

TÜRK HUSUSÎ HUKUKU DÜVELİNDE BOŞANMA VE AYRILIK

Osman Fazıl Berki

Birinci kısım

TEŞRÎ SALÂHİYET İHTİLÂFLARI

Methal

Aile hukuku cemiyetin bünyesiyle sıkı sıkıya münasebetedir. Diyebiliriz ki aile cemiyetin temel taşıdır. Kanunlar ihtilâfı (Conflicts de lois) umumî intizam ve âdâp telâkkisinin kat'i tesirini gösterdiği bu hukuk sahasında pek fazladır ve daima böyle kalmak istidadını göstermektedir.

Aile hukukuna mütaallik kanun ihtilâflarında çarpışan iki esas vardır:

1 — Ecnebi bir aileye taallûk eden ihtilâflarda millî kanun (Lex patriae) un tatbiki esası.

2 — Ecnebler hakkında bir kanunu tatbikle mükellef olan hâkim aynı zamanda tâbi olduğu Devlet intizamı âmmesini feda etmeğe, onu daima nazarı dikkate almağa mecburdur. Diğer bir tâbirle burada mevzuubahsolan ikinci esas âmme intizamı (Ordre Public) meselesidir.

Cemiyetin temel taşı olan ailenin ortadan kalkmasını mucibolan boşanma (Divorce) ile aileden mütevellit hukukî münasebetlerin gevşemesine saik olan ayrılık (Séparation de Corps) meselelerinde yukarıda söylediğimiz iki esasın telif edilmesi zarureti kendini pek vâzih bir şekilde göstermektedir.

Şurasını kaydedelim ki Devletlerin mevzuatı hukukiyesi boşanma ve ayrılık müesseselerini kabul etmekte müttefik olmadıkları gibi boşanma ve ayrılığın sebeplerinde de ittifak etmiş değildirlere. Le-

rebours - Pigeonnière'in tebarüz ettirdiği veçhile boşanma ve ayrılık sahasında tıpkı dinî mezhepler, siyasi fırkalar ve felsefî doktrinlerde olduğu gibi çok derin fikir ayrılıkları mevcuttur (1).

Bu ayrılıkları gösterebilmek için hali hazır Devletler mevzuatına kısa da olsa bir nazar atfetmek faydalı olur kanaatindeyiz.

§1 — *Boşanma (2) ve ayrılık hakkında gayrimüslim Devletler mevzuatı:*

Bu devletler mevzuatına şöylece bir nazar atfedilecek olursa boşanma ve ayrılık hukukî müesseselerinin vaziyetini şu suretle hulâsa etmek mümkündür:

- I — Nikâh akdinin infisah edemiyeceği prensibini kabul eden Devletler;
- II — Nikâh akdinin infisahını yani boşanmayı kabul eden Devletler;
- III — Boşanmayı tamamen serbest bırakan Devletler.

I — Nikâh akdinin infisah edemiyeceği prensibini kabul eden Devletler:

Katolik dinine sâlik olan milletlerin teşkil etmiş olduğu bir grup boşanmayı kabul etmez. Bunlar yalnız ıftirakı ebdanı, ayrılığı tecviz etmektedirler. Bunların başında İtalyayı zikredebiliriz. Malûm olduğu veçhile İtalya Katolik dininin en kuvvetli bir şekilde hâkim olduğu bir memlekettir. Bu memlekette boşanma kabul edilmemiştir. İtalya mevzuatı hukukiyesine nazaran terk, fena muamele ve tehdit gibi bazı sebepler altında ayrılık kabul edilmiş bulunmaktadır (3). Şurasını ilâve edelim ki bahsetmekte olduğumuz bu mem-

(1) Lerebours-Pigeonnière: Précis de droit international privé S. 392.

(2) Boşanma hukukî müessesesi evlenme (Mariage) kadar eskidir. Bu müessese Yahudiler, Romenler ve Cermenlerde mevcuttu. Bidayette yalnız kocaya verilmiş bir hak şeklinde tezahür etmişti. Bilâhare bugünkü şekilde kabul edildi. Bu hususta daha fazla izahat için Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Profesörü Henri Legras'nın 1940 senesinde neşredilen Roma hukuku ders notlarının Pandekt kısmına bakınız.

(3) İspanya 1932 tarihine kadar İtalya gibi yalnız ayrılığı kabul eylediği halde 2/Mart/1932 tarihli bir kanunla boşanmayı kabul eylemiş ve bu suretle boşanmayı kabul eden Devletler arasına girmiş bulunmaktadır. Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında olduğu gibi İspanya Medenî Kanunu da evlilik bağının mahiyetini tamamen ihlâl eden objektif bir vakianın da tarafların kusurunu aramaksızın boşanma için bir sebep teşkil edeceğini kabul etmiş olduğundan akıl hastalığı boşanma sebeplerinden madut değildir (E. Arsebük, Medenî hukuk, Cild: 2, S. 744).

leketin kabul etmiş olduğu ayrılıkla Medeni Kanunumuzun hükme bağladığı ayrılık arasında müddet bakımından derin bir fark mevcuttur. Filhakika İtalya Medeni Kanununun ayrılığı daimi bir ayrılık (Séparation de corps perpétuelle) olup muayyen bir zamanla takyidedilmiş değildir. Halbuki Medeni Kanunumuzun tanıdığı ayrılık muayyen bir zamanla mukayyettir. Yani burada muvakkat bir ayrılık (Séparation de corps provisoire) muvacehesindeyiz. Malûm olduğu veçhile İtalya mevzuatının esasını Roma hukuku teşkil etmektedir. Roma hukuku talâk (Répudiation) ı kabul etmiş olduğu, tarafların rızasıyla ve hattâ karı kocadan birinin iradesiyle boşanma mümkün bulunduğu halde bu hukukun asırlarca sonra gelen vârislerinden biri olan İtalya bu hukuk müessesesini kabul etmemiştir (4). Aynı vaziyete Brezilya Birleşik Devletleri (Etats-Unis du Brésil) ve diğer Cenubi Amerika Devletlerinde tesadüf etmekteyiz (5).

İrlanda mevzuatı da yalnız ayrılığı (iftirakı ebdan = Séparation de Corps) kabul etmiş ve boşanmayı tecvizeylememiştir.

Monako prensliği de yukarıda asyığımız Devletler arasına itihal edilebilir.

Burada yakından tetkik edeceğimiz diğer bir mevzuat da Avus-

(4) Romada prensip itibariyle evliliğin infisahı «Dissolution du mariage» nda Devletin bir müdahalesi mevcut değildir. Romada rızayı tarafeynle boşanma «Divortium communi consensu» kabul edildiği gibi karı kocadan her birine, diğerini tatlik etmek hakkı verilmiştir.

Justinien devrinde dört nevi boşanmaya tesadüf etmekteyiz:

1. — Divorce par consentement mutuel, yani rızayı tarafeynle boşanma: Digeste'de kabul olunan bu boşanma bilâhare Justinien tarafından menedilmiş, Justinien'in halefi Justin tarafından yeniden kabul olunmuştur.

2. — Divortium bona gratia: Bu, icabı halin haklı gösterdiği bir talâktır. Bu nevi talâkta karı kocanın rızalarının mevcudiyeti lâzım gelmez. Bu öyle bir talâktir ki tatlik edilen eş sebebinden mes'ul değildir. Kocanın ademi iktidarı «Impuissance du mari», kadının kısırılığı «Sterilité de la femme» bu kabildendir.

3. — Repudium ex justa causa: Muhik bir sebebe müstenit talâktir. Bu nevi talâk cezaî bir mahiyet arzeder. Meselâ kadının kocasının izni olmadan, başka bir erkekle oyun mahallerine gitmesi veyahut zinada bulunması gibi. Kadın da, kocası Devlete karşı ika edilen bir suçta methaldar olduğu takdirde onu tatlik edebilir.

4. — Repudium sine justa causa: Karı kocadan her biri, diğerini hiç bir muhik sebep olmasa bile boşayabilir. Böyle bir talâk muteber ise de haklı olmadığı takdirde bunu yapan için müstelzimi cezadır.

(5) Répertoire de droit international t. v. p. 540.

turya mevzuatı olacaktır. Bu mevzuatı tetkike başlarken iki devreyi birbirinden tefrik etmek mecburiyetinde bulunuyoruz:

- 1 — Almanyanın ilhakına takaddüm eden devir;
- 2 — Almanya ilhakını takibeden devir.

1 — *Almanya ilhakına takaddüm eden devir:*

Bu devirde Katolikler için boşanma asla teviz edilmemiştir. Traflardan biri Katolik olsa bile boşanmaya imkân mevcut değildir. Katoliklerden maada Hıristiyan dini sâlikleri için tarafların rızasıyla boşanma hariç olmak üzere bazı sebepler altında boşanma teviz edilmiştir.

2 — *Almanyanın ilhakını takibeden devir:*

Bu devirde Almen hükûmeti 8 temmuz 1938 tarihli yeni Evlenme Kanunu mucibince 1 kânunusani 1939 tarihinden itibaren boşanmayı Katoliklere de teşmil eylemiş ve ayrılığı kanunlarından çıkarmıştır. Yahudilerin diledikleri gibi yani serbestçe boşanma hakkı nezedilmiş ve yeni Alman Evlenme Kanunu hükümleri ilhak olunan yerlerde de mevkii tatbika geçmiştir.

Burada Polonya mevzuatı üzerinde de biraz durmalıyız. Bu memleketteki vaziyeti şöylece hulâsa etmek imkânı vardır:

Eskiden Almanyaya ait olan yerlerde Alman hukuku, Avusturyaya ait bulunan yerlerde Avusturya hukuku mer'î bulunmakta ve Rusyaya ait kısmında 1836 tarihli Polonya hukuku mer'iyette idi.

II — *Nikâh akdinin infisahını yani boşanmayı kabul eden Devletler:*

Bu hususu tetkik etmek için şöyle bir taksim yapmak lâzımdır:

- 1 — Boşanmayı kabul eden ve fakat kusur esasına daha fazla ehemmiyet veren Devletler;
- 2 — Boşanmayı kabul ile beraber daha ziyade aile huzur ve intizamının bozulmasını nazara alan Devletler.

1 — Boşanmayı kabul eden ve fakat kusur esasına daha fazla ehemmiyet veren Devletler:

Bu memleketlerde boşanma cezaî bir mahiyet arz etmektedir. Bunların başında Almanyayı zikrederim:

Almanya aile hukuku son zamanlarda neşredilen 8 temmuz 1938 tarihli yeni Evlenme Kanunu ile büsbütün yeni bir esasa istinad edilmiş bulunmaktadır. Ayrılık kaldırılmıştır. Akıl hastalığı, gayrikabili tedavi hastalık, akamet, tekrar düzelmesi imkânı olmayacak bir derece arzedilen aile geçimsizliği, zina, çocuk yapmaktan imtina

ve gayrimeşru vasıtalarla çocuk düşürme boşanma sebeplerinden mâduttur.

İngiltere mevzuatına gelince: bu memlekette zina (Adultère), taaddüdü zevcat (Poligamie), Sodomie gibi sebepler tahtında boşanma kabul edildiği gibi pek fena muamele, ailesine bakmamak, ay-yaşlık gibi sebeplerle iftirakı ebdan da kabul edilmiştir.

Bulgaristanda Ortodoks dinî ahkâmı cari olduğu cihetle muayyen sebeplerle talâk mevcuttur.

Bu memleketler içine Macaristanı da sokabiliriz.

Romanyaya gelince: boşanma bu memlekette de tamamen kusur prensibine istinadeder. Bununla beraber rızayı tarafeynle boşanma (Divorce par consentement mutuel) de kabul edilmiştir (6). Bunun için şu şartların tahakkuku lâzımdır:

- a) Karı kocanın asgarî iki sene yaşamaları;
- b) Beraber yaşama müddetleri 25 seneyi tecavüz etmemiş olması;
- c) Erkeğin 25, kadının 21 yaşını ikmal etmiş bulunmaları;

Fransa: Fransız mevzuatı üzerinde durmak ve tarihi safhalarını kısaca gözden geçirmek faydalı olur kanaatindeyiz:

Bu memlekette üç devir göze çarpar:

- a) 1792 de boşanma kabul edilmiştir;
- b) 1816 da boşanma refedilmiştir;
- c) 1884 te boşanma yeniden kabul edilmiş olup bugün de cari bulunmaktadır.

Ancak; içinde bulunduğumuz cihan harbinin ilk senelerinde askerî sahada uğradığı büyük hezimetten sonra, Fransanın yalnız âmme hukuku sahasında değil, aynı zamanda hususî hukuk sahasında da bazı tadilât yapılmıştır.

Filhakika Mareşal Pétain hükümeti 13 nisan 1941 tarihinde boşanma hakkında yeni bir kanun neşretmek ihtiyacını duymuştur. Bu kanuna kadar Fransız Medenî Kanununun kabul etmiş olduğu boşanma sebebi şunlardır:

Zina (Fransız M. K. m. 229 - 230), karı kocadan birinin terzil edici bir cürümle mahkûm edilmesi (Fransız M. K. m. 232), suimuamele veyahut ağır hakaret (Fransız M. K. m. 231).

Yeni kanunda zina ve terzil edici cürümle mahkûmiyet ipka

(6) Belçika mevzuatı da rızayı tarafeynle boşanmayı kabul etmekte, fakat bunu bazı takyidata tâbi kılmaktadır. Bu hususta fazla tafsilât için Belgique, (La vie juridique des peuples) bakınız.

edilmişse de suumuamele veyahut ağır hakaret başlıbaşına bir boşanma sebebi olarak kabul edilmemiştir.

Bu sebebin boşanmayı mucip olabilmesi için evlenmeden tevel-lüdeden vazife ve borçların ağır ve mükerrer bir şekilde ihlâli mahiyetinde olması ve aile hayatının bekasını gayrikabili tahammül bir hale getirmesi lâzımdır. Fransız Medenî Kanununun yeni metnine göre aile rabitası müşterek hayat gayrikabili tahammül bir hale gelecek derecede derin bir surette muhtel olduğu takdirde karı ve kocadan her biri boşanma talebinde bulunabilir (7). Fransız hukuku karı kocadan birine isnadı mümkün olmıyan bir sebep neticesinde müşterek hayatın imkânsız bir hale gelmesini boşanma için kâfi bir sebep olarak kabul eylemediği cihetle akıl hastalığı boşanma sebebi olarak kabul edilmemiş bulunmaktadır.

Yunanistan: 1 temmuz 1941 tarihinden itibaren mevkiî mer'iyete vazolunan yeni Yunan Medenî Kanununun boşanmaya mütaallik hükümlerini gözden geçirelim (8):

Mezkûr kanunun 1439 uncu maddesine göre karı kocadan her biri diğerrinin zina (Adultère) sı veya birden ziyade evlenme (Bigamie) si halinde boşanma dâvası ikame etmek salâhiyetini haizdir.

İşbu maddenin ikinci fıkrası mucibince zinaya veya birden ziyade evlenmeye muvafakat eden kocanın ikame edeceği boşanma dâvası mesmu olmaz (9).

Aynı kanunun 1440 ıncı maddesi karı kocanın her birine diğerrinin canına kasıt halinde boşanma dâvası ikame etmek hakkını vermektedir.

1441 inci maddeye göre iki sene devam eden terk (Abandon malintentionné) de boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir.

Bahsetmekte olduğumuz kanun Medenî Kanunumuzun kabul etmiş olduğu şiddetli geçimsizliğe müşabih bir boşanma sebebi ihtiva etmektedir. Filhakika 1442 nci maddenin matlabı (Ebranlement de rapport conjugal) yani müşterek münasebetin sarsılmasından bâhistir. Bu maddeye nazaran müşterek hayatın (Cohabitation conjugale)

(7) Daha fazla tafsilât için Avukat Nihat Bartu; Boşanma kanunları münasebetiyle (Hukukî Bilgiler mecmuası, sene 12, Ağustos 1941, No: 10-142, S. 5 ve müteakıp).

(8) Bu hükümler için yeni Yunan M. K. nun fransızcaya tercüme edilen metninin 1938 ve müteakıp maddelerine bakınız.

(9) 1939 uncu maddenin ikinci fıkrası aynen şöyledir: L'action en justice du mari qui avait consenti à l'adultère ou à la bigamie de l'autre est irrecevable.

devamı diğeri için gayrikabili tahammül bir hale gelirse boşanma talebolunabilir.

Bu kanunun 1443 üncü maddesi cinnet (Démence) i boşanma sebebi olarak kabul etmektedir. Ancak cinnetin boşanma sebebi olarak dermeyan edilebilmesi için en aşağı dört sene devam etmesi lâzımdır.

1444 üncü madde hükmüne göre karı kocadan her biri diğerrinin müptelâ olduğu cüzam (Lépre) hastalığı sebebiyle boşanma dâvası ikame etmek hakkını haizdir.

Ve nihayet 1445 inci madde gaiplik (Absence) i boşanma sebepleri arasında zikretmektedir.

2 — Boşanmayı kabul ile beraber kanunlarında daha ziyade aile huzur ve intizamının bozulmasını nazara alan Devletler:

Portekiz: Bu memlekette şeref ve haysiyeti muhil mahkûmiyet, fena muamele, terk, akıl hastalığı boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir.

Bu gruba dahil olan Devletler arasında Çeko-Slovakya, Danimarka, İsveç ve Norveç, ve Litvanyayı zikredebiliriz. Bu sonuncu Devlet boşanmayı en çok kolaylaştıran bir Devlettir. Zina sebebinin yanında fena muamele, akıl hastalığı, gayriahlâkî hayat sürme, akamet, çocuk yapmaktan imtina, ademi iktidar, inkıtasız olarak üç sene ayrı yaşamak boşanma sebeplerini teşkil eder. Bundan maada rızayı tarafeynle boşanma da kabul olunmuştur.

III — *Boşanmayı tamamen serbest bırakan Devletler:*

Sovyet Rusya 1 kânunusani 1927 tarihinde mer'iyete giren Sovyet Federasyonu Kanununa nazaran nikâh hiçbir şekle tâbi olmadığı gibi teşcil mecburiyeti de yoktur. Karı kocadan yalnız birinin müracaatiyle evliliğe nihayet verilebilirdi. Kabul edilen hükümlere nazaran boşanma için müracaat edildiği zaman memur diğerr tarafa muayyen bir müddet zarfında ispatı vücut etmesi için tebligat yapar, diğerr taraf gelmez veya gelip de boşanma isterse evlilik birliği nihayet bulur; gelip de istemezse ve çocukları da yoksa yine boşanabilir. Eğer çocukları varsa ahvali şahsiye memurları tarafları mahkemeye gönderirler (10).

§ 2 — *Boşanmada İslâm Devletleri mevzuatı:*

Efganistan: Efganistanın Ankara sefarethanesinden aldığımız malûmata göre Efgan Devleti İslâmiyesinde talâk hususunda mezhe-

(10) Daha fazla tafsilât için Makarov: Précis de droit international privé d'après la législation et la doctrine russes, s. 394 ve mütaakıp.

bi Hanefide müftabih ve mamulünbih olan hükümler caridir. Medeni Kanununun mer'iyetinden evvel bizde olduğu gibi burada da talâk hakkı kocaya aittir. Hâkimin boşanmaya karar vermeğe salâhiyeti yoktur. Adedi talâkta talâkı rici ve bâyinde Kanunu Medeniden evvel bizde tatbik olunan aynı hükümler mer'idir.

Mısır: Mısır hükümeti tarafından neşrolunan 10 mart 1929 tarihli kanuna göre talâk hakkı zevce aittir. Ve adedi talâk üçtür; fakat üç talâk birden verilemez. Talâk gerek lâfzan gerek işareten iki veya üç gibi adede mukarin olsa dahi yalnız bir talâk vâkı olur (madde 3).

Her talâk ric'idir (11). Ancak üçüncü talâkla birleşmeden evvel verilen talâk ve keza mal üzerine vukubulan talâk ve sarih surette beynuneti ifade eyliyen talâk bâyindir. Koca talâkı ric'ide iddeti içinde karısına kavlen veya fiilen müracaat edebilir ve bu halde aralarındaki nikâh devam eder (madde 5).

Talâk kocaya ait ise de karı, kocası muâşeretin devamını çekilmez bir hale koyacak derecede kendisini ızzar ettiğini iddia ile kadıya müracaat edebilir. İddiası sabit olur ve aralarını ıslah mümkün olmazsa kadı bir talâkı bâyinle zevceyi tatlik eder. Eğer iddia sabit olmaz da talebi reddeder ve şikâyet tekerrür eder ve yine zarar sabit olmazsa kadı işi hakemlere havale eder. Bu takdirde hakemler ıslahı beyne çalışırlar. İslahı beynedemezler, ve kabahat kocada veya her ikisinde olduğu anlaşılır veya kabahatin kimde olduğu meçhul kalırsa bir bâyin talâk ile tefrika karar verirler ve keyfiyeti kadıya arzederler (madde 6, 9 ve 11).

Bundan başka zevç bilâözür bir sene veya daha ziyade gaib (başka bir mahalde) olduğu takdirde karı kadıdan bâyin surette tatlik olunmasını ister. Bunun üzerine kadı mümkün ise kocaya karısının yanına dönmesini veya yanına aldırmasını veya tatlik eylemesini ve bir özü varsa bildirmesini emreder ve bir mühlet verir. Mühlet hitam bulduğu halde emrolunan hususları yapmaz ve mazereti olduğu da anlaşılmazsa bir talâkı bâyinle aralarını tefrik eder ve eğer gaibe haber isali mümkün değilse mühlet vermeksizin ve özü olup olmadığını araştırmaksızın kadını tatlik eder (madde 12 ve 13).

Bir de zevç üç sene müddetle kat'iyen hürriyeti selbeden bir ceza ile mahkûm olursa hapis tarihinden itibaren bir sene geçtikten

(11) Répudiation révocable.

sonra zevce kadiya müracaatle bâyinen tatlikını ister, velevki zevcin karyı infaka müsait malı olsun (madde 14) (12).

Şu izahattan anlaşılacağı veçhile mezkûr kanuna nazaran yalnız talâk kabul edilmemiş, bir nevi boşanmaya da yer verilmiştir. Filhakika kanunun ikinci faslı Fransızcaya aynen şöyle tercüme edilmiştir: (Du divorce pour tort fait à l'époux); üçüncü faslı da şöyledir: (Du divorce pour absence ou emprisonnement du mari). Birinci fasıl ise yalnız talâktan (De la répudiation) dan bâhistir.

İran: İran Kanunu Medenisinin 1133 ve mütaakıp maddelerinde yazılı olduğu üzere talâk hakkı kocaya aittir. Erkek istediği zaman karısını tatlik edebilir. Kocasını gaip ve mefkut olan kadının talebi üzerine hâkim de kadını boşamak salâhiyetini haizdir.

Talâk müneccez olacaktır; muallâk talâk bătıldır. Talâk iki nevidir: bâyin, ric'î.

Şu talâklar talâkı bâyindir:

- 1 — Henüz birleşmeden yapılan talâk;
- 2 — Üçüncü talâk;
- 3 — Hulû suretiyle yapılan talâk.

Hulû kadın kocasına bir mal vermek üzere yapılan talâktır. Mal, mehre muadil veya bundan az veya çok olabilir.

Talâkı ric'î iddet müddeti zamanında kocanın karısına rücuu caiz olan talâktır. Rücua delâlet eden her lâfız veya fiille hâsıl olur. Talâk ya fesih ile kadına iddet lâzımgelir ve kadın bu müddet zarfında başkasiyle evlenemez. İddet müddeti üç tuhurdur (13). Eğer

(12) Bu hükümleri mezkûr kanunun fransızca tercümesinden naklediyoruz.

(13) Tuhur: İki hayız arasındaki müddettir.

Âyise, âdeti kesilen kadın demektir. Âdetin kesilmesine «iyas», tıbda «inkitai tams - Ménopause» denir.

İnkitai tams, yani âdetin kesilmesi kadınlarda hayatı tenasüliyenin faaliyet devrinde her ay ve muayyen vasıfta rahmden gelen kanın bir daha gelmemek üzere kesilmesidir.

Tabiplerin beyanına göre bu kesilme kadınların pek çoğunda birdenbire olmayıp az veya çok süren bir devre içinde tedricen olur. Bu halde inkitai tamsi, aybaşlarının «menstrues» tam intizam haliyle, tamamen kesilmesi arasında geçen devre olarak tarif etmek doğru olur.

Bu devir haddi zatında şahıslara göre değiştiği gibi umumî, bünyevî veya mevzii yani tenasül cihazına ait olan sebeplerle de uzun veya kısa olabilir. Kadınlarda aybaşından kesilme yaşını kat'iyetle tayin etmek mümkün de-

kadın âyise ise yani sinni geçtiği için âdet görmüyorsa iddeti üç aydır. Hâmile kadınlarda iddet vaz'ı hamle kadardır. Kocanın vefatı halinde iddet dört ay on beş gündür. Eğer kadın hâmil ise vefat müddeti vaz'ı hamil iledir. Şu şartla ki kocanın vefatıyla vaz'ı hamil arasındaki fâsıla dört ay on beş günden fazla olmalıdır. Yoksa iddet müddeti yine dört ay on beş gün olacaktır. Koca ile aralarında vuslat vukubulmayan kadın için iddet yoktur. Yalnız vefat halinde vardır. Kocası gaip ve mefkut olan kadın hâkim tarafından tatlik edilirse talâk tarihinden itibaren vefat iddeti caridir.

§ 3 — *Türk mevzuatı:*

Bu bahsi lâyıkiyle tetkik edebilmek için şöyle bir taksim yapmak icabeder:

I — Medenî Kanunun mer'iyetine yani 5 teşrinievvel 1926 ya takaddüm eden devir;

II — Medenî Kanunun mer'iyetinden sonraki devir.

I — *Medenî Kanuna yani 5 teşrinievvel 1926 ya takaddüm eden devir;*

Medenî Kanunumuzun mevkii mer'iyete girmeden evvelki cari hukuka göre hâkimin boşanmaya karar vermek salâhiyeti yoktu. Boşanma hakkı yalnız kocaya aitti. Karı bu salâhiyeti haiz değildi. Ancak nikâh esnasında koca (istediğın zaman ihtiyarın elinde olsun) gibi bir lâfızla karıya ayrılma salâhiyeti vermek caiz olup böyle bir salâhiyet verilmesi halinde karı her ne zaman isterse nefsini ihti-

ğildir. Bunda ırkın, iklimin, içtimai vaziyetin müessir olacağı iddia edilmektedir.

Avrupa kıt'asında kadınların 40 ile 50 ve hattâ 55 yaşları arasında aybaşlarının tabii olarak kesildiğini kabul eylemek doğru olur.

Kırk yaşından daha evvel olanlara «erken kesilme - Ménopause précoce» denir ki 35 veya daha evvel yaşlardaki kesilmelerdir. Bu kesilmelerde cerrahî hiçbir âmilin tesiri olmayabileceği gibi bazı vak'alarda bu gibi müessiratin rolleri sabittir.

Bahusus pek şedit ve âni elem ve teessürlerin, geçirilen ve şahidi olunan kazaların verdiği heyecanın erken kesilmelerde tesirleri gayri kabili inkârdır. Sık ve çok çocuk doğurma ve devamlı emzirmeler de erken kesilmelerin sebepleri arasında gösterilmektedir.

Bazı vak'alarda aybaşı kesilmesi daha ileri yaşta, 50-55 ve hattâ 60 yaşlarına kadar gecikebilir. Bunlara, geç kesilme «Ménopause tardive» denir.

Bir de cerrahî usuller veya şuai tatbikat ile yapılan akimleştirme ameliyatları dolayısıyla husule getirilen aybaşı kesilmeleri vardır ki bunlara «sun'î aybaşı kesilmesi - Ménopause artificielle» denir.

yarla ayırabilirdi. Buna (tefvizi talâk) denirdi. Bu nevi talâk da vardır ki buna (hulû) ve mal mukabilinde talâk denir. Bu talâk karı mehir ve nafakasından vazgeçmek veya muayyen bir mal veya para vermek üzere vâki talâktan ibarettir. Koca tarafından verilecek talâk birden üçe kadardır. Hepsini birden veya ayrı ayrı üç talâk ile tatlik vukuunda karı başka biriyle evlenerek bu koca ile cinsî münasebet geçirip ikinci kocanın talâk veya vefatiyle müfarakat vukubulmadıkça evvelki koca ile tekrar evlenemezdi. Buna (tahlil) denirdi. Mahza evvelki koca ile evlenebilmek maksadiyle ikinci bir adamla evlenip boşanmak diyaneten şiddetle takbih ve menolunmuştur.

Mezkûr hukukta talâk iki kısımdır:

- a) Talâkı ric'î (Répudation révocable);
- b) Talâkı bâyin (Répudation irrévocable).

Talâkı ric'î (seni tatlik ettim; boş ol) gibi filhal müfarakati ifade etmiyen lâfızlarla ika edilen bir veya iki talâk, ve talâkı bâyin (seni terkettim) veya (bâyin ol) gibi derhal müfarakate delâlet eden bir lâfızla veya 3 talâk ile (14) vücuda gelen müfarakattir.

Bir veya iki talâkla vukua gelen beynunete (beynuneti suğra) (15) ve 3 talâkla vukua gelen beynunete (beynuneti kübra) (16) denir. Ric'î talâkta biraz evvel işaret olunduğu üzere filhal ayrılık vukubulmayıp koca karının iddeti zarfında kavlen veya fiilen karıya müracaat etmemesi halinde müfarakat vâki olur. Koca karısına iddeti içinde (sana müracaat ettim) diye kavlen veya mukarenet veya devaisinde bulunmak suretiyle fiilen müracaat ederse talâk hükümsüz kalır. Bâyin talâkta yani derhal müfarakati ifade eden talâkta gerek koca bir talâk ile ve gerek iki talâk ile tatlik etmiş olsun tecdidi nikâh yani yeni bir nikâh yapılmış olmadıkça karı koca olamazlar. Ric'î talâkta müracaatle ve bâyin talâkta tecdidi nikâhla zevciyet yani karı kocalık devam ederse de adedi talâk eksilir. Binaenaleyh sonra koca karısını tekrar bir veya iki tatlik edip de adedi talâk üçe bâliğ olursa büyük beynunet sabit olur, ve artık karı başkasiyle evlenip ayrılmadıkça evvelki kocaya gidemez.

Şurada hukuk tarihimizde ehemmiyeti olan bir kararnameyi zikretmek icabediyor (17). Bu kararname 25 teşrinievvel 333 tarihinde

(14) Talâk-ı selâse (Triple répudiation).

(15) Buna aynı zamanda «kat'î beynunet» derler.

(16) Buna aynı zamanda «gayri kat'î beynunet» derler.

(17) Bu kararname için, ikinci tertip Düstur, cilt 9, s. 762.

