

NAFAKAYA UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN SORUNLAR

I. Giriş, II. MÖHUK'ta Nafaka Taleplerine Uygulanan Hukuk, III. La Haye Sözleşmesine Göre Nafaka Taleplerine Uygulanan Hukuk IV. Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında MÖHUK Sisteminin Uygulanma Alanı Tartışması, V. Geçici Tedbir Şeklindeki Nafaka Taleplerine Uygulanan Hukuk, 1. Geçici Tedbir ve Uygulanacak Hukuk Hakkında Öneriler ve MÖHUK m. 13/III'ün Anlamı 2. Geçici Tedbir Taleplerinin Hukuki Niteliği 3. La Haye Sözleşmesinde Geçici Tedbirlere Uygulanan Hukuk.

I — GİRİŞ

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezinde nafaka taleplerine uygulanacak hukuka ilişkin sorunlar hakkında tartışmalı bir toplantı yapılmıştır. Toplantıda: MÖH-UK sisteminde nafaka taleplerine uygulanacak hukukun Türkiye için 1983'te yürürlüğe giren¹ "1973 tarihli Nafaka Yükümü Konusunda Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi"² karşısında **uygulanma alanı** ve nafakanın **ihiyatı tedbir** olarak talebi halinde hangi hukuka tabi olduğu konuları üzerinde durulmuştur. Aşağıda kısa bir genel açıklamadan sonra tartışma açılan konularda ileri sürülen görüşler belirlenecektir. Toplantıda tartışılması kararlaştırılan değişken statü sorunları ve kamu düzeni uygulamasına ileride yayınlanacak Bülten'lerde yer verilecektir.

II - MÖHUK'ta NAFAKA TALEPLERİNE UYGULANAN HUKUK

Yabancı unsur taşıyan ilişkilerde MÖH-UK'a göre nafaka taleplerine uygulanacak hukuk bakım nafakası ve yardım nafakası

ayırımı gözönünde tutularak tesbit edilmektedir. Eğer talep, bakım nafakası hakkında ise uygulanacak hukuk mevcut aile hukuku ilişkisine hakim olan hukuka tabi tutulur³. Mesela evlilik dışı nesep ilişkilerinde nesebe uygulanan hukuk, evlat edinmede evlât edinmenin hükümlerine uygulanan hukuk; evlilik birliği içinde, evlenmenin genel hükümlerine uygulanan hukuk, boşanma veya ayrılık halinde ise boşanma veya ayrılığa uygulanan hukuk nafaka statüsü olarak kabul edilir. Yardım nafakasına ilişkin talebe ise MÖH-UK m. 21 uyarınca nafaka borçlusunun milli hukuku uygulanacaktır.

III - 1973 NAFAKAYA UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA LA HAYE SÖZLEŞMESİNE GÖRE NAFAKA TALEPLERİNE UYGULANAN HUKUK

Türkiye için 1983'te yürürlüğe⁴ giren 1973 tarihli Sözleşmeyi onaylayan devletler için Sözleşme hükümlerinin uygulanması,

1) *Metin için bkz. RG. 6.2.1983-17951. Yürürlüğe giriş tarihi 1.11.1983'tür. (Bkz. Revue Critique de droit international privé 1984, 203).*

2) *Sözleşme anlamayı kolaylaştırmak için metinde genellikle Nafaka Sözleşmesi olarak anılacaktır.*

3) *Bkz. TEKİNALP G. Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 2. bası, İstanbul 1983, 172 vd.; dolaylı bir şekilde ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Alanında TC. nin Katıldığı Sözleşmeler (1984-1985 Ders Yılı Notlarına İlişkin) İstanbul 1985, 38; NOMER, Devletler Hukuku, 3. bası, İstanbul 1984, 246.*

4) *Sözleşmeye göre yürürlük onay belgelerinin Hollanda Dışişleri Bakanlığa tevdiinden itibaren 3. ayının 1. günü başlar (m. 25 II).*

nafaka talep eden kişinin vatandaşı bulunduğu devlet veya mutad meskeninin bulunduğu devletin sözleşme tarafı olmasını gerektirmemektedir. Sözleşmenin 3. maddesi hiç bir karşılıklı aranmadığını hüküm altına almıştır. Bu durumda, kim talep ederse etsin "nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku" şeklinde tesbit edilen bağlama kuralı Sözleşmenin kapsamına giren bütün nafaka taleplerine uygulanacaktır.

