

DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU ETÜDLERİ

NAFAKA BORCU

Ord. Prof. Muammer Raşit Sevig

Muvakkat kanunun dördüncü maddesi ve nafaka borcu.

I — Nafakaya hangi Devlet kanunu tatbik olunur? — Vasıf ihtilâfı. — Nafakaya müteallik kanuni hükümlerimize mücmel bir nazar: Medeni Kanunumuzun ve İcra ve İflâs Kanunumuzun nafakaya müteallik hükümleri. — Karşılıklı müzaheret vecibesi ve nafaka. — Mukaveleden doğan nafaka borcu ile kanuni nafaka arasındaki fark. — nafaka müessesesinin mevcudiyetini izah eden sebepler: Aile rabitası, Cemiyetin nizamı. — Bu iki sebepten birinin diğerine tercih edilmesinin Devletler Hususi Hukukunda oynadığı rol. — Türk hâkiminin nafaka meselesinde takip edebileceği hattı hareket. — Fransız mahkemeleri içtihatlarından bazı misaller. — Nafaka davasında tarafların başka başka tabiiyette bulunması: Weiss'in, Durand'ın, Olivi'nin, Despagnet'nin müतालaları ve bunlardan çıkarılacak netice.

II. — Türk mahkemeleri ecnebilere müteallik nafaka davalarını rüyet edebilir mi?. — Şartlar. — Muvakkat kanunun ikinci maddesi. — Noktayı nazarımızı teyid eden bazı ecnebi mahkeme kararları. — Türk Temyiz mahkemesinin nafakaya müteallik bir kararındaki isabet.

Netice: Türk hâkimi nafakaya müteallik davalarda salâhiyettardır.

Şubat 1330 (1915) tarihli muvakkat kanunun dördüncü maddesi memleketimizde kazâî ve teşriî salâhiyete dair olmak üzere şu hükümleri ihtiva eder:

«Yabancılar müteallik ve gayrimenkullere ait bütün davalar ile sair hukukî ve ticarî ve cezaî maddelerin davaları Türk vatandaşları alâkadar olmasa dahi Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinde Türk kanunlarına, nizamlarına ve usulüne tevfikân rüyet olunur. Şu kadar ki gayri müslim ecnebi tebaya müteallik olup da

akid ve feshi nikâh ve tefriki ebdan (ayrılık) ve nesep ve tebenni (evlât edinme) gibi *aile hukukuna*, ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi *ehliyete*, ve menkul mallara ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan davaların Cumhuriyet mahkemelerinde rüyet edilebilmesi, tarafların birrıza müracaatına, veya Türk vatandaşlarının alâkadar bulunmasına, veyahut Cumhuriyet mahkemelerinde derdesti rüyet davalara müteferri olmasına mütevakkıftır. Ve bu surette Devletin âmme intizamına mugayir olmamak şartile alâkadarların millî kanunlarına ve kanunlar ihtilâfı halinde devletler hususî hukuku kaidelerine tevfikana muamele olunur.»

Şu maddenin hükümlerine nazaran Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin ecnebilere müteallik nafaka davalarını rüyete salâhiyetlerle bu hususta hangi devlet kanununu tatbik edecekleri keyfiyetini tedkik için bahsi iki kısma ayırmak münasip olur.



I — *Nafakaya hangi devlet kanunu tatbik edilir?* - Muvakkat kanunun maddesi bir çok hususları mülki kanuna yani Türk kanunlarına; bir kısım maddeleri de alâkadarların millî kanununa tâbi tutmuştur. Alâkadarların millî kanununa tâbi tuttuğu maddeler, şahsî statü dediğimiz ahkâmı şahsiyeye müteallik olanlardır. Bunlarda hal ve ehliyete ve aile hukukuna dair olan meselelerle aile hukununun bir neticesi olan menkul mallara müteallik miras veya vasiyete ait meselelerden ibarettir. Acaba nafaka, ahkâmı şahsiye dediğimiz kısma mı girer; yoksa mülki kanunlara tâbi olan hususlardan mıdır?

Kanunun saydığı hususlar arasında nafakaya tesadüf edilmekle beraber ibarede «..... gibi ehliyete ve gibi aile hukukuna müteallik davalar» denilmiş olmasına göre *gibi lâfzile* tamim ve teşmil edilen mefhumu küllilerden birine dahil olup olmadığını tayin meselesi muvacehesinde bulunmuş oluyoruz. Daha doğrusu, bir kaç eczası zikredilerek *gibi* tâbirile diğer bütün eczası da aynı hükme tâbi tutulmuş olan aile hukununun zımında nafaka meselesinin de dahil olup olmadığını araştırmak mecburiyetindeyiz. Eğer nafaka aile hukukuna dahil bir keyfiyet ise şahsî statüden olmak itibarile alâkadarların millî kanuna tâbi olacak demektir. Değil ise buna mahalli kanunu tatbik etmek lâzımgelsecektir. Bunun için evvel emirde nafaka borcunun mahiyetini tayin etmek icabeder.

Vasıf ihtilâfı. — Fihakika devletler hususî hukukunda her hangi bir hukukî rabitanın tâbi olacağı kanunu tayin edebilmek için o hukukî rabitanın vasfını, yani hukukî mahiyetini tayin etmek lâzımdır. Nafaka borcu da ne gibi hukukî bir mahiyeti, vasfı haiz ise ona göre muayyen bir kaidenin hükmü altına girerek o kaide mucibince şu veya buna tâbi olur. Şu halde nafaka, ahkâmı şahsiden madud olursa, ahkâmı şahsiyenin millî kanuna tâbi tutulması kaidesine tevfiğin alâkadarların mensup olduğu devlet kanununa itibar edilmek icabeder. Fakat nafakanın vasfını, yani filân kanuna tâbi olması lâzımgelen bir mahiyeti haiz olduğunu tesbit etmek için alâkadarların mensub olduğu devlet kanunu ile mülki kanundan hangisine bakacağız? Zira bir hukukî rabitanın vasfını tayin hususunda her devlet kanununun ayrı bir telâkkisi olabilir. Birinin ahkâmı şahsiye dediğine bir diğeri ahkâmı şahsiyeden başka bir şey diyebilir. Bu defa kanunlar arasında ikinci bir ihtilâf meydana çıkmış olur ki buna vasıf ihtilâfı denir. En basit şekle: Nafaka borcunu, bir kanun mülki mahiyette tutar, diğeri de ahkâmı şahsiyeden addeder. İlerde görüleceği üzere bu iki telâkkiye de taraftar vardır. Bu iki telâkkinin mesnedi, nafaka borcuna verilen mahiyettir. Yine sualı tekrar ediyorum: Bir Türk hâkimi nafaka borcunun şu veya bu mahiyette olduğunu hangi kanuna bakarak tayin eder? «Kanunlar ihtilâfı» kaidelerine göre vasıf ihtilâfının halli, meseleye el koymuş olan mahkemenin kanununa, *lex fori*'ye aittir. Hâkim kendi kanununun hükümlerine bakarak her hangi bir hukukî rabitanın mahiyetini, yani kanunlar ihtilâfı doğuran vasfını tesbit eder. Bu suretle vasıf ihtilâfı bertaraf edilince artık hâkim için o vasıftaki hukukî rabitalar hakkında hangi kaideye nazaran hangi kanunun tatbiki lâzımgeliyorsa o kanunu tatbikten başka bir mesele kalmaz (1).

İşte devletler hususî hukukunun bu esasına istinad ederek bizde nafaka mükellefiyetinin vasfını kendi kanunî hükümlerimizin yardımıyla tayine çalışacağız. Bu noktada bir suitefehümün önüne geçmek isteriz: Burada mevzuubahs olan vasıftan maksat tatbik edilecek kanunun tayinine medar olan vasıftır. Böyle olmıyan bir vasıf, bahsimizi alâkadar etmez. Binaenaleyh nafaka mükellefiyetinin vasfını, mahiyetini bu bakımdan tayin edeceğiz. Aradığımız vasıf, o vasıftır ki onunla devletler hususî hukukunun mu-

(1) Vasıf ihtilâfı hakkında «Devletler Hususî Hukuku» adlı kitabımızın 307 - 308 sayfalarına müracaat.

ayyen bir kaidesi, derhal tatbik sahasına geçebilir. Öyle bir mahiyet ki hukukî rabita hakkında muayyen kaideye tevfikân muayyen kanunun tatbikini istilzam etsin. Tatbik edilecek kanununun tayininde müessir olmayan bir vasıf, bahsimizden hariçtir.