157 madde olarak tanzim ve 31 teşrinievvel 333 tarihinde Resmî Ce-ride ile ilân edilerek mer'iyete konulmuş ve 19 haziran 1335 tarihli İstanbul hükûmeti tarafından çıkarılan bir kararname ile ilga edilmiştir.

Bu kararnamenin müfarakate dair kitabının birinci babının birinci faslında şu umumî hükümler tespit edilmiştir.

- 1 — Talâkın ehli mükellef olan zevçtir,
- 2 — Talâkın mahalli nikâhı sahih ile menkûha ve mutette olan kadındır. Nikâhı feshedilen zevcei mutette mahallî talâk olmaz,
- 3 — Sarhoşun talâkı muteber değildir,
- 4 — İkraah ile vukubulan talâk muteber değildir.
- 5 — Talâkın şarta tâliki sahihtir,
- 6 — Zevç zevcesi hakkında üç talâka maliktir,
- 7 — Talâk elfazı sarih ile vâki olur. Mütaaref olan elfazı kineviye dahi sarih hükmündedir. Amma mütaaref olmıyan elfazı kineviye ile talâkın vukuu ancak zevcin, niyetine mütevakıftır. Zevcin talâka niyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilâf etseler zevç yeminle tasdik olunur.
- 8 — Zevcesini tatlik eden zevç keyfiyeti hâkime beyan etmeğe mecburdur.

Bu fasılda sabık ve mamulünbih hükümlere muhalif olarak sarhoşun talâkının ve ikraah ile vukubulan talâkın muteber olmaması ve tatlikın hâkime ihbar edilmesi esasları kabul ve diğer bazı fukahânın içtihatları tercih edilmiş bulunuyordu.

İkinci fasılda da şu hükümler tespit edilmişti:

- 1 — Bir kimse nikâhı sahih ile menkûhasını takarrüpten sonra lâfzı sarih ile tatlik etse talâkı ric'i vâki olur.
- 2 — Talâkı ric'i filhal zevciyeti izale etmez. İddeti içinde zevcin zevcesine kavlen veya fiilen hakkı rücuu vardır. Bu hak iskat ile sâkıt olmaz.
- 3 — Zevç iddet içinde rücu ederse henüz mevcut olan nikâhı idame etmiş olur. Bu hususta kadının rızasını istihsale muhtaç olmaz ve mehri cedit lâzımgelmez.
- 3 — Şarta tâlik ve zamanı müstakbele izafe olunan rücu sahih değildir.
- 4 — Birinci talâkı ric'idenden sonra rücu sahih olduğu gibi ikinci talâkı ric'idenden sonra dahi sahihtir. Amma üçüncü talâkı ric'i ile beynuneti kat'ie hâsıl olur.

- 5 — Bir kimse nikâhı sahih ile menkûhasını takarrüpten evvel tatlik ederse talâki bâyin vâki olur. Ve keza beynunet ifade eden elfaz ile veya bir ıvaza mukarin olarak tatlik ederse talâki bâyin vâki olur.
- 6 — Talâki bâyin filhal zevciyeti izale eder. Şu kadar ki bir veya iki talâki bâyin tecdidi nikâha mâni olmaz. Amma üç talâktan sonra beynuneti kat'iye hâsıl olur.
- 7 — Beynuneti kat'iye zevcenin iddeti mürur ettikten sonra maksadı tahlil olmıyarak zevci âhara varıp bâdettakarrüp andan iftirakı ve iddetinin müruru ile zail olur.

Bu fasıldaki hükümler mer'î olan ahkâmı sabıkaya muvafıktır. Bu kararname çok mühim olarak zikri geçen babın üçüncü faslında şu esasları ihtiva etmekte idi:

- 1 — Mâni takarrüp ayıptan salim olan kadın zevcinin böyle bir illet ile malûl olduğuna muttali oldukta hâkime bilmüracaâ tefrikını talebedebilir. Amma kendinde böyle bir ayıp bulunan kadının talebi mesmu olmaz. Şu kadar ki takarrüp edilmiş olan zevçte hâdis olan bu kabîl ayıp sebebiyle hakkı hıyârı yoktur.
- 2 — Kablennikâh zevcinin unnetinden maada mâni takarrüp aybına muttali veya bâdennikâh her hangi bir ayba razı olan zevcenin hakkı hıyârı sâkıt olur. Fakat kablennikâh unnete ittilâ hakkı hıyârı iskat etmez.
- 3 — Zevce bu hallerde hâkime müracaat ettikte bakılır. Eğer illet kabili zeval değilse hâkim derhal beyinlerini tefrika hükmeder. Ve eğer kabili zeval ise hâkim zevci zamanı mürafaadan ve şayet mariz ise vakti ifakatinden itibaren bir sene müddet tecil eder. Esnayı te'cilde zevç veya zevce az ve çok bir müddet takarrübe mâni olacak derecede hasta olur veya zevce gaybubet ederse bu suretle geçen müddet hesaba ithal edilmez. Lâkin zevcin gaybubeti ve zevcenin eyyamı hayzı hesaba ithal edilir. Bu müddet zarfında illet zail olmadığı ve zevç talâka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu halde hâkim tefrika hükmeder. Mürafaanın gerek bidayet ve gerek nihayetinde zevç takarrübünü iddia eylediği takdirde zevce seyyip ise söz maalyemin zevcindir. Bâkir ise söz bilâyemin zevcenindir.
- 4 — Cüzam, beras ve illeti zühreviye gibi bilâzarar birlikte ikamet mümkün olmıyan illetlerden birinin zevçte vücuduna

- bâdennikâh muttali olur veya muahharen böyle bir illet tahaddüs ederse zevce hâkime bilmüracaa tefrikını talebedebilir. İletin zevali ümidolunursa hâkim tefrikı bir sene tecil eder. Bu müddet zarfında zail olmadığı ve zevç talâka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu takdirde hâkim tefrika hükmeyleyler. Amma kör veya topal olmak gibi ayıptan birinin zevçte bulunması tefrikı mucip olmaz.
- 5 — Akdi nikâhtan sonra zevç tecennün edip de zevce hâkime bilmüracaa tefrikını talebetse hâkim tefrikı bir sene müddetle tecil eder. Bu müddet zarfında cinnet zail olmadığı ve zevce talebinde musır olduğu halde tefrika hükmeder.
- 6 — Muhayyer olduğu yerlerde zevcenin hıyârı fevrî değildir. Dâvayı bir müddet tehir veya ikamei dâvadan sonra bir müddet terkedebilir.
- 7 — Mevaddı sabıkaya göre tefrikten sonra tarafeyn tecdidi akdederlerse ikinci tezevvüçte zevcenin hakkı hıyârı yoktur.
- 8 — Bir kadının zevci ihtifa veyahut müddeti sefer veya daha karip bir mahalle giderek tagayyübedip veya mefkut olup nafaka tahsili müteazzir olur ve zevce tefrikı talebederse hâkim tahkikatı lâzime icrasından sonra beyinlerini tefrika hükmeder.
- 9 — Nafaka cinsinden mal terkettiği halde tagayyübeden bir kimsenin zevcesi hâkime bilmüracaa tefrikını talebetse hâkim o kimse hakkında icrayı tahkikat eder. Nerede olduğuna ve hayat ve mematına dair haber alınmasından yeis hâsıl olursa yeis tarihinden itibaren dört sene tecil eyler. İşbu müddet zarfında haber alınmadığı ve zevç talebinde musır bulunduğu halde tarafeyni tefrik eder. Eğer zevç muharebede gaybubet etmiş ise hâkim tarafeyni muharibeynin ve üseranın yerlerine avdetinden itibaren bir sene mürur eyledikten sonra tefrika hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddeti vefat bekler.
- 10 — Şu hükümler mucibince tefrikına karar verilen kadın âhar bir şahıs ile tezevvüç ettikten sonra zevci evvelin zuhuru nikâhı evvelin infisahını mucibolmaz.
- 11 — Vefatına hükmolunan kimsenin zevcesi âhar bir şahısla tezevvüç ettikten sonra zevci evvelin hayatı tahakkuk eylese nikâhı sani münfesih olur.
- 12 — Zevceyn beyninde niza ve nifak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinin

den birer hakem tâyin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tâyin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı haiz olmazsa hariçten münasiplerini tâyin eyler. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifade ve müdafaalarını tetkik ile beyinlerini ıslaha çağırır. Kabil olmadığı surette kusur zevçte ise beyinlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhalea eyler. Hakemler ittifak edemezlerse hâkim evsafı lâzımevi haiz diğer bir heyeti hakemiye veya tarafeyne karabeti olmıyan üçüncü bir hakem tâyin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'idir.

Yukarıdaki hükümler veçhile tefrika dair sâdır olan hüküm talâkı bâyini tazammun eder ve keyfiyet alelûsul teşçil edilir.

Bu fasılda muhtelif müçtehitlerin reyleri kabul edilmiştir. Bu kararnameden evvel mamulünbih hükümlere göre bu fasılda yazılı sebeplerden unnetten yani ademi iktidardan maadası sebebi tefrik addedilmemiştir.

Bu kararnamenin ikinci babı İsevilere dair olup şu hükümleri ihtiva etmekte idi:

1 — Şu sebeplerden birinin tahakkukunda tarafeynden biri hâkime müracaatle müfarakati talebedebilir:

A — Zevceynden birinin fiili zinayı irtikâbı. Şu kadar ki müfarakat dâvası fiili zinaya ıttılâi tarihinden itibaren bir sene ve vukuu tarihinden itibaren beş sene müruriyle sâkıt olur.

B — Hayatı zevceynin devamını müteazzir kılacak surette zevceynden birine ârız olan cinnetin üç sene zarfında zail olmaması.

C — Ceraimi âdiyeden dolayı zevceynden birinin beş seneden fazla ceza ile mahkûm olması.

D — Zevceynden biri müddeti seferi bait bir mahalde bulunup da beş sene müddet hayat ve mematından malûmat alınamaması.

E — Zevceynden biri diğerini beş seneden fazla bir müddet terkeylemesi.

F — Zevceynden biri kablennikâh firengi ve sar'a ile malûl olup da diğerinin badelizdivaç muttali olması.

G — Zevceynden biri diğerinin hayatını tehlikeye ilka

- edecek ef'ale müracaati. Bu surette hakkı dâva tarihi vakadan itibaren beş sene mürurunda sâkıt olur.
- 2 — Müfarakate sebebiyet veren taraf üç seneyi tecavüz etmemek üzere yeni bir nikâh akdinden menolunabilir. Her iki taraf sebebiyet vermiş ise her ikisi menolunabilir.
- 3 — Müfarakati mucip esbaptan birine istinaden zevceynden biri nikâh ve ahkâmı baki kalmak üzere ayrı yaşamalarını talebederse tahakkuku halinde olveçhile yaşamalarına hümolunabilir. Şu kadar ki diğer taraf müfarakat talebinde ısrar ederse müfarakatine hükmolunur. Ayrı yaşamalarına hükmolunan zevceynden her hangi biri hükmü vâkıa istinaden müfarakat talebedebilir.
- 4 — Esbabı müfarakatten olan bir fiilin affı o fiilden mütevellit hakkı dâvayı iskat eder.
- 5 — Müfarakat dâvası vukuunda mahkemece evvelemirde tarafeyn ailelerinden müntehap birer muslih veya rüesayi ruhaniye marifetiyle ıslahı beyne tevessül olunur. Islahı beyn mümkün olamadığı surette dâvayı vâkıa alelûsul rüyet ve fasledilir.
- 6 — Hükmün tarihi sudurundan itibaren üç mah zarfında rüesayi ruhaniyeye müracaatle nikâhın feshine mütaallik merasimi diniyenin icrasına tevessül olunabilir. Bu surette müddeti mezkûre zarfında hükmü vâki infaz olunmaz. Mehli mezkûrun inkızası üzerine nihayet yirmi gün zarfında mahkûmünleh tarafından hükmü vâkının infazını talep lâzımeden olup aksi takdirde hüküm keenlemyekün olur.
- 7 — Talâkın zevç tarafından izni hâkime tâlikı halinde bu hükümler Musevilerde dahi cari olur. Zevcenin esbabı mezkûreden dolayı tefrikını talebe hakkı vardır.

Hukuku aile kararnamesinin müfarakate dair hükümleri bundan ibarettir. Bu kararname İstanbul hükümeti tarafından ilga olunduktan sonra ne İstanbul ve mülhakatında, ne de mücadeleli milliye hudutları dahilinde tatbik olunmayıp mamulünbih olan ve cinnet gibi bazı hastalıklar sebebiyle tefrika dair hükümlerle fetvahanenin arzı üzerine sâdır olan iradei seniyeler mucibince amel olunmuştur.

Ankarada 340 tarihinde hukuku aileye dair lâyiha kaleme alınarak şer'îye tarafından 12 şubat 340 tarihli esbabı mucibe mazbatasıyle heyeti umumiyeye sevkedilmek üzere makamı riyasete takdim olunmuş ise de mahakimi şer'îyenin ilgası üzerine heyeti umumiyede bu

lâyhâi kanuniye müzakere edilmeyip alâhalihi kalmıştır. Mezkûr esbabı mucibe mazbatası çok şayanı dikkat hükümleri ihtiva etmekte idi.

II — Medenî Kanununun mer'iyetinden sonraki devir:

Medenî Kanunumuz İsviçre Kodsivilinde (Code Civil Suisse olduğu gibi boşanma ve ayrılık müesseselerini kabul etmiş bulunmaktadır.

Ekseri muasır mevzuatta birleşilen esaslı nokta; umumî prensip mucibince bizde de boşanma ve ayrılık ancak mahkeme kararıyla tahakkuk edebilecektir; hâkim eğer boşanma ve ayrılığı mucip diye ileri sürülen sebepleri kâfi görmezse tarafların aynı bir vâkıa ve bu vâkıanın boşanmayı icabedeceği esası üzerinde itilâf etmiş olmalarına rağmen talebi reddedebilir. Tarafların iradesi bu sahada ancak boşanma veya ayrılık dâvası açmak ve bu dâvada müdafaa ve defilerde bulunmaktan ibarettir. Boşanma ve ayrılık ancak karı kocadan birinin talebi ve kanunda mevcut sebepler tahtında istihsal edilebilir (18).

Kanunumuza göre boşanma sebeplerini iki büyük kısma ayırabiliriz:

A — Boşanma ve ayrılıkta muayyen sebepler,

B — Boşanma ve ayrılıkta gayrimuayyen sebep.

A — Boşanma ve ayrılıkta muayyen sebepler (Causes déterminées):

1 — Zina (Adultère): Zina Fransa ve Almanyada da boşanma sebebidir. Şurasını da ilâve edelim ki Medenî Kanunumuz İsviçre Medenî Kanununda olduğu gibi af halinde zinadan mütevellit boşanma dâvasının mesmu olmayacağını kabul etmektedir (19). Yalnız Medenî Kanunumuz burada İsviçre Medenî Kanunundan şu suretle ayrılmaktadır: İsviçre Medenî Kanununa nazaran zinaya muvafakat halinde de boşanma dâvası mesmu olmaz (20).

2 — Cana kasıt ve pek fena muameleler (Attentat à la vie, sévices et injure graves): cana kasıt ve pek fena muameleler dolayısıyla ikame edilen boşanma ve ayrılık dâvaları da gerek İsviçrede ve gerek bizde af ile mesmu olmayacaktır.

(18) Abdülhak Kemal Yörüük, Devletler hususî hukuku, kitap IV, S. 149.

(19) İngilterede zina, boşanma sebeplerinden maduttur.

(20) İsviçre Medenî Kanununun 137 inci maddesinin son fıkrası aynen şöyledir: Elle (Action) est irrecevable en cas de consentement à l'adultère ou de pardon.

3 — Terzil edici cürüm ve haysiyetsiz hayat (Délit et atteinte à l'honneur).

4 — Terk (Abandon malicieux).

5 — Akıl hastalığı (Maladie mentale): Fransız Medenî Kanununa göre boşanma sebebi teşkil eylemiyen akıl hastalığı boşanmayı mucip olabilmek için şu şartların tahakkuku lâzımdır:

- a) Hastalık üç sene devam etmiş olmalı;
- b) Hastalık müşterek hayatın devamını diğer taraf için çekilmez bir hale koymuş olmalı;
- c) Şifası kabil olmadığı ehli hibre tarafından tasdik edilmiş bulunmalı.

B — Boşanma ve ayrılıkta gayrimuayyen sebep (Cause indéterminée):

Kanun vâzı muayyen boşanma sebeplerinin yanı başında bir de gayrimuayyen boşanma sebebi kabul etmiştir ki bu da şiddetli geçimsizlikten ibarettir. Bu sebeple ayrılık veya boşanma istihsalî müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesine mütavakkıftır. Filhakkâ Medenî Kanunumuzun 134 üncü maddesi mucibince aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede şiddetli geçimsizlik baş gösterdiği takdirde karı kocadan her biri boşanma dâvasında bulunabilir. Eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma dâvası ikame etmek hakkı ancak diğer tarafa aittir. Bu maddeden istihracedileceği üzere geçimsizliğin boşanma sebebi addedilebilmesi için üç şartın tahakkuku lâzımdır:

- 1 — Bir geçimsizlik olması,
- 2 — Bu yüzden evlilik hayatının derin surette haleldar bulunması;
- 3 — Bu geçimsizlik dolayısıyla müşterek hayatın çekilmiyecek bir hale geldiğinin sübutu daha ziyade kabahatli olan tarafın boşanmaya hakkı olmaması.

Yukarıdaki izahattan da anlaşılacağı üzere ayrılığı icabettiren sebepler boşanma sebeplerinin aynıdır. Bunun içindir ki 138 inci maddede boşanma sebeplerinden birinin sübutu halinde hâkim ya boşanmaya veya ayrılığa hükümle mükelleftir denmiştir.

Türk kanun vâzı 139 uncu maddesinde ayrılığı bir müddetle takyidemiş olmakla İsviçre Medenî Kanunundan ayrılmıştır. Filhakkâ Türk Medenî Kanununun 139 uncu maddesine göre ayrılığa bir

seneden üç seneye kadar bir müddet içinde hükmedilir (21). Halbuki İsviçre Medeni Kanununun bizim 139 uncu maddemize tekabül eden 147 nci maddesine göre ayrılığa bir seneden üç seneye (22) kadar yahut gayrimuayyen bir müddet için hükmolunur.

Boşanma sebepleri hakkında uzun uzadıya izahat vermek etüdümüzün mevzuu haricine çıkmak demek olacağından bu kadarla iktifa ediyoruz. Dünya mevzuatına vâki şu kısa atfı nazar bize boşanma ve ayrılık müesseselerinin izhar ettiği tenevvüü gösterir.

§ 4 — *Boşanmadan doğan teşrii salâhiyet ihtilâfları:*

Boşanmadan mütevellit kanun ihtilâfları iki halde tezahür ederler:

a) Karı koca aynı tâbiyette oldukları ve bir ecnebi mahkemesi önünde boşanma dâvası ikame ettikleri takdirde: meselâ Türk tâbiyetinde olan karı kocadan biri diğeri aleyhinde Fransız mahkemesinde zinadan dolayı boşanma dâvası ikame edecek olursa bu hâdise hukuku hususiyei düvelin tetkikiyle iştigal ettiğimiz müesseselere mütaallik prensiplerinin faaliyete geçmesini mucip olacaktır.

b) Aynı tâbiyette olmadıkları ve muhtelif kanunlarla idare edildikleri takdirde;

Boşanmadan tevellüdedebilecek kanun ihtilâflarını lâyıkı veçhile mütalâa ve bu hususta salâhiyettar kanun (Loi compétente) dan bahsetmek için iki hali nazarı dikkate almak mecburiyeti vardır:

I — Karı kocanın aynı tâbiyette olmaları hali;

II — Karı kocanın muhtelif tâbiyette olmaları hali.

I — *Karı kocanın aynı tâbiyette olmaları hali:*

Karı koca aynı tâbiyette ise bunların boşanma ve ayrılmasından tevellüdedebilecek ihtilâfları halledecek kanun hangi kanun olacaktır?

Farzedelim ki Rumen tâbiyetinde olan karı koca Türkiyede rızayı tarafeyn ile boşanmak istesinler; burada tatbik edilecek kanun bunların milli kanunu (Lex patriae) mu, ikametgâh kanunu (Lex domicilii) mu yoksa başka bir kanun mu ve meselâ dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu (Lex fori) mu yani misalimizde Türk kanunu mu olacaktır?

(21) Muayyen bir zamanla mukayyet ayrılık «Séparation de corps de durée déterminée».

(22) Muayyen bir zamanla mukayyet olmıyan ayrılık «Séparation de corps de durée indéterminée».

Böyle bir kanun ihtilâfının halline salâhiyettar olan kanun hakkında ileri sürülen sistemleri şu suretle hulâsa edebiliriz:

- 1 — Zevç ve zevcenin millî kanunu (Loi nationale des époux),
- 2 — Dâvanın ikame edildiği mahal kanunu (Loi du lieu où l'action en divorce est intentée — lex fori),
- 3 — Muhtelit sistem (Système mixte) yani millî kanun ile dâvanın ikame edildiği mahal kanununun birlikte tatbiki sistemi;
- 4 — İradenin muhtariyeti prensibi (Autonomie de la volonté).

Yukarıda zikrettiğimiz sistemleri birer birer tetkik eyledikten sonra başlıca memleketlerin bu hususta kabul eylemiş oldukları hal suretinden bahsedelim.

- 1 — Zevç ve zevcenin millî kanunu (Loi nationale des époux):

Boşanmaya tatbik edilecek kanun hakkında Profesör Abdülhak Kemal Yörük ezcümle şunları söylemektedir:

«Boşanma ahkâmının vaz'ında âmil olan içtimaî sebepler bizi, doğrudan doğruya, şahsın haline taallük eden boşanma keyfiyetinde millî kanununun tatbik edilmesi neticesine götürmektedir. Hal şahsın hukukî vaziyetlerinin heyeti mecmuasıdır; insanın cemiyet içinde ve aile içindeki mevkiini, ahvali şahsiyesini vücuda getiren vasıfların teşekkül ve zevalini idare edecek kanunun tek bir kanun olması lâzımdır. Fertlerin hususî hayatında ittiratı temin etmek ancak bu suretle mümkün olur. Devletlerin hale mütaallik kanunları arasındaki tahalüf hâdisenin vukubulduğu veya şahsın bulunduğu yerdeki kanuna tâbi tutulursa birbirleriyle imtizacedemiyecek vasıflarla şahsiyet haleldar olur.

İnsanın ahvali şahsiyesini idare edecek kanunun milli kanun olması hususunda müelliflerin mühim bir kısmının ittifak etmekte olduğu malûmdur. Hemen bütün makbul nazariyelerin kabul ettikleri hal sureti budur. Çünkü kanun vâzı bilhassa bu sahada ahkâmı vazederken tebaayı nazarı itibara alır. Tebaanın ahvali şahsiyelerini teşkil eden vasıfların teşekkül ve zeval sebeplerini gösterirken ırkın, dinin, ahlâkın, an'änenin ilhamıyla hareket eder. Fertle milli hukuku arasında derin ve sıkı bir bağlilik, bir ahenk vardır. Bu ahkâm ferdin, içinde doğup büyüdüğü, tarihini benimsediği, hisleriyle mütehassis olduğu cemiyetin hayat tarzının mâkesidir. Binaenaleyh karı koca münasebeti bir boşanma ile tamamen ortadan kaldırılabilecek mi, yoksa ayrılıkla bir tadile uğrıyabilecek mi? Bu olabilecekse hangi sebeplerin tahtı tesirinde olacak?

Bu hal suretini ancak millî kanunu tetkik ederek bulmak ve ona müsteniden hüküm vermek lâzımdır» (23).

Denilebilir ki prensip itibariyle karı kocanın millî kanunlarının boşanma ve ayrılığı idare etmesi mantıkî ve hususî hukuku düvelin an'anevî prensiplerine uygun bir nazariyedir. Burada aile rabitasının bir kararla çözümlenip çözülemeyeceği meselesi karşısında bulunuyoruz. Evlenme, aile teşkilâtı, şirketlerde eşhasın vaziyeti hukukîyesi gibi bir ahkâmı şahsiye (Statut personnel) meselesidir. Evlenmenin kabili fesih veya gayrikabili fesih olması meselesi aile statüsü (Statut familial) nün mütemmim cüzünü teşkil eder.

Boşanmada millî kanunun tatbiki sistemini kabul eden devletler:

Boşanmayı millî kanuna tâbi kılan ve halen mevkii mer'iyette bulunan mevzuat arasında 1926 tarihli Polonya kanununu zikredebiliriz. Bu kanunun 17 nci maddesine göre boşanmaya hüküm vermek hususunda salâhiyettar mahkeme prensip itibariyle karı kocanın millî mahkemesidir. Mezkûr kanun aynı zamanda ecnebi memleketlerde ikamet eden ve Polonya tâbiyetini haiz olan eşhasın ikametgâh mahkemeleri tarafından verilen boşanma kararını kabul ediyor. Şu şartla ki Polonyalıların millî hukukları tatbik edilmiş olsun. Bahsetmekte olduğumuz kanun Polonyada mukim ecnebilerin kendi kanunlarına göre verilen boşanma kararlarını tanıyor. Şu şartla ki boşanma kararı boşananların tâbi oldukları Devlet tarafından tanınmış olsun (24).

Boşanmaya millî kanunun tatbiki esasını kabul eden Devletler arasına Yunanistan da ithal edilebilir. Filhakika daha evvel söylediğimiz yeni Yunan Medenî Kanununun (25) 16ncı maddesine göre boşanma ve ayrılık zevç ve zevcenin evlenmenin devamı esnasında ve dâvanın ikamesinden evvel son müşterek kanunlarıyla idare olunur. Eğer böyle müşterek bir kanun mevcut değilse kocanın evlenme akdinin in'ikadı anındaki millî hukuku tatbik olunur (26).

(23) Abdülhak Kemal Yörük, adı geçen eser, s. 157 ve 158.

(24) Bu kanun için *Annuaire de législation étrangère*, 1926, p. 220 et suiv.

(25) § 1 e bakınız.

(26) Hatırlatalım ki yeni Yunan Medenî Kanununun 4 ilâ 34 üncü maddeleri hususî hukuku düvele mütaallik hükümleri ihtiva etmektedir.

28-30 ağustos 1924 tarihli Yunan kanununun 3 üncü maddesi mucibiince Hıristiyan dinine sâlik olan eşhasın tâbi oldukları mezhep ne olursa olsun Yunanistanda boşanma kararı istihsal edebilmeleri münhasıran Yunan kanunu yani *Lex fori*'nin tatbiki ile mümkündür. Hıristiyan dininden gayrı din sâlikleri ve

2 — Dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu (Lex fori):

Boşanmanın tâbi olacağı kanun olarak dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu yani Lex fori'yi ileri sürenler vardır. Bu nazariye hukukta bellibaşlı bir mektebin müessisi olan meşhur Alman hukukşinaslarından Savigny'nin ortaya attığı bir nazariyedir. Bu hukukşinasa göre boşanmaya taallük eden kanunları tamamen müspet mahiyette olan kanunlar sınıfına ithal etmek lâzımdır. Binaenaleyh bunlar intizamı âmmeden mâduttur. Hâkimin kendi kanunundan başka bir kanun tatbik edememesinin sebebi budur.

Profesör Abdülhak Kemal Yörük haklı olarak Savigny'nin boşanma ve ayrılık hususundaki nazariyesine taraftar olmamakta ve ezcümle şunları söylemektedir:

«Savigny bu noktai nazariyle umumî nazariyesine bir gedik açmıştır. Bu hususta hâkimiyeti münakaşa edilemeyecek olan intizamı âmme kaydını bu ahkâmın milkiyeti derecesine çıkarmış, ecnebi bir kanunun tatbikına mâni olacak bir sebebi bizzat mahallî kanunun tatbikını istilzam eder mahiyette görmüştür. Ecnebi bir kanunu tatbik etmemeyi icabettiren bir sebebi mahallî kanunun tatbik edilmesi iktiza ettiği şeklinde kabul etmek Devletler hususî hukukunu alt üst eder» (27).

Savigny'nin noktai nazarına iştirak eden hukukçular arasında Asser'i zikredebiliriz. Bu müellife göre boşanma dâvasının kabul veya reddi için dâvanın ikame edildiği mahkeme kendi kanunundan ilham alır ve bu tam bir intizamı âmme mahiyetini arzeder. Aile bağının gayrikabili fesih olmasının veya çözülmesini emreden içtimâî teşkilâtın esaslı sebepleridir (28).

Bu hukukçuya göre hâkim, memleketinin kanunları evlenmenin infisahını âdap ve intizamı âmmeğe mugayir addediyorlarsa, boşanmaya karar veremez. Boşanmayı kabul eden bir memleketin hâkimi, tarafların tâbi olduğu memleket kanununun boşanmayı kabul etmediği bahanesiyle ikame olunan bir boşanma dâvasını reddedemez. Boşanmanın kabul edildiği bir memlekette kanunî bir sebeple infisahı istenilen bir evliliği idame ettirmeyi vâzı kanun intizamı âmmeğe mugayir addeylemiştir.

bilhassa Müslümanların boşanmaları ise münhasıran kendi dinî kanunlarına tâbi idi. (Daha fazla tafsilât için Droit international privé de la Grèce, répertoire de droit international, t. VI. p. 428).

(27) Abdülhak Kemal Yörük, adı geçen eser, s. 155.

(28) Asser. Eléments de droit international privé, traduction Rivier, p. 216 et suiv.

Fransız müelliflerinden Audinet, Asser'in fikirlerine iştirak etmemekte ve şunları söylemektedir:

«Kanun vâzı evliliğin infisahı şartlarını tanzim ederken umumi menfaat mülâhazasıyla hareket ettiği muhakkaktır. Boşanmaya müsaade ve onu reddeden kanunlar aile teşkilâtını idare eden diğer bütün kanunlar gibi dahili intizamı âmme (Ordre publice interne) dendir. Tebaalar ona, aralarında akdedecekleri hususi mahiyetteki mukavelelerle, muhalif hareket edemezler. Boşanmayı meneden kanunlar beynelmilel âmme intizamına taallük ederler ve binnetice ecnebilere de tatbik edilirler. Fakat boşanmaya müsaade eden kanunlar aynı mahiyette değildirler. Bunlar arasında mevcut farkı anlamak pek kolaydır. Evlenmenin gayrikabili fesih olması mutlak bir kaide olan memleketlerde karı koca aralarında mevcut rabılayı inkıtaa uğratmaya ve yeni bir birlik tesisine muktedir idiysele ahlâkı umumiye bundan rencide olurdu. Fakat ne ahlâk ve ne de menfaati umumiye ecnebi karı kocaya mahalli kanunun evliliğin infisahını elde etmek için vereceği hakkı kullanmakla hiçbir zarar görmezler.