Sözleşme, ihtirazi kayıtlar nazara alınmazsa, evlilik dışı nesep dahil her tür nafaka talebini kapsamına almaktadır (m. 1). Ayrıca Sözleşmede basamaklı bir bağlama kuralı sistemi öngörülmüştür. İlk basamağı, yukarıda anılan, "**alacaklının mutad meskeni hukuku**" teşkil etmektedir. Eğer bu hukuka göre nafaka temini mümkün değilse ve mevcut ise ikinci basamağı teşkil eden tarafların "**müşterek milli hukuku**" uygulanacaktır. Buna göre de sonuç olumsuzsa "**müracaat makamının hukuku**" uygulanacaktır. Sözleşmenin bu üç basamaklı bağlama kuralı sisteminin uygulanmasından bazı hallerde vazgeçilebilmektedir. Bunlardan bir tanesi ve en genel olanı bağlama kuralına göre tesbit edilen hukuktaki nafaka hükmünün **kamu düzenine** aykırılık teşkil etmesi halidir (m. 11). İkincisi ihtirazi kayıt bulunan hallerle ilgilidir. **İhtirazi kayıtlardan** birisi 1. basamaktaki kural yerine ağırlıklı bir müşterek milli hukukun uygulanmasına ilişkindir (m. 15). Daha açık bir ifade ile nafaka alacaklısı, borçlusu ve müracaat makamı aynı milli hukuka sahipse ve Sözleşmeyi onaylayan devlet, Türkiye gibi, bu konuda ihtirazi kayıt koymuşsa artık o hukuk uygulanmaktadır. Bunu "lex fori"nin uygulanması olarak da isimlendirmek mümkündür. Ancak bunun nafaka alacaklısı ve borçlusunun milli hukukları ile aynı olma şartı gözden uzak tutulamaz.

Bir diğer ihtirazi kayıt, Sözleşmenin **civar hısımları, sıhri hısımlar** veya boşanma veya evliliği sona erdiren diğer hallerde eğer karar **duruşmada hazır olmayan tarafın** mutad meskeninin bulunmadığı bir ülkede gıyapta verilmişse bu kişiler arasındaki taleplere uygulanmaması hakkında olabilir ki Türkiye bu kaydı civar ve sıhri hısımlar hakkında koymuştur (m. 14 b. 1, 2). Türkiye'nin koymadığı bir ihtirazi kayıt imkanı Sözleşmenin sa-

dece eşler arasındaki taleplere veya sadece küçüklerin taleplerine uygulanması hakkındadır (m. 13).

Sözleşmedeki bağlama kuralının uygulanmayacağı üçüncü hal evliliğe son veren statünün, meselâ, boşanmaya uygulanan hukukun bu konuda nafaka talebine de uygulanmasıdır. Aynı durum evlilik hakkında ayrılma, butlan veya iptal kararı verilmesi hallerinde de sözkonusudur (m. 8). Son anılan hallerde ayrılık, iptal veya butlan kararına hangi hukuk uygulanmışsa nafakaya da o hukuka göre karar verilir.

Türkiye ihtirazi kayıt koyduğu için, Türkiye açısından ortaya çıkmayan fakat genelde Sözleşme hükümleri arasında (m. 7) düzenlenmiş bulunan bir **itiraz hakkı** da Sözleşmedeki esas bağlama kuralının uygulanmasını engelleyen dördüncü haldir. Civar ve sıhri hısımlara karşı nafaka mükellefiyeti hallerinde borçlu müşterek milli kanunları veya bu yok ise müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu devlet kanunlarında nafaka mükellefiyeti olmadığı **itirazını** ileri sürebilir. Beşinci hal ise La Haye Sözleşmesinin tarafı devletlerin kendi aralarında aynı konuda **başka bir sözleşme** imzalamış olmaları⁵ veya ileride imzalamaları halinde La Haye Sözleşmesinin bir engel teşkil etmediğidir (m. 19). son olarak da kamu kuruluşunun, yaptığı ödemeleri gerçek nafaka borçlusundan geri alınırken bu **kuruluşun kendi kanunu** uygulanacaktır.