Niçin nafaka mükellefiyeti hakkındaki kanunlar ihtilâfında salâhiyetli olan kanunu (yani tatbiki lâzımgelen kanunu) tayin ederken nafaka mükellefiyetinin hukukî mahiyetini (vasfını) araştırmaya ve bunu da kendi kanunî hükümlerimize göre yapmaya lüzum olduğunu böylece tesbit ettikten sonra bu baptaki kanunî hükümlerimizin tetkikine girişelim:

Türk Medenî Kanununun 315 inci maddesi şu kaideyi vaz ediyor: «Herkes , yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve fûru'una ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir.» Bu maddeye göre nafaka borcu, her hangi bir kimseye terettüp eden bir mükellefiyet değildir; mutlaka usul ve fûru'dan cılamak veya kardeş bulunmak gibi bir rabita ile nafakaya muhtaç olan kimseye bağlı bulunmaya mütevakıftır. Usul ve fûru'a karşı, fûru usule karşı ve kardeşler birbirine karşı nafaka vermekle mükelleftir. Bu maddede mevzubahs olan nafaka, ana babanın küçük çocuklarını infak ve iâşe etmesi mecburiyeti değildir. O mecburiyet Medenî Kanunun 151 inci maddesinin ikinci fıkrasında «karı koca.. ve çocukların iâşe ve terbiyesine beraberce ihtimam etmek hususlarını iltizam etmiş olurlar» denildikten sonra 152 inci maddenin ikinci fıkrasında «ve çocukların münasip vechile iâşesi ona (kocaya) aittir» şeklinde tesbit edilmiş ve bu mecburiyete müteferri hükümler, diğer maddelerde beyan olunmuştur. Ana babanın çocuklarını infak ve iâşe mükellefiyetinin sinni rüşde kadar devam edebileceği İsviçre Federal mahkemesinin 24 birinciteşrin 1935 tarihli kararında tasrih olunmuştur (2). Fakat çocuğun sinnirüşde vardıktan sonra talep edebileceği nafaka 315 madde hükmüne tâbidir.

315 inci maddenin hükmüne girmiyen bir hal daha vardır ki o da karı kocanın birbirine karşı nafaka ile mükellef olmasıdır. 315 inci madde usul ve fûru'un ve kardeşlerin birbirine karşı mua-

(2) Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan tarafın 148 inci maddenin derpiş ettiği nafaka — çocuğun infak ve terbiye masrafları — borcu çocuğun rüşde vâsil olmasıyla nihayet bulur. Çocuk reşid olduktan sonra infak ve iâşesine muktedir değilse ve tahsiline devam etmek arzusunda bulunursa ana babasının birinden veya her ikisinden nafaka talep etmek hakkı artık ona aittir. İsviçre Federal mahkeme içtihatları 1935 - 1936. Türkçeye çeviren ve not eden: Ferit Hakkı Saymen.

venet ile mükellefiyetinden bahsettiği halde karı kocadan bahsetmemiştir. Bunun hakkındaki hüküm, 151 inci maddenin son fıkrasında beyan edilmiştir. Şöyle ki «karı koca, birbirine sadakat ve müzaheretle mükelleftir.»

Bu müzaheret mecburiyeti dolayısıyledir ki 152 inci madde mucibince karı ve çocukların münasip veçhile iâşesi kocaya ait olduğu halde mal ayrılığı rejiminde 190 inci maddeye tevfiakan koca, karısının münasip derecede aile masrafına iştirâkine isteyebilir; ve karının bu suretle iştirâki kocanın hiç bir vakit, iade ve tazmin mükellefiyetini icabetmez. Diğer rejimlerde tabii olan bu iştirâk, izahatın müstağnidir.

Yine bu müzaheret mecburiyetine binaendir ki 162 inci madde mucibince «karı kocadan biri talep eder ve ayrı yaşamak keyfiyeti haklı olursa, *hâkim hangisi tarafından diğerinin iâşesi için ne miktar muavenette bulunulacağını tayin eder.*» -137 inci maddede mezkûr muvakkat tedbirler meyanında gösterilen kadının iskân ve infakı keyfiyeti yine evlenmenin tesirlerindedir. Tabiidir ki bu mecburiyet evliliğin zevaline kadar devam eder. Bununla beraber Medeni Kanunumuzun 144 üncü maddesi boşanmadan sonra zuhur eden bir nafaka mükellefiyetinden bahseder: «Kabahatsiz olan karı, yahut koca, başanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmağa sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette *bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir.*»

Diğer maddelerde mütenevvi şekillerde mevzubahs olan müzaheret mecburiyeti, evlenme akdine istinadetmek itibarile gayet tabiidir. Fakat 144 üncü maddede mezkûr olan nafaka mükellefiyetinin müzaheret mecburiyetinden doğmadığı zahirdir. Kanunun ibaresinden ve maddedeki lâfızların kuvvetinden anlaşılacağı üzere artık aralarında evlilik bağı çözümlüp zail olmuş bulunan karı kocanın birbirine karşı bu nafaka mükellefiyeti, evlilik esnasındaki infak ve iâşe ve daha doğrusu müzaheret mecburiyeti ile kıyas ve binnetice müzaheret prensibine irca edilemez.

Bu maddenin istinad ettiği esas 143 üncü maddenin mütalâasından anlaşılabilir. Bu madde mucibince «mevcut ve hattâ muntazar olan menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kabahatsiz karı veya kocanın, kabahatli olan taraftan münasip maddî bir tazminat talebine hakkı vardır. Bundan başka boşanmaya sebebiyet vermiş olan hâdiseler kabahatsiz karı veya kocanın şahsî menfaatlerini ağır bir surette haleldar etmiş ise, hâkim manevî tazminat

namile muayyen bir meblâğ dahi hükmedebilir.» Demek ki haksız çıkan taraf, diğer tarafın zararını tazmin ile mükelleftir.

Bu tazmin mükellefiyeti, boşanmanın kabahatsiz olan tarafı büyük bir yoksulluğa düşürmesi halinde bir nafaka itası derecesine gidebilir. İşte 144 üncü maddenin haksız tarafa tahmil ettiği nafaka mükellefiyeti bu esasa istinad eder. Haksızlığın vukua getirdiği her türlü zarar tamir edilmelidir. Zararın tazmini lüzumu, karı koca arasındaki müzaheret mecburiyetinden büsbütün başkadır.

126 ıncı maddeye nazaran evliliğin feshi halinde karı veya koca tarafından talep olunan maddî veya manevî tazminat ve nafaka boşanmadaki hükümlere yani bu maddelere tâbidir.

315 inci maddenin hükmünü nafakaya müteallik diğer hükümlerden bu suretle ayırdıktan sonra bu madde hükmünün hudut ve şumulünün tayinine geçelim:

316 ıncı madde mucibince iki sınıf mükelleften kardeşler, usul ve fûru'dan farklı şarta tabi bulunmaktadır. «Erkek ve kız kardeşler *hali refahta* bulunmadıkça kendilerinden nafaka istenemez.» Halbuki usul ve fûru için bu şart mevcut değildir. Bunların birbirinden isteyebilecekleri nafaka her birinin geçinmesi için muktazi ve diğer tarafın geliri ile mütenasip bir muavenetten ibarettir. Hali refahta olmasalar da birbiri için bu muaveneti yapmağa mecburdurlar.

Yine 316 ıncı maddeye nazaran nafaka davası, bununla mükellef olanlar arasında mirastaki tertip sırasile ittihaz edilir. Bu sıralara riayet mecburidir.

Bu dediklerimizi hülâsa edecek olursak şu neticeye varırız ki beyan ettiğimiz hallerde nafaka mecburiyeti, kanunun emrine istinad eder ve usul ve fûru ve kardeşler arasında aile rabıtasından ve karı koca arasında evlenme akdinden doğar. İki vasfı, iki hassası vardır: Biri şahsîlik, diğeri mütekabiliyet.

Şahsîdir; binaberin nafaka alacaklısı bakımından prensip itibarile bu şahsîlik nafaka alacağının gayrikabili haciz (tamamen haciz olunamaz), (3), gayrikabili devir ve temlik, gayrikabili takas, ve gayrikabili intikal (mirasçılara) olması suretinde tecelli eder. Nafaka borçlusu itibarile de bu şahsîlik borcun gayrikabili intikal olmasını,

(3) İcra ve İflâs Kanununun, 83 üncü maddesi mucibince: «maaşlar... nafakalar... borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzum'u olarak takdir edilen mîkdar tenzil edildikten sonra haciz olunabilir.» Demek ki nafakanın büyük kısmı haciz olunamaz.

ve borçluların teaddüdü halinde bunlar arasında teselsülün fikdânını müstelzimdir.

Mütekabildir; binaenaleyh kanunun hükümlerinden sarahaten anlaşılacağı üzere her hangi nafaka borçlusunun icabında yani vaziyet ber akis olduğu ve muavenete muhtaç bulunduğu takdirde nafaka alacaklısı mevkiine geçerek nafaka talebine hakkı aşıkârdır. Yalnız boşanma halinde 144 üncü madde mucibince kabahatsiz olan tarafın hakkı vardır. Haksız çıkan taraf, yoksulluğa düşse bile nafaka talep edemez, bunun hikmeti zahirdir.

Nafaka borcunun *müeyyideleri* de mühimdir: 161 inci madde mucibince karı kocadan biri, aile vazifelerini ihmal eder.. ise (diğerin müracaatı üzerine) hâkim, kabahatli olan tarafa vazifelerini ihtar eder ve bu ihtar semeresiz kalırsa birliğin menafiini sıyâneten kanunda muayyen tedbirleri ittihaz eder.

175 inci maddeye tevfikân karı koca mukavele ile başka bir usul kabul etmiş olsalar bile koca karısının ve çocuklarının infak ve iâşesini ihmal ederse karının talebi üzerine mal ayrılığına hükümlenir.

