

“BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUK” HAKKINDA 1259/2010 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ KONSEY TÜZÜĞÜ

Yrd. Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI*

Öz

Avrupa Birliği'ne üye devletlerin birinden diğerine boşanma ve ayrılığa uygulanacak maddi hukuk ve özellikle kanunlar ihtilafına dair kuralların farklılık arz etmesi sebebiyle Roma III Tüzüğü olarak bilinen “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanması Hakkında 1259/2010 Sayılı Tüzüğün” hazırlanması gerekmiştir. AB bünyesinde devam eden milletlerarası özel hukukun uyumlaştırılması (Avrupalaştırılması) çalışmalarının sonucunda Tüzük 20.12.2010 tarihinde kabul edilmiştir.

Roma III Tüzüğü'nün en önemli özelliklerinden birisi, aile hukukunda pek yaygın kabul görmeyen irade serbestisi ilkesinin tanınmış olmasıdır. Bu sayede eşlere belirli bir çerçevede içerisinde boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuku seçme fırsatı tanınmıştır. Bir başka dikkat çeken özellik ise, Tüzüğe göre tespit edilen hukukun taraf devletlerin hepsinde evrensel olarak uygulanacak olmasıdır. Böylece tespit edilen hukuk Tüzüğe taraf olmayan bir devlet hukukunu işaret ediyor olsa dahi bu hukuk uygulanacaktır.

Çalışmamızda öncelikle Roma III Tüzüğü'nün amacı, kabul süreci ve uygulama alanı açıklanacaktır. Ardından Tüzük hükümleri çerçevesinde boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tayini konusu incelenecektir. Bu bağlamda Tüzük hükümlerinin uygulanması sırasında ileride oluşabilecek uyumsuzlukların açıklanmasında öğretide kabul görmüş görüşleri de aktarmaya çalışacağız.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (e-posta: ugur.tutuncubasi@deu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 03.03.2016-26.04.2016/ Kabul Tarihleri: 29.04.2016-11.05.2016)

Anahtar Kelimeler

Avrupa Birliği, Milletlerarası Özel Hukuk, Roma III TÛzÛğü, Boşanma, Ayrılık

**EU COUNCIL REGULATION No. 1259/2010 ON
“LAW APPLICABLE TO DIVORCE AND LEGAL SEPARATION”****Abstract**

Since the substantive law and particularly rules regarding to the conflict-of-laws applicable to divorce and legal separation differ from one EU member state to another, it has been a necessity to draw and adopt “Council Regulation No 1259/2010 on implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation”, also known as Rome III Regulation. As a result of continuing efforts of harmonization (Europeanization) of international private law within the EU, Regulation has been adopted by 20.10.2010.

One of the most crucial features of the Rome III Regulation is the recognition of freedom of will principle which is not regularly accepted within family law. By this means, an opportunity is provided to spouses to choose law, applicable to divorce and legal separation matters within certain circumstances. Another remarkable feature of the Regulation is the universal application of the law designated by the Regulation, among all participating States. Therefore the designated law by the Regulation shall be applied even the designation refers to a non-member State’s law.

Firstly, the aim, adoption process and application area of the Rome III Regulation is going to be discussed in this paper. Later, the designation of applicable law to divorce and legal separation matters by the Regulation provisions will be considered. In this context, we also will effort to narrate the approaches accepted by the jurisprudence, explaining future disputes which may arise during the application of the Regulation provisions.

Keywords

European Union, Private International Law, Rome III Regulation, Divorce, Legal Separation

GİRİŞ

Küreselleşmenin etkisiyle birlikte sınırların kalkması ticari, kültürel ve sosyal alanlarda gelişmeler yaşanmasına sebep olmuştur. Bu gelişmelerin bir sonucu olarak, eskiden daha istisnai bir durum teşkil eden; ayrı vatandaşlıklara sahip olan kişiler arasındaki evliliklerin sayısı da tüm dünyada olduğu gibi Avrupa’da da ciddi bir artış göstermiştir¹. Bu değişime paralel olarak çok uluslu boşanmalardaki sayı da artış göstermiştir. Bu sonuçla beraber zorunlu olarak yabancılık unsuru² taşıyan boşanmalara hangi hukukun uygulanacağı sorusu da daha sık sorulmaya başlanmıştır³.

Avrupa Birliği’nde 20.12.2010 tarihinde “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 sayılı Tüzük” yürürlüğe girmeden önce, milletlerarası boşanmalara uygulanacak hukuku, sadece ilgili devletlerin ulusal yasalarında düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları belirlemekteydi. Ancak Tüzük, AB bünyesinde devam eden milletlerarası özel hukukun uyumlaştırılması (Avrupalaştırılması) çalışmalarının sonunda boşanmaya ilişkin kuralları da kapsayan bu sürecin hem doğal bir sonucu hem de bir zorunluluktur. Zira her bir devletin ulusal düzenlemesinden kaynaklanan farklılıklar sebebiyle eşlerin bazen yakın irtibatlı olmadıkları bir hukukun

¹ Avrupa’da her 6 evlilikten en az birinde eşler farklı vatandaşlıklara sahipken Almanya’da bu oran % 13 civarındadır. Bkz. http://www.bnotk.de/9:693/Pressemitteilungen/2001/pm_quartalskammern_0109.html; https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2009/PD09_038_p002.html.

² Bir hukuki ilişkinin coğrafi alan itibariyle birden fazla ülke ile irtibatlı olması durumunda, bu ilişki yabancı-milletlerarası unsur içermektedir. Örneğin, belirli bir olay veya ilişkiye yabancı bir devlet vatandaşı iştirak etmişse veya taraflardan birinin yerleşim yeri ya da mutad meskeni yabancı ülkedeysen yabancılık unsuru gerçekleşmiş olur. **Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2015, s. 4-6; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016, s. 10; **Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 6-9; **Tekinalp**, Gülören/**Uyanık**, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 18; **Şanlı**, Cemal: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 5; **Can**, Hacı/**Toker**, Ali Gümrah: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2015, s. 4.

³ **Althammer**, Christoph: Brüssel IIa/Rom III Kommentar, München 2014, Vorwort; **Stürner**, Johannes: “Die Rom III VO - ein neues Scheidungskollisionsrecht”, JURA Heft 9/2012, s. 708-713, s. 708.

uygulanması neticesinde tarafların beklentilerini veya haklarını korumayan kararların verilmesi söz konusu olabiliyordu. Bunu engellemek için yapılacak düzenlemeyle hukuki güvenliğin, öngörülebilirliğin ve tarafların belli bir çerçevede uygulanacak hukuku seçmelerine olanak tanıyarak belli bir esnekliğin sağlanması da gerekeceği düşüncesiyle yapılan çalışmalar neticesinde “Roma III”⁴ Tüzüğü kabul edilmiştir⁵.

I. TÜZÜĞÜN AMACI VE KABUL SÜRECİ

Avrupa Birliği'nin aile hukuku alanındaki birleştirme ve uyumlaştırma çalışmaları çocuk ve nafaka hukuku alanında gerçekleşmiş sayılır. Aynı şekilde evlilik ve velayete ilişkin hususlarda mahkemelerin milletlerarası yetkisi konusunda Brüksel IIa Tüzüğü⁶ ile yeknesaklaştırma çalışmaları tamamlanmıştır⁷. Buna karşın evlilik birliğine ve buna bağlı olarak boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilafını düzenleyen bir milletlerarası anlaşma veya tüzük bulunmadığı için bu alanda yeknesak kurallara rastlanılmamaktaydı. Bu sebeple de AB mahkemeleri yabancılık unsuru içeren boşanmaya ilişkin davalarda, her bir üye devlette farklı düzenlenmiş ulusal kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak maddi hukuku tayin etmekteydiler⁸.

⁴ 20.12.2010 tarih ve 1259/2010 sayılı Tüzük, “Roma I” ve “Roma II” Tüzüklerinden farklı olarak, resmi tanımında “Roma” Tüzüklerinin devamı olarak yer aldığı ifade edilmemektedir. Ama öğretide “Roma III” Tüzüğü adıyla anılmakta ve kabul görmektedir. Bkz. **Gruber**, Urs Peter: “Scheidung auf Europäisch - die Rom III - Verordnung”, IPRax, Heft 5/2012, s. 381-392, s. 382, dn. 11; **Bayraktaroğlu Özçelik**, Gülüm: “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, AÜHFD, C. 61, S. 2, Ankara 2012, s. 505-539, s. 505.

⁵ **Althammer**, s. 297-298; **Stürner**, s. 708; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 514-517; Ayrıca bkz. Tüzük, Giriş 9 ve 10 numaralı gerekçeler (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32010R1259>).

⁶ 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü: Danimarka hariç AB üyesi tüm devletler bakımından AB içerisinde milletlerarası yetkiyi düzenlemektedir. Official Journal (OJ) 23.12.2003 L 338/1-29.

⁷ **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, s. 221-225.

⁸ **Gruber**, s. 381; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 239; Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters {SEC(2005) 331} COM/2005/82 final (“Green Paper”), s.

Üye devletlerin çoğunluğunun kanunlar ihtilafı sistemlerinde, yabancı unsurlu boşanma davalarına uygulanacak hukuk konusunda bağlama kuralı olarak müşterek milli hukukun tercih edildiği görülmektedir. Diğer bir kısmında ise, müşterek mutad mesken veya hâkimin hukukunun (lex fori) uygulanması kabul edilmiştir⁹. Bunun gibi hukuk seçimi konusunda da büyük farklılıklar bulunmaktadır. Sadece Almanya, Belçika, Hollanda ve İspanya gibi üye devletlerin çok azında sınırlı bir hukuk seçimine izin verilmektedir¹⁰. Üye devletlerin boşanmaya ilişkin sahip oldukları maddi hukuk kuralları bakımından ise daha büyük bir farklılık gözlenmektedir. Zira Finlandiya, İsveç ve yakın zamandır da İspanya¹¹ hukukları boşanma hususunda çok liberal düzenlemelere sahipken; İrlanda, İtalya, Polonya, Slovakya ve Slovenya çok sıkı şartlar altında boşanmaya izin vermektedir¹².