Şüphesiz her memlekette mahkemeler ecnebi veya yerli olsun her şahsın himayesini temin etmekle mükelleftirler. Bunun için evliliğin devamı karı kocadan biri için fizikî ve ahlâkî bakımdan tehlikeli olduğu takdirde müşterek hayatı durdurmak kâfi gelecektir. Evliliği infisah ettirmek elzem değildir. Esasen evliliğin infisahı karı kocanın milli kanunlarına mugayir olarak vâki olmuşsa bu infisah tarafların tâbiyetini haiz oldukları memleket tarafından tanınmayacak ve orada evlilikten mütevellit hukukî rabıta devam edip gidecektir. O halde muhtelif memleketlere göre karı kocanın evli ve boşanmış olduklarını düşünebilmek kabul edilemez bir haldir.

Karı kocanın milli kanunları tarafından müsaade edilen boşanmaya bunu kabul etmiyen bir memlekette hükmedilemez. Evlenmenin gayrikabili fesih olması ahlâkî ve içtimai mülâhazalarla izah edilebilir. Bu mülâhazalar beynelmilel âmme intizamını teşkil ederler. Şüphesizdir ki karı kocanın milli kanunu aile menfaatıyla cemiyet menfaatini aynı şekilde addetmemiştir. Fakat her memlekette hâkimler bir kanuna intizamı âmme mahiyetini vermek için kendi vâzı kanunlarının noktai nazarına, diğer memleketlerde galebe çalan telâkkiyatla uğraşmaksızın, uymalıdır.

Maamafih bir hukukî imkânsızlık boşanmanın kabul edilmediği yerlerde boşanmaya karşı koyar. Mahkemelere ancak kendi namına adalet tevzi ettikleri Devlet kanunu ile salâhiyet verilir. Meselâ bir İspanyol mahkemesi iki Fransız veya Belçikalı arasında boşanmaya

karar veremez. Zira İspanya kanunu mezkûr mahkemeye reddeyle-diği bir muameleyi icra etmek salâhiyetini vermemiştir. Bu mah-keme bu salâhiyetini Fransız ve Belçika kanunlarından alamaz. Bu kanunlar ecnebi bir mahkemeye bedihî olarak hiçbir salâhiyet tev-cih edemezler» (29).

Boşanmaya dâvanın ikame edildiği mahal kanununu tatbik eden Devletler:

Boşanmadan tevellüdedebilecek kanun ihtilâflarını halletmek hu-susunda ikinci sistemi yani Lex fori'nin tatbikını kabul eden Dev-letler arasında Holanda (30) ve Avusturya (31) yı zikredebiliriz. Bu memleketlerde ecnebiler millî kanunları müsait olmasa bile boşan-ma kararı istihsal etmek salâhiyetini haizdirler.

3 — Muhtelit sistem yani millî kanun (Lex patriae) ile dâvanın ikame edildiği mahal kanunu (Lex fori) nun birlikte tatbikı sistemi:

Şimdi bahsedeceğimiz sistem müelliflerin büyük bir kısmının ta-raftar olduğu bir sistemdir. Bu sisteme taraftar olanlar prensip iti-bariyle boşanmadan mütevellit ihtilâfların halli hususunda karı ko-canın millî kanunlarının salâhiyetini tanımaktadırlar. Fakat bu sis-tem boşanmaya hükmedilebilmesi için millî kanunun dâvanın İka-me edildiği mahkeme kanununa uygun olmasını istemektedir. Mə-selâ: İsviçre tebaasından bir şahıs İtalyada karısı aleyhine boşanma dâvası ikame ediyor. İtalyan hâkimi bu dâvayı reddeylemek mecbu-riyetindedir. Zira İsviçre kanununa, yani millî kanuna göre boşan-ma caiz olduğu halde, İtalyan kanunu, yani dâvanın ikame edildiği mahal kanunu bu müesseseyi teviz eylememiştir (32).

Bu sistem hiç şüphesiz en mâkul ve doğru olan bir sistemdir. Zira boşanmayı kabul etmiyen bir memlekette bunu kabul eden Devlet tâbiyetini haiz fertlerin aralarında mevcut hukukî rabıtayı ortadan kaldırmak istemeleri ve buna muvaffak olmaları bu Dev-letin intizamı âmmesini ihlâl eder. Zira mevcut bir aileyi ortadan

(29) Audinet; Des conflits de lois en matière de divorce et de sépa-ration de corps (Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, 1926, T. 1. p. 222).

(30) Droit international privé des Pays-Bas, (Répertoire de droit inter-national, t. VI. p. 631).

(31) Droit international privé de l'Autriche, (Répertoire de droit inter-national, t. VI. p. 115).

(32) İtalyan mahkemelerinin bir kısmı müteaddit defalar ecnebiler ara-sında ve onların millî kanunlarına tevfiikan boşanmaya hükmetmişlerdir. İtal-yan mahkemeleri bu sakat içtihatlarını terketmiş bulunmaktadırlar (Audinet, adı geçen eser, s. 222).

kaldırmağa matuf bir müessese âmme intizamını çok yakından alâkalandırır.

Boşanmaya milli kanun ve dâvanın ikame edildiği mahkeme kanununu birlikte tatbik eden Devletler:

Boşanmadan mütevellit kanun ihtilâflarını halletmek hususunda milli kanunla dâvanın ikame edildiği mahal kanununu birlikte tatbik eden Devletler ekseriyeti teşkil etmektedirler. Bu Devletler arasında ezcümle şunları zikredebiliriz: Belçika (33), Çin (34) (Kocanın milli kanunu ile Lex fori'nin birlikte tatbiki), Fransa, İspanya (35), İtalya (36), İsviçre, Japonya (37) (Kocanın milli kanunu ile Lex fori'nin birlikte tatbiki, Ho-Rei, madde 16), Macaristan (38).

12 haziran 1902 tarihinde boşanma ve ayrılıktan mütevellit kanun ve salâhiyet ihtilâflarını halletmek için akdedilen ve ileride muvassalan izah edeceğimiz La Haye mukavelesinin birinci maddesi de aynı sistemi kabul etmiş bulunmaktadır (39).

4 — İradenin muhtariyeti (Autonomie de la volonté):

Bazı müellifler evlenmede tarafların iradesinden doğan âdi bir mukavele mahiyeti görmektedirler. Bunlar tarafların muhtemelen mukavelenin teşekkülünü tâbi kılmak istedikleri kanunun evlenmenin infisah ve sebep ve neticelerini idare edeceğini ileri sürmektedirler. Bazılarına göre bu kanun evlilik birliğinin ikametgâh kanunu (Loi du domicile matrimonial), bazılarına göre de mukavelenin in'ikadettiği mahal kanunu (Loi du lieu de la célébration du contrat «Lex loci celebrationis») dur.

(33) Droit international privé de la Belgique (Répertoire de droit international, t. VI. p. 150).

(34) Droit international privé de la Chine (Répertoire de droit international, t. VI. p. 205).

(35) Droit international privé de l'Espagne (Répertoire de droit international, t. VI. p. 255).

(36) Droit international privé de l'Italie (Répertoire de droit international, t. VI. p. 517).

(37) Droit international privé de Japon (Répertoire de droit international, t. VI. p. 545).

(38) Droit international privé de la Hongrie (Répertoire de droit international, t. VI. p. 463).

(39) Bu mukavelenin birinci maddesi aynen şöyledir:

«Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre. Il en est de même de la séparation de corps.»

Bu sistemi haklı olarak doğru bulmıyan Fransız hukukşinaslarından Weiss bu hususta şunları söylemektedir: «Bu sistem bir hataya istinadetmektedir, dediğimiz gibi evlenme mahiyeti itibariyle diğer mukavelelerden çok farklıdır. Tarafların iradesi akdin in'ikadı için esaslı bir şart ise de; onların tâbi oldukları Devletin ailelerinin iyi teşkilâtiyle karışan menfaati umumiyesi tarafların bu iradesine bu akdin hüküm ve neticeleri hakkındaki kanun yerine şahsî arzuların istihdaf ettiği hükümlerin hâkim olmasına müsaade edemez. Dahilî âmme intizamı bu hususta âkit tarafların muhtariyetini tahdideder» (40).

Şurası muhakkaktır ki dahilî hukuk noktai nazarından, evlenme akdinin ahkâm ve neticelerinin ancak kanun tarafından vazetilen kayıtlar dahilinde tahakkuk edebileceğini kabul etmek zarurî olduğuna göre, Devletler hususî hukuku bakımından başka türlü düşünmeğe imkân görülemez.

Burada aile birliğinin ikametgâhı kanunu hakkında biraz izaht vermek yerinde olur:

Boşanmaya aile birliğinin ikametgâhı kanununun tatbikî kanunlar ihtilâfı halinde ikametgâh kanununun salâhiyetini kabul etmek lâzımgeldiğini ileri süren nazariyenin tatbikatındandır (41).

Bu da iyi bir hal sureti değildir. Çünkü ikametgâh tebdili, bilhassa zamanımızda çok kolaylaşmıştır. Bu sistem, ahvali şahsiyeye mütaallik hükümlerde değişikliği istilzam eder. Bundan başka, fert her hangi bir mahalde istihsal edemeyeceği bir hükmü kendi arzuna göre muvafık hükümlerin mer'î olduğu bir mahalde elde etmek için ikametgâhının yerini değiştirebilir. Bu, kanunun hükmünden kurtulmak için müracaat edilebilecek bir çare olur. Bir taraftan kanun ihlâl edilmiş, onun emrî hükümleri ferdin iradî rolü ile bertaraf edilmiş olur, diğer taraftan karı koca münasebeti emniyetle devam edemez (42).

Şurasını ilâve edelim ki aile birliğinin ikametgâhı kanunu bugün mülga bulunan bazı mevzuat tarafından tatbik edilmekte idi. Bunlar arasında bugünkü Alman Medenî Kanunundan evvelki Alman içtihadını zikredebiliriz (43).

(40) Weiss, Manuel de droit international privé, p. 521.

(41) Abdülhak Kemal Yörük, adı geçen eser, s. 154.

(42) Abdülhak Kemal Yörük, adı geçen eser, s. 154.

(43) Henri Degand, divorce et séparation de Corps (Répertoire de droit international, t. v. p. 543).

II — *Karı kocanın muhtelif tâbiyyette olmaları halî:*

Karı kocanın aynı tâbiyyette olmamaları iki sebepten tevellüde-
debilir:

A — Karının evlenmekle kocasının tâbiyyetini iktisabetmemesin-
den;

B — Karı kocadan birinin evliliğin devamı esnasında tâbiyyeti-
ni değiştirmesinden.

A — Evlenme ile karının kocasının tâbiyyetini iktisabedip et-
memesini tetkik ve bu hususta Devletlerin mevzuatına bir nazar
atfedelim:

Yakın bir devire kadar evlenme kadın için şu neticeyi tevli-det-
mekte idi:

Kadın evlenme ile kocasının tâbiyyetini iktisabediyordu. Bu ka-
ide hemen bütün Devletler tarafından kabul edilmişti. Harbi Umu-
miden sonra vaziyet ehemmiyetli bir şekilde değişti. Evlenmenin
karının tâbiyyetine tesiri meselesi bugünkü mevzuat tarafından aynı
şekilde halledilmiş değildir. Feminizm sahasında varılan mühim ne-
ticeler ve bilhassa birçok memleketlerde kadının siyasi hakları ik-
tisabetmiş olması kadına tâbiyyet iktisabetmek hususunda büyük bir
muhtariyet verilmesi şekline müncer olmuştur.

Halen mevkii mer'iyette olan mevzuatı şöylece kısımlara ayıra-
biliriz:

1 — Bir kısım memleketler evlenme ile kadının tâbiyyetinin de-
ğişmesini kabul etmişlerdir. Bunların kanunlarında evlenmenin hem
selbî hem icabî tesiri görülür. Binaenaleyh evlenen kadın aslî tâbi-
yyetini muhafaza edemez ve kocasının tâbiyyetine geçer. Bu zümre-
ye dahil olan Devletler şunlardır:

Almanya, Avustralya, Bolivya, Çeko-Slovakya, Finlandiya, Hay-
ti, İspanya, İngiltere, Polonya, Macaristan, Peru.

2 — Bir kısım Devletler de kadının aslî tâbiyyetinden çıkmasını,
kocanın kanununun kadına evlenme ile kocasının tâbiyyetini ver-
mesi şartına talik etmektedirler. Bu Devletler arasında şunlar zik-
redilebilir:

Avusturya, Bulgaristan, Çin, Kostarika, Mısır, Yunanistan, İtal-
ya, Japonya, Meksika, Portekiz, İsviçre, Salvador, Siyam, Suriye,
Venezüellâ.

3 — Diğer bir kısım Devletler kendi tebaasından olan kadının
ecnebi ile evlenmesine rağmen aslî tâbiyyetini muhafazasına imkân
vermektedirler. Bu Devletler şunlardır:

Estonya, Romanya, Küba, Belçika, Fransa (bu sonuncu iki Devlet daha ileri gitmekte ve bu hakkı ecnebi kadınlara da teşmil etmektedirler).

4 — Diğer bir takım Devletler kadının vatanını terkettiği takdirde tâbiyetini zayıf edeceğini kabul etmektedirler. Bu zümreye dahil olan Devletler arasında şunları zikredebiliriz:

Danimarka, Ekvator, Norveç, İran, İsveç.

5 — Beşinci gruba dahil olan Devletler evlenmenin tâbiyet üzerindeki tesirini büsbütün kaldırarak eski kaideyi kökünden yıkmış bulunmakta ve kadına tam ve mutlak bir istiklâl temin etmektedirler. Bu Devletler şunlardır:

Birleşik Amerika Devletleri, Sovyet Rusya, Arjantin, Şili (44).

Türk mevzuatı kanunitesi:

Türk kanun mevzuatını lâıyıkı veçhile tetkik edebilmek için iki devreyi birbirinden ayırmak lâzımdır:

1 — 1928 tarihli Vatandaşlık Kanunundan evvelki devir;

2 — 1928 tarihli Vatandaşlık Kanununu takibeden devir.

1 — 1928 tarihli Vatandaşlık Kanunundan evvelki devir:

Malûm olduğu üzere 28 mayıs 1928 tarihinden evvelki mevzuata nazaran Türkiye yukarıda 1 numarada saydığımız Devletler arasında bulunmakta idi. Tâbiri diğerle mezkûr mevzuata nazaran kadın kocasının tâbiyetini iktisabediyordu. Bu kaide tamamen mutlak bir mahiyet arz ediyordu. Yani yalnız bir ecnebi kadının Türkle evlenmesi halinde değil aynı zamanda Türk tâbiyetinde olan bir kadının ecnebi ile evlenmesi halinde de cari idi.

2 — 1928 tarihli Vatandaşlık Kanununu takibeden devir:

28 mayıs 1928 tarihli Vatandaşlık Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası şöyle bir hüküm ihtiva ediyor: «Türklerle evlenen ecnebi kadınlar Türk vatandaşı olurlar. Ecnebilerle evlenen Türk kadınları Türk kalırlar.»

a) Türk tâbiyetinde olan bir kadının bir ecnebi ile evlenmesi hali;

b) Bir Türkün ecnebi bir kadınla evlenmesi hali.

a) Türk tâbiyetinde olan bir kadının bir ecnebi ile evlenmesi hali:

Türk tâbiyetini haiz bir kadın bir ecnebi ile evlendiği takdirde aslı tâbiyetini muhafaza edecek ve binnetice karı koca ayrı ayrı tâbiyette olacaklardır.

(44) Muammer Raşit Sevig, Devletler hususî hukuku, s. 65.

b) Bir Türk ecnebi bir kadınla evlendiği takdirde karı, Türk yani kocasının tâbiyetini iktisabedecektir. 13 üncü maddenin yalnız bu hükmü İsviçre Medenî Kanununun bizim Medenî Kanunumuza alınmayan 161 inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne tamamen uygun bulunmaktadır. 161 inci maddenin birinci fıkrası şöyledir: «La Femme acquiert le droit de cité de son mari.»

Ayrı tâbiyette olan karı koca arasındaki boşanmaya tatbik edilecek kanun hangi kanundur?

Bunu tetkik ederken evlenmeden sonra vukua gelen telsikten tevellüdeyliyen tâbiyet farkı ihtimalini şimdilik ihmal edeceğiz. Burada yalnız evlendikleri zaman aynı tâbiyette olmıyan karı kocanın vaziyetlerini tetkik eylemek lâzımgolecektir.

Biraz evvel verdiğimiz izahattan anlaşılacağı üzere bu ihtimal yani karı kocanın evlendikleri zaman aynı tâbiyette olmamaları eskiden azdı. Zira mevzuatın büyük bir kısmında karı koca arasında tâbiyet birliği evlenmenin tabii bir neticesi olarak telâkki ediliyordu. Fakat bugün mevzuat oldukça değişmiş olduğundan ayrı tâbiyette bulunan karı kocaya tesadüf etmek nadiren vâkı olan hallerden değildir.

Karı kocanın evlendikleri zaman ayrı tâbiyette olmaları halinde tatbik edilecek kanun bakımından teklif edilen sistemleri şu suretle tasni edebiliriz:

- 1 — Kocanın millî kanunu (Loi nationale du mari);
- 2 — İkametgâh kanunu (Loi du domicile);
- 3 — Karı kocadan her birine kendi millî kanununun tatbiki.

1 — Kocanın millî kanunu: bu sistem taraftarlarının fikirlerine göre; tâbiyetleri birbirinden farklı olmasına rağmen koca ailenin reisi olarak kalır. Kocanın millî kanunu daha evvel de görmüş olduğumuz veçhile dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu ile mezcedilmiş bir şekilde boşanmaya tatbik edilmek lâzımgelir. Birçok Fransız hususî hukuku düvel müellifleri bu fikre iştirak ederler. Bunlar arasında Audinet, Niboyet ve Rolin'i zikredebiliriz.

Rolin kocanın millî kanununun tatbiki sistemini en basit ve tatbikatta en iyi bir sistem olarak bulmaktadır (45).

Alman müelliflerinden Kahn da bu tez taraftarları meyanındadır.

Kocanın millî kanununun tatbiki prensibi Alman Medenî Kanunu-

(45) Rolin; Principes du droit international privé, t. II. No. 59.

na methal kanununun 17 nci, Çin kanununun 11 inci, Japon kanununun 16 nci maddeleri tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır.

İnkâr edilemez ki bu sistem pratik bakımdan en basit ve en iyi bir sistem olmakla beraber nazari noktadan hiçbir sebep bunu haklı gösteremez.

2 — İkametgâh kanunu: tâbüyetini değiştirmeksizin bir ecnebi ile evlenen Fransız kadını hakkında Niboyet alâkadar kadının Fransada ikametgâhını muhafaza edip etmediğine göre bir tefrik yapmaktadır. Eğer kadın kocasını takibetmiş ve ecnebi memlekette yerleşmiş ise bu takdirde evlilik birliğinin ikametgâhı kanunu sıfatiyle birinci sistem yani kocanın millî kanunu galebe çalacak ve tatbik edilecektir. Ve fakat, eğer aile müşterek ikametgâhlarının bulunduğu Fransada yerleşmiş ise bu takdirde boşanmadan mütevellit ihtilâfları idare edecek olan kanun Fransız kanunu yani evlilik birliğinin ikametgâhı kanunu olacaktır.

Bu müellif ezcümle şunları söylemektedir: «Kocanın millî kanunu lehindeki sureti hal, Fransada kalmıyan ve ecnebi memleketlerde olan aileler mevzuubahsolduğu takdirde bize doğru geliyor. Bilâkis, eğer aile birliğinin ikametgâhı Fransada ise biraz düşünmek icabeder. Belki evlenmenin hüküm ve neticelerini idare eden kanunu — ki kocanın kanunudur — tatbik etmek mantıkî olabilir. Hali hazır vaziyet içinde bu sureti hal kanun vâzının temennisine en uygun olan olmayacaktır. 10 ağustos 1927 tarihli kanunun gayesi Fransaya Fransızları muhafaza etmektir. Binaenaleyh, bir Fransız kadını ecnebi ile evlenir ve tâbüyetini muhafaza ederse ve aile Fransada yaşarsa, kadını, evlenmenin neticeleri için asla gitmiyeceği uzak memleketlerin şu veya bu kanununa tâbi kılmak biraz anormal olacaktır (46).

3 — Karı kocadan her birine kendi kanununun tatbiki prensibi: farzedelim ki karının millî kanunu boşanmayı kabul ediyor, erkeğinki kabul etmiyor. Karı tarafından ikame edilecek boşanma dâvası bu sisteme nazaran kabul edilmek lâzımgelsecektir. Halbuki koca tarafından vâkı olacak boşanma talebi, kocanın millî kanunu, boşanmayı kabul eylemediği cihetle, kabul edilmeyecektir.

Audinet'ye göre bu sistem pek şayanı memnuniyet değildir. Çünkü mezkûr sistem karı koca arasında göze batan bir ademi müsavat tesis eylemekte, karı kocadan biri tarafından infisah ettirilen

(46) Niboyet; adı geçen eser, s. 734 ve 735.

veya gevşettirilen evlenme bağının diğeri için devam etmesi neticesine varmaktadır.

B — karı kocanın evlenmenin devamı esnasında tâbiyetlerini tebdil eylemeleri (47):

Burada iki hali birbirinden tefrik etmek icabeder:

1 — Karı kocanın birlikte tâbiyetlerini tebdil etmeleri hali;

2 — Karı kocadan yalnız birinin tâbiyetini tebdil etmesi hali.

1 — Karı kocanın birlikte tâbiyetlerini tebdil etmeleri hali:

Karı koca birlikte tâbiyetlerini tebdil ederlerse bu takdirde boşanma talebinin kabul olunabilmesi için talep yapıldığı zaman karı kocanın tâbiyetini haiz oldukları Devlet kanununu tatbik etmek icabedecektir. Karı koca boşanma hukukî müessesesini kabul etmeyen bir memleket tâbiyetini iktisabetmişlerse boşanma talebeylemek haklarını tabiatıyla kaybedeceklerdir.

Vaziyeti bir misalle tavezih edelim: İsviçre tâbiyetinde olan karı koca evlilik birliğinin devamı esnasında İtalyan tâbiyetini iktisabediyorlar ve Fransız mahkemelerinden birinde boşanma dâvası ikame ediyorlar. Fransız mahkemesi burada tarafların millî kanununu tatbik ederek boşanma talebini reddedecektir. Zira İtalya mevzuatı boşanmayı kabul eylememekte, yalnız ayrılığı tecviz etmektedir. Bilâkis karı kocadan birinin boşanma talebi eğer tâbiyetini iktisabettikleri Devlet kanunu boşanmayı kabul ediyorsa mesmu olacaktır. İtalyan tâbiyetini haiz olan karı koca İsviçrede telsik suretiyle İsviçre tâbiyetini iktisap ile Almanyada boşanma dâvası ikame ediyorlar. Bu boşanma talebi mesmu olmak lâzımgelir. Zira İsviçre kanunu boşanmayı kabul eylemektedir.

2 — Karı kocadan yalnız birinin tâbiyetini tebdil etmesi hali:

Farzedelim ki karı koca evlilik birliğinin teessüsü anında aynı tâbiyette idiler veya karı evlenme dolayısıyla kocasının tâbiyetini iktisabetti ve bilâhare karı kocadan birisi tâbiyetini değiştirdi. Bu takdirde hangi kanunu tatbik eylemek icabedecektir?

Bu mesele hususî hukuku düvelde birçok münakaşaları mucibolmuş bir meseledir. Burada akla ilk gelen kanun karı kocanın son müşterek kanunu olacaktır. Buna nazaran eğer mezkûr kanun boşanmayı kabul etmiyorsa karı kocadan birinin tâbiyetini değiştirmesi ona boşanma talebetmek hakkını iktisabettirmeyecektir. Eğer karı kocanın son müşterek kanunları boşanmayı kabul ediyorsa karı

(47) Boşanma dâvasının ikamesinden sonra vâki tâbiyet değiştirmelerinin hukukî bir kıymeti olmayacağı izahtan müstağnidir.

kocadan birinin boşanmayı kabul etmiyen bir memleket tâbiyetini almış olmasına rağmen her ikisi de boşanma talebetmek hakkını muhafaza ediyorlar demektir.

Karı kocadan birinin tâbiyetini yalnız olarak değiştirmesi halinde, ayrılık ve boşanma hakkındaki 1902 tarihli La Haye mukavelesinin 8 inci maddesi karı kocanın son müşterek mevzuatlarını salâhiyettar addetmektedir.

Bu sureti hal hakkında Henri Degand diyor ki: «La Haye mukavelesinin kabul eylemiş olduğu bu sureti hallin her halde bir kanun idame etmek ve karı kocaya hususiyle arzu edilen bir vaziyet muvazenesi temin eylemek meziyeti vardır. Mezkûr sureti hal karı kocadan biri boşanabildiği halde diğerinin boşanamamasından mütevellit tuhaf zıddiyete meydan vermiyor» (48).

Yukarıda verdiğimiz izahatı nazarı itibara alarak diyebiliriz ki karı kocadan her biri yabancı memleketlerde tâbiyetini değiştirerek boşanma talebetmek hakkını iktisap veya kaybeder. Bu cihetlere temas edelim:

Karı kocanın müşterek milli kanunları boşanmayı kabul etmiyor; bunlardan birisi boşanmanın müsaade edildiği bir memlekette telsik ediliyor. Meselâ bir İtalyan İsviçrede veyahut Almanya da telsik ediliyor. Bunun eşi İtalyan tâbiyetini muhafaza ediyor. Tâbiyetini değiştiren taraf yeni vatanının mahkemelerine müracaat ederek boşanma talebedebilir mi?

Bu hususta Audinet şunları söylemektedir: «İlk defa akla gelen müspet cevaptır. Eşhasın hali kendi hali hazır milli kanunlarıyla idare edilir. O halde telsik edilen eşin milli kanunu boşanmaya müsaade ediyor; binaenaleyh boşanmayı elde etmek hakkını haizdir. Macar kanunu tarafından kabul edilen bu sureti hal birçok müellifler ve bilhassa Laurent tarafından müdafaa edilmiştir. Muhtelif mahkeme kararları bunu kabul etmişlerdir» (49).

Bu müellif şöyle devam etmektedir: «Öyle zannediyorum ki karı kocadan birinin telsikı diğer eş aleyhine olarak buna boşanma talebetmek hakkını veremez.»

Niboyet, Audinet'nin fikirlerine iştirak ederek bilhassa şunları söylüyor: «Karı kocadan yalnız biri tebdili tâbiyet etmektedir. Bu tebeddül diğer eşin hukukunu tâdil edemez. Bu hal sureti müktesep haklar prensibinin icabatındandır» (50).

(48) Henri Degand; adı geçen eser, s. 551 ve müt.

(49) Audinet; adı geçen eser, s. 229.

(50) Niboyet; adı geçen eser, s. 750.

Bu müelliflerle aynı fikirde olanlar noktai nazarlarını müdafaa zımında şu sebepleri zikretmektedirler:

Tâbiyetini tebdil eden eş lehine verilen boşanma kararı diğer eşin tâbiyetini haiz olduğu memlekette tanınmiyacaktır. Tâbiyetini tebdil etmiyen eşin tâbi olduğu kanun evlenmenin bu şekilde infisah etmesine kat'î surette karşı koyacaktır.

İlâve edelim ki Fransada boşanma kabul edilmediği zamanlar diğer bir memlekette bir Fransızın tâbiyetini tebdil ederek elde etmiş olduğu boşanmanın tâbiyetini muhafaza eden diğer eş hakkında hükümsüz olduğuna Fransız mahkemeleri karar vermişlerdir. İtalyada Türen ve Roma Temyiz Mahkemelerinin biri Fransız tâbiyetine geçen ve diğeri İtalyan tâbiyetinde kalan karı koca arasında verilen kararları tenfiz etmemişlerdir (51).

§5 — *Boşanma sebeplerinin tâbi olacağı kanun:*

Şimdiye kadar yaptığımız tetkikat boşanmanın hangi kanuna tâbi olduğunu aramaktan ve bu hususta Devletlerin kabul eylemiş oldukları sistemleri zikretmekten ibaret kalmıştı. Şimdi boşanma sebeplerinin hangi kanuna tâbi olduğunu araştıralım:

Farzedelim ki milli kanunla dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu boşanmayı kabul etmek hususunda müttefiktirler. Bu takdirde boşanma sebepleri hangi kanunla tâyin edilmek icabeder?

Bu hususta muhtelif fikirler ileri sürülmüş bulunmaktadır. Bunları şöylece hulâsa edebiliriz:

1 — Boşanma sebepleri münhasıran dâvanın ikame edildiği mahkeme kanununa tâbidir. Bu fikre göre boşanma salâhiyeti karı kocanın kanununa tâbi ise boşanma sebepleri münhasıran dâvanın ikame edildiği mahal kanununa tâbidir. Buna nazaran bir Fransız Türkiyede «Türk mahkemelerinin salâhiyetinden sarfınazar» Fransız olan karı aleyhine akıl hastalığından dolayı boşanma dâvası ikame etse bu dâva Türk mahkemeleri tarafından mesmu olmak lâzım gelecektir. Zira akıl hastalığı Türk Medenî Kanunu yani Lex fori mucibince boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Halbuki Fransız Medenî Kanunu yani Lex patriae bunu boşanma sebebi addetmemiştir.

Bu sistem Hukuku Düvel Enstitüsünün 1888 Lozan içtimasında hazırlanan nizamname lâyihasında ileri sürülmüştür. Aynı sistem İsviçre tebaasından olan bir şahsın ecnebi memleketlerde salâhiyettar mahkeme tarafından verilen boşanması hakkında kabul edilmiştir. Filhakika İsviçre Medenî Kanununun son babının, 61 inci maddesi-

(51) Audinet; adı geçen eser, s. 231.

nin 7 nci fıkrasına nazaran ecnebi memleketlerde ikamet eden İsviçreli karı kocadan her biri boşanma dâvasını tâbi olduğu mahal hâkimi huzurunda ikame edebilir (52). Bu takdirde yalnız İsviçre kanununun hükümleri tatbik edilir. Ecnebi memleketlerde ikamet eden karı kocanın mahallî kanun mucibince salâhiyettar olan hâkim tarafından boşanmalarına hükmedilmişse mezkûr boşanma, Federal mevzuat icabatına cevap vermese bile İsviçrede tanınacaktır (53).