5) 1973 Sözleşmesinin uygulanmadığı, fakat bağlama kuralındaki merkez kavramı değiştirmede için buraya alınmayan bir hal de şudur: Bir tarafta Türkiye gibi hem 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesini hem de 1973 tarihli Sözleşmeyi onaylamış bir devlet diğer tarafta ise sadece 1956 Sözleşmesini onaylamış bir devlet varsa, bu devletler arasında çocuklar açısından sadece 1956 Sözleşmesinin uygulanacağıdır. Çünkü, Sözleşmenin 18. maddesinde yer alan hükme göre 1973 Sözleşmesi, taraf olan ve m. 13/b. 2'deki ihtirazi kaydı koymayan devletler arasında 1956 tarihli Sözleşmenin yerini almaktadır. [Ayrıca bkz. ULUOCAK, (dn. 3), 41 vd.]

IV - LA HAYE SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ KARŞISINDA MÖHUK SİSTEMİNİN UYGULANMA ALANI HAKKINDA TARTIŞMA

Sözleşmenin ilgi çeken yanlarından birisi karşılıklılık şartı gözetilmeksizin uygulanması ise diğeri bağlama kurallarından bazılarında **atfın** açıkca reddedilmiş bulunmasıdır. Daha açık bir ifade ile Sözleşmedeki esas bağlamayı teşkil eden nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku, kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmaksızın sadece iç maddi hukuk kuralları ile uygulanacaktır (m. 4). Tartışma, Sözleşmede yer alan diğer basamak-taki bağlama kuralları, hatta itiraz imkanlarını düzenleyen maddelerde zaman zaman bu açıklığın bulunmamasından çıkmıştır. Gerçekten de alacaklının mutad meskeninin (m. 4), müracaat makamının (m. 6) **iç hukukunun** uygulanacağı Sözleşme metninde tereddüde yer vermiyecek şekilde açıkça⁶ belirtildiği halde, diğer maddelerde durum böyle değildir. Mesela, müşterek milli hukukun uygulanmasında (m. 5, 7) aynı açıklık yoktur. Özellikle 7. maddede tarafların **müşterek milli hukuku** uygulanır, eğer aynı vatandaşlıkta değilse borçlunun mutad meskeninin **iç hukuku** uygulanır hükmü tereddütleri artırıcı niteliktedir. Aynı şey kamu kurumunun yaptığı ödemeleri geri istemesi halinde tatbik edilecek "kamu kurumunun tabi olduğu hukuk" için de söylenebilir (m. 9).

Sözleşmenin yorumunu yapan yazarların bir bölümü⁷ metindeki bağlama kurallarının tümünde birinci basamaktaki kural gibi atfın uygulanmaması gerektiğini yanı bağlamada belirtilen hukuktaki iç hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini ileri sürerlerken diğer bölümü kanunun Sözleşme metnine daha açık aksetmiş olması gerektiğini ileri sürmektedir⁸.

Diğer yandan La Haye Nafaka Sözleşmesi gib bazı Sözleşmelerdeki amacın belli bir konuda müşterek hukuk⁹ yaratmak olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu konuda devletlerin amaca uygun ortak yorum ve uygulamasının yol gösterici olacağını söylemek doğru olur. Uygulamanın özellikle metinden doğan tereddütleri ortadan kaldıracığı muhakkaktır.

V - GEÇİCİ TEDBİR ŞEKLİNDEKİ NAFKA TALEPLERİNE UYGULANAN HUKUK

Yabancı unsurlu nafaka taleplerinin Türkiye'de ihtiyatı tedbir¹⁰ şeklinde talep edileceği haller HUMK m. 101'de işaret edildiği gibi M.K.'da nafaka talebinin sözkonusu olduğu bütün hallerdir. Meselâ: Medeni Kanunda evlilik birliği devam ederken kadının kocasından, çocuğun babasından (MK. m. 152), müşterek hayatın tatili halinde eşlerin birbirinden (MK. m. 162, III) boşanma ve ayrılık davaları açılınca kadının kocadan (MK. m. 137), babalık davası halinde çocuğun babadan (MK. m. 306, 310), boşanma ve ayrılık kararları sonunda eşlerin birbirinden (144, 148), ve son olarak da usul ve furuun ve kardeşlerin birbirinden talep edecekleri yarım nafakası (MK. m. 315, 316) talepleri gibi.