Devletlerin sahip oldukları bu farklı kanunlar ihtilafı ve maddi hukuk kuralları, eşlerin kendi lehlerine uygun hukukun uygulanması amacıyla mahkeme önünde bir yarışa girmelerine sebep olabiliyordu (forum shopping). Zira yabancı unsurlu boşanma davalarında üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen Brüksel IIa Tüzüğü'nün 3. maddesinde yer alan yedi alternatifli yetki kuralları bu durumu (forum shopping'i) destek-

2-3. Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0082&from=EN>.

⁹ 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 A.: The Europeanisation of International Family Law, Hague 2011, s. 145 vd.; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 514-516.

¹⁰ **Working Paper**, s. 8-9; **Baarsma**, s. 42 vd. ; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 516-517. Ayrıca boşanmaya uygulanacak hukukun tayinine ilişkin farklı yaklaşımlar için bkz. **Nomer**, s. 253; **Çelikel/Erdem**, s. 243-245; **Tekinalp/Uyanık**, s. 166; **Eksi**, Nuray: Milletlerarası Özel Hukukta Medenî Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, İstanbul 2012, s. 39 vd.

¹¹ İspanya da 2005 yılına kadar boşanmanın çok sıkı şartlar bağlı olduğu devletler arasında yer almaktaydı. Yapılan kanun değişikliği ile İspanyol hukukunda da liberal bir düzenleme kabul edilmiştir. Bkz. **Casals**, Miquel Martin/**Ribot**, Jordi: “Ehe und Scheidung in Spanien nach den Reformen von 2005”, FamRZ, Heft 18/2006, s. 1331-1336.

¹² Working Paper, s. 3-6; Malta’da ise 2011 yılında Medeni Kanun’unda (m. 66/B) yapılan değişikliğe kadar boşanma hiç kabul edilmiyordu. **Gruber**, s. 381.

lemektedir. Böylece eşlerden birinin, kendi lehine olan hukukun uygulanmasını sağlayacak mahkemeye diğer eşten önce başvurması durumunda, yabancı derdestliği düzenleyen Tüzüğün 19/1 maddesi gereğince, sonradan ikinci bir mahkemede dava açılması durumunda ilk mahkemenin yetkisine öncelik tanınacak ve ikinci mahkeme davayı reddedecektir. Bu nedenle de geç kalan davalı eş, yargılamanın sonunda muhtemelen kendi aleyhine sonuçlar doğuracak olan bu kararı kabullenmek zorunda kalacaktır¹³.

Yukarıda genel olarak açıklanmaya çalışıldığı üzere Avrupa Birliği'ne üye devletlerin boşanma ve ayrılığa uygulanacak maddi hukuk ve özellikle kanunlar ihtilafı kurallarının farklılıklar arz etmesi sebebiyle Roma III Tüzüğü olarak bilinen “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 sayılı Tüzüğün” hazırlanması gereği doğmuştur. Bu amaçla hazırlanan teklifle kanunlar ihtilafı kurallarının “Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2201/2003 sayılı Brüksel Ila Tüzüğünün” içerisinde yer alması düşünülmüş ve bu yönde bir değişiklik yapılması 2006 yılında önerilmiştir¹⁴. Fakat özellikle boşanma ve ayrılık konusunda milletlerarası yetkilerinin bulunması durumunda kendi maddi hukuk kurallarını uygulayan İngiltere ve İrlanda ile boşanmayı kolaylaştırıcı hükümlerini uygulamaya devam etmek isteyen İsveç başta olmak üzere bazı üye devletler tarafından bu komisyon teklifi kabul görmemiştir¹⁵.

Bu olumsuz gelişmenin devamında, boşanma konusunda kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla AB tarihinde ilk kez “güçlendirilmiş işbirliği” yoluna başvurulmuştur¹⁶. Bu kapsamda birlik üyesi

¹³ **Green Paper**, s. 6; **Gruber**, s. 381; **Althammer**, s. 298; **Winkler von Mohrenfels**, Peter: “Die Rom III – VO”, ZEuP, Heft 4/2013, s. 699-724, s.700; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 517-518.

¹⁴ 17.7.2006, COM(2006) 399 final.

¹⁵ **Kohler**, Christian: “Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrechts für Ehesachen: Der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung”, FamRZ, Heft 18/2008, s. 1673-1681, s. 1678; **Winkler von Mohrenfels**, s.701; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 233.

¹⁶ “Güçlendirilmiş İşbirliği”ni düzenleyen Avrupa Birliği Antlaşmasınının 20. maddesine göre:

Bulgaristan, Fransa, Yunanistan¹⁷, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Macaristan, Avusturya, Romanya ve Slovenya'nın öncülüğünde oluşan Komisyon, Konsey'e “Boşanma ve Evlilik İlişisini Sonlandırmayan Ayrılık Hususunda Uygulanacak Hukuka İlişkin Güçlendirilmiş İşbirliği'nin Oluşturulmasına Dair Tüzük Önerisi”ni sunmuştur. Konsey “güçlendirilmiş işbirliği için yetkilendirme” kararını vermeden önce, bu ülkelere Belçika, Letonya, Malta, Portekiz ve Almanya da katılmıştır. Bu devletlerin talebiyle hazırlanan Komisyon önerisi üzerine Konsey tarafından 12 Temmuz 2010 tarihinde

“1. Birliğin münhasır olmayan yetkileri çerçevesinde aralarında güçlendirilmiş işbirliği kurmak isteyen üye devletler, bu maddede ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 326 ila 334. maddelerinde öngörülen sınırlar ve ayrıntılı kurallar çerçevesinde, Birlik kurumlarının desteğini alabilirler ve Antlaşmalar'ın ilgili hükümlerini uygulayarak söz konusu yetkileri kullanabilirler. Güçlendirilmiş işbirliği, Birliğin hedeflerini ileri götürmeyi, çıkarlarını korumayı ve bütünleşme sürecini güçlendirmeyi amaçlar. Bu işbirliği, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 328. maddesi uyarınca, tüm üye devletlere her zaman açıktır. 2. Konsey, güçlendirilmiş işbirliği hedeflerine Birlik tarafından makul bir süre içinde topluca ulaşılamayacağını tespit ederse, güçlendirilmiş işbirliğine en az dokuz üye devletin katılımı şartıyla, bu işbirliği için yetki veren kararı son çare olarak kabul eder. Konsey, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 329. maddesinde öngörülen usule uygun olarak hareket eder. 3. Konsey'in tüm üyeleri Konsey'deki görüşmelere katılabilir, ancak oylamada sadece güçlendirilmiş işbirliğine katılan üye devletleri temsil eden Konsey üyeleri yer alır. Oylamaya ilişkin kurallar, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 330. maddesinde belirlenmiştir. 4. Güçlendirilmiş işbirliği çerçevesinde kabul edilen tasarruflar, sadece bu işbirliğine katılan üye devletleri bağlar. Bu tasarruflar, Birliğe katılım için aday ülkeler tarafından kabul edilmesi gereken müktesebatın bir parçası olarak değerlendirilmezler.”.

Ayrıntılı bilgi için bkz. **Zeitzmann**, Sebastian: “Das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit und dessen erstmalige Anwendung: Ein Ehescheidungs- und Trennungsrecht für Europa”, ZEuS, Heft 1/2011, 87-113; **Can**, Hacı: Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2013, s. 45-46, 202 vd.; **Candan**, Tolga: “Avrupa Birliği'nde Esnek Bütünleşme Modelleri ve “Güçlendirilmiş İşbirliği” Kavramı”, Avrupa Birliği-Temel Konular (Editör: Çağrı Erhan/Burça Kızıllırmak/Deniz Senemoğlu), Ankara 2011, s. 307-329; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 233-234; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 513-514.

¹⁷ Yunanistan daha sonra başvurusunu geri çekmiştir. Ancak 27.01.2014 tarih ve 2014/39/EU komisyon kararıyla Yunanistan tekrar anlaşmaya katılmış olup 29 Temmuz 2015 tarihinden itibaren Yunanistan için de Tüzük yürürlüğe girmiştir. Bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.023.01.0041.01.ENG&toc=OJ.L:2014:023:TOC.

güçlendirilmiş işbirliğinin kurulmasına karar verilmiş ve 20 Aralık 2010'da toplam 14 üye devletin¹⁸ katılımıyla “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına Dair Konsey Tüzüğü” kabul etmiştir. Tüzük 21 Haziran 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır (m. 21/2)¹⁹.

II. TÜZÜĞÜN UYGULAMA ALANI

A. Yer ve Zaman Açısından Uygulama Alanı

Roma III Tüzüğü 21.6.2012 tarihinden itibaren yukarıda sayılan 14 ve son olarak Litvanya (22 Mayıs 2015) ve Yunanistan'ın (29 Temmuz 2015) da katılımıyla toplam 16 üye ülkede uygulanmaya başlanmış olup, güçlendirilmiş işbirliğine katılmak isteyen her üye devlete de açık bulunmaktadır²⁰. Tüzük hükümleri doğal olarak yabancılik unsuru taşıyan (birden fazla ülke hukuku ile bağlantılı olan) boşanma ve ayrılık davaları bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Yabancılik unsuru özellikle eşlerin sahip olduğu farklı vatandaşlık veya mutad meskenden kaynaklanabilir (m.1/1). Bununla beraber ilgili madde konunun mutlaka AB üyesi ve hatta Tüzüğe taraf bir ülke ile bağlantı göstermesini aramamaktadır. Bu açıdan uygulama alanı geniş bir kapsama sahiptir²¹.

¹⁸ 21.11.2012 tarih ve 2012/714/EU komisyon kararıyla Litvanya da Anlaşmaya katılmış olup 22 Mayıs 2014 tarihinden itibaren Litvanya için de Tüzük yürürlüğe girmiştir. Böylece Anlaşmaya taraf birlik üyesi devlet sayısı Yunanistan'ın da tekrar katılımıyla beraber (bkz. yukarıda dn.17) toplam on altı'ya ulaşmıştır.

¹⁹ **Gruber**, s. 382; **Winkler von Mohrenfels**, s. 700-702; **Althammer**, s. 298-300. Roma III Tüzüğü'nün kabul sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 232-235; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 509-514.