İsviçre mevzuatının şu hükmü üzerinde biraz durmak doğru olur kanaatindeyiz:

Bu maddeye nazaran İsviçreli karı koca Belçikada rızayı tarafeynle boşanma istihsal edebilecekler midir; acaba bu maddenin hükmünü mutlak bir şekilde mi tefsir etmek icabedecektir?

a) Eğer İsviçreli karı koca millî kanunun tatbikı prensibini kabul eden bir memlekette ikamet ve boşanma dâvası ikame ediyorsa ve boşanmaya ikametgâh kanunu tatbik edilerek hükmedilmişse bunun İsviçrede kabul edilmesi lâzımgelir.

b) Eğer İsviçreli karı kocanın ikamet ettiği memleket hususî hukuku düvel kaidesi olarak ikametgâh kanunu prensibini kabul etmiş ise bu kabîl memleket mahkemelerinin ikametgâh kanununa göre verecekleri boşanma hükümleri İsviçrede tanınmak lâzımdır (54). Öyle memleketler vardır ki orada İsviçreliler millî kanunlarının tatbikını talebetmek imkânına malik değildirlere. Buna misal olarak İngiltereyi zikredebiliriz.

2 — Boşanma sebepleri millî kanuna tâbidir:

Diğer bir fikre göre boşanma sebepleri dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu ile değil ve fakat münhasıran millî kanunla tâyin edilmek icabeder. Bu fikre nazaran bir Romanyalı Türkiyede rızayı tarafeynle boşanabilecektir. Zira rızayı tarafeynle boşanma millî kanun tarafından kabul edilmiştir. Dâvanın ikame edildiği mahal kanununun yani Türk kanununun bunu kabul etmemiş olmasının hiçbir ehemmiyeti yoktur.

3 — Boşanma sebepleri aynı zamanda karı kocanın millî kanunu ve dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu tarafından kabul edilmiş olmalıdır:

Nihayet üçüncü bir sisteme göre boşanma talebinin mesmu ola-

(52) Forum patriae.

(53) Bu madde Alternatif bir salâhiyet (For) kaidesi ihdas etmiş oluyor. Madde yalnız boşanmadan bahsetmekte ise de; bunu ayrılığa teşmil etmekte hiçbir hukukî mâni mevcut değildir.

(54) Rossel ve Mentha; Manuel de droit civil suisse, t. III. p. 403.

bilmesi için dermeyan edilen boşanma sebebinin hem tarafların milli kanunları hem de dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu tarafından boşanma sebebi olarak kabul edilmiş olması şarttır.

Tetkikiyle meşgul olduğumuz mevzu arasında bu sistem hiç şüphe yok ki en doğru ve mantıklı olan bir sistemdir. Boşanma sebeplerine hangi kanunun tatbik edilmesi lâzımgeldiği hususunda Profesör Abdülhak Kemal Yörük'ün fikrine iştirak ediyoruz. Yörük diyor ki: «Cemiyetlerin aileye verdikleri ehemmiyet buna mütaallik ahkâmın vaz'ında gösterilen dikkat ve itina ile sabittir. Bir aile bağının ne gibi sebeplerle gevşetilebileceği veya çözülebileceği her cemiyetin kendisine has telâkkilerinin tesir ve nüfuzu altında tâyin edilmiştir; bu telâkkiler umumî âdap ve intizamla sıkı sıkıya alâkadardır. Şu hale göre bir şahsın yurdunun haricinde ikame edeceği boşanma veya ayrılık dâvasında ileri süreceği sebeplerin millî kanuna muvafık olması zarurîdir. Bu, şahsın halinde bir tebeddülü istilzam eder ve halde husule gelecek tebeddül ve tahavvüllerin vukuu sebeplerini aynı kanunun idare etmesi mâkul ve tabiidir. Bir aile bağının gevşetilmesi ve çözülmesi ancak millî kanun ahkâmının tatbik edilmesiyle mümkün olacağı fikri ne derece doğru ise, bunun ne gibi esbapla husule gelebileceğini de yine millî kanunun salâhiyeti dahilinde addetmek zarurîdir; fakat tabii surette hükmünü icra etmesi lâzımgelen millî kanun mahalli kanunun nüfuzu altında akamete uğrar ve uğramalıdır da. Her hangi bir Devlet kendisine mensup bir aile üzerinde aile hukukuna mütaallik bütün ahkâmı tatbik etmek hakkını haizdir. Bu, Devletin şahsi hâkimiyetinin tabii bir neticesidir. Diğer taraftan da millî ahkâm o aile efradının hususî menfaatlerini en iyi temin edebilecek vaziyettedir. Buna hiç şüphe yok. Fakat iş, bu kadarla bitmez. Her hangi bir Devlet ülkesinde boşanma ve ayrılık dâvası açıldığı zaman ileri sürülen sebeplerin o Devlet mevzuunun kabul ettiği sebeplerden olması da lâzımdır. Karı koca arasındaki bağın ortadan kaldırılması veya gevşetilmesi için muayyen olan sebepler, beynelmilel âmme intizamındandır. Fertlerin veya diğer Devletlerin iradesi her hangi bir Devleti takyidetmez. Aile hukukuna mütaallik mevzuat, cemiyetin bu husustaki telâkkilerinin bir ifadesidir, cemiyetin ahlâk telâkkilerinin hususiyetlerinin tebarüz ettiği ahkâmdan en mühimmi aileye mütaallik ahkâmıdır. Hiçbir cemiyet kendi içerisinde kendi hâkiminin eliyle yabancı olduğu bir sebebe müsteniden bir aile bağının gevşemesine veya çözülmesine razı olamaz. Binaenaleyh boşanma ve ayrılık sebeplerinin millî kanuna uygun olması kâfi gelmez, istinadedilen sebebin

aynı zamanda mahallî kanun tarafından kabul edilmiş olması lâzımdır» (55).

§ 6 — *Türk mevzuatı:*

1914 tarihine yani kapitülâsyonların ilgasiyle adli hayatta tam bir istiklâl elde edinceye kadar ecnebi Devleti tebaasının ahkâmı şahsiyeleri birçok hususatta olduğu gibi münhasıran milli kanunları tarafından idare edilmekte idi. 14 eylül 1914 tarihinde Bab-ı Âli İstanbulda bulunan büyük elçiliklere gönderdiği bir nota (note) da Devletin terakkisine bir mâni teşkil etmekte olan kapitülâsyonları 1 birinciteşrin 1914'ten itibaren ilga etmeğe ve bundan böyle Devletlerle münasebetlerinde hukuku düvel prensiplerini tatbik etmeğe karar verdiğini bildiriyordu (56).

Bu suretle kapitülâsyonların bir taraflı olarak ilgasından sonra ecnebilerin ahvali şahsiyelerinin hangi kanuna tâbi olacağı meselesi tamamen halledilmiş değildi. Mevcut boşluğu doldurmak gayesiyle vâzı kanun bugün hemen hemen bütün Devletler tarafından kabul edilmiş bulunan milli kanun prensibini kabul etmiştir. Malûm olduğu üzere 23 şubat 1330 tarihli «Memalik-i Osmaniyyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vezaifi» hakkındaki kanunun 4 üncü maddesinde bu hususta bir sarahat mevcuttur:

Bu maddeye nazaran «tebaa-i ecnebiyyeye mütaallik ve emval-i gayr-i menkuleye ait bilcümle daavi ile mevadd-ı saire-i hukukiye ve ticariye ve cezaiye dâvaları tebaa-i Osmaniyye alâkadar olmasa dahi ve mahakim-i Devlet-i Aliyyede kavanin ve nizamat ve usul-ü Osmaniyyeye tevfikân rüyet olunur. Şu kadar ki gayr-i Müslim tebaa-i ecnebiyyeye mütaallik olbapta akit ve fesh-i nikâh ve tefrik-ı ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuk-u aileye ve rüşd ve mezuniyet ve hacir ve vasayet gibi ehliyyete ve emval-i menkuleye ait vasiyet ve terekelere mütaallik bulunan dâvaların mahakim-i Osmaniyyede rüyet edilebilmesi tarafeynin birrıza müracaati-

(55) Abdülhak Kemal Yörük, adı geçen eser, s. 163.

(56) İmtiyazatı ecnebiyenin (Kapitülâsyon) ilgası hakkında irade (17 şevval 332 ve 26 ağustos 330): Memalik-i Osmaniyyede mukim tebaa-i ecnebiyye hakkında dahi hukuk-u umumiyye-i düvel ahkâmı dairesinde muamele olunmak üzere elyevm cari malî ve iktisadî ve adli ve idari kapitülâsyon namı altındaki bilcümle imtiyazat-ı ecnebiyenin ve onlara müteferri veya onlardan müteveilit bilcümle müsaadat ve hukukun fımabaat ref ü ilgası Meclis-i Vükelâ kararıyla tensip olunmuştur. İşbu irade-i seniye 18 eylül 330 tarihinden itibaren mer'iyülâhkâm olacaktır. (Bu irade hakkında tertibi sani Düstur, c. 7, s. 484 e bakınız.)

na veya tebaa-i Osmaniyenin alâkadar bulunmasına veyahut mahakim-i Osmaniyede derdest-i rüyet daaviye müteferri olmasına mütavakkıftır ve bu suretle intizam-ı âmme-i Devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadaranın hükümet-i metbuaları kavaninine ve ihtilâf-ı kavanin halinde hukuk-u hususiye-i düvel kavaidine tevfikan muamele olunur» (57).

Bu hükümleri tetkik etmek için şöyle bir tasnif yapalım:

- I — Ecnebilerin Türkiyede boşanmaları;
- II — Türklerin ecnebi memleketlerde boşanmaları.

I — Ecnebilerin Türkiyede boşanmaları:

i — Karı kocanın aynı tâbiyette olmaları hali:

Ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanunun yukarıda zikrettiğimiz dördüncü maddesinden istihraçedileceği üzere Türk kanun vâzu ecnebilerin ahvali şahsiyelerine mütaallik hususlarda milli kanunları ahkâmının tatbik edilmesi prensibini kabul etmiş bulunmaktadır.

Burada tetkiki icabeden mesele şu olacaktır: acaba Türk mevzuatının kabul etmiş olduğu bu sistemin tatbiki mutlak mıdır; diğer bir tâbirle Türk mahkemelerinden birinde Türk kanununun kabul eylemediği bir sebepten dolayı ecnebilerin kendi kanunlarının kabul ettiği bir sebebe istinaden ikame edecekleri boşanma dâvaları mesmu olacak mıdır? (58).

Fikrimizce dördüncü madde ciddi bir tetkike tâbi tutulursa bu suale menfi bir cevap vermek icabedecektir. Filhakika mezkûr maddede milli kanunun tatbiki prensibini intizamı âmme ile takyid etmekte ve nitekim şöyle demektedir: «... ve bu surette intizam-ı âmme-i Devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadaranın hükümet-i metbuaları kavaninine tevfikan muamele olunur.»

Şu halde boşanma müessesesini kabul etmemiş olan bir Devlet tâbiyetini haiz bulunan şahısların Türkiyede ikame edecekleri boşanma dâvası mesmu olmayacaktır. Zira milli kanunları boşanmayı tecviz etmemektedir. Boşanmayı kabul eden bir Devlet tebaasının Türk Medenî Kanununda mevcut olmıyan bir sebepten dolayı ikame edeceği boşanma dâvası Türk hâkimî tarafından reddedilmek icabedecektir. Zira bir şahsın Türkiyede ikame edeceği boşanma dâ-

(57) Bu kanun hakkında tertibi sani Düstur, c. 7 s. 484 e bakınız.

(58) Burada Türk mahkemelerinin salâhiyettar olması halini nazara alıyoruz.

vasında dermeyan edeceği sebeplerin kendi millî kanununa muvafık olması zarurîdir. Bu, millî kanunun tatbikî prensibinin bir neticesidir. Millî kanunun tatbikî prensibi zarurî olmakla beraber kâfi değildir. Tabii surette hükmünü icra etmesi icabeden millî kanun mahalli kanunun nüfuzu altında akamete uğrıyacaktır. Her hangi bir memlekette boşanma dâvası ikame edildiği zaman dermeyan edilen sebeplerin o memleket mevzuatının kabul eylemiş olduğu sebeplerden olması da lâzımdır. Zira karı koca arasında evlilik birliğinin teessüsü ile vücut bulan bağın ortadan kaldırılmasını mucip olan sebepler beynelmilel âmme intizamından mâduttur.

İmdi bizde de boşanma ve bunun sebepleri hem tarafların millî kanununa hem de Türk kanununa tâbi olmak lâzımgelir.

Bu hususta şu misallerle vaziyeti konkretize edelim: her şeyden evvel boşanmadan mütevellit salâhiyet ihtilâfını nazara almadan daha doğru bir tâbirle Türk mahkemelerinin boşanmada salâhiyettar olmaları ihtimalini düşünerek işe başlamak lâzımgelir.

Boşanmaya karar verebilmek için salâhiyettar Türk hâkimi şunları nazarı itibara alacaktır:

- a) Boşanmanın alâkadarların millî kanunu tarafından kabul edilmiş olup olmamasını;
- b) Dermeyan edilen boşanma sebebinin millî kanun mucibince boşanma sebebi olup olmadığını;
- c) İleri sürülen boşanma sebebinin Türk Medenî Kanununca boşanma sebebi olarak kabul edilip edilmediğini.

Eğer boşanma millî kanun tarafından kabul edilmemiş ise hâkim boşanmaya karar veremeyecektir. Meselâ: bir İtalyan Türkiyede boşanma dâvası ikame ediyor. İtalyan Kanunu Medenîsi boşanmayı tecviz etmediği, yalnız ayrılığı kabul ettiği cihetle bu dâva mesmu olmayacaktır.

Eğer boşanma sebebi gerek millî kanun ve gerek Türk kanunu yani dâvanın ikame edildiği mahal kanunu tarafından kabul edilmiş ise hâkim boşanmaya karar verebilecektir. Meselâ: İsviçre tâbiyetinde olan karı kocadan biri diğeri aleyhine Türk mahkemelelerinden birinde zina sebebiyle boşanma dâvası ikame ediyor. Zina Türk Medenî Kanununa nazaran bir boşanma sebebi olmak itibariyle Türk hâkimi bunların boşanmalarına karar verebilir (59).

(59) Burada bir müşkülât kendini gösterebilir: farzedelim ki İsviçreli kadın Türk mahkemesinde def'an kocasının bu zinaya muvafakat ettiğini iddia etsin; hâkim ne yapacaktır? Malûm olduğu üzere İsviçre Medenî Kanununda af ve zinaya muvafakat halinde boşanma dâvası mesmu olmaz. Bizde

Yine Fransız tâbiyetinde olan kocanın aynı tâbiyette bulunan karısı aleyhine Türk mahkemelerinden birinde zina sebebiyle açacağı boşanma dâvasının istima edilmesi lâzımgelir. Zira bu sebep karı kocanın millî kanunu olan Fransız Medenî Kanunu tarafından boşanma sebebi olarak kabul edildiği gibi dâvanın ikame edildiği mahal kanunu olan Türk kanununca da boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.

Yunan tâbiyetinde olan karı kocadan birinin diğersinin gaipliğinden dolayı ikame edeceği boşanma dâvası Türkiyede reddedilmek lâzımgelir. Zira gaiplik millî kanun tarafından boşanma sebebi olarak kabul edildiği halde Türk Medenî Kanunu bunu boşanma sebeplerinden addetmemiştir. Yine Yunan tâbiyetini haiz olan karı kocadan birinin Türk mahkemelerinde eşinin cüzam hastalığı sebebiyle ikame edeceği boşanma dâvası reddedilmek lâzımdır. Zira bu sebep Lex patriae, yani tarafların millî kanununa göre boşanma sebebi ise de; Lex fori'ye yani Türk kanununa nazaran boşanma sebebi addedilmemiştir. İki Belçikalı rızayı tarafeynle Türkiyede boşanmak isteseler bu talep mesmu olmamak icabeder. Çünkü rızayı tarafeynle boşanma Türk kanun mevzuatı tarafından kabul edilmemiştir.

Bu üç halde Türk âmme intizamı menfi tesirini gösterecek; yani millî kanunun tatbikına mâni olacaktır. Ve bu suretle mezkûr ecnebler Türkiyede boşanma kararı istihsal edemeyeceklerdir (60).

Simdi halli lâzımgelen diğers bir mesele kalıyor:

Biri millî kanunun, diğers dâvanın ikame edildiği mahkeme kanununun kabul eylemiş olduğu iki sebebe birden istinadedilerek Türkiyede açılan boşanma dâvalarında vaziyet ne olacaktır?

Bu gibi hallerde ileride tetkik edeceğimiz 1903 tarihli La Haye mukavelesinin ikinci maddesinin göstermiş olduğu sureti hal Türk mahkemeleri tarafından da kabul edilmelidir fikrindeyiz. Bu suretle bir taraftan millî kanuna göre boşanmayı mucip bir sebebe istina-

ise af halinde dâva istima edilemez. Fakat zinaya muvafakat halinde kanunumuz hiçbir sarahati ihtiva etmemektedir. Profesör A. Esat Arsebük pek haklı olarak diyor ki: «Boşanma bakımından zinada âmme hukuku bahis mevzuu olamaz. Bu itibarla af mümkündür. Karı veya kocanın diğers tarafın zinasına müsaade etmesi İsviçre Medenî Kanununa göre dâva hakkını ıskat eder. Kanunumuzda bu sarahat bulunmamakla beraber aynı hal tarzını kabul etmek zarureti vardır» (A. Esat Arsebük, adı geçen eser, c. 2. s. 736 ve 737).

(60) İntizamı âmmenin müspet ve menfi tesirleri hakkında, Niboyet; adı geçen eser, s. 531 ve müt.

den hüküm verilmiş olmak itibariyle aile hukukuna mütaallik ihtilâfların milli kanun dairesinde halledilmiş olması, diğer taraftan da mahalli kanunun boşanmaya sebep addettiği vâkıa ispat edilince o sebebin mevcudiyeti aile bağının ortadan kaldırılmasını icabettirdiğinden âmme intizamını ihlâl edecek bir vaziyet tahaddüs etmemesi temin edilmiş olur (61).

Bunu bir misalle tavsiz edelim:

İspanya tâbiyetini haiz bir kadın Türkiyede, kocası tarafından dinini değiştirmesi için kendisine yapılan tazyikten dolayı boşanma dâvası ikame ediyor. Türk kanunu böyle bir sebebi boşanma sebebi olarak kabul etmemiştir. Diğer taraftan aynı kadın Türk Medeni Kanununun kabul eylemiş olduğu şiddetli geçimsizliğe istinadetmektedir. Fikrimizce, Türk hâkiminin boşanmada tatbik edilen umumî prensipten mütevellit şiddet ve ağırlığı tahfif etmek için boşanmaya karar vermesi yerinde olacaktır.

2 — Karı kocanın ayrı tâbiyette olmaları hali:

Karı koca ayrı tâbiyette iseler bunların Türkiyede boşanmalarına hangi kanun tatbik edilmek lâzım gelecektir?

Burada şu ihtimaller vâridi hâtır olabilir:

- a) Evlenme ile karı, kocanın tâbiyetini iktisabetmemiştir;
- b) Evlilik birliği devam etmekte iken karı kocadan biri tâbiyetini değiştirmiştir.

a) Evlenme ile karı, kocanın tâbiyetini iktisabetmemiştir:

Farzedelim ki bir Türk kadını ecnebi ile evlenmiş olsun; Türk mevzuatına nazaran ecnebi ile evlenen Türk kadını Türk kalacağından burada karı koca arasında tâbiyet birliği olmayacaktır. Yine farzedelim ki bu kadın bir İtalyanla evlenmiştir. İtalyan kanununa nazaran boşanmaya cevaz yoktur. Burada Türk kadınına kocasının milli kanununu mu tatbik edeceğiz?

Eğer bu kanunu tatbik edecek olursak hiç şüphesiz Türk kadını boşanma kararı istihsal edemeyecektir; yoksa Türk kanununu mu tatbik eylemek icabedecektir veyahut ecnebi olan kadın veya erkek bilâhare Türk tâbiyetini iktisabeylemiştir. Profesör Muammer Raşit Sevig diyor ki: «Her iki ihtimale göre kadın veya erkek Türk ise Türk mahkemelerinde Kanunu Medeni mucibince hükmolunur. Türkten gayri ise dâvacının milli kanunu tatbik edilir. Zira dâvacının evlilik halinin değişmesi mevzuubahistir; nitekim ikamet ve adli

(61) Abdülhak Kemal Yörük, adı geçen eser, s. 168.

salâhiyet mukavelelerinde ahkâmı şahsiyesi mevzuubahsolan taraftan bahs olunmuştur» (62). İsviçre Federal Mahkemesine göre karı kocadan birinin İsviçre tâbiyetinde olması bütün hükümlerini tevlihedir. Binaenaleyh İsviçre tâbiyetinde olan eşlerden her biri İsviçre kanununun tatbik edilmesini talebetmek hakkını haiz olacaktır. İsviçre tâbiyetinde olan bir şahsın boşanma talebetmek hakkı ecnebi bir kanun tarafından tahdidedilmez. Bir İsviçrelinin aile statüsü İsviçre mahkemesi önünde her hangi bir ecnebi kanun tarafından tâdil edilemez (63).

Fikrimizce ecnebi karı kocadan biri Fürk tâbiyetini iktisabetmiş ise bunlara son müşterek millî kanunlarını tatbik etmek lâzımdır. Meselâ: İtalyan tâbiyetinde olan karı kocadan biri Türk tâbiyetini iktisabederse bunlara Türk kanunu tatbik edilemez. Çünkü aksi hal hakkı müktesep prensibine mugayir olur. Fakat bir Türk kadını ecnebi ile evlenmiş ise boşanma ve ayrılık dâvalarında Türk kanunu tatbik edilmek lâzımdır. Eğer ecnebi karı koca aynı tâbiyette değilseler bunlara mahallî kanunu, yani Türk kanununu tatbik etmek zarurî olur.

II — Türklerin ecnebi memleketlerde boşanmaları:

Ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanun Türkiyede bulunan ecnebilerin ahkâmı şahsiyesinden bahseylemekte, ecnebi memleketlerde bulunan Türkler hakkında hiçbir sarahati ihtiva etmemektedir. Medenî Kanunumuzun mevkii mer'iyete girmesi de bu boşluğu doldurmuş değildir. Hiç şüphesiz böyle bir noksan ecnebi memleketlerde bulunan Türklerin ahvali şahsiyelerine tatbik edilecek kanunun ecnebi kanunu olmasını ifade etmez. Bu kabil boşlukları kıyas yolu ile doldurmağa hiçbir mâni yoktur. Fikrimizce bu ikinci halde de aynı hal suretini kabul eylemek ve ecnebi memleketlerde bulunan Türklerin ahkâmı şahsiyeleri mevzuubahsolduğu takdirde onlara da aynı kaideleri tatbik etmek lâzımgelcektir. Yani Türkler hakkında da prensip itibariyle millî kanunlarının tatbiki icabeyliyecektir. Millî kanunun tatbiki esasını kabul eyliyen bir memlekette hiçbir müşkülât yoktur. Yalnız bu memleketlerde bu tatbik meselesi bazı takyidata tâbi tutulabilir (64).

(62) Muammer Raşit Sevig; Devletler hususî hukuku, s. 371.

(63) Bu sureti hal Fransız mehakim içtihadı tarafından kabul edilmiştir. Romanya mahkemeleri de aynı içtihadta bulunmuş fakat bu sureti hal Almanya da hüsnü kabul görmemiştir.

(64) Âmme intizamından mütevellit takyidat bu kabildendir.

Yukarıda Türklerin ecnebi memleketlerde ahkâmı şahsiyelerine Türk kanunlarının tatbik edilmesi lâzımgelseğini söylemiştik (65). Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin ittihaz ettiği bir karar bu noktai nazarımızı teyidettiği için zikre değer: (Türk tebaasından bir erkeğin ecnebi tâbiyetini haiz bir kadınla memaliki ecnebiyede evlenmesine kanunen bir mâni mevcut değilse de; hukuku hususiyeyi düvel ahkâmına göre her Devletin ahkâmı şahsiyeye taallûk eden kanunları ahkâmı gerek kendi memleketinde ve gerek sair memleketlerde tebaasını takip ve onlar üzerinde müessir olmaktan hâli olmayacağı ve hâdisede müddei olan Nureddin Efendinin Türk tâbiyetinde bulunmasına binaen mumaileyhin evlenme muamelâtında Kanunu Medeni hükümlerine tâbi olacağı şüpheden varestedir. Türk Kanunu Medenîsinin 88 inci maddesi hükmüne göre erkek 18 ve kız 17 yaşını bitirmedikçe evlenmeye ehil olmağa hakları ve dâvayı hazırada müddeaaaleyha bulunan Hadice Hanım halen 17 yaşında olduğunu iddia ve dâvacı tarafından beyan edilen akdin de 17 teşrinisani 927 tarihinde Yunanistan dahilinde vukua geldiği beyan edilmesine nazaran akdi mezkûrun anifûlbeyan madde hükmüne muhalefeti sarıhası aşikârdır. Maahaza akdin sübutu vukuu zımında ibraz edilip mahallince musaddak olduğu beyaniyle bilâtetkik mazmunıyla amel ve hükmedilen vesikada tarafların veya vekillerinin imzaları mevzu olmayıp mahallince vukuu dermeyeran olunan tasdikın da mezkûr vesikanın tercüme ettirilmemiş olmasına göre tarzı ıkaı da taayyün ve tahakkuk edememiştir. Şu halde hükmün mesnedini teşkil eden vesikanın eski harflerle yazılmış olan metinden maada olan kısmının meal ve mefhumu anlaşılammakla beraber müddeaaaleyha Hadicenin hini akdi nikâhındaki yaşı belli olmamış ve mumaileyhanın akdi inkâra taallûk eden def'i hakkında da hiçbir tetkik yapılmamıştır. Binaberin noksan tahkikata ve kanunun sarıh hükümlerine mugayir olan kararı mümeyyezünbihin nakzına) (66).

§ 7 — *Akdi sistem:*

1 — La Haye mukavelesi:

Malûm olduğu üzere boşanma ve ayrılığa mütaallik ihtilâfları halletmek için 12 haziran 1902 tarihinde La Haye'de akdedilmiş bir

(65) Yalnız şunu kaydedelim ki Türk kanunlarının tatbiki ile ecnebi memleketlerde boşanan Türklerin bu boşanmaları Türkiyede hiçbir hukukî netice tevlihetmiyecektir. Bu hususta fazla tafsilâtı ileride ecnebi ilâmların tanınma ve tenfizi bahsinde vereceğimiz için burada bu kadarla iktifa ediyoruz.

(66) Temyiz Mahkemesinin bu kararı neşredilmemiştir.

mukavele vardır (67). Bu mukaveleyi imza eden Devletler şunlardır:

Belçika, Almanya, Fransa, Lüksemburg, İsviçre, İtalya, Hollanda, Portekiz, Romanya, İsveç.

Mezkûr mukaveleye Polonya ve Danzig 1929 tarihinde iltihak etmiş bulunuyorlar. Derhal ilâve edelim ki La Haye mukavelesini Fransa 1 temmuz 1914 te, Belçika 1 haziran 1919 tarihinde feshetmiştir. Ve İsviçre 1928 sonteşrin sonunda feshi ihbar eylemiştir (68).

(67) Bu mukavele için Gouléve Niboyet; Recueil de textes usuels de droit international, t. II, p. 143 ve suiv. bakınız.

(68) Fransa ve Belçika şu sebeplerden dolayı mukaveleyi feshetmek mecburiyetinde kalmışlardır: mezkûr mukavelenin Fransa ve Belçika tarafından feshi sebebi vasıf ihtilâfı «Conflit de qualification» tâbiri âharla bir müesseseye verilen hukukî mahiyetten mütevellit bir ihtilâftır. Buna da sebep 1902 de in'ikadeden evlenme hakkındaki La Haye mukavelesinin birinci maddesidir. Bu madde şöyle bir hükmü ihtiva etmektedir: «Evlenme akdetmek hakkı müstakbel karı kocadan her birinin millî kanunu ile idare edilir.» Şu maddeden istihraçedileceği üzere evlenme akdetmek hakkı millî kanunun salâhiyeti dairesine girmiş oluyor. İtiraf etmek icabeder ki mukaveleyi imza edenler bu hakkın yani «Droit de contracter mariage» mahiyeti hakkında tamamen müttelik değildiler. Filhakika Alman Medenî Kanununun 1315 inci maddesinin beyneimlel münasebetlerde sebep olduğu ihtilâf bize bu hususta hak verecektir. Alman Medenî Kanununun zikrettiğimiz bu maddesi şöyle bir hüküm vaz ediyor: «Mensup olduğu Devleti müttehide kanunları mucibince akdi nikâh hususunda bir müsaadei mahsusa istihsaline muhtac bulunan ilki askerîye mensup kesian ile memurini mahalliye icabeden müsaadei mahsusa istihsal etmedikçe nikâh akdedemezler». Alman hükûmeti nikâh akdetmek hakkı Almanlar için Alman kanunu ile idare olunur fikrinde idi. Belçika ve Fransa gibi bazı memleketler buna şu suretle cevap veriyorlardı: biz böyle bir taahhüde girişmedik; La Haye'de evlenme akdetmek hakkına mütaallik mukaveleyi imza ettiğimiz zaman memleketimizde evlenme akdetmek hakkı diye tavsif edilen şeyi düşündük. Belçika ve Fransada bundan hukuku hususiye tarafından ifade edilen şartlar kastedilmişti. Memleketimizde biz âmme hukukundan tevellüdeden, âmme hukuku sahasına giren evlenme mânilerini «Empêchements au mariage» tanımıyoruz. Alman Medenî Kanununun 1315 inci maddesinde mevzuubahsolan mâniler hukuku âmme mânilerinden mâduttur.

Şu izahat bize gösteriyor ki La Haye'de girişilen taahhüt hakkında tam bir ittifak mevcut değil. Zira Almanyada ehliyet mefhumu dahilinde Fransa ve Belçikada kabul edilenden fazla anasır ithal ediliyor.

Belçikada Alman firarileri (asker kaçakları) evlenmişlerdi. Alman hükûmeti bunu Belçika hükûmetine protesto etti. Belçika hükûmeti 14 birinciteşrin 1912 tarihinde Adliye Vekâletinin bir tamimi ile ahvali şahsiye memurlarına Alman firarilerini evlendirmemek emrini verdi. Fakat firarilerden biri Belçika hükûmeti tarafından vaki memnuiyete boyun eğmiyerek Belçika mah-

Avusturya-Macaristan ve İspanya bu mukaveleyi imza ettikleri halde Meclisleri tasdik etmemiştir.

La Haye mukavelesinin mekân itibariyle tatbiki:

La Haye mukavelesinin mekân itibariyle tatbiki hakkında mukavelede sarıh hükümlere tesadüf etmekteyiz. Filhakika mukavele- nin 10 uncu maddesine nazaran bu mukavelenin hükümleri ancak tarafeyni âkideynin Avrupada hâkimiyetleri altında bulunan arazi- de cari olacaktır. Bundan anlaşılacağı veçhile La Haye mukavelesi tamamen Avrupalı bir mahiyet arz etmektedir.