163 üncü maddeye nazaran koca, aile vezifelerini ihmal ederse karı kocanın mallarını idare hususunda kabul ettikleri usul ne olursa olsun hâkim karı ve kocanın borçlularına borçlarının tamamını veya bir kısmını karıya ödemelerini emreder.

168 inci madde daha ileri giderek «kanunî veya kazaî mal ayrılığının tenfizi için, her zaman cebri icra talep olunabilir. Hâkim kararile karı kocadan birine iâşe için muayyen muavenet miktarının tahsili hakkında dahi bu hüküm tatbik olunur» demiştir.

Bu cebri icra tariki, diğer nafaka alacaklıları için de açıktır.

Cebri icra hakkında son sözümüzü söylemeden evvel nafaka borcunun mahiyetini daha iyi tebarüz ettirmek üzere bir noktayı daha tesbit edeceğiz. Şöyle ki 317 inci madde mucibince ana ve babası belli olmıyan bir çocuk belediyelerce infak olunur. Demek ki nafaka ile mükellef olan kimseler muayyen olmadığı veya bulunmadığı takdirde metrûk çocukların infak ve iâşesi belediyelere terettüp eder.

Bir taraftan bazı hallerde nafaka mükellefiyetinin kanunun emrile tahmil edilmiş olması, diğer taraftan 317 inci maddenin belediyeleri de metrûk çocukları infak ile mükellef tutması (bilâhara mükellef zuhur ettiği takdirde ödetmek şartile) nafaka borcunun tesbitinde şahıs vesilesile cemiyetin tesiri olmuştur. Daha açıkçası,

cemiyeti terkip eden fertlerin mevcudiyetlerini muhafaza keyfiyeti, cemiyetin baka ve terakkisi itibarile büyük bir ehemmiyeti haiz olduğundan nafaka mükellefiyeti yalnız ferdi vikaye etmekle kalmaz fert dolayısıyla cemiyeti de korur, ve hattâ içtimai gayesi itibarile daha ziyade cemiyetin menfaatini istihdaf ettiği iddia edilebilir. Zira nafakaya muhtaç kimselerin vücudu -nafaka temin edilmedikçe- cemiyet için mahzurlu ve muzırdır. Sefaletе düşmüş bir kimse yardım görmezse cemiyet için muzır bir unsur olur. Zevali, cemiyet için bir eksiklikdir; bekası, bir takım ahlâkî ve içtimai suçların işlenmesine ve cemiyet nizamının ihlâline vesile olur. Binaenaleyh cemiyet, sefaletten doğacak her türlü mahzur ve mazarratların önüne geçmek için âcil bir tedbir ittihazına mecburdur. İşte bu mecburiyetten, bir takım kimseler arasında nafaka mükellefiyeti doğmuştur. Bu nafaka mükellefiyeti bir takım hallerde cemiyete ve cemiyet içindeki hayır müesseselerine terettüp eder. Memleketimizde her memlekette olduğu gibi teşekkül etmiş olan bir takım hayır cemiyetleri, ancak bu maksatla izah olunabilir.

Nafaka borcu, içtimai bir gayeye hadim olduğuna göre devletin buna bigâne kalması mutasavver değildir. Aileler, cemiyetler ve hattâ fertler bu hizmeti üzerlerine almadığı takdirde devletin ifa etmesi icabedecektir ki bir bütçe meselesi teşkil eder. Devlet, bütçe ile mukayyet olduğu için de her ihtiyacı, istenildiği vakit karşılamak kudretini haiz değildir. Aklen ve mantıkan yakın akraba dururken diğer fertlere vergi tarikile yükletilmesi doğru sayılamaz. İşte bunun içindir ki evvel emirde aile efradına yükletilir. Bunlar birbirine bakmakla mükellef tutulur. Onların yapamadıklarını hayır cemiyetleri, devlet ve belediye yapar. Bu suretle nafaka borcu, yardım mükellefiyeti, aile efradı arasında kan, isim birliğinden ve karşılıklı his bağılılığından doğan tesanüdün bir ifadesi olmuş oluyor.

Bir ikinci nokta da nafaka mükellefiyetinin acil bir tedbir mahiyetinde tecelli etmesidir. İhmal ve imhali mümkün olmıyan bir borç. O sebepten de kanunlarımız, süratle bu borcun ödenmesine müteallik hükümler ve bu hükümleri müessir kılmak için kuvvetli müeyyideler koymuştur.

Hukuk muhakemeleri usulünün dokuzuncu faslı, ihtiyatî tedbirleri müstelzim sebepler arasında bu nafakadan bahsetmiştir. 101 inci madde mucibince: Hâkim iki taraftan birinin talebile davanın ikamesinden evvel veya sonra aşağıda gösterilen hal ve şekillerde ihtiyatî tedbirin ittihazına karar verebilir:

3. — Kanunu Medeni ile muayyen hallerde nafaka alınmasına,

4. — Ayrılık veya boşanma davası üzerine Kanunu Medeni mucibince icabeden muvakkat tedbirlerin ittihazına.

105 inci maddeye göre hâkimden ihtiyatî tedbire karar verilmesi arzual ile talep olunur. Bunun üzerine derhal ve müstacelen iki taraf davet edilip gelmeseler bile iktiza eden karar verilir. Müstacel veya müddeinin hukukunu derhâl muhafaza zarurî olan hallerde her ki taraf davet edilmeksizin dahi ihtiyatî tedbire karar verilebilir.

112 inci madde mucibince; «Esas hakkında mahkeme tarafından verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasını müteakip ihtiyaten icra kılınmış olan tedbir mürtefi olur. Şu kadar ki mahkeme hükmün icrasını temin için işbu tedbirin tayin edeceği müddet zarfında devamına karar verebilir.»

Hukuk muhakemeleri usulünün me hazı olan Neuchâtel kanunu ihtiyatî tedbirlere, muvakkat tedbirler manasına olarak «*Des mesures provisoires*» demektedir.

Neuchâtel kanununun saydığı bu muvakkat tedbirler meyanında bir de *d* fıkrasında beyan ettiği boşanma veya ayrılık ve mal ayrılığı davasının ikamesi için lâzımgelen bütün masraflara müteallik avans talebi vardır. Bu *d* fıkrası da bizim kanunumuza her ne sebeple ise naklolunmamıştır. Mamafih 103 üncü maddenin bu hususu temin etmesi kabildir.

Usulü muhakeme profesörü Mustafa Reşit Belgesay nafaka hakkındaki kararın kat'i olduğu kanaatindedir; her ne kadar muvakkat bir zaman için ve muvakkat bir tedbir olarak verilmiş olsa da (4).

Nafaka borcu hakkında en ağır müeyyide icra ve iflâs kanunundadır: İcra ve iflâs kanununun 344 üncü maddesi mucibince «nafaka vermeğe mahkûm olup da ilâmda gösterilen ödeme şartlarına riayet etmeyen borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine tetkik mercii tarafından *bir aya kadar hafif hapse mahkûm edilir*. Cezanın infazından sonra işleyecek nafaka hakkında aynı hüküm cereyan eder.

Ancak borçlu nafakanın kaldırılması veya azaltılması hakkında

(4) M. Reşit Belgesay. H. U. M. Kanunu şerhi, İkinci tabı cilt I, kısım 2, s. 284.

dava açmışsa bu madde hükmünün tatbiki muhakemenin neticesine bırakılır.»

Şu izahlarımız, nafaka borcunun kanunlarımızca ne derece ehemmiyetle karşılandığını göstermeğe kâfidir.

Nafaka borcu böyle kanundan doğduğu gibi bir mukaveleden de doğabilir. Bu iki nevi nafakayı, aynı mahiyette tutmak ve aynı hükümlere tâbi kılmak doğru olamaz. Her ne kadar her iki nevi nafaka haddizatında nafaka alacaklısının hayat ve mevcudiyetine gösterilen alâkanın bir ifadesi ise de adı olan nafaka borcu, gayesi itibarile sırf ferdi olduğu ve ancak muayyen bir şahsın hayat vasıtalarını temine hadim bulunduğu için kanunî olan nafaka borcundan külliye farklıdır. Binaenaleyh beynelmilel sahada da haklarında tatbik edilecek kaide ve hüküm tabiatile farklı olacaktır. Ezcümle akdî olan nafaka borcunu, ahkâmı şahsiye meyanına sokmak ve hakkında ahkâmı şahsiyenin tabi olduğu kanunu tatbik etmek mümkün olamaz. Mukavelelerin tâbi olduğu usule tevfiikan muamele edilmesi daha doğrudur. Bu sebepten bu nevi nafakayı bahsımızdan hariç tutuyoruz.



Şu izahlarımıza nazaran nafaka borcunda iki nokta tesir icra etmektedir: *Bir taraftan nafaka borcunun, aile hukukuna teferru eden bir mükellefiyet; diğer taraftan cemiyetin nizam ve intizamını alâkadar eden ahlâkî bir vazife ve mecburiyet olmasıdır.*

Bir takım müellifler, ahlâkî mecburiyeti, en mühim âmîl telâkî ettiklerinden vazii kanunun nafaka borcu hakkındaki emrini kat'î bir ahlâk kaidesi görerek bu hususta her zaman mülki kanunun tatbiki fikrinde bulunmuşlardır.