²⁰ **Winkler von Mohrenfels**, s.702-703; **Althammer**, s. 300-301. Tüzüğü'nün 18. maddesinde yer alan geçiş hükmüne göre; Tüzük kural olarak sadece 21.6.2012 tarihinden itibaren başlanmış dava veya madde 5'e göre yapılan hukuk seçimine ilişkin anlaşmalara uygulanacaktır (18/1). Fakat 21.6.2012 tarihinden önce yapılan anlaşmalar da Tüzüğü'nün 6 ve 7. maddelerindeki ön şartları sağlamaları durumunda kapsam dâhilindedir (18/1-2). **Gruber**, s. 384; **Winkler von Mohrenfels**, s.706; **Althammer/Mayer**, s. 387-388.

²¹ **Hau**, Wolfgang: “Zur Durchführung der Rom III-Verordnung in Deutschland”, FamRZ, Heft 4/2013, s. 249-255, s. 249; **Gruber**, s. 384; **Althammer/Arnold**, s. 310. Karş. **Zeitmann**, s. 87, 106.

Yabancılik unsuru ile bağlantılı olarak akla gelebilecek bir soru, acaba yabancılik unsurunun henüz bulunmadığı bir zamanda hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağıdır. Öğretide bu durum olumlu cevaplandırılmaktadır. Zira aşağıda inceleneceği üzere, Tüzüğün 5/1-a maddesine göre eşlerin hukuk seçimi yapıldığı sırada mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukukunu seçebilmeleri kabul edilmiştir. Bu sayede sonradan meydana gelebilecek muhtemel değişikliklere karşı da önlem alınması sağlanmıştır. Eğer hukuk seçiminin yapıldığı esnada yabancılik unsuru aranacak olsaydı, hükmün amacı tam olarak gerçekleştirilmiş olamazdı²². Aynı sonucu aksi yöndeki bir durum için de kabul etmek mümkündür. Yani hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın yapıldığı esnada yabancılik unsuru taşınmasına karşın bu unsurun sonradan ortadan kalkıp tamamen yerel bir hale dönüşmesi durumunda da Tüzük uygulanabilecektir²³.

Tüzüğe göre tespit edilen hukukun taraf devletlerin hepsinde evrensel olarak uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 4). Buna göre, Tüzüğün kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen hukuk, Tüzüğe taraf olmayan bir AB üyesi veya üçüncü bir devlet hukukunu işaret ediyorsa dahi bu uygulanacaktır. Böylece Tüzüğe taraf olmayan Polonya'nın ve hatta Birlik üyesi olmayan Türkiye'nin de maddi hukuk kuralları uygulanabilecektir²⁴. Bu bağlamda Tüzüğün uygulanabilmesi için söz konusu eşlerin taraf devletlerden birinin vatandaşlığına sahip olması veya mutad meskenlerinin bu ülkelerde bulunmasına da gerek yoktur²⁵.

Ayrıca Tüzük, taraf devletlerin öncede akdettikleri aynı konuya ilişkin milletlerarası anlaşmalara müdahale etmediğinden bu var olan anlaşmalar geçerliliklerini korumaktadır (m. 19). **Hau**, s. 249; **Althammer/Mayer**, s. 389-390.

²² Tüzük m. 18/1-2 de yer alan düzenleme de bu çözüm doğrultusundadır. **Gruber**, s. 384, dn. 44.

²³ **Gruber**, s. 384. Aynı yönde **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 520.

²⁴ **Althammer/Arnold**, s. 319; **Makowsky**, Mark: “Europäisierung des Internationalen Ehescheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung”, GPR, Heft 5/2012, s. 266-272, s. 266; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 236; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 522.

²⁵ **Althammer**, s. 301.

B. Konu Açısından Uygulama Alanı

TÛzÛk, yabancılık unsuru taşıyan boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacaktır (m.1/1). Buna karşın TÛzÛk hÛkÛmlerinin uygulandığı davalarda òn sorun teşkil etse dahi; gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti (m. 1/2-a), evlenmenin varlığı, geçerliliği veya tanınması (m.1/2-b), evliliğin hÛkÛmsÛzlüğü (m.1/2-c), eşlerin adı (m.1/2-d), evliliğin malvarlığına ilişkin sonuçları (m.1/2-e), velayet (m.1/2-f), nafaka (m.1/2-g) ile trust ve miras (m.1/2-h) konuları TÛzÛğün uygulama alanı dışında kalacaktır. Bu konulara, ilgili üye devletin kanunlar ihtilafı kuralları (veya milletlerarası antlaşmalar) uygulanmaya devam edilecektir²⁶.

Boşanmanın sonuçları aile hukukuna ilişkin büyük çekiŐmelerin yaşanmasına sebep olmasına rağmen Roma III TÛzÛğünün uygulama alanı dışında bırakılmıştır ve her devlet, taraf olduğu anlaşmalar veya kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre konuya ilişkin sorunları çözecektir. Bunun sonucunda her bir taraf devletin boşanmanın sonucunda verilebilecek maddi-manevi tazminat gibi malvarlığına ilişkin talepleri yine de Roma III TÛzÛğüne göre tayin edilmiş hukuka göre çözümlenmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda Alman kanun koyucu da 2015 yılında yürürlüğe giren deđişiklikle²⁷ Boşanmaya İlişkin Sonuçları Düzenleyen Kanununun 17. maddesinde, aksine bir düzenleme olmaması durumunda bahsi geçen boşanmanın sonuçlarına **da** Roma III TÛzÛğüne göre belirlenen hukukun uygulanacağını düzenlemiŐtir²⁸.

TÛzÛk, boşanma ve ayrılığa uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını tayin etmekte olup yargılamaya uygulanacak usÛl kuralları lex fori'ye göre şekillenecektir. Ancak bazı durumlarda maddi hukuk kuralları usul kuralları üzerinde de etkili olabilecektir ve böylece lex fori'nin lex causae ile uyumlaştırılması gerekebilir. Bu durumda amaç bir yandan ilgili devletten talep edilen hukuki korumanın sağlanması diğer taraftan da verilecek kararın yabancı bir devlette tanınmasını sağlamaktır. Zira bazı devletler yabancı kararların kendi hukuklarına göre tanınabilmesi için bir takım usÛli kural-

²⁶ TÛzÛk gerekçesi, 10 no'lu paragraf. **Winkler von Mohrenfels**, s. 705-706; **Althammer/Arnold**, s. 315-316; **Makowsky**, s. 267; **Uyanık, Çavuşoğlu**, s. 235.

²⁷ 20.11.2015-BGBI. I S. 2010

²⁸ **Althammer/Arnold**, s. 315; **Hau**, s. 251; **Gruber**, s. 383.

ların ilgili kararın verilmesinde uygulanmış olmasını arayabilirler. Böylece Tüzük hükümlerine göre tayin edilmiş ülke hukuku (lex causae) böyle bir usûli kurala uyulmasını zorunlu görüyorsa, kararı veren devlet mahkemesi bu kuralları dikkate alabilecektir. Örneğin, tarafların ortak yaşamlarını (evliliklerini) devam ettirmeleri için sulh olmaları yönünde çabalamak veya boşanma sebebinin ya da boşanmada kusur aranıyorsa hangi tarafın kusurlu olduğunun kararda yazılması şeklinde bazı usûli kuralları uygulamak mümkün olabilecektir²⁹.

1. Ön Sorun

Tüzüğün 1. maddesinin ikinci fıkrasında ve genel gerekçesinde (no:10/3) açıkça ifade edildiği üzere, ön sorunlar Tüzüğün uygulama alanı dışında kalmaktadır ve Tüzük bunların çözümüne ilişkin herhangi bir hüküm de ihtiva etmemektedir. Ancak Tüzüğün başlıca hedefi olan uyumlaştırma amacı bakımından bu hükmün çeliştiği açıktır. Zira aile hukuku alanındaki hukuki meselelerde ön sorunlar büyük bir öneme sahiptir. Henüz boşanma ve ayrılık bakımından ilk önemli mesele olan “evliliğin var olup olmadığı” sorusunda ön sorun kavramının önemi anlaşılabilir. Ön sorunun yeknesak bir çözümü olmadan uygulanmakta olan farklı kuralların uyumlaştırılması ve bu bağlamda boşanma konusunda tam anlamıyla *forum shopping*'in önüne geçilmesi mümkün olmayacaktır. Tüzüğe taraf devletler her biri karşılaştıkları ön sorunu kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözeceklerdir³⁰. Oysa bunun yerine Tüzükte karşılaştırmalı hukuka uygun

²⁹ Hau, s. 250; Althammer/Arnold, s. 311, 314-315.

³⁰ Yabancı unsur taşıyan bir uyumsuzluğun çözümünde, hâkim, başka bir yabancı unsurlu uyumsuzluğu öncelikle karara bağlamak zorunda kalırsa Ön sorun (ön mesele) ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu durumda ön sorunun hangi hukuka göre çözümleneceği meselesinde farklı sistemler karşımıza çıkar ve hâkim duruma göre ön sorunu kendi kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka (lex fori) veya asıl sorunun esasına uygulanan hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka (lex causae) göre çözebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, s. 138-141; Çelikel/Erdem, s. 131-137; Tekinalp/Uyanık, s. 40-41, 188; Doğan, s. 184-189; Şanlı, s. 89-91; Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul 2006, s. 28-30; Akıncı, Ziya/Demir Gökyayla, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 4-5; Can/Toker, s. 89-99.

özerk bir genel kurala yer verilmiş olması hukuki güvenin sağlanması açısından yerinde olacaktır³¹.

Eğer ön sorunun çözümünde “evliliğin” ilgili hukuka göre var olmadığı sonucuna varılırsa, boşanma ve ayrılık talebi reddedilecektir. Zira Tüzüğün 13. maddesi ile genel gerekçesinde (26 numaralı paragraf) açıklandığı üzere, taraf devletlerden birinde boşanma müessesesi öngörülmemişse³² veya evlilik geçerli kabul edilmiyorsa, söz konusu ülke mahkemelerinin de Tüzük kapsamında bir boşanma kararı verme yükümlülüğü yoktur. Zira lex fori’ye göre evlilik yoksa boşanma kararının verilmesi de mümkün değildir.

Ancak m. 13’e göre boşanma kararı verme “yükümlülüğü” olmamakla beraber bu yönde bir karar verilmesine engel bir durum veya düzenleme de yoktur³³.

