava tarafları ve uygulanacak hukukun ait olduğu ülke arasında farklı bağlantı noktaları belirlemiştir. Böylece somut anlaşmazlığı inceleyen yetkili mahkeme ve uygulanacak ilgili mevzuata bağlı olarak, boşanma davalarında ve boşanma kararında büyük farklılıklar söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla uluslararası veya yabancı unsurlu boşanmaların hukukî sonuçları, yetkili mahkemenin tespiti ve somut anlaşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesine göre farklılık arz edebilmektedir. Üye devletlerin milletlerarası özel hukuk ve yabancı unsurlu

³⁵² Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses, <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>, s.1-3.

³⁵³ **Antokolskaia, Masha:** “*Divorce Law in a European Perspective*”, in Scherpe, J.M. (ed) *European Family Law, Vol. III. Family Law in a European Perspective*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 41-81 [*Divorce Law*].

boşanmaya ilişkin ulusal mevzuatlarının farklılığı, uygulanacak mevzuatın ve yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda belirsizlik yaratmaktadır.

Boşanma mevzuatı başta olmak üzere aile hukuku mevzuatının düzenlenmesinde AB üyesi ülkeler arasındaki mevzuat farklılıklarını azaltmak amacıyla, 20. Yüzyılın başlarında başlayan ve günümüzde de devam eden yabancılık unsuru içeren milletlerarası özel hukuk mevzuatının uyumlaştırılması için çeşitli çabalar sarf edilmektedir³⁵⁴. Milletlerarası özel hukukun, özellikle boşanma konusundaki mevzuatın uyumlaştırılmasına ilişkin en önemli adım, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nda (HCCH), 1 Haziran 1970 tarihli Boşanma ve Ayrılığın Tanınmasına İlişkin Sözleşme'nin kabul edilmesiyle atılmıştır³⁵⁵.

2. Roma III Tüzüğü'nün Hazırlık Çalışmaları

AB içinde kişilerin serbest dolaşımı tüm üye ülkeler için oldukça önemli bir konudur. Ancak yabancı unsurlu evlilikler konusunda mevcut olan hukukî güvensizlik nedeniyle, özellikle eşlerin evliliği bitirme kararı aldığı durumlarda serbet dolaşım hakkının kullanılması zorlaşmaktadır. AB, özünde ekonomik ve politik bir birlik olmasına rağmen üye ülkelerin boşanmaya ilişkin mevzuatını uyumlaştıran Roma III Tüzüğü'nü çıkarmıştır. Bu Tüzükle AB vatandaşları için yabancılık unsuru içeren

³⁵⁴ **Stikāne, Liga:** “*What Effect does European Private International Law on Cross-border Divorce have on National Family Laws and International Obligations of the Member States?*”, Athens Journal of Law, Vol.5, Issue. 4, 2019, s.2-3.

³⁵⁵ Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations, Entry into force: 24-VIII-1975, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=80>.

karmaşık boşanma sürelerinin kolaylaştırılması amaçlanmıştır³⁵⁶. Roma III Tüzüğü, AB ve üye devletler tarafından gerçekleştirilen derinlemesine analizlerin ve AB içinde yaşanan zorlu bir uzlaşma sürecinin sonucudur.

AB içinde boşanma konusu ile ilgili mevzuatların düzenlenmesi, 10 yılı aşkın bir süre Komisyon'un gündemini oluşturmuştur³⁵⁷.

Avrupa Komisyonu, Mart 2005'te Brüksel II ve Brüksel II a Tüzüğü ile getirilen yetkili mahkemenin belirlenmesi, mahkeme kararlarının tanınması ve mevzuatın uyumu ile ilgili kuralların uygulanması, uygulanacak mevzuatın seçimiyle ilgili çeşitli kuralların birleşimi ve bu süreçlerin hukukî açıdan gündeme getirdikleri güçlükleri vurgulayan

³⁵⁶ **Mceleavy, Peter:** “*The Brussels II Regulation: How the European Community Has Moved into Family Law*”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51(4), s.897-899.

³⁵⁷ Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, - Text adopted by the Justice and Home Affairs Council of 3 December 1998, Official Journal C 019, 23/01/1999 P. 0001 – 0015, paragraph 39. Söz konusu Eylem Planının 41. maddesinin (a) bendinde yer alan hüküm şu şekildedir: “*Aşağıdaki tedbirler, antlaşmanın yürürlüğe giriş tarihinden itibaren beş yıl içinde alınmalıdır: (a) boşanmaya uygulanabilecek mevzuata ilişkin yasal bir belge hazırlamak amacıyla olasılıkları değerlendirmek*” (Roma III, The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union OJ C 53, 3.3.2005, p. 1–14. Söz konusu eylem planının 3.4.2. maddesinde yer alan hüküm şu şekildedir, “*Aile ve miras hukukuyla ilgili olarak, Komisyon aşağıdaki teklifleri sunmaya davet edilir: - 2005 yılında boşanmayla ilgili konularda kanunlar ihtilâfına ilişkin bir yeşil belge (Roma III).*”

Yeşil Kitap'ı yayınlamıştır. Tespit edilen güçlükler arasında şunlar sayılmaktadır: Yetkili mahkemeyi seçme konusunda eşlere sunulan yetersiz otonomi, hukukî güvensizlik, öngörülebilirlik eksikliği, vatandaşların beklentilerine uymayan sonuçların meydana gelmesi, üçüncü ülkelerde yaşayan Avrupa vatandaşları için riskler ve zorlukların mevcudiyeti ve mahkemede dava açmak isteyen taraflar için sürecin aceleye getirilmesi³⁵⁸.

Son yıllarda boşanmaya izin vermeyen, başka bir ifadeyle boşanmanın yasak olduğu son AB üyesi ülkeler Polonya ve Malta'dır³⁵⁹. Öte yandan, boşanmayı serbestleştiren ve boşanma süreçlerinin başlatılması için belirli bir nedenin şart koşulmadığı ülkeler İskandinav ülkeleridir³⁶⁰.

Unutulmamalıdır ki, Brüksel II a'dan farklı olarak, Roma III sadece siyasi tespitlerle değil aynı zamanda temel meselelerin çözümüyle de ilgilidir³⁶¹. Avrupa Kıtası

³⁵⁸ Commission Staff Working Paper- Annex to the Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters {COM (2005)82 final} /* SEC/2005/0331 final */.

³⁵⁹ 2011 yılına kadar Malta'da boşanmak yasaktı. 1 Ekim 2011'de Malta, Medeni Kanunu'nu değiştirerek boşanmayı mümkün hale getirmiştir. Söz konusu Kanun metni için bkz. Civil Code (Amendment) Act, 2011, Govenment Gazette of Malta No. 18.784, 29.07.2011, (16.10.2011).

³⁶⁰ **Fiorini, Audio:** “*Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation—Enhanced Cooperation as the Way Forward?*”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 59, 2010, s.1143–1158 [*Enhanced Cooperation as the Way Forward?*]. Aynı görüş için bkz. **Fiorini, Rome III-Choice of Law in Divorce**, s. 178-180.

³⁶¹ **Fiorini, Rome III—Choice of Law in Divorce**, s. 192.

devletlerinin mevzuat seçimi konusunda sahip oldukları farklı değerler, üye devletlerin ayrılma³⁶² ve boşanmaya³⁶³ ilişkin hukukî mevzuatlarını uyumlaştıracak bir hukukî düzenlemenin çıkarılması konusunda siyasi uzlaşmaya varmalarını imkansız hale getirmiştir. AB içinde boşanma ve ayrılıkla ilgili düzenlemeyi yasalaştırmak için gereken siyasi oybirliği sağlanamamıştır. Örneğin İsveç, ayrılık ve boşanmayla ilgili öngördüğü kurallara nazaran daha az liberal olan diğer ülkelerin mevzuatını uygulamayı kabul etmediği için müzakereler başarısız olmuştur.

AB üyesi devletler arasında iki yıl süren tartışmalardan sonra Haziran 2008'de düzenlenen konferansta AB Konseyi, AB üyesi devletlerin çoğunluğunun Konsey'in bu düzenlemeye yönelik önerilerini desteklediğini vurgulamış, ancak önerinin aşılamaz zorluklarla karşı karşıya kalması nedeniyle oybirliğinin sağlanamamasından dolayı Roma III Tüzüğü'nün amaçlarına makul bir süre içinde ulaşamayacağını ifade etmiştir. Bu

³⁶² AB üyesi devletler arasında ayrılıkla ilgili hukukî düzenlemeler konusundaki farklılıklar belirgindir. Ayrılığı kabul eden ülkeler: Fransa, İrlanda, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, Birleşik Krallık, İtalya, Belçika, Danimarka, İspanya, Litvanya, Polonya ve Malta'dır. Almanya, Avusturya, Yunanistan, Finlandiya, İsveç, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Letonya, Slovakya, Slovenya, Kıbrıs ve Macaristan gibi ülkeler ise kabul etmemiştir. Bkz. Commission working paper, s. 6.

³⁶³ Background Document to the Justice and Home Affairs Council, Luxembourg 19 & 20 April 2007, Press Service of the Council, Brussels 17 April 2007, s.2; 16616/07, Presidency Conclusions of the Brussels European Council of 14.12.2007, para 34, 9.

konferansta Konsey'in bu Tüzükle ilgili çalışmalarının üye devletler arasında güçlendirilmiş iş birliği ile devam edeceği de vurgulanmıştır³⁶⁴.

Birkaç hafta sonra, en az dokuz üye ülke³⁶⁵, AB Komisyonu'na bir teklifte bulunmuş ve güçlendirilmiş iş birliği aramayı amaçlamıştır. Teklifin onaylanmasının ardından bu devletler, daha fazla üye devletin bu teklife katılacağını ifade etmiştir³⁶⁶. Güçlendirilmiş iş birliğine ilişkin olarak, AB üyesi devletlerin oybirliğiyle ortak bir görüş sağlanamamıştır. Bazı devletler bu iş birliğinin uygun ve makul olup olmadığı konusundaki şüphelerini dile getirirken, bazı devletler ise bu iş birliğine katılmayacaklarını beyan etmiş ancak karşı da çıkmamışlardır. Komisyon, iş birliğinin artırılmasına yönelik resmi bir talebi memnuniyetle karşılayacağını, ancak *"bu teklifin içeriğinin ne olabileceğini önceden belirtmek istemediğini"* duyurmuş ve *"talepleri siyasi, hukukî ve pratik yönlerden inceleyeceğini"* vurgulamıştır.

Temmuz 2008'de Yunanistan, İspanya, İtalya, Macaristan, Lüksemburg, Avusturya, Romanya ve Slovenya güçlendirilmiş iş birliği için Komisyon'a resmi bir

³⁶⁴ Press Release, 2873rd, Council Meeting Justice and Home Affairs, Luxembourg, 5–6 June 2008, C/08/146, 9956/08 (Presse 146) s. 22.

³⁶⁵ Avusturya, Fransa, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Lüksemburg, Romanya, Slovenya ve İspanya, Two-speed Europe may Emerge over Divorce Rules, <https://euobserver.com/rule-of-law/26546> (Erişim Tarihi: 22.12.2020).

³⁶⁶ Press Release, 2887th, Council Meeting Justice and Home Affairs, Brussels, 24–25 July 2008, C/08/205, 11653/08 (Presse 205) s.23. Bu konferansta, AB Adalet Komiseri Jacques Barrot şu vurguda bulunmuştur: *"Komisyon, güçlendirilmiş bir iş birliğinin tüm siyasi, yasal ve pratik sonuçlarını inceleyecektir"*. Daha sonraki aşamalarda AB içinde güçlendirilmiş iş birliğine yönelik bu girişime şu ülkeler de katılmıştır: Almanya, Belçika, Portekiz ve Litvanya.

talepte bulunmuştur. Bu talepten altı ay sonra Bulgaristan ve Fransa da bu girişime katılmıştır. Bu talep, sonraki 18 ay boyunca, ikinci *Barroso* Komisyonu'nun kurulmasına kadar dikkate alınmamıştır. Ancak dönemin Avrupa Parlamentosu'nun Adalet, Temel Haklar ve Vatandaşlık Komiseri adayı *Viviane Reding*'in Medeni Haklar, Adalet, İç ve Hukukî Meseleler Komitesi ile Kadın Hakları ve Cinsiyet Eşitliği Komitesi'ne, yabancı unsurlu boşanma davalarını ele alan tüzüğün çıkarılmasında yer almayı amaçladığı ve bunu güçlendirilmiş iş birliği temelinde yapmayı hedeflediği bilgisini vermesiyle talep gündeme gelmiştir. *Viviane Reding*, üye devletlerin tamamının AB politikalarına katılması gerektiğine inanmasına rağmen, oybirliğinin imkânsız olduğu durumlarda güçlendirilmiş iş birliği gibi diğer alternatiflerin izlenmesi gerektiğini vurgulamıştır³⁶⁷.

12 Temmuz 2010'da Konsey, boşanma ve ayrılık konusunda uygulanabilir mevzuat alanında güçlendirilmiş iş birliğine yetki veren bir karar yayınlarken³⁶⁸, 24 Mart 2010'da bu alanda güçlendirilmiş iş birliğine izin veren bir Konsey Tüzüğü (AB) için teklifte bulunulmuştur³⁶⁹. 14 Temmuz 2010 tarihinde Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi, boşanma ve ayrılık konusunda uygulanacak mevzuata ilişkin, "Boşanma ve Ayrılık Konusunda Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğini Uygulayan

³⁶⁷ European Parliament, Hearing with Viviane Reding, 7 January 2010, CM 800797EN, s.6.

³⁶⁸ 2010/405/: Council Decision of 12 July 2010 Authorising Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, Official Journal of the European Union L 189/12, 22.07.2010

³⁶⁹ Proposal for a Council Regulation (EU) Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, Brussels, 24.3.2010 COM (2010) 105 final.

Konsey Tüzüğü Önerisi" hakkında olumlu görüş bildirmiştir³⁷⁰. Güçlendirilmiş iş birliğinin hâlihazırda bir parçası olmayan üye devletlere yapılan davete³⁷¹ Almanya, Belçika, Letonya, Portekiz ve Malta³⁷² olumlu yanıt vermiştir. Yunanistan ise başlangıçta güçlendirilmiş iş birliğine katılan ülkelerden biri olmasına karşın daha sonra geri çekilmiştir.

AB üyesi ülkelerin yarısından fazlasından gelen bir taleple karşı karşıya kalan Adalet ve İçişleri Konseyi, Haziran 2010'da AB tarihinde güçlendirilmiş iş birliğine izin veren ilk karar üzerinde anlaşmaya varmıştır³⁷³. Avrupa Parlamentosu 16 Haziran'da güçlendirilmiş iş birliğine onay verirken, 12 Temmuz 2010 tarihli kararla AB Konseyi bu alanda güçlendirilmiş iş birliğine izin vermiştir³⁷⁴.

³⁷⁰ Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘Proposal for a Council Regulation Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation’ COM (2010) 105 final/2, Official Journal of the European Union, C 44/167, 11.02.2011.

³⁷¹ COM (2010) 104/2 final, Explanatory Memorandum, para 50, 12.

³⁷² Boşanma ve ayrılık alanında artan iş birliği ve özellikle Malta'nın bu sürece katılması, bu ülkede boşanmanın yasak olduğu ve 2008'de Malta'nın güçlendirilmiş iş birliğinin bu alanda kullanılmasının uygun olup olmadığına dair şüphelerini dile getirdiği göz önüne alındığında şaşırtıcıydı.

³⁷³ 3018th Council Meeting Justice and Home Affairs, Luxembourg, 3–4 June 2010, C/08/205, 10630/10 (Presse 161), s.17.

³⁷⁴ Official Journal of the European Union L 189

AB Konseyi, 20.12.2010 tarihinde, boşanma ve ayrılık konularında uygulanacak mevzuat konusunda güçlendirilmiş iş birliği için 1259/2010 sayılı Tüzüğü onaylamıştır³⁷⁵.

3. Roma III Tüzüğü'nün Amaçları

AB hukuku çerçevesinde boşanma durumlarında kanunlar ihtilâfına ilişkin yeknesak kuralları tanımlayan uluslararası bir anlaşma veya başka bir hukukî düzenleme bulunmamaktaydı³⁷⁶. AB üyesi devletlerin mahkemelerinde yabancı unsurlu bir boşanma davasının açılması halinde, bu alanı düzenleyen uluslararası hukukî düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle boşanmaya uygulanacak hukuk, uyuşmazlığı inceleyen mahkemenin ait olduğu ülkenin hukukudur (hâkimin hukuku). Yabancı unsurlu boşanma konusunda AB üyesi ülkelerin mevzuatlarının farklılık arz etmesi boşanmaya ilişkin

³⁷⁵ 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, Official Journal of the European Union, L 343/10, 29.12.2010.

³⁷⁶ Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters {SEC (2005) 331} COM/2005/82 final (“*Green Paper*”), s.2; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 239. 1998 yılında Viyana’da toplanan Avrupa Konseyi, AB içinde ortak bir yargı alanının amacının, özellikle boşanma gibi vatandaşların günlük hayatını etkileyen durumlarda vatandaşların hayatlarını kolaylaştırmak olduğunu vurgulamıştır. Aynı belgede, Antlaşmanın yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl içinde alınacak tedbirlere de yer verilmiştir. “a) *Boşanmaya ilişkin geçerli mevzuat için yasal bir belge taslağı hazırlama olasılıklarının değerlendirilmesi (Roma III)*”, bkz. OJ C19, 23.01.1999, s.10.

prosedürü ve nihai kararı etkilemektedir. Bu durum, hukukî belirsizliğe ve katılığa yol açmasının yanı sıra, vatandaşların meşru beklentileriyle örtüşmeyen sonuçları da beraberinde getirebilmektedir³⁷⁷.

Roma III Tüzüğü'nün amacı, boşanma davalarında taraflar açısından hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik sağlamaktır³⁷⁸.

AB üyesi devletlerin büyük çoğunluğunun milletlerarası özel hukuk mevzuatında, yabancı unsurlu boşanmaya ilişkin düzenlemelerde bağlantı unsuru olarak; eşlerin ortak ikamet ettiği devletin hukuku (Avusturya), eşlerin her ikisinin de vatandaşlığına sahip olduğu devletin hukuku (Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Estonya, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya) veya eşlerden

³⁷⁷ {SEC (2005) 331} COM/2005/82 final (“*Green Paper*”), s.3.

³⁷⁸ Boşanma, ayrılık, iptal ve usul kurallarına ilişkin maddi hukuk hükümleri konusunda AB üyesi ülkeler arasındaki farklılıkları görmek için bkz. Commission Staff Working Paper- Annex to the Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters, COM (2005)82 final (“*Commission working paper*”). Karşılaştırmalı hukukta boşanmaya ilişkin farklı yaklaşımlar için bkz. **Eksi, Nuray:** Milletlerarası Özel Hukukta Medenî Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2012, s. 39 [*Medenî Olmayan Evliliklerin*]; **Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm:** “*Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, S.2, 2012, s.514 [*Roma III Tüzüğü*].

birinin halen mutad mesken devam ediyor olması halinde mutad meskenin bulunduğu devletin hukuku belirlenmiştir³⁷⁹.

Eşlerin her ikisinin vatandaşı olduğu devlet hukukunun tespitinin mümkün olmadığı hallerde, eşlerin müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukuku (eşlerin müşterek mutad mesken hukuku) uygulanacaktır. Eğer bu da belirlenemezse, son müşterek mutad mesken eşlerden birinin halen ikamet ettiği hallerde mutad meskenin olduğu ülke hukuku veya eşlerin son müşterek mutad mesken bulunduğu ülke hukuku veya hâkimin hukuku (*lex fori*) uygulanacaktır.

AB üyesi devletlerin ayrılma ve boşanma durumlarında uygulanacak mevzuata ilişkin farklı bağlantı noktaları öngördüğü durumlar karşısında Roma III Tüzüğü, ayrılma ve boşanma davalarında uygulanacak mevzuatı belirleyen somut bir çerçeve oluşturmakta olup aynı zamanda eşlerin yakından ilişkili olmadıkları mevzuatın uygulanmasını da engellemeyi amaçlamaktadır.

Roma III Tüzüğü, ayrılma veya boşanmada uygulanacak mevzuat ve yetkili mahkeme seçme konusunda taraflara sınırlı bir seçim imkânı vererek esneklik yaratmayı amaçlamaktadır³⁸⁰. Aile hukukunda yabancılık unsuru taşıyan konularda tarafların uygulanacak mevzuatı ve yetkili mahkemeyi seçme iradesinin serbestliği ulusal mevzuatta genel olarak kabul edilmemektedir.

³⁷⁹ Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters (COM (2005) 82 final), 14.3.2005, SEC (2005) 331 (“Working Paper”): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005SC0331>; **Baarsma, Nynke Anna**: The Europeanisation of International Family Law, Asser Press, The Hague 2011, s. 145; Bayraktaroğlu Özçelik, *Roma III Tüzüğü*, s. 514-516; **Tütüncübaşı**, s.5.

³⁸⁰ Komisyon önerisi, s. 4.

Roma III Tüzüğü'nün bir diğer amacı, ayrılma veya boşanmada kendi lehine bir sonuç elde etmek amacıyla eşlerden birinin diğer eşten önce davranarak mahkemeye dava açması durumu olan "mahkemeye başvurmada acele etme"³⁸¹ olayını önlemektir. Bu uygulamanın amacı, diğer eşin menfaatlerinin dikkate alınmayacağı bir ülkenin hukukunun veya eşlerle yakın ilişkisi bulunmayan bir ülkenin hukukunun uygulanmasını sağlayarak avantaj elde etmektir³⁸². Roma III Tüzüğü, bu tür uygulamaları önlemek için AB hukuku çerçevesinde aynı ilkelerin uygulanmasını, böylece eşler arasında yaşanabilecek AB üyesi ülkelerden herhangi birinin mahkemesine önceden başvurma kaygısını ve rekabetini ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Ayrılma veya boşanma halinde eşlerin uygulanacak hukuku seçmediği hallerde uygulanacak hukukun tespiti Roma III Tüzüğü'ne göre yapılacaktır. Sonuç olarak, söz konusu tüzük tarafların boşanma veya ayrılıkla ilgili olarak hangi mevzuatın uygulanacağını kolayca tahmin etmelerine yardımcı olacaktır.

4. Roma III Tüzüğü'nün Tarihsel Gelişimi ve Kabul Süreci

AB, Amsterdam Antlaşması ile yaptığı değişikliklerle kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı bir serbest güvenlik ve adalet bölgesinin oluşturulması ve geliştirilmesini hedef olarak belirlemiştir. Böyle bir bölgenin kademeli olarak oluşturulması için AB'nin yabancı unsurlu hukuk davalarında adli iş birliğine ilişkin

³⁸¹ "Yeşil Rapor"un 6. Sayfasında 2.5. maddesinde, "*Risk of rush to court*", "*Mahkemeye sevk etme riski*" ifadesi kullanılmaktadır.

³⁸² **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s. 516-518; Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters (COM (2005) 82 final), s.6.

hukukî düzenlemeleri kabul etmesi gerekmektedir. Bu gereklilik iç pazarın sağlıklı işlemesi için özellikle önemlidir³⁸³. Amsterdam Antlaşması'nda belirlenen ilkeler çerçevesinde Amsterdam Antlaşması hükümlerinin en iyi şekilde uygulanmasına yönelik Konsey ve Avrupa Komisyonu tarafından oluşturulan eylem planları 23.01.1999 tarihinde onaylanmıştır³⁸⁴. Konsey ve Avrupa Komisyonu'nun eylem planları, medeni hukuk konularında iş birliğinin geliştirilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Söz konusu eylem planlarında, çoğu kişinin gelişmelerin çok yavaş olduğu görüşünde olduğu vurgulanmakta³⁸⁵, ancak AB mekanizmalarının ilgili alanın düzenlenmesine yönelik

³⁸³ Bu değişiklik 2 Ekim 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'nda özellikle sınır ötesi sonuçları olan hukuk davalarında adli iş birliğine imkân veren 73. maddede yapılan değişikliklerle getirilmiştir, daha fazlası için bkz. “*Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing The European Communities And Certain Related Acts*”, <http://europa.eu.int>.

³⁸⁴ Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, - Text adopted by the Justice and Home Affairs Council of 3 December 1998, Official Journal C 019/1, 23/01/1999 P. 0001 – 0015.

³⁸⁵ Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, s. 4. Bu planın “*Hukuk davalarında adli iş birliği*” başlığı altındaki 16. maddesinde şu vurgulanmaktadır: “*Yasalara uyan vatandaşlar, Avrupa Birliği'nin içinde yaşadıkları adli ortamı sadeleştirme ve kolaylaştırma yönündeki çabalarını görme hakkına sahiptir. Hukuki güvenlik ve adalete eşit erişim gibi ilkeler, AB'nin temel hedeflerinden olmalıdır. Bu kapsamda, yetkili yargı merciinin belirlenmesi,*

çalabalarda yoğunluğu ve taahhüdü artırma konusundaki kararlılığı da takdir edilmektedir. Konsey ve Komisyon'un eylem planına ilişkin olarak AB Resmî Gazetesinde yayımlanan³⁸⁶ ve 41. maddenin (a) bendinde yer alan hüküm şu şekildedir: "*Aşağıdaki tedbirler, antlaşmanın yürürlüğe giriş tarihinden itibaren beş yıl içinde alınmalıdır: (a) boşanmaya uygulanabilecek mevzuata ilişkin yasal bir belge hazırlamak için olasılıkları değerlendirmek (Roma III).*"

17 Temmuz 2006'da Avrupa Komisyonu, Avrupa Topluluğu'nu kuran antlaşmanın 61(c) ve 67(1) maddelerine (şimdiki AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 81(3) maddesi) dayanarak, yargı yetkisine ilişkin 2201/2032³⁸⁷ sayılı Tüzüğü değiştiren

yürürlükteki kanunun açıkça belirlenmesi, hızlı ve adil usullerin mevcudiyeti ve etkili icra usullerinin belirlenmesi gibi konularda çalışılmalıdır."

³⁸⁶ Official Journal of the European Communities, C 19, Volum 42, 23.01.1999

³⁸⁷ Bu durum Boşanma Davalarında Uygulanacak Mevzuata İlişkin Tüzüğün hazırlanmasına yol açmıştır. Bu Tüzük başlangıçta ayrı bir tüzük olarak hazırlanmamış, Avrupa Konseyi'nin 1347/2000 sayılı Tüzüğü'nün yerini alacak olan 2201/2003 sayılı Tüzüğün değiştirilmesi önerisi olarak hazırlanmıştır. Söz konusu Tüzük kanunlar ihtilâfi kurallarını, yargı yetkisini ve boşanma kararlarının tanınmasını birlikte ele alacaktı. **Sapota, Anna:** "*What Happened with Regulation Rome III? Seeking the Way for Unifying the Rules on Applicable Law in Divorce Matters*",https://www.academia.edu/35732550/WHAT_HAPPENED_WITH_REGULATION_ROME_III_SEEKING_THE_WAY_FOR_UNIFYING_THE_RULES_ON_APPLICABLE_LAW_IN_DIVORCE_MATTERS, s.1-8. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the

ve evlilik meselelerinde geçerli mevzuata ilişkin kurallar getiren Konsey Tüzüğü önerisini onaylamıştır³⁸⁸. Konsey'in amacı, Avrupa Parlamentosu ile istişare ettikten sonra öneriyi oybirliğiyle onaylamaktır. Avrupa Parlamentosu, Konsey'in 21 Ekim 2008 tarihli önerisi hakkında görüşünü bildirmiştir³⁸⁹.

Ekim 2006'dan itibaren Avrupa Komisyonu'nun önerisi Medeni Hukuk Meseleleri Komitesi'nde tartışılmıştır. Komisyonda yapılan görüşmelerde önerilen konularda görüş birliği sağlanamamıştır. AB Konseyi, 5-6 Haziran 2008 tarihlerinde, Roma III Tüzüğü ile ilerlemenin gerçekleşmemesinin sebebinin oybirliğinin olmaması olduğunu vurgulamıştır; ancak, yakın gelecekte aşılması mümkün olmayan engeller söz konusu olmuştur.

25 Temmuz 2008'de AB Konseyi, en az sekiz üye devletin gelişmiş iş birliği için Avrupa Komisyonu'ndan bir teklif sunmasını talep edeceğine dikkat çekmiştir.

28 Temmuz 2008³⁹⁰, 12 Ağustos ve 12 Ocak 2009 tarihlerinde Yunanistan³⁹¹, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Macaristan, Avusturya, Romanya, Slovenya, Bulgaristan ve Fransa³⁹² evlilikle ilgili konularda uygulanacak mevzuat alanında aralarında güçlendirilmiş iş birliği başlatılması konusunda Avrupa Komisyonu'na bir talepte

Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23.12.2003, p. 1.

³⁸⁸ COM (2006) 399.

³⁸⁹ OJ C 15 E, 21.1.2010, p. 128.

³⁹⁰ Yunanistan, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Macaristan, Avusturya, Romanya ve Slovenya.

³⁹¹ 3 Mart 2010'da Yunanistan talebini geri çekmiştir.

³⁹² Bulgaristan ve Fransa bu talebe sonradan katılmıştır.

bulunmuştur. Eş zamanlı olarak Komisyon'dan AB Konseyi'ne bu amaçla bir teklif sunulması istenmiştir.

Komisyon'un ilk önerisinden farklı olarak güçlendirilmiş iş birliği yalnızca uygulanacak mevzuatla ilgili olup yargılama yetkisi ilgili bir içeriğe sahip değildir. İlk önerinin amacı 1999 Sayılı Tüzüğü (EC) değiştirmekken, 2201/2003 sayılı son öneride ise yargılama yetkisi konusu içerikten tamamen kaldırılmıştır³⁹³.

12 Temmuz 2010'da AB Konseyi, AB üyesi 14³⁹⁴ devletin talebi üzerine, boşanma ve ayrılık konusunda geçerli mevzuat alanında güçlendirilmiş iş birliğine izin veren 2010/405/EU³⁹⁵ sayılı Kararı yayınlamıştır.

14 Temmuz 2010 tarihinde, AB Ekonomik ve Sosyal Komitesi, AB Konseyi'nin boşanma ve ayrılık alanında güçlendirilmiş iş birliği önerisine olumlu görüş bildirmiştir³⁹⁶.

³⁹³ Proposal for a Council Decision Authorising Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, COM (2010) 104 final; Proposal for a Council Regulation (EU) Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, COM (2010) 105 final

³⁹⁴ Belçika, Bulgaristan, Almanya, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya ve Slovenya.

³⁹⁵ Council Decision of 12 July 2010 Authorising Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, OJ L 189, 22.7.2010, p. 12–13.

³⁹⁶ AB Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin görüşü, 14 ve 15 Temmuz 2010 tarihlerinde gerçekleştirdiği 464 sayılı Genel Kurul toplantısında 134 kabul, 1 ret ve 6 çekimser oyla kabul edilmiştir., bkz: Opinion of the European Economic and Social

30 Kasım 2010 tarihinde Hukuk İşleri Komitesi; Medeni Özgürlükler, Adalet ve İçişleri Komitesi ve Kadın Hakları ve Cinsiyet Eşitliği Komitesi, AB Konseyi'nin boşanma ve ayrılma hukuku alanında güçlendirilmiş iş birliği önerisine olumlu görüş bildirmiştir³⁹⁷.

15 Aralık 2010'da Avrupa Parlamentosu, AB Komisyonu'nun boşanma ve ayrılık alanında güçlendirilmiş iş birliği önerisini değişikliklerle onaylamıştır³⁹⁸.

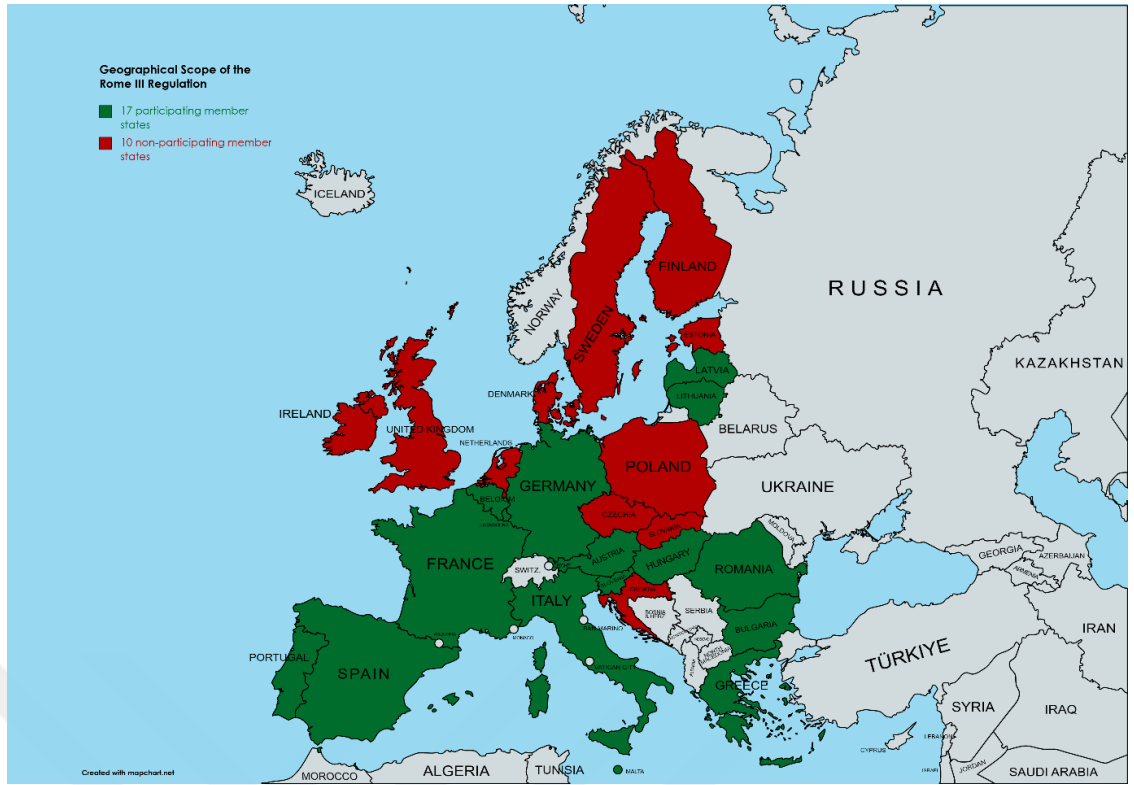
20 Aralık 2010'da AB Konseyi, boşanma ve ayrılığa uygulanan mevzuat alanında güçlendirilmiş iş birliğinin uygulanması için 1259/2010 sayılı Tüzüğü onaylamıştır³⁹⁹.

Committee on the ‘Proposal for a Council Regulation Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation’ COM (2010) 105 final/2 — 2010/0067 (CNS), OJ C 44, 11.2.2011, s. 167–169.

³⁹⁷ Committee on Legal Affairs and the Opinions of the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs and the Committee on Women’s Rights and Gender Equality (A7-0360/2010), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2010-0360_EN.html#_section4.

³⁹⁸ European Parliament Legislative Resolution of 15 December 2010 on the Proposal for a Council Regulation Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation (COM (2010)0105 – C7-0315/2010 – 2010/0067(CNS)), OJ C 169E, 15.6.2012, p. 205–217.

³⁹⁹ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, OJ L 343, 29.12.2010, p. 10–16, <http://data.europa.eu/eli/reg/2010/1259/oj>



5. Roma III Tüzüğü'nün Yasal Temeli

AB, Amsterdam Antlaşması'nın⁴⁰⁰ AB'nin işleyişine getirdiği değişikliklerle yabancılık unsuru içeren konularda hukukî düzenleme yapma yetkisini kazanmıştır⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Amsterdam Antlaşması'nda güçlendirilmiş iş birliğine "*yakın iş birliği*" adı verilmiş, daha sonra Nice Antlaşması ve Lizbon Antlaşması ile değiştirilmiştir

⁴⁰¹ **Fabbrini, Federico:** "*The Enhanced Cooperation Procedure: A Study in Multispeed Integration*", Centre for Studies on Federalism Research Paper, 2012, s.1-19 [The Enhanced Cooperation Procedure]; **Fabbrini, Federico:** "*Enhanced Cooperation Under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*", Legal Issues of Economic Integration, Vol.40, Issue 3, 2013, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2578717>, 197-224 [Multi-Speed Integration].

AB Anlaşması'nın V. Bölümü, medeni hukuk konularında adli iş birliğini düzenlemektedir. AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 3. maddesi, AB'nin yetkilerini tanımlamaktadır. Bu maddede tanımlanan alan dışında kalan alanlarda AB, üye devletlerle paylaşılmış yetkiler kullanacaktır⁴⁰².

Roma III Tüzüğü, AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın V. Başlık, III. Bölümünün 81/3. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır⁴⁰³.

⁴⁰² “m.4(2)(j)) Özgürlük, güvenlik ve adalet alanı”, Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 326/47, 26.10.2012.

⁴⁰³ Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 81. m. (3) fıkrası, 81. m. 2. fıkrasının bir istisnası olarak, kapsayıcılığı sınır ötesi nitelikte aile hukuku alanının çıkarılması ve düzenlenmesi için yasal dayanak sunmaktadır.

81. m. 1. paragrafı şu şekildedir: “1. Birlik, mahkeme kararlarının ve yargı dışı davalardaki kararların karşılıklı olarak tanınması ilkesine dayalı olarak, sınır ötesi etkileri olan hukuk davalarında adli iş birliğini geliştirecektir. Bu tür bir iş birliği, üye devletlerin yasa ve düzenlemelerinin birbirine yaklaştırılması için önlemlerin kabul edilmesini içerebilir”. “2. Birinci paragrafın amaçları doğrultusunda, olağan yasama usulüne uygun olarak hareket eden Avrupa Parlamentosu ve Konsey, gerektiğinde özellikle iç pazarın sağlıklı işlemesi için tedbirler almayı kabul eder: 81. Maddenin 3. Paragrafına göre: “3. İkinci paragrafta bakılmaksızın, sınır ötesi etkileri olan aile hukukuyla ilgili tedbirlere özel bir yasama usulüne göre hareket eden Konsey tarafından karar verilir. Konsey, Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra oybirliğiyle hareket edecektir. Konsey, eylemsizlik önerisiyle, olağan yasama usulü tarafından onaylanan tasarrufların konusu olabilecek sınır ötesi etkileri olan aile hukukunun bu yönlerini tanımlayan bir karar alabilir. Konsey, Avrupa

Roma III Tüzüğü AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma m.328/1 hükmüne dayanmaktadır⁴⁰⁴. Söz konusu Tüzük, aşağıda açıklamasına yer verilen güçlendirilmiş iş birliği prosedürüne göre düzenlenmiştir.

6. Güçlendirilmiş İş Birliği

Roma III Tüzüğü, AB'nin güçlendirilmiş iş birliği prosedürü kapsamında kabul ettiği ilk Tüzüktür⁴⁰⁵. Bu Tüzük, AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 326-334. maddelerine dayanılarak⁴⁰⁶ çıkarılmıştır. AB, Roma III Tüzüğü ile güçlendirilmiş iş

Parlamentosu'na danıştıktan sonra oybirliğiyle hareket edecektir. İkinci alt paragrafta belirtilen teklif ulusal parlamentolara bildirilir. Bir ulusal parlamento, bu bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde itirazını bildirirse, karar kabul edilmez. İtiraz olmaması durumunda Konsey kararı onaylayabilir."

⁴⁰⁴ Roma III Tüzüğü Giriş bölümünün 5. paragrafı.

⁴⁰⁵ AB'nin üye devletlerin oybirliğini sağlamaya yönelik tüm çabalarına rağmen böyle bir durumun imkânsız olduğu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle izlenecek tek yol olarak, ilk kez Roma III Tüzüğü'nde uygulanan güçlendirilmiş iş birliği görülmüştür. Daha fazlası için bkz. **Corneloup, Sabine**: The Rome III Regulation A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, Introduction, Edward Elgar Publishing, 2020, s.10; **Peers, Steve**: "Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation", European Constitutional Law Review, Vol. 6, Issue.3, 2010, s.339-358; **Daniela, A. Kroll/Leuffen, Dirk**: "Enhanced Cooperation in Practice. An Analysis of Differentiated Integration in EU Secondary Law", Journal of European Public Policy, Vol.22, Issue.3, 2015, s.353-373.

⁴⁰⁶ Official Journal of the European Union, C 326/47, 26.10.2012.

birliğinde elde ettiği başarının ardından⁴⁰⁷, Evlilikte Malvarlığı Rejimi Tüzüğü'nü⁴⁰⁸ ve Kayıtlı Birlikteliklere İlişkin Tüzük'ü⁴⁰⁹ hazırlamak için de aynı yolu izlemiştir.

⁴⁰⁷ Güçlendirilmiş iş birliği ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Wessels, Wolfgang/ Gerards, Carsten**: “*The Implementation of Enhanced Cooperation in the European Union*”, European Union, October 2018, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, s.1-40; **Fiorini**, *Enhanced Cooperation as the Way Forward?*, s.1143-1158; AB içinde güçlendirilmiş iş birliği hakkında daha fazla bilgi için, bkz. **De Witte, Bruno**: “*Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups*”, in J W DE ZWAAN (ed), JH JANS (ed), FA NELISSEN (ed), *The European Union an Ongoing Process of Integration. Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*, The Hague, T M C Asser Press, 2004, <http://hdl.handle.net/1814/2315>, s.141-152; **Maria Cantore, Carlo**: “*We’re One But We’re Not the Same: Enhanced Cooperation and the Tension Between Unity and Asymmetry in the EU*”, *Perspectives on Federalism*, Vol.3, 2011, s.1-21.

⁴⁰⁸ 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, OJ L 183, 8.7.2016, p. 1.

⁴⁰⁹ Council Regulation (EU) No 2016/1104 of 24 June 2016 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of the Property Consequences of Registered Partnerships, OJ L 183, 8.7.2016, p. 30.

Güçlendirilmiş iş birliği, AB'nin hukuk düzenine ilk olarak 1995 tarihli Amsterdam Antlaşması ile girmiş, Aralık 2009'da Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle ise kolaylaştırılmıştır⁴¹⁰.