Bazı müellifler ise bir tefrik yaparlar: Usul ve fûru arasında nafaka borcu, âmme intizamı kaidesi olarak terettüp eder, binaenaleyh mahallî kanun tatbik edilmelidir. Fakat sıhrî akraba veya civar hısımlar arasında nafaka borcu kanunlara göre değiştiği ve bu tenevvü ve ihtilâftan buna dair hükümlerin her memlekette aile teşkilâtının hususiyetinden ileri geldiği istidlâl olunabileceği cihetle sıhrî akraba ve civar hısımlar arasındaki nafaka borcunu tayin için millî kanuna bakmak icabeder.

Diğer müellifler de birinci reyi pek mutlak ve ikincisini de keyfî bulduklarından başka bir mütalâa dermeyan etmişlerdir: Prensip olarak nafaka borcu tarafların millî kanununa tabidir; zira aile teş-

kilâtına teallûk eder. Lâkin muhakkıktır ki her vazii kanun bir takım akrabayı birbirine karşı nafaka ile mükellef tutmakla, cemiyetin hüsnü tanzimi için riayeti zarurî olan kat'î bir ahlâk vazifesini tekit ve teyit ettiği itikadındadır. Öyle olmasa nafaka itibarile hısımlarla sıhrî akraba arasında vazettiği - ekseri hallerde tenkideşayan - farklar için ne gibi sebepler gösterilebilir (5). Bunun içindir ki bu müellifler; yabancı kanun, mülkî kanundan daha geniş ise yabancı kanunun, ve aksi takdirde yani millî kanun daha mahdut ve dar ise mülkî kanunun tatbiki fikrindedir. Zira vazii kanunun itikadınca kendi koyduğu hükümler, beynelmilel münasebetlerde bir haddi akal teşkil eder ki âmme intizamını ihlâl etmeksizin haddi akallin dununa inilemez.

Bu mütalâa en doğrusudur. Aynı fikre iştirâk ederek deriz ki Türk kanununun çizdiği mükellefiyet hududu dairesinde yerli ecnebi herkes nafaka ile mükelleftir. Bu hadden ötesi millî kanuna aittir. Bir misal ile bunu tebarüz ettirebiliriz. Meselâ Türk Medenî Kanununun 315 inci maddesi mucibince usul ve fûru ve kardeşler birbirine karşı nafaka ile mükelleftir. Fransız kanununa göre de usul ve fûru ve sıhrî akraba arasında nafaka borcu vardır.

Memleketimizde bir Fransız kendi kardeşinden nafaka talebinde bulunabilir mi? sualine verilecek cevabımız: evettir. Zira bu hususta Fransız kanununun hükümlerine gitmeden evvel kendi mükellefiyet çerçevemizi nazarı itibare almak mecburiyetindeyiz. Binaenaleyh Fransız kanununda olmayan bu kardeşler arasındaki nafaka borcu bizim kanunumuzun emrine istinad etmek itibarile bizim kanunumuzun şartları dairesinde Fransızlara da şamil olmak lâzımgelir, deriz.

Türk kanununda damat ile kaynana arasında nafaka borcu bulunmadığı cihetle bir damadın zaruret halinde bulunan kaynana-sına bakması mecburî değildir. Binaenaleyh Fransızlar arasında mevzubahs olacak bu neviden bir nafaka meselesi, Türk kanununun mükellefiyet çerçevesini tecavüz etmiş olduğundan Fransız kanununun hükümleri dairesinde hallolunmak icabeder. Bizim gibi kanunlarında sıhrî akraba arasında nafaka tanımamış milletler efradı hakkında nafaka takdirine imkân olmayacağı beyandan varestedir.

Elhasıl mevzuatımıza göre nafaka borcu, cemiyetin nizam ve intizamını alâkadar eden bir keyfiyet olduğu ve bu kabil hükümler

(5) Despagnet et De Boeck. Précis de droit international privé 1909. s. 759 - 762.

ise Türkler kadar ecnebler hakkında da meri bulunduğu cihetle muayyen hudut dairesinde bulunacak yabancuların da nafaka ile mükellef tutulması tabiidir (muvakkat kanunun ikinci maddesi) (6).

Bu çerçeve dışında kalan kimseler, milli kanunları mucibince nafaka ile mükellef iseler bizde de haklarında nafaka ile hükmolunur.

Bu görüş Fransız mahkemelerinin içtihadına da muvafaktır; muhtelif nafaka borcu hallerinden birer misal ile bunu teyid edeceğiz.

Paris Sulh Mahkemesi (15 inci daire) 10 temmuz 1903 tarihinde verdiği bir karar ile nafaka borcu tahmil eden kanunî hükümlerin inzibat ve emniyet kanunlarına teallük ettiğini nazarı itibara alarak Fransız kanunu mucibince bir kadına, Amerikalı olan damadı ve kızı tarafından nafaka verilmesine hükmetmiştir; Amerika kanunlarının sıhrî akraba arasında nafaka mükellefiyeti kabul etmemiş olmasına rağmen. *Clunet: 1904, s. 356.*

Fransada 1901 tarihinde bir İngiliz, keza İngiliz olan ve Fransada filî ikametgâhı bulunan ebeveyni aleyhine nafaka davası ikame eder. Ana ve baba mahkemenin salâhiyetsizliğini iddia ederler İngiliz kanununda nafaka mecburiyeti olmadığını ileri sürerler.

Mahkeme selâhiyetsizlik iddiasını redderek karı kocayı müteselsilen ayda üçyüz frank nafaka itasına mecbur eder.

Ana baba davayı istinaf ederler. İstinaf Mahkemesi 26 mart 1902 tarihli kararında diyor ki:

«Douai İstinaf Mahkemesi 18 ikinciteşrin 1901 tarihli kararında selâhiyet noktasından mösyö ve madam Guerrier (ana baba) kırk senedenberi Fransada ikamet edip ancak kısa müddet İngilterede kaldıkları cihetle orada ikametgâhlarını muhafaza ettikleri keyfiyetinin sabit olmadığını, Fransada filî ikametgâh tesis etmiş olduklarını ve buna İngiliz kanununun da mani olmadığını nazarı itibara alarak filî ikametgâh tesisinin onları hal meselelerinden maada davalarda Fransız mahkemelerine tabi tutmak neticesini tevlit ettiğini ve Fransız mahkemelerinin Fransız ülkesinde adaleti iyi ve âcil bir tarzda temin edebilmek için bu kabîl davaları rüyete selâhiyet-tar olduklarını beyan etmiş ve aynı kararile Guerrier oğlunun talebinin müstaceliyetini kabul ve tastik eylemiş ve Fransada mütemekkin kimseler arasında bu neviden bir davanın uzamasının içtimalî intizamda hakikî bir kararsızlık teşkil edeceğini ve nafaka bor-

(6) «Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir?» adlı makalemize bakınız. Hukuk Fakültesi Mecmuası. cilt V, 1939. sah. 107.

cunun yabancı bir memlekette infaz edilmeyip Fransada icra edileceğini tanımıştır.

«Eğer nafaka davasında davanın esasına İngiliz kanunu tatbik edilmek lâzımgelse idi Fransız mahkemelerinin selâhiyeti hakkında serdedilen bu sebepler tesirsiz ve hükümsüz kalırdı. Zira mürafaa esnasında iddia edildiği veçhile İngiliz kanunu ihtiyaç halindeki çocuklara nafaka itasile ana babayı mecbur tutmamakta ve yalnız tam bir aciz halinde bunların ana babaları hesabına bir (Workhouse) a veya fukara evine yatırılmasını kabul etmektedir. Bu iddiaya karşı itiraz serdedilmemiştir.

«İşbu kanunun hükümleri Fransada filen kabili tatbik olmadığından ana babanın talebi veçhile hâdiseye İngiliz kanunu tatbik edilse 18 ikinciteşrin tarihli kararın ittiba ettiği içtihadı mehakimin mani olmak istediği içtimaî nizamsızlık ilâ nihaye temadi edecek olmasına;

«Fransada bir içtimaî nizamsızlık menedilmek istenildiğine göre devletçe bu bapta müttehaz kanun hükümlerinin tatbiki suretile bu nizamsızlığın önüne geçilmesi daha tabii ve mantiki bulunmasına;

«Kendi ülkesinde temekkün etmeği muvafık, faydalı ve hoş görmüş kimselerin cümlesine karşı âmme intizamı meselelerinde zaten işbu devlet münferit ve müstakil olarak hâkim bulunmasına;

«Bu hususta nevama yabancıların şahsî ve hususî menfaatlerinden üstün bir inzibat ve emniyet kanunu mevcut olmasına, ve yabancılar bunun hilâfına olarak kendi memleketleri kanununun geldiklerinden ve noksanlarından istifadeye kalkışamayacakları ve âmme menfaatine müteallik kanunları tatbiksiz bırakamayacakları ve aksi takdirde ecnebî ana babaların Fransız ana babalarından mümtaz bulunmuş olacakları ve kızdıkları zaman çocuklarını yoksulluk ve mahrumiyet içinde brakmak kendileri için mümkün olacağı ve bu hal ise çocukları başkalarının sırtına yükleteceği ve acezenin miktarını arttıracacağı cihetle vazii kanunun kendi vatandaşlarına menettiği bir içtimaî kargaşalığı ihdas edeceği tabii bulunmasına;

«Teselsüle gelince bunun asıl olmayıp tarafların mukavelesinden veya kanunun emredici bir hükmünden münbais olmasına ve böyle bir vaziyet ise işbu davada gayri mevcut olduğundan teselsüle hüküm caiz bulunmamasına binaen ve ilâmı iptidaide zikredilip buna muhalif olmıyan diğer sebeplerden dolayı istinaf mahkemesi bi-dayet mahkemesinin âmme intizamına ve Fransız kanununun hü-

kümlerine ve hâdisenin icaplarına nazaran Guerrier oğlunun nafaka itasına doğru olarak karar verdiğini beyan ve ilâmı tastik ve mafih miktarını ayda ikiyüz franga tenzil eder. Ve mevzubahs nafakanın tediyesinde mösyü ve madam Guerrier arasında teselsül bulunmadığına hükmeyle» (7).