2. Eşcinsel Evlilikler ve Kayıtlı Birliktelikler

Tüzük, boşanma ya da ayrılık kavramlarının tanımını yapmadığı gibi bu bağlamda eşcinsel evliliklerin de Tüzük kapsamında olup olmadığını açıklamamıştır³⁴. Eşcinsel evlilikler Birlik üyesi Hollanda, İspanya, Portekiz, İsveç ve Fransa ile Birlik üyesi olmayan Norveç ve İzlanda hukuklarında kabul edilmiştir. Buna rağmen Tüzüğün yasalaşması aşamalarının hiç birinde bu husus tartışılmamıştır³⁵. Bu sebeple öğretilerde farklı görüşler söz konusudur. Bir kısım yazarlara göre, eşcinsel evliliğin boşanma için başvuru alan ülke mahkemelerince 13. madde kapsamında değerlendirilen bir ön sorun teşkil

³¹ **Gruber**, s. 388-389; **Althammer/Arnold**, s. 312-313.

³² Bu düzenleme kural olarak birlik üyesi Malta için öngörülmüştü. Ancak Malta hukukunda da artık boşanma müessesesi düzenlendiği (bkz. yukarıda dn. 12) ve üye ülkelerden birinin bundan sonra boşanma müessesesinden vazgeçeceği beklenmediğinden, söz konusu düzenleme geçerliliğini yitirmiştir. **Gruber**, s. 389; **Althammer/Arnold/Tolani**, s. 376.

³³ Farklı cinsler arasındaki birlikteliğin evlilik olarak geçerli sayılıp sayılmayacağı hususu bu durumda tüzüğün 13. maddesi kapsamında lex fori’ye göre belirlenecektir. **Gruber**, s. 389-390; **Althammer/Arnold**, s. 313; **Althammer/Arnold/Tolani**, s. 376-379.

³⁴ Yabancı eşcinsel evliliklerin Almanya da sona erdirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Mankowski, Peter/Höffmann, Friederike**: “Scheidung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen in Deutschland?”, IPRax Heft 3/2011, s. 247-254.

³⁵ **Winkler von Mohrenfels**, s. 703.

edecektir ve hâkim tarafından kendi kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında değerlendirilecektir. Hâkim bunun sonucunda söz konusu eşcinsel birlikteliği evlilik olarak nitelendirmezse (veya kayıtlı birliktelik olarak kabul ederse) Tüzük hükümlerini de uygulamak zorunda kalmayacaktır³⁶.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, yasa koyucu açıkça ifade etmemiş olsa da eşcinsel evlilikleri de Roma III Tüzüğü kapsamında değerlendirmektedir. Zira, Tüzüğün anlamı ve amacı değerlendirildiğinde 13. maddenin bu Tüzüğün uygulanma alanından kaçmak için konulan bir düzenleme olmadığı açıktır. Tüzük kural olarak bağımsız (otonom) yorumlanacak olup, bir taraftan “evlilik” kavramının tanımlanmamasıyla eşcinsel evliliklerin de kapsama alınması ve diğer taraftan da hukuk seçimine izin vererek bundan faydalanacak eşcinsel tarafların da seçimine saygı duyulmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Zira düzenlemenin (m. 13) anlamı dikkate alındığında mahkemelerin boşanma kararı verme yükümlülüğü olmadığı gibi, kesinlikle buna bir engel de konulmamaktadır. Bu sonuç hem Tüzüğün hazırlık çalışmalarındaki dokümanlarla³⁷ hem de Roma III Tüzüğüne paralel olarak eşcinsel evliliklere de uygulanmak üzere hazırlanan “*Eşler Arasındaki Mal Rejimine İlişkin Hususlarda Uygulanacak Hukuk ve Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük*”³⁸ önerisiyle desteklenmektedir³⁹. Sonuçta yine de bu soruyu Avrupa Birliği Adalet Divanının çözmesi beklenecektir.

Buna karşın kayıtlı (farklı veya eşcinsel) birliktelikler ve bunlar gibi evlilik dışındaki her türlü birliktelik kural olarak Tüzüğün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Zira bir evliliğin var olup olmadığı bir ön sorun olarak

³⁶ **Helms**, Tobias: “Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung”, Fam RZ, Heft 22/2011, s. 1765-1772, s. 1766; **Hau**, s. 250-251; **Pietsch**, Peter: “Rechtswahl für Ehesachen nach Rom III”, NJW 25/2012, s. 1768-1770, s. 1768. Ayrıca krş. **Althammer/Arnold**, s. 313; **Althammer/Arnold/Tolani**, s. 377.

³⁷ REPORT 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)) Committee on Legal Affairs Rapporteur: Tadeusz Zwiefka (<http://ec.europa.eu/dorie/cardPrint.do?locale=de&&cardId=948530>).

³⁸ KOM(2011) 127 fin. - 2011/0060 (CNS), 2011/C 376/16: Official Journal of the European Union, C 376, 22.12.2011.

³⁹ **Gruber**, s. 382; **Makowsky**, s. 267-268; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 518, dn. 44.

her ilgili ÷lkenin kendi ulusal hukukuna göre cevaplandırılacaktır. Bu bağlamda da mahkeme ortada bir evlilik yerine sadece kayıtlı bir birlikteliğin var olduğuna karar verirse, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre karar verecek olup, Roma III Tüzüğu uygulanmayacaktır⁴⁰. “Evlilik” ile “kayıtlı birliktelik” arasındaki ayırım güncel tüzük nerileri arasında yer alan, “*EŞler Arasındaki Mal Rejimine İlişkin Hususlarda Uygulanacak Hukuk ve Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük*”te de grlmektedir⁴¹.

3. Özel (Mahkeme DıŐı) Boşanmalar

Roma III Tzğu kural olarak mahkemeler (m. 5/1-b, m. 5/2, m. 8 ve m. 18) ve bunlar gibi yargı yetkisine sahip idari makamlar⁴² tarafından verilebilecek boşanma ve ayrılık kararlarını düzenlemektedir. Ancak tamamen eşlerden birinin iradesine veya karŐılıklı anlaşmaya bağlı olarak gerçekleŐtirilen ve yetkili bir makamın yer almadığı ya da “yetkili makamın” sadece izharı etkisi olan mahkeme dıŐı özel boşanmalara ilişkin olarak Tüzükte herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu tür boşanmalara değişik Őekillerde Musevi hukukunda (boşanma mektubunun verilmesi), İŐlam hukukunda (talak), Tayland, Tayvan, Güney Kore ve Japon hukuklarında rastlanmaktadır⁴³.

⁴⁰ **Gruber**, s. 383; **Makowsky**, s. 268; **Pietsch**, s. 1768; **Gade**, Marcel: “Schwerpunktbereich IPR: Die Rom III-VO”, JuS, Heft 9/2013, s. 779-782, s. 779; **Althammer/Arnold**, s. 313-314; **Bayraktaroğlu zelik**, s. 518, dn. 44.

Ayrıca Tzğu’nun hazırlanma aŐamasındaki, kayıtlı birlikteliklerin Tüzüğe eklenmesi ynndeki öneriler de kabul görmemiŐ olup Komisyon tarafından sadece kadın hakları ile cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılmasına ynelik görüŐ bildirilmiŐtir. Bkz. 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)).

⁴¹ Bkz. yukarıda dn. 37.

⁴² **Gruber**, s. 383; **Hau**, s. 250; **Grtner**, Veronika: “Die Rom-III-Verordnung unter besonderer Berücksichtigung von Privatscheidungen”, StAZ, Nr. 12/2012, s. 357-364, s. 358. Aksi yönde, **Helms**, s. 1766.

⁴³ **Winkler von Mohrenfels**, s. 704 ve dn. 28-33.

Tüzüğün yorumlanmasında, genel gerekçenin 10 numaralı paragrafında Brüksel II-a Tüzüğü ile uyum içerisinde olunacağı belirtilmişse de (zira Brüksel II-a'nın uygulama alanı içerisinde özel boşanmalar yer almamakta⁴⁴), özel boşanmaların Roma III Tüzüğü'nün uygulama alanı içerisinde yer aldığı öğretide genel olarak kabul görmektedir⁴⁵. Her ne kadar bu yönde açık bir hüküm bulunmasa da, uygulama alanı dışında kalan konuları düzenleyen Tüzüğün 1. maddesinin ikinci fıkrası içerisinde de sayılmamıştır. Yine Tüzüğün kural olarak mahkeme kararlarını kapsaması da, Tüzüğe taraf devletlerin hukukunda özel boşanma kavramlarının yabancı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda “boşanma” kavramı sadece -özel boşanma kavramına yabancı olan- Tüzüğe taraf olan devletler veya diğer Avrupa devletlerinin geleneksel bakış açısına göre yorumlanmayıp tüzüğün 4. maddesine uygun şekilde evrensel olarak yorumlanması gerekecektir. Bu yorum tüzüğün “uyumlaştırma amacına” (Harmonisierungszweck) da hizmet edecektir⁴⁶.

III. BOŞANMA VE AYRILIĞA UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

Roma III Tüzüğü'nün 5. ila 16. maddeleri arasında uygulanacak hukukun tayinine ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Bu bağlamda uygulanacak hukuka ilişkin aile hukukunda pek yaygın olmayan irade muhtariyetine yer verilmiştir. Eşlere belirli bir çerçevede içerisinde boşanma ve ayrılığa uygu-

⁴⁴ Helms, s. 1766; Gruber, s. 383; Makowsky, s. 268; Gade, s. 780.

⁴⁵ Hau, s. 250; Winkler von Mohrenfels, s. 704; Gade, s. 780; Althammer/Arnold, s. 311. Aksi yönde, Gruber, s. 383. Krş. Helms, s. 1766; Gärtner, s. 358 vd.

⁴⁶ Winkler von Mohrenfels, s. 704; Hau, s. 250; Althammer/Arnold, s. 311; Gade, s. 780. Ayrıca mahkeme tarafından boşanma kararının verilmesinin şart olduğu durumlarda ortaya çıkabilecek sorunlar açısından bkz. Gärtner, s. 359 vd.; Helms, s. 1766-1767; Gruber, s. 384-dn. 33; Winkler von Mohrenfels, s. 704-705.