Mezkûr mukavelenin mabihüttatbik olabilmesi, tâbiri diğerle hü- kümlerinin tatbik sahasına çıkabilmesi için boşanma ve ayrılıkta ta- raf olanlardan (yani müddei veya müddeaaaleyhlerden) birinin âkit Devletlerden birinin tâbiyetini haiz olması lâzım ve kâfidir. Şu hale nazaran bir Türk İtalyan tâbiyetinde olan karısı aleyhine Alman mahkemelerinden birinde ayrılık dâvası ikame etse Alman mahke- mesi, Türkiye Cumhuriyeti âkit Devletlerden olmadığı halde boşan- ma ve ayrılık hakkında La Haye mukavelesi ahkâmını tatbik ede- cektir.

La Haye mukavelesini iki bakımdan tetkik etmek her halde ye- rinde olacaktır. Bu tetkikatımızda mukavelenin ihtiva etmiş olduğu iki esaslı ihtilâfı nazarı dikkate almak mecburiyetindeyiz:

- a) Teşriî salâhiyet ihtilâfları (Conflits de compétence législa- tive);
- b) Kazaî salâhiyet ihtilâfları (Conflits de compétence judici- aire).

kemelerinden biri huzurunda dâva ikame etti. Brüksel mahkemesinin 21 hazi- ran 1913 tarihinde ittihaz etmiş olduğu bir karar kendisini haksız çıkardı. Al- man firarisini haksız çıkararak Brüksel mahkemesinin delillerini zikretmek zait olmaz. Bu deliller üçtür:

- 1 — La Haye mukavelesinin yalnız hukuku hususiye sahasına giren mâ- nilere inhisar ettiği iddiası doğru değildir.
- 2 — Alman Medenî Kanununun 1315 inci maddesi millî kanunun muh- tevasına giren evlenmenin esasına mütaallik bir kaide ilân ediyor.
- 3 — 1315 inci madde âmme hukukuna giren bir evlenme mâniî vazet- miş olsa bile buna riayet etmek iâzım gelir. Çünkü bunu istilzam eden bir muahede yapılmıştır.

Görülüyor ki Belçika mahkemeleri mukavelenin tatbikına taraftardır. Fa- kat Belçika hükümeti fırsatını bulur bulmaz mukaveleyi feshetmiştir.

Aynı hâdise kendisini Fransız münasebetlerinde de göstermiş ve bu ihti- lâf derhal 1902 tarihli mukavelenin feshini mucip olmuştur. Aynı tarihte bo- şanma ve ayrılıktan mütevellit teşriî ve kazaî salâhiyet ihtilâflarını halleder- cek hükümleri ihtiva eden mukavele de feshedilmiş bulunmaktadır.

Burada yalnız teşriî salâhiyet ihtilâfları üzerinde duracak kazai salâhiyet ihtilâflarını ileride bahsi mahsusunda göreceğiz.

Teşriî salâhiyet ihtilâflarını tetkik ederken şöyle bir tefrik yapmalıyız:

- 1 — Karı kocanın aynı tâbiyette olmaları hali;
- 2 — Karı kocanın ayrı tâbiyette olmaları hali.

1 — Karı kocanın aynı tâbiyette olmaları hali:

La Haye mukavelesinin 1 inci maddesine göre (69) boşanma ve ayrılık talebedebilmek için bu müesseselerin aşağıdaki kanunlar tarafından kabul edilmiş olması şarttır:

- a) Tarafların millî kanunu;
- b) Dâvanın ikame edildiği mahal kanunu.

Görülüyor ki mukavele muhtelif sistem eassını kabul eylemektedir. Binaenaleyh boşanma veya ayrılığa hükmedebilmek için bu iki şartın tahakkuku lâzımdır, fakat kâfi değildir. Aynı zamanda ikinci maddede vazedilen şeraitin tahakkuku da icabeder. Boşanma ve ayrılığın sebeplerine taallük eden bu şartlar da ikidir:

- a) Dermeyan edilen sebep millî kanun tarafından boşanma ve ayrılık sebebi olarak kabul edilmiş olmalıdır;
- b) Dermeyan edilen sebep dâvanın ikame edildiği mahkeme kanununda da boşanma ve ayrılık sebebi olması lâzımdır.

Vaziyeti bir misal ile konkretize edelim:

Farzedelim ki İtalyan tâbiyetinde olan karı koca Almanyada boşanma kararı istihsal etmek istesinler, bu talepleri Alman mahkemeleri tarafından istima edilmeyecektir. Zira birinci maddenin şartları tahakkuk etmemiştir. Çünkü İtalyada boşanma kabul edilmemiş, yalnız ayrılık tecviz edilmiştir.

Belçika tâbiyetinde olan karı koca İsviçrede rızayı tarafeynle boşanma talebetseler bu taleplerini İsviçre mahkemeleri kabul etmeyeceklerdir. Zira İsviçre mevzuatına nazaran rızayı tarafeynle boşanma kabul edilmemiştir. Fakat mezkûr karı koca Romanyada bu sebeple boşanma dâvası ikame etseler boşanma kararı istihsal edebileceklerdir.

Zikri geçen mukavelenin 3 üncü maddesi şöyle bir hüküm ihtiva ediyor: Eğer dâvanın ikame edildiği mahkeme kanunu boşanma ve-

(69) Bu madde şöyledir: «Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée, admettent le divorce l'une et l'autre. Il en est de même de la séparation de corps.»

ya ayrılıkta millî kanunun tatbikına müsaade veya bunu emrediyorsa yalnız millî kanun nazarı itibara alınacaktır. Daha doğru bir tâbirle yalnız millî kanun hükümlerine riayet edilecektir (70). Bu şart İtalya murahhaslarının teklifi üzerine konulmuştur. Bu o kadar fazla bir ehemmiyeti haiz değildir. Zira mezkûr mukavelede âkit taraf olan hiçbir Devlet mevzuatında münhasıran millî kanunun tatbikına mezuniyet veren bir kanun mevcut değildir (71). Yalnız İtalya mahakim içtihadı bu hususta tereddüdetmekte idi. Bazı kararlarda İtalyada boşanma memnu olduğu halde ecnebilerin boşanmalarının millî kanunlarına tâbi kılındığının kabul edildiğini görüyoruz.

Biraz evvel temas etmiş olduğumuz ikinci madde üzerinde durmak lâzımdır. Bu madde şöyle bir hükmü ihtiva ediyor:

«Boşanma, ancak karı kocanın millî kanunu ile talebin vâki olduğu mahal kanunu tarafından kabul edilmiş ise istenebilir; hattâ başka başka sebeplerle olsa bile» (72). Bu «başka başka sebeplerle olsa bile» cümlesi ne mâna ifade ediyor?

Bunu şöyle bir misalle izah edebiliriz:

Farzedelim ki bir İsveçli kadın gerek İsveç kanununun kabul ettiği veçhile kocasının gaybubetine ve gerek Fransız kanununun kabul eylemiş olduğu terzil edici bir cürümden dolayı mahkûmiyet sebeplerine istinadederek Fransız mahkemelerinden birinde boşanma dâvası ikame ediyor. İsveç ve Fransız kanunları dermeyan edilen boşanma sebeplerinde müttefik olmadıkları halde bu boşanma dâvası mesmu olabilecek ve icabı hale göre boşanmaya hükmolunabilecektir (73).

2 — Karı kocanın aynı tâbiyette olmamaları halî:

Şimdiye kadar tetkik ettiğimiz mukavelenin, kanun ihtilâflarına tatbik edilecek hükümleri karı kocanın aynı tâbiyette oldukları takdirde tatbik edilmesi lâzımgelen hükümlerdi. Karı koca aynı tâbiyette değilseler bunlar arasında vâki olacak boşanma ve ayrılık taleplerinde hangi kanun tatbik edilmek icabedecektir?

(70) Bu madde aynen şöyledir: «Nonobstant les dispositions des articles 1 et 2, la loi nationale sera seule observée, si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet.»

(71) Makarov; adı geçen eser, s. 390.

(72) Bu madde aynen şöyledir: «Le divorce ne peut être demandé que, si dans le cas dont il s'agit, il est admis à la fois par la loi national des époux et par la loi du lieu où la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes.»

(73) Bu misali Valéry'den alıyoruz; Manuel de droit international privé, p. 1109, No. 779.

1902 tarihli La Haye mukavelesinin 8inci maddesinde bu hususa dair sarahat vardır (74). Filhakika mezkûr maddeye nazaran karı koca aynı tâbiyette değılseler son müşterek millî mevzuatları, millî kanunları addedilecektir (75).

La Haye mukavelesini imza eden Devletleri böyle bir madde vaz'ına sevkeden yegâne sebep, mukaveleye iştirak eden Devletler hukuki mevzuatının evlenme ile karının kocasının tâbiyetini iktisabetmesi prensibini kabul etmeleridir (76).

II — Bustamante kanunu (Code Bustamante) (77):

Akdî sistemler arasında Bustamante kodundan bahsetmelidir.

Hususî hukuku düvelin taknin sahasında Bustamante kodu Amerikada şayanı memnuniyet olarak tahakkuk eylemiş bir tecrübedir. 1906 da Rio de Janeiro'da toplanan Pan-Ameriken konferansı (Conférence pan-américaine) Pan-Ameriken birliğine «Union pan-américaine» dahil bütün Devletler murahhaslarının girmesi lâzımgelen hukukçulardan mürekkep bir komisyonu hususî hukuku düvel ve aynı zamanda umumî hukuku düvelin taknini işine memr etmişti.

(74) La Haye mukavelesinin 8inci maddesi: «Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale.»

(75) Bu kaide 1926 tarihli Polonya kanununun 17nci maddesiyle ve aynı zamanda 17 mart 1923 tarihinde Çeko-Slovakya ile Yugoslavya arasında hukukî münasebetlere mütaallik mukavelenin 34, ve 6 mart 1925 tarihli Çeko-Slovakya ile Romanya arasında mün'akit mukavelenin 7nci maddesiyle aynen kabul edilmiştir.

Çeko-Slovakya ile Romanya arasında 1925 tarihinde imza olunan anlaşmanın 19uncu maddesine nazaran eğer karı koca muhtelif tâbiyette iseler boşanma dâvalarında salâhiyettar mahkeme son müşterek ikametgâh mahkemesidir.

İsviçre Federal Hükümetini La Haye mukavelesini feshetmeğe sevkeden âmil, mezkûr mukavelenin 8inci maddesi hükmüdür. Federal Mahkemenin içtihadı tamamen bu merkezde, yani 8inci madde hükmü merkezinde idi. Fakat bu içtihat İsviçrede iyi karşılanmadığından federal hükümet mukavelenin mezkûr maddesinin tâdil veya ilgasını talebetti. 1928 de La Haye'de toplanan konferans bu talebi yerine getirmediği içindir ki federal hükümet aynı senenin ikinciteşrin sonunda mukaveleyi fesheylediğini bildirdi.

(76) Şurasını ilâve etmeden geçmiyelim ki 1928 kânunusani tarihli La Haye hukuku hususiyei düvel konferansı karı kocanın tâbiyetleri arasındaki aslı farkı görerek evliliğin devamınca karı koca müşterek bir kanuna malik olmamışlarsa 8inci maddeyi karı kocadan her birinin millî kanunlarını hep birlikte tatbik etmek suretiyle itmam eylemeği teklif etmiştir.

(77) Bu kanun hakkında Goulé ve Niboyet, adı geçen eser, c. 2 s. 508 ve mü. bakınız.

İlk içtimalı 1902 de olan bu komisyonun çalışmasını Harbi Umumi geciktirmişti, ve ancak 1927 de hukukçular komisyonu davet edilebildi. 1924 te Pan-Ameriken birliğinin icra komitesi Amerika Hukuku Düvel Enstitüsüne hususî hukuku düvel ve umumî hukuku düvelin takninini teklif ile müracaat etti. Hususî hukuku düvele hasredilmiş olan aslı proje Kübalı Bustamante tarafından yapıldı. Bu proje mütaakıben üç kişiden terekübeden «Jose Matos, Bustamante, Rodrigo Octavio» bir heyet tarafından gözden geçirildikten ve enstitü tarafından tasdik edildikten sonra Pan-Ameriken birliğinin icra komitesine arz edilmiş ve bu birlik yukarıdaki hukukşinaslardan mürekkep komisyonun tetkikine arzetmiştir.

1927 de bu komisyonun tashihatından sonra 1928 de Pan-Ameriken 8 inci konferansına tasdik edilmek üzere takdim edilmiştir. Konferansa iştirak eden Devletler tarafından yapılan birçok tadilâttan sonra proje kabul edilmiştir. Konferans bu kodun Code Bustamante adını almasına karar vermiştir.

Zamanımıza kadar bu kod şu Devletler tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır:

Küba, Panama, Nigaraguva, Peru, Dominiken Cumhuriyeti Guatamala, Hayti, Kostarika, Hunduras.

Kısaca tarihçesinden bahsettiğimiz bu kodun evlilik birliğinin infisahına ve gevşetilmesine mütaallik hususî hukuku düvel prensiplerini tetkik edelim:

Bu kanunun 50 nci maddesi mucibince ayrılık ve boşanma talebetmek hakkı müşterek ikametgâh kanununa tâbidir. Fakat mezkûr talebin müşterek ikametgâhın iktisabına takaddüm eden bir sebebe istinadedebilmesi için işbu sebebin hem müşterek ikametgâh, hem de şahsî kanun (78) nazarında aynı hükümle tanınmış olmasına muallâktır.

Ayrılık ve boşanma sebeplerine gelince: bu hususta 52 nci maddede şu hükmü ihtiva etmektedir:

Ayrılık ve boşanma sebepleri talebin vâkı olduğu mahal kanununa tâbidir.

Tâbiyetsiz karı kocanın «époux apatrides» boşanmalarına tatbik edilecek kanun:

Eğer karı koca tâbiyetsiz iseler bunların boşanmalarına tatbik edilecek kanun olarak hiç şüphesiz ikametgâh kanunu akla gelecektir. Bu sureti hal fikrimizce en az keyfi olan bir sureti haldir. Hei-

(78) Lex Personalis.

matlos'ların boşanmalarına tatbik edilmesi lâzımgelen mezkûr kanun alelekser dâvanın ikame edildiği kanun yani Lex fori olacaktır.

Fransız mahkemeleri tâbiyetsiz olan karı koca arasında mütehaddis boşanma dâvalarına ikametgâh kanununu tatbik eylemektedirler (79).

§ 8 — Ayrılık:

I — Ayrılığın tâbi olduğu kanun:

Şimdiye kadar yapmış olduğumuz tetkikat boşanmadan mütevellit kanun ihtilâflarına tatbik edilecek kanunun tâyinine inhisar etmiş bulunmakta idi. Bazı hukukî mevzuat boşanmanın yanibaşında başlıbaşına karı koca arasında evlenmeden doğan hukukî rabitaları çözmiyen ve fakat gevşeten ayrılığı kabul eylemiş bulunmaktadırlar.

Acaba ayrılıktan doğabilecek kanun ihtilâflarını halle salâhiyet-tar kanun hangi kanun olacaktır?

Ayrılıktan tevellüdedebilecek kanun ihtilâflarını da boşanmaya tatbik edilen kanunun halletmesi icabeder (80). Zira ayrılık da boşanma gibi fertlerin şahsî ahvaline ve aile teşkilâtına taallük etmektedir. Şu hale nazaran boşanmada olduğu gibi ayrılıkta da salâhiyettar kanun prensip itibariyle millî kanun olacaktır. Prensip itibariyle dedik; zira dâvanın ikame edildiği mahal kanunu âmme intizamına taallük eden hususlarda, tıpkı boşanmada olduğu gibi, tesirini gösterecektir. Yani millî kanunun hükümleri dâvanın ikame edildiği mahal kanununa muhalif olmamak lâzımgelir.

Şu halde aşağıdaki ihtimaller derpiş edilebilir:

1 — Karı kocanın millî kanunları hem boşanma hem ayrılığı kabul ediyor; bu takdirde mahallî mahkeme gerek boşanma ve gerek ayrılığa karar verebilecektir.

2 — Karı kocanın millî kanunları yalnız boşanmayı kabul ediyor; bu takdirde mahallî mahkeme yalnız boşanmaya karar verebilecektir.

3 — Karı kocanın millî kanunları yalnız ayrılığı kabul ediyor; bu takdirde mahallî mahkeme ancak ayrılığa hükmedebilecektir.

(79) Seine mahkemesi aslen Rus olan, başka bir tâbiyet iktisabetmek-sizin tâbiyetlerini kaybeden ve Fransada fiilen ikamet etmekte bulunan karı kocaya Fransız kanununu tatbik etmiştir (Henri Degand; adı geçen eser, s. 546).

(80) Esasen 1902 tarihli boşanma ve ayrılık hakkındaki La Haye mukavelesi her maddesinde boşanma için vazeylemiş olduğu hususî hukuku düvel kaidelerini tefrik yapmaksızın ayrılık hukukî müessesesine de tatbik eylemektedir.

Meselâ: İtalyan tâbiyetinde olan karı koca Türk mahkemelerinden birinde boşanmaya hüküm istihsal edemezler. Zira İtalya mevzuatı yalnız ayrılığın kabul etmiş, boşanmayı tecviz eylememiştir.

Ayrılığın sebepleri hakkında da boşanma sebeplerine tatbik edilen kanun salâhiyettar olacaktır. Burada bunları bir kere daha tekrara lüzum olmadığından bu kadarla iktifa ettik.

Ayrılıktan mütevellit kanun ihtilâflarını tetkik ederken bir mesele üzerinde durmak lâzımdır. Bu müessesenin, halli müşkül ihtilâflara meydan verecek kısmı hiç şüphesiz ayrılığın müddeti meselesi üzerinde temerküz eder.

Malûm olduğu üzere bazı hukuk mevzuatı ayrılığa daimî bir mahiyet atfeylemekte, bunu muayyen bir zamanla takyidmemektedir (81). Ekserisi ise ayrılığın muayyen bir zamanla takyidmemekte evlilik birliği fiilen avdet etmediği surette boşanmaya cevaz vermektedir (82).

İtalya mevzuatına nazaran ayrılık karı kocanın ölümüne kadar devam eder. Halbuki bizim Kanunu Medenîmizin 139 uncu maddesine göre ayrılığa, bir seneden üç seneye kadar bir müddet için hükmedilir (83). Tâyin olunan müddetin hitamında tefrik kendiliğinden nihayet bulur. Fakat karı koca bu müddet içinde barışmamışlarsa, iki taraftan her biri boşanma talebinde bulunabilir (94).

Farzedelim ki İtalya tâbiyetini haiz olan karı kocadan biri Türk mahkemesi önünde ayrılık dâvası ikame etsin; Türk hâkimi İtalya Medenî Kanununun ayrılığın muvakkat bir müessese olarak kabul etmemesinden, Türk Medenî Kanununa nazaran ayrılık nihayet üç sene devam edebileceğinden binnetice bunun âmme intizamına taallük etmesinden bahisle bu dâvayı red mi edecektir?

İsviçreli hukukşinas Roguin daimî bir ayrılığa karar vermek, ayrılığın muvakkat olarak kabul eden memleketlerde âmme intizamına mugayir olacaktır fikrini ileri sürmektedir (85).

(81) Séparation de corps perpétuelle

(82) Séparation de corps provisoire.

(83) Fransız Medenî Kanununun 310 uncu maddesi mucibince ayrılık üç sene devam eder.

(84) Medenî Kanunumuza göre ayrılık müddetinin hitamında boşanma dâvasını münhasıran kabahat kendisine ait olmıyan taraf istiyebilecek, münhasıran kabahatli olan tarafın barışmaktan imtinaı sabit olmadıkça boşanma talebedemeyecektir.

(85) Roguin; Conflits des lois Suisses en matière internationale et intercantonale, p. 105.

Bu hukukçunun fikrine iştirak edemeyeceğiz. Çünkü burada intizamı âmmeye taallük eden bir mesele muvacehesinde bulunmuyoruz. Bu hususu, âmme intizamından addetmek âmme intizamı mefhumuna lüzumundan fazla geniş bir mâna vermek demek olacaktır. Ecnebi kanunu ayrılığı kabul ettikten ve dermeyan edilen ayrılık sebepleri de hâkimin kanunun kabul eylediği sebeplerden farklı bulunmadıktan sonra müddet meselesi arasında muadelet aramak doğru değildir. Burada Türk Temyiz Mahkemesinin fikrimizi teyideden bir kararını zikretmeden geçemeyeceğiz:

«Müddei: (...)

Müddeaaleyh: (...)

Dâva: Müekkilinin karısı müddeaaleyhanın Atinada oturmakta olan valide ve kardeşini ziyaret ve romatizmasını tedavi ettirmek maksadiyle gittiği Atina şehrinde müekkiline karşı sadakatsizlik göstererek bir diş doktoru ile tesisi münasebet etmesi ve zinada bulunması ve ağır tehdit ve hareketleri sebepleriyle idamei zevciyete imkân kalmadığından bilmuhakeme İtalya Kanunu Medenisi hükümlerine tevfikan ayrılıklarına ve evliliğin mumaileyhaya bahşettiği her türlü kanunî menfaatlerden mahrumiyetine ve masarif ve ücreti ve kâletin de mumaileyhaya tahmiline karar verilmesi dâvacı vekili tarafından istenilmiştir.

Hüküm: İcra kılınan tahkikat ve muhakeme neticesinde müddeaaleyha vekilinin serdeylediği itirazatı iptidaiyenin reddine karar verildikten sonra zina fiili sabit değilse de; müddeaaleyhanın kocasının hüsnü rızasıyla romatizmasını tedavi ve ziyaret için gittiği Atina şehrinde diş doktoru (...) isminde biriyle münasebet peyda ederek otel, plâj vesair mahallerde calibi şüphe bir halde gezdiği şahadet ve delâili saire ile sabit ve mahkemece bu suretle kanaat hâsıl olduğundan ve müddeaaleyhanın gösterdiği deliller tebdili kanaate medar mahiyette bulunmadığından ve nafakanın devamı lâzımgelceğine mütedair müdafaat da İtalya Kanunu Medenisinin 156 ncı maddesine nazaran gayrivârit görüldüğünden bilcümle itirazların reddiyle mezkûr kanun hükmüne tevfikan tahkir mahiyetini haiz görülen müddeaaleyhanın ef'al ve harekâtı mesrudesine binaen tarafların ayrılıklarına ve mukadder nafakanın da kat'ına karar verilmiştir.»

İstanbul Üçüncü Hukuk Dairesinin bu kararı müddeaaleyhanın temyizi üzerine aşağıdaki şekilde bozulmuştur:

«Dâvacı karısı müddeaaleyhanın ailesini ziyaret ve tedavi maksadiyle gittiği Yunanistanın Atina şehrinde bir doktorla tesisi münasebet ederek sadakatsizlik ve zina etmesi ve ağır tehdit ve hareket-

lerde bulunması yüzünden zevciyet rabıtasının idamesine imkân kalmadığından bahisle ayrılıklarına ve evliliğin bahşettiği her türlü kanun menfaatlerinden mumaileyhanın mahrumiyetine karar verilmesini talebedip icra kılınan mahkeme neticesinde zina fiili sabit olmamış ise de; mumaileyhanın kocasının hüsnü rızasıyla romatizme tedavisi ve ailesini ziyaret için gittiği Atina şehrinde (...) isminde bir diş doktoru ile münasebet peyda ve mumaileyhle hastane, otel ve plâjlarda gayrimünasip ve calibi şüphe bir tarzda gezdiği ve bu suretle kocasının şeref ve haysiyetini rencide edecek ahval ve muhilli sadakat harekâtta bulunduğu şehadet ve delâili saire ile tahakkuk etmiş olduğu cihetle mümeyyiz vekilinin sübutu müddeaya ait itirazları gayrivârit ise de; İtalya Kanunu Medenîsinin hâdiseye mütaallik mevaddının dosya meyanında bulunan sureti tercümeleri arasında tam bir muvafakat mevcut bulunmadığından işbu tercümelerden hangisinin aslına mutabık olduğu İtalyancaya vâkıf ehli vukuf-tan tahkik olunmak iktiza ederken bu cihet teemmül edilmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi muhalifi kanun ve mümeyyiz vekilinin bu noktaya matuf itirazı vârit olduğundan mümeyyezünbih hükmün bu sebeple nakzına» (86).

İstanbul Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesinin vermiş olduğu yukarıdaki karardan da anlaşılacağı üzere tarafların millî kanunu yani İtalyan kanununa göre gayrimuvakkat ayrılığa karar verilmiştir. Temyiz Mahkemesi ayrılık kararına dokunmayıp yalnız nafaka meselesinden dolayı yukarıda yazılı sebeple ilâmı nakzetmiştir (87).

II — Ayrılığın boşanmaya tahavvülü:

Teşriî salâhiyet ihtilâflarından en pratiği ve mahkemeleri en fazla işgal edeni ayrılığın muayyen bir zaman nihayetinde boşanmaya inkılâbetmesine taallûk eden ihtilâftır.

Malûmdur ki ayrılık bazı memleketlerde muayyen bir zaman sonra boşanmaya tahavvül eder. Bu müddet Medenî Kanunumuzda âzamî üç senedir. Fransız Medenî Kanunu da 310 uncu maddesinde aynı müddeti kabul etmektedir.

Şimdi farzedelim ki Türk tâbiyetini haiz olan karı kocadan biri diğerinin zinası sebebiyle İngiliz mahkemelerinden birinde (Hukuk

(86) Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin 1939 tarih, 491 karar ve 4765 esas numaralı bu kararı neşredilmemiştir.

(87) İsviçre Federal Mahkemesi ayrılığın devamı hususunda salâhiyetli kanun olarak tarafların millî kanununu kabul eylemiş, Temyiz Mahkememiz de aynı içtihadta bulunmuştur (Recueil officiel, 40, II. p. 38).

Usulü Muhakemeleri Kanununun 18 inci maddesinden sarfinazar ediyoruz, başka bir tâbirle ecnebi mahkemelerinin Türklerin ahkâmı şahsiyelerine taallûk eden meselelerde salâhiyettar olmasını nazarı itibara alıyoruz) ayrılık dâvası ikame ediyor ve karar istihsal eyliyor. Bu ayrılık kararı Türkiyede muayyen müddetin hitamından sonra mahkeme tarafından boşanmaya tahvil ettirilebilir.

Bu sureti hal hiç şüphesiz yalnız Türk tâbiyetini haiz olan şahısların ayrılığına münhasır bir keyfiyet değildir. Bunu ecnebi bir Devlet tâbiyetini haiz fertler arasında mevcut ayrılık kararlarına teşmil etmekte hiçbir mahzur yoktur. Binaenaleyh, meselâ: Fransız tâbiyetini haiz olan karı koca arasında mevcut ayrılık (Türk mahkemelerinin dâvayı görmeğe salâhiyettar olduğunu kabul ediyoruz) Türkiyede boşanmaya inkılâbedebilecektir. Zira, boşanmayı tarafların millî kanunları da kabul etmektedir.

Yalnız ayrılık müessesesini kabul eden ve fakat boşanmayı tecviz etmiyen Devlet tâbiyetini haiz olan fertlerin ayrılıkları halinde vaziyetleri nasıldır?

Bunu izah etmek için bir misal alalım: İtalyan tâbiyetinde olan ve tâbiyetlerini muhafaza etmekte bulunan karı koca istihsal eyledikleri ayrılık kararının boşanmaya inkılâbını Türkiyede talebetmiş olsunlar. Böyle bir talep acaba Türk mahkemeleri tarafından nasıl karşılanacaktır?

Hiç şüphe etmiyoruz ki Türk hâkimi tarafların millî kanunları olan İtalyan Medeni Kanununun ayrılığın boşanmaya tahvil olunamayacağı hakkındaki hükmünü nazara alarak mezkûr karı kocanın taleplerini reddedecektir. Zira millî kanun boşanmayı tecviz etmektedir. Bu mâni tamamen kat'îdir.

Buraya kadar tetkik ettiğimiz hususat müşkülâtı mucip olacak bir mahiyette değildir. Müşkülât, yalnız ayrılığı kabul eden boşanmayı tecviz etmiyen bir Devlet tâbiyetini haiz olan karı kocadan birinin ayrılık kararından sonra tâbiyetini değiştirmesi halinde kendini gösterir. Bunu bir misal ile tavzih edelim: İtalyan tâbiyetinde olan karı kocadan biri ayrılık dâva etmekte iken Türk tâbiyetini iktisabediyor. Türk mahkemelerinden birinde ayrılığın boşanmaya tahvilini talebediyor. Türk mahkemesinin bu hususta vereceği karar müspet mi yoksa menfi mi olacaktır?

Bu hususta iki sistem vardır:

Birinci sistem: Fransız Temyiz mahkemesi buna bir tefrik yaparak cevap veriyor. Şöyle ki: Fransız tâbiyetini iktisabeden karı kocadan her biri ahkâmı şahsiyesini (statut personnel) teşkil eden

yeni milli kanunu hükümlerine istinadedebilir. Şu kadar ki karı koca arasındaki ayrılık, Fransız kanununun kabul etmiş olduğu veçhile mahkeme hükmünden, daha doğru bir tâbirle nizalı kazadan (jurisdiction contentieuse) (88) neş'et etmiş bir ayrılık olsun. Eğer mevzu bahis ayrılık iki tarafın rızasından tevellüdediyor, bir mahkeme hükmüne istinadeylemiyor ise (89) boşanmaya tahvil olunamaz. Zira böyle bir ayrılık Fransız mevzuatı hukukiyesi tarafından kabul olunmamıştır.

Fransız Temyiz Mahkemesinin bu içtihadını Fransız doktrini kabul etmemekte müttefiktir.

İkinci sistem: diğer bir sisteme göre ayrılığın boşanmaya tahvilini istihdaf eden talep gayrikabili istimadır. Bu sisteme taraftar olanlar diyorlar ki: böyle bir talep alâkadarların son müşterek kanunlarının (Dernière loi commune des intéressés) kabul eylemediği boşanmaya müncer olur. Böyle bir vaziyet müddeaaaleyhin memleketinde tanınmıyacaktır. Ve nihayet bu talep uygunsuz bir vaziyetin hudusunu istihdaf eder. Filhakika, karı kocadan birisi boşanmış iken diğeri evli olarak kalmaktadır ki bu da mantikî bir hal değildir. Ayrılığın boşanmaya inkılâbına mütedair olan bu talep hakikî bir müktesep hakkı da ihlâl etmiş olur.

Serdettikleri mucip sebepler karşısında, bu sistem taraftarlarının fikirlerine iştirak etmekten kendimizi alamıyoruz (90).