Ana baba İstinaf Mahkemesinin hükmüne ademi kanaatle davayı temyiz ederler. Temyiz Mahkemesi:

«Arthur Guerrier kendisi gibi İngiliz tabiiyetinde olan ve kendisi gibi *Boulogne sur Mer* mahkemesinde nafaka davası ikame etmiş ve müddeaaaleyhler, ecnebi olduklarını ve Fransada ikametgâh tesisine mezun bulunmadıklarını ileri sürerek mahkemenin selâhiyetsizliğini iddia etmişlerdir.

«Bazı kimselere karşılıklı olarak *nafaka mükellefiyeti tahmil eden kanunî hükümler, inzibat ve emniyet kanunlarına teallük etmekte* ve memleketin hüsnü intizamını bu hükümlerin memlekette oturan hiç bir ferd tarafından ihlâl edilememesile alâkadar bulunmakta olmasına binaen gerek bidayet, gerekse istinaf mahkemelelerinden mevzubahs nafaka talebinin tetkik ve rüyetine selâhiyeti mutazammın olarak sadir olan karar usul ve kanuna muvafık olduğundan hükmün tastikine...» karar vermiştir. 23 temmuz 1903. *Clunet*, 1904 s. 355.

Bu iki misalden anlaşıldığı üzere mahallî kanunda mevcut nafaka borcu, millî kanunda kabul edilmemiş olsa bile mahkeme yine nafakaya hükmeder. Zira İstinaf Mahkemesinin kararında müdellel surette beyan edildiği üzere bunda âmme intizamı alâkardır.

Fakat bu noktada meseleyi ayırmak lâzımdır: Taraflar, ya aynı tabiiyette olur, yahut başka başka tabiiyette bulunur. Aynı tabiiyette ecnebler hakkında mahalli kanundan fazlası için millî kanunun hükümleri tatbik olunur ise de taraflar ayrı ayrı tabiiyette bulunduğu takdirde kimin millî kanunu tatbik edilecektir? İşte âlimleri, mahkemeleri türlü türlü içtihatlarla sevkeden cihet budur.

Mösyö Weiss'in mütalâasına göre nafaka borcu, *alacaklının kanunile* taayyün eder. Bunu izah için diyor ki:

«Bir İtalyan, Fransız olan kardeşinden Fransada nafaka istiyor. İddiası kabul edilecek mi? Biz kabul edişmesine taraftarız; yani ala-

(7) Bu gibi ecnebi ilâmlarının tercümesinde mümkün olduğu kadar aslındaki hususiyetleri muhafazaya çalışıyoruz. Bizim tahrir tarzımıza tevafuk etmediğini de göstermek gayelerimizden biridir.

caklının milli kanunile borçlunun milli kanunu ihtilâf ettiği vakit birincisini tercih ederiz; hâdisede nafaka mükellefiyeti kendi lehine mevzu olan tarafın kanununu tercih ederiz. Borçlu Fransızın bu borçtan kurtulmak tarzında olan menfaati hesaba katılmaz. Fransız devletinin menfaatine gelince: tebaasından birinin kardeşine merhametsizliğile darülacezeye müracaatten başka bir çare bırakmamasını müstelzim olmaktan uzaktır.» (8).

Mösyö Durand da aynı fikirde olup, alacaklının kanununu tercih etmektedir (9).

Bu reye muhalif olarak bir takım müellifler borçlunun milli kanununun tatbikine taraftar olmuşlardır. Mösyö Olivi 1885 tarihli *Revue de Droit International* nüshasının 55 inci sahifesinde neşrettiği değerli bir makalede bu yolu tutmuştur: «Borçlunun kanunu kendisine nafaka mükellefiyeti tahmil ediyor mu, davacının kanunu kendisine bu hakkı vermese bile davacı nafakaya istihkak kesbeder. Bu kanun, nafaka mükellefiyetini koymamış mı, davacı hiç bir şey alamaz hattâ kendi milli kanunu nafaka istemek selâhiyetini serahaten bahşetse de.» diyor.

Mösyö Despagnet diyor ki: Eğer davacı, mahalli kanundakinden daha uzak bir derecedeki akraba arasında nafaka mükellefiyeti kabul etmiş olan bir yabancı kanunun hükmünü dermeyan ediyorsa borçlunun milli kanununa ittiba edilecektir. Filhakika bir borç ya tarafların iradesinden veya kanundan doğabilir. Mevzubahsımız olan keyfiyette nafaka borcunun validi olan kanun, kendisine tâbi olmayan bir şahsı emri altına alamaz. Meselâ bir İtalyan Fransada kardeşinden nafaka talep ettiği takdirde ancak kardeşi İtalyan ise nafaka alabilir. Bir Fransıza, tâbi olmadığı bir kanundan gelen bir mükellefiyet tahmil edilemez.»

Mösyö Despagnet alacaklının kanununu tercih edenler hakkında şöyle diyor:

«Bir çok müellifler, alacaklının milli kanununun tatbiki lehindedir. Şu sebeple ki nafaka borcu, bir himaye tedbiri olduğundan himaye edilecek şahsın milli kanunu tarafından tanzim edilmek icabeder. Bize bu sebp doğru gelirdi eğer ehliyetsizliğe müstenit bir himaye tedbiri mevzubahs olsa idi. Zira ehliyetsizlik milli kanuna

(8) Weiss. — Manuel de droit international privé. 1925. s. 505 - 506.

(9) Durand. — Essai de droit international privé.

tâbidir. Halbuki nafakaya istihkak insanîyet fikrine istinad eder. Bu ise statü personel prensibine yabancı bir telâkkidir.» (10).

Bu ikinci reye uygun iki mahkeme kararı gösterilebilir: Biri Anvers Hukuk mahkemesinin, diğeri Avusturya Yüksek Mahkemesinin kararı.

Anvers Hukuk mahkemesinin 8 ikinciteşrin 1900 tarihli kararında nafaka mükellefiyetinin aile hukukuna ve binnetice statü personele teallük etmesine binaen nafaka ile mükellef olması lâzımgelen (borçlunun) tarafın millî kanunu tatbik edilmek icabettiği ve hâdisede borçlunun millî kanunu olan Amerika kanunu nafaka mükellefiyetini sıhrî akrabaya teşmil etmediği cihetle müddealeyhin nafaka itasına mecbur olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Avusturya Temyiz mahkemesi 20 haziran 1906 da nafaka talebinin, müddealeyhin millî kanununa göre takdir edilmesi lâzımgeldiğine karar vermiştir. Bu karara göre bir Avusturya mahkemesi huzurunda bir kardeş tarafından diğerkardeşe karşı böyle bir talep vaki olduğu ve bu kardeşlerden biri Alman diğeri de Avusturyalı bulunduğu takdirde birincisinin mükellefiyetini Alman kanunu ve ikincisininkini Avusturya kanunu tayin edecektir. *Clunet*, 1909. 5. 863.

Yine bu fikri müeyyid olarak Roma Temyiz Mahkemesinin 22 nisan 1887 tarihli kararı da serdedilebilir:

Albina Aria, hemşiresi Comtesse Célestina Aria'dan nafaka talebinde bulunur. Hemşiresi aslen İtalyan iken Avusturya tebasından birisile evlenerek Avusturya tabiiyetine geçmiştir. Avusturya kanunu, kardeşler arasında nafaka borcunu kabul etmemiş olduğundan müddealeyhanın kendi millî kanununun hükmüne tevfikan nafaka talebini reddeder. Mahkemeye müddealeyhanın 26 nisan 1884 tarihli bir mektubu ibraz edilir. Bu mektupta müddealeyha, diğerkardeşleri de iştirâk ettikleri takdirde bir miktar nafaka vermeğe muvafakat etmiştir.