Ayrıca özel boşanmaların Roma III Tüzüğü'nün uygulama alanı kapsamında olup olmadığı sorusu da 2015 yılında Münih Yüksek Eyalet (İstinaf) Mahkemesi tarafından Avrupa Birliği Adalet Divanına yöneltilmiştir. Bu çalışma hazırlanırken henüz Divanın cevabı açıklanmamıştı. Bkz. OLG München, EuGH-Vorlage vom 02. Juni 2015 – 34 Wx 146/14 –EuGH – C-281/15. <http://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=C;281;15;RP;1;P;1;C2015/0281/P&lgrc=de&language=de>

lanacak hukuku seçme fırsatı tanınmıştır (m. 5). Eşler böyle bir seçim yapmamış olmaları durumunda Tüzükteki objektif bağlama kurallarına bakılacaktır. Objektif bağlama kurallarında da yaygın olan “eşlerin müşterek milli hukuk”una öncelik verilmesi yerine ilk sırada “eşlerin müşterek mutad mesken hukuku” dikkate alınmıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere tüzüğün evrensel niteliği (m. 4) sebebiyle subjektif veya objektif bağlama kurallarının neticesinde tayin edilen hukuk, tüzüğe taraf ve hatta Avrupa Birliği üyesi bir devlete ait olmasa dahi uygulanacaktır⁴⁷.

A. Hukuk Seçimi

Tüzüğün 5. maddesinde eşlere boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuku belirli bir çerçevede seçme olanağı getirilmiştir. Böylece objektif bağlama kuralları (m. 8) ile zorunlu olarak bazı tipik varsayımlara dayanan ve her zaman eşlerin en sıkı ilişkide oldukları hukukun tayinini sağlayamayan düzenlemelerin sakıncaları bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca irade muhtariyetinin kabul edilmesiyle; vatandaşlığa dayanan bağlama kurallarına kıyasla belirlenmesi günümüz mobil yaşam biçimlerinde her zaman da kolay olmayan ve tüzükte düzenlenen asli bağlama kuralı olan eşlerin ortak mutad meskeninin tespiti açısından oluşabilecek sakıncaların da önüne geçilmiştir⁴⁸. Ancak uygulamada yine de eşlerin önceden yaptıkları hukuk seçiminden ziyade sonradan yapılan hukuk seçimleri öne çıkacaktır. Zira eşler uyumsuzluk durumunda boşanma için dava açtıkları mahkemenin hukukunun (lex fori) uygulanmasını veya boşanma hususunda daha esnek olan bir ülkenin hukukunun uygulanmasını tercih edeceklerdir⁴⁹.

1. Seçilebilecek Hukuk Düzenleri

Eşlerin seçilen hukuk düzeni ile yakın bir irtibatlarının bulunmasını temin etmek için⁵⁰, tüzüğün 5. maddesinin birinci fıkrasında boşanma ve

⁴⁷ Helms, s. 1767; Althammer/Mayer, s. 322-323.

⁴⁸ Mutad mesken kavramı ve sınırları için bkz. Özkan, Işıl: Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 31 vd.; Uyanık Çavuşoğlu, Boşanma, s. 49-50; Helms, s. 1769-1770.

⁴⁹ Helms, s. 1767; Makowsky, s. 269.

⁵⁰ Tüzük gerekçesi, 16 no’lu paragraf.

ayrılığa uygulanacak sınırlı bir hukuk seçimi olanağı tanınmıştır. Buna göre eşler;

- a) hukuk seçiminin yapıldığı sırada müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu⁵¹,
- b) hukuk seçiminin yapıldığı sırada eşlerden birinin hâlen orada mutad meskeninin bulunması şartıyla, son müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunu,
- c) hukuk seçiminin yapıldığı sırada eşlerden birinin milli hukukunu veya
- d) mahkemenin hukukunu seçebilirler.

Tüzüğün resmi Almanca metninde (*das Recht des Staates des angerufenen Gerichts*) bu son seçim hakkından (m. 5/1-d) sanki mahkemeye başvurulduktan (dava açıldıktan) sonra faydalanılabileceği gibi yanlış bir anlam çıkmaktadır. Oysa İngilizce (*the law of the forum*), Fransızca (*la loi du for*) ve İtalyanca (*la legge del foro*) metinlerinden “lex fori” anlamına ulaşılabilmekte ve böylece başvurulacak mahkemenin hukukunun önceden de seçilebileceği sonucuna varılabilmektedir. Kural olarak hukuk seçiminin taraflarca mahkemede dava açılana kadar yapılması gerekeceğinden (m. 5/2), eşler dava açmadan önce de mahkemenin hukukunu (lex fori) seçebileceklerdir⁵².

Hukuk seçiminde karşılaşılabilecek bir sorun ise, eşlerin birisinin veya her ikisinin de birden fazla vatandaşlığa sahip olmaları durumunda m. 5/1-c kapsamında eşlerden birinin milli hukuku seçilmişse bu vatandaşlıklardan hangisinin dikkate alınacağı hususudur. Zira tüzükte konuya ilişkin ayrı bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte tüzük gerekçesinin 22 numaralı paragrafına göre, çok vatandaşlık durumuna ilişkin sorular, Avrupa Birliği’nin genel ilkeleri dikkate alınmak kaydıyla hâkimin kendi hukukuna (lex fori) göre çözülecektir. 22 numaralı paragrafın gerekçenin sistematığı içinde yazıldığı yerinden dolayı bu açıklamanın sadece objektif bağlama

⁵¹ “Müşterek” mutad mesken kavramında, evlilik birliği içerisinde “birlikte” yaşamak şart değildir. **Helms**, s. 1767.

⁵² **Helms**, s. 1767; **Gruber**, s. 386.

kuralını düzenleyen 8. maddenin c bendi için geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Ama paragrafın lafzından bu düzenlemenin tüm tüzüğü kapsadığı şeklinde yanlış bir sonuca varılabilir⁵³.

Eşlerden birinin sahip olduğu birden çok vatandaşlıktan herhangi birinin seçilebilmesi mümkün olmakla beraber, ilgili milli hukukun seçilebilmesi için eşin o vatandaşlığa sahip olması yeterli midir? Yoksa sahip olduğu birden fazla vatandaşlıktan sadece sıkı (etkili) ilişki içerisinde olduğu vatandaşlığı mı seçilebilir? Bu konuda 22 numaralı paragrafın hâkimin hukukuna yaptığı gönderme tek başına soruna cevap verememektedir⁵⁴. Zira burada bir atıf değil bir hukuk seçimi söz konusudur. Bu bağlamda ulusal hukuklarda genel olarak kabul gören birden fazla vatandaşlık durumunda “daha sıkı ilişki halinde olunan hukuk”un tercih edilmesi ve hatta birden fazla vatandaşlıktan birisi dava açılan (başvurulan) mahkemenin devletine ait vatandaşlıksa bunun tercih edilecek olması yönündeki düzenlemelerin⁵⁵ Roma III tüzüğü kapsamında uygulanması pek mümkün gözükmemektedir. Öncelikle vatandaşlıklardan birisinin dava açılan mahkemenin devletine ait vatandaşlık olması durumunda tercih edilmesi gerekçenin 22. paragrafında yer alan AB’nin genel ilkeleriyle, özellikle de ayrımcılık yasağı ile çeliştiğinden dikkate alınması mümkün değildir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Brüksel Ila Tüzüğü’nün yetkiye ilişkin 3/1-b maddesi kapsamında verdiği “Hadadi-Mesko” kararında⁵⁶, çifte vatandaşlık durumunda daha sıkı irtibatlı olan vatandaşlığın dikkate alınmayacağı sonucuna varmıştır. Bu bağlamda mahkemenin yetkisinin belirlenmesinde sıkı ilişkili olsun veya olmasın sahip olunan herhangi bir müşterek vatandaşlığın bulunması yeterli görölmüştür. Roma III Tüzüğü’nün gerekçesinin 10

⁵³ Althammer/Mayer, s. 328.

⁵⁴ Türk hukukunda da kişilerin birden fazla vatandaşlığa sahip olmaları durumuna ilişkin MÖHUK’un 4/1 maddesi uyarınca, “b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku, c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku, uygulanır”.

⁵⁵ Bu yönde bkz. Alman hukuku için EGBGB m. 5 ve Türk hukuku için MÖHUK m. 4.

⁵⁶ EuGH, 16.7.2009-Rs.C-168/08-Hadadi: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-168/08>. Aynı yönde bkz. EuGH, 2.10.2003-Rs.C-148/02-Garcia Avello: [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf? language=de&num=C-148/02](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-148/02).

numaralı paragrafında da, Roma III Tüzüğü'nün Brüksel IIa Tüzüğü ile paralel uygulanacağı ifade edildiğinden, AB Adalet Divanının bu kararı Roma III Tüzüğü ve bu bağlamda hukuk seçimine ilişkin hüküm için de uygulanabilecektir. Sonuç olarak m. 5/1-c kapsamında boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk olarak eşlerden birinin milli hukuku seçilmişse ve bu eş birden fazla vatandaşlığa sahip ise, hangi vatandaşlığı ile daha sıkı irtibat içinde olduğuna bakılmaksızın, vatandaşlığına sahip olduğu herhangi bir devletin hukuku seçilebilecektir⁵⁷.

2. Hukuk Seçiminin Geçerliliği ve Şekli

Hukuk seçimine ilişkin anlaşma kural olarak her zaman akdedilebilmekle beraber en geç mahkemede dava açılma ânına kadar yapılabilir veya değiştirilebilir (m. 5/2). Bununla beraber Tüzüğü'nün 5. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, dava açılan mahkemenin hukukunun izin vermesi durumunda eşler dava süresince de hukuk seçimi konusunda anlaşabilirler ve bu durumda mahkeme kendi hukukuna göre bu seçimi kayıt altına alacaktır.

Hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın veya bu anlaşmanın bir hükmünün geçerliliği ve maddi etkisi, bu anlaşmanın geçerli olması durumunda tüzük hükümlerine göre yetkili olacak olan hukuka göre belirlenecektir (m. 6/1). Eğer eşlerden biri, seçilen hukukun uygulanmasını talep etmesinin kendisinden beklenemeyeceğini iddia ederse, bu yöndeki irade açıklamasının geçerli olup olmadığı hususunun ispatı için ilgili eşin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna göre karar verilmesi gerekecektir (m. 6/2). Bu düzenlemeyle eşlerden biri kendi mutad mesken hukukuna dayanarak hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın uygulanabilmesi için geçerli bir irade beyanı olmadığı iddiasında bulunabilecektir. Ancak aşağıda görüleceği üzere yazılı olarak yapılacak ve eşlerden her biri tarafından imzalanmasıyla geçerli sayılabilecek bir hukuk seçimi anlaşmasında eşlerden birinin kendi rızası dışında bu anlaşmanın yapıldığını iddia etmesi pek mümkün gözükmemektedir⁵⁸.