Biraz evvel söylediklerimize istinadederek diyeceğiz ki Türk hâkimi de bu ikinci sistemi tercih ederek İtalyan tâbiyetinden çıkmış olan eşin talebini reddetmekte tereddüdetmeyecektir. Bu suretle, aksi sureti hallin kabulü dolayısıyla tevellüdedebilecek mahzurların önü alınmış ve müktesep haklara riayet prensibi de ihlâl edilmemiş olur.

§ 9 — *Boşanma ve ayrılıkta atıf* (91):

Hususî hukuku düvelin en çetin ve birçok münakaşaları mucip olan meselelerinden birini teşkil eden ve Alman müellifleri arasında ilk defa Von Bar tarafından nazari bir şekilde ortaya atılan atıf nazariyesi (Théorie du renvoi) hakkında uzun boylu izahat vermek ve

(88) Séparation de corps contentieuse.

(89) Séparation de corps amiable.

(90) Cenevre mahkemesi, biri İtalyan tâbiyetini muhafaza eden, diğeri İtalyan tâbiyetinden çıkan karı koca arasındaki ayrılığın boşanmaya inkılâbedemeyeceğine karar vermiştir (Henri Degand, adı geçen eser, s. 566 ve müt.).

(91) Atıf nazariyesi hakkında şu eserlere bakınız: Bertien, Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé, théorie du renvoi, 1899, p. 8 - 187; Lainé, Théorie du renvoi en droit international privé.

mezkûr nazariyenin taraftar ve aleyhtarlarının delillerini zikretmek etüdümüzün haricine çıkmak olacağından bu hususta yalnız şunu söylemekle iktifa edeceğiz: atıf nazariyesinin aleyhtarlarının adedi buna taraftar olanların adedinden çok fazladır (92).

Burada atıf nazariyesini kabul eden mevzuatla, beynelmilel muahedelerden ve Türk hukukundaki vaziyetten kısa da olsa bahsetmeliyiz:

1 — Ecnebi Devletler mevzuatında atıf:

Alman Medenî Kanununa methal kanunun 27 nci maddesi yalnız bir dereceli atıf (*Renvoi au premier degré*) i kabul eylemektedir. 1898 tarihli hukuk kaidelerinin tatbikına mütedair Japon kanununun 29 uncu maddesi de bir dereceli atıfı cevaz vermektedir. Bir dereceli atıfı kabul eden Devlet kanunları meyanında 5 ağustos 1918 tarihli ecnebi kanunların tatbiki hakkındaki Çin kanununun dördüncü maddesini zikredebiliriz. 2 ağustos 1926 tarihli Polonya kanununun 36 nci maddesi atıf hakkında en geniş bir formül veren bir kanundur. Bu kanun yukarıda saydığımız kanunlardan şu itibarla ayrılmaktadır: yukarıdaki kanunlar yalnız bir dereceli atıfı kabul ettikleri halde Polonya kanunu yalnız bir dereceli, yani bir Polonya kanununa yapılan atıfı kabul ile iktifa etmemiş, aynı zamanda iki dereceli atıfı (*Renvoi au second degré*) yani her hangi üçüncü bir Devlet kanununa yapılan atıfı da kabul eylemiştir.

2 — Türk mevzuatında atıf:

Türk mevzuatında atıf nazariyesine Ticaret Kanunumuzda tesadüf etmekteyiz. Filhakika mezkûr kanunun 601 inci maddesinde: (Bir şahsın polişe ile taahhüt altına girmesi için haiz olması lâzım gelen ehliyet tâbi olduğu Devletin kanunu ile tâyin olunur.

Tâbi olduğu Devlet kanunu bu bapta diğer bir Devlet kanununun salâhiyettar olduğunu mutazammın ise ancak o kanun tatbik kılınır. İkinci fıkrada muayyen kanuna nazaran haizi ehliyet olmıyan bir şahıs taahhüt altına girdiği memleket kanununa nazaran haizi ehliyet ise taahhüdü muteber olur) denmektedir.

601 inci maddenin ikinci fıkrası «tâbi olduğu Devlet kanunu bu bapta diğer bir Devlet kanununun salâhiyettar olduğunu mutazam-

(92) Şu müellifler atıf nazariyesinin aleyhtarı olmakla beraber bunun ahvali şahsiyede tatbiki taraftarıdır:

Arminjon, *Précis de droit international privé*, T. I. P. 143 et suiv. Fiore, *Clunet* 1901; Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, No. 272 - 273; Weiss, adı geçen eser, s. 82

mın ise ancak o kanun tatbik kılımır» demekle atfın kabul edildiğini sarahatle göstermektedir.

Acaba Ticaret Kanunumuz tarafından kabul edilen atıf nazariyesi yalnız poliçelere mi şâmil olacaktır; diğer hukukî münasebetlere de atıf tatbik edilebilecek midir?

Fikrimizce kanun vâzın atıf prensibine mevzuatında yer verdikten sonra bunun diğer hukukî münasebetlere de binnetice boşanma ve ayrılıktan mütevellit kanun ihtilâfları halinde de tatbikına hiçbir hukukî mâni yoktur (93).

3 — Akdî hükümlerde atıf:

İki memleketin mahkeme ve makamlarının mütekabil yardımı hakkındaki 19 mart 1924 tarihli Austro - Polonais muahedesi bize atıf hakkında en geniş formülü vermektedir. Bu muahedeye nazaran, muahede mucibince tatbik edilebilecek her hangi bir hukuka yapılan her türlü atıf kabul edilmiştir.

Akdî sahada halen İsviçre, Almanya, İtalya, Lüksenburg, Hollanda, Portekiz, İsveç, Romanya, Macaristan, Polonya, Danzig arasında cari, evlenmeden mütevellit kanun ihtilâflarını hal için 1902 de La Haye'de akdedilen mukaveleye temas edelim:

Bu mukavelenin birinci maddesi evlenmenin aslî şartlarını müstakbel karı kocadan her birinin millî kanununa tâbi kılmaktadır. Meğer ki bu kanun sarahaten diğer bir kanuna atıf yapmış ola.

La Haye mukavelesinin bu hükmü İsviçre murahhaslarının teklifi üzerine vazedilmiş bir hükümdür. Mukaveleye iştirak eden Devletler tebaasından atıf ancak İsviçre tâbiyyetini haiz olanlar arasında mevzuubahsolabilir. Zira yalnız İsviçre hususî hukuku düveli ikamgetgâh prensibini kabul ediyordu.

§ 10 — *Boşanmanın hususî hukuku düvelde tevlidedeceği neticeler:*

Karı koca arasında mevcut, evlenmeden mütevellit bilcümle hukukî rabitaları ortadan kaldıran boşanmanın hususî hukuku düvelde tevlidedeceği neticeleri tetkik ederken şöyle bir taksim yapmak zarureti vardır:

- I — Boşanmanın hal ve ehliyeteye mütedair hüküm ve neticeleri;
- II — Boşanmanın hal ve ehliyeteye mütedair olmayan hüküm ve neticeleri.

(93) Aynı meâlde. Salem; Le droit international privé dela Turquie (Répertoire de droit international, 1. VII. p. 262).

I — Boşanmanın hal ve ehliyetine mütedair hüküm ve neticeleri: Boşanma ile ayrılan karının ahvali şahsiyesi üzerinde bazı tebeddülât husule gelir. Filhakika Medeni Kanunumuzun 141 inci maddesinde yazıldığı üzere boşanan kadın evlenme ile iktisabettiği şeraiti muhafaza eder. Şu kadar ki evlenmeden evvel taşıdığı aile ismini tekrar alır. Eğer kadın evlenmenin hini akdinde dul idiyse, kendi aile ismini taşımasına boşanma hükmü ile birlikte müsaade edilebilir.

Bütün bu neticeler hangi kanuna tâbi olmak lâzımgelcektir?

Hiç şüphe yok ki bu neticeleri idare edecek olan kanun milli kanun olacaktır. Binaenaleyh Türkiyede boşanma kararı istihsal eden İsviçre tâbiyetini haiz karı kocaya İsviçre Medeni Kanununun kabul ettiği yukarıdaki hükümlerin tatbiki icabeder.

Boşanmanın karının tâbiyet ve ikametgâhına tesiri ne olacaktır?

Fransız Medeni Kanununun 108 inci maddesi mucibince boşanan kadın kocasının ikametgâhını kaybeder ve yeni bir ikametgâh iktisabedebilir (94).

Diğer mevzuat ve bilhassa Alman hukuku ikametgâhın birden ziyade olması prensibini kabul eylemektedir (95). Medeni Kanunumuz da İsviçre Medeni Kanununun kabul eylemiş olduğu sisteme uyarak birden ziyade ikametgâh iktisabına cevaz vermemiş ve her ferdin bir ikametgâh ve yalnız bir ikametgâh sahibi olması prensibini kabul eylemiştir. Eğer bu yeni hâdiseler boşanmaya tâbi olmayan hâdiseler değilseler tahassul edecek kanun ihtilâfları bu hususta salâhiyetli olan kanunun tatbiki suretiyle halledilebilir.

Boşanmış karının tâbiyetine gelince: acaba boşanan karı, boşanma ile, evlenmeden tevellüdeden tâbiyetini kaybedecek midir? Şurası muhakkaktır ki boşanma tâbiyet üzerine asla tesir icra etmez. Nitekim Medeni Kanunumuz zikri geçen 141 inci maddede boşanan karı evlenme ile iktisabettiği şeraiti muhafaza eder demiştir.

Bununla beraber burada Türk vatandaşlığı kanunundan biraz bahsetmek lâzımdır.

Evvelce de gördüğümüz gibi Türk vatandaşlığına mütedair 24 mayıs 1928 tarihli kanunun 13 üncü maddesi hükmüne göre Türklerle evlenen kadınlar Türk tâbiyetini iktisabederler. Ecnebilerle evle-

(94) Bu madde aynen şöyledir: (La femme divorcée perd le domicile de son mari).

(95) Alman medeni kanunu madde — 70

nen Türk tâbiyetinde olan kadınlar ise tâbiyetlerini kaybetmezler, yani Türk kalırlar. Binaenaleyh birinci halde, yani, Türk ile evlenen ecnebi kadın evlenme ile iktisabettiği Türk tâbiyetinde kalacaktır. Bu Medenî Kanunumuzun 141 inci maddesinin pek tabii bir neticesidir. Zira bu maddeye göre boşanan kadın evlenme ile iktisabettiği şeraiti muhafaza eder (96).

Şu kadar ki Türk Vatandaşlık Kanununun biraz evvel zikretmiş olduğumuz maddesi şöyle bir hükmü ihtiva eylemektedir: «Evlenme ile tâbiyeti değişmiş olan sabık ecnebi kadınlar Türk kocalarından her hangi bir sebeple evlilik halinin zevaliyle ayrıldıkları tarihten itibaren üç sene zarfında tâbiyeti asliyelerine rücu hakkını haizdirler.»

Mezkûr madde kadının çocuğu olup olmadığına göre diğer bir hüküm vazetmekte ve demektedir ki: «Şu kadar ki ecnebiliğe avdet etmek isteyen kadının Türk babadan çocuğu mevcut değilse ikametgâhını ecnebi memlekete nakletmesi şarttır.»

İsim:

Medenî Kanunumuzun 153 üncü maddesi hükmünce karı kocasının aile ismini taşır. Boşanma ile kadın kocasının aile ismini taşıması hakkını kaybeder.

Bu esas birçok muasır mevzuat tarafından kabul edilmiştir. Bununla beraber mezkûr prensibi kabul etmiyen mevzuata da tesadüf edilmektedir. Bu hususta Alman Medenî Kanununun 1579 uncu maddesinin kabul eylemiş olduğu aksi sureti hal zikredilebilir. Filhakika işbu maddeye göre boşanmış karı zevcinin aile ismini muhafaza eder.

Şu halde Türkiyede boşanan bir İsviçreli kadın kocasının ismini taşımak hakkını haiz olmayacaktır. Halbuki boşanan ve Alman tâbiyetini haiz olan kadın kocasının aile ismini taşıyacaktır.

İddet müddeti (délai d'attente veya délai de vidinté) ve bunun tâbi olacağı kanun:

Medenî Kanunumuz iki türlü müddet kabul eylemektedir:

- a) Kanunî müddetler (les délais légaux);
- b) Kazai müddetler (les délais judiciaires).

Kanunî müddetler içerisinde kadının beklemekle mükellef olduğu müddet yani iddet müddetinden burada bahsetmek icabeder.

(96) Medenî Kanunumuzun 141 inci maddesine tekabül eden İsviçre Medenî K. nun 148 inci maddesinin birinci fıkrası aynen şöyledir: «La femme divorcée est maintenue dans la condition qu'elle avait acquise par son mariage,.....»

Medenî Kanunumuz zail olan bir evliliğin neticesi olarak bir çocuk doğmak ihtimali devam ettiği müddetçe doğan çocuğun babasının kim olduğunu tâyin etmek için kadını muayyen bir müddet evlenmekten meneylemiştir. Kanunu Medeninin 95 inci maddesine göre: (Kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğin butlanına hükmedilen kadın, vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden 300 gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Doğurmakla bu müddet biter. Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde bu müddet kısaltılabilir.)

Medenî Kanunumuza göre bu intizar mükellefiyeti, kadına bir matem devresi geçirtmek fikrinden ileri gelmez (97).

Bu müddet hangi kanuna tâbidir?

Acaba iddet müddeti intizamı âmmeden midir? Eğer âmme intizamından ise ecnebi kadın milli kanunu mucibince beklemek mecburiyetinde olmasa bile Türk kanununa nazaran evlenemeyecektir. Eğer âmme intizamından değilse, ecnebi kanun tatbik edilecek, mezkûr kanun bu müddeti kabul etmişse evlenmeden menedilemeyecektir.

İddet müddeti hakkında müellifler müttetik değildirler.

Bunları ikiye ayırmak imkânı vardır:

- 1 — İddet müddetini âmme intizamından addedenler;
- 2 — İddet müddetini âmme intizamından addetmiyenler.

- 1 — İddet müddetini âmme intizamından addedenler;

Bunların fikirlerine göre mezkûr müddet doğacak çocuğun ne-

(97) Ahmet Esat Arsebük; Adı geçen eser, cilt 2, S. 618 - 619

Fransız Kanunu Medenisine nazaran iddet müddeti 300 gündür. Alman Medenî K. nun 1313 üncü maddesine göre iddet müddeti 10 aydır.

İslâm hukukunda talâk veya fesihle kocasından ayrılan kadın âdet görüyorsa iddeti üç âdet, ve âdet görmüyorsa iddeti üç aydır. Hâmil olan kadının iddeti vaz'ı hamledinciye kadardır. Sahih nikâh ile menkûhe olup kocası vefat eden kadının iddeti dört ay 10 gün geçmekle, hâmil ise vaz'ıhaml ile hîtam bulur. Nikâhı fasitle menkûhe olup tefrik olunan veya kocası vefat eden kadının iddeti âdet görüyorsa üç âdet, âdet görmüyorsa üç ay geçmekle hâmil ise vaz'ıhaml ile nihayet bulur. Talâk ve ölüm halinde iddet talâk ve ölümden ve nikâhı fasidde tefrikden itibaren başlar.

Umumiyetle matem tutmak fikrine muarız olan İslâm hukuku, kocasının vefatı hasebiyle dul kalan veya boşanan kadın için matem tutmak mecburiyeti koyar. Buna hidad derler. İslâm hukuku bazı hallerde erkekler için de iddeti kabul eder. (Ahmet Esat Arsebük; Adı geçen eser, cilt 2, S. 619 not 118 ve 119).

sebine taallük eder. Bu müddet nesepe meselelerinde karışıklığa mahal vermemek gayesine matuftur. Nesepe meseleleri âmme intizamından olduğu için buna mütaallik hususların mahallî kanunla halledilmesi lâzım gelecektir.

Profesör Abdülhak Kemal Yörük iddet müddetinin âmme intizamından olduğu fikrine iştirak edenler arasındadır. Bu müellif ez-cümle şunları söylemektedir: «İddet hükmü nesepte karışıklığa meydan verilmemek maksadiyle vazedilmiş bulunduğundan bunu bir âmme intizamı hükmü olarak mahallî kanunun koyduğu müddet geçmedikçe kadının evlenmesine müsaade etmemek suretiyle millî kanunun tatbikına muhalefet olunabilir (98)

Ankara Hukuk Fakültesi hususî hukuku düvel profesörü muhterem hocam Nusret Meyda da bu fikrin taraftarları arasında bulunmaktadır (99).

Hiç şüphe yok ki Medenî Kanunumuz nesebin karışmamasını temin için boşanma, vefat ve nikâhın butlanı sebeplerinden biriyle kocasından ayrılmış olan karıya yeniden evlenebilmek için bir intizar müddeti tâyin etmektedir. Fikrimizce iddet müddetinin nesebin karışmaması için vazedilmiş olması bu müddetin intizamı âmmeden olmasını mucip olamaz. Malûm olduğu veçhile ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanun nesebi alâkadarların millî kanununa tâbi tutmuş olmakla bunu intizamı âmmeden addeylememiştir. Binaenaleyh nesebe taallük eyliyen bir meselenin mahallî kanununa tâbi olması mezkûr kanunun sarahatine uygun düşmez (100).

Kazaî müddet ve bunun tâbi olduğu kanun:

Biraz evvel bir de kazaî müddetin mevcudiyetinden bahsetmiş-tik. Karı kocadan kabahatli olan tarafa hâkim böyle bir memnuiyet tahmil eder. Filhakika Medenî Kanunun 142 nci maddesi hükmünce boşanma hükmünde kabahatli olan tarafın yeniden evlenememesi için hâkim bir seneden az veya iki seneden fazla olmamak üzere müd-

(98) Abdülhak Kemal Yörük; Adı geçen eser. S. 179

(99) Nusret; Devletler Hususî Hukuku notları, S. 134

Fransada millî kanunu mucibince boşanan bir ecnebi kadının, intizamı âmme dolayısıyla, hattâ şahsi kanunu kendisini bu hususta mezun addetmiş olsa yani millî kanunu intizar müddetini kabul etmemiş bulunsa bile ancak iddet müddetinin nihayetinde evlenebileceğine hükmolunmuştur. (Henri Degand; adı geçen eser S. 545).

(100) Muammer Raşit Sevig; Adı geçen eser, S. 372 ve Niboyet; Adı geçen eser S. 751 = iddet müddetinin millî kanuna tâbi olduğu fikrindedirler. Medenî Kanunumuz kanunî ve kazaî müddetlere riayet edilmeksizin akdedilen evlenmeleri batıl addetmemiştir.

det tâyin eder. Hâkim tarafından hükmedilen ayrılığın müddeti buna mahsubedilir.

Bu memnuiyet müddeti (Délai Imposé) de fikrimizce alâkadarların milli kanununa tâbi olmalıdır. Eğer boşananların milli kanunu mezkûr müddeti kabul etmiyorsa Türk hâkimi 142 nci maddeye istinaden kabahatli olan tarafı evlenmeden menetmemelidir. Bütün burada zikretmekle meşgul olduğumuz hükümler beynelmilel âmme intizamı (101) ile alâkadar olmıyan ve fakat dahili âmme intizamına (102) taallûk eden hükümlerdir. Binaberin yalnız tebaalar hakkında caridir. İsviçre tâbiyetinde olan karı koca arasında zinadan dolayı Türkiyede açılan boşanma dâvası neticesinde Türk hâkimi kabahatli olan tarafı üç sene müddetle evlenmekten menedebilir. Çünkü Türk vâzı kanununun tayyettiği İsviçre Medeni Kanununun 150 nci maddesinin ikinci fıkrası zinadan dolayı boşanma halinde müddetin üç seneye kadar uzatılabileceğini kabul eylemektedir.

Yoksulluk nafakası ve bunun tâbi olacağı kanun:

Medeni Kanunumuzun 144 üncü maddesi şöyle bir hükmü muhtevi bulunmaktadır:

Kabahatsız olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa bile kudretiyle mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm olabilir. Acaba bu hüküm yerli olsun ecnebi olsun herkese tatbik edilebilir mi, yoksa, yoksulluk nafakası yalnız milli kanunla mı idare edilmek lâzımdır?

Fikrimizce boşanma münasebetiyle bahis mevzuu olan yoksulluk nafakasıyla İsviçre Medeni Kanununun 328 inci maddesine tekabül eden Medeni Kanunumuzun 315 ve mütaakıp maddelerinde hükme bağlanan hısımlar arasındaki nafaka arasında tatbik edilecek kanun bakımından fark vardır.

Medeni Kanunumuzun 315 ve mütaakıp maddelerinde mevzuu bahsolan nafaka borcuna (obligation alimentaire) mütaallik kanun hükümleri Profesör Muammer Raşit Sevinin pek haklı olarak söyledikleri gibi emniyet ve asayişe taallûk eden kanunlar cümlesinden bulunması itibariyle ecnebler hakkında da mer'î olacaktır (103).

(101) Ordre public international (buna aynı zamanda mutlak âmme intizamı «Ordre public absolu» diyorlar.)

(102) Ordre public interne (buna aynı zamanda nisbi âmme intizamı «Ordre public relatif» diyorlar.)

(103) Muammer Raşit Sevig, Nafaka Borcu, Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bastı. S: 124.

Yoksulluk nafakasında âmme intizamına taallûk eden bir hal ve keyfiyet yoktur. Binaenaleyh mahalli kanun bu meseleye müdahale edememek ve bu münhasıran milli kanuna tâbi olmak lâzımdır.

Yoksulluk nafakasının âmme intizamından olmadığı hakkında esbabı mucibe olarak şunları dermeyan edebilir kanaatindeyiz:

1 — 144 üncü maddeye göre yoksulluk nafakasının, nafakaya hakkı olan tarafın düştüğü yoksulluğun devamı müddetince lâzımgelmemesi, bir sene devam etmesi;

Eğer mezkûr nafaka âmme intizamından olsaydı hiç şüphe yok ki yoksulluğun devamı müddetince nafakanın da devam etmesi lâzımgelirdi (104).

2 — Zikri geçen madde «bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir» diyor, edilir demiyor. Yani hâkim mutlak surette nafakaya hüküm vermek mecburiyetinde değildir. Şu hale nazaran maddenin bu tahrir tarzı da yoksulluk nafakasının âmme intizamından olmadığına delil teşkil etmektedir.

Binaenaleyh İsviçre tâbiyetini haiz karı koca Türkiyede boşanır ve bunlardan birisi Türk Medenî Kanununun 144 üncü maddesine tekabül eden İsviçre Medenî Kanununun 152 nci maddesinin tâyin etmiş olduğu şartlar dahilinde bulunursa, bu maddeyi onlara aynen tatbik etmek icabeder ve binnetice bu misalde mevzuubahsolan yoksulluk nafakasının devamı bir sene değildir. Çünkü 152 nci madde bu nafakayı bir zamanla takyidetmemiştir.

Muvakkat tedbirler ve tâbi olduğu kanun:

Medenî Kanunumuz boşanma ve ayrılık halinde bir takım muvakkat tedbirler (mesures provisoires) ittihazını lüzumlu göstermektedir. Filhakika mezkûr kanunun 137 nci maddesine göre hâkim, dâvanın ikamesini mütaakıp lâzımgelen ve bilhassa kadının iskân ve infakına ve karı kocanın malî münasebetlerine ve çocukların muhafazasına mütaallik muvakkat tedbirleri ittihaz eder.

Şu hale göre karının iskân ve infakına, çocukların muhafazasına ve infakına mütaallik yukarıda bahis mevzuu olan muvakkat

(104) İsviçre medenî kanununun yoksulluk nafakasına taallûk eden 152 inci maddesi mezkûr nafakanın muayyen bir müddetle mukayyet olduğuna dair hiç bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu madde aynen şöyledir:

«Le juge peut accorder à l'époux innocent qui tomberait dans le dénuement par suite de la dissolution du mariage une pension alimentaire proportionnée aux facultés de l'autre conjoint, même si ce dernier n'a pas donné lieu au divorce.»

tedbirler hangi kanuna tâbidir? Millî kanuna mı, mahallî kanuna mı? Bu hususta Profesör Sevig ile Fransız müelliflerinden «Lerebours - Pigeonnière» in fikirlerine iştirak edeceğiz. Bu hukukçulara göre muvakkat tedbirler her halde ittihaz edilmek lâzımdır. Zira bu cihet yalnız şahsın himayesine ait olmayıp aynı zamanda âsaişi de alâkadar eder. Binaenaleyh âmme intizamından maduttur (105).

Tazminat ve tâbi olduğu kanun:

Medenî Kanun boşanma halinde maddî ve manevî tazminata hükmedebileceğini kabul etmektedir. Mezkûr kanunun 143 üncü maddesi şöyle bir hüküm vaz ediyor: mevcut ve hattâ muntazar bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kabahatsız karı veya kocanın kabahatli olan taraftan münasip maddî bir tazminat talebine hakkı vardır. Bundan başka boşanmaya sebebiyet vermemiş olan hâdiseler kabahatsız karı veya kocanın şahsî menfaatlerini ağır bir surette haleldar etmişse hâkim mânevî tazminat namıyla muayyen bir meblâğa dahi hükmedebilir.

Maddî ve mânevî tazminat meselesi millî kanuna mı yoksa mahallî kanuna mı tâbi olmak lâzımgelir?

Fikrimizce burada da millî kanunun tatbik edilmesinde hiçbir mâni yoktur (106).

Nihayet kadının ehliyetine tatbik edilecek kanun yine millî kanundur.

II — Boşanmanın hal ve ehliyet mütedair olmıyan hüküm ve neticeleri:

Boşanmanın neticeleri hal ve ehliyet taallük etmediği takdirde boşanmayı idare eden kanunun tatbikından kurtulacağı bedihîdir.

Burada ezcümle şunları tetkik edelim:

- 1 — Mal rejimi;
- 2 — Miras.

(105) Muammer Raşit Sevig; adı geçen eser, s. 370, Pigeonnière; adı geçen eser; Niboyet de bu hususta aynı fikre taraftardır. Niboyet; adı geçen eser, s. 747, No. 639.

(106) Aynı mealde Muammer Raşit Sevig; adı geçen eser, S. 372

Profesör Abdülhak Kemal Yörük «Boşanmanın neticeleri millî kanun ahkâmına tâbi bulunmalıdır. Boşanmaya hükmedilen memleketle boşanma hükümleri tahakkuk ettirilmek istenilen memleketin hukuk sistemleri arasında fark yoksa yani her ikisinde de aile müesseseleri medenî mülâhazaların tesiri altında vaz edilen kaidelerle tanzim edilmekte bulunuyorsa bu kaidenin ihlâli için hiç bir sebep ileri sürülemez.» demekle millî kanun tarafını iltizam etmektedir. (Adı geçen eser, S. 178)

1 — Mal rejimi (régime matrimonial):

Mal rejimine taallûk eden hâdiseler, bilhassa karı koca arasında mevcut mal birliği, mal ortaklığı usullerinin infisahı, ve bu infisahın tarihi ne olacağı meselesi boşanmayı idare eden kanuna tâbi olmayacaktır.

Bu hususta tatbik edilmesi lâzımgelen kanun mal rejimini idare eden salâhiyettar kanundur.

Burada mal usullerinden (régimes matrimoniaux) çıkan kanun ihtilâflarına tatbik edilen kanunu gözden geçirmeği faydalı addediyoruz.

Bu ihtilâfları tetkik ederken karı koca arasında evlenme mukavelesi (Contrat de mariage) mevcut olduğu hal ile bu mukavelenin bulunmadığı hali ayırmak icabeder.

1) Karı koca arasında evlenme mukavelesi mevcut olmaması hali:

Karı koca arasında evlenme mukavelesi mevcut değilse bunların mameleki münasebetleri hangi kanuna tâbi olacaktır?

Bu mesele garbî Avrupa ilmi içtihadıyla (doctrine) mahkemeler içtihatlarında (jurisprudence) birçok münakaşaları mucip olmuş ve olmakta bulunmuştur.

Fransız nazariyesi mal usullerine taallûk eden her şeyi borçlar hukukuna (droit des obligation) ithal etmektedir. Mal usulü, bu nazariyeye göre, daima sarîh (exprès) — evlenme mukavelesi yapıldığı takdirde — veya zımnî (tacite) — evlenme mukavelesi yapılmadığı takdirde — bir mukaveleden doğar. Binaenaleyh mal usullerine bu suretle Devletler hususî hukukunun borçlar hakkındaki prensipleri tatbik edilir. Yani iradenin muhtariyeti prensibi (principe de l'autonomie de la volonté) burada rol oynar. Eğer evlenme mukavelesi karı kocanın iradesini açıkça göstermiyorsa bunların evlenme akdının in'ikadı sırasında kabul etmek istedikleri farzolunan kanunu aramak icabeder. Bu kanun umumiyetle aile birliğinin ikametgâhı kanunu (loi du domicile matrimonial), yani karı kocanın evlenmenin in'ikadından sonraki ilk ikametgâhları kanunu (loi du premier domicile des époux) dır.

Şurasını kaydedelim ki Fransız mahkemeleri içtihadına göre bu karine (présomption) tarafların iradesini meydana çıkarmak için kâfi değildir. Bazan evlenme merasiminin icra edildiği mahal kanunu (loi du lieu de la célébration du mariage) müstakbel karı kocanın millî kanunu (loi nationale des futurs époux) ve nihayet kocanın evlen-

me akdinin teşekkülü anındaki millî kanunu (loi nationale du mari au moment de la formation du mariage) tatbik edilir.

Büyük Harbe takaddüm eden senelerde 17 temmuz 1905 tarihli La Haye mukavelesinin tesiriyle Fransız mahkeme içtihatları daha kesretle kocanın millî kanununun tatbıkı lehinde vaziyet almıştır. Buna mucip sebep olarak evlenmekle kocanın aile reisi olması ileri sürülmektedir.

İradenin muhtariyeti prensibinin yanibaşında mal usullerini aile hukukuna (droit de famille) ithal eden diğer bir nazariye vardır. Bu nazariye taraftarlarından olan Fransız Devletler hususî hukuku müelliflerinden Niboyet iradenin muhtariyeti prensibini tatbik eden Fransız mahkeme içtihatlarını kabul etmemekte bu sistemin ne ilmi bakımdan ne de nazari bakımdan doğru bir sistem olmadığını söylemektedir (107).

Niboyet diyor ki: evlenme mukavelesi yapmamış olan karı kocanın kanunî usulü (régime légale) ile vasiyetsiz miras (succession ab intestat) arasında fark göremiyoruz. Kimse kanunî yani vasiyetsiz mirasta müteveffanın (le de cujus) zımnî niyetini (intention tacite) araştırmayı hatırandan geçirmez.