1. Geçici Tedbire Uygulanacak Hukuk Konusunda Yapılan Teklifler ve MÖHUK m. 13 III'ün Anlamı

Geçici tedbir taleplerine uygulanacak hukuk konusunda **ULUOCAK**'a göre, "Milletlerara-

6) *Yalnız çok dikkat edilmesi gereken husus Sözleşmenin Türkçe tercümesinde yanlış anlamayı artıracak şekilde müracaat makamının hukukun iç hukuk olduğu belirtilmemiştir. Sözleşmeye göre esas metin (İngilizce ve Fransızca metindir. Her iki metinde iç hukuk deyimine yer verilmektedir. (loi international, international law).*

7) **ULUOCAK** (dn. 3), 35 vd.

8) **TEKİNALP, NOMER, ÇELİKEL** tartışma toplantısı. Ayrıca bkz. **TEKİNALP, Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1956 ve 1973 Tarihli La Haye Sözleşmesi ve Milli Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanma alanı**, MHB 3 (1983) S. 1, 18.

9) **STAUDİNGER-KROPHOLLER**, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Haager Kindschaftsrecht, Berlin 1979, Vorbem, 6 vd. ve 39, Art. 18 EGBGB.*

10) Geniş bilgi için bkz. İlhan **POSTACIOĞLU**, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1975, 487 vd.; Baki **KURU**, *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı*, Bası 4, Ankara, 1983, 522 vd.; **KURU**, *Medeni Usul Hukuku C. I*, Ankara 180 vd.; Saim **ÜSTÜNDAĞ**, *Medeni Yargılama Hukuku*, 2. Bası İstanbul 1977, 483 vd.

sı Özel Hukuk alanında bir müessese hakkında yetkili bağlama kuralı tesbit edilirken, ilgili hükümlerin sevkediliş nedenleri de ayrıca önem kazanır. Nitekim karşılaştırmalı hukuk uygulamalarında "muvakkat tedbirler" konusunda mahkemenin hukukuna yer verildiği genellikle görülmektedir¹¹. Acil alınması gereken bu tür tedbirlerde, yabancı hukukun tesbitinin zorluğu da bu yönde uygulamayı haklı kılmaktadır.

MÖHUK Öntasarısı Enstitümüz tarafından hazırlanırken, evlenmenin genel hükümleri ile boşanmanın hükümleri hakkında aynı bağlama kuralları kabul edilmişti. Öntasarının 11. maddesinde "tedbir niteliğinde olmıyan ve boşanma ile ilgili nafaka talepleri, boşanma kanununa tabi kılınırken", amaç, özellikle MK.'nin 137. maddesindeki "muvakkat tedbirlerin", lex fori'ye **doğal** olarak tabi olacağı düşüncesinden hareketle, bu tür nafakayı boşanma kanununun dışında bırakmaktır. Yoksa bu konuda bir boşluk yaratmak, ya da evlenmenin hükümleri hakkında öngörülen kanunların bu konuda da yetkili olabileceği gibi, bir düşünceye yer vermek, değildir. Tedbir kararlarında "lex fori" kuralının tabii olarak uygulanması düşüncesiyle boşanma maddesinde ya da tüm Yasada yer alan bağlama kuralları arasında muvakkat tedbirler hakkında lex fori'nin yetkisini teyit edecek bir maddede hükmüne yer vermek zait addedilmiştir".

Bu mülahazalarla yazar muvakkat tedbirler konusunda, MK.'nin m. 162/III'de dahil olmak üzere lex fori'nin yetkili kılınması gerektiği kanısındadır.