Güçlendirilmiş iş birliğine izin verilmesinin ve etkinleştirilmesinin nedeni, kendi aralarında ilgili mevzuatı ve iş birliğini daha çok geliştirmek isteyen üye devletlerin, farklı hız ve düzeylerde iş birliği yapan ve birbirine entegre olan diğer bazı üye devletler tarafından engellenmelerinin önüne geçmektir⁴¹¹.

Güçlendirilmiş iş birliği, yalnızca üye devletlerin oybirliğine ulaşılmasının mümkün olmadığı durumlarda bir "son çare" olarak kullanılabilmektedir⁴¹². Nice Antlaşması, gelişmiş iş birliği için tayin edilen kuralları değiştirmiştir. Kurallar, katılım için belirlenen asgari üye devlet sayısının düşürülmesi yönünde değiştirilmiştir. Amsterdam Antlaşması'nda güçlendirilmiş iş birliğine katılımcı devlet sayısı asgari dokuz olarak belirlenmişken, Nice Antlaşması'nda bu sayı sekize indirilmiştir⁴¹³.

⁴¹⁰ **Kuipers**, s.201–229.

⁴¹¹ Güçlendirilmiş iş birliğinin söz konusu olduğu durumlarda iş birliği dışında kalan AB üyesi devletlerin olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle birçok yazar bu durumun iki vitesli bir Avrupa yaratacağını vurgulamıştır. Daha fazlası için bkz. **Gaja, Giorgio**: “*How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty*”, Common Market Law Review, Vol.35, Issue 4, 1998, s.855–870; **De Witte**, s.141-152.

⁴¹² **Smit, Emma**: “*Enhanced Cooperation as a Form of Differentiated Integration in the European Union. A Case Study of the Rome III and Unitary Patent Regulation*”, Master Thesis European Governance, Universiteit Utrecht, 2015, s.9.

⁴¹³ İki antlaşmanın karşılaştırması için bkz. Amsterdam Antlaşması'nın 43. maddesi ve Nice Antlaşması'nın 43/g maddesine bakınız ‘*en az sekiz Üye Devlet*’.

AB Antlaşması (ABA)'nın 20. maddesi ve AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA)'nın 328-331. maddeleri uyarınca, güçlendirilmiş iş birliğine katılım her zaman tüm üye devletlere açıktır.

7. Roma III Tüzüğü'nün Yapısı

Roma III Tüzüğü, Önsöz bölümü, Başlangıç bölümü ve içerdiği hükümler bölümü ve maddelerden oluşmaktadır.

Roma III Tüzüğü'nün önsözü, 30 maddeden oluşmakta olup ulusal mevzuatlarda yer alan önsözlere kıyasla uzundur. Roma III Tüzüğü'nün önsözünde, Tüzüğün kabulüne kadar gerçekleşen süreç ve Tüzüğün yasal dayanağı ve amaçları konusunda bilgi verilmektedir. Bu bölümde ayrıca, üye devletleri Tüzüğün hazırlanması için harekete geçiren başlıca nedenlere yer verilmektedir. Bahsedilen nedenler arasında serbest dolaşım alanının oluşturulması ve geliştirilmesi amacı, hukukî belirlilik için koşullar oluşturulması ve uyuşmazlıkların çözümü için gereken esnekliğin oluşturulması yer almaktadır⁴¹⁴.

Roma III Tüzüğü, toplam 4 bölüm ve 21 maddeden oluşmaktadır. Bölüm I; Tüzüğün uygulama kapsamını, (EC) 2201/2003 sayılı Tüzükle bağlantısını, tanımları ve Tüzüğün evrensel uygulamasını düzenler. Bölüm II, boşanma veya ayrılık durumlarında geçerli olan yeknesak hukuk kurallarını tanımlar. Bölüm III; üye devletler arasında bilgi alışverişini, geçiş hükümlerini ve ayrıca mevcut uluslararası sözleşmelerle ilgili diğer hükümleri düzenler. Bölüm IV, Tüzüğün yürürlüğe girmesine ilişkin nihai hükümleri belirlemektedir.

⁴¹⁴ Roma III Tüzüğü'nün başlangıç bölümünün 1, 9, 15 ve 29. maddeleri.

Tüzükte bazı durumlar ve belirli konular için spesifik kriterler veya süreler belirlendiğinden, Tüzüğün uygulanması aşamasında giriş bölümünde verilen hükümler, kriterler ve açıklamaların da dikkate alınması gerekmektedir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA III TÜZÜĞÜ UYARINCA BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ VE UYGULANMASI

I. Giriş

Boşanma ve ayrılık davaları milletlerarası özel hukukun en önemli konularından biridir. Milletlerarası özel hukukun boşanma konusuna ilişkin en önemli ilkelerinden bazıları geçtiğimiz yüzyılda ve bu yüzyılda geliştirilmiştir.

Boşanma ve ayrılık kurumu, milletlerarası özel hukukun temel meselelerinden olmasının yanı sıra, çok hassas konulardır. Yukarıda da belirtildiği gibi evlilik ve boşanmaya ilişkin kurallar dini, sosyal, tarihi ve politik faktörlerden etkilenmektedir.

Bu faktörler bir ülkeden diğerine önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Her ülke, boşanmaya ilişkin iç mevzuatını farklı ve spesifik sosyal ve kültürel faktörlere göre düzenleme yetkisine sahiptir. Ulusal hukuk düzenleri, boşanmanın kabul edilebilirliği, boşanma nedenleri, boşanma süreçlerinin esas ve usul şartları, boşanmaya yaklaşımda cinsiyet eşitsizliği gibi birçok açıdan farklılık göstermektedir. Bazı devletlerin hukukî düzenlemelerinde, evliliğin temel kavramı konusunda bile farklı bir yaklaşım söz konusudur. Örneğin bazı ulusal hukuk düzenlerinde aynı cinsten kişilerin evlilikleri de düzenlenmektedir. Bu konuda eşler arasında ayrımcılık yapılmaması hakkı, bireysel karar alma hakkı, aile hayatıyla ilgili konularda temsil edilme hakkı gibi temel insan haklarına saygı gibi faktörlerin önemli rol oynadığı görülmektedir.

AB'nin, Roma III olarak bilinen 1259/2010 sayılı ve 20 Aralık 2010 tarihli Konsey Tüzüğü (AB), boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak mevzuat alanında net bir hukukî yapı oluşturmayı hedeflemektedir. Söz konusu Roma III Tüzüğü, uygulanmakta olduğu AB üye devletlerinin vatandaşlarına ve bu Tüzüğe taraf olan

devletlerin herhangi birinde ikamet eden kişilere daha fazla hukukî belirlilik, öngörülebilirlik ve esneklik sağlamaktır⁴¹⁵. AB, Roma III Tüzüğü aracılığıyla AB'nin tüm üye ülkelerinde boşanma ve ayrılık konusunda homojen kurallar uygulanmasını amaçlamaktadır. Aynı zamanda *forum shopping*'in engellenmesi hedeflenmektedir. *Forum shopping*'in AB üyesi devletlerde uygulanmasının temel nedeninin, aslında boşanmayı düzenleyen devletlerin iç mevzuatlarındaki büyük farklılıkların mevcudiyeti olduğu ileri sürülmektedir. Böylece eşlerden birinin, kendi çıkarlarına daha uygun olduğunu düşündüğü bir devletin mevzuatını uygulamak amacıyla diğer eşten önce boşanma davası açtığı durumlar gibi pek çok örnek bulunmaktadır.

Boşanma ve ayrılık alanının düzenlenmesine ihtiyaç duyulmasının bir diğer nedeni de bu konunun ekonomik niteliğidir. AB iç pazarının düzgün işleyişi aynı zamanda AB vatandaşlarının serbest dolaşımının artmasını da gerektirmektedir. Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümüne göre vatandaşların serbest dolaşımının arttırılması, hukukî belirliliğin yanı sıra daha fazla esneklik de gerektirmektedir.

Aslında bir yandan hukukî belirliliğin ve öngörülebilirliğin, diğer yandan esnekliğin artması çelişkili bir durum ortaya koymaktadır. Çünkü hukukî belirlilik kanunlar ihtilâfı durumlarında kesin ve katı kuralların mevcudiyetini gerektirirken, boşanma durumunda uygulanacak hukukun esnekliği kaçınılmaz bir şekilde hukukun öngörülebilirliğini azaltmış olacaktır. Roma III Tüzüğü, bir yandan hukukî belirlilik ve öngörülebilirlikle diğer yandan esneklik arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Bunu da eşlerin boşanma sürecinde uygulanacak hukuku seçme olanağını yaratarak yapmayı amaçlamaktadır. Aslında, eşlere boşanma veya ayrılık süreçlerine uygulanacak hukuku seçme konusunda kısıtlı bir imkân tanınarak esneklik yaratılmaktadır⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Roma III Tüzüğü'nün Giriş Bölümü'nün 9. maddesi.

⁴¹⁶ Roma III Tüzüğü'nün Giriş Bölümü'nün 15. maddesi.

Boşanmaya uygulanacak hukukun seçiminin kısıtlı olması hem hukukî belirliliği hem de öngörülebilirliği artırmaktadır.

II. Roma III Tüzüğü'nün Uygulama Alanı

A. Zaman Bakımından

Roma III Tüzüğü 29 Aralık 2010 tarihinde AB'nin Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Tüzük, Resmî Gazete'de yayımlanmasından bir gün sonra, tam olarak 30 Aralık 2010⁴¹⁷ tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak, 21 Haziran 2012'den başlayarak⁴¹⁸ (Tüzüğü imzalayan devletlerin Avrupa Komisyonu'na bilgi sağlama yükümlülüğünü⁴¹⁹

⁴¹⁷ Roma III Tüzüğü'nün 21. maddesinin 1. paragrafı.

⁴¹⁸ Roma III Tüzüğü'nün 21. maddesinin 2. paragrafı.

⁴¹⁹ Roma III Tüzüğü'nün 17. maddesi, üye devletlerin aşağıdakilerle ilgili olarak ulusal mevzuatları için sağlamaları gereken bilgilere ilişkin yükümlülüklerini tanımlar. Şöyle ki üye devletler, 17. maddenin paragraf 2 ilâ 4 uyarınca geçerli hukukun seçimine yönelik sözleşmelere uygulanan resmi gereklilikler ve bu Tüzüğün 5/3. maddesi uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi imkânına ilişkin bilgileri sunacaktır. AB, taraflara AB üyesi devletlerin ulusal mevzuatları hakkında uygun bilgi sağlamayı amaçlamaktadır. 17. maddede tanımlanan bilgilerin sağlanması aynı zamanda hukukî öngörülebilirlik ve taraflar açısından hukuki belirliliğin artırılması yararınadır. Tüzüğün giriş bölümünde yer alan 17. maddede şu ifadelerle yer verilmiştir: Boşanma ve ayrılık davasında uygulanacak hukuku seçmeden önce eşler, ulusal mevzuatın bu süreçlerin temel yönleri yanında usulî yönleri hakkında da doğru bilgiye ulaşabilmelidir. Bu tür bilgilere erişebilmek için Komisyon,

Konseyin hukukî ve ticarî konularda bir Avrupa Yargı Ağı oluşturulmasına ilişkin 28 Mayıs 2001 tarih ve 2001/470/EC sayılı kararına dayanarak bilgileri düzenli olarak güncelleyecektir. *Official Journal L 174* , 27/06/2001 P. 0025 – 0031, <http://data.europa.eu/eli/dec/2001/470/oj>. Bilgilerin sağlandığı mekanizma Avrupa Yargı Ağı'nın web sitesidir. Çeşitli ülke bilgilerine şu adresten ulaşılabilir: https://e-justice.europa.eu/356/EN/divorce_and_legal_separation?BELGIUM&member=1. Web sitesi, resmi gereklilikler ve üye devletlere uygulanacak hukuku seçme imkânı hakkında bilgi içermektedir. 28 üye ülkeden yalnızca 14'ü Komisyon tarafından talep edilen bilgileri göndermiştir. Avrupa Yargı Ağı'nın internet sitesinde yer alan bilgiler incelendiğinde iki ülke kategorisinin olduğu dikkat çekmektedir. Birinci kategori Belçika, Fransa, Yunanistan, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Avusturya, Portekiz, Romanya, Slovenya gibi herhangi bir özel resmi gerekliliği olmayan ülkelerdir. İkinci kategori ise resmi gereklilikleri olan ülkelere ibarettir. Genel olarak belirli şekil şartları bulunan devletler, boşanma veya ayrılık halinde uygulanacak hukukun seçimine ilişkin talebin noter tasdikli olması gerektiğini öngörmektedir. Almanya ve Estonya bu şekilde düzenlemiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Family Law Act'in 64. maddesi, 2. ve 3. paragraf- <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507022018005/consolidate#>.

Tarafların yargılama sürecinde uygulanacak hukuku seçme imkânına ilişkin Avrupa Yargı Ağı internet sitesine gönderilen verilerde iki ülke kategorisi gözlemlenmektedir. Birinci grup Belçika (Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Madde 55/2), Almanya (Madde 46 /e/2 EGBGB), Estonya (Madde 64/4, Estonya Aile Kanunu), Avusturya (Avusturya Uluslararası Özel Hukuk Federal Kanunu Madde 11/3), Romanya (Romanya Medeni Kanunu Madde 2598) ve Fransa örneğinde olduğu gibi, tarafların yargılama usulü sırasında uygulanacak

düzenleyen 17. madde⁴²⁰ saklı kalmak üzere), Roma III Tüzüğü hükümleri, Tüzüğü imzalayarak güçlendirilmiş iş birliğinin tarafı olan 14 devlette⁴²¹ uygulanacaktır.



hukuku yetkili mahkeme önünde belirlemesi imkânından yanadır. Litvanya, İspanya, Yunanistan, Letonya, Lüksemburg ve Portekiz gibi ülkelerden oluşan ikinci grup ülkeler, adli prosedür sırasında mahkeme önünde boşanmaya uygulanacak hukukun seçilmesi olanağını tanımamaktadır.

⁴²⁰ Roma III Tüzüğü'nün 21. maddesinin 2. fıkrasında, yürürlüğe girme konusunda bir istisna öngörülmüştür. Bu hükme göre bu Tüzüğün 17. maddesi 21 Haziran 2011 tarihinden itibaren uygulanacaktır.

⁴²¹ Belçika, Bulgaristan, Almanya, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya ve Slovenya.

Güçlendirilmiş iş birliğine⁴²² sonradan katılacak olan AB üyesi ülkeler için, Tüzüğün hükümlerinin uygulama tarihi, TFEU'nun 331/1 maddesine⁴²³ dayanarak Avrupa Komisyonu tarafından onaylanacak bir kararda belirtilecektir.

1. Geçici Hükümler

Roma III Tüzüğü'nün geçici hükümlerine (18. maddesine) göre, Tüzüğün yalnızca 21 Haziran 2012 tarihinden sonra başlayan yargılama işlemlerinde uygulanmaya başlayacağı anlaşılmaktadır.

⁴²² 21 Kasım 2012 tarihinde Komisyon, Litvanya'nın boşanma ve ayrılığa uygulanabilir hukuk alanında güçlendirilmiş iş birliğine katılımını doğrulayan 2012/714/EU sayılı kararı kabul etmiştir. Bu karar, Litvanya'daki 1259/2010 sayılı AB Tüzüğü'nün 22 Mayıs 2014 tarihinden itibaren uygulanacağını öngörmektedir. 27 Ocak 2014 tarihinde Komisyon, Yunanistan'ın boşanma ve ayrılığa uygulanabilir hukuk alanında güçlendirilmiş iş birliğine katılımını teyit eden 2014/39/EU sayılı kararı kabul etmiştir. Bu karar, Yunanistan'da 1259/2010 sayılı AB Tüzüğü'nün 29 Temmuz 2015 tarihinden itibaren uygulanacağını öngörmektedir. 10 Ağustos 2016'da Komisyon, Estonya'nın boşanma ve ayrılığa uygulanabilir hukuk alanında güçlendirilmiş iş birliğine katılımını teyit eden 2016/1366 sayılı kararı kabul etmiştir. Bu karar, Estonya'daki 1259/2010 sayılı AB Tüzüğü'nün 11 Şubat 2018 tarihinden itibaren uygulanacağını öngörmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. European e-Justice Portal- Divorce and legal separation (europa.eu), Son erişim tarihi:10.05.2023

⁴²³ Roma III Tüzüğü m. 21 (3).

Bu Tüzük prensip olarak, boşanma süreci ile ilgili olarak uygulanacak hukukun seçimi konusunda eşler arasında yapılan sözleşmelere de uygulanacaktır. Bunun yanında, eşlerin boşanma süreçlerinde uygulanacak hukukun seçimine ilişkin olarak yapmış oldukları sözleşmeler, 21 Haziran 2012 tarihinden önce yapılmış olsa dahi, Tüzük şartlarını yerine getirmek kaydıyla Tüzüğün uygulama alanı dâhilinde sayılacaktır. Bu nedenle daha önce yapılan söz konusu sözleşmelerin bu Tüzüğün 6. ve 7. maddelerinde öngörülen maddî ve şeklî kriterlerini karşılaması gerekmektedir⁴²⁴. Öte yandan Roma III Tüzüğü, yürürlüğe girdiği tarihten önce taraf üye devletlerin mevzuatı uyarınca eşler arasında yapılan ilgili sözleşmelere herhangi bir etki yaratmamaktadır⁴²⁵.

Roma III Tüzüğü'nün 18. maddesinde, boşanma veya ayrılık sürecinde uygulanacak hukuku eşlerin seçmiş olduğu durumlar ile eşlerin bu hukuku seçmemiş olduğu durumlar arasında ayırım ortaya konulmaktadır. İkinci durumda boşanma veya ayrılık sürecine uygulanacak hukukun belirlenmesinde objektif kriterlerin uygulanmasına ihtiyaç duyulacaktır. Roma III Tüzüğü'nün geçici hükümleri, geriye yürümezlik ilkesi ve kazanılmış geçerliliğin korunması ilkesi olarak anılan iki prensibi birleştirmektedir.

18 (1) maddesinde belirtilen temel kural kapsamında, Tüzüğün yalnızca 21 Haziran 2012 tarihinden sonra başlatılan hukukî işlemlere uygulanacağı ve söz konusu Tüzüğün prensip olarak geriye dönük bir etkisinin olmayacağı anlaşılmaktadır. Geriye yürümezlik ilkesi kapsamında, üye ülkelerde 21 Haziran 2012 tarihinden önce başlayan

⁴²⁴ Roma III Tüzüğü m.18 (1)..

⁴²⁵ Roma III Tüzüğü m.18 (2). Roma III Tüzüğü, 21 Haziran 2012 tarihinden önce akdedilen anlaşmaların kabul edilip edilmemesini etkilememektedir. Böyle bir durumda, davayı inceleyen mahkemenin karar vermesi gerekecektir. Daha fazla bilgi için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s.521.

ve halen devam eden boşanma davalarının, davayı inceleyen mahkemenin milletlerarası özel hukuk kurallarına göre görülmeye devam edeceği anlamına gelmektedir.

2. 21 Haziran 2012 tarihinden itibaren akdedilen anlaşmalar

Madde 18 (1) birinci cümleye göre, 21 Haziran 2012 tarihinden itibaren eşler arasında boşanma veya ayrılık sürecinde uygulanacak hukuka ilişkin olarak yapılan anlaşmalar, Roma Tüzüğü'nün 5., 6., ve 7. maddelerinde öngörülen düzenlemelere tâbi tutulmaktadır. Roma III Tüzüğü bu tarihten itibaren tamamen geçerli olup, Tüzüğü imzalayan bir ülkede⁴²⁶ ayrılık veya boşanma davası çerçevesinde yapmış oldukları sözleşmelerin geçerli olmasını isteyen eşlerin bahsi geçen hükümlere uymaları gerekmektedir.

3. 21 Haziran 2012 tarihinden önce akdedilen anlaşmalar

Roma III Tüzüğü'nün uygulanma alanını belirleyen 18 (1) maddesinin ikinci cümlesinin, tipik bir geçiş hükmünün çok ötesinde bir düzenleme olduğu görülmektedir⁴²⁷. 5. maddeye uygun olarak ancak Roma III Tüzüğü yürürlüğe girmeden

⁴²⁶ Roma III Tüzüğü'nün 18. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesi "*This Regulation shall apply only to legal proceedings instituted and to agreements of the kind referred to in Article 5 concluded as from 21 June 2012*".

⁴²⁷ Avrupalı yasa koyucu burada özel kişilerin haklarına saygı göstermek amacıyla "geçerliliği tercih etme" ilkesini uygulamıştır. İngilizce dilinde bu ilke " *favor validitatis rule* " olarak bilinir.

önce akdedilen eşler arasındaki sözleşmeler⁴²⁸, bu Tüzüğün 6. ve 7. maddelerinde tanımlanan maddi ve şeklî geçerlilik şartlarını karşılaması halinde Tüzük kapsamında geçerli olarak nitelendirilecektir⁴²⁹.

18. madde, eşlerin 21 Haziran 2012 tarihinden önce akdettikleri ve Roma III Tüzüğü'nün 6. ve 7. maddelerinde belirtilen şartlara uymayan uygulanacak hukuk seçimine ilişkin sözleşmeler konusunda nasıl bir yaklaşımın olacağına açıklık getirmemektedir. Ancak bu sözleşmelerin, yapıldığı ülkede yürürlükte olan milletlerarası özel hukuk mevzuatının gereklerine uygun olarak akdedildiği kabul edilebilmektedir. Roma III Tüzüğü'nün 18/1 maddesinin ikinci cümlesi esas alınarak bu tarihten önce akdedilen hukukî sözleşmelerin söz konusu Tüzükten etkilenmediği söylenebilir.

⁴²⁸ Benzer bir kural 83. maddenin 2. paragrafında da öngörülmüştür- Regulation (EU) 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, Official Journal of the European Union, L 201/107, 27.7.2012.

⁴²⁹ Roma III Tüzüğü'nün 18. maddesinin 1. paragrafının ikinci cümlesi “*However, effect shall also be given to an agreement on the choice of the applicable law concluded before 21 June 2012, provided that it complies with Articles 6 and 7*”.

Bu cümleye dayanarak, Roma III Tüzüğü, Tüzüğün yürürlüğe girmesinden çok daha önce, eşlere boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk üzerinde anlaşma olanağı tanınmıştı.

B. Kişi Bakımından

Roma III Tüzüğü'nün uygulanması, eşlerin bireysel özelliklerine dayalı olarak herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmamıştır. Roma III Tüzüğü eşlerin vatandaşlığına veya mutad meskenine bakılmaksızın uygulanmaktadır. Roma III Tüzüğü, taraf devletlerden herhangi birinde kanunlar ihtilâfının ortaya çıktığı durumlarda, durumun Roma III Tüzüğü tarafından düzenlenen esas alan dâhilinde olması kaydıyla yeknesak kuralları tanımlayan, evrensel nitelikte bir hukukî düzenlemedir⁴³⁰.

C. Yer Bakımından

ABİHA'nın 328. maddesinin 1. fıkrasına da dayanılarak hazırlanan Roma III Tüzüğü'ne göre güçlendirilmiş iş birliği, yalnızca taraf devletleri doğrudan etkilemektedir.

Roma III Tüzüğü için güçlendirilmiş iş birliğine katılan üye devletler, gönüllü olarak bu girişimin bir parçası olmayı seçen AB üyesi devletlerdir. Katılımcı üye devletlerden oluşan ilk grup 14 devletten oluşurken, zamanla diğer devletler de bu Tüzüğe taraf olmuştur.

Roma III Tüzüğü Belçika, Bulgaristan, Almanya, Estonya, Yunanistan, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya ve Slovenya olmak üzere toplamda 17⁴³¹ AB üyesi devlette geçerli olmaktadır.

⁴³⁰ Daha fazla bilgi için bkz. **Franzina, Pietro**: “*The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 Of 20 December 2010*”, Cuadernos de Derecho Transnacional 2011, Vol. 3, No. 2, s.106-107, s.85-129.

⁴³¹ Daha fazla bilgi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/LSU/?uri=CELEX:32010R1259>, son erişim tarihi 25.05.2023.

Tüm bu devletler güçlendirilmiş iş birliğinin bir parçası olmaktadır. Güçlendirilmiş iş birliğinin parçası olmayan diğer AB devletleri herhangi bir zamanda bahsi geçen Tüzüğe taraf olabilmektedir.

D. Konu Bakımından

Roma III Tüzüğü'nün ilk maddesi tipik AB tüzüklerinin ilk maddelerine benzer şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu Tüzükte önce genel kapsam belirtilmekte, ardından kapsam dışında kalan hususlar tanımlanarak netleştirilmektedir.

III. Roma III Tüzüğü'nün Uygulanması İçin Yerine Getirilmesi Gereken Şartlar

Roma III Tüzüğü, boşanma veya ayrılık davalarında kanunlar ihtilâfi durumlarında uygulama alanı bulmaktadır⁴³². Bu nedenle, Roma III Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için şu iki koşulun kümülatif olarak karşılanması gerekmektedir: 1. Temel / maddi koşul- boşanma veya ayrılık sürecinin varlığıdır. 2. Bölgesel / sınır ötesi koşul- boşanma veya ayrılma işleminin iki veya daha fazla devletin mevzuatıyla ilgili olmasıdır.

A. Boşanma ve Ayrılık

Roma III Tüzüğü yalnızca evlilik ilişkisinin sona erdiği ayrılık ve boşanma sürecinde uygulama alanı bulmaktadır. Daha açıklayıcı bir ifadeyle, Roma III Tüzüğü

⁴³² Roma III Tüzüğü'nün 1. maddesinin 1. paragrafı: “*Bu Tüzük, kanunlar ihtilâfi durumlarında, boşanma ve ayrılığa uygulanacaktır.*”

yalnızca boşanma veya ayrılık süreçlerinde yalnızca sürecin sebepleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Boşanmanın hukukî sonuçları veya boşanma sürecinde ortaya çıkabilecek belirli ön sorunlar açısından⁴³³ uygulama alanı içermemektedir. Dolayısıyla Roma III Tüzüğü'nün kapsamının sınırlı olduğu kabul edilmektedir.

Uygulamada, evlilik ilişkisinin sona erme süreci sadece eşlerin birbirinden boşanması olarak ele alınmamaktadır. Eşlerin ortak mallarının paylaşımı, eşlerin soyadlarının belirlenmesi, çocukların velayeti, velayet sorumluluğu vb. sorunlar da karara bağlanması gereken konular olarak öne çıkmaktadır. Boşanma sürecine ilişkin bu tür konular diğer uluslararası anlaşmalar, AB tüzükleri veya AB üyesi devletlerin milletlerarası özel hukuk kuralları tarafından düzenlenmektedir.

Roma III Tüzüğü'nde "boşanma" ve "ayrılık" kavramları tanımlanmamıştır. Uygulamada bu kavramların tanımının yapılmaması, bu Tüzüğün uygulanmasında zorluklara neden olmakta ve birçok soruyu gündeme getirmektedir.

B. Boşanma kayıtlı birlikteliğinin / medeni hukuk birlikteliğinin sona ermesini de kapsar mı?

Roma III Tüzüğü'nde 34 kez "eş" tabiri kullanılırken, kayıtlı birliktelik / kayıtlı medeni birliktelik tabirlerinin hiçbir yerde kullanılmadığı ve bunun uygulanıp uygulanmayacağına dair AB mekanizmalarından da resmi bir açıklamasının bulunmadığı belirtilmektedir. Kayıtlı medeni birlikteliklere yönelik bu Tüzüğün uygulanabilirliği konusunda hiçbir açıklık getirilmemiştir. Bu durumda Roma III Tüzüğü yalnızca "eşlerden" bahsetmekte; bu kavram eşcinsel çiftleri de kapsamakta, ancak kayıtlı medeni

⁴³³ Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün m.10 (3).

birliktelikler hariç tutulmaktadır⁴³⁴. Dolayısıyla kayıtlı medeni birlikteliklerin sona erdirilmesi için AB üyesi devletlerin milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurulması gerekmektedir.

Kayıtlı medeni birlikteliklerin Tüzük kapsamına dahil sayılıp sayılmayacağı hususu birtakım akademisyenlerin tartışmalarına konu olmaktadır.

Roma III Tüzüğü'nde boşanma, 'evliliğin kesin olarak sona ermesi' tanımı ile yorumlandığından, AB evlilik ile kayıtlı medeni birliktelikler arasında ayrım yapmaktadır. Böyle bir ayrımın yapılması, siyasi nedenlerin yanı sıra, AB mekanizmalarının bu Tüzüğe katılan devlet sayısını artırmak amacıyla Tüzüğü tüm üye devletler için kabul edilebilir hale getirme eğilimi ile açıklanabilmektedir.

Kayıtlı medeni birlikteliklerin Roma III Tüzüğü'nün uygulama kapsamına dahil edilmemesi bir hukukî boşluk yaratmaktadır. Dolayısıyla bu tür birlikteliklerin sona ermesini düzenlemek amacıyla AB üye ülkeleri yeni düzenlemeler yaparak güçlendirilmiş iş birliğini devam ettirmelidir. Diğer taraftan mevcut Roma III Tüzüğü'nün düzenlemesine ekleme yapılarak veya değişiklik yapılarak bu konunun Tüzüğün kapsamına alınması sağlanabilir.

C. Eşcinsel Evliliğin Sona Erdirilmesi Roma III Tüzüğü Kapsamına Girmekte midir?

Mahkemeler boşanmaya veya ayrılığa karar vermeden önce, ilk olarak evliliğin geçerliliğine ilişkin bir değerlendirme yapmakla yükümlüdür. Çünkü ancak geçerli bir

⁴³⁴ Roma III Tüzüğü'nün uygulanmadığı kayıtlı medeni birliktelikler ile ilgili ileri sürülen fikirler hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*", s.1-26; **Franzina**, s. 85-129.

evlilik boşanmayla sona erdirilebilir. Boşanma veya hukukî ayrılık sürecinde evliliğin geçerliliği, çözülmesi gereken bir ön sorun teşkil etmektedir⁴³⁵. Ancak bu, Roma III Tüzüğü kapsamına girmeyen bir konudur (bununla ilgili gerekli açıklamalara aşağıda yer verilmiştir). Böyle bir konunun değerlendirilmesi boşanma davasını inceleyen mahkemenin yetkisine bırakılmıştır. Bu mahkeme, milletlerarası özel hukuk ilkelerini esas alarak, evliliğin geçerliliğine⁴³⁶ ilişkin ön sorunu⁴³⁷ da inceleyecektir. Uygulamada evlilik kavramının ulusal mevzuata göre yorumlanması, eşcinsel evliliklerin Tüzük kapsamına alınıp alınmayacağı konusunda zorluklar ve kafa karışıklıkları ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunun cevabı, mahkemelerin ilgili devletin ulusal mevzuatlarını temel alarak farklı yorum yapma durumunu yaratmaktadır.

Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesi ön sorunun Tüzük kapsamı dışında tutulması ilkesine bir istisna içermektedir. Zira söz konusu Tüzüğün 13. maddesi, boşanma davasına konu olan evliliğin hâkimin görev yaptığı iç hukuka göre geçerli sayılmaması

⁴³⁵ Bu kapsamda, Roma III Tüzüğü ile ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön sorun prosedürü aracılığıyla yönlendirilen ilk sorunun bununla ilgili olması dikkat çekicidir. Bu ön sorun dolaylı bir şekilde boşanmanın tanımı sorununa değinmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Sahyouni v Mamisch, Case C-372/16.

⁴³⁶ **Franzina**, s.126.

⁴³⁷ Roma III Tüzüğü'nün 1. maddesinin 2. paragrafının, b bendi. Bu durum, ön sorunun cevabının ana sorundan bağımsız olarak, ulusal milletlerarası özel hukuk mevzuatı kurallarına göre karara bağlanacağı anlamına gelmektedir. Bu kurallara göre evlilik geçerli olarak nitelendirilmezse boşanma da mümkün olmayacaktır. Bu konu ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s. 519.

halinde boşanma davasına bakan mahkemenin, evliliğin geçersiz sayılması gerekçesiyle boşanma kararı veremeyeceğini öngörmektedir⁴³⁸.

Bazı alan uzmanlarına göre eşcinsel evliliklerin sona erdirilmesi, Roma III Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılmamaktadır⁴³⁹. Buna rağmen, Roma III Tüzüğü'nün, eşcinsel evlilikleri tanıyan devletler ve tanımayan devletler açısından tarafsız bir tutum benimsediği görülmektedir. Aslında Roma III Tüzüğü, Tüzüğe taraf devletlere eşcinsel evlilikleri tanıma ve düzenleme yükümlülüğü getirmediği gibi, başka bir devletin mevzuatına uygun olarak yapılan eşcinsel evlilikleri de geçerli sayıp tanıma zorunluluğu da getirmemektedir.

Bu konuyu açıklığa kavuşturmak amacıyla Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 13. maddesi ve 26. maddesinin daha detaylı bir analizini yapmak gerekmektedir.

Bu sorun, Roma III Tüzüğü'nün boşanmayı, ayrılığı veya evliliği tanımlamaması olması ve eşcinsel evliliklerin kendi kapsamına girip girmediği konusuna açıklık getirmemesinden kaynaklanmıştır⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Roma III Tüzüğü'nün 13 m.

⁴³⁹ **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*", s.13; **Orejudo Prieto De Los Mozos**, Patricia: “*Rome III Regulation (divorce)*”, Encyclopedia of Private International Law, s. 1575-1580. Hatta bu konuyla ilgili Türkçede yapılan çalışmalar da bu görüş lehindedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s.518; **Tütüncübaşı**, s.12-14.

⁴⁴⁰ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC,

Buna dayanarak farklı teorisyenlerin farklı görüşleri söz konusu olmaktadır. Bazı alan uzmanlarına ve akademisyenlere göre eşcinsel evlilikler, boşanma davasını inceleyen mahkemenin iç mevzuatının milletlerarası özel hukuk ilkelerine göre değerlendirilmesi gereken bir ön sorun niteliğindedir. İlgili hâkim bu konuya ilişkin yetkisini bahsi geçen Tüzüğün 13. maddesine dayandırmaktadır. Hâkim, kendi ulusal mevzuatındaki kanunlar ihtilâfı ilkelerine dayanarak, eşcinsel bir evliliğin evlilik olarak kabul edilmesi ve ulusal mevzuat tarafından bu şekilde tanınması için temel kriterleri karşılamadığını tespit ettiğinde, Tüzük hükümlerini uygulamakla yükümlü değildir. Bu görüşü savunanlar temel argümanlarını Tüzüğünün 13. maddesine ve gerekçesinin 26. maddesine dayandırmaktadır.

Bir diğer görüşe göre ise, Roma III Tüzüğü'nde açık bir şekilde ifade edilmese de eşcinsel evliliklerin Tüzük kapsamına girdiği ileri sürülmektedir. Söz konusu teorisyenler, Tüzüğün 13. maddesinin, bu Tüzüğün uygulanmasından kaçınılma amacını taşımadığını ifade etmektedir. Böyle bir amaç söz konusu olsaydı, Tüzüğün kamu düzeniyle ilgili olan 12. maddesinin uygulanmasıyla bu durumun zaten mümkün olduğu vurgulanmaktadır. Teorisyenler, Tüzüğün "evlilik" tanımını yapmayarak taraflara uygulanacak hukuku seçme olanağı tanınmasının, eşcinsel evliliklerin de bu düzenleme kapsamında olduğu yorumuna zemin hazırladığının altını çizmektedir. Aslında bu Tüzüğün 13. maddesi mahkemeleri boşanma kararı vermeye zorlamamakta, ancak aynı zamanda eşcinsel evliliğin tanınmasını sağlayacak kararlar vermelerini de hiçbir şekilde engellememektedir.

73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance), 2 m. OJ L 158, 30.4.2004, p. 77–123, <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/38/oj>. Son erişim tarihi 05.06.2023.

Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesi, AB'nin çıkardığı aile hukukuyla ilgili diğer düzenlemeler çerçevesinde oldukça sıra dışı bir hükümdür. Çünkü bu maddeye dayanarak üye devletlerin Tüzüğü uygulamaktan kaçınmasına olanak sağlamaktadır. Madde 13., kendi başlığından da anlaşılacağı üzere taraf devletlerin siyasi iradesinin yanı sıra ulusal çeşitliliği koruma iradesiyle de meşrulaştırılmaktadır.

Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesi her ne kadar siyasi iradenin ürünü olsa da aynı zamanda önemli hukukî sorunları da beraberinde getirmektedir.

13. maddenin temel amaçlarından birinin, bu Tüzüğe taraf olma görüşmelerinin yapıldığı dönemde iç mevzuatında boşanmayı tanımayan Malta mahkemelerinin, bu Tüzüğe dayanarak boşanmayı reddetmesine imkân sağlamak olduğu ileri sürülmüştür. "Malta hükmü" olarak da bilinen 13. maddenin bu amacının, Malta mevzuatında yapılan, boşanmayı düzenleyen ve mümkün kılan değişiklikler nedeni ile artık aynı şekilde uygulanamaz durumda olduğu görülmektedir. 13. maddenin bir diğer önem arz eden amacı ise Tüzüğe taraf olan üye devletlerin hâkimlerine, "*lex fori*" ilkesine dayanarak, ulusal mevzuata göre evliliğin geçersiz sayıldığı durumlarda boşanmayı reddetme olanağı tanımaktır. 13. maddenin temel amacının, eşcinsel evliliğe karşı olan devletlerin bu Tüzüğe dayanarak boşanma beyanında bulunma zorunluluğunun olmamasını sağlamak ve bu durumu garanti altına almak olduğu görülmektedir.

Düzenlemenin bu hassas konulara ilişkin tarafsızlığı, evlilik kavramına ilişkin üye devletler arasındaki derin farklılıklarla açıklanmaktadır. Devletler arasındaki temel farklılık eşcinsel evliliklere izin verilip verilmemesi konusuna dayanmaktadır⁴⁴¹. Bu

⁴⁴¹ Tüzüğe taraf olan 17 üye devletten altısı, ulusal mevzuatlarında eşcinsel çiftlerin evliliğine izin vermemektedir. Bunlar İtalya, Macaristan, Bulgaristan, Letonya, Romanya ve Litvanya'dır. Eşcinsel çiftlerin evliliğine kendi iç mevzuatlarında yer vermeyen altı ülkenin mahkemeleri, kendi hukuk sistemleri çerçevesinde böyle bir

farklılıkları dikkate alarak, Madde 13, taraf üye devletin katılımcı devletin mevzuatına göre evliliğin geçerli sayılmadığı durumlarda düzenlemenin uygulanmasından kaçınmasına özellikle izin vermektedir.

13. maddede yer alan hüküm, evliliğin geçersizliği nedenini belirtmediği için oldukça geniş kapsamlıdır. 13. maddenin, katılımcı herhangi bir üye devletin yargılarına söz konusu evliliğin geçersiz sayılması durumunda boşanma kararı vermeyi reddetme olanağı tanıdığı kabul edilmelidir. Evliliğin geçersizlik sebebi, evliliğin çok eşli olması, eşcinsel evlilik veya ulusal mevzuata göre geçersizlik için kabul edilen herhangi başka bir mutlak butlan sebebi olabilmektedir. Tüzüğün giriş bölümünün 26. maddesinin düzenlemesi, evliliğin butlanı ve yokluğu konusunda kafa karışıklığı yaratmaktadır. Tüzüğün giriş bölümünün 26. maddesinde evliliğin geçersizliği "*böyle bir evlilik o Üye Devletin hukukunda mevcut değildir*" şeklinde açıklanmaktadır. Evliliğin yokluğu kavramı, üye devletlerde farklılık gösterebilmektedir. Örneğin eşcinsel evliliklerin bazı ülkelerde geçerli olmasına karşılık, çok eşli evlilik ise hiçbir üye ülkede geçerli olarak sayılmamaktadır.

13. maddenin kaleme alınma şekli, hâkimlerin, geçersizliğin sebebi ne olursa olsun herhangi bir evliliğin sonlandırılmasına karar vermeyi reddetme seçeneğine sahip olduğu izlenimini vermektedir. Böyle bir yorum, 13. maddenin Tüzüğe yalnızca bazı devletlerin eşcinsel evliliğe ilişkin kaygılarını gidermek amacıyla dahil edilmiş olduğunun yaygın olarak bilinmesine rağmen, bu maddeye çok fazla yorum

evlilik bulunmadığından evli bir eşcinsel çiftte boşanma kararı da vermeyi reddedebilir. AB üyesi ülkeler arasından 15'i eşcinsel çiftlerin evlenme hakkını tanımaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s.40.

yükleyecektir. 13. maddenin daha açıklayıcı bir şekilde ifade edilmesi bahsedilen bu belirsizlikleri ortadan kaldırabilecektir⁴⁴².

Bu konunun değerlendirilmesi ile ilgili olarak inceleme Roma III Tüzüğü hükümleriyle sınırlanmamalı, aynı zamanda hem Lüksemburg hem de Strazburg'daki Avrupa Mahkemelerinin yargı uygulamaları da göz önüne alınmalıdır⁴⁴³. *Comon* davasında, AB Adalet Divanı Yüksek Dairesi bir AB vatandaşının vatandaşı olduğu ülkeden başka bir AB üyesi ülkeye geçerek hareket özgürlüğünü kullandığı duruma

⁴⁴² *Katharina Boele-Woelki*'ye göre bu hüküm vatandaşların serbest dolaşımı ilkesini, boşanma hakkını ve adalete erişim hakkını ihlal etmekte olup, aynı zamanda Roma III Tüzüğü aile hukukunun geleneksel değerlerini güçlendirdiğinin kanıtını teşkil etmektedir.