Amelî noktai nazardan mahkeme içtihadının sistemi (système de la jurisprudence) kabili tatbik kanun sistemini bilmek imkânsızlığı içinde bulunan karı koca için olduğu kadar, üçüncü şahıslar için de gayrikabili müsamaha ve çok sıkıcı vaziyetler tevliededir. Binaenaleyh her hangi bir sureti hal bu tereddüde müreccah olurdu. Şu halde muayyen ve tanınmış olan millî kanun (loi nationale — Lex patriae) ki karı kocaya olduğu kadar üçüncü şahıslara da emniyet verir.

Fransız müelliflerinden Weiss de millî kanunun tatbıkı taraftarıdır (108).

Valéry bilâkis iradenin muhtariyeti prensibinin tatbıkına taraftar görünmekte ve hâkimin tarafların hakikî iradelerini (La véritable volonté des parties) meydana çıkaracak bütün hal icaplarını nazarı itibara almak mecburiyetinde olduğunu beyan etmektedir (109).

Diğer memleketlerde ve bilhassa Almanyada karı koca arasında mevzuubahsolan malî münasebetler meselesi ailevi münasebetle-

(107) Niboyet; adı geçen eser, p. 833-834.

(108) Weiss; adı geçen eser, 9 uncu tabı, p. 506.

(109) Valéry, adı geçen eser, P. 1112-1138

rin daha geniş bir şekli olarak mülâhaza edilmektedir. Binaenaleyh karı kocanın bu münasebetleri evlenmeyi idare eden kanuna yani şahsî kanuna (loi personnelle — Lex personalis) tâbi kılınmaktadır.

Alman Medenî Kanununa methal kanunun 15 inci maddesi şöyle bir hüküm vaz ediyor: «Eğer evlenme akdinin in'ikadı esnasında koca Alman tâbiyetini haiz ise karı kocanın malî münasebetleri Alman kanunlarına tâbidir. Ecnebi karı koca Almanyada ikamet ettikleri takdirde malî münasebetleri kocanın evlenme esnasında tâbiyetini haiz olduğu Devlet kanununa tâbidir (110).

Birçok kanunlar aynı sureti halli kabul etmiş bulunmaktadırlar. Bunlar arasında bilhassa 1898 tarihli Japon kanunu (madde 15) (111), Portekiz Medenî Kanunu (madde 1107), 1918 tarihli Çin kanunu (madde 10) (112) zikredilebilir. 1926 tarihli Polonya kanunu, karı kocanın malî münasebetlerini müşterek millî kanunlarına (loi nationale commune) tâbi kılıyor.

İsveç'te prensip itibariyle karı kocanın malî münasebetlerini idare eden kanun millî kanundur. İsveç mahkeme içtihatlarına nazaran 17 temmuz 1905 tarihli La Haye mukavelesinin kabul ettiği esaslar bu mukaveleye dahil olmıyan Devletler tebaasından olan karı kocanın malî münasebetlerine tatbik edilmektedir (113).

17 temmuz 1905 tarihinde La Haye'de Fransa, Almanya, Belçika, İtalya, Holanda, Portekiz, Romanya ve İsveç arasında akdedilen mukavelenin ikinci maddesinin birinci fıkrasına göre evlenme mukavelesi yapılmamışsa evlenmenin karı kocanın menkul ve gayrimenkul malları üzerindeki hüküm ve neticeleri evlenmenin in'ikadı anındaki kocanın millî kanunu ile idare olunur.

1863 tarihli Saksonya Medenî Kanunu mal usullerini ikametgâh kanununa (Lex domicilii) tâbi kılmakta idi. Aynı sureti halli Estonya ve Letonya kanunlarında da bulabiliriz. İngiltere ve Amerika mahkeme içtihatları malî münasebetleri mahallî kanuna tâbi kılmaktadır.

Devletler mevzuatında diğer bir sistem daha vardır. Bu siste-

(110) Droit international privé de l'Allemagne, Répertoire de droit international, t. VII. p. 336.

(111) Droit international Privé du Japon (Répertoire de droit international, t. VI, 545.)

(112) Droit international privé de la Chine (Répertoire de droit international, t. VI, P. 205)

(113) Droit international privé de la Suède (Répertoire de droit international, t.VII, P. 139)

me nazaran karı kocanın kendi aralarındaki evlenmenin iktisadi hükümleri bir kanuna, bunların (karı koca) üçüncü şahıslarla olan münasebetleri başka bir kanuna tâbidir.

Birinci halde, yani karı kocanın kendi aralarındaki münasebetleri halinde, malî münasebetlere tatbik edilecek kanun umumiyetle milli kanun (loi nationale — Lex patriae), ikinci halde, yani üçüncü şahıslarla olan münasebetlerine tatbik edilecek kanun karı kocanın ikametgâhları kanunudur.

Görülüyor ki bu sistemde dahili mal rejimi (régime matrimonial interne) — ki karı kocanın kendi aralarındaki malî münasebetlerini idare eder — ile harici mal rejimi (régime matrimonial externe) — ki karı kocanın üçüncü şahıslarla olan malî münasebetlerini tanımlar — birbirinden tefrik edilmektedir.

Bu mevzuat arasında Arjantin ile İsviçre mevzuatını zikredebiliriz (114).

2) Karı koca arasında evlenme mukavelesi akdedilmiştir. Bu takdirde karı kocanın akdî malî münasebetleri muvacehesinde bulunuyoruz demektir.

Burada her şeyden evvel evlenme mukavelesi akdetmek için lâzım gelen ehliyetin (Capacité) hangi kanuna tâbi olacağını araştırmak icab ediyor. Bu ehliyet hiç şüphe yok ki tarafların millî kanunu ile idare edilecektir.

Binaenaleyh İsviçre tâbiyetinde olan karı kocanın her hangi yabancı bir memlekette evlenme mukavelesi akdedebilmeleri için İsviçre Medenî Kanununun 180 inci maddesi mucibince temyiz kudretini haiz olmaları şarttır.

Karı koca aynı tâbiyette değilseler ehliyetleri milli kanunlarına tâbi olacaktır. Meselâ kadın Türk, erkek Fransız tâbiyetindedir. Kadın için Türk ve erkek için Fransız kanunlarının bu husustaki hükümleri tatbik edilecektir.

17 temmuz 1905 tarihli yukarıda bahis mevzuu olan La Haye mukavelesi de bu prensibi kabul etmiş bulunmaktadır. Mezkûr mukavelenin 3 üncü maddesi mucibince karı kocadan her birinin evlenme mukavelesini akdetmek ehliyeti evlenmenin in'ikadı anındaki milli kanunla taayyün eder.

Burada üzerinde durulması icabeden diğer bir mesele de taraf

(114) Loi fédérale suisse du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis et en séjour, madde 19 ve müt.

ların mukavelelerini arzu ettikleri her hangi bir kanuna tâbi kılıp kılamiyacıkları meselesidir.

1905 tarihli La Haye mukevelesi bu hususta millî kanunu salâhiyettar addetmektedir. Eğer millî kanun başka bir memleket kanununun hükme bağladığı rejimi kabule müsaitse karı koca mukavelelerini şu veya bu Devlet kanununa tâbi kılabilirler. Eğer millî kanun buna müsaade etmiyorsa böyle bir imkâna malik değildir demektir.

Mal usullerine tatbik edilecek kanun hakkında daha fazla izahat vermeğe ve mevzuu derinleştirmeye etüdümüzün haricine çıkmamak için lüzum görmüyor, bu kadarla iktifa ediyoruz.

2 — Miras (Succession):

Boşanma karı koca arasında mevcut hukukî rabıtaya nihayet veren bir hukuk müessesesidir. Medenî Kanunumuz ve diğer ekseri kanunlara göre boşanma ile karı kocaya ve koca karıya yabancı olur. Ve binnetice bunlar arasında evlilik münasebetinden tevellüdeyliyen miras hakları da ortadan kalkar.

Miras haklarına taallûk eden neticeler hangi kanuna tâbi olacaktır?

Bu mesele fikrimizce, şüpheyeye mahal vermiyecek bir vaziyet arz etmektedir. Yani bu hususta salâhiyettar olan kanun boşanmayı idare eden kanun değil, mirastan mütevellit kanun ihtilâflarını halledecek olan kanun (Lex Successionis) dur.

Burada mirasa tatbik edilen kanundan kısaca bahsedelim: hali hazır mevzuatında mirasa tatbik edilecek kanun hakkındaki sistemleri üç zümrede tophiyabiliriz:

1 — Menkul ve gayrimenkul arasında tefrik yapılmaksızın mirası müteveffanın şahsî kanununa tâbi kılan sistem;

2 — Menkul ve gayrimenkul miras arasında tefrik yaparak menkul mirası (Succession mobilière) müteveffanın şahsî kanununa (Lex personalis) ve gayri menkul mirası (Succession immobilière) gayrimenkulün bulunduğu mahal kanununa (Lex rei Sitae) tâbi kılan sistem;

3 — Menkul ve gayrimenkul mirası mahallî kanuna (Lex loci) tâbi kılan sistem.

1 — Menkul ve gayrimenkul mirası müteveffanın şahsî kanununa tâbi kılan sistem:

Bu sistem mirasın vahdet ve umumiyeti prensibini (Princip de l'unité et de l'universalité de la succession) kabul eden mâkul bir

sistemdir. İşbu sisteme nazaran menkul olsun gayrimenkul olsun miras müteveffanın şahsî kanununa (Loi Personnelle — Lex personalis) (115) tâbidir. Bu sistemi kabul eden Devletler şunlardır:

Almanya (Alman Medenî Kanununa methal kanun, madde 24 ve 25); Brezilya (1916 tarihli Medenî Kanun, madde 14); Çin (1918 tarihli kanun, madde 20); İtalya, Japonya (1898 tarihli kanun, madde 25); Polonya (1926 tarihli kanun, madde 28); Yunanistan.

1891 tarihli İsviçre Federal Kanununun 22 nci maddesi de bu sistemi kabul etmiş ve mirası müteveffanın ikametgâhı kanununa tâbi kılmıştır (116).

Altıncı Havana Beynelmîlel Amerikan Konferansında kabul edilmiş olan 20 şubat 1928 tarihli Bustamante kodunun 28 inci maddesi bu esası kabul etmektedir. Ve nihayet 1928 tarihli Altıncı La Haye Konferansı tarafından hazırlanmış olan mukavele projesinin birinci maddesi mirası millî kanuna tâbi kılmaktadır (117).

2 — Menkul mirası müteveffanın şahsî kanununa ve gayrimenkul mirası gayrimenkulün bulunduğu mahal kanununa tâbi kılan sistem:

Bu sistem menkul ve gayrimenkul miras arasında tefrik yaparak menkul mirası müteveffanın şahsî kanununa; gayrimenkul mirası gayrimenkulün bulunduğu mahal kanununa tâbi kılmaktadır. Görülüyor ki, mezkûr sistem mirasın vahdet ve umumiyeti prensibini nazarı itibara almamıştır. Bu sistem şu Devletler tarafından kabul edilmiştir:

Belçika, Bulgaristan, Macaristan, Romanya ve Türkiye.

Fransız mevzuatı mirastan mütevellit kanun ihtilâflarını halletmek hususunda sarîh bir hüküm ihtiva etmemektedir, fakat Fransız mehakim içtihadı Fransız Medenî Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına istinadetmekte ve menkul mirası müteveffanın

(115) Lex personalis yani şahsî kanun (Loi personnelle) iki kısma ayrılır:

A — Lex patriae, yani millî kanun (Loi Nationale);

B — Lex Domicilii, yani ikametgâh kanunu (Loi Du Domicile).

(116) Loi Fédérale suisse du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

(117) Bu konferansa iştirak eden Devletler şunlardır:

Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İspanya, Finlandiya, Fransa, İngiltere, Macaristan, İtalya, Japonya, Letonya, Romanya, Sırp, Hırvat ve İsviçre Devletleri, İsveç, Norveç, İsviçre ve Çeko-Slovakya (bu proje için: Goule et Niboyet; Recueil de textes usuels de droit international, T. II. P. 440 ve müteakip)

ikametgâhı kanununa, gayrimenkul mirası gayrimenkulün bulunduğu mahal kanununa tâbi kılmaktadır (118).

3 — Mirası menkul olsun gayrimenkul olsun mahallî kanuna tâbi kılan ve mantıkî olmıyan sistem üzerinde durmağa lüzum olmadığı kanaatindeyiz.

Ayrılığın hususî hukuku düvelde tevli dedeeceği neticelere gelince: bu hususta da prensip itibariyle tatbik edilmesi lâzım gelen kanun millî kanundur.

Yalnız, muvakkat tedbirler, boşanmanın hüküm ve neticelerini tetkik ederken söylediğimiz gibi mahallî kanuna tâbi olacaktır.

§ 11 — Usule mütaallik meseleler;

1 — Boşanma ve ayrılıkta sulh teşebbüsü ve tâbi olacağı kanun:

Malûm olduğu üzere boşanma ve ayrılık dâvalarının mesmu olabilmesi için taraflar sulh teşebbüsünde (Tentative préalable de conciliation) bulunmak mecburiyetindedirler (119). Eğer sulh teşebbüsü akim kalırsa bu takdirde boşanma ve ayrılık dâvası mesmu olacaktır. Farzedelim ki tarafların millî kanununca sulh teşebbüsünde bulunmak mecburiyeti olmasın (120). Bu takdirde Türk kanununu mu yoksa tarafların millî kanunu hükümlerini mi tatbik etmek mecburiyetinde bulunacağız?

Hiç şüphe yok ki sulh teşebbüsü meselesi bir usul meselesidir. Hususî hukuku düvelde müttefikan kabul edildiği veçhile usule mütaallik hükümler intizamı âmmeden mâduttur. İntizamı âmme, bilindiği üzere, millî kanunun tatbikına engeldir. Âmme intizamı mevzuubahsolunca millî kanun yerini mahallî kanuna terketmek zorundadır. Şu halde, böyle bir meselede Türk hâkimi ecnebi olan tarafların millî kanunlarını tetkik etmek mecburiyetinden vârestedir. Onun yapacağı iş doğrudan doğruya Türk kanununun ahkâmına riayet etmekten ibaret olacaktır. Binaenaleyh iki taraftan biri ecnebi memleketinde mukim veya diğer tarafın ikametgâhı meçhul veya sulh te-

(118) Bu fıkra aynen şöyledir. (Les Immeubles, mème ceux possédés par les étrangers sont régis par la loi française) gayri menkuller, ecnebler tarafından tasarruf edilenler de, Fransız kanunu ile idare olunur.

(119) Türk H. U. M. K. nun 494 üncü madûesi mucibince boşanma ve ayrılma davasını ikame için evvel emirde hasmı sulh hâkimi huzurunda davet lâzımdır. Davet ettirilmedikçe dava mesmu olmaz.

(120) İsviçrede usul federal olmadığından İsviçre medenî kanunu kantonları boşanma ve ayrılık davalarının mesmu olması için sulh teşebbüsüne tâbi tutup tutulmamakta serbest bırakmıştır.

şebbüsünün her halde faydasız kalacağı meczum ise sulh hâkimi müddeiyi sulh teşebbüsünden istisna edebilir (madde 496).

Sulh teşebbüsü akim kalırsa boşanma dâvası 498 inci madde mucibince teşebbüsün vukuu tarihinden itibaren üç ay zarfında ikame olunmak lâzımgelir. Bu müddetin mürurundan sonra sulh teşebbüsü merfu addolunur. Binaenaleyh yeniden sulh teşebbüsü yapılmak lâzımdır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 187 nci maddesinin 6 numaralı fıkrasına nazaran sulh teşebbüsü itirazatı iptidaiyeden addedilmektedir. O halde sulh teşebbüsünün yapıp yapılmadığını hâkim re'sen nazara alamıyacak; bunun yapılmadığını iddia eden taraf esasa girmeden evvel bunu dermeyan evliyecektir. Aksi takdirde itirazı kabul olunmaz.

2 — Usule mütaallik diğer meseleler:

Sulh teşebbüsü gibi usule mütaallik diğer meselelerde dâvanın ikame edildiği mahal kanunu hükümleri cari olacaktır. Şu hale nazaran dâvanın ikamesi şekilleri, mahkemeye davet, tebligata mütaallik kaideler, gıyap şartları, dâvanın devamı esnasında alınması icabeden muvakkat tedbirler, beyyine ve tahkikat kaideleri, mukabil dâva, hüküm ve bu hüküm aleyhine müracaat edilebilecek kanunî yollara mütaallik hususat hep «Lex Fori» ye tâbi olacaktır.

İkinci kısım

KAZAİ SALÂHIYET İHTİLÂFLARI

§ 1 — *Boşanma ve ayrılık meselelerinde salâhiyet:*

Şimdiye kadar yalnız boşanma ve ayrılık meselelerinden doğacak teşriî salâhiyet ihtilâflarıyla meşgul olduk. Şimdi kazaî salâhiyet ihtilâflarını gözden geçirelim.

Şüphe yok ki, eğer karı kocanın me'buu olan Devlet kazası, tâbiri diğerle karı kocanın millî mahkemeleri boşanma ve ayrılık dâvasını görecektir olsa idi hiçbir ihtilâf mevcut olmayacaktı. Pek tabiidir ki ecnebi bir memleket mahkemesi tarafından ittihaz olunan boşanma veya ayrılık kararlarının salâhiyettar bir mahkeme tarafından verilmiş olmadıkça diğer memleketlerde hukukî bir kıymeti olamaz.

Ayrılık ve boşanmadan mütevellit kazaî salâhiyet ihtilâflarını tetkike başlamadan evvel bir noktaya temas etmek lâzımdır: bazı mevzuat ve mehakim içtihadı, muvacehesinde bulunulan bir kanun ihtilâfında bu ihtilâfa tatbik edilecek kanunla dâvayı görmeğe salâ-

hiyettar mahkeme arasında hiçbir fark gözetmemektedir (1). Bunlara nazaran meselâ: boşanma tarafların millî kanununa tâbi ise boşanma kararını verecek olan mahkeme de tarafların tâbi oldukları Devlet mahkemesidir.

Bu fikre iştirak edemeyecek ve bu hususta Fransız müelliflerinden Niboyet'in pek haklı olarak söylediklerini zikirle iktifa edeceğiz. Bu müellif diyor ki: «Bir mahkemenin kazaî salâhiyetiyle teşriî salâhiyeti prensip itibariyle birbirinden müstakildir. Bu, şunu ifade eder:

1 — Bir memleket kanununun salâhiyeti bu memleket mahkemelerinin salâhiyetini mucip olmaz.

2 — Bir memleketin mahkemelerinin salâhiyeti bu memleketin, esas bakımından kanununun tatbikını icabetmez.

Bu salâhiyetlerin (yani teşriî ve kazaî salâhiyetler) istiklâli prensip itibariyle hususî hukuku düvelin mevcudiyeti şartıdır. Filhakika kaza tecezzi etmeseydi ecnebiye bir kanun Fransada asla tatbik edilemezdi. Bu sistem nazari bakımdan imkânsız olurdu. Bu iki mefhum ekseriya karıştırılmıştır. Hattâ o derece ki bir memleket kanunu kabili tatbik değilse bu memleketin mahkemeleri salâhiyettar değildir denilmektedir. Bu karıştırmadan kat'iyen iktinabedilmelidir (2).

Audinet'nin dediği gibi dahilî hukuk münasebetlerinde olduğu gibi beynelmilel münasebetlerde de münazaanın mahiyeti karar verecek mahkemeyi tâyin eder. Müddeaaaleyhin ikametgâhı mahkemesinin şahsî dâvaları görmek hususunda salâhiyetli olacağı meselesi umumî bir kaidedir (3). Tarafların tâbiyetlerinin ehemmiyeti yoktur. Her memleketin mahkemeleri yalnız kendi tâbiyetini haiz şahıslar arasında değil ve fakat yabancılar arasında çıkacak dâvaları görmek hususunda da salâhiyetli olmalıdır. Şu kadar ki müddeaaaleyh kendi salâhiyetleri hududu dahilinde ikametgâha malik olsun. Ecnebler umumî emniyetten mütevellit ihtiyaçların haklı göstereceği istisnalar bertaraf eildiği takdirde yerlilerin istifade ettikleri haklardan müstefit olmalıdırlar. Bu hakları teyid etmek ve bir müeyyideye bağlamak için onlara, mahkemelere müracaat etmeğe müsaade edilmiş olmalıdır.

(1) İsviçre federal mahkemesinin bazı kararları bu meyanda zikredilebilir. Bu hususta daha fazla tafsilât için Fribourg Üniversitesi hukuk fakültesi hususî hukuku düvel profesörü Henri Legras'nın 1940 tarihli hususî hukuku düvel ders notlarına bakınız.

(2) Niboyet; Adı geçen eser, S. 865

(3) Actor sequitur forum rei.

Boşanma ve ayrılık meselelerinde mahkemelerin salâhiyetlerini tetkik ederken bir taksim yapmak mecburiyetini hissediyoruz:

- I — Türk mahkemelerinin ecnebler arasında mütehaddis boşanma ve ayrılık dâvalarında salâhiyeti;
- II — Ecnebi memleketler mevzuatı;
- III — La Haye mukavelesinin salâhiyete mütedair hükümleri.

I — Türk mahkemelerinin ecnebler arasında mütehaddis boşanma ve ayrılık dâvalarında salâhiyeti:

Türk vâzı kanununun dahili hukukta kabul eylemiş olduğu ve boşanma ve ayrılık meselelerinde Türk hâkiminin salâhiyetini gösteren kaidenin ecnebler hakkında tatbik edilebilmesi için lâzımgelelen şartları tetkik edelim. Bunun için de ecneblerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanunun 4 üncü maddesi nazarı dikkate alınmak lâzımdır. Mezkûr madde mucibince: «Tebaa-i ecnebiyeye mütaallik ve emval-i gayr-i menkuleye ait bilcümle daavi ile mevadd-ı saire-i hukukiye ve ticariye ve cezaiye dâvaları tebaa-i Osmaniye alâkadar olmasa dahi mahakim-i Devlet-i Aliyede kavanin ve nizamat ve usul-ü Osmaniye tevfikan rüyet olunur. Şu kadar ki gayr-i Müslim tebaa-i ecnebiyeye mütaallik olup da akit ve fesh-i nikâh ve tefrik-ı ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuk-u aileye ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vasayet gibi ehliyete ve emval-i menkuleye ait vasiyet ve terekelere mütaallik bulunan dâvaların mahakim-i Osmaniye tevfikan rüyet edilebilmesi tarafeynin birrıza müraعاتine veya tebaa-i Osmaniye alâkadar bulunmasına veyahut mahakim-i Osmaniye derdest-i rüyet daaviye müteferri olmasına mütevakıftır. Ve bu surette intizam-ı âimme-i Devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadaranın hükümet-i metbuaları kavaninine ve ihtilâf-ı kavanin halinde hukuk-u hususiye-i düvel kavaidine tevfi-kan muamele olunur.»

Bu madde tahlil edilecek olursa şu neticeye varırız:

A) Ecnebi tâbiyetini haiz olup da Müslüman olan kimseler arasında mütehaddis boşanma ve ayrılık dâvaları;

B) Ecnebi tâbiyetini haiz olup da Müslüman olmıyanlar arasında mütehaddis boşanma ve ayrılık dâvaları;

A) Ecnebi tâbiyetini haiz olup da Müslüman olan eşhas arasında mütehaddis boşanma ve ayrılık dâvalarında Türk mahkemeleri salâhiyettardır. Bu hususta uzun uzadıya tafsilât vermeğe hacet yoktur.

B) Ecnebi tâbiyetini haiz olup da Müslüman olmıyanlar arasında

da mütehaddis boşanma ve ayrılık dâvalarında Türk mahkemeleri salâhiyettar olabilmek için şu şartlardan birinin tahakkuku lâzımdır:

- 1 — Taraflar birrıza müracaat etmişlerse (4);
- 2 — Türk tâbiyetini haiz olan bir şahıs dâvada alâkadar ise.

Bu da şu hallerde mevzuubahsolabilir:

a) Bir ecnebi ile evlenen bir Türk kadını tarafından veya onun aleyhine ikame edilmiş boşanma veya ayrılık dâvası halinde;

b) Ecnebi tâbiyetinde olan karı kocadan birinin Türk tâbiyetini alması ve bunlardan biri tarafından ikame edilen boşanma veya ayrılık dâvası halinde.

Türk mahkemelerinin salâhiyettar olması hali:

Farzedelim ki Türk mahkemeleri yukarıda zikrettiğimiz şartlardan birinin tahakkuku ile boşanma veya ayrılık dâvalarını görmek hususunda salâhiyettardır. Bu takdirde hangi Türk mahkemesi salâhiyettar olacaktır? Bu hususta yine bir taksim yapmak ve meseleyi böylece tetkik etmek icabeder:

1 — Zatî mesele itibariyle salâhiyet (Compétence rationae materiae) (5);

2 — Mahal itibariyle salâhiyet (Compétence rationae personae vel loci) (6).

1 — Zatî mesele itibariyle salâhiyet:

Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ve Medenî Kanunla diğer kanunlarda sulh mahkemelerinin vazifesine dahil hususlar arasında boşanma zikredilmemesine binaen boşanma ve ayrılık dâvaları asliye mahkemelerinde rüyet edilmek icabeder (7).

2 — Mahal itibariyle salâhiyet:

Medenî Kanunumuz mahal itibariyle salâhiyet meselesinde İsviçre Medenî Kanununun 144 üncü maddesi hükmünü aynen kabul etmiş bulunmaktadır. Medenî Kanunumuzun 136 ncı maddesine naza-

(4) Bu rıza sarîh olacağı gibi zımnî de olabilir. Müddeaaaleyhin asliye mahkemesinde salâhiyet itirazı dermeyan etmemesi halinde zımnî bir rıza muvacehesindeyiz demektir.

(5) Buna aynı zamanda mutlak salâhiyet, vazife «Compétence absolue» derler

(6) Buna aynı zamanda nisbî salâhiyet, diğer tabirle salâhiyet «Compétence relative» derler.

(7) Yalnız sulh teşebbüsü sulh mahkemelerinin vazifesi cümlesindedir.

ran boşanma ve ayrılık dâvalarında salâhiyettar hâkim dâvacının ikametgâhı hâkimidir (8).

Sarahaten görüldüğü üzere kanun vâzımız boşanma ve ayrılık meselelerine ait salâhiyet hususunda «Actor sequitur forum rei» prensibini nazara almamış gibi görünüyor (9).

Türk kanun vâzı boşanma dâvalarında müddeinin ikametgâhı mahkemesini salâhiyettar addederken Medenî Kanununun 21 inci maddesinde mevzuubahsolan hükümden ilham almıştır. Bu hüküm, bildirildiği veçhile, «kocanın ikametgâhı karının ikametgâhıdır» şeklindedir. Öyle ise Profesör Musutafa Reşidin de dediği gibi ahvalin ekseriyeti azimesinde dâva aynı zamanda müddeaaaleyhin de ikametgâhında rüyet edilmiş olur. Şu kadar ki meselâ: koca karısını terkeder ve ikametgâhı meçhul bulunursa karı kendisine hususî bir ikametgâh intihabedebilir. Bu halde, karı, kocasının meçhul olan ikametgâhını bularak boşanma dâvasını ikameye mecbur edilmek muvafık görülmez. Ancak aralarında evvelce ayrılma kararı verilmişse karı yine kendisi için müstakil bir ikametgâh intihabedebilir. Bu halde dâvanın müddeinin ikametgâhında rüyet edilmesi kaidei umumiyeye hakikî bir istisna teşkil eder (10).

Burada diğer bir mesele mevzuubahsolabilir. Farzedelim ki ayrılık dâva ettikten sonra müddeaaaleyh bilmukabele boşanma dâva eder; ikisinin de ikametgâhı aynı mahalde olmazsa dâvanın ayrı ayrı mahallerde rüyet edilip edilmeyeceği muhtacı teemmüldür. Fikrimizce mütekabil dâva da, irtibatına binaen evvelce ikame edilmiş olan asıl dâvayı gören mahkemede rüyet edilmelidir.

II — Ecnebi memleketler mevzuatı:

İsviçre: İsviçre Medenî Kanunu boşanma ve ayrılık dâvalarında ecnebi ile yerli arasında hiç fark gözetmemektedir. Bir ecnebi de yerli gibi İsviçre mahkemelerinde boşanma ve ayrılık dâvası ikame etmek salâhiyetini haizdir. Filhakika İsviçre Medenî Kanununun Titre final (son bap) madde 59 7 h mucibince ecnebi tâbiyetinde olan ve İsviçrede ikamet eden karı koca dan her biri ikametgâhı hâ-

(8) Türk M. K. nun 136 inci maddesine tekabül eden İsviçre M. K. nun 144 üncü maddesi aynen şöyledir: «Le juge compétent est celui de la partie demanderesse».

(9) Filhakika H. U. M. K. muzun 9 uncu maddesi şöyle bir hükmü ihtiva etmektedir: «Her dâva ikame edildiği tarihte müddeaaaleyhin Kanunu Medenî mucibince ikametgâhı addolunan mahal mahkemesinde bakılır».

(10) Mustafa Reşit; Kanunu Medenî şerhi S. 63.

kimi huzurunda boşanma veya ayrılık dâvasını ikame etmek hakkını haizdir (11).

İsviçre mevzuatı bu suretle salâhiyet meselesini tespit ettikten sonra ikame edilmiş olan boşanma veya ayrılık dâvasının mesmu olması için esasa mütaallik bazı şartların tahakkukunu da lüzumlu kılmıştır. Şöyle ki İsviçrede ikamet eden ecnebinin ikame etmiş olduğu boşanma ve ayrılık dâvaları mesmu olabilmek için tâbi olduğu Devlet Kanununun veya mahakim içtihadının dermeyeran edilen boşanma sebebini kabul ettiğini ve İsviçre kazasını tanıdığını ispat etmelidir (12).

Macaristan: Macaristanda ecnebilerin boşanma veya ayrılık kararı istihsal edebilmeleri için Macaristan mahkemeleri tarafından verilecek olan hükmün karı kocanın, tâbiyetini haiz oldukları Devlet tarafından tanınması şarttır. Görülüyor ki Macaristan da İsviçre mevzuatı gibi ecnebilerin boşanma ve ayrılık istihsal edebilmeleri için verilecek hükmü tanınmaya tâbi tutmaktadır (13).

İsveç: İsveç mahkemelerinin ecnebilerin boşanma veya ayrılıklarına hükmetmek hususunda salâhiyettar olabilmeleri için 1902 tarihli La Haye mukavelesinin 5 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki şartların tahakkuku lâzımdır. Bu şartları, mezkûr mukavelenin ayrılık ve boşanmaya mütaallik salâhiyet ihtilâfları hükümlerini tetkik ederken göreceğimiz için burada zikretmeğe lüzum görmüyoruz.