Buna karşılık **Tekinalp'e** göre: "Hakim tarafından genel olarak nafakada tedbir kararı verilebilmesi için bu konuda bir talebe¹² ihtiyaç vardır. Bu durum kanunlarımızın sistemi içinde tedbir taleplerine uygulanacak hukukun tesbitinde genel olarak, kanunlar ihtilafı yönteminden ayrılmaya gerek olmadığını göstermektedir¹³. Daha başka bir ifade ile hakim yabancı unsurlu nafaka davalarında uygulanacak hukuku tesbit için kapsamına giren konularda La Haye Sözleşmesinin, bunun dışında kalan hallerde MÖHUK'un getirdiği bağlama kurallarına bakacaktır. **Ancak acele** hallerde yabancı hukuku tesbit imkanı yoksa kendi hukukunu uygulayabile-

cektir. Kendi hukukunu uygulayabileceği diğer bir hal de yabancı kanun hükmünün kamu düzenine açıkça aykırı olmasıdır.

Ancak; hakim acele hallerde, uygulayacağı hukuk hakkında önceden hiç bilgisi yoksa-tedbir kararı vermesi gerektiğine kanaat getirirse-kendi hukukunu uygulayarak adı geçen nafaka kararını verebilir. Burada hakim, yabancı unsurlu olayda kanunlar ihtilafı yöntemini bırakarak karar vermesi bir zorunluğa dayanmaktadır¹⁴. Ancak bu zorunluk acele halde kuralın tespit edilememesinden doğmaktadır. Eğer hakim, yabancı hukuk hükmünü biliyorsa durumun acele olması veya geçici tedbir talebi uygulanacak hukukun tesbiti yönteminde fark yaratmaz.

Diğer yandan hazırlık çalışmaları sırasında tedbir kararları konusunda hiç tartışma yapılmamıştır. Bu durum bir fikir birliği bulunduğu şeklinde yorumlanamaz. Zaten hazırlık çalışmaları ancak kanun metni ile desteklenirse bir anlam kazanır. Oysa MÖHUK'ta geçici tedbirlere uygulanacak hukuku tayin konusunda bir kural getirilmemiştir. MÖHUK m. 13 III'e göre: "Geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka talepleri, boşanma ve ayrılık hakkında yetkili

11) *BATIFFOL-GAGARDE C. II, 1983.*

12) *KURU (dn 10) C. 1, 187. C. II 3070; POSTACIOĞLU (dn 10) vd.; TEKİNAY, Aile Hukuku İstanbul, 1983, 350.*

MK m. 137'deki nafakanın hakimce resen nazara alınabilip alınamayacağı konusundaki tartışma bir kenara bırakılmaktadır (Bu konuda: KURU, C. I 187'ye bakınız).

13) *TEKİNALP (dn 3) 171, 308 vd.; TEKİNALP, Nafakanın İhtiyati Tedbir Olarak Talebi Halinde Uygulanacak Hukuk, MHB 3 (1983) S. 2, 44 vd.; SOERGEL/KEGEL, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. VI 10/11 Aufl. Berlin 1970 Bem. 32, Art. 19 EGBGB; Bem. 19, 24-26 Art. 14 EGBGB; STAUDINGER/GAMİLLSCHEG, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Eherecht, Berlin 1973, Bem 574 Art. 606 b ZPO.*

14) *NEUHAUS, Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. Tübingen 1976, 66; karşı. genel olarak KÖTZ, Allgemeine Rechtsgrundlage als Erzatsrecht, RabelsZ. 1970, 663.*

olan hukuka tabidir" denilerek boşanma veya ayrılık durumunda talep edilebilecek yoksulluk ve iştirak nafakasının boşanma statüsüne tabi tutulacağı öngörülmüştür.

MÖHUK m. 13 III tereddüde yer vermiyecek kadar açıktır. Belki çok açık olmayan nokta geçici tedbir kavramının bu fıkrada kullanılmış olmasıdır. MÖHUK m. 13 III'ün Kanunun sistematigi ve düzenleniş biçimi ile yüklendiği gerçek anlam¹⁵ boşanma ve ayrılık davası açılınca talep edilecek tedbir nafakasına boşanma statüsünün uygulanmıyacağını hüküm altına almaktır. Kanun tedbir talepleri hakkında boşluk getirmiş değildir. Her bir tedbir kararına uygulanacak hukuk o hukuki ilişkiye Sözleşmeye veya MÖHUK hükmüne göre uygulanacağı belirlenen hukuktur.