⁴⁴³ *Coman v. Romanya* davasında, (C-673/16), Romanya Anayasa Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan kendi talebi üzerine ön mesele hakkında karar vermesini talep etmiştir. *Coman* davasının ana hatları şu şekildedir: Romanya ve ABD vatandaşlığına sahip *Relu Adrian Coman* ve ABD vatandaşlığına sahip *Robert Clabourn Hamilton*, 2002 yılında tanışan ve başlangıçta Amerika'nın New York şehrinde birlikte yaşayan iki erkektir. Bay *Coman*, 2009 yılında Brüksel'e (Belçika) taşınmış ve burada 2013 yılına kadar Avrupa Parlamentosu'nda çalışmaya başlamıştır. 2010 yılında *Coman* ve *Hamilton*, Belçika'da evlenmiştir. Çift, 2012 yılında AB vatandaşı olmayan ancak *Coman* ailesinin bir üyesi olan *Hamilton* için, Romanya'da üç aydan daha uzun bir süre için yasal olarak ikamet etme hakkını elde edebilmek için Romanya'daki sorumlu kurumlardan prosedürler ve koşullar hakkında bilgi talep etmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. *Coman* C-673/16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0673>. Son erişim tarihi 05.06.2023.

ilişkin bir karar vermiştir. Söz konusu davada, üçüncü bir ülkeden gelen aynı cinsiyetten bir vatandaşla (yukarıda bahsedilen vakada bir Amerikan vatandaşı) başka bir AB ülkesinde (bu örnekte Belçika'da) yasal olarak evlilik hayatı kurmuş bir vatandaş, kendi ülkesinde eşine ikamet izni almaya çalışmıştır. Mahkemeye göre ABİHA'nın 21(1) maddesi, AB vatandaşının vatandaşı olduğu üye devletin yetkili makamlarının, eşine AB vatandaşı olduğu ülkede o üye devletin hukukunun aynı cinsten kişiler arasındaki evliliği tanımaması gerekçesi ile ikamet hakkı vermeyi reddetmesini engelleyecek şekilde yorumlanmalıdır. *Coman v Romanya* davasındaki karar kapsamında aslında, üye devletlerin eşcinsel evliliklere izin vermesini gerektirmemektedir. Ancak bu karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadıyla (*Oliari*⁴⁴⁴ ve *Orlandi*⁴⁴⁵ kararları) birlikte okunduğunda üye devletler, eşcinsel evlilik ilişkilerinin gerçekliğini ve varlığını kabul etmek zorunda kalmaktadır. Orlandi davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesi ve 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddesi uyarınca eşcinsel evliliğe izin verip vermeme konusunda devletlerin hâlâ özgür olduğunu tekrar etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının 200. paragrafında mahkeme, "*Evliliklerin geçerliliğine ilişkin kuralların ve hukukî sonuçlarının belirlenmesi öncelikle ulusal mevzuatın görevidir*" vurgusunu yapmıştır. Ancak yurt dışında kurulan bir evlilik birliğinin yasal varlığının

⁴⁴⁴ *Oliari and others v Italy*, Applications nos.18766/11 and 36030/11, ECHR, 21 July 2015, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-156265%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-156265%22]}). Son erişim tarihi 05.06.2023.

⁴⁴⁵ Case of *Orlandi and others v. Italy*, Applications nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12, ECHR, 14 December 2017, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-179547%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-179547%22]}). Son erişim tarihi 05.06.2023.

tanınmasının ve bu birliğin tescilinin reddedilmesi, ilgili kişileri 'hukukî boşlukta' bırakmakta ve ilişkilerine yeterli hukukî koruma sağlamamaktadır⁴⁴⁶.

D. Roma III Tüzüğü'ne Göre Mahkeme Kavramı

Özel boşanma konusunun Roma III Tüzüğü'nün uygulama kapsamına girip girmediğini açıklığa kavuşturmak için Roma III Tüzüğü'nün 3. maddesinin 2. fıkrasını, tam olarak da "*mahkeme*" kavramını detaylı bir şekilde incelemek gerekmektedir.

Tüzüğün 3. maddesinin 2. fıkrası mahkeme kavramını: "*Taraf üye devletlerde bu Tüzük kapsamında yer alan konularda yargılama yetkisine sahip tüm makamlar*"⁴⁴⁷ olarak tanımlamaktadır. Böylece özellikle bu Tüzüğün 1. maddesinde tanımlanan alanlarda yetki sahibi olan makamlardan bahsedilmektedir. AB Konseyi'nin, Brüksel II Tüzüğü⁴⁴⁸ ve Brüksel IIa Tüzüğü'nde⁴⁴⁹ olduğu gibi burada da geniş anlamda "*mahkeme*" kavramını kullanmakta olduğu görülmektedir. 3. maddede "*mahkeme*" için verilen tanım,

⁴⁴⁶ *Orlandi and others v. Italy* kararı- 209. paragrafı.

⁴⁴⁷ Roma III Tüzüğü'nün 3. maddesinin 2 paragrafı.

⁴⁴⁸ 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 m. 2, OJ L 338, 23.12.2003, p. 1–29.

⁴⁴⁹ Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (recast), m.3 (2), OJ L 178, 2.7.2019, p. 1–115.

boşanma kavramını dolaylı olarak sınırlamaktadır. Dolayısıyla bu, en azından görünüşte, bir "Avrupa boşanması" girişimi olarak yorumlanabilmektedir.



ABAD'ın *Sahyouni*⁴⁵⁰ davasındaki kararında, boşanmanın "yetkili ulusal bir mahkeme veya bir kamu makamı tarafından veya bunların denetimi altında"⁴⁵¹ karara

⁴⁵⁰ Case C-372/16, *Sahyouni v Mamisch*, 2017. ABAD'deki *Sahyouni* Davası kapsamında, Roma III Tüzüğü'nün uygulama kapsamına ilişkin yorum talebinde bulunmak üzere iki kez ABAD'ye başvurulmuştur. İlk başvuruda (C-281/15 Davası, *Soha Sahyouni / Raja Mamisch*, AB: C: 2016:343.), ABAD, Alman Mahkemesinin (*Oberlandesgericht M n h*) talebindeki belirsizlikler nedeniyle talebi reddetmiştir. Bay *Raja Mamisch* ve Bayan *Soha Sahyouni*, 27 Mayıs 1999'da Humus İ lam Mahkemesi'nin (Suriye) yetkisi altında evlenmi lerdir. Her iki e  de do u tan Suriye vatandaşlığına sahiptir. Bay *Mamisch*, vatandaşlığı kabul yoluyla Alman vatandaşlığına sahipken, Bayan *Sahyouni*, Bay *Mamisch* ile evlilik yoluyla Alman vatandaşlığına geçmiştir. 2003 yılına kadar Almanya'da ya adıktan sonra Suriye'ye ta ınmı lardır. Daha sonra dönüşümlü olarak Almanya, Kuveyt ve L b n n'da ya amı lardır. 19 Mayıs 2013 tarihinde Bay *Mamisch*, yetkili temsilcisinden Lakatia (Suriye) hükümlerine dayanarak mahkeme önünde boşanma beyanı için başvuruda bulunmasını isteyerek karısından boşanma niyetini beyan etmiştir. 20 Mayıs 2013'te mahkeme çiftin boşanmasına karar vermiştir.

12 Eylül 2013 tarihinde Bayan *Sahyouni*, İ lam hukuku kapsamında kendisine ödenmesi gereken 20.000 ABD Doları tutarındaki ödemenin alınmasına ilişkin kendi eliyle imzaladığı bir açıklama yapmıştır. Açıklaması  u şekilde kayıtlara geçmiştir: "... *Evlilik sözleşmesi ve tek taraflı boşanma kapsamında bana yapılması gereken tüm ödemeleri aldım ve buna dayanarak Lazkiye'deki  eriat mahkemesi tarafından çıkarılan 1276 sayılı ve 20 Mayıs 2013 tarihli boşanma kararına istinaden karşı tarafı evlilik sözleşmesi kapsamında bana karşı olan tüm yükümlülüklerinden azat ediyorum.*" 30 Ekim 2013 tarihinde Bay *Mamisch*,

bağlanması gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Bu durumda, AB tüzüklerine göre boşanma hâlâ kamunun veya devlet otoritesinin yetkisinde olan bir konu olmaya devam etmektedir.

Roma III Tüzüğü'nde 'mahkeme' kavramının geniş tanımına rağmen tüm boşanmalar ve hukukî ayrılıklar Roma III Tüzüğü kapsamına giremeyecektir. Dolayısıyla

Suriye'de çıkarılan boşanma kararının tanınması (tenfizi) için başvuruda bulunmuştur. 5 Kasım 2013 tarihli kararla *Oberlandesgericht München* (Münih Yüksek Bölge Mahkemesi) Başkanı bu başvuruyu kabul etmiş ve boşanma kararının tanınması için geçerli yasal koşulların karşılandığına karar vermiştir. 18 Şubat 2014 tarihinde Bayan *Sahyouni*, söz konusu boşanma kararının tanınmasına ilişkin şartların yerine getirilmediği gerekçesiyle bu kararın iptalini talep etmiştir. Münih Yüksek Bölge Mahkemesi 8 Nisan 2014 tarihli kararıyla Bayan *Sahyouni*'nin talebini reddetmiştir. Hâkim, kararının gerekçesinde, kendi görüşüne göre söz konusu boşanma kararının tanınmasının özel boşanmalar için de geçerli olan (AB) 1259/2010 sayılı Tüzüğe dayandığını vurgulamıştır. Son olarak, Hâkim (AB) 1259/2010 sayılı Tüzüğün 12. maddesi bağlamında kamu politikasının, eşin boşanma şeklini ve sonraki ödemeleri kabul ettiğini beyan ettiği için Suriye'de verilen kararın tanınmasına engel olmadığını belirtmiştir. Ona göre olası ayrımcılığa rağmen, bahsi geçen Tüzüğün 10. maddesinin bu durumlarda verilen kararların tanınmasını engellemediğini ifade etmiştir. Bayan *Sahyouni*, bu karara itiraz etmiştir. 2 Haziran 2015 tarihli kararla *Oberlandesgericht München* (Münih Yüksek Bölge Mahkemesi), 1259/2010 sayılı Tüzüğün yorumlanmasına ilişkin bazı sorulara ilişkin bir ön sorun için ABAD talepte bulunarak yargılamayı durdurmuştur.

⁴⁵¹ Case C-372/16, *Sahyouni v Mamisch*, paragraph 48.

öncelikle 'mahkeme', mahkemenin niteliği ne olursa olsun⁴⁵², dar anlamda bir mahkeme olabilir. Tüzüğe taraf olan üye devletlerin büyük çoğunluğunda boşanma veya ayrılık adli bir prosedür olmayı sürdürmekte ve mahkeme tarafından karara bağlanmaktadır. İkinci olarak, Tüzük anlamındaki 'mahkeme' kavramı aynı zamanda idari veya noter gibi adli olmayan bir makam da olabilmektedir⁴⁵³. Bu kapsamlı tanım, Avrupa Adalet Divanı'nın yukarıda bahsi geçen Sahyouni davasında⁴⁵⁴ belirttiği üzere, adli olmayan boşanmaların bir kamu makamı tarafından karara bağlandığı veya böyle bir makamın denetimi altında yapıldığı sürece Tüzük kapsamına alınmasına olanak sağlamaktadır. Örneğin Portekiz'de eşlerin ortak anlaşmasıyla boşanmayı kabul etme yetkisine sahip olan *Conservatória do Registo Civil* böyle bir makam olarak değerlendirilebilir⁴⁵⁵. Aynı durum, İtalya'da⁴⁵⁶ tanınan belediye memuru önünde belediyede boşanılması veya savcının gözetiminde karara bağlanan boşanmalar için de söz konusu olmaktadır. Bu duruma, İspanya'da⁴⁵⁷

⁴⁵² Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 13. paragrafı.

⁴⁵³ Brüksel IIa Tüzüğü'ndeki "*Mahkeme*" kavramını "*Yetkili otorite*" kavramıyla kıyaslayınız.

⁴⁵⁴ Case C-372/16, *Sahyouni v Mamisch* – 39., 45. ve 48. paragrafları.

⁴⁵⁵ Portekiz Medeni Kanun'un 1173-1175. maddeleri.

⁴⁵⁶ Belediyede veya nüfus memuru huzurunda boşanma, ancak eşlerin reşit olmayan çocukları veya maddi veya iş göremezlik nedeniyle kendilerine bağımlı olan yetişkin çocukları olmaması durumunda yapılabilir. Daha fazla bilgi için bkz. Official Gazette n. 212 of 12 September 2014.

⁴⁵⁷ İspanya Medeni Kanun'un 87. maddesi.

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Spanish_Civil_Code_\(Codigo_Civil_Espanol\).PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Spanish_Civil_Code_(Codigo_Civil_Espanol).PDF). Son erişim tarihi 08.06.2023.

noter kontrolünde karara bağlanan boşanma veya Romanya'da noter veya yetkili tarafından karara bağlanan eşlerin karşılıklı rızasıyla boşanma durumu da örnek olarak gösterilebilir⁴⁵⁸.

E. Bazı Boşanma Türlerinin Roma III Tüzüğü Kapsamı Dışında Tutulması

Her ne kadar Tüzüğün 3. maddesinin 2. fıkrasında mahkemenin tanımı geniş bir anlamla verilmiş olsa da iki boşanma türünün Tüzük kapsamına girip girmediği konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır. Bunlar; dini boşanma ve özel boşanmadır.

1. Dini Boşanma

Dini boşanma, Yahudi hukukunda (boşanma yazısının düzenlenmesi) ve İslam hukukunda⁴⁵⁹ (talak) çeşitli şekillerde bulunur.

⁴⁵⁸ Daha fazla bilgi için bkz. **Buda, Daniel:** “*The Administrative Reform In Romania: The New Civil Code And The Institution Of Marriage*”, Transylvanian Review of Administrative Sciences, No. 36, 2012, s. 27-49.

⁴⁵⁹ **Maria Kruiniger, Pauline:** Islamic Divorces in Europe: Bridging the Gap Between European and Islamic Legal Orders, Doctoral Thesis, Maastricht University, 2014, Boom Juridisch. <https://doi.org/10.26481/dis.20141217pk>, s. 1-477.

Pek çok alan uzmanı ve akademisyen bu konuyu analiz ederken dini boşanmayı özel boşanma⁴⁶⁰ analiziyle birlikte incelemiştir. Ancak bu çalışma kapsamında daha detaylı bir analiz amacıyla bu konuyu ayrı olarak ele almak uygun görülmüştür.

Dini bir otorite tarafından açıklanan boşanma kararının Roma III Tüzüğü kapsamına girip girmediği tartışmalıdır⁴⁶¹.

Dini bir otorite tarafından denetimsiz veya kamu izni olmaksızın ilan edilen boşanma kararları düzenleme kapsamına girmemektedir⁴⁶².

Bu konuyla ilgili olarak Yunanistan gibi AB üyesi ülkelerin Roma III Tüzüğü'ne taraf olmaları durumunda sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Yunanistan, iç mevzuatının

⁴⁶⁰ **Gössl, Susanne Lilian:** “*Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, “Private Divorces” and Islamic Law Under the Rome III Regulation*”, The European Legal Forum, Issue 3-4, 2017, s.68-74; **Dutta, Anatol:** “*Private Divorces outside Rome III and Brussels II Bis: The Sahyouni Gap*”, Common Market Law Review, Vol. 56, No. 6, 2019, s. 1661-1672; **Tütüncübaşı,** s14-15.

⁴⁶¹ Roma III Tüzüğü özel- dini boşanmaları net bir şekilde dışlamamıştır.

⁴⁶² Bir dini otorite, özünde 3/2. madde anlamında bir “mahkeme” değildir, ancak dini otorite üye devlet adına hareket ediyorsa veya ayrı bir kurum olarak düzenlenmişse, bu durumda çoğu teorisyene göre söz konusu dini otoritenin Roma III Tüzüğü'nün uygulama alanına dahil edilmesi gerekmektedir. Aynı görüşte olan Gössl, Susanne Lilian şunu ifade etmektedir: “*Ayrıca, bir dini otorite (Şariat Mahkemesi vb.) bir boşanma kararı verirse, o dini otorite ilgili devletin kanunlarına göre bir kamu otoritesi olarak tanınmadığı sürece verilen boşanma kararı 'özel' boşanma olarak kabul edilir*”, s.69; **Tütüncübaşı** s.14-15.

müftülük tarafından dini kurallara uygun olarak ilan edilen Müslüman cemaatine mensup Yunan vatandaşları için dini boşanmaların kabul edildiği bir ülkedir⁴⁶³.

ABAD'ın *Sahyouni* davasındaki kararına kadar, Tüzüğe taraf üye devletler Roma III Tüzüğü'nün özel/dini boşanmalar da dahil olmak üzere boşanmalara uygulanacak hukuku kapsamlı bir şekilde tanımladığı görüşünde hemfikir bulunmaktaydı.

Roma III Tüzüğü'nün metni özel/dini boşanmaları hariç tutuyor gibi görünmektedir. Söz konusu Tüzük, boşanmaların her zaman bir kamu otoritesi tarafından karara bağlandığı varsayımına dayanmaktadır.

Tüzük birçok kez "*mahkeme işlemlerinin başlama zamanına*" (madde 5(2); madde 6(2); madde 8(a), (b), (c), (d)) ve "kanun (madde 5 (1) (d); madde 5 (3) madde

⁴⁶³ Art. 5, Legislative Act, 24 December 1990 “*On Muslim Clerics*” (A’ 182) ratified by the sole Article of Law 1920/1991 Official Gazette of the Hellenic Republic, 1991, Issue A’ no 11.” *A Mufti is a Greek Civil Servant Holding the Rank of Director-General of Administration who is Appointed by Presidential Decree on a Proposal by the Minister of Education and Religious Affairs*”. Yunanistan'daki Müslüman azınlığa bu hakkın tanınmasının nedenleri, tarihi yönü ve yasama sürecindeki değişiklik konusunda lehte ve aleyhteki argümanlar için bkz. **Koumpli, Vassiliki**: “*Managing Religious Law in a Secular State: The Case of the Muslims of Western Thrace, on the Occasion of the ECHR Judgment in Molla Sali v Greece*”, Multicultural Challenges and Law, Springer 2019, s. 1-30; **Kalampakou, Eleni**: “*Is There a Right to Choose a Religious Jurisdiction over the Civil Courts? The Application of Sharia Law in the Minority in Western Thrace, Greece*”, Religions 2019, s. 1-7; Case of Molla Sali v. Greece [GC], (no. 20452/14) 19/12/2018.

ayrıca “*mahkeme kavramının*” yargı yetkisine sahip diğer devlet makamlarını kapsadığını, ancak diğer özel kurumları kapsamadığını açıklamaktadır.⁴⁶⁴.

Dini boşanmalar 10. madde uyarınca Roma III Tüzüğü kapsamı dışında tutuluyor mu⁴⁶⁵? Tüzüğün 10. maddesine⁴⁶⁶ göre mahkeme, *lex causae*'nin eşlerden birine boşanmada eşit hak tanınamaması durumunda *lex fori*'yi uygulamakla yükümlüdür. Yani mahkemenin mevzuatına göre *lex causae* ayrımcılık sonuçlarına neden oluyorsa o zaman *lex fori*'yi uygulamak mümkündür⁴⁶⁷.

Roma III Tüzüğü kapsamında değilse, özel boşanmanın kabul edilebilirliği, geçerliliği ve etkileri konusunda uygulanacak hukukun bir mahkemenin veya başka bir makamın müdahalesi olmaksızın hangi kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirleneceği sorusuna verilecek cevap aranmaktadır. Bu cevap boşanma veya ayrılık davasını

⁴⁶⁴ Gössl, s. 69-70.

⁴⁶⁵ *Sahyounu* Davasında Mrs. *Sahyounu* boşanmanın geçerliliğine itiraz etmişti ve iddiasını öncelikle Roma III Tüzüğü’nün 10. maddesine dayandırmıştır.

⁴⁶⁶ Bazı yazarlara göre 10. madde kamu düzeni açısından bir yeniliği temsil etmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Möller, Lena-Maria**: “No Fear of Talaq: A Reconsideration Of Muslim Divorce Laws In Light Of The Rome III Regulation”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10 No. 3, s.461- 487.

⁴⁶⁷ Bu kural, kocanın tek taraflı beyanına göre boşanmanın mümkün olmasını öngören mevzuatın uygulanmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Burada yazar, İslam hukukunda “*talak*” kavramından söz ederken, Yahudi hukukunda da “*Ghet*” kavramından söz etmektedir. (*Ghet*, Yahudi Hukukunda, erkeğin karısına mektup yazarak boşanmasına izin veren bir kavramdır). Daha fazla bilgi için bkz. **Gössl**, s. 70-73.

inceleyen mahkemenin milletlerarası özel hukuk kurallarına göre belirlenecektir (*lex fori*)⁴⁶⁸.

Bazı yazarlara göre, AB üyesi devletlerin yasama organları Sahyouni hukukî boşluğunu kapatmadığı sürece Roma III Tüzüğü'nün özel boşanmalara da kıyasen uygulanması gerekmektedir⁴⁶⁹.

Yazarların geri kalanına göre ve aynı zamanda UAD'nin Sahyouni⁴⁷⁰ davasındaki görüşüne göre, özel boşanmalar Roma III Tüzüğü kapsamına girmemektedir. Yazarlar bu yaklaşımlarını, Roma III Tüzüğü 3. maddenin 2. paragrafına göre "*mahkemelere*" yapılan yorumun yanı sıra "*mahkeme işlemlerinin başlama zamanı*" (madde 5 (2); madde 6 (2); madde 8) (a), (b), (c), (d)) ve "*mahkeme hukuku*" (madde 5 (1) (d); madde 5 (3) hükümlerine dayandırmaktadırlar⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Roma III Tüzüğü'nün çıkarılmasının temel nedenlerinden biri katılımcı devletlerin mevzuatlarının uyumlaştırılması olsa da, bu düzenlemenin kapsamının netleştirilmemesi, özellikle özel boşanmaların kapsam dışında tutulması, hukuki bir boşluğun oluşmasına neden olmaktadır. Sonuç olarak bu durum, üye devletlerin bu hukuki boşluğu iç ulusal düzenlemeler yoluyla doldurmasını zorunlu kılmaktadır. Bu, ABAD'nin *Sahyouni* davasında karar vermesinin ardından Almanya Cumhuriyeti'nin durumudur.

⁴⁶⁹ **Dutta**, s.1664-1666.

⁴⁷⁰ Court of Justice of the European Union, PRESS RELEASE No 137/17 Luxembourg, 20 December 2017, Judgment in Case C-372/16 Soha Sahyouni v Raja Mamisch.

⁴⁷¹ Reports of Cases OPINION OF ADVOCATE GENERAL SAUGMANDSGAARD delivered on 14 September 2017¹ Case C-372/16 *Soha Sahyouni v Raja Mamisch*, ECLI:EU:C:2017:686: "*Conclusion 105. In the light of the foregoing*

2. Özel Boşanmalar veya Mahkeme Dışı Boşanmalar

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, prensip olarak mahkemeler veya adli yetkiye sahip idari makamlarca verilen boşanma kararları, Roma III Tüzüğü kapsamına girmektedir. Roma III Tüzüğü'nde eşlerin karşılıklı anlaşmalarıyla evliliklerini özel veya yargısız bir yöntemle sona erdirmelerini düzenleyen veya yasaklayan bir hüküm

considerations, I propose that the Court's answers to the questions referred for a preliminary ruling by the Oberlandesgericht München (Higher Regional Court, Munich, Germany) should be as follows: (1) The provisions of 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, in particular Article 1 thereof, must be interpreted as meaning that divorces pronounced without a decision having the effect of creating or altering rights which is issued by a court or other public authority, such as a divorce resulting from a unilateral declaration of a spouse which is registered by a religious court, do not fall within the scope of that regulation. (2) In the alternative, in the event that the Court finds that such private divorces fall within the scope of Regulation No 1259/2010, Article 10 thereof should be interpreted as meaning, first, that the law of the forum must apply where the foreign law designated pursuant to Article 5 or Article 8 of that regulation gives rise in the abstract to discrimination based on the spouses' sex, and, secondly, that the fact that the spouse discriminated against may have consented to the divorce is irrelevant from the point of view of the applicability of that article".

bulunmamaktadır⁴⁷². Ancak şu anda bazı AB üyesi ölkelerde hâlâ "yargısal boşanma tekeli" mevcutken, diğler bazı üye devletlerde yargısız boşanmaya izin verilmektedir. Sorun, mahkemenin ya da herhangi bir kamu otoritesinin katılımını gerektirmeyen boşanmaların⁴⁷³ (literatürde özel boşanma olarak bilinen) Roma III Tüzüğü kapsamına girip girmeyeceğidir. 2017'de Fransa'da yeni bir boşanma biçimi olan mahkeme dışı boşanma veya özel boşanma⁴⁷⁴ olarak bilinen "*divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire*"⁴⁷⁵ tanıtılmıştır.

İtalya, 2014 yılında gerçekleştirdiğı bir reformla, boşanma sürecini hızlandırmanın ve mahkemelerin işini kolaylařtırmanın⁴⁷⁶ bir yolu olarak yargısız

⁴⁷² Bu konu ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Ürem Çetinel, Merve/Güneş, Biset Sena:** "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun bu Kuruma Yaklaşımı", AYBÜ - Yıldırım Beyazıt Hukuku Dergisi, S. 2020/1, s. 309–340.

⁴⁷³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre boşanma davasında tek yetkili otorite mahkemedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Gürsoy, Kemal Tahir:** "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Ankara Hukuk Fakóltesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Ankara 1977, s. 157, 127-163.

⁴⁷⁴ Section 229-1 of the French Civil Code, which came into force on 01.01.2017, Nr.2016-1547.

⁴⁷⁵ Eşler ve avukatlarının ortak beyanname imzalaması ve aynı beyanın noter tarafından tescil ettirilmesi gerekmektedir.

⁴⁷⁶ Decree-law of 12.09.2014, n. 132 - Urgent Measures of de Jurisdictionalization and Other Interventions for the Definition of the Backlog in the Field of Civil Proceedings, article 6. Published in the Official Gazette n. 212 of 12 September 2014.

boşanma kurumunu kabul etmiş ve bunu düzenlemiştir. Boşanma konusunda tarafların irade özgürlüğünü esas alan bu sistemle İtalya'da mahkemelerin boşanma davalarındaki tekeli sona ermiştir.

Daha sonra bazı kapsamlı olmayan değişikliklere uğramış olan 12.09.2014 tarihli ve 132 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁴⁷⁷ ile eşlere, (avukat desteği gibi) belirli koşulları yerine getirmeleri halinde mahkemeye başvurmadan boşanma olanağı tanınmıştır (divorzio veloce- madde 6). Bu sayede mahkemeye gerek kalmadan, belediye başkanı (Sindaco) önünde eşlerin ortak rızasıyla idari bir süreçle boşanma imkânı sunulmaktadır. 132 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesine göre, eşler öncelikle kendilerine bahsi geçen boşanma süreci ve sonuçları hakkında bilgi ve hukukî yardım sağlayacak avukatların desteğiyle boşanma sözleşmesi imzalayabilmektedirler. Daha sonra taraflar arasındaki boşanma sözleşmesi bir savcıya sunularak eşlerin avukat yardımıyla imzaladığı ve savcı tarafından onaylanan boşanma sözleşmesi mahkeme kararı niteliğini kazanmış olacaktır (132 sayılı Karar, 6. maddenin 3. fıkrası). İtalya'da boşanmayla ilgili bir diğer yenilik ise eşlerin artık belediye başkanı (Sindaco) önünde boşanabilmesidir. Bu boşanma davası, eşlerin reşit olmayan çocuklarının, kendilerine

<https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getAttoNormativoDetail.do?ACTION=getArticolo&id={D11208A1-EA13-4BC5-A2D4-1A34358AC6CA}&codiceOrdinamento=2000006000000000&articolo=Articolo%206>. Son erişim tarihi 06.06.2023.

⁴⁷⁷ Legge 10 novembre 2014, n. 162, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”, Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 261 del 10-11-2014-Suppl. Ordinario n. 84.

maddi açıdan bağımlı olan çocukların veya engelli çocukların bulunmaması şartına bağlanmıştır (KHK, madde 12, s. 2).

Yunanistan'da evlilik özel anlaşmayla da sona erdirilebilmektedir. Bu prosedür için eşlerin avukat/avukatları tarafından temsil edilmesi⁴⁷⁸ ve sözleşmenin noter onaylı şekilde düzenlenmiş olması zorunludur. Eşlerin sözleşmeyi imzaladığı günden itibaren on günlük bir bekleme süresinden sonra bu sözleşme noterde tescil edilmekte⁴⁷⁹ ve boşanma geçerli bir durum olmaktadır. Buna rağmen, "özel boşanma" ile "aleni boşanma" arasında ayırım yapmak her zaman kolay olmamaktadır. Çünkü yukarıda adı geçen AB üyesi ülkeler, adli boşanmanın yanı sıra idari boşanmaya, noter aracılığıyla boşanmaya veya başka şekillerde boşanmalara da izin vermişlerdir.

Tamamen özel boşanma niteliğinde olan ve eşler arasında özel anlaşmaya dayanan boşanmalar için de benzer bir mantık uygulanabilir. Yine eşlerin özgür iradesi ve anlaşmalarına dayanan boşanma sürecinde bir kamu otoritesinin tamamen yokluğuna

⁴⁷⁸ Act 4509/2017, article 22/1 Greek Civil Code: “*The spouses may dissolve their marriage by virtue of a written agreement. Each party is obliged to hire or be represented by a lawyer. The agreement is signed either by the lawyers or both parties and their lawyers*”.

⁴⁷⁹ Daha fazla bilgi için bkz. **Kopsidas, Odysseas**: “*Consensual Divorce Without Trial*”, US-China Law Review, 2022, Vol. 19, No. 3, 125-131. Act 4509/2017, article 22/1 of Greek Civil Code: “*The agreements aforementioned are to be submitted by the spouses’ lawyers before a notary public. The lawyers must furnish also their power of attorney. A notary’s act shall be recorded only 10 days after the agreement of the parties*”.

veya olası varlığına göre farklı durumların ayrıştırılması gerekmektedir⁴⁸⁰. Dolayısıyla hiçbir kamu otoritesinin boşanmaya karar verilmesine müdahale etmediği durumlardaki boşanmalar Roma III Tüzüğü kapsamına giremez. Bu durumlarda boşanma davası tamamen taraflar arasında özel bir anlaşma niteliğinde kalmaktadır. Bu durum, devlet adına yapılmakta olan dini boşanmalara benzemektedir. Bu tür boşanmaları AB dışındaki üçüncü bir ülkede gerçekleşmeleri ve Tüzüğe taraf üye bir ülkede tanınmasının gerekli olması durumunda zorluklar ortaya çıkabilmektedir. Gerçek bir mahkeme kararının bulunmaması durumunda, bu tür bir eylemin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre ele alınması gerekmektedir. Yani yukarıda belirtilen durumlar Roma III Tüzüğü kapsamına girmiyorsa, kanunlar ihtilâfında uygulanan ulusal hukuk kurallarına göre ele alınacaktır.

Diğer durumlarda, özel boşanma procesdürleri kamu otoritesinin müdahalesini tamamen engellememektedir. Bu durumda boşanma sürecinde otoritenin rolünün tam olarak ne olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu otoritenin yetkisinin kurucu bir yetkisi mi yoksa sadece beyan yetkisi mi olduğunun⁴⁸¹ belirlenmesi gerekmektedir.

İlk durum (kurucu yetki), İtalya ve İspanya'da kabul edilen karşılıklı rızaya dayalı, adli olmayan boşanma ile örneklendirilebilir. Her ne kadar bu durumlarda boşanmalar eşlerin karşılıklı anlaşmasına dayalı olsa da -ilk bakışta 'özel' gibi görünse de boşanmayı ilan eden veya eşler arasındaki boşanma anlaşmasını şekil ve esas açısından denetleyen kamu otoritesidir (noter, sekreter veya savcı). Burada bir kamu otoritesinin “hak yaratan veya değiştiren karar”⁴⁸² vermesi durumu ele alınmaktadır. Bu şekilde

⁴⁸⁰ Roma III Tüzüğü’nün 3. maddesinin 2. fıkrası: “*Authorities in the participating Member States*”.

⁴⁸¹ Bkz. *Sahyouni Davası*’nda Genel Avukatın görüşü, paragraf 4 ve 52.

⁴⁸² Genel Avukat *Sagmandsgaard*’ın *Sahyouni Davası*’ndaki görüşünde kullandığı ifade Şu şekildedir: “*decision creating or altering rights*”.

verilen boşanma kararları tamamen özel boşanmalar kategorisine girmemiş olur, dolayısıyla Roma III Tüzüğü'nün uygulama kapsamına dahil olmaktadır.

İkinci durum ise çok farklıdır; kamu otoritesi, boşanmanın oluşması veya ilanı üzerinde önemli bir etkiye sahip olmaksızın yalnızca bazı etkiler yaratmak veya icra edilebilir hale getirmek amacıyla tarafların özel anlaşmasını geçerli kılmaktadır. Örnek olarak Fransız Medeni Kanunu'nun 229-1 maddesinde 18.11.2016 tarihli kanunla getirilen, tarafların uzlaşması yoluyla gerçekleşen Fransız yargısız boşanma durumu gösterilebilir. Boşanma, eşlerin avukatları tarafından imzalanan ve noter tarafından tescil edilen özel sözleşmeye dayanarak yapılmaktadır. Yani eşler kendileri boşanırken, noter anlaşma üzerinde yalnızca resmi ancak esasa girmeyen bir kontrol gerçekleştirmektedir. Noter tarafından yapılan tescil sadece boşanmanın geçerli olacağı tarihi belirtmektedir. Bu tür yargısız boşanma, Avrupa anlamında özel boşanma olarak mı değerlendirilmelidir? Yoksa otoritenin müdahalesinin madde 3(2) anlamında bir 'mahkeme' olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla boşanmanın Roma III kapsamına getirilmesi için yeterli midir?

Soru tartışmaya açıktır. Hiçbir kamu otoritesinin boşanma kararı vermediği ve ilan etmediği kesindir. Peki boşanmanın bir kamu otoritesi tarafından 'denetlendiği' söylenebilir mi? Kısıtlı bir bakış açısı, yalnızca Fransız noterler tarafından yapılan resmi kontrolü vurgulayan olumsuz bir cevaba yol açacaktır. Daha incelikli bir anlayış ise, noterin işlevlerinin kamu otoritesinin kullanılmasına doğrudan ve spesifik bir katılım olduğunun düşünebileceği bir zemin yaratmaktadır⁴⁸³. Bunun nedeni, noterin tarafların özel sözleşmesine mahkeme veya devlet otoritesinin müdahalesinden kaynaklanan etkilerden farklı olmayan belirli etkiler verebilmesidir. Ek olarak, pratikte noter eşlerin

⁴⁸³ ABAD'nin 10.09.2015 tarihli C-151/14 sayılı kararında mahkeme, Letonyalı noterin böyle bir işlevinin olmadığını vurgulamaktadır.

boşanma iradesinin istikrarını doğrulamak için de olsa anlaşma üzerinde daha temel bir kontrol gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla bu tür adli olmayan boşanma süreçlerini, devlet adına hiçbir otoritenin müdahale etmediği Sahyouni Davası'ndaki tek taraflı boşanmadan ayırmak gerekmektedir. Avrupa Adalet Divanı tarafından kullanılan oldukça belirsiz 'denetim' kavramı, bu uygulamanın Roma III Tüzüğü'nün uygulama kapsamına girmesine imkân tanıyabilmektedir.

Sonuç olarak, 'mahkeme' kavramına ilişkin bu geniş anlayış önem arz etmektedir. Çünkü farklı AB üye devletleri tarafından tanınan farklı boşanma biçimlerini dikkate almaktadır. Böyle bir yorum uluslararası bir belgede memnuniyetle karşılanmaktadır. Aynı zamanda AB üye ülkelerindeki boşanma prosedürlerinin gelişimi, bunların giderek serbestleştirilmesi ve adli olmayan boşanmaların gelişimi ile de uyumlu olacaktır.

F. Kanunlar İhtilâfını İçeren Durumlar

Roma III Tüzüğü'nün 1. maddesinin 1. fıkrasına göre bu Tüzük yalnızca kanunlar ihtilâfı durumlarında geçerli olmaktadır⁴⁸⁴. Dolayısıyla Roma III Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için boşanma veya ayrılığın, eşlerin farklı vatandaşlığa, mutad mesken vb. sahip olması gibi uluslararası veya sınır ötesi bir niteliğinin olması (durumun yabancılik unsuru taşıması) gerekmektedir⁴⁸⁵. Bu durumu açıklığa kavuşturmak gerekirse Tüzüğün 16. maddesinde, boşanma veya ayrılık konusunda (federal eyaletlerde olduğu

⁴⁸⁴ Aynı ifade Roma I Tüzüğü'nün 1/1. maddesinde ve Roma II Tüzüğü'nün 1/1. maddesinde de kullanılmaktadır.

⁴⁸⁵ Yani yabancılik unsuru taşımayan boşanma veya ayrılık hallerinde iç mevzuat uygulanacak, bu hallerde Roma III Tüzüğü uygulanmayacaktır.

gibi) farklı sistemlerin uygulandığı üye devletlerin, eşler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu Tüzüğü uygulama zorunluluğunun olmadığı görülmektedir⁴⁸⁶. Kanunlar ihtilâfi terimi, bu terimin milletlerarası özel hukuk alanının tamamına atıfta bulunmak için değil, bu uluslararası unsura atıfta bulunmak için kullanılmıştır.

"Roma I" ve "Roma II" Tüzüğü gibi, Roma III Tüzüğü de bir durumun hangi kriterlere göre sınır ötesi olarak kabul edilebileceğini tam olarak tanımlamamakta, dolayısıyla herhangi bir yabancı unsurun (eşlerin farklı vatandaşlığı, ikamet veya oturma adresi vb.) kanunlar ihtilâfi esaslarına göre durumu sınır ötesi hale getirerek Tüzük kapsamına dahil edilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁴⁸⁷ Roma III Tüzüğü, 1. maddesinin amaçları doğrultusunda, yabancılık unsurunun boşanma davasının başlatıldığı anda mı yoksa ilgili evlilik ilişkisinin başlatılmasından sonra herhangi bir zamanda mı mevcut olmasının gerekliliği konusunda açık değildir. Prensip olarak bir normatif enstrümanın uygulanabilirliği, söz konusu enstrümanın uygulanmasını gerektirebilecek bir sorunun ortaya çıktığı ana bakılarak belirlenmelidir. Yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığının veya bir konunun sınır ötesi nitelikte olup olmadığının tespiti için uygun an, boşanma veya ayrılık işlemlerinin başladığı andır. Bu önkoşuldan hareketle, söz konusu evlilik ilişkisinin başlangıçta yabancılık unsuru taşımasına rağmen boşanma davasının başlamasıyla birlikte tüm yabancılık unsurlarını kaybetmesi halinde Tüzüğün uygulanabilirliği dışında kalması gerekmektedir.

Roma III Tüzüğü'nün uygulanması, davanın ilgili olduğu devletlere bağlı değildir. Boşanma veya ayrılık, Tüzüğe taraf bir üye devletin yetkili mahkemesi önüne getirilirse (Brüksel IIa Dava Tüzüğü kapsamında), o zaman vatandaşlık, mutad meskeni, evlilik yeri vb. unsurlara bakılmaksızın evliliğe uygulanacak hukuk Roma III Tüzüğü

⁴⁸⁶ **Franzina**, s.102-104.

⁴⁸⁷ **Franzina**, s.102.

kapsamında belirlenecektir⁴⁸⁸. Örneğin, Kaliforniya yasalarına göre Kaliforniya'da evlenen Çinli bir çift, Belçika'da boşanma talebinde bulunduğunda, Belçika mahkemesi somut olaya Roma III Tüzüğü kurallarını uygulayacaktır.

IV. Tüzüğün Uygulama Kapsamı Dışında Kalan Hususlar

Roma III Tüzüğü, 1. maddenin 2. fıkrasının açıkça dışında bırakılan konularda uygulanmaz: a. Gerçek kişilerin hukukî ehliyeti (madde 1/2-a); b. Evliliğin varlığı, geçerliliği veya tanınması (madde 1/2-b); c. Evliliğin geçersizliği (madde 1/2-c); d. Eşlerin adları (madde 1/2-d); e. Evliliğin ortak mallarının sonuçları (madde 1/2); f. Velayet (madde 1/2-f); g. Nafaka (madde 1/2-g); aynı zamanda h. Trust ve miras (madde 1/2-h)⁴⁸⁹.

Bu Tüzükte kullanılan terimlerin, AB tarafından yayımlanan özel tüzüklerde verilen tanıma göre aynı anlama sahip olması gerekmektedir⁴⁹⁰. 1. maddenin 2. fıkrasında, yukarıda belirtilen istisnai hususlara ilişkin bir husus olarak, boşanma veya ayrılık davası kapsamında yalnızca ön mesele olarak ortaya çıksa dahi, Tüzüğün bu hususlara uygulanmayacağı belirtilmektedir⁴⁹¹.

Bu Tüzüğün kapsamı dışında kalan konuların bağımsız olarak ele alınması gerekmektedir. Bunlarla ilgili olarak ilgili devletin kanunlar ihtilâfı (veya milletlerarası anlaşmalar) hükümlerine göre karar verilir.

⁴⁸⁸ **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s.28-29.

⁴⁸⁹ Roma III Tüzüğü'nün 1. maddesinin 2. paragrafı.

⁴⁹⁰ Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Franzina**, s.104-105.

⁴⁹¹ Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Svenné Schmidt, Torben**: “*The Incidental Question in Private International Law*”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1993, Vol.233, s.305.

A. Evrensel Uygulama ve Atfın'nın Roma III Tüzüğü'nden Muafiyeti

1. Evrensel Uygulama

Tüzüğün 3. maddesiyle birlikte 4. maddesi, Tüzüğün uygulamasının yer bakımından kapsamını tanımlamaktadır.

Roma III Tüzüğü evrensel kuralları ortaya koymaktadır. Tüzüğün 4. maddesine göre *"Bu Tüzük ile belirlenen hukuk, taraf üye devlet hukuku olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacaktır"*⁴⁹². Roma III Tüzüğü'nün⁴⁹³ izlediği *erga omnes* yaklaşımı,



⁴⁹² Roma III Tüzüğü'nün 4. maddesi.

⁴⁹³ Roma III Tüzüğü'nün 4. maddesinde *"designated"*, Roma I ve Roma II Tüzüklerinde ise *"specified"* terimi kullanılmaktadır.

AB'nin Roma I⁴⁹⁴, Roma II⁴⁹⁵, Miras⁴⁹⁶, Evlilik Malları Rejimi⁴⁹⁷ Tüzüklerinde izlediği yaklaşımla aynıdır. Benzer bir tercih Roma Konvansiyonu'nda da görülmektedir⁴⁹⁸.