⁵⁷ Helms, s. 1770-1771; Winkler von Mohrenfels, s. 710; Althammer/Mayer, s. 328-329; Makowsky, s. 269. Benzer açıklamalar ama neticede aksi yönde bkz. Gruber, s. 385-386.

⁵⁸ Althammer/Mayer, s. 341. Aynı yönde, Gruber, s. 387.

Hukuk seçiminin Şekli açısından ise ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Eğer hukuk seçimi tÛzÛğÛn 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası kapsamında mahkemeye baŐvurana kadar yapılmış ise, anlaşmanın yazılı olması, tarihinin belirtilmesi ve eşler tarafından imzalanmış olması gerekecektir. Daimi kayıt olanağı sağlayan elektronik iletiler (e-posta) de bu kapsamda yazılı Şekil olarak geçerli kabul edilmektedir (m. 7/1)⁵⁹.

Bu dÛzenlemede eşlerden hukuk seçimi yÛnÛndeki iradelerini aynı anda veya Őahsen beyan etmeleri talep edilmemektedir. Bu durumda maddenin 2 ila 4. fıkraları arasında belirtilen ulusal hukuklarda daha sıkı kurallar òngÛrÛlÛp bunlarca reddedilmediği sÛrece, eşlerin temsilci vasıtasıyla da bir anlaşma yapmaları konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bununla beraber yazılı Şekil Őartı sebebiyle eşlerin hukuk seçimi yÛnÛnde zımnî kabulleri mÛmkÛn değildir. Bu bağlamda boşanmanın sonuçlarına ilişkin herhangi bir Ûlke hukukuna gÛre noterde yapılmış anlaşmada açıkça hukuk seçimine ilişkin bir hÛkÛm bulunmaması durumunda, hukuk seçiminin o Ûlke hukuku lehine yapıldığı sonucuna varılması mÛmkÛn olmayıp, eşlerin hukuk seçimine yÛnelik açık bir irade beyanlarına ihtiyaç duyulmaktadır⁶⁰.

TÛzÛğÛn 7. maddesinin ikinci fıkrasına gÛre, hukuk seçiminin yapıldığı sırada eşlerin mÛŐterek mutad meskenlerinin bulunduğu anlaşmaya taraf devlet hukukunda anlaşmanın geçerliliği hususunda ek Şekil kurallarının òngÛrÛlmÛŐ olması durumunda bu kurallara da uyulması gerekecektir. Bununla birlikte eşlerin hukuk seçimi sırasında mutad meskenleri farklı taraf devletlerde bulunuyor ve bu devletler de farklı Şekil kuralları òngÛrÛyorsa, sÛz konusu anlaşma Şekli açıdan bu devletlerin birinde aranan Şekil kurallarına uyması durumunda geçerli kabul edilecektir (m.7/3). Bunların dışında hukuk seçimi sırasında eşlerden sadece birinin mutad meskeni taraf devletlerden birinde bulunuyor ve bu devlet hukukunda bu tÛr hukuk seçimleri

⁵⁹ Elektronik iletilerde elektronik imzaların yeterli kabul edilmesi gerekecektir. Ancak bu husus hakkında nihayetinde Avrupa Birliği Adalet Divanının karar vermesi beklenecektir. **Althammer/Mayer**, s. 343. Ancak yine de elektronik ileti ile hukuki gÛvenliğin tam anlamıyla sağlanması mÛmkÛn gÛzÛkmemektedir. **Hau**, s. 252; **Kohler**, Christian/**Pintens**, Walter: "Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2010–2011", FamRZ, Heft 18/2011, s. 1433-1441, s. 1434.

⁶⁰ **Helms**, s. 1768; **Althammer/Mayer**, s. 343-344; **Hau**, s. 253; **Winkler von Mohrenfels**, s. 711; **Makowsky**, s. 269. Aksi yÛnde bkz. **Gruber**, s. 387 ve dn. 83.

için ek şekil kuralları öngörülmuşse, bu kuralların da yerine getirilmiş olması gerekecektir (m. 7/4).

Hukuk seçimi Roma III Tüzüğü'ne taraf devletlerin dışında bir devlette yapılmış ve fakat bu tüzüğe taraf bir devlet mahkemesinde uygulanacaksa, söz konusu anlaşmanın Tüzüğün 7/1 maddesinde aranan şekil şartlarını taşıması yani yazılı, tarihi belirtilmiş ve eşler tarafından imzalanmış olması yeterli olacaktır⁶¹.

Bunların dışında Tüzüğün 5. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında mahkemede dava açtıktan sonra yapılan ve mahkemece kayıt altına alınan bir hukuk seçiminin söz konusu olması durumunda, bu hukuk seçiminin m. 7/1'de aranan şekil kuralları yerine başvuru mahkeme tarafından öngörülen şekil kurallarına uygun olarak kayıt altına alınması gerekecektir. Zira Tüzüğün 7. maddesinin birinci fıkrası açıkça, 5. maddenin 1. ve 2. fıkralarına göre yapılan anlaşmaların yazılı, tarihi belirtilmiş ve eşlerce imzalanmış olmasını aramaktadır. Oysa Tüzük 5. maddenin 3. fıkrasına göre yapılabilecek hukuk seçimlerine ilişkin bir şekil kuralı ihtiva etmemektedir⁶².

B. Objektif Bağlama Kuralı

Roma III Tüzüğünün boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk konusunda eşlerin irade muhtariyetine verdiği öncelik gibi önemli bir diğer düzenlemesi de, objektif bağlama kuralında uygulanacak hukukta eşlerin müşterek vatandaşlığı yerine müşterek mutad meskenlerine dikkate alınmasıdır. Eşlerin, tüzüğün 5. maddesi kapsamında bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda, 8. maddede basamaklı bir bağlama kuralı öngörülmüştür⁶³. Bu düzenleme uyarınca boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk şu şekilde belirlenmiştir;

⁶¹ **Erman/Hohloch**, BGB Anh. Art. 17 EGBGB Art. 7 Rn. 6 (naklen: **Althammer/Mayer/Toni**, s. 345, dn. 12).

⁶² **Helms**, s. 1769; **Gruber**, s. 387.

⁶³ Türk hukukunda da boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tayini konusunda MÖHUK m. 14/1'te basamaklı bağlama kuralı düzenlenmiştir. Buna göre Türk hukukunda -Roma III Tüzüğünden farklı olarak- ilk bağlama noktası olarak eşlerin müşterek milli hukuku öngörülmüştür. Müşterek milli hukukun bulunmaması durumunda müşterek mutad mesken hukukunun ve bunun da bulunmaması durumunda Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

- a) davanın açıldığı tarihteki eşlerin mÛŐterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, bulunmaması durumunda,
- b) dava açıldığı tarihten geriye doğru bir yıldan daha uzun bir sÛre önce sona ermemiŐ ve dava açıldığı tarihte eşlerden birinin halen orada mutad meskeninin bulunuyor olması Şartıyla; eşlerin son mÛŐterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, bulunmaması durumunda,
- c) davanın açıldığı tarihteki eşlerin mÛŐterek milli hukukları, bulunmaması durumunda,
- d) davanın açıldığı mahkemenin (devletin) hukuku uygulanır.

Dava açıldıktan sonra artık sadece davanın açıldığı mahkemenin hukuku kabul ediliyorsa da 5. maddenin ÛçÛncÛ fıkrası uyarınca eşler tarafindan yapılabilecek bir hukuk Őeçimi ile yukarıda sayılan objektif bağlama kuralına gÛre uygulanacak hukuk değiştirilebilir.

Yukarıda m. 5/1-c kapsamında da açıklandığı üzere⁶⁴, eşlerin birden fazla vatandaşlığa sahip olmaları durumunda 8. maddenin (c) bendi kapsamında mÛŐterek milli hukukların uygulanmasında daha sıkı irtibatlı olan vatandaşlığın dikkate alınıp alınmaması konusu dÛzenlenmemiŐtir. Burada m. 5/1-c'den farklı bir yarar dikkate alınmıştır. Zira orada amaç tarafların hukuk Őeçimini yapmalarını sağlamak ve bu bağlamda sıkı ilişki içerisinde olsun veya olmasın vatandaşlığına sahip oldukları herhangi bir devlet hukuku seebilmelerini sağlamaktı. Ancak gerekçenin 22 numaralı paragrafi sistematik açıdan yazıldığı yer itibariyle 8. maddenin (c) bendine ilişkin oluşabilecek sorunun özÛmÛnÛ dÛzenlemiŐtir. Bu durumda birden fazla vatandaşlık durumunda Avrupa Birliđinin genel ilkeleri dikkate alınmak kaydıyla hâkimin ulusal hukuku (lex fori) dikkate alınacaktır. Eğer lex fori uyarınca daha sıkı ilişki içerisinde bulunulan devletin vatandaşlığı tercih edilmekte ise, m. 8-c için de genel olarak òđretide bu vatandaşlığın tercih edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵.

⁶⁴ Bkz. yukarıda III.-A.-1. numaralı baŐlık altındaki açıklamalar.

⁶⁵ **Helms**, s. 1771; **Althammer/Tolani**, s. 354; **Makowsky**, s. 271; **Gade**, s. 781. Gruber ise, hem hukuk Őeçimine ilişkin m. 5/1-c hem de m. 8-c için bu sonuca varmaktadır: **Gruber**, s. 385-386.

Bu sonuç, eşlerin müşterek milli hukuklarının varlığı durumunda daha sıkı ilişkili olanı araştırmak bakımından pratik gözükmemektedir. Müşterek milli hukukun uygulanması daha doğru bir sonuç olarak algılanabilmektedir. Oysa eşlerden birinin Alman ve Türk, diğerinin de Fransız ve Türk vatandaşlığına sahip olduğunu varsayarsak ve bu çift uzun süredir Almanya’da yaşıyorsa, Türk hukuku ile sıkı ilişkileri söz konusu olmayabilir, hatta belki sadece ailelerinden gelen bir vatandaşlıktan ibaret olup müşterek vatandaşlıkları olan Türkiye ile bağları çok zayıftır. Bu durumda bu çifte Almanya’da açtıkları boşanma davasında Türk hukukunu uygulamak yerine müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukuku olan Alman hukukunu uygulamak her ikisinin de menfaati, hukuki güven ve öngörülebilirliğin sağlanması açısından daha doğru olacaktır. Bu sebeple biz de öğretide genel olarak kabul edilen bu görüşe katılmaktayız.