2. Geçici Tedbir Taleplerinin Hukuki Niteliği

Uluocak, Muvakkat tedbirlerin talep üzerine hükmedilmesinin, bunların "müstacel karakterini" değiştirmeyeceğinin doktrinde¹⁶ haklı olarak ifade edildiğini belirtmektedir.

Çelikel, Tedbir nafakasının talebe bağlı olmasının hakim geçici nafakaya hükmedilmesine zaruret gördüğü hallerde, doğrudan kendi hukukunun uygulanmasına engel olmayacağını söyleyerek esasen hakim karar vermek durumunda olduğu özel hukuk nitelikli her ihtilafın bir talebe bağlı olarak ortaya çıkacağını ileri sürmüştür.

Tekinalp'e göre: Yabancı unsurlu nafaka taleplerine uygulanacak hukuku tesbit eden bağlama kurallarının kapsamı içine genel olarak tedbir nafakası talepleri de girmektedir. Bu konuda gerekçeler verilirken hareket noktasının ne olduğu büyük önem taşımaktadır ve özellikle açıklığa kavuşturulması gereklidir. İlk olarak: tedbir nafakası talebinin **maddi hukuka** mı, **usul hukukuna** mı ait olduğu tespit edilmelidir. Nafaka, tedbir şeklinde de talep edilse taraflar arasında bir **maddi hukuk ilişkisinin** düzenlenmesi talebi olduğu için usul hukukuna dahil edilemez. Bunun sonucu olarak da, aksine sarahat yoksa ve şartlar gerekli kılmazsa lex fori'ye (hakimin hukuku) tabi kılınamaz. Tamamen maddi hukuka ait nafaka talebinin, tedbir şeklinde is-

tenmesi onun **hukukî niteliğini** değiştirmez. Hakim genellikle esas hakkında, karar verirken uygulayacağı nafaka statüsünü yani nafaka talebine uygulanacak hukuku tedbir talebi için de uygular.

Nomer'e göre: Boşanma davasında, davanın ikamesini müteakip alınması lazım gelen ve özellikle kadının iskân ve infakına ve karı kocanın mâlî münasebetlerine ve çocukların muhafazasına müteallik "muvakkat tedbirler" (MK m. 137) ile müşterek hayatın tatili sebebiyle aile birliğinin korunması gayesiyle aile ilişkilerinin düzenlenmesi, çocukların devdii ve iâşe ve ibate meseleleri gibi konularda hâkim tarafından yapılan "müstakil tedbir" niteliğindeki düzenlemeler MK m. 162 III) geçici nitelikteki usulî tedbirlerdir¹⁷. (HUMK m. 101). Gerçi bu tedbirler özel hukuk ilişkilerine bir müdahale teşkil eder, fakat bu ilişkiler hakkında kesin bir düzenlemeyi ifade etmez ve bu sebeple de, özel hukuk ilişkilerinde kanunlar ihtilafı kaidelerine göre karar verilmesi kaidesine tabi olmaz. Dolayısıyla bunlar hakkında yabancı bir hukuka göre karar verilmesi sözkonusu değildir. Mahkemeler usulî nitelikte olmaları itibarıyla bu nevi tedbirleri alırken medenî hukuk hükümleri ile bağlı değildir ve alınan bu tedbirler daha sonra maddî hukukî du-

15) Bkz. *TEKİNALP*, (dn. 13) *MHB* 3 (1983), 44 vd.

16) *SAKMAR*, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, İstanbul 1976'da Y2 HD. nin 8.3.1965 tarihli kararını anmaktadır.