Roma III Tüzüğü'nün gerekçesinin 12. paragrafı, evrensel uygulama teriminin anlamını açıklayarak şu şekilde tanımlamaktadır: *"Bu Tüzük evrensel olmalı ve ona göre uygulanacak hukuku belirlemek mümkün olmalıdır. Uygulanacak hukuk, Tüzüğe katılan bir devletin hukuku veya taraf olmayan bir devletin hukuku veya Avrupa Birliği üyesi olmayan bir devletin hukuku olarak tanımlanabilir."*⁴⁹⁹ Başka bir ifadeyle Roma III Tüzüğü kuralları, taraf devletlerdeki kanunlar ihtilâfı ulusal kurallarının yerine geçmekte olup, 1. maddede tanımlandığı üzere bu Tüzüğün kapsamına giren hallerde bu kurallar uygulanmaktadır. Hâkimin Tüzüğe katılan bir devletin vatandaşı olması halinde bu Tüzük

⁴⁹⁴ Roma I Tüzüğü'nün 2. maddesi.

⁴⁹⁵ Roma II Tüzüğü'nün 3. maddesi.

⁴⁹⁶ 20. Madde, Regulation (EU) 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, Official Journal of the European Union, L 201, 27.7.2012, p. 107–134.

⁴⁹⁷ 20. Madde- Council Regulation (EU) 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, Official Journal of the European Union, L 183, 8.7.2016, p. 1–29.

⁴⁹⁸ 2. Madde- Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1980, Official Journal C 027, 26/01/1998 P. 0034 – 0046.

⁴⁹⁹ Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 12. maddesi.

geçerli ve uygulanabilir olmaktadır. Bu durumda Tüzük kapsamında uygulanacak hukukun üye devlet hukuku veya AB üyesi olmayan bir devletin hukuku olup olmama önemli değildir. Hâkim Tüzüğe taraf bir devletten değilse, uyuşmazlığın tarafları Tüzüğe taraf bir üye devlette ikamet ediyor olsa bile söz konusu Tüzük uygulanmayacaktır⁵⁰⁰.

Tüzüğün evrenselliğinin, hem eşlerin uygulanacak hukuku seçmesi durumunda (5. madde uyarınca), hem de boşanma veya ayrılıkta uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre belirlenmesi durumunda (8. madde uyarınca) geçerli olduğu görülmektedir.

Madde 4, Tüzüğe katılan olan üye devletlerin tüm makamlarının kanunlar ihtilâfi konusunda aynı ilkeleri uygulamasını öngörmektedir⁵⁰¹. Bu uygulama, taraflara her durumda tek bir kural sunarak öngörülebilirlik ve hukukî belirlilik derecesini artırmaktadır.⁵⁰²

2. Roma III Tüzüğü'nde Atfın Reddi

Tarihsel açıdan bakıldığında, Atf Davası geleneksel olarak Fransız Temyiz Mahkemesinin Forgo Davasındaki 24.06.1878 tarihli kararına kadar uzanmaktadır⁵⁰³.

⁵⁰⁰ **Corneloup**, s.60-64.

⁵⁰¹ AB üyesi bir ülkenin mevzuatının mı yoksa AB dışı mevzuatın mı uygulanacağı konusu eşit olarak ele alınmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s. 29.

⁵⁰² **Franzina**, s. 100.

⁵⁰³ 5718 sayılı MÖHUK'un 2. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında atf kavramı düzenlenmiştir. Bu yasaya göre atfı, yalnızca kişinin veya aile hukukuna ilişkin konularda kabul edilmektedir. Bu, atfı'nın boşanma ve yabancı unsurlu ayrılık

durumlarında da geçerli olduğu anlamına gelmektedir. Atıf kavramı ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Güngör, Gülin:** Türk Milletlerarası Özel Hukuku- Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku, B.3, 2022, s.70-89; **Doğan, Vahit:** “Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 821-849 [Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler]; **Acun Mekengeç, Merve:** “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensiplerinin Uygulanması”, EÜHFD, C. XVII, S.3–4, 2013, s. 237-280; **Balkar Bozkurt, Süheylâ:** “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S. 2, 2014, s. 795-861; **Remus Daniel, Berlingher:** “The Renvoi in Private International Law”, International Journal of Social Science and Humanity, Vol. 3, No. 1, 2013, s. 66-69. Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Sakmar, Ata:** Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, Fakülteler Matbaası, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1976; **Tekinalp, Gülören/Uyanık, Ayfer:** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Yayınevi: Vedat Kitapçılık, B.12, İstanbul 2016; **Aybay, Rona/ Dardağan, Esra:** Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)”, B.2, Yayınevi: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008; **Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır:** Milletlerarası Özel Hukuk, B.17, Yay. Beta Basım Yayım, İstanbul; **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, B. 10, Yay. Beta Basım Yayım, İstanbul, 2023; **Doğan, Vahit:** Milletlerarası Özel Hukuk, B. 3, Yay. Savaş, Ankara, 2015; **Can, Hacı/Gümrah Toker, Ali:** Milletlerarası Özel Hukuk, Yay. Adalet, Ankara, 2015; **Özel, Sibel/Erkan, Mustafa/Selin Pürselim, Hatice/Akif Karaca, Hüseyin:** Milletlerarası Özel Hukuk, B. 1,

AB'nin kanunlar ihtilâfı konusunda çıkardığı düzenlemeler incelenecek olursa, bu düzenlemelerde prensip olarak atfın kabul edilmediği açıkça görülmektedir. Roma I Tüzüğü, aksi belirtilmedikçe atfın hariç tutmaktadır⁵⁰⁴. Atıf aynı zamanda Roma II Tüzüğü⁵⁰⁵, Evlilikteki Mal Rejimine ilişkin Tüzük⁵⁰⁶ ve Roma III Tüzüğü'nün⁵⁰⁷ de dışında kalmaktadır.

İstanbul, 2022, Yay. On İki Levha Yayıncılık; **Nomer, Ergin:** Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2017; **Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer:** Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Yay. Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

⁵⁰⁴ Madde 20, 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), Official Journal of the European Union, L 177/6, Date 04.07.2008, ss.6-16.

⁵⁰⁵ Madde 24, 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), Official Journal of the European Union, L 199/40, Date 31.07.2007, ss.40-49.

⁵⁰⁶ Madde 32, Council Regulation (EU) 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, Official Journal of the European Union, L 183/1, date 08.07.2016, ss.1-29.

⁵⁰⁷ Madde 11, 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, Official Journal of the European Union, L 343/10, date 29.12.2010, ss.10-16.

Ancak bu, AB'nin izlediği tek çözüm veya tek alternatif değildir. Çünkü AB Miras Tüzüğü'nde atıf ilkesini, ancak üçüncü bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması, bir taraf devletin hukuku veya ilgili üçüncü devletin hukukuna ait kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasına yol açtığı ölçüde kabul etmektedir.⁵⁰⁸

Roma III Tüzüğü atıfı reddetmiştir⁵⁰⁹. Tüzüğün 11. maddesine göre eşlerin ayrılması veya boşanması halinde uygulanacak mevzuatın belirlenmesiyle milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması kapsam dışında kalacaktır⁵¹⁰. Bu anlamda Tüzüğün 11. maddesi hükümleri, boşanmaya karar vermede yalnızca bu Tüzük hükümlerine göre

⁵⁰⁸ Regulation (EU) 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, Official Journal of the European Union, L 201/107, date 27.07.2012, p. 107-134, m.34: “Article 34 Renvoi 1. The application of the law of any third State specified by this Regulation shall mean the application of the rules of law in force in that State, including its rules of private international law in so far as those rules make a renvoi: (a) to the law of a Member State; or (b) to the law of another third State which would apply its own law. 2. No renvoi shall apply with respect to the laws referred to in Article 21(2), Article 22, Article 27, point (b) of Article 28 and Article 30.”

⁵⁰⁹ **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s. 29; **Franzina**, s.100.

⁵¹⁰ **Orejudo Prieto De Los Mozos**, s.1575-1579.

yetkili olan devletin maddi hukukunun uygulanmasını gerektirmektedir⁵¹¹. Bu Tüzük hükümlerine göre uygulanacak boşanma mevzuatı belirlendikten sonra ayrıca bir işlem yapılmayacaktır. Ancak, kendi kanunlar ihtilâfı kurallarıyla belirlenen bir devletin hukuku, uygulanacak hukuk olarak başka bir devletin hukukunu öngörüyorsa o devletin hukuku uygulanacaktır⁵¹².

Atfının, bu hukukî düzenlemenin ana hedeflerinden biri olan hukukî birliği tehlikeye atmaktadır. Üstelik Tüzüğün 5. maddesiyle taraflara uygulanacak kanunu seçme imkânı tanınmışken, atfının izni tarafların iradesine aykırılık teşkil etmiş olacaktır.

Atfın reddinin nedeni, Tüzüğün bu düzenlemenin uygulanmasında hukukî belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamanın yanı sıra yabancı hukuk sistemlerinde karmaşık ve zaman alıcı soruşturmalardan kaçınma hedefinde olmasıdır.

B. Ön Sorun

Ön sorun⁵¹³, esasa ilişkin konulara geçmeden önce mahkeme tarafından ele alınması ve karara bağlanması gereken hukukî bir sorunu ifade eder. AB'nin yasal

⁵¹¹ Açıklayıcı bir örnek vermek adına: Eğer Roma III Tüzüğü'nün hükümlerine göre boşanma davasında yetkili mevzuat olarak Fransa mevzuatı tanımlanmışsa, bu durumda mahkeme davayı başka bir hukuk düzenin yetkisine yönlendirebilen yetkili kanun seçimine ilişkin Fransız kurallarını değil, Fransız Medeni Kanunu'nu uygulayacaktır.

⁵¹² **Franzina**, s.100.

⁵¹³ MÖHUK ön sorunu düzenleyen herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Elçin, Doğa**: “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, TAAD, S.33, 2018, s. 211-238.

çerçevesi de dahil olmak üzere pek çok hukuk sisteminde, mahkemenin davanın esasına geçmeden önce ön hususlara karar vermesi gerekmektedir. Boşanma durumunda mahkemenin öncelikle gerçekten geçerli bir evliliğin olup olmadığını doğrulaması zorunludur. Çünkü boşanma ancak tarafların yürürlükteki mevzuata uygun olarak evli olması halinde mümkün olmaktadır⁵¹⁴.

Ön sorun açık bir şekilde Roma III Tüzüğü'nün kapsamı dışında tutulmuştur⁵¹⁵.

Milletlerarası özel hukuk alanında, özellikle aile hukukunda ön sorunun önemi oldukça büyüktür. Ön sorun kavramının önemi, boşanma ve ayrılık davası ele alınırken "*Geçerli bir evlilik var mıdır?*" sorusundan anlaşılabilir⁵¹⁶.

Roma III Tüzüğü'nde ön sorunun nasıl çözüleceği ve hangi mevzuatın uygulanacağı konusunda herhangi bir düzenleme öngörülmemektedir. Burada temel problem, ön sorunun asıl davaya uygulanan kanunlar ihtilâfı kuralları kapsamında mı yoksa aralarındaki etkileşimlere bakılmaksızın birbirlerinden ayrı hukuk kuralları kapsamında mı ele alınacağıdır. Söz konusu Tüzük, daha önce de ifade edildiği üzere, bu problemi çözmeyi amaçlamamaktadır. Bu koşullar altında, boşanma veya ayrılık davası bağlamındaki ön meselelere ilişkin konuların ele alınma şeklinin tamamen üye devletlerin kendi mevzuatlarına bırakıldığı yönünde değerlendirilmelidir. Roma III Tüzüğü'ne katılan devletler, ön meseleyi, esas meseleden bağımsız olarak, milletlerarası özel hukuka ilişkin mevzuatlarına veya taraf oldukları herhangi bir milletlerarası anlaşmaya dayanarak çözebilmektedirler⁵¹⁷.

⁵¹⁴ **Baarsma**, s.295-297.

⁵¹⁵ Bkz. Roma III Tüzüğü Madde 1, paragraf 2, bent b.

⁵¹⁶ **Tütüncübaşı**, s.11-12.

⁵¹⁷ **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s.37; **Franzina**, s.104-105; **Marianna Banaszewska/Kopowski**, s.6.

Mahkeme mevzuatına uygun olarak ön sorun incelendikten sonra evliliğin yokluğuna karar verilirse, mahkeme boşanma veya ayrılık talebini reddedecektir. *Lex fori*'ye göre evliliğin yokluğuna karar verilirse boşanma kararı verilememektedir.

V. Kamu Düzeni

Her devlet, mevzuat çıkararak aile hukukunu, özellikle de boşanmayı düzenleme yetkisine sahiptir. Bu yetkiye dayanarak, farklı devletler boşanmanın düzenlenmesine ilişkin farklı hükümler öngörmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, ulusal hukuklar boşanmayı düzenleme⁵¹⁸ açısından birbirlerinden büyük farklılıklar göstermektedir⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Daha fazla bilgi için bkz. **Boer, Ted De:** “*Unwelcome Foreign Law: Public Policy and Other Means to Protect the Fundamental Values and Public Interests of the European Community*”, *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, 2008, s. 295-330.

⁵¹⁹ Bazı üye devletler boşanma için zorunlu önkoşullardan neredeyse tamamen feragat etmiş olsa da İtalya ve İrlanda'da olduğu gibi bazı devletlerde uzun bekleme sürelerine, hatta boşanmadan önce resmi bir ayrılığa ihtiyaç duyulmaktadır. Boşanma şartı olarak en uzun bekleme süreleri öngören devlet İrlanda'dır. İrlanda'da çiftlerin boşanabilmeleri için beş yıl içinde en az dört yıl boyunca ayrı yaşamaları gerekmektedir. 2019 yılında yapılan değişikliklerle yasal ayrılık süresi son üç yılda en az 2 yıl olacak şekilde kısaltılmıştır. Daha fazla bilgi için bakınız madde 3/a: Family Law Act 2019, Number 37 of 2019, <https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/act/2019/37/eng/enacted/a3719.pdf>. Son erişim tarihi: 08.07.2023. İrlanda mevzuatındaki reform hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Walsh, Keith:** “*Divorce in Ireland the Case for Reform*”, 2019, Law

Her devlet kendi ulusal bakış açısına göre kamu düzeninin ne olduğunu tanımlamaktadır⁵²⁰. Devletler⁵²¹, kamu düzeni ilkesi gereği, kendi hukuk sistemlerinin

Society of Ireland,
<https://www.lawsociety.ie/globalassets/documents/submissions/divorce-in-ireland-april-2019.pdf>, s.1-96; **Delay Cara/Urquhart Diane**: “*Irish Divorce: A History*”, *The American Historical Review*, Volume 128, Issue 1, s.465–466.

⁵²⁰ Kamu düzeni literatürde “disiplinsiz at”, “düşünmenin yerine geçen”, “iki ucu keskin kılıç”, “şok edici unsur” olarak anılmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. **Boer**, s.1.

⁵²¹ MÖHUK’un 5. maddesine göre: “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine **açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır**”. MÖHUK'un 5. maddesine dayanarak kamu düzeninin şu özellikleri vurgulanmaktadır: (1) Uygulanacak yabancı mevzuatın Türkiye'nin kamu düzenine “açıkça aykırı” olmaması gerekmektedir. (2) Kamu düzeninin açıkça ihlalinin mevcut olduğunun tespiti halinde yabancı mevzuat uygulanmamaktadır. (3) Kamu düzenine aykırılık nedeniyle yabancı hukukun uygulanmasının reddedilmesi halinde Türk hukuku uygulanacaktır. Doktrinde kamu düzeninin iki etkisi kabul edilmektedir. Olumsuz etki (örneğin, iki eşcinselin Türkiye Cumhuriyeti'nde evlenmek istemesi durumunda, kendi ulusal kanunlarının izin vermesine rağmen Türkiye kamu düzeninin bu evliliğe izin vermemesi durumu) ve olumlu etki (yabancı hukukun uygulanmamasından kaynaklanan hukukî boşluğun ortaya çıkması durumunda, Türk hukuku uygulanacaktır). (4) Ayrıca somut olayın Türkiye Cumhuriyeti ile ilgili olması gerekmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Gürzumar, Aydanur**: “*Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin*

kimliği açısından temel değerlerini korumayı amaçlamaktadır. Başka bir devletin mevzuatının uygulanmasının, *forum* mevzuatının temel ilkeleriyle çeliştiği her durumda, hâkim kamu düzeninin ihlali nedeniyle yabancı mevzuatı uygulamamakla yükümlüdür⁵²².

Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinde, belirli bir kanunun uygulanmasının "*ancak forumun kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebileceği*"⁵²³ şeklindeki genel kamu düzeni ilkesi düzenlenmiştir⁵²⁴. Bu hükmün öngördüğü ilke, milletlerarası özel hukuka ilişkin ulusal sistemler⁵²⁵ tarafından bilinen bir ilke olduğu

Etkileri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 14(1-2), 1994, s. 21-26; **Nomer, Ergin**: "*Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni*", Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1984, s.94-98; **Bagan-Kurluta, Katarzyna**: "*The Role of the Public Order Clause in Modern Cases Concerning Children: The Polish Example*", International Journal of the Jurisprudence of the Family, Vol. 9, 2019, s. 1-25; **Chng, Kenny**: "*A Theoretical Perspective of the Public Policy Doctrine in the Conflict of Laws*", Journal of Private International Law, 2018, s. 130-159; **G. Paulsen, Monrad/I. Sovern, Michael**: "*Public Policy in the Conflict of Laws*", Columbia Law Review, Vol. 56, 1956, s. 969-1016.

⁵²² **Franzina**, s.123-125.

⁵²³ Daha fazla bilgi için bkz. Parag. 14 of Reports of Cases Opinion of Advocate General Saugmandsgaard delivered on 14 September 2017¹ Case C-372/16 *Soha Sahyouni v Raja Mamisch*; **Orejudo Prieto De Los Mozos**, s.1575-1579.

⁵²⁴ Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesinde özel kamu düzeni düzenlenmiştir. Hukukçular arasındaki hâkim görüşe göre 10. madde, 12. maddenin *lexspecis'i* olarak görülmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Möller**, s. 465.

⁵²⁵ Bu Tüzük kapsamında düzenlenen kamu düzeni aynı zamanda Alman Medeni Kanununun Giriş Bölümü'nün 6. maddesinde öngörülen Federal Almanya

gibi, milletlerarası sözleşmeler ve bölgesel hukukî düzenlemelerde⁵²⁶ de öngörülen bir ilkedir. Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinin lafzı, Roma I Tüzüğü'nün 21. maddesinde ve Roma II Tüzüğü'nün 26. maddesinde yer alan ifadeyle aynıdır. Kamu düzeni ilkesinin uygulanmasının istisna olduğu genel kabul görmektedir⁵²⁷.

Aslında kamu düzeni ilkesinin, yabancı mevzuatın (somut bir yabancı hukuk kuralının⁵²⁸) uygulanmasının sonuçlarının forumun hukuk sisteminin temel ilkelerinin ihlaline yol açacağı durumlarda uygulanması amaçlanmaktadır. 12. madde'nin "...*ancak böyle bir uygulamanın açıkça aykırı olması durumunda...*" ⁵²⁹ ifadesi de bu tespiti doğrulamaktadır.

Durumun bu Tüzüğün 10. veya 13. maddesi kapsamına girmemesi durumunda söz konusu Tüzüğün 12. maddesi uygulanacaktır. Bu madde, 5. ve 8. maddeler uyarınca belirlenen kanunun uygulanmasının forumun kamu düzenine aykırı bir sonuca yol açması durumunda da uygulanacaktır. Böyle bir durumda 12. madde, mahkemenin yabancı

Cumhuriyeti kamu düzenine de karşılık gelmektedir, (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, EGBGB). Daha fazla bilgi için bkz. **Möller**, s.464.

⁵²⁶ Daha fazla bilgi için bkz. **Lucia Ruggeri/Roberto Garetto** (Editors): European Family Property Relations Article-by-Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016, 2021, Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a. 80121 Napoli, https://www.euro-family.eu/documenti/eventi/commentary_compressed.pdf, s.1-672.

⁵²⁷ **Franzina**, bu maddenin istisnai olduğunu vurgulamaktadır: "*clause is exceptional*", s.123.

⁵²⁸ **Möller**, s.464.

⁵²⁹ Roma III Tüzüğü 12. madde: "... **only** if such application is **manifestly** incompatible...".

hukuku uygulamaktan kaçınmasına ve bunun yerine *lex fori*'yi uygulamasına izin vermektedir. 10. maddenin aksine, 12. madde açıkça 5. maddeye atıfta bulunmaz. Ancak söz konusu hükmün hukuk seçimi hallerini veya hukukun 8. maddede tanımlanan objektif kriterlere göre belirlendiği halleri de kapsadığı tartışılmazdır. Ayrı ayrı maddelerin belirtilmesi gereksiz görülmüş olmalıdır ki 12. madde hükmü 5. ve 8. maddelerdeki hükümleri de kapsamaktadır⁵³⁰.

Roma III Tüzüğü'nde düzenlemeye katılan devletlerin dikkate alabileceği kamu düzeni değerlerinin neler olduğu belirtilmemiştir⁵³¹. Kamu düzeni farklı faktörlere dayanmaktadır. Bu nedenle sorunun cevabını bulmak için farklı kaynakların incelenip dikkate alınması gerekmektedir. Ulusal mevzuat bu noktada önemli bir rol oynamaktadır. Ait olduğu hukuk sistemi içerisinde özel hukuk ilişkilerini düzenleyen anayasal ve hukukî ilkeler, temel ilkelerin varlığını yansıttığı ölçüde kamu düzeninin belirlenmesinde önem taşımaktadır. Uluslararası sözleşmeler, özellikle insan hakları alanındakiler ister bölgesel ister evrensel olsun, önem arz etmektedir. Söz konusu kavramın kapsam ve içeriği birçok faktörün birleşimine bağlı olduğundan, kamu düzeni ülkeden ülkeye, hatta ülke içinde farklı zaman dilimlerinde dahi değişebilmektedir.

Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesi, kamu düzenine aykırılık teşkil edecek tüm hallerde, yalnızca boşanma veya ayrılık durumlarında taraf devlet mahkemesine eşlerin seçeceği mevzuat veya Tüzüğün objektif kriterlerine göre belirlenen mevzuat konusunda, yasal koşulların sağlanıp sağlanmadığına bakılmaksızın bu mevzuatların uygulanamayacağına ilişkin sınırlandırma getirmiştir⁵³². Yabancı mevzuatın uygulanmasının reddedilmesi durumunda Roma III Tüzüğü sessiz kalmış, yani yerine

⁵³⁰ **Franzina**, s.121-123.

⁵³¹ **Franzina**, s.123.

⁵³² Aynı duruma "*Roma I*" ve "*Roma II*" Tüzüğü'nde de rastlamak mümkündür.

hangi mevzuatın uygulanması gerektiği belirlenmemiştir. Dolayısıyla Roma III Tüzüğü'nde kamu düzeninin olumlu sonuçlarının öngörülmediği, dolayısıyla tüm AB ülkelerinde ortak bir mevzuatın bulunmadığı durumlarda mahkemenin kendi ülkesinin kurallarını uygulamasının mümkün olduğu öne sürülebilir. Örneğin X ülkesinde boşanma veya ayrılık prosedürü başlamışsa ve X devletinin milletlerarası özel hukuk hükümlerine dayanılarak Y devletinin yabancı mevzuatının X devletinin kamu düzeninin açık bir şekilde ihlali olması nedeniyle uygulanamayacağı tespit edilmişse, söz konusu davada hangi mevzuatın uygulanacağının belirlenmesi için diğer bağlantı noktalarına da bakılması gerekmektedir. *Lex fori* ancak başka bağlantı noktalarının bulunmadığı durumlarda geçerli olabilecektir. Uygulamada, eğer taraf devletler devletin hukukunu seçmişse, mahkemenin Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesindeki hukuku uygulaması gerekir ve böyle bir durumda *lex fori* sadece son çare olarak uygulanacaktır⁵³³.

AB Adalet Divanı kamu düzeninin anlamının ayrıntılarını tanımlamıştır⁵³⁴. Avrupa Adalet Divanı, *Apostolides* Kararında, uygulanacak kanunun forumun hukuk düzenine kabul edilemez derecede aykırı davranarak bir "*temel ilkeyi*" ihlal etmesi durumunda kamu düzeninin geçerli olacağını vurgulamıştır. *Apostolides* Davasındaki karara göre: "*İhlalin, temel olarak değerlendirilen bir hukuk kuralının veya bu hukuk düzeni içinde temel olarak kabul edilen bir hakkın açık bir ihlalini ortaya koyması*

⁵³³ Daha fazla bilgi için bkz. **Franzina**, s.124-125.

⁵³⁴ Court of justice, Case C-7/98, 28 March 2000, *Krombach*, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45196&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=291828>, Son erişim tarihi: 09.07.2023.

gerekir"⁵³⁵. AB Adalet Divanı'nın *Apostolides* Davasında belirlediği eşiğe tüm üye devletlerin saygı göstermesi gerekmektedir. Temel hak ihlalleri özellikle önem arz etmektedir. Bu nedenle kamu düzeninin uygulanmasında her zaman dikkatli olunmalıdır⁵³⁶. Ancak kamu düzeni statik bir konu değildir. Bu nedenle mahkemelerin her davayı ayrı ayrı incelemesi gerekmektedir. Kamu düzeni, genel olarak insan toplumu gibi sürekli olarak gelişmektedir.

Bir davanın, davayı inceleyen mahkemeye bağlantısının yoğunluğu, daha açık bir deyişle ilgili davanın mahkemeye bağlantısının yakınlığı, kamu düzeninin sağlanması sürecinde temel faktörlerden biridir atıf. Elbette bu durum, davanın mahkemeye bağlantısının kamu düzeninin uygulanması açısından ilgisiz durumlar olduğu anlamına gelmemektedir. Davanın belirli bir devletin mahkemesi tarafından karara bağlanması, dava ile davanın görüldüğü devlet arasında bir bağ oluşturmaktadır.

Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinin kamu düzenine ilişkin olarak uygulanacağı durumlar nispeten nadir görülmektedir. Çünkü bu Tüzük aynı zamanda 10. ve 13. maddeler gibi kamu düzenine ilişkin diğer özel maddeleri de içermektedir. Yabancı

⁵³⁵ Court of justice, Case C-420/07, 28 April 2009, *Apostolides*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0420>, paragraf 59. Son erişim tarihi: 09.07.2023.

⁵³⁶ Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi kapsamındaki evlenme hakkının, boşanma hakkını kapsamadığını ifade etmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. European Court of Human Rights, Case of *Babiarz V. Poland* (Application no. 1955/10), 10 January 2017, <https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/CASE%20OF%20BABIARZ%20v.%20POLAND.pdf>. Son erişim tarihi 09.07.2023.

hukukun boşanmanın gerçekleşmesi için çok sıkı şartlar öngördüğü hallerde 12. madde uygulanabilmektedir. Bu konuda, bazı ülkelerde boşanma kararı verilmeden önce uzun bir ayrılık süresinin gerekli olduğu durumlar örnek olabilmektedir. Örneğin Almanya ve İrlanda'da, yabancı bir yasanın boşanmadan önce ayrılık için gerektirdiği üç yıllık bekleme süresi, ilgili mevzuatlarında da aynı şekilde öngörüldüğü için kamu düzeninin ihlali olarak değerlendirilemez. Ancak bekleme süresinin çok daha kısa olduğu ülkeler için ya da bekleme süresini hiç öngörmeyen ülkeler için durum değişmektedir. Örneğin, boşanma kararının çok hızlı ve kolay bir şekilde verildiği bir üye devlette bir hâkim için, özellikle eşlerin hâkimin devletiyle yakın bağlarının olduğu durumlarda, üç yıl veya daha uzun bekleme süreleri kamu düzeninin ihlali anlamına gelebilmektedir. Eşlerden birinin aile içi şiddet mağduru olması durumunda da uzun bekleme süreleri kabul edilmemektedir.

Bir üye devlet mahkemesi, evliliğin sona ermesinin eşlerden birinin kusuruna bağlı sayılabileceği gerekçesinden tamamen uzak olduğu durumlarda, kusur unsuruna dayalı boşanmayı kabul etmekte ciddî sorunlar yaşayabilmektedir. Bu gibi durumlarda mahkeme, böyle bir kusurun eşlerden birine atfedilmesini imkânsız bulabileceğinden, kamu düzeni hükümlerinin uygulanmasıyla bu kusuru gerektiren yabancı hukuk hükmünün uygulanmasını reddetme hakkını haizdir.

Yabancı bir kanunun uygulanmasıyla elde edilen sonucun kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğine karar vermek hâkimin görevidir. İçtihat hukuku önemli rehberlik sağlayabilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bireysel durumlar aralarında farklılık göstermektedir. Dolayısıyla ayrılık dönemlerine ilişkin örnekte gösterildiği gibi, bir durumda ulusal kamu düzeniyle bağdaşmayan bir faktör, başka bir durumda kabul edilebilir nitelikte değerlendirilebilmektedir. İkinci olarak, kamu düzeni çok hızlı gelişebilen ve değişime uğrayabilen bir hukukî kurumdur. Yabancı bir kanunun mahkemenin bulunduğu devletin kamu düzenine uygunluğu konusunda ciddî şüpheler

ortaya çıktığında, hâkim somut konuyu açıkça ve resen ele almalıdır. Kamu düzeninin açık bir şekilde ihlali halinde mahkeme, tarafların talebi olmasa bile yabancı hukukun resen uygulanmasını reddedecektir. Ancak ihlalin ağırlığının değerlendirilmesi açısından ihlalden etkilenen eşin ilgili hükmün uygulanması sonucunda tutumu önemli olabilmektedir.

Mevcut bir davada kamu düzeninin ihlali nedeniyle yabancı hukukun uygulanamaması halinde, yabancı hukukun uygulanamazlığının yarattığı boşluğun doldurulması gerekmektedir. Roma III Tüzüğü bu konuda açık kurallar içermediğinden, *lex fori* iç hukuk ilkelerinin uygulanması önerilmektedir. Madde 12'nin belirli bir bağımsız gündemi yoktur. Ancak geleneksel ulusal kamu düzeniyle ilgili hükümleri AB mevzuatına aktarmayı amaçlamaktadır. Bu, kamu düzenine ilişkin hükümlerin uygulanması durumunda mahkemenin prensip olarak Roma III Tüzüğü'nün 5. ve 8. maddelerinde tanımlanan yabancı hukuk kapsamında kalmanın mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiği anlamına gelmektedir. Örneğin Türk, Fransız ve Polonya kanunlarında kusura dayalı boşanmaya sıklıkla diğer boşanma biçimlerinin de eşlik ettiği görülmektedir. Bunun gibi durumlarda *lex fori*'nin uygulanmasından kaçınılamıyorsa, yalnızca hâkimin kamu düzeninin ihlal edilmesini önlemek için gerekli ölçüde uygulaması gerekmektedir.

A. Roma III Tüzüğü'nün 10. Maddesine Göre Kamu Düzeni

Roma III Tüzüğü'nde 12. maddeye ek olarak 10.⁵³⁷ ve 13.⁵³⁸ maddelerde de kamu düzenine ilişkin hükümler yer almaktadır. Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi iki durumda mahkemeye, bu Tüzüğün 5. ve 8. maddelerinde tanımlanan yabancı hukukun uygulanmasının mahkemenin kamu düzenine aykırı olması durumunda kendi hukukunu (*lex fori*) uygulamasına olanak sağlamaktadır. Bahsi geçen birinci durum⁵³⁹, ilgili

⁵³⁷ Pek çok yazar 10. maddeyi kamu düzeninin özel bir maddesi olarak nitelendirmiştir; **Dutta**, s. 1665-1666.

⁵³⁸ Roma III Tüzüğü hakkında yazan yazarların birçoğu 10. maddeyi incelemiş olsa da Tüzüğün 13. maddesi katılımcı devletlerin mahkemelerine kendi mevzuatlarında boşanmanın öngörülmemesi veya söz konusu evliliğin geçerli sayılmaması durumlarında boşanma kararı vermeme imkânı vermesine rağmen 13. maddeyi özel bir kamu düzeni hükmü olarak incelememişlerdir. Yazar *Lena-Maria Möller*, Roma III Tüzüğü'nde kamu düzenini incelerken onunla ilgili sadece iki özel hükmü tespit etmiş, ancak 13. maddeyi incelememiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Möller**, s. 463-470. Yazar *Pietro Franzina* kamu düzenine ilişkin incelemesinde Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesini de incelemiştir. Söz konusu yazar, bahsi geçen bu hükmü kamu düzenine ilişkin özel veya spesifik hüküm olarak nitelendirmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Franzina**, s.121-127.

⁵³⁹ İlk alternatifte, 10. madde, 5. veya 8. madde uyarınca fiilen uygulanan hukukun boşanmayı öngörmemesi durumunda *lex fori*'nin uygulanabileceğini öngörmektedir. Böylece Roma III Tüzüğü'nün genel amacının boşanmayı kolaylaştırma (*boşanmayı destekleme*) eğiliminin altı çizilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Franzina**, s.99.

Tüzüğün 5. ve 8. maddeleri uyarınca uygulanacak hukukun boşanmayı hiçbir şekilde düzenlememesidir⁵⁴⁰. İkinci durum⁵⁴¹ ise bu Tüzüğün 5. ve 8. maddeleri uyarınca yürürlükteki kanunun eşlere cinsiyetleri nedeniyle⁵⁴² boşanma veya ayrılık konusunda eşit hak⁵⁴³ tanımamasıdır. Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesine⁵⁴⁴ göre, 5. veya 8. maddelere⁵⁴⁵ dayanılarak belirlenen yetkili hukukun mahkemenin kamu düzenine aykırı

⁵⁴⁰ Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi: "...makes no provision for divorce".

⁵⁴¹ 10. maddenin ikinci alternatifi, AB mahkemeleri önünde eşit muameleyi sağlamayı amaçlamakta, boşanma sürecine ilişkin ayrımcı yasaların uygulanmasını engellemektedir. Bunun aksine 10. maddenin birinci alternatifinde ayrılığa açıkça değinilmektedir. Dolayısıyla ayrılık sürecinde uygulanacak yasa ayrımcı nitelikte ise mahkeme tarafından bu yasa uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda mahkeme *lex fori*'ye başvuracaktır.

⁵⁴² Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi: "...does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex".

⁵⁴³ Eşlerin boşanma sürecine eşit erişim hakkının kavramına ilişkin net bir tanım bulunmamaktadır. İlgili Tüzükte de bu konuda bir açıklama yapılmamıştır. Bu tür bir açıklamanın bulunmaması özellikle sorunludur çünkü yabancı mevzuatın uygulanmasının 10. maddeye aykırı olup olmadığını ölçecek bir kriter yoktur. Bu tartışmalarla ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Möller**, s. 465-466.

⁵⁴⁴ Yazar *Lena-Maria Möller*'e göre, AB üyesi bazı evletler, AB üye ülkelerinde dini boşanmayı düzenleyen yasa gibi belirli yasaları özellikle reddetmeyi amaçlayan kamu düzenine ilişkin bir maddenin eklenmesini talep etmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Möller**, s. 470.

⁵⁴⁵ Tüzüğün giriş bölümünün 16. maddesinde "*Eşlerin seçeceği hukukun, Avrupa Birliği Antlaşmaları ve Temel Haklar Şartı ile tanınan temel haklara uygun olması*

olması durumunda boşanma veya ayrılık mahkeme hukukuna tabi olacak, bu nedenle hâkim *lex fori*'yi de uygulayacaktır.

Roma III Tüzüğü'nün kamu düzenine ilişkin hükümlerini düzenleyen tek maddesi 10. madde değildir. Bu madde, bir yandan genel (Madde 12), diğer yandan özel (Madde 13) olan kamu düzenine ilişkin diğer hükümlerle tamamlanmaktadır. Bahsi geçen hükümler arasındaki ilişki sorun yaratmamaktadır. 10. madde, 12. maddeden daha spesifiktir. Dolayısıyla 12. maddeye nazaran *lexspecis* olarak değerlendirilmelidir⁵⁴⁶. 10. madde ile 13. madde arasındaki ilişkiye bakıldığında bir çelişki olması mümkün değildir. Çünkü 13. madde, 10. maddenin aksi olarak nitelendirilebilecek durumları düzenlemektedir. Dolayısıyla 10. madde, mahkemenin yabancı hukuka göre boşanma kararı vermek isteyip de veremediği halleri kapsarken, 13. madde yabancı hukuka göre boşanmanın mümkün olduğu ancak *lex fori*'de buna yer verilmeyen halleri kapsamaktadır.

Roma III Tüzüğü, 10. madde aracılığıyla aşağıdaki temel hedefleri sağlamayı amaçlamaktadır: a. Evlilik bağlarının çözülmesinin imkânsız hale gelmesi riskinin önlenmesi, b. Eşlerin eşitliğinin korunması, yani eşler arasında cinsiyete dayalı ayrımcılığın yapılmaması. Bu amaçlara ulaşmak için davayı inceleyen hâkime, ilgili kanunlar ihtilâfı hükümleri (Tüzüğün 5. ve 8. maddeleri) ile yapılan tespitin dikkate alınmaması ve *lex fori*'nin uygulanması seçeneği sunulmaktadır⁵⁴⁷. Daha açık bir deyişle

gerekir" denilmektedir. Tıpkı 16. madde gibi, Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 24. maddesi de Tüzüğün 10. maddesine atıfta bulunarak ona göre yorumlanmalıdır; Tüzüğün giriş bölümünün 25. maddesi ise Tüzüğün 12. maddesiyle birlikte yorumlanmalıdır.

⁵⁴⁶ 10. maddede olduğu gibi, 13. madde de 12. maddeye göre *lexspecis*'tir.

⁵⁴⁷ Daha fazla bilgi için bkz. **Franzina**, s. 121.

10. madde, 5. ve 8. maddelerde tanımlanan kanunlar ihtilâfı hükümlerinin işleyişinin değiştirilebileceği bir mekanizmadır. 10. madde, esaslı bir kanunlar ihtilâfı hükmü olarak değerlendirilebilmektedir. Bu hükmün amacı somut durumu esaslı bir şekilde düzenlemek değil, somut duruma uygulanacak hukuku belirlemektir. Bu hüküm ancak Roma III Tüzüğü'nün sağlamayı amaçladığı esas sonuca, Tüzüğün 5. veya 8. maddelerine dayanılarak belirlenen kanunun uygulanmasıyla ulaşılamadığında devreye girmektedir⁵⁴⁸.

B. Ulusal Hukuklardaki Farklılıklar

Roma III Tüzüğü'nün "Ulusal mevzuat farklılıkları"⁵⁴⁹ başlıklı 13. maddesinde devletlere, bu Tüzük hükümlerine dayanarak yabancı mevzuatın uygulanmasını reddetme olanağı tanınmaktadır. Madde 13, taraf devlet mahkemelerinin aşağıdaki durumlarda boşanma kararı vermek zorunda olmadıklarını öngörmektedir: a. Taraf devletin mevzuatının boşanmayı öngörmemesi⁵⁵⁰, b. Taraf devletin mevzuatının evliliği geçerli

⁵⁴⁸ Reports of Cases Opinion of Advocate General Saugmandsgaard delivered on 14 September 20171 Case C-372/16 *Soha Sahyouni v Raja Mamisch*, ECLI: EU: C: 2017:686, paragraph 70-104.

⁵⁴⁹ Yazar Katharina Boele-Woelki'ye göre Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesinin başlığı anlamsızdır, çünkü tanım gereği kanunlar ihtilâfı kuralları ulusal mevzuatlar arasındaki farklılıkların varlığı nedeniyle işler. Daha fazla bilgi için bkz. **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s.36.

⁵⁵⁰ Tüzüğün sadece üye devletin hukukuna atıfta bulunan giriş bölümünün 26. maddesine bakınız. Malta mevzuatında artık boşanmaya izin verildiği için, 13. maddenin bu kısmı en azından heteroseksüel çiftler açısından geçerliliğini ve

olarak saymayıp boşanma davası uygun olmadığı değerlendirmesini yapması⁵⁵¹. Bu hükümle, Tüzüğün 5. ve 8. maddeleri uyarınca belirlenen kanunun uygulanmasının mahkemenin devletin temel politikasına aykırı olacağı durumlarda, *lex fori*'nin temel değerlerinin korunması amaçlanmaktadır⁵⁵².

Bu hükme yönelik yaklaşımın temelde bu Tüzüğün 12. maddesinde öngörülen kamu düzenine yönelik yaklaşımla aynı olması gerekmektedir. Aslında bahsi geçen her iki hükmün pek çok ortak noktası bulunmaktadır. Çünkü her ikisi de katılımcı devletlere, temel değerlerini mahkemede korumak için yabancı hukuku uygulamama seçeneği sunmaktadır.

Madde 13⁵⁵³, uygulandığı her iki durum için kamu düzeni istisnasının bir özelliği olarak görülebilmektedir. Bu hüküm aracılığıyla AB, boşanmak isteyen eşleri boşanma davası açacakları yer konusunda dikkat etmeleri gereken hususlar konusunda bilgilendirmiş olmayı hedeflemektedir. AB, bu düzenlemeyle eşlerin boşanmada uygulanacak hukuku seçmesine olanak tanımaktadır ancak 13. madde sayesinde eşler,

uygulanabilirliğini kaybetmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s. 36-37; **Franzina**, s. 126; **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s. 534.

⁵⁵¹ Roma III Tüzüğü 13. madde.

⁵⁵² **Franzina**, s.125.

⁵⁵³ Yazar *Katharina Boele-Woelki*'ye göre AB, Malta'nın endişelerini gidermek amacıyla bu hükmü kabul ederek tüm AB üye ülkelerine yanlış bir sinyal vermiş oldu. Zira bu durum gelecekteki hukuki düzenlemeler açısından bir emsal teşkil etmiş ve diğer üye devletlerin de ilgili düzenlemelere katılım koşullarını belirleme imkanını yaratmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s. 35-36.

yabancı mevzuatın ilgili ülke mahkemeleri tarafından reddedilme olasılığı konusunda bir şekilde önceden uyarılmış olmaktadır. Dolayısıyla eşlere, evliliklerinin sona erdirilmesinde en uygun mevzuatı seçme fırsatı verilmiş olmaktadır.