8. maddenin (d) bendi ile öngörülen son basamak olan davanın açıldığı mahkemenin hukukunun uygulanması, bazı durumlarda Tüzüğün temel amaçları arasında yer alan “forum shopping”in engellenmesi hususunda olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Zira, uzun süredir beraber yaşayan çiftten biri diğerini terk ederse ve bu terkin üzerinden bir yıl geçmiş ve eşlerin müşterek bir milli hukukları da yoksa; özellikle terk eden eş tarafından kendi yeni mutad meskeni olan bir ülkede açacağı boşanma davası ile genelde terk edilen eş kendisine tamamen yabancı bir hukuk ile karşı karşıya kalacaktır. Bu sebeple de terk eden eşin bir yılı bekledikten sonra kendi lehine olan bir hukuka sahip devlet mahkemesine başvurması ile yine engellenmeye çalışılan “forum shopping” gerçekleşmiş olacaktır⁶⁶.

C. Ayrılığın Boşanmaya Dönüşmesi Durumunda Uygulanacak Hukukun Tayini

Tüzüğün 9. maddesinde yer alan özel düzenleme uyarınca, ayrılık davasının boşanma davasına dönüşmesi durumunda -eşler m. 5 çerçevesinde aksini belirlememişlerse- ayrılığa uygulanan hukuk boşanmaya da uygulanacaktır (m. 9/1). Ayrılık kararını veren mahkeme ile boşanma kararını verecek mahkemeler farklı ise, sonraki mahkeme önceki mahkemenin hangi hukuku

⁶⁶ Kohler, s. 1679; Gruber, s. 388.

uyguladığını araştırmak zorunda olacaktır. Ayrılık kararını veren ilk mahkeme Tüzüğe taraf olmayan ve hatta Avrupa Birliği'nin dışında bir devlete ait olsa bile sonuç deęiřmeyecektir⁶⁷.

Ayrılığa uygulanan hukuk, ayrılığın boşanmaya dönüşmesi konusunda bir düzenleme içermiyor ve eşler de m. 5 çerçevesinde bu hususta bir hukuk seçiminde bulunmamışlarsa, tekrar Tüzükte yer alan objektif bağlama kuralı (m. 8) uygulanacaktır. Burada söz konusu olan durumda ilgili hukuk sadece ayrılığın boşanmaya dönüşmesini öngörmemektedir. Eğer ayrılığa uygulanan ilk hukuk boşanmayı hiç kabul etmiyorsa, konu 10. maddedeki düzenleme kapsamında deęerlendirilecektir⁶⁸. Zira Tüzüğün 10. maddesine göre, hukuk seçimi veya objektif bağlama kuralları sonucunda uygulanacak hukuk olarak tayin edilen hukuk sisteminde boşanma kabul edilmiyorsa (eskiden Malta'da olduğu üzere) veya eşlerden birine cinsiyeti sebebiyle ayrılık ve boşanma hakkını eşit ölçüde tanımıyorsa (İslam hukukunda uygulanan talakta olduğu gibi), lex fori uygulama alanı bulacaktır⁶⁹. Böylece özel bir kamu düzeni (ordre public) kuralı düzenlenmiş olup uygulanacak yabancı hukukun içeriği de denetlenmiş olmaktadır⁷⁰.

D. Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuka İlişkin Diğer Hükümler

1. Atıf

Tüzüğün 11. maddesinde atıf reddedilmiş olup eşlerin hukuk seçimi (m. 5) veya objektif bağlama kuralına (m. 8) göre ayrılık ve boşanmaya uygu-

⁶⁷ Gruber, s. 388; Althammer/Tolani, s. 359.

⁶⁸ Gruber, s. 388; Althammer/Tolani, s. 360.

⁶⁹ Ancak uygulanacak hukuk her ne kadar kadına boşanma hakkı vermemiş olsa da, eğer neticede eşinden boşanacak olan kadın durumdan zarar görmüyorsa ve o da boşanmak istiyorsa doğrudan m. 10 uyarınca lex fori'yi uygulamaya gerek olmayabilecektir. Böyle bir durum hakkında kesin bir sonuca ulaşıp 10. maddenin uygulanmasına baştan karar vermeyip somut olayın değerlendirilmesinden sonra, kadının aleyhine bir durum söz konusu olup kadın da sonuçtan zarar göreceyse bu yönde karar verilmesi gerekecektir. Helms, s. 1772; Hau, s. 254.

⁷⁰ Gruber, s. 390-391; Winkler von Mohrenfels, s. 713-716; Althammer/Tolani, s. 361-364; Gade, s. 782. Ayrıca bkz. Tüzük genel gerekçe 23 ve 24 numaralı paragraflar.

lanacak hukuk olarak tayin edilen devlet hukukunun sadece maddî hükümleri uygulanacak olup kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır. Böylece iade atıf ve devam eden atıf (renvoi) da söz konusu olmayacaktır⁷¹. Bu yöntem Avrupa Milletlerarası Özel Hukuk doktrini ile paralellik göstermektedir⁷².

Fakat iade atıf yolunun kapatılmış olması objektif bağlama kuralı bakımından lex fori'nin uygulanma yolunu açan düzenlemeler karşısında olumsuz bir gelişmedir. Ayrıca Avrupa'da yapılan düzenlemelerin hedefleri içerisinde, verilen kararlar arasında bir uyumlaştırmanın sağlanabilmesi yer almaktadır. İade atfın reddi ile mahkemelerin ve tarafların belki de kendilerine yabancı bir hukuku araştırma zorunlulukları ortaya çıkmaktadır ki, bu da hem fazla zamanın harcanmasına hem de masrafların artmasına sebebiyet verecektir. Bu bağlamda usul ekonomisine katkı da sağlanamayacaktır. Ayrıca uygulanacak yabancı hukukun yanlış uygulanması ve bunun sonucunda da mahkemeler tarafından yanlış kararların verilmesine yol açacaktır. Bu konudaki tek küçük teselli belki de taraflarca yapılacak hukuk seçimiyle veya objektif bağlama kuralının uygulanmasıyla hâkimin hukukuna ulaşılabilir olmasıdır⁷³.

2. Kamu Düzeni

Tüzüğün 12. maddesi uyarınca, Tüzük hükümlerine göre boşanma ve ayrılığa uygulanması gereken yabancı hukuk, davanın açıldığı ülkenin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa uygulanmayacaktır. 12. madde sadece kamu düzeninin olumsuz etkisini düzenlemiştir. Oysa yabancı hukukun uygulanmaması durumunda hangi hukukun uygulanacağı (kamu düzeni-

⁷¹ Bununla beraber tüzüğün 10. maddesi kapsamında boşanmanın mümkün olmadığı durumlarda sınırlı bir iade atfın varlığından da bahsedilmektedir. **Pitsch**, s. 1769-1770; **Schack**, Haimo: “Was bleibt vom renvoi?”, IPRax, Heft 4/2013, s. 315-320, s. 318; **Hau**, Wolfgang: “Zur Maßgeblichkeit der lex fori in internationalen Ehesachen”, Festschrift für Rolf Stürmer, Tübingen 2013, s. 1237-1251, s. 1245-1246.

⁷² Roma I Tüzüğünün 20. maddesi ile Roma II Tüzüğünün 24. maddesindeki düzenlemeler de aynı yöndedir.

⁷³ **Hau**, s. 254; **Gruber**, s. 388; **Althammer/Tolani**, s. 365-366.

nin olumlu etkisi) sorusuna cevap verilmemektedir. Bu durumda mahkemenin hukukunun uygulanması gerekeceği kabul edilmiŐtir⁷⁴.

TÛzÛğÛn genel gerekçesinin 25 numaralı paragrafında kamu dÛzeni mÛdahalesinin istisnai bir durum teşkil edeceği ve her somut olay için ayrı değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. TÛzÛğÛn 12. maddesinde dÛzenlenmiŐ olan genel kamu dÛzenine aykırılık hÛkmÛ ile bunun özel bir Şekli olan 10. maddedeki dÛzenlemenin farkı dikkate alınmalıdır. Zira 10. madde sadece uygulanacak yabancı hukukun boşanmaya izin vermemesi ile eşler arasındaki cinsiyet ayrımı sebebiyle eşlerden birine boşanma ve ayrılığı talep etme hakkının verilmemesi durumu dÛzenlenmiŐtir. Bu iki durum dışında 12. maddedeki genel kamu dÛzenine aykırılık hÛkmÛ istisnai olarak dikkate alınabilecektir. Bu kapsamda uygulanacak yabancı hukukun kural olarak boşanmayı kabul etmekle beraber imkânsız Őartlara bađlamıŐ olması veya kabul edilemeyecek derecede uzun bir ayrılık sÛresi Őartına bađlamıŐ olması ya da eşler arasında cinsiyet dışında başka bir sebeple ayrımcılık yapması gibi durumlarda istisnai olarak ve somut olayın değerlendirilmesi sonucunda mahkeme kamu dÛzenine açık bir aykırılık tespit etmesi durumunda 12. maddenin uygulanması sÛz konusu olabilecektir⁷⁵.

3. Birden Fazla Hukuk Sistemine Sahip Devletlerde BÛlgeler ve ŐahıŐlar Açısından İhtilaflar

Amerika BirleŐik Devletleri, BirleŐik Krallık, İŐpanya, Kanada ve Meksika gibi birden fazla hukuk sistemi bulunan bÛlgelere sahip olan devletler bakımından bir alt bağlama kuralına ihtiyaç bulunmaktadır. TÛzÛk hÛkÛmleri çerçevesinde uygulanacak yabancı hukuk bÛyle bir devletin hukuku olarak tayin edilmiŐse, 14. madde uyarınca öncelikle, sÛz konusu devlet hukukuna yapılan her gÛnderme, ilgili bÛlgede uygulanmakta olan hukuk olarak anlaşılacaktır (m. 14/1-a). Bu devlette bulunan mutad meskene yapılan her gÛnderme bir bÛlgede bulunan mutad mesken olarak anlaşılacaktır (m. 14/1-b). Vatandaşlığa yapılan her gÛnderme, o devletin hukuku

⁷⁴ Althammer/Arnold, s. 369, 375-376; Bayraktaroğlu Őzelik, s. 533, dn. 76. Ayrıca bkz. Hau, FS StÛrner, s. 1245-1246.