Roma Temyiz Mahkemesi 22 nisan 1887 tarihli kararına göre (ecnebinin hal ve ehliyeti ve aile münasebetleri ve binnetice aile mükellefiyetleri prensip olarak ecnebilerin şahsî kanununa tabi olacağından hususî sebepler bulunmadığı takdirde hâdisede Avusturya kanununun tatbikile davanın reddi icap edecek ise de hâdisede müddealeyhanın 1884 de muvafakati mevcut olduğunun nazarı itibare alınması lâzım gelmiştir. Bu fiil müddealeyhaca kendi millî kanunundan istifadeden vazgeçmeyi tazammun eder. Bu suretle Com-

(10) Despagnet. — Précis de droit international privé. s. 759 - 762.

tesse Aria sırf ihtiyarile bir nafaka borcu deruhte etmiş oluyor. İşbu borç, serbest bir irade mahsulü olmak itibarile usulüne muvafık ve neticeler tevlidine müsait bulunmaktadır.)

Roma Temyiz Mahkemesi bu kararında esas itibarile müddeaaaleyhhanın şahsî kanununa müracaatı kabul etmiştir. Müdeaaaleyhanın şahsî kanunu olan Avusturya kanununda ise kardeşler arasında nafaka borcu olmadığından Roma Temyiz Mahkemesi müddeaaaleyhayı kendi iradesile ilzam etmiştir. İradenin müdahalesini ihmal ederek kardeşler arasında nafaka hükmedilmesini İtalyan kanununun nafakaya müteallik maddesine istinad ettiren ve binaberin Temyiz Mahkemesinin bu kararında âmme intizamının tesirini gören müellifler her halde hata etmiş olsalar gerek. Temyiz Mahkemesinin noktai nazarı, müddeaaaleyhanın nafaka borcunun kanundan doğmayıp (çünkü Avusturya kanununda yoktur) sırf irade ve muvaffakatten doğduğu tarzındadır. Kararında İtalyan kanunundan asla bahsedilmemiş olsa idi İtalyan kanununun emrinden istifade ederek Temyiz Mahkemesi yine müddeaaaleyhayı nafaka ile mükellef ederdi.

Bir kısım müellifler de muhtelif sebeplerden dolayı *lex fori*'nin yani davayı rüyet eden mahkemenin kanununu tercih etmişlerdir. Meselâ Demangeat namındaki zat (*Condition des étrangers* p. 361) adındaki eserinde kanunların mülkiliği esasından hareketle nafaka borcu hususunda böyle milli kanunlar arasında ihtilâf bulunduğu takdirde mahallî kanunun tatbiki lehinde bulunmuştur. Zamanımızda Lerebours-Pigeonnière yine *lex fori*'nin tatbikini münasip ve zarurî görmektedir. Bu âlim de diyor ki: «Millî kanunlar arasından herhangi birini tercih keyfi olacağından muhtelif tabiiyette yabancılar hakkında bunların milli kanunlarının yerine *lex fori*'yi ikame etmek lâzımgelir.»

Daha bir takım müellifler de iki tarafın milli kanunlarından birini seçmekten vazgeçmekle beraber *lex fori*'ye müracaatı da lüzumsuz görmektedirler. Bunlara göre «herhangi bir mahkûmiyet için bir alacaklı ve bir borçlu bulunmak lâzımdır. Halbuki zıt kanunlara tâbi muhtelif tâbiyetteki kimseler arasındaki nafaka borcunda ya alacaklısız bir borçlu veya borçlusuz bir alacaklı bulacağından mahkûmiyet daima imkânsız olacaktır. A. Chrétien'in Roma Temyiz Mahkemesinin yukardaki kararı hakkındaki notuna bakınız. *Clunet*. 1889. s. 162.

Bu son mütalâada bulunanlar, nafaka borcunu münhasıran ahkâmı şahsiyeden addettikleri için bu neticeye varıyorlar ki merdut-

tur. Mahalli cemiyetin alâkasını hiçe saymaları, evvelce arzettiğimiz esbap dolayısıyla hatalıdır.

Millî kanunlar arasında intihap yapmak imkânsız olduğunu ileri sürerek *lex fori*'yi ortaya atanlar da kısmen hata ediyorlar. Zira *lex fori* haddi akal itibarile zaten alâkadardır, Yani mahalli kanunun tayin ettiği derecede akraba arasında nafaka borcu esasen mevcuttur; ve millî kanunlara rağmen mevcuttur. Ondan ötesi için yine *lex fori*'yi tatbik deriz demek abestir. Biz böyle bir ihtimal karşısında hangi kanuna göre nafaka borcu tanımak lâzımgeldiğini tayine çalışmaktayız. Böyle bir vaziyette ise borçlunun millî kanununu esas ittihaz etmek daha doğru olur. Vakıa yalnız borçlunun kanununa itibar edilmekle borcun mütekabiliyet hassası, (karşılıklı olması) keyfiyeti selbedilmiş oluyor. Zira olabilir ki alacaklının kanunu alacaklıya borçludan nafaka istemeğe hak vermez. Fakat nafaka mükelleyetinin karşılıklı olması dahili hukukun bir kaidesidir ki devletler hukuku prensipleri tarafından bertaraf edilebilir. Nasıl ki yukarıda naklittiğimiz Avusturya Yüksek mahkemesinin kararında bu yol tutulmuştur.

Şu söylediklerimizden çıkan neticeyi hülâsa edersek deriz ki:

Nafaka borcunu tayinde mahalli kanuna (âmme intizamına) münafi olmamak şartile alâkadarların millî kanununa bakılır. Alâkadarlar muhtelif tabiiyette oldukları ve millî kanunları ayrı ayrı hükümleri muhtevi bulunduğu takdirde borçlunun millî kanunu esas ittihaz edilir.

Şunu da ilâve edelim ki nafaka borcu bir Türk ile bir ecnebi arasında mevzubahs olduğu zaman Türk kanunile yabancı kanun arasında tercihe mahal olmadığından tabiatile Türk kanunu tatbik olunur; Türk olan taraf, ister davacı ister müddealeyh olsun.



II. — *Türk mahkemeleri ecnebilere ait nafaka davalarını rüyet edebilir mi?* — Meselemizi kanun bakımından bu suretle hallettikten sonra bir de Türk mahkemelerinin hakkı kazası yani selâhiyeti noktasından tetkik etmek icabeder.

Nafaka borcunu 1330 tarihli muvakkat kanunun dördüncü maddesinin ikinci fıkrası hükmüne soktuğumuz takdirde öyle bir zehap hasıl olur ki bu nafaka borcunu ancak oradaki şartların tahakkuku halinde Türk mahkemelerinin rüyete selâhiyettar olabileceği davalardan olur. Bu şartlar hangileridir?

1 — Tarafların kendi rızaları ile müracaatı; 2 — Türk vatandaşlarının alâkadar olması; 3 — Türk mahkemelerinde rüye edilmekte olan bir davaya müteferri olması.

İşte bu üç şarttan biri tahakkuk ettiği surettedir ki Türkiye Cumhuriyeti Mahkeme'lerinin ahkâmı şahsiyeye müteallik davaları rüye selâhiyeti bulunur. Aksi takdirde rüyet edemez. Türk vatandaşları alâkadar değil; Türkiye mahkemelerinde görülen hiç bir davaya da müteferri değil. Şu halde tarafların muvafakati aranılacak. Müddeaaaleyh Türk mahkemelerinin selâhiyetini kabul etmediği takdirde bu dördüncü maddeye nazaran Türk mahkemeleri nafaka davalarına bakamayacak demek oluyor.

Acaba nafaka borcunu böyle bir dava mı telâkki edeceğiz? Kanaatimizce hayır. Bunu teyid eden bir de Temyiz Mahkemesinin bir kararı var. Keza bu kanaatimizi besleyen diğer memleketlerin içti-hadı mehakimi var.

Kanaatımızın istinadettiği sebepleri, geçen nüshadaki makalemizde uzun uzadıya izah ettik (11). Bu makalemizin başında nafaka borcunun mahiyeti hakkında serdettiğimiz mütalâaya nazaran da nafaka borcunda Türk âmme intizamının rolü gayet mühimdir. Amme intizamının karşısında ne şahsın iradesi, ne de yabancı kanunun iradesi nafiz olamaz. Dahili âmme intizamında buna muhalif ferdi irade nasıl hükümsüz kalırsa beynelmilel âmme intizamında da yabancı kanunların hükmü öylece amelden sakıt olur. Kanunların hükümsüz kaldığı noktalarda şahsi iradeye artık yer kalmıyacağı bedihidir. Bahusus ki bu kaideyi tazammun eden muvakkat kanunun evvelki makalemizde şerh ve tefsir ettiğimiz ikinci maddesi açık bir hükmü ihtiva eder: *Memleketin emniyet ve asayişine müteallik kanunlar ve nizamlar yabancılar hakkında da meridir.*

Bu makalemizdeki izahlarımızla cemiyeti yakından alâkadar ettiği sabit olan ve âmme intizamına bağlılığı asla şüphe ve tereddüde mahal vermemiş olan nafaka borcu memleketin emniyet ve asayişine müteallik kanunlar sırasına girince kanun yabancılar hakkında da meriyeti ve bu meriyetin âmme kanunlarla temini lüzumu da evleviyyette kalır. Binaenaleyh bu hususta tarafların rızası artık mevzubahs olamaz.