Daha önce de belirtildiği gibi, 13. madde, Tüzüğe taraf üye devletlerin, belirtilen koşullar yerine getirildiğinde boşanma kararı vermemesine izin vermektedir. Ayrıca, bu bağlamda 13. maddenin metninin lafzı, anlatılan hallerde boşanma kararı verilmemesi ihtimalinden başka bir şey öngörmediğini vurgulamaktadır.

Madde 13, madde 12 gibi seçilen hukukun Tüzüğe katılan devletin mahkemesi tarafından uygulanmasının reddedildiği durumlarda hangi hukukun uygulanması gerektiğini belirlememektedir. Yazar *Pietro Franzina*'ya göre, kamu düzeninin hariç tutulmasıyla ilgili olarak (12. maddeye göre) benimsenen çözümün aynısı burada da uygulanmalıdır.

VI. Roma III Tüzüğü'ne Göre Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini

Roma III Tüzüğü boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukukun belirlenmesi için iki yöntem öngörmektedir⁵⁵⁴. Söz konusu yöntemler, sübjektif yöntem (boşanma veya ayrılıkta eşlerin uygulanacak hukuku seçme imkânını tanıyan yöntem)⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s. 522-523; **Karaca, Hüseyin Akif**:

“Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 2, 2019, s. 252-256.

⁵⁵⁵ **Viarengo, Ilaria**: “*The Rome III Regulation in Legal Practice: Case Law and Comments*”, *ERA Forum*, 2014, s. 547–559. Bu yazara göre Roma III Tüzüğü'nün

ve objektif yöntemdir (eşler arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre belirlenmesini öngören ve Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesinde benimsenen yöntem).

Roma III Tüzüğü'nde uygulanacak mevzuatın belirlenmesinde temel prensip, boşanmada uygulanacak hukuku eşlerin seçmesidir⁵⁵⁶. Aşağıdaki analizde görüleceği üzere eşlerin uygulanacak mevzuat seçimi sınırlıdır. Ancak eşlerin böyle bir seçim yapma hakkını kullanmadığı durumlarda boşanma veya ayrılık davalarında uygulanacak hukuk, Roma III Tüzüğü'nde belirlenen objektif kriterlere göre belirlenecektir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Roma III Tüzüğü evrensel bir nitelik taşıdığı için eşler yalnızca bu düzenlemeye taraf olan devletlerin hukukunu seçmek zorunda değildir. Roma III Tüzüğü'nün bu özelliği hem giriş bölümünde hem de 4. maddede belirtilmiştir⁵⁵⁷. Bu kapsamda sübjektif veya objektif yöntemle belirlenmesine ve bir üye ülke hukuku olup olmadığına bakılmaksızın, Tüzük hükümleri belirlenen hukuk uygulanacaktır. Başka bir deyişle, Roma III Tüzüğü hükümlerine göre uygulanacak hukuk olarak tespit edilen hukuk; bir üye devletin hukuku, Tüzüğe katılmayan bir üye devletin hukuku ve hatta Tüzük kapsamında yer alan ve AB üyesi olmayan üçüncü bir ülkenin hukuku olabilmektedir.

en esaslı ve en önemli unsuru, eşlere boşanma sürecinde uygulanacak hukuku seçme imkânının tanınmasıdır.

⁵⁵⁶ Farklı sistemler ve bu sistemlerin eşlerin boşanmada uygulanacak hukuku seçmesine yönelik sunduğu fırsatlar hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Canyaş**, s.3-24.

⁵⁵⁷ Tüzüğü'nün 4. maddesinin yanı sıra Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 12. maddesinde de bu husus vurgulanmaktadır.

Roma III Tüzüğü ile AB, kamu düzeninin korunması ilkesini esas alarak, AB üyesi devletlerin ortak değerlerinin korunmasına yönelik mekanizmalar oluşturmuştur. (Örneğin, uygulanacak hukuk olarak tanımlanan hukukun boşanmayı öngörmemesi veya boşanma ya da ayrılık davası açmak için cinsiyete dayalı ayrımcılık yaratması durumunda mahkeme kendi hukukunun uygulanmasına karar verir (Madde 10)). Boşanma veya ayrılık davalarında uygulanacak hukuk, eşlerin ortak tercihi veya objektif kriterlere göre belirlenmiş olmasına bakılmaksızın hâkimin kamu düzeninin ihlâl edildiğini tespit edilmesi halinde, seçilen mevzuat kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygulanmayacaktır.

Eşlerin bağımsızlığının Roma III Tüzüğü'nde öngörülmesi, vatandaşların artan serbest hareketliliğinden kaynaklanan esneklik ve hukukî belirlilik ihtiyacı ile gerekçelendirilmektedir. Bu, eşlerin daha fazla esneklik ve güvenlik sunan hukuku seçmekte özgür oldukları anlamına gelmektedir⁵⁵⁸.

Kanun koyucu açısından 5. madde hem ortak vatandaşlık hukukuna hem ikamet yerinin hukukuna hem de *lex fori*'nin hukuk sistemine itibar eden milletlerarası özel hukuk sistemlerinin uygulanmasını destekleyenler arasında uzlaşmacı bir çözüm işlevi görmektedir. Avrupalı yasa koyucu bu hukuk sistemlerinden hangisinin en yakın bağlantıya sahip olduğuna karar vermeyi eşlere bırakmaktadır.

Tarafların uygulanacak hukuku seçerken temel motivasyonu, bu hukukun içeriği olmaktadır. Boşanma kararı veren eşler, evliliğin daha kolay, daha hızlı ve daha ucuz bir şekilde sona erdirilmesini sağlayacak hukuk düzenini tercih etmektedir. Dolayısıyla bahsi geçen hükmün, boşanmaya daha yatkın hukuk sistemleri arasında rekabeti teşvik ettiği söylenebilmektedir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 15. maddesi.

⁵⁵⁹ **Corneloup**, s.66-68.

A. Eşlerin Seçtiği Hukuk Konusunda Bilgilendirilmesi

Roma III Tüzüğü Giriş bölümünün 18. maddesine göre eşlerin ilgili mevzuat seçimi konusunda bilgilendirilmesi Tüzüğün temel ilkelerinden biridir. Her eşin, uygulanacak mevzuatın hukukî ve sosyal sonuçlarının neler olduğunu tam olarak bilmesi gerekmektedir⁵⁶⁰. Roma III Tüzüğü'nde tarafların ilgili mevzuat seçimi konusunda bilgilendirilmediğinin tespit edilmesi halinde uygulanması gereken özel bir yaptırım öngörülmemektedir. Konunun, 6. madde uyarınca belirlenecek olan maddi geçerliliği düzenleyen hukuka bırakıldığı görülmektedir.

Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 17. paragrafında, Avrupa Hukukî ve Ticarî Konularda Yargı Ağının Kurulmasına İlişkin 2001/470/EC sayılı Konsey Kararı ile oluşturulan internet tabanlı kamu bilgi sisteminden eşlerin yararlanabileceği belirtilmektedir. Ancak bu bilgi kaynağı her zaman güncel olmamaktadır. Ayrıca bahsi geçen sistem Roma III Tüzüğüne taraf olmayan üye devletlerin yanı sıra AB dışındaki ülkelerin hukuk sistemlerini de kapsamamaktadır.

B. Hukuk Seçimi

Milletlerarası özel hukukta iradenin bağımsızlığı kavramı hukukî belirlilik düşüncesiyle ilişkilidir. Eşlere boşanmada uygulanacak hukuku seçme imkânının

⁵⁶⁰ Bkz. Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 18. maddesinin 1. paragrafı ile 19. maddesinin ilk paragrafı. **Süral Efeçinar, Ceyda:** “Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Işığında Çifte Vatandaşlık Halinde “Müşterek Milli Hukuk” Bağlama Noktası Nasıl Anlaşılmalıdır?”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.14, S. 177-178, s. 1202-1204.

tanınması, tarafların kanunlar ihtilâfı sorununu daha hızlı ve kolay bir şekilde aşmasını sağlayacak, aynı zamanda tarafların beklentilerinin karşılanması ve adaletin hızlı bir şekilde sağlanmasını mümkün kılacaktır⁵⁶¹.

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi imkânı, sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında tanınmış ve bunlardan etkilenmiştir⁵⁶².

Aile hukukunda, izin verilen ülkelerde bile hukuk seçimi son derece sınırlı tutulmaktadır⁵⁶³. Hatta çoğu ülkede böyle bir fırsat taraflara hâlâ tanınmamaktadır⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ **Franzina**, s.109.

⁵⁶² **Jayme, Erik**: “*Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies*”, Yearbook of Private International Law, C. 11, 2009, s. 3.

⁵⁶³ Taraflar şu hukuk sistemleri arasından birini tercih edebilir: *Lex fori*, eşlerin vatandaşlığına sahip olduğu devletin hukuku veya eşlerin ortak mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku. Daha fazla bilgi için bkz. **Bayata Canyaş**, s. 7-9.

⁵⁶⁴ AB üyesi devletlerin çoğu, hukuk seçimi imkânını tanımamaktadır. Yalnızca Almanya, Belçika, İspanya ve Hollanda tarafların hukuk seçmesine izin vermektedir. Daha fazla bilgi için bakınız: Commission working paper, s. 8. 2004 tarihli Belçika Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 55. maddesinin 2. paragrafına göre, eşler şunları seçebilir: Belçika hukuku veya eşlerden birinin vatandaşı olduğu ülke hukuku. Daha fazla bilgi için bkz. Law of 16 July 2004, The Code of Private International Law, English translation by: Caroline Clijmans, <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>. Son erişim tarihi: 27.07.2023. Alman devletinin mevzuatına göre tarafların seçimleri sınırlıdır ve eşler şu kanunlar arasında seçim yapabilir: 1. *Lex fori* veya 2. Eşlerin ortak vatandaşlığının mevzuatı. Daha fazla bilgi için bakınız: **Baarsma**, s. 19-22.

Taraflara hukuk seçimi imkânı tanımayan devletlerde boşanmada uygulanacak hukuk, mahkemenin bulunduğu devletin kanunlar ihtilâfı mevzuatında tanımlanan objektif kriterlere göre belirlenmektedir⁵⁶⁵.

Aile hukuku alanında, hukuk seçimi konusunda neden ihtiyatlı ve sınırlı bir yaklaşımın ortaya çıktığını açıklayan görüşlerden biri, aile hukuku meselelerinde hukukî perspektifin tek başına yeterli olmadığını hem sosyal hem de etik yönleri içeren "karma" bir yapı olduğunu öne süren Savigny etkisidir⁵⁶⁶.

AB üyesi devletlerin çoğunluğunun uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı mevzuatına uyarınca objektif kriterlere göre belirlenmesi yönündeki katı yaklaşımına rağmen tarafların hukuk seçme özgürlüğünün avantajları bulunmaktadır. Boşanmada uygulanacak hukukun seçilmesiyle taraflara hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanabilmektedir. Boşanma gibi kişisel durumu yakından ilgilendiren konularda tarafların kendilerini daha yakın hissettikleri hukuku uygulama seçeneğine sahip olabileceği vurgulanmaktadır. Ayrıca taraflar, kendi çıkarlarına en uygun, boşanmanın hızlı ve en ucuz şekilde gerçekleşmesini sağlayacak hukuku seçme özgürlüğüne sahip olmaktadır⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ **Jayme, Erik**, s. 2.

⁵⁶⁶ **Peari, Sagi**: “*Choice of Law in Family Law: Kant, Savigny and the Parties Autonomy Principle*”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2417650>, s. 597- 604.

⁵⁶⁷ **Franzina**, s.110; **Viarengo, İlaria**: “*The Role of Party Autonomy in Cross-Border Divorces*”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2012, s. 557.

C. Roma III Tüzüğü'ne Dayanarak Seçilebilecek Hukuk Düzenleri

Boşanma veya ayrılık süreçlerinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde eşlerin özgürlüğü, Roma III Tüzüğü'nde kilit bir yere sahiptir. Bu husus, düzenlemenin en önemli özelliklerinden biri olarak anılmaktadır⁵⁶⁸.

Eşlerin seçecekleri hukuk düzeni ile yakın bağ kurmasını sağlamak amacıyla bahsi geçen Tüzüğün 5. maddesinin birinci fıkrasında boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukukun seçimi sınırlı bir şekilde öngörülmektedir⁵⁶⁹.

Tüzüğün 5. maddesine⁵⁷⁰ göre eşler, aşağıdaki hukuk düzenlerinden birini tercih edebilir:

⁵⁶⁸ **Shakargy, Sharon:** “*Marriage by the State or Married to the State? On Choice of Law in Marriage and Divorce*”, Journal of Private International Law, 2013, <https://ssrn.com/abstract=2768443>, s. 22-23.

⁵⁶⁹ Eşlerin mutad meskeni ve vatandaşlığı boşanma ve ayrılık alanında hala en önemli bağlantı noktaları olarak değerlendirilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Franzina**, s.109;

⁵⁷⁰ Madde 5'e göre eşler yalnızca bir devletin hukukunu seçebilirler. Dini kuralların doğrudan seçimi mümkün değildir. Dini kurallar ancak bir ülkenin hukukunda yer alması ve bu hukuk düzenin eşlerin vatandaşlığı veya mutad meskenini esas alınarak kararlaştırılması halinde uygulanabilir hale gelebilir. Tüzüğün 5. maddesinin a, b, c bentlerinde bu hususa “*devletin hukuku*” (*The law of the State*) ifadesine yer verilerek kararlı bir şekilde vurgu yapılmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. **Gonzalez Beilfuss, Cristina:** “*Choice of Applicable Law by the Parties*”, Sabine Corneloup (Ed.), s.70-71.

- a) Hukuk seçimi sırasında müşterek mutad meskenin bulunduğu yer hukukunu;
- b) Hukuk seçimi sırasında eşlerden birinin hâlen orada yerleşik bulunması şartıyla, son müşterek mutad meskenin bulunduğu yer hukukunu;
- c) Hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anda taraflardan birinin millî hukukunu veya
- d) Mahkemenin hukuku.

Sayılanlar dışında bir hukuk düzeninin seçilmesi durumunda, hukuk seçimi anlaşmasını geçersiz kılmaktadır. Geçerli bir anlaşmanın bulunmaması halinde boşanma veya ayrılığa uygulanacak hukuk 8. maddeye göre belirlenmektedir.

1. Mutad Mesken

Roma III Tüzüğü'nün 5. maddesinin a) bendi⁵⁷¹ kapsamındaki eşler, anlaşmanın yapıldığı tarihte müşterek mutad mesken⁵⁷² hukukunu seçebilmektedir⁵⁷³. Müşterek

⁵⁷¹ Roma III Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden önce üye devletler bağlantı noktasını eşlerin vatandaşlığın veya eşlerin mutad meskeninin dayandırmaktaydı. Annex to the Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters, s.7.

⁵⁷² Eşlerin müşterek mutad mesken şu ülkelerde ilk bağlantı noktası olarak eşlerin müşterek vatandaşlığının yerini almıştır: Almanya, İspanya ve İtalya. Daha fazla bilgi için bkz. **Viarengo**, *The Role of Party Autonomy*, s. 555.

⁵⁷³ Tüzüğün giriş bölümünün 16. maddesine göre eşlerin boşanmada uygulanacak hukuk olarak özel ilişki (*special connection*) içinde oldukları ülkenin hukukunu seçmeleri gerekmektedir. Eşlerin seçeceği hukuk, Avrupa Birliği Antlaşmaları ve Temel Haklar Şartı ile tanınan temel haklara uygun olmalıdır.

mutad mesken bulunmayan eşler⁵⁷⁴, sözleşmenin kurulduğu tarihte eşlerden birinin mutad meskenin aynı yerde bulunması koşuluyla son müşterek mutad mesken yeri hukukunu seçebileceklerdir⁵⁷⁵.

Bağlantı noktası olan "*müşterek mutad mesken*"⁵⁷⁶, eşlerin aynı meskeni paylaşmalarını veya eşlerin evlilik konutunun bulunmasını gerektirmemektedir. Eşlerin aynı şehir veya köyde yaşaması dahi şart olarak görülmemektedir. Eşlerin o ülkenin hukukunu seçebilmeleri için o ülkede ikamet etmeleri gerekmektedir⁵⁷⁷.

Eşler arasında, boşanmada müşterek mutad mesken hukukunun veya son müşterek mutad mesken hukukunun uygulanacağına ilişkin sözleşmenin imzalanmasından sonra eşlerin mutad meskeni değişse bile sözleşme hüküm doğurmaya devam etmektedir. Eşler arasında hukuk seçimi konusunda yapılan sözleşme, ancak

⁵⁷⁴ Yazar *Katharina Boele-Woelki*'ye göre eşlerin ikamet ve vatandaşlık bağlantı noktaları, bağlantının güçlü noktalarını temsil etmektedir (*close connection*). Daha fazla bilgi için bkz. **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s. 33.

⁵⁷⁵ Roma III Tüzüğü'nün 5. maddesinin b) bendi.

⁵⁷⁶ Bir bağlantı noktası olarak mutad mesken, Roma III Tüzüğü'nde ve diğer AB düzenlemelerinde tercih edilmektedir. Bağlantı noktası olarak mutad meskenin tercih edilmesi, AB içindeki genel bir eğilimi yansıtmaktadır. AB içindeki hareketliliğe daha esnek ve uygun bir yanıt olarak değerlendirilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Gaertner**, s.128-136; **Rogerson, Pippa**: "*Habitual Residence: The New Domicile?*", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2000, Vol. 49, <https://www.jstor.org/stable/761579>, s. 86-107.

⁵⁷⁷ Daha fazla bilgi için bkz. **Gonzalez Beilfuss**, s. 71-74.

tarafların başka bir sözleşme akdetmesi veya mevcut sözleşmeyi değiştirmeye karar vermesi durumunda hukukî sonuç doğurmamaktadır⁵⁷⁸.

Bir bağlantı noktası olarak mutad mesken kavramı, AB içindeki herhangi bir hukukî belgede tanımlanmamıştır. AB Adalet Divanı da Roma III Tüzüğü hükümleri bağlamında mutad meskene ilişkin herhangi bir karar vermemiştir⁵⁷⁹.

Mutad mesken kavramı göreceli olmakla birlikte farklı AB hukukî araçları arasında bile değişiklik gösterebilmektedir. Mutad mesken tanımında hükmün içeriği ve ilgili tüzük veya mevzuatla ulaşılmak istenen amaç önemli rol oynamaktadır (bkz. 650/2012 sayılı Tüzüğün gerekçe bölümünün 23. maddesi⁵⁸⁰).

⁵⁷⁸ **Franzina**, s.110.

⁵⁷⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, Brüksel Ila Tüzüğü'nün yargı yetkisi kuralları bağlamında çocukların ikametine ilişkin bir dizi kararı bulunmaktadır, Dava C-523/07, 2 Nisan 2009, paragraflar: 31, 34 ve 35, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0523>. Son erişim tarihi 27.07.2023. C-512/17 sayılı davanın 40. paragrafında mahkeme şu hususu vurgulamıştır: *"...Brüksel Ila Tüzüğü "çocuğun ikamet yeri" kavramına ilişkin herhangi bir tanım sağlamamaktadır. Bu Tüzük üye devletlerin hukukuna atıf yapmamaktadır. Mahkeme, ikamet kavramının AB'ye özel bir kavram olduğuna ve bu kavramın yorumunun bağımsız olarak yorumlanması gerektiğine defalarca karar vermiştir. Bu, AB'nin ikamete ilişkin konseptini yorumlamak için ulusal tanımların kullanılamayacağı anlamına gelir."* Daha fazla bilgi için bkz. C-512/17, 28 June 2018, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-512/17&language=EN>. Son erişim tarihi 27.07.2023.

⁵⁸⁰ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of

AB Adalet Divanı'nın çocukların ikametine ilişkin içtihadının analizi ve Brüksel II Sözleşmesi'ne ilişkin *Borrás* Raporu'nda⁵⁸¹ yer alan açıklamalar, mutad mesken iki faktörden oluştuğunu göstermektedir: 1. İlgili ülkede belli bir istikrar ve entegrasyon derecesiyle belirlenen fiziksel mevcudiyet, 2. Belli bir yere yerleşme niyeti⁵⁸². Bu durumda ikamet biri fiziksel, diğeri sübjektif olmak üzere iki ana unsurdan oluşmaktadır⁵⁸³. AB Adalet Divanı bazı durumlarda, belirli bir yere yerleşme niyetinin,

Decisions and Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succession and on the Creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27.7.2012. Miras Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 23. maddesinde, bu Tüzüğün amaçları dikkate alınarak, mutad meskenin ilgili devletle yakın ve istikrarlı bir bağlantı göstermesi gerektiği vurgulanmaktadır.

⁵⁸¹ Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (approved by the Council on 28 May 1998), Official Journal of the European Communities, C 221, 16.07.1998, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998XG0716>. Son erişim tarihi 27.07.2023.

⁵⁸² Mahkemenin yukarıda belirtilen kriterleri tanımladığı C-289/20 Davasının 57. paragrafına bakınız. Bu sorun hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Limante, Agne:** “*Establishing Habitual Residence of Adults Under the Brussels IIa Regulation: Best Practices from National Case-law*”, Journal of Private International Law, 2018, s. 160-181.

⁵⁸³ **Karaca**, s. 256-257.

fiili bir dayanak olmadığı takdirde mutad mesken oluşturmadığını vurgulamaktadır⁵⁸⁴. Taraf özgürlüğü ilkesi bağlamında bu durum, eşlerin hukuk seçimi konusunda anlaşmaya varma iradelerinin yeterli olmadığı anlamına gelmektedir.

Roma III Tüzüğü'nün 5. maddesi, eşlerin sözleşmeyi imzaladıkları sırada müşterek mutad mesken hukukunu seçmelerine, bunun yokluğunda ise eşlerden birinin hala orada oturmaya devam etmesi halinde son müşterek mutad mesken hukukunu seçmelerine olanak tanımaktadır. Eşlerin bu kriterleri karşılamayan bir hukuk düzenini seçmeleri, yani seçilen hukukun eşlerin müşterek mutad mesken yeri hukuku veya eşlerin son müşterek mutad mesken yeri hukuku olmaması halinde, varılan sözleşme geçersiz sayılmaktadır. Geçerli bir anlaşmanın bulunmaması halinde boşanma veya ayrılığa uygulanacak hukuk bahsi geçen Tüzüğün 8. maddesine göre belirlenmektedir.

⁵⁸⁴ Case C-393/18 PPU, 17 October 2018,

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-393/18%20PPU>. Son erişim tarihi 27.07.2023.

2. Milli Hukuk (Vatandaşlık Hukuku)

Eşler, hukuk seçimi anlaşmasını yaptıkları sırada⁵⁸⁵ eşlerden birinin milli hukukunu⁵⁸⁶ seçmekte serbesttirler.

⁵⁸⁵ Roma III Tüzüğü, eşlerin seçebileceği veya objektif kriterlere göre belirlenebilecek tüm bağlantı noktalarının, sözleşmenin imzalandığı zamana göre belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Örneğin, sözleşmenin imzalandığı tarihte eşlerin vatandaşlığı, sözleşmenin imzalandığı tarihte eşlerin mutad mesken gibi. Tüzük ile bağlantı noktalarında meydana gelebilecek olası değişiklikler sonucunda oluşabilecek olumsuz etkinin ortadan kaldırılması, öngörülebilirliğin ve hukuki belirliliğin sağlanması amaçlanmaktadır.

⁵⁸⁶ MÖHUK'un 14. maddesinin birinci fıkrası, eşlerin ayrılması veya boşanması halinde, ilk bağlantı noktası olarak eşlerin ortak vatandaşlığını öngörmektedir. Kanun No: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. **Kruger, Thalia/Verhellen, Jinske**: “*Dual Nationality = Double Trouble?*” Journal of Private International Law, 2011, s.601-626; **Karaca**, s. 257-258. Milletlerarası özel hukukta bağlantı noktası olarak ikamet kavramı *Common Law* sistemiyle ilgiliyken, *Civil Law* sisteminde bağlantı noktası olarak vatandaşlık kavramı kullanılmaktadır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. **Shakargy**, s. 1-30. Avrupa Kıtadaki diğer birçok ülke gibi Almanya da geleneksel olarak aile ilişkilerinde uygulanacak hukuku belirlemek için eşlerin ortak ikameti yerine değil de eşlerin ortak vatandaşlığına bağlı kalmıştır. Roma III Tüzüğü'nde izlenen yaklaşım, *Common Law* sistemine daha yakındır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. **Möller**, s. 464-465.

Günümüzde bireylerin aynı anda birden fazla vatandaşlığa sahip olması yaygın bir durumdur. İki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olan tarafların hürriyetini ele aldığımız durumlarda, eşlerin ayrılma veya boşanmalarında uygulanacak hukuk olarak vatandaşlıklarından herhangi birini seçmekte özgür olup olmadıkları önem teşkil etmektedir.

Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 22. maddesi, AB'nin genel ilkelerine tamamen saygı gösterilerek çoklu vatandaşlık durumlarının ulusal hukuka bırakılması gerektiğini öngörmektedir. 22. maddenin gerekçe bölümündeki konumu, Tüzüğün 8. maddesi uyarınca objektif kriterlere göre belirlenen bağlantılı unsur olarak vatandaşlıkla ilgili olduğunu göstermektedir⁵⁸⁷.

Buna rağmen uygulanacak hukuk seçiminin eşler tarafından yapılması hâlinde Tüzük gerekçesinin 22. maddesi uygulanmayacaktır⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Tüzüğün giriş bölümünde yer alan ön maddede, boşanma veya ayrılık sürecinde tarafların uygulanacak hukuku seçmediği hallere değinilmektedir.

⁵⁸⁸ Aynı düşünce için bkz. **Tütüncübaşı** s.17-18. Yazar Bayraktaroğlu Özçelik'e göre Tüzüğün giriş bölümünün 22. maddesi, tarafların hukuk tercihini ele aldığımız hallerde de geçerli olacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s. 525; **Franzina**, s.110-113. Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Hadadi/Mesko* Davasında çifte vatandaşlığa (Macar/Fransız) sahip bir çift hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur. Çift uzun süredir Macaristan'da yaşamamıştır, dolayısıyla Macaristan'la tek bağlantıları vatandaşlıklarıdır. Avrupa Adalet Divanı, Macaristan mahkemesinin yargılama yetkisine sahip olduğuna ve "*en etkin vatandaşlığın*" (*the most effective nationality*) önemli olmadığına karar vermiştir. Daha fazla bilgi için bkz. C-168/08, 16 July 2009, ECLI:EU:C:2009:474, paragrafi 48. Son erişim tarihi 28.07.2023.

Yukarıda söylenenlerden eşlerin kendi milli hukuklardan birini seçebilecekleri sonucu çıkarılmaktadır. Böyle bir yorum, birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişinin, seçim anında vatandaşlığına sahip olduğu her ülkenin hukukunu seçebileceğinin belirtildiği Miras Tüzüğü'nün 22. maddesinin 1. fıkrasına da uygun olmaktadır. AB, Evlilik Malları Tüzüğü'nün 50. maddesinde ve Kayıtlı Birliktelikler Tüzüğü'nün 49. maddesinde bu konuya açıklık getirilmektedir. Burada, birden fazla vatandaşlığa sahip olan eşlerin, sahip oldukları vatandaşlıklardan birinin hukukunu seçebilecekleri, düzenlemelerin kendilerine göre yapılan hukuk seçiminin geçerliliğine herhangi bir etkisi olmayacağı belirtilmektedir.

Mülteciler veya vatansız bireyler söz konusu olduğunda Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1951 Sözleşmesi ve Vatansız Kişilerin Statüsüne ilişkin 1954 Sözleşmesi devreye girmektedir. Her iki Sözleşmenin 12. maddesine göre, bir mültecinin veya vatansız kişinin kişisel statüsü, ikamet ettiği yer hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Bu temelde Roma III Tüzüğü'nün 5. maddesine göre mülteciler veya vatansız kişiler, vatandaşlık hukuku yerine ikamet ettikleri yer hukukunu seçme hakkına sahip olmaktadır⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ Convention Relating to the Status of Refugees, adopted on 28 July 1951, by the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons convened under General Assembly resolution 429 (V) of 14 December 1950, Entry into force: 22 April 1954, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-relating-status-refugees>. Son erişim tarihi 28.07.2023; Convention relating to the Status of Stateless Persons, adopted on 28 September 1954, by a Conference of Plenipotentiaries convened by Economic and Social Council resolution 526 A (XVII) of 26 April 1954, Entry into force: 6 June

3. *Lex Fori* / Mahkemenin Hukuku

Roma III Tüzüğü'nün 5. maddesi aynı zamanda boşanma veya ayrılığa uygulanacak hukuk olarak mahkemenin hukukunun⁵⁹⁰ seçilmesine de olanak sağlamaktadır⁵⁹¹. Böylece taraflar, yabancı hukukun uygulanmasından kaynaklanan komplikasyonları önlemek amacıyla yetkili mahkemenin hukukunu seçmek yönünde uygulanacak hukuku seçme hakkını kullanabileceklerdir⁵⁹². Yabancı hukukun

1960, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-relating-status-stateless-persons>. Son erişim tarihi 28.07.2023.

⁵⁹⁰ Boşanma veya ayrılık davalarında uygulanacak hukuk olarak mahkeme hukukunun seçilmesi, hem davanın esası bakımından hem de usul yönünden tek devletin hukukunun geçerli olacağı sonucunu doğurmaktadır. Boşanma davalarındaki usul kurallarının önemi nedeniyle yazar *Pietro Franzina*, esas/maddi hükümler ile usul hükümlerinin bir madalyonun iki yüzü olarak görülebileceğini belirtmektedir. Boşanmanın veya ayrılığın maddi açıdan ve usul açısından ayrılması riski, tarafların uygulanacak hukuk olarak mahkeme hukukunu seçmesi halinde en aza indirilebilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Franzina**, s. 94-95.

⁵⁹¹ Tüzüğün giriş bölümünün 16. maddesine göre, boşanma veya ayrılık sürecinde eşlerin uygulanacak hukuk olarak (ikamet veya vatandaşlık gibi) özel ilişki içinde oldukları ülkenin hukukunu veya mahkeme hukukunu seçmeleri gerekmektedir.

⁵⁹² Aynı düşünce için bkz. **Karaca**, s. 258-259. Yazara göre dikkatli olunması gerekmektedir. Çünkü yukarıda belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunlar ihtilâfi ilkesi de olan eşlerin en yakın ilişki içinde olduğu hukukun uygulanmaması noktasına gelinebilir. Yazar *Pietro Franzina*'ya göre *lex fori*'nin uygulanması aynı zamanda kararların daha "*kaliteli*" olmasını sağlamaktadır. Daha fazla bilgi için

mahkemeler tarafından uygulanması, süreçte daha fazla maliyet ve gecikmelere sebebiyet vermektedir. Oysa mahkeme kendi hukukunu uyguladığında davayı incelemek ve mevzuatını uygulamak daha kolay bir süreç yaratmaktadır. Dolayısıyla *lex fori*'nin⁵⁹³ öncelikli olarak seçilmesi prosedürlerin kolaylaştırılmasına, maliyetlerin düşürülmesine ve daha hızlı karar alınmasına yol açmaktadır.



bkz. **Franzina**, s. 94, 110. *Lex fori*'nin uluslararası özel hukukun temel prensipleri dikkate alınmadan uygulanması tehlike arz edebilir. Çünkü boşanma davasının gerçekleşmesinde sağlanan hız ve finansal tasarruflar adaletin sağlandığı anlamına gelmeyebilir (doğru hukukun uygulanmasıyla adaletin sağlanması). Daha fazla bilgi için bkz. **Gaertner**, s. 111-115.

⁵⁹³ Daha fazla bilgi için bkz. **Ehrenzweig, Albert A.**: "*The Lexfori-Basic Rule in the Conflict of Laws*", Michigan Law Review, 1960, Vol. 58, No.5, <https://www.jstor.org/stable/1285822>, s. 637-688; **Özel, Sibel**: "*Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 2, 2022, s. 963-977.

D. Eşlerin Uygulanacak Hukuku Seçebileceği Süre

Roma III Tüzüğü, eşlerin aralarında varılan anlaşma yoluyla boşanma veya ayrılık sürecinde uygulanacak hukuku istedikleri zaman⁵⁹⁴, ancak en geç mahkeme sürecinin başlamasından önce seçebileceklerini öngörmektedir⁵⁹⁵.

Mahkeme sürecinin başlama anının kesin tespiti için Brüksel IIb Tüzüğü'nün 17. maddesine⁵⁹⁶ bakmak gerekmektedir. Bu madde, dava dilekçesinin kayda alınmasıyla mahkemenin yargılama sürecinin başladığını ifade etmektedir.

Eşlerin boşanmaya karar vermesi halinde uygulanacak hukuk seçimi eşler tarafından yapılabilecektir. Eşler, boşanma durumunda uygulanmak üzere önceden hazırlanmış olan evlilik sözleşmesinde⁵⁹⁷ dahi uygulanacak hukuku seçebilme hakkına

⁵⁹⁴ Yazar *Franzina Pietro*'ya göre, Tüzüğün uygulanacak hukuk seçimi konusunda sunduğu imkan AB'nin iki yönelimini yansıtmaktadır: 1. Tarafların boşanma veya ayrılık konusunda istedikleri zaman sözleşme akdetmesine olanak tanıyan liberal yaklaşım, 2. Hukuki belirlilik esası. Hukuki belirlilik esasına göre, tarafların boşanma dilekçesi ile mahkemeye başvurmasının ardından, boşanma veya ayrılık davalarında uygulanacak hukukun değiştirilmesine artık izin verilmemektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Franzina**, s. 113.

⁵⁹⁵ Roma III Tüzüğü 5. maddesinin 2. paragrafı.

⁵⁹⁶ Council Regulation (EC) No 2201/2003, Brussels IIa Regulation, 16. maddesinde böyle bir konuyu tanımlamıştır.

⁵⁹⁷ Yazar *Katharina Boele-Woelki*'ye göre yeni evliliklerin %30'u boşanmayla sonuçlanmaktadır. Evlilik süresince (özellikle her iki eşin veya eşlerden birinin önemli miktarda mal varlığına sahip olduğu durumlarda) boşanma davasında uygulanacak hukukun, eşlerin inisiyatifleriyle veya hukuk danışmanlarından alınan

sahip olmaktadır. Söz konusu Tüzüğün (5/2) hükmü sadece eşlerin hukuk seçiminin mümkün olduğuna açıklık getirmektedir. Boşanma veya ayrılık sürecinde uygulanacak hukukun, eşlerin boşanmaya karar vermesinden çok önce seçilmesi, sözleşmenin yapıldığı anda eşlerin belirleyeceği hukuk değişmiş olabileceği için, karışıklık ve anlaşmazlıklar yaratabilmektedir. Bir diğer konu da eşlerin başlangıçtaki beklenti ve hedeflerinin değişim göstermiş olabilmesidir. Dolayısıyla yeni talepleri çok daha önce seçilen yasa tarafından karşılanamayabilmektedir. Öte yandan, eşlerin daha önce seçtikleri hukuk, artık eşlerle en yakın ve bağlantılı hukuk özellikleri sunmuyor olabilmektedir.

E. Uygulanacak Hukukun Seçimi İle İlgili Sözleşmelerin Değiştirilmesi

Roma III Tüzüğü'nün 5/2 maddesine göre, uygulanacak hukuk seçimine ilişkin eşler arasında yapılan sözleşme, mahkeme önünde dava sürecinin başlamasından önce, özellikle dava dilekçesinin mahkemeye sunulmasından önce, herhangi bir zamanda değiştirilebilmektedir.

Taraflar arasında akdedilen yeni sözleşme, boşanmaya ilişkin uygulanacak hukuk seçimine ilişkin daha önce yapılan sözleşmenin yerine geçmektedir⁵⁹⁸.

Roma III Tüzüğü'nde, tarafların uygulanacak hukukun seçimine ilişkin sözleşmeyi yeni bir sözleşme ile değiştirmeden iptal etme olasılığı düzenlenmemiş ancak

talimatlar yoluyla seçilmesi teşvik edilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. **Boele-Woelki**, s. 31.

⁵⁹⁸ Roma III Tüzüğü boşanma ve ayrılığın etkilerini kapsamadığı, yalnızca boşanma süreciyle ilgili olarak geçerli olduğu için bu durum üçüncü kişiler açısından herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. İkincisi, eşlerin hukuk seçimi ancak mahkeme işlemlerinin başlamasından sonra yürürlüğe girecektir.

diğer taraftan yasaklanmamıştır. Tarafların hukuk seçimi sözleşmesini iptal etmeleri ve yenisini yapmamaları halinde, boşanma veya ayrılık davalarında uygulanacak hukuk Tüzüğün 8. maddesinde öngörülen objektif kriterlere göre belirlenecektir.

F. Hukuk Seçimi Sözleşmesinin Esasına İlişkin İrade ve Geçerliliğine İlişkin Hususlar

Roma III Tüzüğü'nün 6. maddesi boşanma veya ayrılık davalarında uygulanacak hukuk seçimine ilişkin⁵⁹⁹ sözleşmenin maddi geçerliliğini düzenlemektedir. Bu maddenin amacı, uygulanacak hukukun seçimine ilişkin sözleşme taslağının hazırlanmasının tüm aşamalarında tek tip uygulamalar sağlamaktır. Hüküm iki farklı kural içermektedir: Birincisi, sözleşmenin geçerliliği ve bu değerlendirmenin hangi esaslara göre yapılacağına ilişkin mevzuatın belirlenmesidir. İkinci kural ise eşlerin sözleşmenin akdedilmesi için iradelerine odaklanmaktadır⁶⁰⁰.

Roma III Tüzüğü'nün 6. maddesi tarihsel olarak Roma I Tüzüğü'nün 10. maddesine, Roma I Tüzüğü'nün 10. maddesi ise 1980 Roma Sözleşmesi'nin 8. maddesine dayanmaktadır. Roma I Tüzüğü'nün 10/1 maddesinin metni Roma Sözleşmesi'nin 8/1

⁵⁹⁹ Eşler hukuk seçimi konusunda bilgilendirilmeli ve eşlerin eşit hakları korunmalıdır. Tüzüğün giriş bölümünün 17. ve 18. maddeleri güncel bilginin önemini vurgulayarak, bilinçli seçimin Tüzüğün temel ilkesi olduğunun altını çizmektedir. Tüzüğün giriş bölümünün 19. maddesinde, hukuki belirliliğin ve adalete daha iyi erişimin sağlanması için eşlerin bilinçli seçimini kolaylaştırmak ve iradelerine saygı göstermek amacıyla maddi geçerliliğe ve usul açısından geçerliliğe ilişkin kuralların belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bilginin yabancı hukukun maddi ve usuli içeriğiyle ilgili olması gerekmektedir.

⁶⁰⁰ **Karaca**, s. 254-255.

maddesi ile aynıdır. Benzer bir hüküm, Milletlerarası Mal Satışına İlişkin 1955 Lahey Sözleşmesinin 2/3. maddesinde, Evlilik Malları Rejimine Uygulanacak Hukuka İlişkin 1987 Lahey Sözleşmesinin 10. maddesinde ve AB tarafından yayımlanan en son hukukî düzenlemelerde bulunmaktadır.

Madde 6/1 hükmüne göre uygulanacak hukukun seçimine ilişkin sözleşmenin maddi geçerliliği, tarafların kendi seçmiş oldukları hukuk çerçevesinde belirlenmektedir. Başka bir ifadeyle uygulanacak hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliği, bahsi geçen sözleşmenin geçerli olarak nitelendirilmesi halinde boşanma ve ayrılık sürecinde uygulanacak hukuka bağlı olarak değerlendirilmektedir. Madde 6/1, eşler arasında yapılan söz konusu sözleşmenin maddi açıdan geçerli olduğunu belirleyen kanuna atıf yapmaktadır⁶⁰¹. Bu tercihin kökeni *Giuliano-Lagarde*'ın Roma Konvansiyonu hakkındaki raporunda bulunmaktadır⁶⁰².

6. maddede sağlanan çözüm, basitlik ve hukukî öngörülebilirlik avantajına sahip olmakla birlikte, kanunlar ihtilâfı kuralı, maddi geçerlilik ve eşlerin rızası konusunda yeknesak bir çözüme olanak tanımaktadır⁶⁰³.

⁶⁰¹ Aynı görüş için bkz. **Tütüncübaşı** s.19-20; **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s. 534.

⁶⁰² Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano and Paul Lagarde, Official Journal of the European Communities, C 282, Vol.23, 31 October 1980, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1980:282:FULL&from=SL>. Son erişim tarihi 03.09.2023. Özellikle, bu raporun 31. sayfasındaki Roma Sözleşmesi'nin 8. maddesine ilişkin yoruma bakınız.

⁶⁰³ Roma III Tüzüğü varoluş, geçerlilik ve rıza terimlerine ilişkin herhangi bir tanım sağlamamaktadır.

Roma Tüzüğü'nün 6/2 maddesi, bu maddenin 1. fıkrasında öngörülen ilkeye istisna teşkil etmektedir. Eşlerden birinin bahsi geçen sözleşmeye yönelik belirtilen iradesini reddetmesi veya tehdit, hata veya hile gibi irade sakatlığına yol açan unsurlar aracılığıyla alınmış olması halinde mahkeme, eşin ikamet ettiği yer hukukunu uygulayacaktır⁶⁰⁴. Eşler, 6/2 maddesine dayanarak irade yokluğu veya sakatlığına karşı kendi inisiyatifiyle dava açma hakkına sahiptir. Bu hüküm, zayıf tarafı ve eşlerin asıl iradesini korumayı amaçlamaktadır⁶⁰⁵.

G. Sözleşmenin Şekli

Roma III Tüzüğü taraflara sözleşme yoluyla boşanma veya ayrılık sürecinde uygulanacak hukuku belirleme olanağı sunmaktadır.

Roma III Tüzüğü'nün 7. maddesinin 1. fıkrasında, eşler arasında varılan sözleşmenin şu temel şekil kriterlerini karşılaması gerektiği belirlenmiştir: (1) Sözleşmenin yazılı olması, (2) Sözleşmenin tarihinin yazılı olması ve (3) Sözleşmenin her iki eş tarafından da imzalanması. Söz konusu hüküm, eşlerin elektronik iletişim (e-posta vb.) yoluyla, bu elektronik iletişimin sözleşmenin istikrarlı bir şekilde kaydedilmesini sağlaması koşuluyla sözleşme akdetmesine olanak sağlamaktadır. Böylece Roma III Tüzüğü elektronik iletişimi yazılı anlaşmayla eşitlemektedir.