17) *RIEZLER Internationales Zivilprozessrecht* 1949 252; *ROSENBERG Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* 1961 813 vd.; *ROSENBERG/SCHWAB Zivilprozessrecht* 1977 972 vd.; *FERID Das Fransözsische Zivilrecht Band II* 1971 1260 (4B 285); *SCHNITZER Handbuch des internationalen Privatrechts I* 1957 416; ve özellikle bkz. *SOERGEL-KEGEL Art. 14 Rz 25 ve 26*. Kegel'e göre burada ekseriyet evliliğin şahsi hükümlerine uygulanacak hukuku tatbik etmiyor, bunun yerine Alman hukukunu tatbik ediyor. Genellikle bunu, Alman usul hukukunun tedbirlerinin sözkonusu olduğu, bu tedbirlerin hukuk barışının menfaatine hizmet eden "hukuk disiplini ait tedbirler" olması ile gerekçelendiriyorlar.

rum hakkında alınacak bir karara da etkil. olamaz.

Uluocak muvakkat tedbirlerin zaruri ve mübrem ihtiyaç karşılığı olmaları itibariyle müstacel mevattan sayıldığını¹⁸ ve MK m. 137'nin açık ifadesine göre hakim tarafından resen ittihaz edilebileceğinin de doktrinde¹⁹ savunulduğunu belirtmektedir. Yazarın aynen katıldığını belirttiği bu mülahazalar ve "muvakkat tedbirlerin" mahkemece gerekli görüldüğünde derhal ittihazi keyfiyeti bu maddenin usulden sayılmasını haklı kılmaktadır²⁰. Dolayısı ile bu konuda "lex fori"nin yetkisi kabul edilmelidir²¹.

MÖHUK geçici tedbir niteliğinde olarak talep edilen nafakalar konusunda bir düzenleme getirmediğini vurgulayan **Çelikel** MÖH-UK m. 13/III'de ayrılık ve boşanma ile ilgili geçici tedbir dışındaki nafaka talepleri hakkında yetkili hukukun bildirilmiş fakat geçici tedbir niteliğindeki nafaka hakkında bir düzenleme getirme gereğini duyulmamasının gerekçesini geçici tedbirlerin kendi bünyelerinde taşıdıkları özellikten kaynaklandığını söylemek yanlış olmaz diyerek açıklamaktadır. Bu durum geçici tedbirlerin gösterici kurallar yolu ile tayin edilecek hukuka tabi olma-yacağının delili sayılabilir.

Yazara göre "Esas dava sonuçlanıncaya kadar devam etmek üzere ve hakkın kaybını önlemek için acele karar verilmemesinin zararı olduğu hallerde geçici taleplerin sözkonusu nafakanın kaynağını teşkil eden aile hukuku ilişkisinin tabi olduğu hukuka bağlanması bu tedbirlerden beklenen amaca ters düşer. Çünkü kanunlar ihtilafı kuralları yolu ile yetkili hukukun tespit edilip uygulanması hakimler için (MÖHUK m. 2 gereği) kolay olmayan bir işlemdir. Bu tedbirler yetkili hukukun secilmesine kadar zarurî olarak geçecek zamanı beklemeye tahammülü olmayan nitelikte bulunabilir

Esasen bu özelliği dolayısıyla boşanma ve ayrılık ile ilgili geçici tedbirler niteliğinde olmayan nafaka talepleri MÖHUK m. 13/III'de ait olduğu aile hukuku ilişkisini düzenleyen kurala tabi tutulmuştur. Kanun geçici tedbirlerin özelliği dolayısıyla bir hüküm getirmek gereğini duymamış ve konuyu genel kurallara bırakmıştır. Bu durumda en mantıklı

ve pratik çözüm bu taleplere lex fori'nin uygulanması olacaktır. Ancak, lex fori'nin uygulanmasının hukukî gerekçesi ne olmalıdır? Bu tedbirlerin usul hukukuna ait tedbirler olarak mütalla edilmesi, usul muhakemenin lex fori'ye tabi olması nedeniyle bu hukukun uygulanmasını haklı kılacaktır. Buna karşılık tedbir nafakasının bir yargı organı tarafından verilmekle birlikte maddi hukuka ait sonuçlar doğuran kararlar olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu halde bu kararların alınmasında lex fori, kamu düzeni ile müdahale edecek demektir.