Şu halde deriz ki Türk kanununun nafaka borcu hakkındaki hükmünü yerine getirmek için Türk mahkemelerinin hakkı kazası, selâhiyeti mutlaktır. Türkler hakkında carî olduğu gibi yabancılar

(11) Hukuk Fakültesi Mecmuası. cilt V, 1939, s. 107.

hakkında da cari olur. Artık diğer statü personel meselelerinde arandığı gibi tarafların rızası aranılmaz. Fakat Türk kanununun hududunu aşan bu nafaka borcu hakkında Türk mahkemelerinin salâhiyeti, mutlaka tarafların rızasına veyahut diğer iki şarttan birinin tahakkukuna mütevakkıf olur. Zira Türk kanununun tahmil etmediği bir mükellefiyet için âmme intizamı mevzubahs olamaz ki kanunları alelusul Türk mahkemelerinin kazai kudreti müdahale edebilsin.

Şu noktai nazarımızı teyid eden diğer memleketler mahkemelerinin kararlarından muhtelif meselelere ait birer misal arzedelim: Evvelâ nafaka borcu milli kanunda bulunmadığı halde mahalli kanunda emredilmiş olması halinden misaller:

Bu hususta Fransız mahkemelerinin içtihadı müessestir. Paris sulh mahkemesinin yukarda zikrettiğimiz 10 temmuz 1903 tarihli kararı ile Amerika kanunları hilâfına olarak Fransız kanunu mucibince bir Amerikalı damadı Fransız olan kaynanasına nafaka vermeğe mahkûm etmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi İngiliz kanunu hilâfına olarak bir İngiliz ana babayı, keza İngiliz olan oğullarına nafaka vermeğe mahkûm etmiştir. Bu iki halde dermeyan edilen salâhiyet itirazını mahkeme redetmiş ve nafaka borcu âmme intizamına müteallik olmak itibarile yabancılar hakkında da mecburi bulunduğundan bunun meriyetini teminle mükellef olan mahkemelerin davayı rüyete salâhiyettar bulunduğunu sarih ve kat'i bir lisan ile ifade eylemiştir.

Viyana yüksek mahkemesinin 1 mart 1905 tarihli kararı da Avusturyada mukim yabancı ana babadan Avusturyada doğan nesebi gayrisahih bir çocuğa nafaka verilmesini Avusturya kanununa tebean hüküm suretile aynı yolu tutmuş demektir. *Clunet. 1905 s. 1208.*

Saniyen nafaka mükellefiyeti milli kanun tarafından kabul edilmekle beraber müddeaaaleyhin selâhiyet itirazı dermeyan etmesi hali vardır. Mahalli kanun, nafaka borcunu kabul etmiş olduğu ve bu da âmme intizamını alâkadar ettiği cihetle mahalli mahkemelerin buna müteallik davaları rüyete salâhiyettar olduğuna dair keza mahkeme kararları mevcuttur.

Fransız mahkemeleri yalnız nafaka davaları hakkında değil, umumiyetle bütün muvakkat ve acil tedbirler hakkında salâhiyet cihetini iltizam etmişlerdir. Geçen makalede de arzettiğimiz veçhi-

le esas davada salâhiyettar olmadıkları halde esasa müteferri muvakkat tedbirleri ittihazı âmme intizamı mülâhazasile salâhiyettar olduklarını Fransız mahkemeleri ve ailehusus Fransız Temyiz Mahkemesi muhtelif ve muttarit kararlarla ilân etmiştir.

Alger (Cezair) İstinaf Mahkemesinin 26 birincikânun 1888 tarihli kararı:

«Ecnebi memlekette ikame edi'len ayrılık veya boşanma davasının devamı müddetince ecnebi kadına muvakkat bir mesken tayini, *hukuku tabüyenin babaya ve kocaya tahmil ettiği nafaka mükellefiyetinin icra ve tenfizi*, karı kocadan birine çocuğun tevdi, *intizamı, adabı ve emniyeti alâkadar eden tedbirlerden olduğu* ve bina-berin bu tedbirlerin inzibat ve emniyete müteallik kanunun icrasına müteallik bulunduğu cihetle Fransız mahkemeleri, talep vukunda bu hükümlerin Fransız ülkesinde yaşayan yabancılar hakkında da tatbikine karar vermek hususunda salâhiyettar olduğunu» tahtı hükme almıştır.

Seine mahkemesinin 22 mart 1890 tarihli kararı:

Madam Jasienski kocası aleyhine evlenmenin feshi zımında açtığı davada kendisine ait olan emlâkin idaresine ve bu emlâkin kiralalarını nafakasına sarfa mezuniyet talep etmiştir. Müddeialeh tarafeyinlerin ecnebiligini ve davanın statü personele teallük ettiğini ileri sürerek mahkemenin salâhiyetsizliğini iddia etmiştir. Mahkeme ise bu itirazı reddetmiştir.

«Madam Jasienski kocasının muvafakatile Pariste yerleşmiş ve ikametgâh tesis etmiştir. Kocasını gerek Fransada gerek hariçte bir meskeni olduğunu dermeyan etmemiş ve Madam Jasienski'nin davasını hangi memleket mahkemesinde ikame edebileceğini de beyan etmemiştir. Esasen evlenmenin feshi hakkındaki davanın devamı müddetince müddeiyenin infak ve iâşesini temin için muvakkat tedbir ittihazı mevzubahs olduğu cihetle *nafaka talebini tetkike mahkemenin salâhiyeti derkâr bulunduğu*ndan, salâhiyet itirazının reddine ve esasa girişilmek üzere mahkemenin onbeş gün sonraya talikine karar verildi». *Clunet*. 1890 p. 860.

Fransız Temyiz mahkemesinin 27 mart 1922 tarihli kararında nafaka borcu inzibat ve emniyete müteallik kanunlara müteferri olduğundan buna dair olarak ecnebler arasında tahaddüs eden davanın da Fransız mahkemelerinde rüyet edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki:

«Temyiz istidasında evvelemirde Madam Térestchenko tarafından kocası ve kaynanası aleyhine ikame edilen nafaka davası, Fransada ikametgâh tesisine gayrimezun ecnebler arasında Rus aile hukukuna müteferri olarak tahaddüs etmiş olduğu için Fransız mahkemelerinin rüyete sureti katiyede salâhiyettar olmadığı davalarından bulunduğu ve diğer taraftan davada müddeaaaleyhlerden Mösyü Térestchenko hakikî hasım ise de Fransada ikametgâh veya mesken sahibi olmadığı ve Cannes'de mukim olan Madam dul Térestchenko dahi zahiren müddeaaaleyh (cali hasım) olduğundan ona karşı olan dava esası kanuniden mahrum bulunduğu cihetle, Seine mahkemesinin davayı rüyet edemiyeceği aşikâr iken işbu nafaka davasında Seine mahkemesinin salâhiyet kararı vermiş olmasının kanuna muhalif olduğu dermeyan edilmiştir.

«Mamafih bazı kimselere karşılıklı olarak *nafaka mükellefiyeti* tahmil eden kanunî hükümler, *inzibat ve emniyete müteallik kanunlara taallük ettiği* ve memleketin inzibatı bu kanunî hükümlerin memlekette oturan hiç bir fert tarafından ihlâl edilmemesile alâkadar bulunduğu gibi zikri geçen kararda Madam Térestchenko'nun kocasının iznile aktettiği icar mukavelesine nazaran Pariste Pierre-Charron sokağında mukim olup mahalli mezkûrde çocuklarile birlikte yaşadığı tesbit edilmiş olmasına ve dul Madam Téreschenko'nun Fransada ikametgâh sahibi olduğunu tesbit etmesi üzerine, hakikati halde Pariste Spontini sokağında 31 numarada mukim bulunduğu hüküm altına alınmış bulunmasına -ve dul Madam Téreschenko'nun diğer müddeaaaleyhi tabii hâkimlerden uzaklaştırmak maksadile mahkemeye celbedilmiş cali bir hasım olduğu iddiasına gelince işbu def'in dosya münderecatına ve mahkeme kararına nazaran esas davaya bakan hâkimler önünde serdedilmemiş olmasına ve bunun ise temyizde ilk defa dermeyan edilmesi caiz bulunmamasına binaen itirazatı vakıanın reddile hükmün tasdikine...» karar vermiştir. *Clunet*. 1922 p. 155.

Türk Temyiz Mahkemesi ikinci hukuk dairesinin 1 ikinciteşrin 1937 tarihli kararında - kanaatımızca - nafaka borcunun âmme intizamına taallûku itibarile ecnebilere de şamil olmasına ecnebi olan müddeaaaleyhin rızası alınmaksızın nafaka davalarının Türkiye mahkemelerinde rüyet edilebileceğine hükmolunmuştur.

«Dava: babası müddeaaaleyh kendisine bakmadığı gibi mütevaf-fa anasından intikal eden Maçkapalas otelindeki (apartımanındaki)

hissesinde de intifa ettirmediyinden ve kendisi hasta ve muavene- te muhtaç olduğundan bahisle ayda 150 lira nafaka takdiri isten- miştir.

«Karar: Müddeaaaleyhe bakmak üzere, kızı davacının ya- nına gelmesini istemiş ise de davet ettiği kendi evi olmayıp dava- cının teyzesinin oturduğu ev olmasına ve mezburenin hasta ve ça- lışamayacak bir halde ve muhtacı muavenet olduğu tıbbi adli rapo- rile tahakkuk etmesine mebni ehli vukufun ihbarile takdir edilen 125 lira nafakanın babası müddeaaaleyhten tahsiline karar veril- miştir.