Roma III Tüzüğü asgari şekli kriterler sunarak eşler için kolaylıklar yaratmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle uygulanacak hukuku belirleyen sözleşme için talep edilen şekli gereklilikleri minimalist biçimde ortaya koymaktadır. Roma III Tüzüğü, sözleşme taslağının hazırlanmasında hukukçuların (avukat, noter vb.) aracılık yapmasını zorunlu

⁶⁰⁴ Eşin ikamet yerinin belirlendiği an, boşanma davasının başladığı zamandır.

⁶⁰⁵ **Franzina**, s.113-114.

kılmamaktadır. Roma III Tüzüğü, eşler arasındaki sözleşmenin kaç nüsha olarak imzalanması gerektiğini de belirlememiştir.

Öngörülebilirlik ve hukukî belirlilik açısından, açık bir hukuk seçiminin dayatılması ve (eşlerin verdiği referanslara dayanarak) zımnî çözümlere izin verilmemesi tercih edilmektedir.

Eşlerin müşterek mutad mesken hukuk, Roma III Tüzüğü'nün 7. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına göre ek şeklî kriterler öngörüyorsa, bu ek kriterlerin uygulanması zorunludur. Anlaşmanın yapıldığı sırada eşler farklı üye devletlerde mutad meskeni ise ve bu devletlerin kanunları farklı şeklî kuralları öngörüyorsa, sözleşme bu ülkelerden birinin kanununda belirlenen şartları taşıması halinde geçerli olacaktır. Sözleşmenin akdedildiği tarihte eşlerden yalnızca birinin bir üye devlette ikamet etmesi ve bu devletin bu tür bir anlaşma için ek resmi kurallar öngörmesi halinde, bu kurallar geçerli olacaktır⁶⁰⁶.

Ek şeklî kurallar öngören devletler genellikle anlaşmanın noter tasdikli bir belgeyle yazılmasını düzenlemektedir. Örneğin, uygulanacak hukukun seçimine ilişkin herhangi bir sözleşmenin noter tasdikiyle tescil edilmesi gerektiğini öngören Alman hukukunda durum bu şekilde gerçekleşmektedir⁶⁰⁷. Estonya'da da bunun için noter tasdiki gerekmektedir. İspanyol mevzuatı, sözleşmenin (bir belge aracılığıyla) imza tarihini ve

⁶⁰⁶ Bayraktaroğlu Özçelik, *Roma III Tüzüğü*, s. 526.

⁶⁰⁷ Medeni Kanuna Giriş Belgesi'nin 46 (1) maddesi (Introductory Act to the Civil Code (EGBGB)) şöyle bir hüküm öngörmektedir: “*Choice of applicable law (1) An agreement to designate the applicable law made pursuant to Article 5 of the Regulation (EU) No. 1259/2010 must be notarially certified*”. Kanunun İngilizce versiyonu hakkında daha fazla bilgi için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.pdf.

eşlerin kimliğini kesin olarak belirlemeyi mümkün kılması koşuluyla, boşanmalarına uygulanacak hukuku seçerken eşleri sözleşmede noter formunu kullanma yükümlülüğünden muaf tutmaktadır⁶⁰⁸.

Doktrinde Roma III Tüzüğü'nün 7. maddesinin hükmü, üye devletlere ek resmi kriterler belirleme olanağı sağlaması ve üye devletlerin birbirlerinden farklı düzenlemelere sahip olma ihtimalini yaratması nedeniyle eleştirilmektedir. Bu olanağın üye devletlere tanınması, Tüzüğün kanunlar ihtilâflarını uyumlaştırma amacına ulaşmasını da önemli ölçüde etkileyecektir⁶⁰⁹.

VII. Roma III Tüzüğü'ne Göre Objektif Bağlama Kuralı

Eşlerin Tüzüğün 5. maddesi uyarınca uygulanacak hukuku seçmemesi halinde, ayrılma veya boşanma sürecinde uygulanacak hukuk Tüzüğün 8. maddesine göre

⁶⁰⁸ Aile Hukuku Belgesi'nin (Family Law Act) 64/1 maddesinin 2. ve 3. paragrafı şöyle bir hüküm öngörmektedir: “(2) *The spouses may enter into an agreement on the law applicable to the divorce corresponding to Council Regulation (EU) No 1259/2010 in person in a notarially authenticated form. (3) The entering into an agreement on the law applicable to the divorce in judicial proceedings shall be recorded. The recording shall substitute for the notarially authenticated form*”. Kanunun İngilizce versiyonu hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://www.ex.ilo.org/dyn/natlex2/natlex2/files/download/84956/EST-84956.pdf>.

⁶⁰⁹ **Franzina**, s.214-215.

belirlenmektedir⁶¹⁰. Tüzüğün 8. maddesinde tanımlanan objektif kriterler⁶¹¹, ancak eşlerin uygulanacak hukukun seçimi konusunda anlaşmaya varamaması halinde uygulanmaktadır. Hukuk seçimi anlaşmasının Tüzüğün 7. maddesine göre şeklen geçersiz olması veya 6. maddesine göre irade yokluğu veya maddi hükümsüzlük nedeniyle geçersiz olması durumunda da bu hükmü uygulanacaktır.

⁶¹⁰ Yazar *Franzina*'ya göre 8. madde hükmü karmaşık bir hükümdür ve bu nedenle farklı ihtiyaçları karşılamak üzere tasarlanmıştır. Daha fazlası için bkz. **Franzina**, s.115.

⁶¹¹ Türk hukukunda boşanma ve ayrılık davalarında öngörülen bağlantı noktaları, aile hukuku alanındaki çoğu konuda olduğu gibi ortak bağlantı noktalarına göre belirlenmektedir. MÖHUK, yabancılık unsuru taşıyan boşanmada uygulanacak hukuku belirlerken şu üç bağlantı noktasını kullanmaktadır: vatandaşlık, mutad mesken ve lex fori. MÖHUK, eşlerin ortak vatandaşlığını ilk bağlantı noktası olarak öngörmektedir. Eşlerin farklı vatandaşlıklara sahip olması halinde, ikinci bağlantı noktası olan eşlerin ortak mutad mesken noktasına geçilmektedir. Şayet buna rağmen boşanmada uygulanacak hukuk belirlenemiyorsa son bağlantı noktası olan Türk hukuku (lex fori) uygulanmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm**: “Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(B) ve (C) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, 2015, S. 1, s. 111-145 [*Kanunlar İhtilâfi*]; **Süral Efeçinar, Ceyda**: “Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Işığında Çifte Vatandaşlık Halinde “Müşterek Milli Hukuk” Bağlama Noktası Nasıl Anlaşılmalıdır?”, BUHFD, C. 14, 2019, s. 177-178, s. 1197-1218; **Ganiyeva, Salimya**: “Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk”, MÜHF - HAD, C.23, S.2, s. 361-388.

Tüzüğün 8. maddesinde boşanma veya ayrılık durumlarında hangi devletin hukukunun uygulanacağını belirlenmesine ilişkin bağlantı noktaları oluşturulmuştur. Roma III Tüzüğü bu amaçla 4 bağlantı noktası tanımlamıştır:

a) davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku, veya bulunmaması durumunda;

b) eşlerin son müşterek mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku – eşlerin davanın açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce değiştirilmemiş olması ve eşlerden birinin dava açıldığı tarihte hâlen söz konusu devlette yerleşik olması şartıyla– veya bulunmaması durumunda;

c) davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek millî hukuku, bulunmaması durumunda;

d) davanın açıldığı devlet hukukudur.

Görüldüğü üzere, Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesinde ardışık basamaklı bağlantı noktalarına ilişkin objektif kriterler belirlenmiştir.

Boşanma davasını kabul eden mahkemenin uygulanacak hukuku belirlemek için ilk bağlantı noktasını incelemeye başlaması gerekmektedir⁶¹². Bu nedenle mahkeme,

⁶¹² Böyle bir yaklaşım, Roma III Tüzüğü'nden önce AB'nin kanunlar ihtilâfını ele alan düzenlemelerinde de görülmektedir. Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in (EC) 864/2007 sayılı Sözleşme Dışı Yükümlülöklere Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzüğün (Roma II) ürün sorumluluğuna ilişkin 5. maddesinde, üç bağlantı noktası düzenlenmiş ve ikinci bağlantı noktasının ancak ilk bağlantı noktasının uygulanmasına ilişkin koşulların karşılanmaması halinde uygulanacağı öngörölmüştür. Daha fazla bilgi için bkz.: 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).

ancak ilk bağlantı noktasının uygulanmasına ilişkin koşulların yerine getirilmemesi durumunda bir sonraki bağlantı noktasına geçebilmektedir. Yani, boşanma davasının mahkemede başlatıldığı tarihte eşlerin müşterek mutad meskenin bir devlette bulunuyorsa, diğer bağlantı noktaları başka bir hukukun uygulanmasına yol açsa bile o devletin hukuku uygulanmaktadır⁶¹³.

Roma III Tüzüğü, bu teoriyi icat eden Alman araştırmacı *Gerhard Kegel*'e göre *Kegel* ölçeği (*Regelsche Leiter*) adı verilen ölçeği uygulamaktadır. Bu tekniğin amacı her durumda, davanın en yakın bağlantısının olduğu ülkenin mevzuatını uygulamaya çalışmaktır⁶¹⁴. *Kegel* ölçeği oluşturmak yalnızca bağlantı noktalarının kullanılabilirliğini içermez, aynı zamanda bağlantı noktaları arasında bir hiyerarşi kurmayı da kapsamaktadır. Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesine göre eşlerin müşterek mutad meskenin ilk bağlantı noktası olarak tanımlanmış, dolayısıyla söz konusu Tüzüğe göre "tercih edilen" bağlantı noktası niteliğini kazanmıştır. Roma III Tüzüğü'nde ve genel olarak AB'nin kanunlar ihtilâfına ilişkin düzenlemelerinde bağlantı noktası olarak mutad meskenin tercih edilmesinin nedenlerini bu noktada ele almak uygun görünmektedir. İlk neden AB'nin doğduğu ülke dışında yaşayan bireylerin entegrasyonuna yönelik

⁶¹³ Farklı ülkelerin ulusal mevzuatları Roma III Tüzüğü'ne benzer bir yol izlemiştir. Italian Statute on Private International Law (article 29 dhe 31), Belgian Code of Private International Law (article 55), İngilizce versiyonuna bkz. <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>,_Son erişim tarihi 14.11.2023. Polish Act on Private International Law (article 51), İngilizce versiyonuna bkz. <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/polonia-act-of-4-february-2011-private-international-law.pdf>.

⁶¹⁴ Aynı yaklaşım hakkında bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s. 527.

politikasına ve aynı zamanda insanların serbest dolaşımı ile çelişmeyen uygun bir mekanizmanın oluşturulmasına karşılık gelmektedir. İkinci neden, kişinin vatandaşı olduğu ülkenin hukukuyla ikamet edilen ülkenin hukukunun birbirinden ayrı ve farklı hukuklar olmasıdır. Dolayısıyla Tüzüğe taraf devletlerde kanunlar ihtilâflarına ilişkin kuralların uyumlaştırılmasını sağlama hedefine uygun bulunmaktadır. Üçüncü neden, eşlerin ikamet ettiği ülkenin hukukunun eşler için öngörülebilirlik açısından daha uygun olmasıdır. Çünkü eşlerin ikamet ettikleri yerin hukukuna daha aşina oldukları ve hakkında daha çok bilgi sahibi oldukları veya söz konusu hukuku daha hızlı ve kolayca kavradıkları düşünülmektedir.

Tüzüğün 8. maddesi, vatandaşların serbest dolaşımının çok yoğun olduğu, bireylerin iki veya daha fazla bağlantı noktasına bağlı olduğu bir toplumda tek bir bağlantı noktasının her koşulda ve her durumda uygun olarak kabul edilemeyeceği gerçeğine dayanmaktadır. Buna dayanarak, bahsi geçen 8.madde, kanunlar ihtilâfına esneklik kazandırmakta ve aynı zamanda sınır ötesi davalarda boşanmaya ilişkin farklı politikaları da dikkate almaktadır. Aynı zamanda bu hüküm, taraflara öngörülebilirlik sağlamayı, davayı gören mahkemenin AB tarafından dayatılan bağlayıcı noktaların göreceli ağırlığını kendi takdirine göre değerlendirmesini önlemeyi amaçlamaktadır⁶¹⁵.

⁶¹⁵ Madde 8’de bazı değişikliklerle sağlanan bağlantı noktaları bu Tüzüğün 5. maddesinde kullanılanlara karşılık gelmektedir. Bu noktalar esas itibariyle Brüksel II bis Tüzüğü'nün 3. maddesindeki bağlantı noktalarına benzemektedir.

A. Davanın Açıldığı Tarihte Eşlerin Müşterek Mutad Meskeninin Bulunduğu Yer Hukuku

Tüzüğün 8(a) maddesine göre boşanma davasını inceleyen mahkemenin, her eşin somut mutad meskeninin ayrı ayrı değerlendirmesi gerekmektedir. Bu konuda önemli olan çiftin evlilik hayatının yerinin belirlenmesi değil, eşlerin somut ikamet yerinin ayrı ayrı belirlenmesidir⁶¹⁶.

8(a) maddesinin uygulanabilmesi için eşlerin aynı devlet topraklarında ikamet etmeleri yeterli görülmektedir. Bu durumda eşlerin birlikte ya da ayrı yaşamaları önem teşkil etmemektedir. Başka bir deyişle, eşlerden birinin Roma'da, diğerinin Milano'da ikamet etmesi durumunda, her ikisinin de 8 (a) maddesi kapsamında İtalya Cumhuriyeti'nde ikamet ettiği kabul edilmektedir.

İki veya daha fazla hukuk düzenine sahip olan ve her birinin ayrılık ve boşanmaya ilişkin konularda kanunlar ihtilâfı konusunda kendine özel kuralları bulunan aynı devletin farklı bölgeleri söz konusu olduğunda, Roma III Tüzüğü'nün 14. maddesi kapsamında bu bölgelerin her biri, aynı devletin içinde olmalarına rağmen farklı yerler olarak sayılmaktadır. Örneğin, eğer kadın X devletinin A bölgesinde ikamet ederken, koca aynı devletin B bölgesinde ikamet ediyorsa ve bu bölgelerin boşanmaya ilişkin kuralları birbirinden farklıysa, eşlerin aynı bölgesel birimde ortak mutad meskeninin bulunmaması nedeniyle madde 8 (a) uygulanamamaktadır.

⁶¹⁶ Yazar Katharina Boele-Woelki'ye göre 8. madde, bağlantı noktası olarak eşlerin mutad meskenine öncelik vermektedir. Daha fazlası için bkz. **Boele-Woelki**, *The Europeanization of International Divorce Law*, s.33. Aynı yaklaşım için bkz. **Franzina**, s.115; **Süral Efeçinar, Ceyda**: “Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Işığında Çifte Vatandaşlık Halinde “Müşterek Milli Hukuk” Bağlama Noktası Nasıl Anlaşılmalıdır?”, BUHFD, C. 14, 2019, s. 177-178, s. 1197-1218.

Eşlerin ikamet yeri, davanın açıldığı yani boşanma davasının açıldığı zaman esas alınarak belirlenmektedir. Boşanma davasının açıldığı zamanın tespiti konusunda Roma III Tüzüğü herhangi bir tanım vermediğinden böyle bir konuda Değiştirilmiş Brüksel II Tüzüğü'nün 17. maddesine dayanmak gerekmektedir. Bu Tüzükte, "*mahkemeye başvuru yapan tarafın, daha sonra davalıya yönelik atması gereken adımları atmış olması şartıyla, yargılamayı başlatan belgenin veya eşdeğer bir belgenin mahkemeye sunulduğu anda başlamış sayılır.*" ifadesi yer almakta ve madde 17 (b) ile "*belgenin mahkemeye sunulmadan önce davalıya teslim edilmesi gerekiyorsa*", "*ve mahkemeye başvuru yapan tarafın daha sonra atması gereken adımları atma konusunda başarısız olmaması koşuluyla*" mahkemenin başlamış sayılacağı eklenmektedir. Yukarıda belirtilenlerden hareketle, boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin mutad meskeninde meydana gelebilecek değişiklikler 8. maddenin uygulanmasını etkilememektedir.

B. Mutad Mesken Kavramının Değerlendirilmesi

Roma III Tüzüğü mutad mesken kavrama ilişkin herhangi bir tanım getirmediği gibi, aile hukukuna ilişkin diğer AB düzenlemeleri de mutad meskene dair ilişkin bir tanım sunmamaktadır⁶¹⁷.

Mutad mesken ile ilgili bir tanımın bulunmaması, AB üyesi devlet mahkemelerinin mutad mesken kavramını tanımlarken ulusal hukukta dayanmasına izin verildiği anlamına gelmemektedir. Bir kavram olarak mutad mesken⁶¹⁸, bağımsız bir

⁶¹⁷ Viarengo, s. 556.

⁶¹⁸ Mutad mesken hakkında daha fazla bilgi için bkz. Arslan, İlyas: "*Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

kavram olarak kullanılmalı ve ona AB hukuku çerçevesinde yeknesak bir anlam kazandırılmalıdır.

AB Adalet Divanı, C-452/93 P (*Pedro Magdalena Fernández*) Davasında, mutad mesken yerinin bireyin yaşamaya karar verdiği yer olduğunu ve bu yerin bireyin menfaatlerinin daimî merkezini oluşturduğunu vurgulamaktadır⁶¹⁹.

Farklı teorisyenler sıklıkla mutad meskenin sübjektif ve objektif unsurların birleşimine dayandığını belirtmektedir⁶²⁰. Objektif açıdan mutad mesken, bireyin belli bir yerde bulunmasına ve o yere yerleşmesinin belli bir istikrara sahip olmasına dayanmaktadır. Mutad meskenin sürekli ve kesintisiz olması zorunlu değildir. Sübjektif açıdan mutad meskenin, F 129/06 (*Rocío Salvador Roldán*) sayılı davada da vurgulandığı gibi, aynı yerde kalmayı/yerleşmeyi düşünen kişinin istikrarlı bir yaşam tarzından ve normal sosyal ilişkilerin seyrinden kaynaklanan iradesi anlamına gelmektedir⁶²¹. Bir kişinin mutad meskenin belirlenmesi, bağlı olduğu ülke ile olan bağlarının nicelik ve niteliğinin değerlendirilmesini içermektedir. Mutad meskenin belirlenmesinde, kişinin aile ilişkileri, mesleği ve mali çıkarları, kültürel faaliyetleri ve bireylerle ilişkileri veya düzenli olarak gönüllü olarak çalıştığı kâr amacı gütmeyen STK'lara üyeliği ve katılımı

⁶¹⁹ Case C-452/93 P, *Pedro Magdalena Fernández v Commission of the European Communities*, paragraf 22. Daha fazla bilgi için bakınız: European Court Reports 1994 I-04295, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1994:332. Son erişim tarihi 19.11.2023. İkametgahı değerlendirirken hangi faktörlerin dikkate alınması gerektiği ve bu konuda eleştirel yaklaşımlar için bkz. **Viarengo**, s. 556.

⁶²⁰ **Kruger, Thalia**: “*Rome III and Parties Choice*”, *Familie & Recht*, 2012, <https://ssrn.com/abstract=2173334>, s. 3-5.

⁶²¹ Case F-129/06, *Rocío Salvador Roldán v Commission of the European Communities*, paragrafi 56, ECLI:EU:F:2007:166.

dahil olmak üzere bir dizi faktörün dikkate alınması gerekmektedir⁶²². Sağlık sigortası konusunu ele alan bir karar olan *Robin Swaddling* (C-90/97) Davasında mahkeme, mutad meskenin unsurlarının "*çalışan kişinin aile durumu, onu taşınmaya sevk eden nedenler, ikamet yerinin sürekliliği ile istikrarlı bir iş ilişkisi içinde olması*" gibi unsurları içerdiğini değerlendirmiştir. Bütün bunlar özel durumda mutad meskenin belirlenmesinde temel faktörleri oluşturmaktadır⁶²³.

Bütün bunlardan, kişinin mutad meskeninin, birtakım farklı olabilecek koşulların genel değerlendirmesi sonrasında duruma göre belirlenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bireyin mesleki faaliyeti, özellikle (ofis, atölye, fabrika vb.) belirli bir yerde

⁶²² *Pedro Magdalena Fernández* davasında Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir kişinin mutad meskeninin belirlerken mutad meskenin oluşturan tüm fiili koşulların dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Daha fazlası için bkz. Case C-452/93 P, *Pedro Magdalena Fernández v Commission of the European Communities*, paragraf 22.

⁶²³ Case C-90/97, *Robin Swaddling v Adjudication Officer*, paragraf 29, *European Court Reports 1999 I-01075*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1999:96. Son erişim tarihi 21.11.2023. C-66/08 sayılı *Szymon Kozłowski* Davasında, Avrupa tutuklama emrinin bir sonucu olarak başlatılan "*ikamet etme - resident*" ve "*oturma- staying*" terimlerine ilişkin ön davaların değerlendirmesine bkz. 46, 48 ve 57. paragraflarda mahkeme, "*talep edilen kişi, infazı gerçekleştiren üye devlette fiili ikametgâhını kurduğunda orada ikamet ediyor demektir ve orada "kalmaktadır- staying "*. Bu kişi, söz konusu devlette uzun bir süre kaldıktan sonra, o devletle ikametten kaynaklananlara benzer düzeyde bağlar edinmiştir." Daha fazla bilgi için bkz. ECLI:EU:C: 2008:437.

kalmayı gerektiren faaliyetlerde bulunması, çoğu zaman temel bir gösterge olmaktadır⁶²⁴. Çocuk sahibi olanlarda çocuğun okula gittiği, spor yaptığı ve diğer sosyal-kültürel aktivitelerin yapıldığı yer ikamet yerinin belirlenmesinde önemli bir unsur olarak görülmektedir⁶²⁵. Diğer taraftan bireyin belirli bir ülkede mülk sahibi olması onun mutad meskenin belirlenmesinde etkili olmaktadır. Örneğin eğer bir kişi zamanını hem Almanya ve hem de İsviçre’de geçirdiği için Almanya devletinde bir ev satın alıp aynı zamanda İsviçre devletinde de küçük bir daire kiralarsa, Almanya devletinde ev satın aldığı andan itibaren evinin bulunduğu devlet onun ülkesi gibi görünmeye başlamaktadır. Dolayısıyla mutad meskenin belirlenmesinde kişinin niyeti/iradesinin esas ve önemli olduğu ileri sürülmektedir⁶²⁶. Aslında bu konuda önemli olan, içsel irade/görüş değil, ilgili kişinin yaşam koşullarının toplumsal olarak nasıl anlaşıldığı olmaktadır. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi ev satın almak ve döşemek, sosyal olarak yerleşme fikrinin bir göstergesi olarak kabul görmektedir.

⁶²⁴ Bu konu ile ilgili bkz. Case T-298/02, *Anna Herrero Romeu v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2005:369.

⁶²⁵ EWHC 1893 (CH), *Mrs Daad Sharab v His Royal Highness Prince Al-Waleed Bin Talal Bin Abdal-Aziz Al-Saud*, 77. paragraf. Ancak bireyin çalıştığı yer ile ailesinin bulunduğu yer her zaman aynı olmamaktadır. AB içerisinde, Avrupa vatandaşlarının serbest ve vizesiz dolaşımı nedeniyle, kişi pazartesten cumaya bir ülkede çalışırken, hafta sonunu ailesiyle birlikte başka bir ülkede geçirebilmektedir.

⁶²⁶ Bir bağlantı noktası olarak mutad meskene ilişkin eleştirel bir yaklaşım için bkz. **Ruth**, s.261-281.

C. Eşlerin Son Müşterek Mutad Meskeni

Roma III Tüzüğü'nün 8 (a) maddesine göre, boşanma davasının açıldığı tarihte eşlerin aynı ülkede mutad meskeni bulunmuyorsa, madde 8 (b)'de tanımlandığı gibi ayrılık ve boşanma davasında eşlerin son müşterek mutad mesken hukuku uygulanmaktadır. 8 (b) maddesi hükmünün uygulanabilmesi için mahkemenin bu hükümde öngörülen koşulların toplu olarak yerine getirildiğini tespit etmesi gerekmektedir. Yani mahkemenin söz konusu iki unsuru birlikte tespit etmiş olması icap etmektedir. Bu unsurlardan ilkinde göre, eşlerin son müşterek mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku eşlerin davanın açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir süre önce değiştirilmemiş olması ve eşlerden birinin dava açıldığı tarihte hâlen söz konusu devlette yerleşik olması şartıyla gerekmektedir.

Madde 8 (b)'nin uygulanmasına ilişkin somut bir durum, boşanma veya ayrılık davasının açılmasından önce eşlerden birinin çeşitli nedenlerle müşterek mutad meskeninin bulunduğu ülkeyi terk ederek başka bir ülkeye yerleşmesidir. Eşlerden birinin mutad meskeninin değiştirmesi, 8(a) maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmektedir. 8(b) maddesinin amacı, eşlerden birinin ikamet yerini değiştirmesi sonucu ortaya çıkacak sorunları ortadan kaldırmak ve eşlerin son müşterek mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını sağlamaktır. 8(b) maddesinin bir diğer amacı da başta mutad meskeni değişmeyen eş olmak üzere, eşlerin makul beklentilerinin korunmasını sağlamaktır. Sonuç olarak, söz konusu hüküm, eşlerden birinin o ülkede yürürlükte olan hukukun avantajlarından yararlanmak amacıyla mutad meskenin bir ülkeden diğerine taşınması riskini önlemektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi 8(b) maddesinin koşulları sağlanmadan uygulanamamaktadır. Öte yandan eşlerin en son müşterek mutad meskeni ettikleri yerle olan bağları da zamanla zayıflamaya başlamaktadır.

Uygulamada, bir bireyin mutad meskeni bir ülkeden diğerine tam olarak ne zaman değiştirdiğini belirlemek genellikle zor olmaktadır. Bir kişinin ilgili ülkede mutad meskeni olması birtakım faktörlere göre belirlenmektedir. Bazı faktörler belirli olup başlangıçta ortaya çıkmaktadır. (Örneğin, bireyin yeni bir yerde çalışmaya başlaması) Diğer faktörler ise zamanla ortaya çıkabilmekte ve değişebilmektedir. Bir kişinin mutad meskenin değiştiği kesin günü belirlemek, her durum için ayrı ayrı yapılması gereken uzun ve karmaşık bir analiz gerektirmektedir. Amaç unsuru (bireyin iradesini belirleyen sübjektif unsur) bu konunun belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Bireyin yaşamındaki değişim, hızlı bir mutad mesken değişikliğine yol açabileceğinden, bu değişimin bireyin ilgi merkezini bir ülkeden başka bir ülkeye taşıma yönündeki açık niyetine dayanmaktadır.

Viyana'da yaşayan Avusturya vatandaşlığına sahip bir kişinin İtalya'nın Milano şehrinde 3 yıllık bir iş sözleşmesi teklifi aldığını bir örnek olarak varsayarak, böyle bir durumda iş teklifini kabul eden bireyin, İtalya'nın Milano kentine yerleşmek için çeşitli adımlar atacağını öngörmek mümkün olacaktır. Örneğin bireyin İtalya'daki yerel bankada bir banka hesabı açması, şehirde bir daire kiralaması, Viyana'daki mülkünü satması, Avusturya'daki telefon hizmeti sözleşmesini sonlandırması gerçekleştirebileceği eylemler arasında yer almaktadır. Görünüşte bu eylemler, mutad meskeninin Viyana'dan Milano'ya taşıma niyetini akla getirmektedir. Ancak dikkatli bir analiz, kişinin hayatındaki belirli anların dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu örneğin odağındaki kişi Avusturya ile bağlarının hala önemli olduğu bir dönemde, bir İtalyan finans kuruluşunun sunduğu emeklilik sigortası şirketine katılarak Milano'da yaşama niyetini göstermektedir. Yukarıdaki örneklerde tartışılan ilkeler ve zorluklar, özellikle Avrupa şehirleri ve eyaletleri bağlamında, yer değiştirmenin kesin tarihini belirlemenin zorluğunu vurgulamaktadır.

Genel kabul gören görüş ise bir kişinin aynı anda birden fazla mutad meskeninin olamayacağıdır⁶²⁷.

D. Eşlerin Müşterek Millî Hukuku

Eşlerin son müşterek mutad mesken belirlenememesi veya 8. maddenin (b) bendinde belirtilen şartların yerine getirilmemesi halinde, boşanma veya ayrılık durumunda uygulanacak hukuku, eşlerin her ikisinin de vatandaşı olduğu devletin hukuku olmaktadır.

Bir kişinin belirli bir ülkenin vatandaşlığına sahip olup olmadığı konusu, o ülkede yürürlükte olan kurallara, yani ilgili ülkenin vatandaşlığının kazanılması ve kaybına ilişkin kurallara göre belirlenmektedir. Vatandaşlığa kabul kararları gibi devlet yetkililerinin vatandaşlığın edinilmesini sağlayan adli ve idari kararları, diğer vatandaşlık edinme yollarına eşdeğerdir ve Roma III Tüzüğü kapsamında eşit derecede kabul edilmektedir. Vatandaşlık belgelerinin temini, konsolosluk makamlarınca verilen belgeler de dahil olmak üzere, vatandaşlığı verilen ilgili devletin makamları tarafından verilen vatandaşlık belgesinin ibraz edilmesiyle yapılmaktadır. Bu tür bir bilgi yöntemi, kamuya ait belgelere ilişkin 2016/1191 sayılı Tüzük⁶²⁸, 5 Ekim 1961 Lahey Sözleşmesi,

⁶²⁷ EWHC 3315, *Munro v Munro*, paragraph 39, 44 dhe 47. Daha fazla bilgi için bakınız: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7be60d03e7f57eb1bce#>. Son erişim tarihi 22.11.2023.

⁶²⁸ Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on Promoting the Free Movement of Citizens by Simplifying the Requirements for Presenting Certain Public Documents in the European Union and

Apostil Sözleşmesi⁶²⁹ veya diğer sertifikanın menşe ülkesi ile yabancı devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen herhangi bir uluslararası anlaşma tarafından sağlanan, yabancı kamuya ait belgelerin kullanımı için gereken şekil şartlarında tabi tutulmaktadır.

1. İki veya Daha Fazla Vatandaşlığa Sahip Kişiler

Roma III Tüzüğü'nde çifte veya çok vatandaşlığa ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁶³⁰. Roma III Tüzüğü'nün Giriş bölümünün 22. paragrafında, Tüzük vatandaşlığa bağlayıcı bir faktör olarak atıfta bulunduğu, "*çoklu vatandaşlık durumlarının nasıl ele alınacağı sorusunun, Avrupa Birliği'nin genel ilkelerine tamamen saygı gösterilerek ulusal hukuka bırakılması gerektiği*" belirtilmektedir.⁶³¹ Tüzüğün giriş bölümünün 22. paragrafına dayanarak davayı inceleyen mahkeme, aynı anda hem X hem de Y ülkesi vatandaşlığına sahip olan eş açısından hangi ülkenin vatandaşlığının dikkate alınacağını kendi hukukuna dayanarak belirlemektedir

Konuyu daha da netleştirmek için bir örnek üzerinden açıklamak uygun olacaktır: Avusturya'da İspanyol vatandaşlığına sahip bir erkek ile İspanyol ve İtalyan

Amending Regulation (EU) No 1024/2012, Official Journal of the European Union L 200/1, 26.7.2016.

⁶²⁹ Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents, 5 October 1961, www.hcch.net.

⁶³⁰ Çifte vatandaşlık hakkında eleştirel bir yaklaşım için bkz. **Kruger/Verhellen**, s.601-626; **Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm**: “Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(B) ve (C) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, 2015, S. 1, s. 111-145 [*Kanunlar İhtilâfi*].

⁶³¹ Daha fazla bilgi için bkz. **Tütüncübaşı**, s.22-22.

vatandaşlığına sahip bir kadın arasındaki boşanma davası başlatılmıştır. Davanın şartlarına ve belirlenen kriterlere göre 8. maddenin (a) ve (b) bentleri uygulanamamaktadır. Daha sonra Avusturya mahkemesi, Roma III Tüzüğü'nün gerekçesinin 22. maddesine dayanarak ve Avusturya Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 9/2. maddesine atıfta bulunarak, en etkili vatandaşlığın, başka bir deyişle kişinin en yakın bağlarının bulunduğu milli hukukunun özel durumlarda uygulanacağını öngörmüştür. Kadının en yakın bağlarının olduğu vatandaşlık İspanyol vatandaşlığı ise, eşlerin ortak İspanyol vatandaşlığına sahip olduğu kabul edilmekte ve dolayısıyla 8 (c) maddesi uyarınca İspanya hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Kadının en yakın bağlarının İtalyan vatandaşlığı ile olması durumunda mahkeme, 8. maddenin (c) bendinde tanımlanan kriterlere göre eşlerin ortak vatandaşlığa sahip olmadıklarını tespit edecektir. Mahkeme, yukarıda tanımlanan şartlara uygun olarak boşanma veya ayrılık halinde uygulanacak hukuku madde 8(d) uyarınca belirleyecektir.

Avusturya Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunun 9. maddesine benzer kurallar, Belçika⁶³², Almanya⁶³³, Yunanistan⁶³⁴ ve İtalya⁶³⁵ gibi diğer katılımcı üye devletlerde de mevcut bulunmaktadır.

AB, 2016/1103 sayılı Tüzüğün⁶³⁶ yayımlanmasıyla birlikte, iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip kişilerin söz konusu olduğu durumlarda Roma III Tüzüğü ile aynı yöntem izlenmemiştir. 2016/1103 sayılı Mal Varlığı Rejimi Tüzüğü'nün 26. maddesi bağlantı noktalarının ardışık ölçeklendirmesini belirlemektedir. Bu hüküm Roma III

⁶³² Article 3/2 of Belgian Code of Private International Law: “2. *in the other cases, the nationality of the State with which that natural person, taking all circumstances and notably his habitual residence into account, has the closest connections*”. İngilizce versiyonu için bkz. <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>. (son erişim tarihi: 14.11.2023).

⁶³³ Article 5/1 of Introductory Act to the Civil Code: “(1) *If referral is made to the law of a State of which a person is a national and where this person is a bi- or multinational, the law applicable shall be that of the State with which the person has the closest connection, especially through his or her habitual residence or through the course of his or her life. If such person is also a German national, that legal status shall prevail*”. İngilizce versiyonu için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.pdf. son erişim tarihi: 15.11.2023.

⁶³⁴ Article 31 of the Greek Civil Code.

⁶³⁵ Article 19 of the Italian Statute on Private International Law.

⁶³⁶ Council Regulation (EU) 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, Official Journal of the European Union, L 183/1, 8.7.2016.

Tüzüğü'nün 8. maddesine benzermektedir. İki veya daha fazla vatandaşlığa sahip kişiler söz konusu olduğunda bu düzenlemeler arasındaki fark, 2016/1103 sayılı Mal Varlığı Rejimi Tüzüğü'nün 26. maddesinin 2. fıkrasında, eşlerin birden fazla ortak vatandaşlığa sahip olmaları durumunda evlilikte 1. paragrafın yalnızca (a) ve (c) bentlerinin geçerli olacağının ortaya konulmasıdır.⁶³⁷. AB, No. 25 Haziran 2019 tarihinde onaylanan 2019/1111 sayılı Tüzük gibi birçok düzenleme, iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip kişiler söz konusu olduğunda Roma III Tüzüğü'nden farklı bir yaklaşım oluşturmaktadır. Bu farklılık, anılan Tüzüğün 3. maddesinin (b) bendinin, üye devlet mahkemelerinde evlilikle ilgili konulardaki yargı yetkisinin iki eşin ortak vatandaşlığına dayanacağını belirlemesinden kaynaklanmaktadır⁶³⁸.

Avrupa Adalet Divanı Hadadi/Mesko (C-168/08) Davasında vatandaşlığın belirlenmesine ilişkin⁶³⁹ 50. paragrafta şu vurguyu yapmaktadır: "...md. 3(1)(b)'nin

⁶³⁷ Council Regulation (EU) 2016/1103 madde 26, paragraf 2: *"If the spouses have more than one common nationality at the time of the conclusion of the marriage, only points (a) and (c) of paragraph 1 shall apply"*.

⁶³⁸ Article 3 (b) of Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast).

⁶³⁹ 3(1) (b) - 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.

lafzından hükmün uygulanmasında yalnızca "en etkili"⁶⁴⁰ vatandaşlığın dikkate alınabileceğini ima eden hiçbir şey yoktur."⁶⁴¹

Belçika, Almanya, Yunanistan ve İtalya gibi ülkelerin kanunlar ihtilâfı kuralları, iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip kişiler söz konusu olduğu ve bu vatandaşlıklardan birinin mahkemenin devletine ait olduğu durumlarda, ilgili kişinin diğer ülkeyle daha güçlü bağları olup olmadığına bakılmaksızın mahkemenin kendi hukukunun uygulanacağı yönündedir.

2. Vatansız Kişiler ve Mülteciler

Roma III Tüzüğü, vatansız kişiler ve mülteciler söz konusu olduğunda vatandaşlığa yapılan atıfların nasıl anlaşılması gerektiğini belirtmemektedir⁶⁴². Bu durumda, iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip şahısların söz konusu olduğu durumlarda uygulanan yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Yani kişilerin vatansız veya mülteci olmaları durumunda dahi Tüzüğün gerekçe kısmındaki 22. madde uygulanacaktır. Sonuç olarak, vatansız kişilerin veya mültecilerin söz konusu olduğu durumlarda, Tüzüğün giriş kısmının 22. maddesiyle bağlantılı olarak ve Tüzüğün 8 (c) maddesine dayanarak, mahkeme kendi hukukuna göre uygulanabilir hukuku belirleyecektir.

⁶⁴⁰ Bahsedilen sorun ve önerilen çözümler hakkında bkz. **Franzina**, Pietro, s.117.

⁶⁴¹ Daha fazla bilgi için bakınız: C-168/08, 16 July 2009, ECLI:EU:C:2009:474, paragrafi 48-58. Son erişim tarihi 28.07.2023.

⁶⁴² Konu ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Bauer, Jon**: “Multiple Nationality and Refugees”, Vanderbilt Law Review 2014, s.905-1005.

Roma III Tüzüğü'ne katılan devletlerin çoğu aynı zamanda Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'ye de taraftır⁶⁴³. Buna dayanarak, Tüzüğün 8 (c) maddesinin kapsamı doğrultusunda, X Devletinde ikamet eden vatansız bir kişiye, o devletin vatandaşymış gibi davranılması gerekmektedir. Dolayısıyla boşanma veya ayrılık davalarında uygulanacak hukuk, vatansız kişinin ikamet ettiği ülkenin hukuku olacaktır.

Mülteci statüsündeki kişilerin durumları da vatansız kişilerin durumuna benzer bir analiz gerektirmektedir. Mülteciler genellikle orijin ülkelerinin vatandaşlığını korumaktadır. Ancak mültecilerin kişisel statülerinin, uzun vadeli bağları bulunmayan bir ülkenin hukukuna tâbi olmaya devam etmesi uygun görülmemektedir. 28.07.1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme, mülteciyi "ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti vb. nedenlerle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında yaşayan ve korku nedeniyle o ülkenin korumasından yararlanmak istemeyen kişidir."⁶⁴⁴ olarak tanımlamaktadır. Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin 12. maddesinin 1. fıkrasında, mültecinin kişisel statüsünün

⁶⁴³ Vatansız Kişilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'nin (28.09.1954 tarihli, 06.06.1960 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme) 12. maddesinde şu ifadeye yer verilmektedir: "*Vatansız kişilerin kişisel statüsü ikametgâhının bulunduğu yer hukukuna tabidir veya ikametgâhının bulunmaması halinde bireyin oturduğu yerin hukukuna tâbidir*". Sözleşme için bkz. Convention relating to the Status of Stateless Persons, https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf. Son erişim tarihi: 14.05.2023.

⁶⁴⁴ Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/3b66c2aa10.pdf>. Son erişim tarihi: 14.05.2023.

ikamet ettiği ülkenin, ikametgâhı yoksa bulunduğu ülkenin hukukuna göre düzenlenmesi gerektiği şeklinde hükme bağlanmaktadır.

E. *Lex Fori*

Roma III Tüzüğü madde 8(d) uyarınca önceki bağlantı noktalarının uygulanmasına ilişkin şartların bulunmaması veya yerine getirilmemesi halinde boşanma veya ayrılık halinde *lex fori*'nin uygulanması öngörmüştür⁶⁴⁵. Madde 8(d) açıktır ve önceki adımların uygulanmadığı durumlarda hukukî açıklığın ve kesinliğin artırılmasını amaçlamaktadır.

AB'nin *lex fori*'yi son bağlantı noktası olarak belirlemesi, bu bağlantı noktasına sınırlı bir kapsam vermiş olsa da aynı zamanda düzenlemeye katılan üye ülkelerin hukuklarından da etkilendiğini göstermektedir⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Mahkemenin hukukunun seçilmesi, mahkeme işlemlerini daha verimli ve daha az maliyetli hale getirmektedir. Çünkü hakimler ve avukatlar kendi hukuklarını ve kendi ülkelerindeki içtihatları en iyi şekilde bilmektedir.

⁶⁴⁶ Bu sorun hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Banaszewska/ Kopowski**, s. 12.

VIII. Ayrılığın Boşanmaya Dönüştürülmesine İlişkin Kanunlar İhtilâfı Sorunları

Bahsi geçen Tüzüğün 9. maddesi, Komisyon'un 2006⁶⁴⁷ ve 2010⁶⁴⁸ önerileri arasında yer almamaktadır. Bu hüküm, Avrupa Parlamentosu'nun teklifi sonrasında Tüzüğe son hali verildikten sonra girmiştir⁶⁴⁹.