⁷⁵ Helms, s. 1771; Gruber, s. 391; Makowsky, s. 271; Hau, s. 254; Winkler von Mohrenfels, s. 718; Althammer/Arnold, s. 370-375; Bayraktaroğlu Őzelik, s. 534.

uyarınca tespit edilen bölge veya böyle bir düzenlemenin eksikliği durumunda, taraflarca seçilen bölge, taraflarca seçilmemiş olması durumunda ise eşin veya eşlerin en yakın irtibat içinde olduğu veya oldukları bölge olarak anlaşılacaktır (m. 14/1-c)⁷⁶.

Aynı şekilde tüzüğün uygulama alanına giren konularda farklı kişi grupları için uygulanan birden fazla hukuk sistemine veya kurallara sahip olan devletler⁷⁷ bakımından da benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Bu durumda da bu devletin hukukuna yapılan göndermeler öncelikle söz konusu devlette yürürlükte olan kurallar tarafından belirlenen hukuk sistemi olarak anlaşılacaktır. Bu tür kuralların bulunmaması durumunda ise yine eşin veya eşlerin en yakın irtibat içinde olduğu veya oldukları hukuk sistemi veya kurallar uygulanacaktır. Bu çerçevede bir hukuk seçimi söz konusu olamayacaktır⁷⁸.

SONUÇ

Avrupa Birliği'nin kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla yapılan son düzenlemesi “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk” hakkında 20.12.2010 tarih ve 1259/2010 sayılı Roma III Tüzüğüdür. Başta uygulanacak hukukta ve kararlarda birlik oluşturulması amacıyla usûl ve maddi hukuk kurallarının ahenk içinde olması amacıyla, evlilik ve velayet hukukuna ilişkin mahkemelerin milletlerarası yetkisini düzenleyen Brüksel Ila Tüzüğü'nün değiştirilerek boşanma ve ayrılık konusunda uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelerin Brüksel Ila Tüzüğü içerisinde yer alması düşünülmüştü. Ancak AB'ye üye 27 devletin bu hususta anlaşamamış olması sebebiyle bu hedefe ulaşılamamıştır. Bunun üzerine Birliğe taraf 14 üye

⁷⁶ Türk hukukunda konuya ilişkin MÖHUK'da yer alan düzenlemeye göre, “*Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu hâlinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır*” (m. 2/5).

⁷⁷ Genelde dinî temellere dayanan bu tür hukukî farklılıklar Hindistan, Pakistan, İsrail ve kısmen Malezya'da görülmektedir. **Winkler von Mohrenfels**, s. 719.

⁷⁸ **Winkler von Mohrenfels**, s. 719; **Hau**, s. 254-255; **Althammer/Schäuble**, s. 379-385; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 238; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 529-530.

Lizbon Antlaşması uyarınca izin verilen güçlendirilmiş işbirliği kapsamında boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla Roma III Tüzüğü'nün oluşturulmasını sağlamışlardır. Roma III Tüzüğü günümüzde üye devletlerden 16 sı tarafından kabul edilmiş ve uygulanmaktadır. Bu bağlamda AB üyeleri arasında ne yazık ki tam bir birlik sağlanamamıştır. Zamanla katılan devletlerin sayısının artması ile amaçlanan hedefe ulaşılması beklenecektir.

Roma III Tüzüğü ile ortaya çıkan yeniliklerin başında, aile hukukunda pek de rastlanmayan eşlerin hukuk seçimine izin verilmiş olması yer almaktadır. Tüzüğün 5. maddesinde sınırları çizilmiş irade muhtariyeti sayesinde taraflar boşanma konusunda kendileri açısından daha uygun ve kolay bir hukuku seçme hakkına kavuşmuşlardır. Eşlerin hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda, Tüzüğün 8. maddesinde düzenlenen objektif bağlama kuralı uygulanacaktır. Bu hususta da Tüzük bir yeniliğe gitmiş ve ilk bağlama kuralı olarak eşlerin müşterek mutad mesken hukukunu tercih etmiştir. Başka bir yenilik de, Tüzük hükümlerine göre tayin edilen devlet hukukunun sadece maddi hükümlerinin uygulanacak olup, kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmamasıdır (m. 11). Bu şekilde devam eden atıf ve iade atıf engellenmiştir.

Tüzüğün olumsuz yönleri incelendiğinde; karşımıza öncelikle “evlilik” müessesesinin tanımlanmamış olması çıkmaktadır. Zira bu bağlamda Tüzük hükümlerinin, bir kısım ülkelerde geçerli olan eşcinsel evliliklere uygulanıp uygulanamayacağı sorunu doğabilecektir. Ne yazık ki Tüzükte bu konuda çözüm sağlayacak açık bir hüküm yoktur. Diğer bir eksiklikte, eşler arasında en çok çekişmenin yaşandığı boşanmanın sonuçları bakımından Tüzüğün uygulanmayacak olmasıdır. Tüzük kapsamına boşanmanın sonuçları alınmayarak büyük bir boşluk yaratılmış-doldurulamamıştır. Ayrıca objektif bağlama kurallarından ikinci basamakta yer alan eşlerin son müşterek mutad mesken hukukunun uygulanacak olması (1 yıllık süre sınırı) sebebiyle, eşlerden birinin son bağlama kuralı gereğince istediği devlet mahkemesinde dava açmasına izin verilmektedir. Böylece engellenmesi amaçlanan forum shopping'e yine olanak sağlanmaktadır. Ayrıca iade atfın da engellenmesi birçok davada hâkimin kendi hukukunu uygulayacak olmasının sağlayabileceği faydanın önünü kesmiş bulunmaktadır.

Neticede Avrupa Birliği içerisinde devam eden uyumlaştırma çalışmalarının olumlu bir sonucu olan Roma III Tüzüğünün açık bıraktığı bazı sorunlar AB Adalet Divanı'nın vereceği kararlar ile açıklığa kavuşturulacaktır. Ama yine de Tüzüğün olumlu bir adım olmakla beraber fazlaca eksik tarafının bulunması sebebiyle hem Tüzüğe taraf ülke sayısının artması hem de kendisinden beklenen faydayı, Tüzüğün kapsamı bakımından tam anlamıyla sağlaması pek mümkün gözükmemektedir. Yine de ülkelerin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını özellikle boşanmanın sonuçları için uygulanacak hukuk bakımından Almanya'nın yaptığı gibi Roma III Tüzüğü'ne bağlamaları ve uyumlaştırmaları neticesinde Tüzüğün yol gösterici bir rolü olacağı muhakkaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Akıncı, Ziya/Demir Gökayla, Cemile:** Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- Althammer, Christoph:** Brüssel IIa/Rom III Kommentar, München 2014.
- Baarsma, Nynke A.:** The Europeanisation of International Family Law, Hague 2011.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm:** “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, AÜHFD, C. 61, S. 2, Ankara 2012, s. 505-539.
- Can, Hacı/Toker, Ali Gümrah:** Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2015.
- Can, Hacı:** Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2013.
- Candan, Tolga:** “Avrupa Birliği’nde Esnek Bütünleşme Modelleri ve “Güçlendirilmiş İşbirliği” Kavramı”, Avrupa Birliği-Temel Konular (Editör: Çağrı Erhan/Burça Kızılırmak/Deniz Senemoğlu), Ankara 2011, s. 307-329.
- Casals, Miquel Martin/Ribot, Jordi:** “Ehe und Scheidung in Spanien nach den Reformen von 2005”, FamRZ, Heft 18/2006, s. 1331-1336.
- Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır:** Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016.
- Doğan, Vahit:** Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Ekşi, Nuray:** Milletlerarası Özel Hukukta Medenî Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, İstanbul 2012.
- Gade, Marcel:** “Schwerpunktbereich IPR: Die Rom III-VO”, JuS, Heft 9/2013, s. 779-782.
- Gärtner, Veronika:** “Die Rom-III-Verordnung unter besonderer Berücksichtigung von Privatscheidungen”, StAZ, Nr. 12/2012, s. 357-364.
- Gruber, Urs Peter:** “Scheidung auf Europäisch - die Rom III - Verordnung”, IPRax, Heft 5/2012, s. 381-392.

- Hau, Wolfgang:** “Zur Durchführung der Rom III-Verordnung in Deutschland”, FamRZ, Heft 4/2013, s. 249-255.
- Hau, Wolfgang:** “Zur Maßgeblichkeit der lex fori in internationalen Ehesachen”, Festschrift für Rolf Stürner, Tübingen 2013, s. 1237-1251. (FS Stürner)
- Helms, Tobias:** “Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung”, Fam RZ, Heft 22/2011, s. 1765-1772.
- Kohler, Christian/Pintens, Walter:** “Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2010–2011”, FamRZ, Heft 18/2011, s. 1433-1441.
- Kohler, Christian:** “Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrechts für Ehesachen: Der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung”, FamRZ, Heft 18/2008, s. 1673-1681.
- Makowsky, Mark:** “Europäisierung des Internationalen Ehescheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung”, GPR, Heft 5/2012, s. 266-272.
- Mankowski, Peter/Höffmann, Friederike:** “Scheidung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen in Deutschland?”, IPRax Heft 3/2011, s. 247-254.
- Nomer, Ergin:** Devletler Hususî Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2015.
- Özkan, Işıl:** Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.
- Pietsch, Peter:** “Rechtswahl für Ehesachen nach Rom III”, NJW 25/2012, s. 1768-1770.
- Schack, Haimo:** “Was bleibt vom renvoi?”, IPRax, Heft 4/2013, s. 315-320.
- Stürner, Johannes:** “Die Rom III VO - ein neues Scheidungskollisionsrecht”, JURA Heft 9/2012, s. 708-713.
- Şanlı, Cemal:** Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015.
- Tekinalp, Gülören/Uyanık, Ayfer:** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, İstanbul 2016.

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

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul 2006.

Winkler von Mohrenfels, Peter: “Die Rom III – VO”, ZEuP, Heft 4/2013, s. 699-724.

Zeitzmann, Sebastian: “Das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit und dessen erstmalige Anwendung: Ein Ehescheidungs- und Trennungsrecht für Europa”, ZEuS, Heft 1/2011, 87-113.