MÖHUK m. 5'de kabul edilen kamu düzeni müdahalesi istisnai bir özellik taşır. Yani gösterici kurallar yolu ile tespit edilen yabancı kanunun uygulanması halinde doğacak sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde lex fori uygulanabilecektir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi bu prosedür tedbir nafakasının bünyesine uymaz. Kamu düzeninin engelleme fonksiyonu dışında her hukuk sisteminin iç maddi hukuk kurallarının taşıdıkları özellikler nedeniyle **doğrudan doğruya** uygulanma fonksiyonu kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile iç hukukta kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle sosyal, ekonomik, genel ahlak düşüncelerinin mahsülü olan bazı kurallar o ülkedeki bütün ilişkilere ve açılan davalara uygulanma özelliği taşırlar. Tedbir nafakasını, özelliği nedeniyle kamu düzeninin doğrudan harekete geçmesini gerektirecek bir durum olarak değerlendirmek doğru olur".

Böylece **Çelikel**, geçici tedbir nafakasının hangi hukuka tabi olacağı hakkında MÖH-UK da bir boşluğun olmadığını ancak doğrudan uygulanan kurallar anlamında lex foriye tabi tutulacağını ileri sürmektedir.

Buna karşılık **Tekinalp**, tedbir taleplerin lex fori'nin uygulanışında doğrudan doğruya uygulanan kurallar gerekçesinin verilemeyeceğini söylemektedir. Çünkü doğrudan uy-

18) Y2HD 2.3.1961 (Berki/Ergüney, 84).

19) VELİDEDEOĞLU, *Aile Hukuku*, 5. bası, İstanbul, 1965, 249; SAKMAR, (dn. 16) 186.

20) NOMER (dn. 3) 248.

21) ULUOCAK, *Kanunlar İhtilafı*, İstanbul 1971, 64 vd.

gülenen kurallar devletin politik, ekonomik, ve hukukî menfaatlerinin sözkonusu olduğu alanlarda yaptığı düzenlemelere ilişkindir. Meselâ; yabancılar hukuku kuralları, döviz ve kambiyo rejimi kuralları gibi. Dikkat edilmesi gerekli husus bu çeşit kuralların nitelikleri itibariyle kanunlar ihtilafı yöntemine başvurulmaksızın ve herhangi bir talep de gerekli olmadan uygulandıklarıdır. Yazara göre, bu sebeple tedbir nafakası talepleri böyle bir değerlendirilmeye tabi tutulmamalıdır.

3. La Haye Sözleşmesinde Geçici Tedbir'e Uygulanan Hukuk

La Haye Nafaka Sözleşmelerinde geçici tedbirler Sözleşmedeki bağlama kuralının kapsamına dahil edilmektedir²². Bu husus aile ilişkilerinin bir bölümünü düzenlemeyi amaçlayan nafaka taleplerinin niteliği konusunda Sözleşmede maddi hukuk görüşünün ağırlık kazandığını ve nafakanın tedbir şeklinde talebinin bu niteliği değiştirmedini göstermektedir denilebilir.

La Haye Sözleşmesi karşısında MÖHUK nafaka kurallarının uygulama alanları çok daralmıştır²³. Bu sebeple yukarıda bilim adamları tarafından ileri sürülen görüşlerden herhangi birinin kabulü büyük bir önem taşıyacaktır. La Haye Nafaka Sözleşmesinin milletlerarası müşterek hukuk yaratmak amacına yönelik bulunmasının milli hukuklarda Sözleşme uygulanırken farklı yorum²⁴ yapılmasını da engelleyeceği gözden uzak tutulmamalıdır*.

22) STAUDİNGER/KROPHOLLER, (dn. 9) Vorbem. 142 Art 18 EGBGB.

23) Bu konuda fazla bilgi için bkz. ULUOCAK (dn 3) 44 vd.; TEKİNALP, (dn. 8), 18 ve (dn. 3). 308.

24) STAUDİNGER/KROPHOLLER (dn. 9) Vorbem 6 vd.; 39 Art. 18 EGBGB.

* Yukarıda yer alan fikirler Prof. Dr. Nihal ULUOCAK, Prof. Dr. Ergin NOMER, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL, Prof. Dr. Gülören TEKİNALP, Dr. Cemal ŞANLI, Araş. Gör. Şefika AKIN, Araş. Gör. Burak EKE'nin katıldıkları tartışmalı bir toplantıda ileri sürülmüştür.