Eşlerin ayrılması hukukî bir kavram olarak tüm AB ülkelerinde tanınmamaktadır⁶⁵⁰. Ayrılığın hukukî bir kavram olarak kabul edildiği ülkelerde eşlerin hukukî ayrılıklarını boşanmaya dönüştürme talebinde bulunabilecekleri öngörülmektedir.

⁶⁴⁷ COM (2006) 399.

⁶⁴⁸ COM (2010) 104.

⁶⁴⁹ European Parliament legislative resolution of 15 December 2010 on the proposal for a Council regulation implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (COM(2010)0105 – C7-0315/2010 – 2010/0067(CNS), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52010AP0477>. Son erişim tarihi 13.06.2023. Tüzüğün 9. maddesinin özel niteliği, bu maddeye dayanarak verilen herhangi bir yargı kararının bulunmamasından da görülmektedir. Daha fazlası için bkz. **Corneloup**, s. 113-116; **Orejudo Prieto De Los Mozos**, s. 1177-1178.

⁶⁵⁰ Yazar *Pietro Franzina*'ya göre tüm hukuk sistemleri boşanmayı ayrılıktan ayırmaz. Bu ayrımın yapıldığı ülkelerde bu iki kavram, farklı işlevleri yerine getiren iki ayrı hukuk kavramını temsil etmektedir. Daha fazlası için bkz. **Franzina**, s.117-118.

Yalnızca altı üye devlet ayrılıktan sonra evliliğin sona ermesini öngörmektedir. Bu ülkeler Belçika, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Portekiz ve İspanya'dır⁶⁵¹.

Ayrılığın boşanmaya dönüştüğü hallerde⁶⁵² taraflar, Tüzüğün 5. maddesi uyarınca hukuk seçimi konusunda anlaşmaya varmadıkça⁶⁵³, boşanmaya uygulanacak hukuk prensip olarak ayrılığa uygulanan hukuktur⁶⁵⁴. Ayrılık ve ayrılığın boşanmaya

⁶⁵¹ **Boele-Woelki, Katharina:** The Proposal for enhanced cooperation in the area of cross-border divorce (Rome III), European Parliament, <http://www.europarl.europa.eu/studies>, s. 19 [*The Proposal for enhanced cooperation*].

⁶⁵² Uygulamada yetkinin devamlılığı, yani ayrılığa karar veren mahkemenin kararın boşanmaya çevrilmesine de yetkili olduğu konusunda herhangi bir sorun görülmemektedir. Yetki sürekliliğinin bulunmadığı hallerde hukuki ayrılık kararı yabancı kararı temsil etmektedir. Bu durumlarda yabancı kararların tanınmasına ve tenfizine ilişkin kurallar (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) Konsey Tüzüğü uyarınca uygulanacaktır. Kararların tanınmasına ve tenfizine ilişkin AB düzenlemelerine taraf olmayan ülkeler için yabancı kararların tanınması halinde, ilgili ülkenin milletlerarası özel hukuk hükümleri uygulanacaktır.

⁶⁵³ Madde 9 (1), madde 5'te öngörülen hukuk seçiminin bulunmaması durumunda uygulanmaktadır. Dolayısıyla madde 9 (1) ek bir kural niteliğindedir (Tüzüğün 5. maddesinin özel bağlantı noktasını teşkil etmektedir).

⁶⁵⁴ Ayrılık süresi boyunca bağlantı noktaları (ikametgâh, vatandaşlık vb.) değişebileceğinden Tüzüğün 8. maddesine göre belirlenen boşanmaya uygulanacak mevzuat, ayrılma sürecinde uygulanan mevzuatla aynı olmayabilmektedir. Bağlantı

dönüştürülmesi halinde uygulanacak hukuk seçimi konusunda geçerli bir anlaşmanın bulunmaması halinde Tüzüğün 8. maddesi hükümleri uygulanacaktır⁶⁵⁵. Tüzüğün 5. maddesinde olduğu gibi 8. maddesinde de ayrılığın boşanmaya dönüşmesini sağlamak amacıyla uygulanabilir pek çok düzenlemeye yer verilmektedir.

Tüzüğün 13. maddesine göre, üye devlet mahkemesinin iç hukukunda bu yönde bir hüküm bulunmaması halinde boşanma kararı vermemesine izin verilmekte ancak Tüzükte ayrılığa ilişkin böyle bir kural öngörülmemektedir⁶⁵⁶.

Bazı AB üye ülkelerinde boşanma prosedürünün başlatılması için öngörülen bir şart, ayrılık konusunda bir ön kararın verilmiş olmasıdır. Yani boşanma talebi ancak önceden iki şartın gerçekleşmesi halinde yapılabilmektedir. Bu şartlar, ayrılık kararının bir mahkeme tarafından verilmiş olması ve yürürlükteki hukuka göre ayrılık süreci için öngörülen asgari sürenin geçmiş olmasıdır⁶⁵⁷.

noktalarının değişmesinin yanı sıra, ayrılığın boşanmaya dönüştürülmesinde uygulanacak hukukun seçimi konusunda anlaşmaya varılmasıyla bağlantılı olarak eşlerin iradesi de değiştirilebilmektedir. Aynı görüş için bkz. **Franzina**, s.117-118.

⁶⁵⁵ Roma III Tüzüğü'nün 9 (2) maddesinin 1. paragrafı kapsamında: Ayrılığın boşanmaya dönüşebilmesi için ilgili devletin mevzuatının ayrılığı hukuki kavram olarak tanınması gerekmektedir. Aynı görüş için bkz. **Boele-Woelki**, *The Proposal for Enhanced Cooperation*, s. 19; **Tütüncübaşı**, s.23-24; **Bayraktaroğlu Özçelik**, *Roma III Tüzüğü*, s. 528.

⁶⁵⁶ 13. maddenin daha detaylı analizi için şu bkz. yük. “*Eşcinsel Evliliğin Sona Erdirilmesi Roma III Tüzüğü Kapsamına Girer mi?*” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁵⁷ **Franzina**, s.117-118.

Roma III Tüzüğü, 8. maddesine göre tayin edilen hukuk düzeninin ayrılığın boşanmaya dönüşmesini düzenlenmemesi ihtimali için herhangi bir hüküm getirmemektedir. Tüzüğün Giriş bölümünün 23. maddesinde, "...*bu durum, eşlerin bu tüzüğün diğer kurallarına göre boşanma talebinde bulunmalarına engel olmamalıdır*" hükmüne yer verilmektedir. Yani ayrılığı boşanmaya dönüştüremeyen ayrılmış eşler⁶⁵⁸, bu tüzükte öngörülen boşanma davasının başlatabilme olanağına sahiptir.

IX. İki veya Daha Fazla Hukuk Düzenine Sahip Devletler (Bölgesel ve Kişiler Arası Kanunlar İhtilâfı)

Bu Tüzüğün hükümlerine göre uygulanacak hukukun tespiti, ilgili devletin hukukunun aynı devletin sınırları içerisinde bir veya birden fazla farklı hukuk düzeninin uygulanmasını da kapsamaktadır (Bölgesel Kanunlar İhtilâfı, Tüzüğün 14. maddesinde düzenlenmiştir). Yahut aynı ülkenin hukukunun farklı birey grupları için farklı kurallar öngördüğü durumlarla karşılaşılabilir (kişiler arası kanunlar ihtilâfı, Tüzüğün 15. maddesinde düzenlenmiştir)⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Ayrılığın boşanmaya dönüştürülmesine ilişkin hüküm gerekli açıklığa sahip değildir. Eşlerin seçtiği mevzuatta veya Tüzüğün 8. maddesine göre belirlenen mevzuatta ayrılığın boşanmaya dönüştürülmesi usulü düzenlenmemişse, eşlerin boşanma için ayrı bir prosedür başlatması gerekmektedir. Aynı görüş için bkz. **Viarengo**, s.558; **Franzina**, s.117.

⁶⁵⁹ İki veya daha fazla hukuk sistemine sahip devletlerde kanunlar ihtilâfı konusuna ilişkin genel bir çalışma için bkz. "*Article 25 States with more than one legal system*", *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, edited by Peter Huber, Berlin, New York: Otto Schmidt/De Gruyter european law pub, 2011, s. 420-423.

A. Bölgesel Kanunlar İhtilâfı

AB, bölgesel kanunlar ihtilâfı konusunu, Roma I Tüzüğü'nün 22 (1) maddesi, Roma II Tüzüğü'nün 25 (1) maddesi, Miras Tüzüğü'nün 36 (1, 2) maddesi, Kayıtlı Birliklik Tüzüğü'nün 33. maddesinin gibi çeşitli düzenlemelerde de düzenlemiştir.

Tüzüğün 14. maddesinin hükümleri, federal bir devletin parçası olan bölgelerde veya eyaletlerde boşanma ve ayrılığa ilişkin özel bir dizi hukuk kuralının geçerli olduğu halleri kapsamaktadır. Birden fazla bölgesel birime sahip devletler AB içerisinde nadir olarak görülmektedir. Tüzüğe üye ülkeler arasında İspanya ve Yunanistan'da bölgesel kanun ihtilâfları ortaya çıkabilmektedir. İspanya'da İspanyol Federal Hukuku'na ek olarak Katalonya Medeni Kanun'u gibi başka kanunlar da mevcut bulunmaktadır. Ancak bu kanunlarda ayrılık ve boşanmaya ilişkin hükümler bulunmadığından Tüzüğün 14. maddesi uygulanmayacaktır. Yunanistan'da Batı Trakya'da yaşayan Müslümanlara aile ve miras konularında özel kurallar uygulanabilmektedir. Bu durumda hem bölgesel kanunlar ihtilâfı hem de kişiler arası kanunlar ihtilâfı söz konusu olmaktadır⁶⁶⁰. Birleşik Krallık'ta: İngiltere, Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda'da farklı kuralların geçerli olduğu görülmektedir. AB üyesi olmayan devletler arasında bölgesel kanunlar ihtilâfının iyi bilinen örnekleri ise: ABD, Kanada ve Çindir⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Legislative Act, 24 December 1990 “*On Muslim Clerics*” (A’ 182) ratified by the sole Article of Law 1920/1991 Official Gazette of the Hellenic Republic, 1991, Issue A’ no 11.

⁶⁶¹ **Sophie Rupp, Caroline:** “*States with two or more legal systems — territorial conflicts of laws*”, Sabine Corneloup (Ed.) *The Rome III Regulation A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, Introduction*, Edward Elgar Publishing, 2020, s. 182.

Bu Tüzüğün hükümlerine göre (ister 5. madde ister 8. madde kapsamında) uygulanacak hukuk, her biri boşanma veya ayrılığa ilişkin kendi kurallarını düzenlemiş olan iki veya daha fazla hukuk düzeninden oluşabilmektedir. Bu tür durumlarla her karşılaşma, söz konusu somut davada bu hukuk sistemlerinden hangisinin uygulanacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Tüzüğün 14 (a) maddesine göre, farklı bölgesel birimleri kapsayan devletin hukukuna yapılan herhangi bir gönderme, *"ilgili bölgesel birimde yürürlükte olan kanun"* yorumlanmaktadır. Tüzüğün 14 (b) maddesi, söz konusu devlette ikamete yapılan herhangi bir göndermenin *"bir bölgesel birimdeki ikamete atıfta bulunulduğu şeklinde yorumlanacağını"* açıklığa kavuşturmaktadır. Hâlihazırda Birleşik Krallık'ta yaşayan X ve eşi Y'nin boşanma kararı aldığı bir örnek varsayalım. Tüzüğün 14 (b) maddesi uyarınca, Birleşik Krallık'ta ikamete yapılan gönderme, belirli bir bölgesel birimdeki anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle, örneğin ikamet yerlerinin Edinburgh (İskoçya) değil de Londra (İngiltere) olduğunun belirlenmesi durumunda, 5. maddeye göre eşlerin İskoçya hukukunu değil İngiliz hukukunu seçmesine izin verilmektedir.

Madde 14 (c), vatandaşlığa yapılan herhangi bir gönderme, *"ilgili devletin kanunları tarafından belirlenen bölgesel birime veya ilgili kuralların bulunmaması durumunda taraflarca seçilen bölgesel birime veya seçimin olmaması durumunda eşin veya eşlerin en yakın bağlantısının bulunduğu bölgesel birime atıfta bulunacağını"* öngörmektedir. Buradan yola çıkarak, her ikisi de H ülkesi vatandaşı olan Bay A ve Bayan B'nin evliliklerini bitirmeye karar verdikleri örnek bir durum varsayalım. Tüzüğe göre vatandaşlığa yapılan her türlü gönderme, o ülkenin kanunlarıyla tanımlanan bölgesel birim bağlamında anlaşılması gerekmektedir. Bu durumda ülkenin hukukunun bölgelere göre farklı bölgesel birimler belirlediği örneğimizde Bay A'nın X bölgesinden ve Bayan B'nin Y bölgesinden olması halinde, vatandaşlık referansı X ve Y bölgesinin bölgesel birimi ile ilgili olmaktadır. Ancak kanunun bölgesel birimler için özel kurallar

öngörmemesi durumunda Tüzük esnekliğe, yani taraflara boşanmalarına uygulanacak hukuku seçme olanağına izin vermektedir. Taraflar, Bay A ve Bayan B, belirli bir bölgesel birimi seçebilmektedir. Tarafların böyle bir tercih yapmaması halinde, Tüzükte bir eşin veya eşlerin daha yakın ilişki içinde olduğu bölge birimine gönderme yapılması önerilmektedir. Örneğin, Bay A ve Bayan B, evliliklerinin büyük bölümünde C bölgesinde ikamet etmişlerse ve bu bölgeyle güçlü bağları varsa vatandaşlık referansı C bölgesinin bölgesel birimiyle ilgili olabilmektedir.

B. Kişiler Arası Kanunlar İhtilâfı

Kişiler arası kanunlar ihtilâfına ilişkin hüküm Avrupa Komisyonu'nun ilk teklifinde yer almamaktadır⁶⁶². Bu hüküm, Avrupa Parlamentosu tarafından bu kurumun kararındaki 47 numaralı değişikliklerle getirilmiştir⁶⁶³.

Bu Tüzüğün 15. maddesi AB Hukukunda yeni bir çözüm sunmaktadır. Zira ne Roma I Tüzüğü'nde ne de Roma II Tüzüğü'nde kişiler arası kanunlar ihtilâfı konusu düzenlenmiştir. Kişilerarası kanunlar ihtilâfının Roma III Tüzüğü'nde düzenlenmesinden bu yana, Miras Tüzüğü'nün 37. maddesinde, Ortak Mallar Rejimi Tüzüğü'nün 34. maddesinde ve Kayıtlı Birliktelik Tüzüğü'nün 34. maddesinde de benzer kurallar öngörülmüştür.

Kişilerarası kanunlar ihtilâfı, aile hukuku alanının karakteristik özelliği olarak kabul görmektedir. Bu konunun Roma III Tüzüğü'nde düzenlenmesi gerekli olan bir yenilik olarak görülmektedir.

⁶⁶² COM (2010) 105 final.

⁶⁶³ European Parliament legislative resolution of 15 December 2010 (P7_TA (2010) 0477).

15. madde, ilgili devletin boşanma veya ayrılıkla ilgili olarak en az iki farklı hukuk sistemi sunduğu durumu ele almaktadır. Bu sistemler din, etnik köken veya milliyet mensubiyeti gibi faktörlere dayalı olarak farklı kişi kategorilerine uygulanmaktadır.

AB'de boşanma veya ayrılığa ilişkin kişilerarası kanunlar ihtilâfı nadir olarak görülmektedir. Böyle bir durum, Batı Trakya bölgesindeki Müslümanların aile ve miras meselelerinin İslam Hukukunu uygulayan bir müftü tarafından karara bağlanmasını tercih edebilecekleri Yunanistan gibi ülkelerde ortaya çıkabilmektedir⁶⁶⁴.

Madde 15, iki aşamalı bir kural öngörmektedir: Kanunlar ihtilâfı düzenlemesinin hükümleri, kişilerarası hukuk bölünürlüğüne sahip bir devletin hukukuna atıfta bulunuyorsa ilk olarak o devletin kişiler arası kanunlar ihtilâfı kuralları geçerli olacaktır (1. paragraf). Ancak bu çözümün başarısız olması durumunda davayla en yakından ilgili olan hukuk sistemi veya kurallar dizisi uygulanacaktır (2. paragraf).

⁶⁶⁴ Legislative Act, 24 December 1990 “*On Muslim Clerics*” (A’ 182) ratified by the sole Article of Law 1920/1991 Official Gazette of the Hellenic Republic, 1991, Issue A’ no 11.

SONUÇ

"Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk" başlıklı bu çalışmada, boşanma ve ayrılığın Roma III Tüzüğü'n'e göre düzenlenmesini açıklamak amaçlanmıştır.

Aile toplumun temelidir. Evlilik, bir yaşam birliği olarak ailenin oluşumunun temel unsurunu temsil etmektedir. Bu bağ, farklı cinsten bireyler arasında ortak bir yaşam için hedefler, amaçlar, umutlar ve beklentilerle kurulan ortak bir birlikteliktir.

Ancak, nasıl ki güneş her zaman parlamadığı gibi evlilik ilişkileri de her zaman sorunsuz ilerlememekte; çalkantılı denizlere dönüşerek kişilerin hayatlarını altüst edebilmektedir. Böyle süreçlerde kişiler arasındaki yapıcı bağ yok olabilmekte, hatta eşlere, çocuklarına ve yakınlarına da acı yaşatabilmektedir. Bu anlaşmazlıklara ve acılara son vermenin yollarından biri boşanmadır. Boşanma zorlu ve duygusal bir süreç teşkil etmektedir.

Boşanma, evlilik sürecinin sonunda, eşlerin nihayet yollarını ayırdığı anda meydana gelmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nde ve birçok ülkede boşanma yargı yoluyla gerçekleşmekte (AB'de bazı durumlarda mahkeme dışı yollarla da boşanma kabul edilmektedir) ve sonunda hâkim evliliğin sona ermesine ve eşlerin boşanmasına karar vermektedir.

16. yüzyıldan 18. yüzyıla kadar olan dönemde Protestan yorum ve reformlarının etkisiyle boşanmaya ilişkin toplumsal algıda değişiklikler meydana gelmiştir. Bu dönemde pek çok Avrupa ülkesi, evliliği Katolik dini yorumu bağlamında kutsal bir kurum olarak değil laik bir kurum olarak değerlendirmeye başlamıştır. Bu durum, evliliğin sona ermesine ilişkin usul ve kriterler konusunda hukukta yeni düzenlemeler yapılmasına yol açmıştır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında birçok Avrupa ülkesinde aile hukukunu ve özellikle boşanmayı düzenleyen hukuk hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu dönemde birçok ülke evlilik ve boşanmayla ilgili kanunları yumuşatmıştır. Artık eşler, herhangi birinin kusurunu ispatlamak zorunda kalmadan boşanma davası açabilmektedir. Ayrıca eşlerin birtakım yeni sebepleri de boşanma gerekçesi olarak kabul edilmektedir. 1960'lı ve 1970'li yıllarda boşanma kurumunda büyük bir reform gerçekleşmiştir, birçok Avrupa ülkesi eşlerin karşılıklı anlaşması temelinde boşanmaya izin vermiştir.

İnsanlık tarihi boyunca boşanmaya farklı yaklaşımlar söz konusu olmuştur. Bu yaklaşımlar şu şekilde özetlenebilir: Boşanmaya izin vermeyen sistemlerin yaklaşımı, boşanmanın serbest olması gerektiğini savunan sistemlerin yaklaşımı ve boşanmanın mahkeme kararıyla yapılması gerektiğini savunan sistemlerin yaklaşımıdır. Türk Hukuku'nda, boşanma süreci için hem kanunda belirtilen kriterlere göre gerçekleştirileceği hem de bir mahkeme kararı ile geçerlilik kazanacağı görüşü benimsenmiştir.

Ancak bu dönemin aile hukuku kanunlarında eşlerden birinin kusuru kavramı boşanmanın temel kriterlerinden biri olarak öngörülmüştür. Bu nedenle boşanma ancak eşlerden birinin diğer eşin kusurunu ispat etmesi halinde mümkün kılınmıştır. Bu ilke, bu tarihsel dönemde boşanma sürecini karmaşık ve maliyetli hale getirmiştir.

Boşanmaya en son izin veren AB üyesi ülkeler Polonya ve Malta'dır. Öte yandan İskandinav ülkeleri boşanmanın serbestleşmesinin öncüleri olmuştur. Danimarka, Finlandiya, İsveç ve Norveç'in de aralarında bulunduğu bu ülkeler, geleneksel kısıtlamaları ve boşanma davası açmak için özel bir sebebin varlığının şart olması durumunu kaldırmıştır. Bu durum boşanma konusunda daha ilerici ve esnek bir yaklaşıma işaret etmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk kapsamında uyumlaştırma süreci Ticaret Hukuku'na göre çok daha geç başlamış olup, bu alandaki çalışmalar halen devam etmektedir.

Eşler, ancak kanunda belirlenen kriterlerin karşılanması halinde boşanma davası açabilmektedir. Boşanmanın gerçekleşebilmesi için kanunda öngörülen sebeplerden en az birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Boşanma gerekçeleri konusunda hukukî düzenlemeler açısından devletler kendi aralarında farklılık göstermektedir. Bazı devletler oldukça liberal bir yaklaşıma sahipken (Danimarka, Finlandiya), diğerleri mümkün olduğunca evlilik ilişkisini korumak ve boşanmanın önlenmesi için kurallar oluşturmuştur. Türk Medeni Kanunu boşanma sebeplerini birleştirilmiş bir sistem olarak tanımlamıştır. AB üyesi ülkeler arasında boşanma alanının uyumlaştırılmasına yönelik kararlılığın önemli bir nedeni boşanmanın düzenlenmesinde ülkeler arasında büyük farklılıkların bulunmasıdır.

Boşanma sebepleri ülkelerin siyasi, dini ve kültürel faktörlerinden etkilenmekte olup ülkeler arasında farklılık göstermektedir. Bu sebeplerin ülkeden ülkeye değişiklik gösteriyor oluşu yabancı unsur olduğu boşanma davalarında durumu daha da zorlaştırmaktadır.

AB üyesi devletlerden alınan istatistiklere dayanarak, AB'deki evliliklerin %15'inin farklı vatandaşlıklara sahip kişiler arasında olduğu tespit edilmiştir. AB üyesi ülkelerin mahkemeleri her yıl yaklaşık 170.000 yabancı unsurlu boşanma davasını incelemektedir. Buradan yola çıkarak akademisyenlerden (Avrupa Aile Hukuku Komisyonu) ve AB'li siyasetçilerden oluşan gruplar, AB vatandaşlarının hayatlarını kolaylaştırmak amacıyla genel olarak Aile Hukuku, özel olarak da boşanma alanını düzenlemeye yönelik çaba sarf etmişlerdir.

AB, 1999 yılında Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte adli iş birliği konusunu AB'nin yetki alanına almıştır. Özel hukukun uyumlaştırılması, AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 81. maddesinde düzenlenmektedir. Ancak bu iş birliğinin şarta bağlı olduğunu ve yalnızca yabancı unsur içeren özel hukuk konularında gerçekleşebileceğini belirtmek gerekmektedir.

AB üyesi ülkelerin boşanma alanındaki hukuklarının yabancı unsur içeren konusunda uyumlu hale getirilmesi ile bu alana hukukî öngörülebilirlik, güvenlik ve esneklik kazandırmak amaçlanmaktadır.

AB, özel hukuk alanını uyumlaştırmak amacıyla tüzükler, bölgesel anlaşmalar ve AB Adalet Divanı kararları dahil olmak üzere bir dizi hukukî araçtan yararlanmıştır. AB son yıllarda özel hukuk alanının uyumlaştırılmasına yönelik "Brüksel I Tüzüğü (Brüksel I bis ile değiştirilmiş)," "Brüksel II bis Tüzüğü," "Roma I Tüzüğü," "Roma II Tüzüğü," ve "Roma III Tüzüğü" gibi hukukî düzenlemeleri yürürlüğe koymuştur.

12 Temmuz 2010'da AB'de boşanma alanında iş birliğinin genişletilmesine izin verilmesi kararı, AB'ye üye ülkelerde yabancı unsurlu boşanmaların hukukî düzenlemeleri açısından uyumlaştırılması yönünde önemli bir adıma işaret etmektedir. Bu adım, AB'nin boşanma sorunlarını Avrupa düzeyinde ele alma, iyileştirme ve daha koordineli bir yaklaşım sağlama konusundaki kararlılığının açık bir işareti olmaktadır.

20 Aralık 2010 tarihinde AB Konseyi, boşanma ve ayrılık konularına ilişkin mevzuatta geliştirilmiş iş birliği hakkında 1259/2010 sayılı Tüzüğü onaylamıştır.

AB üyesi ülkelerin birçoğunun yabancı unsurlu boşanmaya ilişkin yetkili hukuku tespiti için milletlerarası özel hukuk kanunlarında bağlantı noktaları şu şekilde tanımlanmaktadır: eşlerin ortak mutad meskeni hukuku (Avusturya), eşlerin ortak milli hukuku (Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Estonya, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya) veya eşlerden birinin aynı yerde yaşamaya devam etmesi durumunda müşterek mutad meskenin bulunduğu devletin hukukudur.

Aile hukukunda yabancılık unsuru içeren davalarda tarafların uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü ulusal hukukta genel olarak kabul edilmemektedir.

Roma III Tüzüğü'nün bir diğer amacı, ayrılma veya boşanmada kendi lehine bir sonuç elde etmek amacıyla eşlerden birinin diğer eşten önce davranarak mahkemeye dava açması durumu olan "*forum shopping*" olayını önlemektir.

AB, Avrupa vatandaşlarının hukukî güvenliğini, öngörülebilirliğini sağlamak ve hayatlarını kolaylaştırmak amacıyla, eşlerin boşanma veya ayrılık sürecinde uygulanacak hukuku kendi aralarında anlaşarak belirlemesine olanak tanıyan Roma III Tüzüğü'nü yayımlamıştır. Bu hukukî düzenleme çıkana kadar AB, zorlu süreçlerden ve üye ülkeler ile çeşitli anlaşmazlıklardan geçmiştir. AB, üye ülkeler arasında fikir birliğini sağlayamadığı için ilk kez genişletilmiş iş birliği prosedürüyle Roma III Tüzüğü yayımlanmıştır.

Roma III Tüzüğü bölgesel olarak 17 AB ülkesinde geçerli olmaktadır. Bu ülkeler Belçika, Bulgaristan, Almanya, Estonya, Yunanistan, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya ve Slovenya'dır.

Roma III Tüzüğü'nün uygulanmasına ilişkin iki ana koşul belirlenmiştir: Buna göre ilk koşul olan temel / maddi koşul, boşanma veya ayrılık sürecinin varlığıdır; ikinci koşul ise bölgesel / sınır ötesi koşul olarak boşanma veya ayrılığın iki veya daha fazla devletin hukukuyla ilgili olmasıdır.

Roma III Tüzüğü'nde "*kayıtlı birliktelik / kayıtlı medeni birliktelik*" tabirlerinin hiçbir yerde kullanılmadığı ve bunun uygulanıp uygulanmayacağına dair AB mekanizmalarından da resmi bir açıklamanın bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla kayıtlı medeni birlikteliklere yönelik bu Tüzüğün uygulanabilirliği konusunda hiçbir açıklık getirilmemiştir. Bu durumda Roma III Tüzüğü yalnızca "*eşlerden*" bahsetmekte, ancak kayıtlı medeni birliktelikler hariç tutulmaktadır. Kayıtlı medeni birlikteliklerin Roma III Tüzüğü'nün uygulama kapsamına dahil edilmemesi bir hukukî boşluk yaratmaktadır. Dolayısıyla bu tür birlikteliklerin sona ermesini düzenlemek amacıyla AB

üyesi ülkeler yeni düzenlemeler yaparak genişletilmiş iş birliğini devam ettirmelidir. Diğer taraftan mevcut Roma III Tüzüğü'nün düzenlemesine ekleme yapılarak veya değişiklik yapılarak bu konunun Tüzüğün kapsamına alınması sağlanabilir.

Roma III Tüzüğü'nde çok tartışılan bir diğer konu da eşcinsel evliliklerin düzenleme kapsamına girip girmeyeceği, yani hukukta belirlenen kriterlere uygun olarak evlenen aynı cinsiyetten kişilerin boşanmaları halinde Roma III Tüzüğü'nün belirlediği kuralların geçerli olup olmayacağı ve uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu konuyla ilgili akademisyenler arasında farklı görüşler söz konusudur. Kesin olarak söylenebilecek şey, Tüzüğün tamamlanması/değiştirilmesi süreciyle bu konunun açıklığa kavuşturulması gerektiğidir. Eşcinsel evliliklerin geçerli olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu Tüzük kapsamına alınmamıştır. Sonuç olarak, eşcinsel evliliklerin geçerliliği konusunda AB üyesi devletlerin ulusal mevzuatları yetkilidir. AB üyesi ülkeler arasında bu konunun düzenlenmesinde büyük farklılıklar bulunmaktadır. Eşcinsel evliliklerin Roma III Tüzüğü kapsamına girip girmeyeceği, ilgili devletin milletlerarası özel hukuk ilkelerine uygun olarak çözülmesi gereken bir ön sorundur. Bu durum üye devlet mahkemelerinin farklı yorumlarına da yol açabilmektedir.

Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesi ön sorunun Tüzük kapsamı dışında tutulması ilkesine bir istisna içermektedir. Zira söz konusu Tüzüğün 13. maddesi, boşanma davasına konu olan evliliğin hâkimin görev yaptığı iç hukuka göre geçerli sayılmaması halinde, boşanma davasına bakan mahkemenin evliliğin geçersiz sayılması gerekçesiyle boşanma kararı veremeyeceğini öngörmektedir. Bazı alan uzmanlarına göre eşcinsel evliliklerin sona erdirilmesi, Roma III Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılmamaktadır. Buna rağmen, Roma III Tüzüğü'nün, eşcinsel evlilikleri tanıyan devletler ve tanımayan devletler açısından tarafsız bir tutum benimsediği görülmektedir. Aslında Roma III Tüzüğü, Tüzüğe taraf devletlere eşcinsel evlilikleri tanıma ve düzenleme yükümlülüğü getirmedeği gibi, başka bir devletin mevzuatına uygun olarak yapılan eşcinsel evlilikleri

de geçerli sayıp tanıma zorunluluğu da getirmemektedir. Bu sorun, Roma III Tüzüğü'nün boşanmayı, ayrılığı veya evliliği tanımlamamış olması ve eşcinsel evliliklerin kendi kapsamına girip girmediği konusuna açıklık getirmemesinden kaynaklanmaktadır.

Buna dayanarak farklı teorisyenlerin farklı görüşleri söz konusu olmaktadır. Bazı alan uzmanlarına ve akademisyenlere göre eşcinsel evlilikler, boşanma davasını inceleyen mahkemenin hukukunun milletlerarası özel hukuk ilkelerine göre değerlendirilmesi gereken bir ön mesele niteliğindedir. İlgili hâkimin bu konuya ilişkin yetkisi, Tüzüğün bahsi geçen 13. maddesine dayandırılmaktadır. Hâkim, kendi ulusal mevzuatındaki kanunlar ihtilâfı ilkelerine dayanarak eşcinsel bir evliliğin evlilik olarak kabul edilmesi ve ulusal mevzuat tarafından geçerli olarak tanınması için temel kriterleri karşılamadığını tespit ettiğinde, Tüzük hükümlerini uygulamakla yükümlü değildir. Bu görüşü savunanlar temel argümanlarını Tüzüğün 13. maddesine ve bu Tüzüğün gerekçesinin 26. maddesine dayandırmaktadır. Bir diğer görüşe göre ise, Roma III Tüzüğü'nde açık bir şekilde ifade edilmese de eşcinsel evliliklerin Tüzük kapsamına girdiği ileri sürülmektedir. Söz konusu teorisyenler, Tüzüğün 13. maddesinin, bu Tüzüğün uygulanmasından kaçınılma amacını taşımadığını ifade etmektedir. Böyle bir amaç söz konusu olsaydı, Tüzüğün kamu düzeniyle ilgili olan 12. maddesinin uygulanmasıyla bu durumun zaten mümkün olacağı vurgulanmaktadır. Teorisyenler, Tüzüğün "evlilik" tanımını yapmayarak taraflara uygulanacak hukuku seçme olanağı tanınmasının, eşcinsel evliliklerin de bu düzenleme kapsamında olduğu yorumuna zemin hazırladığının altını çizmektedir. Aslında bu Tüzüğün 13. maddesi mahkemeleri boşanma kararı vermeye zorlamamakta, ancak aynı zamanda eşcinsel evliliğin tanınmasını sağlayacak kararlar vermelerini de hiçbir şekilde engellememektedir.

Roma III Tüzüğü'nün 13. maddesi, AB'nin çıkardığı aile hukukuyla ilgili diğer düzenlemeler çerçevesinde oldukça sıra dışı bir hükümdür. Çünkü bu maddeye dayanarak üye devletlerin Tüzüğü uygulamaktan kaçınmasına olanak sağlamaktadır. 13. madde,

kendi başlığından da anlaşılacağı üzere taraf devletlerin siyasi iradesinin yanı sıra ulusal çeşitliliği koruma iradesiyle de meşrulaştırılmaktadır. 13. maddenin kaleme alınma şekli, hakimlerin geçersizliğin sebebi ne olursa olsun herhangi bir evliliğin sonlandırılmasına karar vermeyi reddetme seçeneğine sahip olduğu izlenimini vermektedir. Böyle bir yorum, 13. maddenin Tüzüğe yalnızca bazı devletlerin eşcinsel evliliğe ilişkin kaygılarını gidermek amacıyla dahil edilmiş olduğunun yaygın olarak bilinmesine rağmen, bu maddeye çok fazla yorum yüklemektedir. Madde 13'ün daha açıklayıcı bir şekilde ifade edilmesi bahsedilen bu belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır.

Roma III Tüzüğü'nde mahkeme kavramına ilişkin bir tanımın verilmemiş olması, yargı dışı boşanmaların da Roma III Tüzüğü'nün yetki alanına girip girmediği konusunda farklı yorumlara olan ihtiyacı artırmaktadır. Bu bakımdan *Sahyouni Davası*'nda önemli bir karar bulunmaktadır.

Roma III Tüzüğü'nde 'mahkeme' kavramının geniş kapsamına rağmen tüm boşanmalar ve hukukî ayrılıklar Roma III Tüzüğü kapsamına giremeyecektir. Dolayısıyla öncelikle 'mahkeme', mahkemenin niteliği ne olursa olsun, dar anlamda bir mahkeme olabilmektedir. Tüzüğe taraf olan üye devletlerin büyük çoğunluğunda boşanma veya ayrılık adli bir prosedür olmayı sürdürmekte ve mahkeme tarafından karara bağlanmaktadır. İkinci olarak, Tüzükte yer alan 'mahkeme' kavramı aynı zamanda idari veya noter gibi adli olmayan bir makamı da karşılayabilmektedir. Bu kapsamlı tanım, AB Adalet Divanı'nın yukarıda bahsi geçen *Sahyouni Davası*'nda belirttiği üzere, adli olmayan boşanmaların bir kamu makamı tarafından karara bağlandığı veya böyle bir makamın denetimi altında yapıldığı sürece Tüzük kapsamına alınmasına olanak sağlamaktadır. Örneğin Portekiz'de eşlerin ortak anlaşmasıyla boşanmayı kabul etme yetkisine sahip olan *Conservatória do Registo Civil* böyle bir makam olarak değerlendirilebilmektedir. Aynı durum, İtalya'da tanınan belediye memuru önünde belediyede boşanılması veya savcının gözetiminde karara bağlanan boşanmalar için de

söz konusu olmaktadır. Bu duruma, İspanya'da noter kontrolünde karara bağlanan boşanma veya Romanya'da noter veya yetkili tarafından karara bağlanan eşlerin karşılıklı rızasıyla boşanma durumu da örnek olarak gösterilebilmektedir.

Roma III Tüzüğü'nün 3/2. maddesine göre mahkeme kavramının geniş bir kapsamının bulunduğu durumlarda bile dini boşanmaların düzenleme kapsamına girip girmediği henüz netlik kazanmamıştır. Roma III Tüzüğü'nün metni dini boşanmaları hariç tutuyor gibi görünmektedir. Söz konusu Tüzük, boşanmaların her zaman bir kamu otoritesi tarafından karara bağlandığı varsayımına dayanmaktadır. Tüzük birçok kez "*mahkeme işlemlerinin başlama zamanını*" (m. 5(2); m. 6(2); m. 8(a), (b), (c), (d)) ve "*kanun*" (m. 5(1), (d); m. 5(3); m. 3) ayrıca "*mahkeme kavramının*" yargılama yetkisine sahip diğer devlet makamlarını kapsadığını, ancak diğer özel kurumları kapsamadığını açıklamaktadır. Bazı yazarlara göre, AB üyesi devletlerin yasama organları *Sahyouni* hukukî boşluğunu kapatmadığı sürece Roma III Tüzüğü'nün özel boşanmalara da kıyasen uygulanması gerekmektedir.

AB, kanunlar ihtilâfını ele alan düzenlemelerde prensip olarak atfı bu düzenlemelerin dışında tutmaktadır. Dolayısıyla Roma III Tüzüğü'nde de atıf kapsam dışında tutulmuştur.

Roma III Tüzüğü'nde kamu düzeni üç ayrı maddede öngörülmüştür. 12. madde genel kamu düzenini, 10. ve 13. maddeler ise özel kamu düzenini ortaya koymaktadır.

Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinde, belirli bir kanunun uygulanmasının "*ancak forumun kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebileceği*" şeklindeki genel kamu düzeni ilkesi ile düzenlenmiştir. Roma III Tüzüğü'nün 12. maddesinin kamu düzenine ilişkin olarak uygulanacağı durumlar nispeten nadir görülmektedir. Çünkü bu Tüzük aynı zamanda 10. ve 13. maddeler gibi kamu düzenine ilişkin diğer özel maddeleri de içermektedir.

Roma III Tüzüğü'nün 10. maddesi iki durumda mahkemeye, bu Tüzüğün 5. ve 8. maddelerinde tanımlanan yabancı hukukun uygulanmasının mahkemenin kamu düzenine aykırı olması durumunda kendi hukukunu (lex fori) uygulamasına olanak sağlamaktadır. Bahsi geçen birinci durum, ilgili Tüzüğün 5. ve 8. maddeleri uyarınca uygulanacak hukukun boşanmayı hiçbir şekilde düzenlememesidir. İkinci durum ise bu Tüzüğün 5. ve 8. maddeleri uyarınca yürürlükteki kanunun eşlere cinsiyetleri nedeniyle boşanma veya ayrılık konusunda eşit hak tanımamasıdır. Roma III Tüzüğü'nün "*Ulusal Mevzuat Farklılıkları*" başlıklı 13. maddesinde devletlere, bu Tüzük hükümlerine dayanarak yabancı mevzuatın uygulanmasını reddetme olanağı tanınmaktadır. Yukarıda bahsedilen 13. madde, taraf devlet mahkemelerinin aşağıdaki durumlarda boşanma kararı vermek zorunda olmadıklarını öngörmektedir. Bunlardan ilki, taraf devletin mevzuatının boşanmayı öngörmemesi; ikincisi ise taraf devletin mevzuatının evliliği geçerli olarak saymayıp boşanma davasına uygun olmadığı değerlendirmesini yapmasıdır.

Roma III Tüzüğü boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukukun belirlenmesi için iki yöntem öngörmektedir. Söz konusu yöntemlerden ilki sübjektif yöntem, boşanma veya ayrılıkta eşlerin uygulanacak hukuku seçme imkânını tanıyan yöntemdir. Diğer yöntem ise objektif yöntem, eşler arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre belirlenmesini öngören ve Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesinde tanımlanan yöntemdir. Tüzüğün en büyük yeniliklerinden biri de boşanma veya ayrılık durumunda uygulanacak hukuku eşlere seçme olanağı tanınmasıdır. Roma III Tüzüğü'nde uygulanacak mevzuatın belirlenmesinde temel prensip, boşanmada uygulanacak hukuku eşlerin seçmesidir. Roma III Tüzüğü eşlere sınırlı seçim hakkı tanımaktadır. Eşlere boşanmada uygulanacak hukuku seçme imkânının tanınması, tarafların kanunlar ihtilâfı sorununu daha hızlı ve kolay bir şekilde aşmasını sağlayacak, aynı zamanda tarafların beklentilerinin karşılanması ve adaletin hızlı bir şekilde gerçekleşmesini mümkün kılacaktır.

Tüzüğün 5. maddesine göre eşler, aşağıdaki hukuk düzenlerinden birini tercih edebilmektedir: a) Hukuk seçiminin yapıldığı sırada müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukuku; b) Hukuk seçiminin yapıldığı sırada eşlerden birinin hâlen orada mutad meskeninin bulunması şartıyla son müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukuku; c) Hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı sırada eşlerden birinin millî hukuku; d) Mahkemenin hukuku.

Eşler, boşanma davalarında uygulanacak hukuk seçimi konusunda, en geç boşanma davasının açılışına kadar anlaşmaya varabilmektedir. Eşlerin boşanmalarında uygulanacak hukukun seçimine ilişkin anlaşmalarının şu kriterleri karşılaması beklenmektedir: Sözleşmenin yazılı olması, tarih atılması ve sözleşmenin her iki eş tarafından imzalanmış olması. Tüzük, eşlerin e-posta gibi, elektronik yollarla da anlaşmaya varmalarına olanak tanımaktadır.

Eşlerin hukuk seçimi konusunda anlaşmaya varamaması veya varılan anlaşmanın Tüzüğün 6. ve 7. maddelerinde tanımlanan kriterlere uygun olmaması durumunda, boşanmada hangi hukukun uygulanacağı Tüzüğün 8. maddesinde tanımlanan objektif kriterlere uygun olarak belirlenecektir. Tüzük, 8. maddede hiyerarşik olarak dört bağlantı noktası öngörmüştür. Bu, her durumda ilk olarak ilk bağlantı noktasının uygulanması gerektiği ve eğer uygulanamıyorsa ikinci bağlantı noktasına geçileceği ve bu şekilde sıra ile devam edileceği anlamına gelmektedir.