«Temyiz eden: Müddeaaaleyh vekili H. S.

«Temyiz talebinin müddeti içinde vuku bulduğu görülüp kabulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıl- dıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

«Lozanda 24 temmuz 1923 tarihinde imza edilmiş olan ikamet ve adli salâhiyet mukavelenamesinin tarafımızdan feshedildiği İtal- ya hükûmetine 3 ağustos 1930 tarihinde tebliğ edilmiş ve bu tarihten bir sene sonra mevzubahs mukavelename kendiliğinden münfe- sih olmuş olduğuna göre mahkemenin salâhiyetsizliğine mütedair maddesinde «nafaka vermek mecburiyetinde olan kimse bunu ya bir nafaka bağlamak veyahut evine alarak bakmakla yapar» diye ya- zılı ise de müddeaaaleyhin davacıyı bakmak üzere davet ettiği yer kendi evi olmayıp mezburenin teyzesinin oturduğu ev olmasına ve müddeaaaleyhin hasta ve çalışarak hayatını kazanamayacak bir hal- de olduğu tıbbi adli raporu ile tahakkuk etmiş olmasına ve dava- cının vaziyetine ve müddeaaaleyhin gelirine göre ayda 125 lira nafa- kanın kadri maruf olduğu ehli vukufun ihbarından anlaşılmasına diğer itirazlarda varid olmadığından cümlesinin reddile hükmün tas- dikine ve aşağıda yazılı temyiz masraflarının temyiz eden taraftan alınmasına 1 teşrinisani 1937 tarihinde ittifakla karar verildi.»

Temyiz Mahkemesi ikinci dairesinin bu kararı, ecnebilere mü- teallik nafaka davalarında Türk mahkemelerinin salâhiyetini mü- tazammın olmak itibarile makalenin başından beri arzettiğimiz nok- tainazara tamamen muvafıktır.

Kararı, evvelâ salâhiyet cihetinden tetkik edelim: Aynen nak- lettığımız karara nazaran müddeaaaleyh yalnız Lozan muahedesine merbut ikamet ve adli salâhiyet mukavelesinde münderiç «taraf-

ların tahriri muvafakatleri» şartının bulunmadığına istinadederek Türk mahkemesinin nafaka davasını rüyete salâhiyetsizliğini iddia etmiştir. Temyiz ilâmında salâhiyet itirazının başka bir sebebe de ayrıca istinad ettirildiğine dair hiç bir kayıt mevcut değildir. «Diğer itirazlar da varit olmadığından» kaydinden başkaca bir salâhiyet itirazı daha dermeyeran edildiği hükmünü çıkarmak bilmem ne dereceye kadar doğru olur.

Müddeaaleyhin salâhiyet itirazı münhasıran muahede hükmüne dayandığı takdirde böyle müddeti münkazi olmuş bir muahede ile ihticacın bisud olduğunu beyandan başka bir yol olmasa gerek. Zira Temyiz mahkemesi müddealeyhe (yani temyiz edene): «Sizin âmme intizamına taallük eden nafaka davasında kendisile ihticac edemiyeceğiniz muvakkat kanunun dördüncü maddesi var. O size zahiren ne kadar mülâyim gelse de nafaka meselesinde işinize yaramıyacak olduğundan ona istinaden de salâhiyet itirazı dermeyeran edemezsiniz» diye bir «itirazı mukaddere» cevap verir gibi bu yolun kendisine kapalı olduğunu söylemeğe hiç bir suretle mecbur değildir. Bir de muvakkat kanunun dördüncü maddesi ecnebilere müteallik ahkâmı şahsiye davalarında tarafların rızalarile Türk mahkemelerinin salâhiyeti tahakkuk edeceğini kabul ettiğine göre bu rızanın aleni veya zimni olmasında hiç bir beis olamayacağından muvakkat kanunun dördüncü maddesine dayanarak salâhiyet itirazı dermeyeran etmemiş olan müddealeyh mahkemenin bu bakımdan salâhiyetini reddetmemiş (yani zimnen kabul etmiş) sayılacağı cihetle buna binaen asliye mahkemesi davayı rüyet ettikten sonra Temyiz Mahkemesinin kendiliğinden muvakkat kanunun dördüncü maddesini kurcalamaması kadar tabii bir şey olamaz.

Mamafih öyle olmayıp da müddealeyh salâhiyetsizlik iddiasını münfesih bir muahedeye istinad ettirecek yerde muvakkat kanunun dördüncü maddesindeki hükme bina etmiş olsa idi o zaman tabiatile Temyiz Mahkemesi nafaka meselelerinde âmme intizamı mevzubahs olmak ve bu da muvakkat kanunun ikinci maddesi mucibince ecnebilere de şamil mükellefiyetler cümlesinden bulunmak itibarile dördüncü madde de mezkûr, tarafların rızası şartının bu hususta cari ve müessir olamayacağını ileri sürer ve yine mezkûr davayı Türk mahkemesinin rüyete salâhiyettar olduğuna hüküm verir idi.

İşte bu mülâhazalara binaen Temyiz Mahkemesinin kararında muvakkat kanunun dördüncü maddesine temas edilmemiş olmasını

pek yerinde buluruz. Temyiz Mahkemesi, sizin için ihticaca salih olmıyan bu metinden ne sebeple istifadeye kalkışmadınız, diye soramazdı ya! Hele öyle bir şey yapsa idiniz, sizi aynı muvakkat kanunun ikinci maddesiyle iskât ederdim demesi lâzımgelirdi.

Binaenaleyh Temyizin muvakkat kanundan bahsetmeyişi, başka türlü izah ve alehusus bu metnin muahde ile feshedildiğine işaret edilmek istenildiğini hamle imkân görmem.

Şu halde Temyiz mahkemesinin bu kararı, ecnebilere müteallik nafaka davasında Türk mahkemelerinin salâhiyetini mutlak surette kabul etmiş oluyor ki sebebi nafaka borcuna mütedair kanunî hükümlerimizin emniyet ve asayişe müteallik kanunlar cümlesinden bulunması ve bu itibarla ecnebilere hakkında da meri olmasıdır. (muvakkat kanunun ikinci maddesi).

Şüphe yok ki işbu karar, âmme intizamına müteallik ufacık bir kaydi ihtiva etmiş olsa idi, tereddüde mahal bırakmaz ve kararın bu derece incelenmesine hacet kalmazdı.

Saniyen kanun bakımından kararı tetkik edersek görürüz ki hükümde İtalya kanununun 145 inci maddesinden bahsedilmiş olmasına rağmen nafaka borcu itibarile evvelemirde Türk kanunu tatbik edilmiştir.

Usul ve fûru arasında nafaka borcu Türk kanununda mevcut bir mükellefiyet olduğundan mahkeme buna istinadetmiştir. Nafaka borcunun eda sureti, bizde âmme intizamını alâkadar etmeyen cihettir. Binaenaleyh mahkemenin bundan bahsetmemesi gayet tabiidir. Mahkeme, yalnız nafaka bağlamak veya evine alarak bakmak şıklarından birini ihtiyara kendi milli kanunu mucibince salâhiyettar olan müddeaaleyhin ikinci şıkkı da şarta riayetsizliği yüzünden ihtiyar edemeyeceğini söylemekle iktifa etmiştir.

Binaenaleyh bu karara karşı hem âmme intizamına binaen davasının Türk mahkemelerinde rüyetini kabul ediyor, hem de yine yabancı kanundan bahsediyor diye bir itiraz serdedilemez. Şu halde kanun bakımından mahkemenin kararı, salâhiyet cihetinden istinad ettiği esasa sadıktır. Ecnebilere müteallik nafaka davalarında tarafların rızası aranılmaksızın Türk mahkemelerinin salâhiyeti teslim edilmek lâzımdır. Zira nafaka borcunda kanuni emirlerin meriyeti başka suretle temin edilemez.

Nafaka borcu hakkında bir memleket mahkemesinden verilen kararların tenfizi meselesine gelince her memlekette müttehaz usule

göre «ecnebi mahkemelerden verilen ilâmların tenfizi» kaidelerine tâbidir. Bizde Usulü Muhakeme Kanunumuzun bu baptaki hükümleri malûmdur. Ancak şunu ilâve edelim ki nafakaya ait mahkûmiyetin diğeri memleketlerde de sûratle tenfizini temin edecek yollar aranılmaktadır (12). Bu yol bulunursa bizim Usulü Muhakeme Kanunumuzun buna dair hükümlerinin tâdil edinilmesi de pek muhtemeldir.

Ord. Prof. Muammer Raşit Sevig

(12) Projet d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires, élaboré par la conférence de La Haye de droit international privé (5^e session).

Projet d'une convention sur l'exécution à l'étranger des jugements en matière alimentaire, élaboré par le sous-comité juridique du comité pour la protection de l'enfance.

Convention concernant la reconnaissance et l'exécution réciproque des jugements en matière civile signée à Kaunas le 14 nov. 1935 (entre l'Estonie, la Letonie et la Lithuanie, entrée en vigueur pour toutes les parties contractantes le 10 Janv. 1936).