KAYNAKÇA

- Acun Mekengeç, Merve:** “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması”, EÜHFD, C. XVII, S.3–4, 2013, s. 237-280.
- Açık, Fatma:** İslam Aile Hukuku’nda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâmi Bilimler Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2006.
- Agell, Anders:** “Is There One System of Family Law in the Nordic Countries?”, European Journal of Law Reform, Vol. 3, 2001, s. 313–330.
- Akgün, Zerrin:** Boşanma Hukuku, Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul 1949.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, B. 13, C. 2, İstanbul 2011.
- Akıntürk, Turgut:** “Boşanmanın Hukukî Sonuçları”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Ankara 1977, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s.176, s.175-204 [Boşanmanın Hukukî Sonuçları].
- Akıntürk, Turgut:** “Türk Medenî Hukuku- Aile Hukuku”, C. 2, İstanbul 2003 [Aile Hukuku].
- Akipek, İlhan:** Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Ankara 1952.
- Akkurt, Sinan Sami:** “Türk Medeni Hukuku’nda Evlenmenin Butlanı”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- Aliu, Abdullah / Gashi, Haxhi:** “E Drejta Familjare, (Aile Hukuku)”, Prishtinë, 2007.
- Angelique, Devaux:** “The Franco-German Agreement on the Optional Matrimonial Property Regime: A New Practical Tool in the Movement towards the Harmonization of the European Substantive Rules in Family Law”, The International Lawyer a Triannual Publication of the ABA/Section of International

Law, Vol. 48, No. 3, 2014, <https://scholar.smu.edu/til/vol48/iss3/4>, s.215, s. 215-229.

Angelo Lupoi, Michele: “*Between parties’ consent and judicial discretion: joinder of claims and transfer of cases in regulation (EU) 2019/1111*”, *Polski Proces Cywilny*, 2021, s.543-562.

Anıl, Yaşar Şahin: *Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Geçimsizlik*, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Antokolskaia, Masha (ed): *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2007, s. 11 [*Convergence and Divergence*].

Antokolskaia, Masha: “*Divorce Law in a European Perspective*”, in Scherpe, J.M. (ed) *European Family Law, Vol. III. Family Law in a European Perspective*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 41-81 [*Divorce Law*].

Antokolskaia, Masha: “*Family Law and National Culture: Arguing Against the Cultural Constraints Argument*”, *Utrecht Law Review*, Vol. 4, No. 2, 2008, s. 25-34 [*Family Law and National Culture*].

Antokolskaia, Masha: “*Harmonisation of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality*”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 4, Y. 2010, <https://ssrn.com/abstract=1939190>, s. 400, s.397-421 [*Harmonisation of Substantive Family Law in Europe*].

Antokolskaia, Masha: “*The Better Law Approach and the Harmonisation of Family Law*”, ed. Katharina Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, Vol. 6, No.1/2, s.159-179, s.159-182 [*The Better Law Approach*].

Antokolskaia, Masha: “*The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas*”, *European Review of Private Law*, Vol. 11, Issue. 1, 2003, s.44 [*The Harmonisation of Family Law*].

- Antokolskaia, Masha:** *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective, A Tale of Two Milenia*, Intersentia Antwerpen – Oxford, 2006 [A *Historical Perspective*].
- Aras, Bahattin:** “*Roma Hukuku’nda Evlenme ve Boşanma (Divortium)*”, C. 18, S.2, Konya 2010, s. 217, s. 215-242.
- Arbek, Ömer:** “*Boşanmanın Mali Sonuçları*”, AÜHFD Yıl 2005, s. 115-163.
- Ardeleanu, Anca-Monica:** “*Principles of European Family Law Regarding Divorce – Special View over The Romanian Civil Code*”, Acta Universitatis Danubius-Juridica, Vol. 9, No. 2/2013, 2013, s.54, s.52-62.
- Ardıç, Oğuzhan:** *Medeni Huku*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2002.
- Arslan, İlyas:** “*Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- Ataay, Aytekin M.:** “*Boşanma Davasında Gayri Mümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili*”, İÜHFM, C. XXV, S.1-4, 1960, s. 193- 213.
- Ayan, Nurşen:** “*Terk Nedeniyle Boşanma*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.15, s.1, s.1, s.39-54.
- Aybay, Rona/ Dardağan, Esra:** *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, B.2, Yayınevi: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Ayhan İzmirli, Lale:** “*Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması*”, Vol. 22 (4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 67-126.
- Ayiter, Kudret:** *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku*, Ankara Üniversitesi Basımevi, B.2, Ankara 1963.
- Baarsma, Nynke Anna:** *The Europeanisation of International Family Law*, Asser Press, The Hague 2011, s. 145; Bayraktaroğlu Özçelik, *Roma III Tüzüğü*, s. 514-516.

- Bagan-Kurluta, Katarzyna:** “*The Role of the Public Order Clause in Modern Cases Concerning Children: The Polish Example*”, International Journal of the Jurisprudence of the Family, Vol. 9, 2019, s. 1-25.
- Balkar Bozkurt, Süheylâ:** “*Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S. 2, 2014, s. 795-861.
- Basedow, Jürgen:** “*Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu*”, (çev. Arzu Oğuz), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 52, No. 3, 2003, s.1-18.
- Bauer, Jon:** “*Multiple Nationality and Refugees*”, Vanderbilt Law Review 2014, s.905-1005.
- Baygın, Cem:** “*4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun’un Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler*”, Prof. Dr. Ünal TEKİNALP’a Armağan, İstanbul 2003, C. II, s. 441, s. 437-461.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm:** “*Kanunlar İhtilâfî Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(B) ve (C) Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, 2015, S. 1, s. 111-145 [*Kanunlar İhtilâfî*].
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm:** “*Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, S.2, 2012, s.514, s.505-540 [*Roma III Tüzüğü*].
- Belgesay, Mustafa Reşit:** “*Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziye Muhkeme İtirazı*”, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın Ankara 1958, s. 253, s.215-269.
- Berki, Şakir:** “*Boşanma ve Ayrılık*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.32, S.1, s. 135-154 [*Boşanma ve Ayrılık*].

Berki, Şakir: Medeni Hukuk Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1961 [*Medeni Hukuk*].

Berki; Osman Fazıl: Türk Hususi Hukuku Düvelinde Boşanma ve Ayrılık, C. 8, S.1-2, 1942.

Bilge, Galip: Boşanma ve Ayrılık, Sümer Matbaası, Kayseri 1947.

Bobrzyńska, Olga: “*Brussels II ter Regulation and the 1996 Hague Convention on Child Protection – the interplay of the European and Hague regimes in the matters of parental responsibility*”, Polski Proces Cywilny 4/2021, s.593-616.

Boele-Woelki, Katharina: “*Comparative Research-Based Drafting of Principles of European Family Law*”, ERA Forum, Vol. 4, 2003, s.147, s.142-154 [*Comparative Research*].

Boele-Woelki, Katharina: “*For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law*”, Yearbook of Private International Law, Vol. 12, 2010, s.19, s. 17-41 [*The Europeanization of International Divorce Law*].

Boele-Woelki, Katharina: “*The Principles of European Family Law: Aims and Prospects*”, Utrecht Law Review, Vol. 1, C. 2, 2005, <http://ssrn.com/abstract=991556>, s. 160-168 [*The Principles of European Family Law*].

Boele-Woelki, Katharina: The Proposal for enhanced cooperation in the area of cross-border divorce (Rome III), European Parliament, <http://www.europarl.europa.eu/studies>, s. 19 [*The Proposal for enhanced cooperation*].

Bolayır, Cenk: Amsterdam Antlaşması, Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul 2000, s.1-159.

Boodman, Martin: “*The Myth of Harmonization of Laws*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 39, No. 4, 1991, <https://doi.org/10.2307/840738>, s.704-708, s.699-724.

Bradley, David: “*A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*”, Perspectives for the Unification and Harmonisation in Europe (Ed. Katharina Boele-Woelki), Intersentia, Antwerp-Oxford, New York 2003, s.101, s.65-104.

Buda, Daniel: “*The Administrative Reform In Romania: The New Civil Code And The Institution Of Marriage*”, Transylvanian Review of Administrative Sciences, No. 36, 2012, s. 27-49.

Bulut, Harun: Aile Hukuku’nda Boşanma Davaları, Beta Basım Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2007.

Can, Hacı/Gümrah Toker, Ali: Milletlerarası Özel Hukuk, Yay. Adalet, Ankara, 2015.

Canyaş, Aslı Bayata: “*Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, 2015, s. 3, s.3-24.

Cashin Ritaine, Eleanor: “*Harmonising European Private International Law: A Replay of Hannibal’s Crossing of the Alps?*”, International Journal of Legal Information, Vol. 34, No. 2, 2006, s. 438, s.419-439.

Ceylan, Ebru: “*İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi*”, S.12, C. 1, İstanbul 2018, s. 315-334 [*Boşanma Sebepleri*].

Ceylan, Ebru: “*Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuku Sonuçları*”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2006 [*Boşanmanın Hukuku Sonuçları*].

Chng, Kenny: “*A Theoretical Perspective of the Public Policy Doctrine in the Conflict of Laws*”, Journal of Private International Law, 2018, s. 130-159.

Cin, Halil: Eski Hukukumuzda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Yayınları, B.2, Konya 1988.

Clisham, Michael/Fretwell Wilson, Robin: “*American Law Institute's "Principles of the Law of Family Dissolution", Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote?*”, Family Law Quarterly, Vol. 43, No. 3, 2008, s. 573-618.

Cobin, David M.: “*Jewish Divorce and the Recalcitrant Husband: Refusal to Give a ‘Get’ as Intentional Infliction of Emotional Distress*”, Journal of Law and Religion, Vol. 4, No. 2, 1986, <https://doi.org/10.2307/1051005>, s. 405–430.

Collins, Hugh: “*European Private Law and the Cultural Identity of States*”, European Review of Private Law, Vol. 3, No. 2, 1995, s. 353-365.

Corneloup, Sabine: The Rome III Regulation A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, Introduction, Edward Elgar Publishing, 2020.

Çandarlı, Zahid/Berki, Osman Fazıl: Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları, Güney Matbaacılık Yayınları, Ankara 1949.

Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, B.17, Yay. Beta Basım Yayım, İstanbul.

Çörtoğlu Koca, Sema: “*Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velâyete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, 2016, S.2, s.209-268.

Daiches, Samuel: “*Divorce in Jewish Law*”, Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 8, No. 4, 1926, <http://www.jstor.org/stable/753227>, s. 215–224.

Daniela, A. Kroll/Leuffen, Dirk: “*Enhanced Cooperation in Practice. An Analysis of Differentiated Integration in EU Secondary Law*”, Journal of European Public Policy, Vol.22, Issue.3, 2015, s.353-373.

De Witte, Bruno: “*Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups*”, in J W DE ZWAAN (ed), JH JANS (ed), FA NELISSEN (ed), *The European Union an Ongoing Process of Integration. Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*, The Hague, T M C Asser Press, 2004, <http://hdl.handle.net/1814/2315>, s.141-152.

Delay Cara/Urquhart Diane: “*Irish Divorce: A History*”, *The American Historical Review*, Volume 128, Issue 1, s.465–466.

Demir, Sevgi: *Aile Hukuku*, Kartal Yayınevi, Ankara 2004.

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, s. 37-64.

Devuyst, Youri: “*The Community-Method After Amsterdam*”, *Journal of Common Market Studies*, Vol.37, No.1, 1999, s.109-120.

Doğan, İzzet: *Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, B.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Doğan, Vahit: “*Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 821-849 [*Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler*].

Doğan, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 3, Yay. Savaş, Ankara, 2015 [*Milletlerarası Özel Hukuk*].

Doğramacı, Fatma: *İslam Hukuku’nda Boşamada Şahit Bulundurma Zorunluluğu*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2013.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper: *Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, B.3, C. 3, İstanbul 2010.

Dural, Mustafa: Osmanlı Devleti’nden Zamanımıza Kadar Medeni Hukuk Alanındaki Batılılaşma Hareketleri, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, İstanbul 2007.

Dutta, Anatol: "Private Divorces outside Rome III and Brussels II Bis: The Sahyouni Gap", Common Market Law Review, Vol. 56, No. 6, 2019, s. 1661-1672.

Dürgen, Betül/Yelmen, Adem: “Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, Yıl. 2015, s.449-472.

Ehrenzweig, Albert A.: "The Lexfori-Basic Rule in the Conflict of Laws", Michigan Law Review, 1960, Vol. 58, No.5, <https://www.jstor.org/stable/1285822>, s. 637-688.

Ekşi, Nuray: “Avrupa Birliği Brüksel II bis Tüzüğü’ne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı. 2009, s.1139-1168.

Ekşi, Nuray: Milletlerarası Özel Hukukta Medenî Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2012, s. 39 [Medenî Olmayan Evliliklerin].

Elçin, Doğa: “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, TAAD, S.33, 2018, s. 211-238.

Erdem, Bahadır: "1968 Tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması ve Uyumlaştırma Problemi", MHB, 1997, C.17, S. 1-2, s.183-215.

Erkan, Mustafa: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, 2011, Sayı. 2, s.81-121.

Erlüle, Fulya: “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, C.16, S.217-248.

- Fabbrini, Federico:** *“Enhanced Cooperation Under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary”*, Legal Issues of Economic Integration, Vol.40, Issue 3, 2013, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2578717>, 197-224 [Multi-Speed Integration].
- Fabbrini, Federico:** *“The Enhanced Cooperation Procedure: A Study in Multispeed Integration”*, Centre for Studies on Federalism Research Paper, 2012, s.1-19 [The Enhanced Cooperation Procedure].
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin/Doğanay, Ümit:** Medeni Hukuk Dersleri, Fakülteler Matbaası, C. 1, İstanbul 1966.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.
- 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, Vol. 22, 2008, s. 178, s.178-205 [Rome III-Choice of Law in Divorce].
- Fiorini, Audio:** *“Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation—Enhanced Cooperation as the Way Forward?”*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 59, 2010, s.1143–1158 [Enhanced Cooperation as the Way Forward?].
- Franzina, Pietro:** *“The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 Of 20 December 2010”*, Cuadernos de Derecho Transnacional 2011, Vol. 3, No. 2, s.106-107, s.85-129.
- G. Paulsen, Monrad/I. Sovern, Michael:** *“Public Policy in the Conflict of Laws”*, Columbia Law Review, Vol. 56, 1956, s. 969-1016.
- Gabor, Alexander; Mavi, Victor:** *“Harmonization of Private International Law in the Soviet Union and Eastern Europe: A Comparative Law Survey”*, Review of Socialist Law, 1984, s.111, s.97-117.

- Gaertner, Veronika:** *“European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments”*, Journal of Private International Law, Vol. 2, No. 1, 2006, s. 104, s.99-126.
- Gaja, Giorgio:** *“How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty”*, Common Market Law Review, Vol.35, Issue 4, 1998, s.855–870.
- Ganiyeva, Salimya:** *“Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk”*, MÜHF - HAD, C.23, S.2, s. 361-388.
- Gençcan, Ömer Uğur:** Boşanma Hukuku, Yayınevi: Yetkin Yayınları, S.12, Ankara, 2023 [*Boşanma Hukuku*].
- Gençcan, Ömer Uğur:** Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010 [*Boşanma Tazminat ve Nafaka*].
- Gençcan, Ömer Uğur:** Milletlerarası Aile ve Usul Hukuku, Ankara, 2020 [*Aile ve Usul Hukuku*].
- Glennon, Theresa:** *“An American Perspective on the Debate Over the Harmonisation or Unification of Family Law in Europe”*, Family Law Quarterly, Vol. 38, No. 1, 2004, s.195-197, s.185-211.
- Gonçovles, Anabela Susana De Sousa:** *“The Recast of the Regulation on Jurisdiction, the Recognition and Enforcment of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility (Brussels IIb)”*, JusGov Research Paper Series, 2022, s.1-13.
- Göçmen, İlke/Baykal, Sanem:** Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Göktürk, Hüseyin Avni:** Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Ankara 1943.

- Göktürk, Ülkü:** Evlenmenin İptali, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- Gönenç, Fulya İlçin:** “*Roma Hukuku’nda Boşanma (Divortium)*”, Atatürk Üniversitesi, AÜEHFD, 2003, C.VII, s.1-2, s.646, s. 645-654.
- Gössl, Susanne Lilian:** “*Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, “Private Divorces” and Islamic Law Under the Rome III Regulation*”, The European Legal Forum, Issue 3-4, 2017, s.68-74.
- Güner, Oğuz:** “*Arnavutluk’un Avrupa Birliği Üyelik Sürecindeki Siyasi Zorlukları: Hukukun Üstünlüğü ve Yolsuzluk Örnekleri*”, Türk İdare Dergisi, 2020, s. 163-195.
- Güngör, Gülin:** Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Güngör, Gülin:** Türk Milletlerarası Özel Hukuku- Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku, B.3, 2022.
- Gürdoğan, Burhan:** “*Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri*”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Ankara 1977, s.210-211, s. 205-218.
- Gürsoy, Kemal Tahir:** “*Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler*”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Ankara 1977, s.1, s.1-45.
- Gürsoy, Kemal Tahir:** “*Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma*”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 2, Ankara 1977, s. 157, s.127-163.
- Gürzumar, Aydanur:** “*Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 14(1-2), 1994, s. 21-26, 21-54.

- Harding, Maebh:** *“The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character out of Family Law?”*, Journal of Private International Law, Vol. 7, No. 1, 2011, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1729230>, s. 210-216, s.210-231.
- Harlow, Carol:** *“Voices of Difference in a Plural Community”*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 50, No. 2, 2002, s. 339–367.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya:** Medeni Hukuk, Arıkan Yayınları, B.1, İstanbul 2007.
- Hess, Burkhard:** *“Towards a Uniform Concept of Habitual Residence in European Procedural and Private International Law?”*, Polski Proces Cywilny, 2021, s.523-542.
- Hodson, David:** *“European Family Law: Faster Divorce and Foreign Law”*, Published by the Centre for Social Justice, Y.2009 s. 5, s.01-22.
- Hondius, Ewoud/ Storme, Marcel:** *“On the Development of a European Private Law in the 1990s”*, European Review of Private Law, No. 1, 1993, s.1-9.
- Hurná, Julia/Martyniv, Halina:** *“The Harmonization of Choice of Law Rules of Private International Law in the European Union”*, VEGA, no. 1/1083/12, “Selected Aspects of the European Private International Law Development”, s.117-127.
- Huysal, Burak/Süzen, Begüm:** *“Yabancılık Unsuru Taşıyan Boşanmaların Şekli”*, Public and Private International Law Bulletin, 2020, s. 1199–1222.
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme.
- Jänterä-Jareborg, Maarit:** *“Europeanization of Law: Harmonization or Fragmentation – A Family Law Approach”*, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2010, s.506, s.504-515 [A Family Law Approach].
- Jänterä-Jareborg, Maarit:** *“Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective”*, ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, s.194-216 [A Critical Perspective].

Jayme, Erik: “*Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies*”, Yearbook of Private International Law, C. 11, 2009, s. 3, s.1-10.

Kaçak, Nazif: Açıklamalı ve İctihatlı Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

Kaçak, Nazif: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007 [*Temelinden Sarsılması*].

Kahn-Freund, Otto: “*Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*”, M. Cappelletti (ed.), New Perspectives for a Common Law of Europe, Leyden 1978, s.141.

Kalampakou, Eleni: “Is There a Right to Choose a Religious Jurisdiction over the Civil Courts? The Application of Sharia Law in the Minority in Western Thrace, Greece”, Religions 2019, s. 1-7.

Kandil, Seher: Türk Hukuku’nda Terk Sebebiyle Boşanma, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

Karaca, Hüseyin Akif: “*Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi*”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 2, 2019, s. 252-256.

Karataş, Fatih: İslam Hukuku Açısından İddet ve Boşanmış Kadının Evliliği, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş, 2010.

Kayabaş, Ebru: Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi İtibariyle Aile Hukuku’nun Gelişimi- Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.

Kaynar, Reşit: Medeni Hukuk Dersleri, İtita Nihad Sayar-Yayın ve Yardım Vakfı, İstanbul 1978.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, B.3, Ankara 2003.

- Koçoğlu, Safa:** “*Boşanmanın Eşler Açısından Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme*”, AÜHFD, 2021, S. 389-427.
- Koçoğlu, Safa:** Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018.
- Kopsidas, Odysseas:** “*Consensual Divorce Without Trial*”, US-China Law Review, 2022, Vol. 19, No. 3, 125-131.
- Korkut, Halime:** İslam Aile Hukuku’nda Boşama ve Boşama İradesinin Kullanım Şekilleri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2010.
- Koumpli, Vassiliki:** “*Managing Religious Law in a Secular State: The Case of the Muslims of Western Thrace, on the Occasion of the ECHR Judgment in Molla Sali v Greece*”, Multicultural Challenges and Law, Springer 2019, s. 1-30.
- Kök, Aslı:** Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Uluslararası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim:** Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- Kruger, Thalia/Carpaneto, Laura/Maoli, Francesca/Lembrechts, Sara/Van Hof, Tine/Sciaccaluga, Giovanni:** “*Current-day International Child Abduction: Does Brussels IIb live up to the challenges?*”, Journal of Private International Law, 2022, s. 159-185.
- Kruger, Thalia/Verhellen, Jinske:** “*Dual Nationality = Double Trouble?*” Journal of Private International Law, 2011, s.601-626.
- Kruger, Thalia:** “*Rome III and Parties Choice*”, Familie & Recht, 2012, <https://ssrn.com/abstract=2173334>, s. 3-5, s.1-16.

- Kuipers, Jan-Jaap:** *“The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation”*, European Law Journal, V. 18, N. 2, March 2012, s. 201–229.
- Kurcz, Bartlomier:** *“Harmonization by Means of Directives - Never Ending Story?”*, European Business Law Review, Vol. 12, No. 11/12, 2001, s. 295-298.
- Kuru, Beki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir Demir Yayıncılık, B.6, İstanbul 2001.
- Lee Holleman, Warren:** The Human Rights Movement. Western Values and Theological Perspectives, Praeger, NewYork 1987.
- Legrand, Pierre:** *“Against a European Civil Code”*, The Modern Law Review, Vol. 60, No. 1, 2003, <http://www.jstor.org/stable/1097290>, s. 44–63 [*European Civil Code*].
- Legrand, Pierre:** Fragments on Law – as- Culture, W.E.J. Tjeenk Willink, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 49, No.4, 2000, s.64 [*Fragments on Law*].
- Li, Zhenni:** *“International Intertemporal Law”*, California Western International Law Journal, Vol. 48, No. 2, 2018, s. 341-397.
- Limante, Agne:** *“Establishing Habitual Residence of Adults Under the Brussels IIa Regulation: Best Practices from National Case-law”*, Journal of Private International Law, 2018, s. 160-181.
- Lowe, Nigel:** *“Avrupa Konseyinin Aile Hukuku Alanındaki Hukukî Belgelerine Dair Bir Değerlendirme İçeren, Aile Hukuku Uzmanları Komitesine”*, Strazburg, 15-17 Kasım 2006, s.1-31.
- Löhnig, Martin:** *“Unification of Law in the Field of Family Law – Roads and Dead-End-Roads”*, International and Comparative Law Review, Vol.12, No.2, 2012, s.104, s.101-112.
- Lucia Ruggeri/Roberto Garetto** (Editors): European Family Property Relations Article-by-Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016, 2021.
- Mandro, Arta:** *Drejta Familjare* (Aile Hukuku), Tiran, 2009.

- Mańko, Rafal:** *“EU Competence in Private Law: The Treaty Framework for a European Private Law and Challenges for Coherence”*, Brussels: European Parliamentary Research Service, 2015, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2553945>, s.1-24.
- Maria Cantore, Carlo:** *“We’re One But We’re Not the Same: Enhanced Cooperation and the Tension Between Unity and Asymmetry in the EU”*, Perspectives on Federalism, Vol.3, 2011, s.1-21.
- Maria Kruiniger, Pauline:** Islamic Divorces in Europe: Bridging the Gap Between European and Islamic Legal Orders, Doctoral Thesis, Maastricht University, 2014.
- Marriage and Divorce Statistics, EUROSTAT: STATS. EXPLAINED, http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Marriage-and_divorce_statistics, (Erişim Tarihi: 15.07.2018).
- Martiny, Dieter:** *“Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?”*, 2010, <https://ssrn.com/abstract=1612157>, s.1-4, s.1-18.
- Martiny, Dieter:** *“New efforts in judicial cooperation in European child abduction cases”*, Polski Proces Cywilny 4/2021, s.501-522 [European child abduction cases].
- Mceleavy, Peter:** *“The Brussels II Regulation: How the European Community Has Moved into Family Law”*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51(4), s.897-899.
- Mcglynn, Clare:** *“Challenging the European Harmonisation of Family Law: perspectives on ‘the family’”*, ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, s.219, s.219/238 [Challenging the European Harmonisation of Family Law].
- Mcglynn, Clare:** *“Families and the European European Union Charter of Fundamental Rights: Progressive Change of Entrenching the Status quo?”*, European Law

Review, S.26, 2001, s. 582-598 [*Progressive Change of Entrenching the Status quo?*].

Meulders-Klein/Marie Therèse: “*Towards a European Civil Code or Family Law? Ends and Means*”; ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, s. 108, s.105-117.

Monika Pauknerová/Magdalena Pfeiffer: “*The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives within the European Union*”, Journal of Private International Law, Vol. 10, No. 2, 2014, s.205-226.

Möller, Lena-Maria: “*No Fear of Talaq: A Reconsideration Of Muslim Divorce Laws In Light Of The Rome III Regulation*”, Journal of Private International Law, Vol. 10 No. 3, s.461- 487.

Musseva, Boriana: “*The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity*”, ERA Forum 2020, s.129–142.

Müller-Freienfels, Wolfram: “*The Unification of Family Law*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 16, No. 1/2, 1968, JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/838252>, s.175, s.175-218.

Nomer, Ergin: “*Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni*”, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1984, s.94-98.

Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2017.

Oder, Burak/Sağbili, Murat: “*Medeni ve Ticarî Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma*”, MHB, Cilt 11, Sayı 1-2, 1991, s. 73-100.

Oğuz, Arzu: “*Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1, 2000, s.32-35, s. 31-59.

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1956.

Oğuztürk, Burcu Kalkan: “*A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe*”, Annales XLI, Nr. 58, 2009, <https://www.arastirmax.com/en/publication/annaes-de-la-faculte-de-droit-distanbul/41/58/general-perspective-history-and-harmonisation-idea-family-law-europe/arid/34bce36b-c435-4a63-b291-69907d30f544>, s.181-193.

Orejudo Prieto De Los Mozos, Patricia: “*Rome III Regulation (divorce)*”, Encyclopedia of Private International Law, s. 1575-1580.

Örücü, Esin: “*A Family Law for Europe: Necessary, Feasible, Desirable?*”, ed. Katharina Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, s. 557-558.

Özel, Sibel/Erkan, Mustafa/Selin Pürselim, Hatice/Akif Karaca, Hüseyin: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 1, İstanbul, 2022.

Özel, Sibel: “*Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 2, 2022, s. 963-977.

Özgenç, Zeynep: “*Brüksel I bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği*”, MHB, Vol. 37, Issue. 2, 641–669.

Özkan, Zehra: “*Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 66, S. 1, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621462>, s. 191, s.157-193.

Öztan, Bilge: “*Medeni Hukuk’un Temel Kavramları*”, Yetkin Yayıncılık, B.3, Ankara 2010 [Temel Kavramları].

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, B. 5, Turan Kitapevi, Ankara, 2004 [Aile Hukuku].

- Pawliczak, Jakub:** “*Reformed Polish Court Proceedings for the Return of a Child Under the 1980 Hague Convention in the Light of the Brussels IIb Regulation*”, *Journal of Private International Law*, 2021, Vol. 17, No. 3, s.560–586.
- Peari, Sagi:** “*Choice of Law in Family Law: Kant, Savigny and the Parties Autonomy Principle*”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2417650>, s. 597 - 604.
- Peers, Steve:** “*Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation*”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, Issue.3, 2010, s.339-358.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet:** *Medenî Usûl Hukuku*, Oniki Levha Yayınları, B.7, Ankara 2008.
- Pellkrin, Pierre/Pellerin, Jean:** “*Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin Butlanı Hakkında Yeni İngiliz Kanunu*”, *Tercüme Eden: Halid Kemal Elbîr*, 1946, C.12, S.4, s.1220, s. 1218- 1227.
- Pérez-Vera, Elisa:** “*Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction Convention*”, HCCH Publications, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779>, s.426-476.
- Pintens, Walter/Vanwinckelen, Koen:** *Casebook European Family Law*, Leuven University Press, 2001.
- Pintens, Walter:** “*Europeanisation of Family Law*”, ed. Katharina Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2003, Vol. 6, No.1/2, s. 8 [*Europeanisation of Family Law*].
- Pintens, Walter:** “*Family Law in Europe: Developments and Perspectives*”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 41, No. 1,

2008, JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/23252722>, s. 156. s.155-174 [*Family Law in Europe*].

Podvorica, Hamdi: E Drejta Familjare (Aile Hukuku), Priştine 2006.

Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, B.6, İstanbul 1975.

Pylkkanen, Anu: “*Liberal Family Law in the Making: Nordic and European Harmonisation*”, *Feminist Legal Studies*, Vol. 15, No.3, 2007, s.289-293, s.289-306.

Remus Daniel, Berlingher: “*The Renvoi in Private International Law*”, *International Journal of Social Science and Humanity*, Vol. 3, No. 1, 2013, s. 66-69.

Rheinstein, Max: “*Trends in Marriage and Divorce Law of Western Countries*”, *Law and Contemporary Problems*, 1953, <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol18/iss1/2>, s. 3-19.

Rogerson, Pippa: “*Habitual Residence: The New Domicile?*”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2000, Vol. 49, <https://www.jstor.org/stable/761579>, s. 86-107.

Ruhi, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2004, s.17.

Sağiroğlu, Mehmet Şerif: Neden Boşandılar? (Yaşanmış Evlilikler, Gerçek Boşanmalar), Talent Yayınevi, İstanbul 2009.

Sakmar, Ata/Ekşi, Nuray: “*Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü*”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan 2002, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99484>, s.721-743.

Sakmar, Ata: Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, Fakülteler Matbaası, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1976.

Sammur, Ivan: “*Harmonisation of Private Law or Private International Law- Which is the Way Forward in Europe?*”, The Jean Monnet Seminar Series, European Documentation and Research Centre, s. 1-24.

Sapota, Anna: “*What Happened with Regulation Rome III? Seeking the Way for Unifying the Rules on Applicable Law in Divorce Matters*”, https://www.academia.edu/35732550/WHAT_HAPPENED_WITH_REGULATION_ROME_III_SEEKING_THE_WAY_FOR_UNIFYING_THE_RULES_ON_APPLICABLE_LAW_IN_DIVORCE_MATTERS, s.1-8.

Savaş, Abdurrahman: “*İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukuku’nda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukukî Sonuçları*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, İsmail Akgün Matbaası, B.2, İstanbul 1960.

Schwenzer, Ingeborg: “*Methodological Aspects of the Harmonisation of Family Law*”, European Journal of Law Reform, Vol. VI, No. 1/2, 2004, s.157.

Sefton-Green, Ruth: “*Multiculturalism, Europhilia and Harmonization: Harmony or Disharmony?*”, Utrecht Law Review, Vol. 6, No. 3, 2010, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1714396>, s.50-52, s.50-67.

Serin Of, Emine: “*Boşanmanın Mali Sonuçları*”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.

Sert, Selin: “*Türk Medeni Hukuku’nda Cinsiyet Değiştirme*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015, s. 118, s. 255-270.

Shakargy, Sharon: “*Marriage by the State or Married to the State? On Choice of Law in Marriage and Divorce*”, Journal of Private International Law, 2013, <https://ssrn.com/abstract=2768443>, s. 22-23, s.1-34.

- Smit, Emma:** *“Enhanced Cooperation as a Form of Differentiated Integration in the European Union. A Case Study of the Rome III and Unitary Patent Regulation”*, Master Thesis European Governance, Universiteit Utrecht, 2015.
- Smits, Jan:** *The Making of European Private Law: Towards a *Ius Commune Europaeum* as a Mixed Legal System*, Intersentia, 2002, s. 6.
- Stikāne, Liga:** *“What Effect does European Private International Law on Cross-border Divorce have on National Family Laws and International Obligations of the Member States?”*, Athens Journal of Law, Vol.5, Issue. 4, 2019, s.2-3.
- Stone, Peter:** *“The EU Commission Proposal for a Revised Version of the Brussels I Regulation”*, Ankara Law Review, Vol. 8 No. 2, 2011, s. 111-152.
- Süral Efeçinar, Ceyda:** *“Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Işığında Çifte Vatandaşlık Halinde “Müşterek Milli Hukuk” Bağlama Noktası Nasıl Anlaşılmalıdır?”*, BUHFD, C. 14, 2019, s. 177-178, s. 1197-1218.
- Svenné Schmidt, Torben:** *“The Incidental Question in Private International Law”*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1993, Vol.233, s.305, s.305-415.
- Szpunar, Maciej/Pacula, Krzysztof:** *“Forum of Necessity in Family Law Matters Within the Framework of EU and International Law”*, Polski Proces Cywilny 4/2021, s.563-592.
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci:** *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 10, Yay. Beta Basım Yayım, İstanbul, 2023.
- Şener, Esat:** *“Medeni Kanun’un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977, s.224, s.219-240.
- Şıpka, Şükran:** *“Yeni Medeni Kanun’a Göre Cinsiyet Değişikliğinin Evliliğe Etkisi”*, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY’a Armağan, İstanbul 2004, s. 666, s. 659-671.

Tandoğan, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965.

Tandon, Usha: “*Validity of Marriage Under International Private Law with Special Reference to 1978 Hague Marriage Convention: Towards Harmonization and Unification of the Rules of International Private Law Relating to Marriage*”, 2013, I JCLC, s. 32-47.

Tarman, Zeynep Derya: “*Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, 2009, s. 299-332

Taşbaş, Mustafa Başar: “*Evlenmenin Şartları*”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010.

Tekinalp, Gülören/Uyanık, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Yayınevi: Vedat Kitapçılık, B.12, İstanbul 2016.

Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınları, B.2, İstanbul 2000.

Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

Teubner, Gunther: “*Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*”, Global Law Without A State, Gunther Teubner, ed., Dartmouth 1996, <https://ssrn.com/abstract=896478>, s. 3, s.3-28.

Tutumlu, Mehmet Akif: Boşanma Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, C.1, B.2, Ankara 2009. s. 30 [Boşanma].

Tutumlu, Mehmet Akif: Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları, Adalet Yayınevi, B.2, Ankara 2006, s. 4 [Evliliğin Butlanı].

Türkmen, Ahmet: “*Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)*”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179498>, s.2707-2760.

Tütüncübaşı, Uğur: “*Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.1, 2016, s.3, s.1-32.

- Urso, Elena:** “*Italy- Shaping the Features of European Family Law: Problems and Perspectives*”, The International Survey of Family Law, 2007, s.129–174.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer:** Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Yay. Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- Uzuner, Hümeýra:** “Amsterdam Antlaşması ile Getirilen Yenilikler ve Bunların Avrupa Birliği’ne Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- Ünal, Mehmet:** “*Medeni Kanun’un Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi*”, AÜHFD, C. 34, S. 1, Ankara 1977, s. 210, s. 195-231.
- Ürem Çetinel, Merve/Güneş, Biset Sena:** “*Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun bu Kuruma Yaklaşımı*”, AYBÜ - Yıldırım Beyazıt Hukuku Dergisi, S. 2020/1, s. 309–340.
- Vassilakakis, Evangelos:** “*The Impact of Substantive Law on the Material Scope of Application of Regulation Brussels IIbis*”, MHB, Sayı 2, 2015, s.51-68.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:** Türk Medenî Hukuku Cilt II-Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, B.5, İstanbul 1965.
- Viarengo, Ilaria:** “*The Rome III Regulation in Legal Practice: Case Law and Comments*”, ERA Forum, 2014, s. 547–559.
- Viarengo, Ilaria:** “*The Role of Party Autonomy in Cross-Border Divorces*”, Netherlands Internationaal Privaatrecht, 2012, s. 557, s.555-561.
- Walsh, Keith:** “*Divorce in Ireland the Case for Reform*”, 2019, Law Society of Ireland, <https://www.lawsociety.ie/globalassets/documents/submissions/divorce-in-ireland-april-2019.pdf>, s.1-96

Wessels, Wolfgang/ Gerards, Carsten: “*The Implementation of Enhanced Cooperation in the European Union*”, European Union, October 2018, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, s.1-40.

Widmer L  chinger, Corinne: “*Recent Developments in International Family Law: An Overview*”; Public and Private International Law Bulletin, V. 35, Issue: 2, 1-12.

Yalçınkaya, Namık/Kaleli, Şakir: Boşanma Hukuku, T  rk Hava Kurumu Basımevi, C.1, Ankara 1987.

Yılmaz, Canan: “*Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması*”, MHB, Vol. 35, Issue.1, s.103-141.

Yılmaz, İbrahim: Yetki ve Sistem Açısından İsl  m Hukukunda Boşanma, Sel  uk   niversitesi Sosyal Bilimler Enstit  s  , Yayınlanmamış Y  ksek Lisans Tezi, Konya 2006.

Y  ksek, Ali: İsl  m Aile Hukuku’nda Boşanma   eşitleri ve     Talak, Atat  rk   niversitesi Sosyal Bilimler Enstit  s   Temel İsl  m Bilimleri Anabilim Dalı, Y  ksek Lisans Tezi, Erzurum, 2011.

Zapata, Tan Tahsin: Medeni Hukuk, Savaş Yayınevi, B.3, Ankara 2006.

Zevkliler, Aydın/Acabey, Mehmet Beşir/G  kkaya, K. Emre: Medeni Hukuk, Se  kin Yayıncılık, B.6, Ankara 2000.

Zeytin, Zafer/Erg  n,   mer: T  rk Medeni Hukuku, Se  kin Yayıncılık, Ankara 2008.

ÖZET

Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk başlıklı bu çalışmada, boşanma ve ayrılığın Roma III Tüzüğüne göre düzenlenmesini incelenmiştir. Boşanma sebepleri ülkelerin siyasi, dini ve kültürel faktörlerinden etkilenmekte olup ülkeler arasında farklılık göstermektedir. Bu sebeplerin ülkeden ülkeye değişiklik gösteriyor oluşu yabancı unsur olduğu boşanma davalarında durumu daha da zorlaştırmaktadır.

AB üyesi ülkelerin boşanma alanındaki hukuklarının yabancı unsur içeren durumlarda uyumlu hale getirilmesi ile bu alana hukukî öngörülebilirlik, güvenlik ve esneklik kazandırmak amaçlanmaktadır.

Avrupa Birliği, özel hukuk alanını uyumlaştırmak amacıyla tüzükler, bölgesel anlaşmalar ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları dahil olmak üzere bir dizi hukukî araçtan yararlanmıştır.

Roma III Tüzüğü'nün bir diğer amacı, ayrılma veya boşanmada kendi lehine bir sonuç elde etmek amacıyla eşlerden birinin diğer eşten önce davranarak mahkemeye dava açması durumu olan "*forum shopping*" olayını önlemektir.

Roma III Tüzüğü bölgesel olarak 17 AB ülkesinde geçerli olmaktadır.

Roma III Tüzüğü boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukukun belirlenmesi için iki yöntem öngörmektedir. Söz konusu yöntemlerden ilki sübjektif yöntem, boşanma veya ayrılıkta eşlerin uygulanacak hukuku seçme imkânını tanıyan yöntemdir. Diğer yöntem ise objektif yöntem, eşler arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre belirlenmesini öngören ve Roma III Tüzüğü'nün 8. maddesinde tanımlanan yöntemdir. Tüzüğün en büyük yeniliklerinden biri de boşanma veya ayrılık durumunda uygulanacak hukuku eşlere seçme olanağı tanımasıdır. Roma III Tüzüğü'nde uygulanacak mevzuatın belirlenmesinde temel prensip, boşanmada

uygulanacak hukuku eşlerin seçmesidir. Roma III Tüzüğü eşlere sınırlı seçim hakkı tanımaktadır. Eşlere boşanmada uygulanacak hukuku seçme imkânının tanınması, tarafların kanunlar ihtilâfı sorununu daha hızlı ve kolay bir şekilde aşmasını sağlayacak, aynı zamanda tarafların beklentilerinin karşılanması ve adaletin hızlı bir şekilde gerçekleşmesini mümkün kılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Roma III Tüzüğü, boşanma, ayrılık, uygulanacak hukuk, milletlerarası özel hukuk, Avrupa Birliği.



SUMMARY

This study, titled *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Pursuant to the Rome III Regulation*, aims to explain how divorce and separation are regulated according to the Rome III Regulation.

The reasons for divorce are influenced by the political, religious, and cultural factors of countries and vary from one country to another. This variability, especially in cases of divorce involving foreign elements, further complicates the situation.

The aim is to bring legal predictability, security, and flexibility to this area by harmonizing the divorce legislation of EU member countries concerning foreign elements. The European Union has utilized a range of legal instruments for the purpose of harmonizing private law, including regulations, regional agreements, and decisions of the Court of Justice of the European Union.

Another objective of the Rome III Regulation is to prevent forum shopping, where one spouse might initiate legal proceedings before the other to obtain a more favorable outcome in cases of legal separation or divorce. The Rome III Regulation is applicable regionally across 17 EU countries.

The Rome III Regulation proposes two methods for determining the law applicable to divorce or legal separation cases. The first is the subjective method, which allows spouses to choose the applicable law in the event of divorce or separation. The other is the objective method, which, in the absence of an agreement between the spouses, determines the applicable law based on objective criteria as defined in Article 8 of the Rome III Regulation. One of the major innovations of the Regulation is granting spouses the opportunity to choose the law applicable in cases of divorce or separation. The primary principle in determining the applicable legislation under the Rome III Regulation

is that the spouses choose the law to be applied in divorce. The Rome III Regulation provides a limited right of choice to the spouses. Granting spouses the opportunity to choose the law applicable to divorce will enable them to overcome the problem of conflict of laws more quickly and easily, while also meeting the parties' expectations and facilitating the swift administration of justice.

Keywords: Rome III Regulation, divorce, legal separation, applicable law, private international law, European Union.