Fransa: Fransız Usulü Muhakemat Kanununun 59 uncu maddesinin birinci fıkrası mucibince ve Fransız mahkemelerinin müstakar içtihadına göre boşanma ve ayrılık dâvalarında salâhiyettar mahkeme ikametgâh mahkemesidir. Mezkûr kanun dahili salâhiyet halleriyle hususî hukuku düvele taallûk eden haller arasında hiçbir fark

(11) İsviçre federal mahkemesinin müstakir içtihadına nazaran İsviçrede ecnebiler arasında hükmedilen boşanmanın fer'i hükümleri İsviçre hukuku tarafından idare olunur. Eğer boşanmaya ecnebi memleketlerde hükmedilmişse; bu takdirde fer'i hükümler ecnebi kanun ve kazasına tâbidir. Max Petitpierre; *droit international privé, de la Suisse, répertoire de droit international t. VII, P. 162.*

(12) Aşağıdaki devletler İsviçre kazasını, yani İsviçre mahkemelerinde ikame edilecek boşanma ve ayrılık davalarını tanımamaktadırlar; bu hususta kendi mahkemelerini salâhiyettar addetmektedirler: İngiltere, Yunanistan, Avusturya, Yugoslavya, Macaristan. Türkiye de bu devletler arasında zikredilebilir. «Simond, divorce et séparation de corps des étrangers domiciliés en Suisse, Clunet 1927, p. 416.

(13) *Le droit international privé de la Hongrie, répertoire de droit international t. VI. P. 508*

yapmamaktadır. Mahaza bu esas bazı istisnaları ihtiva eylemektedir. Filhakika Fransız kanunu taraflardan birinin Fransız tâbiyeti dolayısıyla ikametgâh mahkemesi olmıyan diğer bir mahkemeye salâhiyet vermektedir.

Ecnebler arasında mevzuubahsolan boşanma ve ayrılık dâvalarında da Fransız içtihadı Fransız mahkemelerinin salâhiyetsizliğini bazı hususî ahvalde kabul eylemektedir.

Fransız mahkemelerinin salâhiyet veya ademi salâhiyet meselelerini tetkik ederken şöyle bir tefrik yapalım:

- 1 — Fransızın müddei ve ecnebinin müddeaaaleyh olması hali;
- 2 — Fransızın müddeaaaleyh ve ecnebinin müddei olması hali;
- 3 — Müddei ve müddeaaaleyhin ecnebi olmaları hali.

1 — Fransızın müddei ve ecnebinin müddeaaaleyh olması hali:

Bu hususta Fransız Kanunu Medenisinin 14 üncü maddesini zikredelim: bu maddeye göre bir Fransız Fransada oturmıyan bir ecnebi aleyhine kendisi tarafından akdedilen borçların icrası için Fransız mahkemelerinde dâva ikame edebilecektir. Yine ecnebi memleketlerde bir Fransızla akdetmiş olduğu borçlardan dolayı Fransız mahkemelerinde dâva ikame edebilecektir.

Fransız Medenî Kanununun bu maddesinde yalnız borçlardan bahsedildiği halde Fransız mahakim içtihadı bu maddeyi mantıkî olarak geniş bir mânada tefsir eylemiş ve mezkûr maddeyi aşağıdaki hallere de teşmil etmiştir:

Bu haller şunlardır:

a) Mukaveleden doğmıyan borçlar (Obligations non-contrac-tuelles); şibih mukaveleden doğan borçlar (Obligations quasi-contrac-tuelles); cürümden mütevellit borçlar (Obligations délictuelles); ve kanunî borçlar (Obligations légales);

b) Eşhasın ahvalî şahsiyesine taallük eden dâvalar (evlenmenin butlanı, boşanma, nesep);

c) Ehliyet mütaallik dâvalar;

d) Mirasa mütaallik dâvalar (hattâ hiçbir miras unsuru Fransada bulunmasa bile);

e) Muhtelit dâvalar (bir bey' akdinin feshi dâvası gibi).

Tâbiri diğerle bütün şahsî dâvalar Fransız kotsivilinin 14 üncü maddesi hudutları dahiline girer (14).

Görülüyor ki aynı madde hükümleri boşanma hakkında da ca-ridir. O halde Fransız tâbiyetinde olan eş, müddeaaaleyh Fransada

(14) Niboyet, adı geçen eser, sa. 889.

ikamet etmese bile Fransız mahkemelerine müracaatle boşanma veya ayrılık dâvası ikame edebilecektir.

Muhakkaktır ki bu suretle Fransız mahkemelerinden sâdır olan boşanma ve ayrılık hükümleri ecnebi memleketlerde tanınmıyacaktır. Zira ecnebi memleketler mahkemeleri tarafından verilen ilâmların tanınması şartlarından en mühimmi de hükmün salâhiyetli bir mahkemeden sâdır olmasıdır. Halbuki burada ecnebi hakkında verilecek boşanma ve ayrılık kararında ecnebi tabiî hâkiminin salâhiyeti haricinde bir karar muvacehesinde bulunuyoruz.

2 — Fransızın müddeaaaleyh, ecnebinin müddei olması hali:

Fransız müddeaaaleyh olduğu takdirde vaziyet ne olacaktır? Bu halde Fransız Medenî Kanununun 15 inci maddesinde şöyle bir hükme tesadüf etmekteyiz:

«Bir Fransızın, hattâ bir ecnebi ile, ecnebi memleketlerde akdeylemiş olduğu borçlardan dolayı Fransız mahkemelerinde aleyhine dâva ikame edebilecektir.»

Bu madde de 14 üncü madde gibi Fransız doktrini ve mahakim içtihadı tarafından geniş bir mânada tefsir edilmiş bulunmakta, bînetice aynı kaide ahkâmı şahsiyeye mütaallik meselelerde cari olmaktadır.

Eğer boşanma ve ayrılığa müddeaaaleyh olan taraf Fransada ikametgâha malik ise yahut sadece orada oturuyorsa dâva ikametgâh mahkemesi veya bulunduğu yer mahkemesinde ikame olunur.

3 — Ecnebler arasında mütehaddis boşanma ve ayrılık dâvalarında salâhiyet:

Bidayette Fransız mahakim içtihadı ecnebler arasında çıkacak ihtilâfları görmek hususunda Fransız mahkemelerinin salâhiyetsiz oldukları kaidesini ileri sürüyordu. Fakat bugün bu prensibin istisnalarına tesadüf edilmektedir (15).

Romanya: Romen mahkemelerinin ecneblerin boşanmalarına hükmetmek hususundaki salâhiyetleri bir himaye tedbiri olarak kabul edilmektedir (16).

III — La Haye mukavelesinin salâhiyete mütaallik hükümleri:

La Haye mukavelesi yalnız boşanma ve ayrılıktan mütevellit teşriî salâhiyet ihtilâflarını halletmek için hususî hukuku düvel kaideleri vazetmekle iktifa etmemiş; boşanma ve ayrılıktan doğabilecek

(15) Daha fazla tafsilât için Valéry; adı geçen eser, No: 510

(16) Plastara; Droit international privé de Roumanie; Repertoire de droit international t. VII. P. 68

cek salâhiyet ihtilâflarını da bir hükme bağlamış bulunmaktadır. Bu kaideleri lâyıkiyle anlayabilmek için mukavelenin 5 ve 6 ncı maddeleri gözden geçirilmek icabeder.

1 — Prensip itibariyle dâva karı kocanın millî kazasına tâbidir (17). Meselâ: Alman kazası Almanlara taallûk eden boşanma ve ayrılık dâvalarında salâhiyettardır.

2 — Karı kocanın ikamet ettikleri memleket mahkemelerinde boşanma veya ayrılık dâvası ikame etmek veyahut aynı ikametgâha malik değilseler müddeaaaleyhin ikamet ettiği memleket mahkemelerinden birinde dâva ikame olunmak caizdir (18). Bununla beraber, böyle olabilmek için karı kocanın millî kanunlarının kendi mahkemelerine boşanma veya ayrılığa hüküm vermek salâhiyetini münhasıran mahfuz tutmuş olmamak lâzımgelir. Bilâkis karı kocanın millî kanununun mevcudiyetini tanımadığı bir evlenme mevzuubahis ise her halde dâvalarını ikametgâhları mahkemesinde ikame edebileceklerdir.

3 — Mukavelenin 6 ncı maddesine göre her halde karı koca ikamet ettikleri memlekette boşanma veya ayrılık talebetmeğe mezun olmadıkları hallerde bunlardan her hangi biri mezkûr memleketin salâhiyetli makamlarına müracaatle kanunlarının gösterdiği müşterek hayatın durması hakkında muvakkat tedbirlerin ittihazını talebedebilirler. Demek oluyor ki karı koca mevzuubahis tedbirleri Lex Domicilii'den talebetmek hakkını haizdirler.

Bahseylediğimiz şu tedbirler bir senelik bir müddet içinde millî kaza tarafından tasdik edilirse idame olunur. Şu kadar ki bunlar İkametgâh Kanununun müsaade ettiği zamandan fazla devam edemezler.

§ 2 — *Ecnebi memleket mahkemelerinden sâdır olan boşanma ve ayrılık kararlarının tanınması ve tenfizi:*

Burada da şu taksimi yaparak tetkikatımıza devam edelim:

- I — Türk mevzuatı;
- II — Ecnebi mevzuatı;
- III — La Haye mukavelesinin hükümleri.

(17) Forum patriae.

(18) Eğer malûm bir ikametgâhı yoksa yahut boşanma ve ayrılık sebebi zuhur ettikten sonra ikametkâhını tebdil etmiş ise son ikametgâh mahkemesi salâhiyettar olacaktır.

I — Türk mevzuatı:

1 — Türk tâbiyetini haiz olanların ecnebi bir mahkemede istihsal ettikleri boşanma ve ayrılık hükümleri;

2 — Ecnebi tâbiyetinde olan eşhasın ecnebi memleket mahkemelerinden istihsal ettikleri boşanma ve ayrılık hükümleri;

1 — Türk tâbiyetini haiz olanların ecnebi bir mahkemeden istihsal ettikleri boşanma ve ayrılık hükümleri:

Türk mevzuatına göre ecnebi mahkemeden verilen boşanma ve ayrılık hükümleri ne tanınacak ve ne de tenfiz edilecektir. Bu noktayı nazarı haklı göstermek için Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 18 inci maddesini zikrederim: (Türkiyede ikametgâhı bulunmayan Türk tebaası Türkiyede sakin değilse, ahkâmı şahsiye noktasından Türkiyedeki son ikametgâhı mahkemesine ve bulunmadığı halde Ankara mahkemesine tâbidir.)

İşbu maddeden istihraçedileceği üzere Türk kanun vâzı, ecnebi memleketlerde bulunan Türklerin ahkâmı şahsiyeye taallük eden dâvalarını rüyet edecek mahkemeyi Türk mahkemesi olarak kabul eylemekte ve ecnebi mahkemeleri için bu hususta hiçbir salâhiyet tanımamaktadır. Bundan çıkacak netice de, hiç şüphesiz ecnebi mahkemelerden verilecek olan boşanma ve ayrılık kararlarının Türkiyede tanınmayacağıdır (19).

Türkler hakkında ecnebi mahkemelerden sâdır olan boşanma ve ayrılık kararlarının Türkiyede tenfiz edilip edilmeyeceği meselesine gelince: buna, biraz sonra daha geniş bir şekilde tahlil edeceğimiz Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 540 ıncı maddesi müsaade etmemektedir.

2 — Ecnebi tâbiyetinde olan eşhasın ecnebi memleket mahkemelerinden istihsal ettikleri boşanma ve ayrılık hükümleri:

Ecnebi tâbiyetinde olan kimseler hakkında ecnebi mahkemelerden sâdır olan boşanma ve ayrılık hükümleri Türkiyede tanınacak mıdır?

Fikrimizce bu kararların Türkiyede tanınması lâzımgelir. Hiç şüphesiz yok ki cebrî icrayı tazammun etmiyen ve ecnebi mahkemelerden verilen ahkâmı şahsiyeye mütaallik ilâmların tanınmasına hiçbir mâni yoktur (20). Meselâ: Türkiyede ikamet eden bir ecnebi

(19) Sauser-Hall de Cenevre Hukuk Fakültesinde verdiği hususi huku kü düvel notlarında aynı fikre taraftardır, s. 95.

(20) Aynı mealde Salem; De l'exécution des jugements étrangers en Turquie, Clunet, 1928, p. 330.

millî mahkemesinden boşanma kararı istihsal eylemiştir. Bilâhare Türkiyeye gelerek evlenmek istiyor. Burada tenfize mütaallik bir vaziyet karşısında değiliz. Binaenaleyh bu kararı Türk makamları tanımalıdır. Nihayet bu hakkı müktesep prensibin tabii bir neticesidir.

Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin noktai nazarımızı teyideden bir kararını burada zikretmeliyiz:

«Müddei: (...)

Müddeaaleyh: (...)

Mahcur (...) kayyımlığının ref'i hakkında itirazen sâdır olan 29/1/1940 tarih ve 99 numaralı hükmün temyizden tetkiki avukat kayyım (...) tarafından talebedilmiş olmakla bittetik temyiz istidasının müddeti içinde ita ve kaydedildiği görülüp kabulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü:

Yunan tebaasından (...) nın kanunen tahtı hacre alınması ve diğer oğlu (...) nın vasi tâyin edilmesi valideleri tarafından talebolunmasına ve umuru vasayeti (...) dahi bilmuvafaka kabul eylesine ve ecnebi tâbiyyetinde bulunanların ahkâmı şahsiyeye mütaallik mesailde dahi buldukları mahal mahakiminin salâhiyeti kazaiyelerini kabul ettikleri takdirde mahallî mahkemelerinin bu bapta karar ittihazına salâhiyetli bulunmasına ve mahcurun menkul ve gayrimenkul emvalinin bizzat veya vekil vasıtasıyla idaresinde vasi veya vekilin Medenî Kanununun 381 ve mütaakıp maddeleri hükümlerine riayet etmeleri ve sulh mahkemelerinin de Medenî Kanunun hükümlerine tevfikân vasi veya vekili murakabe eylemeleri muktazi olup bu bapta muvakkat tedbirler ittihazına salâhiyeti olmasına ve mezkûr tedbirler aleyhine alâkadarın Medenî Kanununun 432 nci maddesine tevfikân itiraz hakkı bulunmasına göre mahkemei asliyenin hâdiseye tetabuk etmiyen 381 ve 372 nci maddelerine istinaden itirazın tetkikına girişmesi neticeye müessir bulunmamıştır.

Kayyımlık kararının ref'i talebi üzerine cari tetkikat neticesinde vasinin Atina mahkemesinden istihsal eylediği müşavirlik hükmünün usulün 540 ıncı maddesi mucibince tenfizi hakkında bir karar istihsal edilmedikçe muteber olamayacağı noktai nazarına gelince: bir ecnebinin tâbi olduğu memleketin salâhiyettar mahkemesinden istihsal edip de Türkiyede cebri tenfize ihtiyaç hissettirmeksizin ifası mümkün bulunan ve şahsi bir hak ve bir hal ihdas eden vasi, müşavir gibi hükümler hakkında tenfiz kararının istihsaline lüzumu kanunî mevcut olmamasına ve iki hüküm arasında mahiyeten

bir fark olmamakla beraber intizamı âmme kaidelerine istinadeden murakabe keyfiyeti müddei tarafından da kabul ve bu bapta bir itiraz mesbuk bulunmamasına ve vasinin bizzat veya vekili marifetiyle idarei umur etmelerine bir mâniî kanunî olmamasına ve vasinin azlini mucip bir sebep tahakkuk etmemekle beraber salâhiyetli mahkemeye bir taraftan bu bapta bir müracaat da mesbuk bulunmamasına ve vasi tarafından vekil tâyin ve hesap dahi ita edilmesine göre vârit olmıyan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna muvafık görülen asliye mahkemesi kararının tasdikına» (21).

Ecnebler hakkında ecnebi memleket mahkemesi tarafından verilen boşanma ve ayrılık kararlarının Türkiyede tenfiz edilip edilmeyeceği meselesine gelince:

Farzedelim ki Türkiyede ikamet eden ve İsviçre tâbiyyetini haiz olan bir şahıs İsviçrede boşanma kararı istihsal etmiş ve kendisine yoksulluk nafakası takdir edilmiştir. Mezkûr şahıs bilâhare Türkiyeye gelerek bu nafaka ilâmını tenfiz ettirmek istiyor; bu hüküm Türkiyede tenfiz edilebilecek midir?

Bu suale müspet veya menfi bir cevap verebilmek için 2 teşri-nievvel 1927 tarihinde mevkii mer'iyete giren Nöşatel kantonu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan adapte edilmek suretiyle alınan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzu tetkik eylemek lâzımdır. Bundan evvel söyliyelim ki bu kanundan evvel ecnebi mahkemeleri tarafından verilen hükümlerin icrasına mütaallik 11 nisan 1918 tarihli bir kanunumuz mevcuttu. Mezkûr kanun yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu tarafından zımnen lâğvedilmiş olduğundan bununla uzunboylu iştigal etmiyecek, yalnız ikinci maddesini zikirle iktifa edeceğiz.

11 nisan 334 tarihli mahakimi ecnebiyeden verilen ilâmatın sureti tenfizi hakkındaki kanunun dördüncü maddesi aynen şöyledir:

«Tenfiz kararı ita olunabilmek için;

Evvelâ, Devlet-i Aliye-i Osmaniye ile ilâmı ita eden mahkemenin mensup olduğu Devlet beyninde bu bapta mukabele bilmisil esasına müstenit mukavele veya muahede bulunması;

Saniyen ilâmın, rüyeti münhasıran mahakim-i Osmaniyyeye ait bir dâvaya mütedair olmaması;

Salisen ilâmın kavanin-i Osmaniye mucibince dâvayı rüyete da-

(21) Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinin bu kararı neşredilmemiştir.

hil daire-i salâhiyeti olan bir memleket-i ecnebiye mahkemesinden verilmiş ve kazıye-i muhkeme teşkil etmiş olması;

Rabian ilâmın intizam-ı âmmeyi muhil ve Osmanlı kavaid-i esasiye-i kanuniyesine muhalif ahkâmı ihtiva etmemesi;

lâzımdır.»

Eğer yukarıda dördüncü maddesini zikrettiğimiz kanun mevkiî mer'iyette olsaydı zikri geçen nafaka ilâmının Türkiyede infazı mümkün olurdu. Halbuki, bugün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz bu imkânı bertaraf etmiş bulunmaktadır.

Filhakika mezkûr kanunun 537 nci maddesinde ecnebi mahkemelerinden hukuk ve ticaret dâvalarına dair verilen nihai hükümleri mutazammın olup kazıye-i muhkeme teşkil etmiş olan ilâmların Türkiyede icra olunabilmesi ancak salâhiyettar olan Türk mahkemesi tarafından lüzumu tenfizi hakkında bir karar verilmesiyle kabildir dedikten sonra 540 ıncı maddesinde ilâmların tenfizini bazı şeraitin tahakkukuna tâbi kılmaktadır.

540 ıncı maddeye göre mahkemei asliye tenfiz kararını ancak kanaati dairesinde verir. Şu kadar ki aşağıdaki hallerde talebi reddetmeğe mecburdur:

a) Türkiye Cumhuriyetiyle ilâmı ita eden Devlet beyninde mukabele bilmisil esasına müstenit mukavele veya muahede bulunmaması;

b) İlâm salâhiyettar olmıyan bir mahkemededen verilmiş veya iki taraf usulen davet edilerek muhakeme gıyaplarında veya kanunî vekil ve mümessilleri huzurunda cereyan etmemiş ve müddeaaaleyh de bu noktadan itiraz eylemiş olması;

c) Hükmün hukuku âmme kaidelerine mugayir veya intizamı umumînin icabatına muhalif bulunması veyahut ilâmın Türk kavaidi esasiye-i kanuniyesine muhalif hükmü ihtiva etmesi;

d) İlâmın ahkâmı şahsiyeye veya aile hukukuna ait bir dâvaya mütedair bulunması;

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bu son fıkrasına göre biraz evvel sorduğumuz سوالin cevabını verebiliriz: İsviçre mahkemesi tarafından boşanma dolayısıyla verilen bu yoksulluk nafakası ilâmı Türkiyede infaz edilemeyecektir.

Nöşatel kantonu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda mev-

cut olmıyan bu fıkrayı Türk vâzı kanununun hangi ihtiyaçtan dolayı vazettiğini anlamak müşküldür (22).

Bize öyle geliyor ki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 540 ıncı maddesinin son fıkrası ile ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanunun 4 üncü maddesinin son fıkrasıyla ecnebilerin hukuk ve vezaifi hakkındaki kanunun 4 üncü maddesi arasında ahenk yoktur. Bu ahenksizliği tebarüz ettirebilmek için mezkûr maddeyi aynen nakledeyim:

«Tebaa-i ecnebiyeye mütaallik ve emval-i gayr-i menkuleye ait bilcümle daavi ile mevadd-ı saire-i hukukiye ve ticariye ve cezaiye dâvaları tebaa-i Osmaniye alâkadâr olmasa dahi mahakim-i Devlet-i Aliyede kavanin ve nizamat ve usul-ü Osmaniyyeye tevfikân rüyet

(22) Nöşatel kantonu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 540 ıncı maddesine tekabül eden 505 inci maddesi aynen şöyledir: «Sous réserve des dispositions de la constitution fédérale et des traités le tribunal cantonal statue librement sur la demande en exéquatur, il est toutefois tenu de l'écarter dans les cas suivants.

a) Si le jugement émane d'un tribunal incompetent, ou s'il a été rendu sans que les parties aient été dûment citées et légalement représentées ou défaillantes, et que l'opposant s'en préale;

b) Si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du canton s'opposent à ce que le jugement y reçoive son exécution.

Profesör Mustafa Reşit, 540 ıncı maddenin 4 numaralı bendini Türk tebaasına ait dâvalara mütedair olduğu suretinde tefsir etmektedir. Bu hukukçu diyor ki: ilâmın ahkâmı şahsiyeye veya aile hukukuna ait bir dâvaya mütedair bulunması da tenfize mâni teşkil eder. Burada vâzı kanunumuzun maksudını vuzuhla göremiyoruz. Şüphe etmek istemiyoruz ki vâzı kanunumuz ecnebilerin aile hukukuna dair salâhiyettar mahkemeden verilmiş olan kararların Türkiyede tenfize muhtaç olmaksızın kaziyei muhkeme teşkil edeceğini farzediyor. Bir Türkün ahvali şahsiyesine mütaallik dâvalar ise münhasıran Türkiyede rüyet edileceğinden bu hususa dair ecnebi mahkemesi kararını tenfiz Türk intizamı âmmesine mugayir telâkki olunmuştur.

Şu kadar ki ecnebilerin ahvali şahsiyesi hakkında salâhiyettar ecnebi mahkemesinden verilen karara tevfikân Türkiyede cebri muamelât ifası için ilâmın tenfize muhtaç olduğu derkârdır. Binaenaleyh bu fıkrada yalnız Türklerin ahvali şahsiyesine dair ecnebi mahkemesi kararlarının mevzuubahsolduğunu kabul etmek ve metni o suretle tefsir etmek zarureti aşikârdır (Hukuk Uusulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 617)

Sayın profesörün fikirlerine maalesef iştirak edemeyeceğiz. Bu noktai nazarın kabulü halinde, usulün 18 inci maddesi mucibince Türklere ait ahkâmı şahsiye dâvalarında münhasıran Türk mahkemelerinin salâhiyettar olmasına ve 540 ıncı maddenin 2 numaralı bendinde ilâmın salâhiyettar mahkemeden verilmemiş olması tenfize mâni addedilmesine göre mezkûr dördüncü bent zait olmak lâzımgelirdi.

olunur. Şu kadar ki gayr-i Müslim tebaa-i ecnebiyeye mütaallik olup da akit ve feshi nikâh ve tefrik-i ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuk-u aileye ve rüşd ve mezuniyet ve hacir ve vasayet gibi ehliyete ve emval-i gayr-i menkuleye ait ve vasiyet ve terikelere mütaallik bulunan dâvaların mahakim-i Osmaniyede rüyet edilebilmesi tarafeynin birrıza müracaatına veya tebaa-i Osmaniyenin alâkadar bulunmasına veyahut mahakim-i Osmaniyede derdest-i rüyet daaviye müteferri olmasına mütevakkıftır. Ve bu suretle intizam-ı âimme-i Devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadaranın hükümet-i metbuaları kavaninine ve ihtilâf-ı kavanin halinde hukuk-u hususiye-i düvel kavaidine tevfikana muamele olunur.»

Görülüyor ki bu maddeye nazaran gayrimüslim tebaai ecnebiyeye mütaallik olup da akit ve feshi nikâh ve tefriki ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüşd ve mezuniyet ve hacir gibi ehliyete mütaallik dâvaları, eğer taraflar Türk mahkemelerine müracaatle ittifak edemezlerse veya Osmanlı tebaası dâvada alâkadar bulunmaz veyahut da Osmanlı mahkemelerinde derdesti rüyet bir dâvaya müteferri olmazsa Türk mahkemeleri tarafından görülemez. Şu hale nazaran Türk kanun vâzu milli mahkemeleri bu hususta salâhiyetli görüyor demektir. Binaenaleyh mezkûr mahkemeler tarafından verilecek olan hükümlerin Türkiyede Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 540 ıncı maddesinin ilk üç bendindeki şartların tahakkuku halinde tenfizi icabeder.

Diğer taraftan bu kabil ecnebi ilâmlarının ademi tenfizi ecnebi memleketler tarafından Türk tebaası hakkında Türkiyede verilen ilâmların tenfiz edilmesi memnuiyetini istilzam edebilir ki bu da Türk tebaasının mağduriyetini mucip olur. Binaenaleyh 540 ıncı maddenin ahkâmı şahsiyeye veya aile hukukuna ait bir dâvaya mütedair olan ilâmın tenfiz edilmemesini âmir bulunan dördüncü bendi tayyedilmek lâzımgelir kanaatindeyiz.

Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Türklerin ahkâmı şahsiyelerine mütaallik dâvaları münhasıran Türk mahkemelerinin dairei salâhiyetine ithal eden maddesinin de ihtiyaç ve zaruretlere muvafık olmadığı şüphesizdir. Çünkü Abdülhak Kemal Yörük'ün pek haklı olarak dediği gibi ecnebi memlekette bulunan Türklerin ahkâmı şahsiyeye mütaallik ihtilâflarını halletmek için memleketimize gelmelerini istemek ekseriyetle böyle bir dâvadan vazgeçmelerini mucip olur. Diğer taraftan ahkâmı şahsiyeye mütaallik ihtilâflarda hakkın ispatı için delillerin mahallinde toplanması kolaydır. Bu delillerin ihtilâfların doğduğu mahalle uzak memleket hâki-

mi tarafından toplanması ve takdiri halinde uğranılacak müşkülât inkâr edilemez (23).

Ve nihayet Türk tâbiyetini haiz olan şahısların ecnebi memleket mahkemelerinden istihsal edebilecekleri ilâmlar, hattâ Türk kanunları tatbik edilmiş olsa bile; ne tanınacak ne de tenfiz edilecektir.

II — Ecnebi memleketler mevzuatı:

İsviçre: İsviçre mevzuatı ecnebi mahkemelerinden İsviçre tebasası hakkında verilen boşanma ve ayrılık kararlarını tanımaktadır. Filhakika İsviçre Medenî Kanununun titrifinalinin 59 uncu maddesinin 7 g fıkrası şöyle bir hüküm ihtiva etmektedir: «Ecnebi memleketlerde ikamet eden İsviçrelilerin ikametgâhları kanununa göre salâhiyettar hâkim tarafından verilmiş olan boşanma kararları federal mevzuat icaplarına cevap vermese dahi İsviçrede tanılır» (24).

Fransa: Fransız doktrini ahvali şahsiyeye taallûk eden hükümlerin tenfiz kararına muhtaç olmadıklarını kabul ediyor. Boşanma ve ayrılık hükümleri de bu kabildendir. Fransada mutavassıt bir fikir alâkadar karı kocanın ecnebi veya Fransız olduğuna göre bir tefrik yapmaktadır. Ecnebi karı koca mevzuubahis ise bu takdirde bir tenfiz kararı aranmayacak, eğer bunlar Fransız tâbiyetinde iseler boşanma ve ayrılık hükümleri Fransada ancak tenfiz kararı istihsal etmekle icra edilebilecektir. Her halde eğer ecnebi mahkemeden sâdır olan hüküm bir mahkûmiyet ihtiva ediyorsa bu takdirde tenfiz kararı istihsal edilecektir (25).

Tenfiz kararı istihsali için şu şartların tahakkuku lâzımdır:

1 — Hüküm ecnebi memlekette muteber olmalı;

Tabiatıyla böyle bir hükmün muteber olması için medenî kazadan sâdır olması zarurî değildir. Eğer bu memleket kanununa yani hükmü veren mahkemenin tâbi olduğu memleket mevzuatına nazaran dinî makamlar bu hususta hüküm vermeğe salâhiyettar iseler bu hüküm dahi muteber demektir.

2 — Hükmün salâhiyettar olan bir mahkeme tarafından verilmiş olması;

3 — Tenfizi talebolunan hüküm salâhiyettar kanun tatbik edilmek suretiyle verilmiş olmalı;

(23) Abdülhak Kemal Yörük; adı geçen eser, s. 28, No. 1.

(24) Max Petitpierre; adı geçen eser, s. 161 ve müt.

(25) Meselâ bir nafakaya hükmedilmişse.

Bu prensibe binaendir ki Seine mahkemesi Sansalvador Cumhuriyetinde verilen Fransızlar arasındaki rızayı tarafeynle boşanma kararının tenfizini reddelemiştir.

4 — Hüküm intizamı âmmeğe mugayir olmamalı;

Belçika: Ecnebiilerin ahvali şahsiyelerine taallük eden ve ecnebi mahkemelerden verilen ilâmlar tenfiz kararına hacet göstermeksizin Belçikada tanınmaktadır. Eğer hüküm maddi bir icra için Belçika makamlarının iştirakini istilzam ediyorsa bu takdirde tenfiz kararına lüzum vardır. Böyle bir tenfiz kararı hüküm Belçika tâbiyetini haiz bir şahsa taallük ediyorsa lüzumlu olacaktır.

Romanya: Ecnebi mahkemelerden istihsal edilen ve cebri icrayı istilzam eylemiyen boşanma hükümleri Romanyada tenfiz kararına lüzum kalmaksızın icra edileceklerdir.

İtalya: İtalyada ecnebi mahkemelerden sâdir olan ilâmların tenfizi 1919 tarihli kanunla idare edilmektedir. İntizamı âmme prensiplerinin tatbiki dolayısıyla İtalya tâbiyetini haiz karı koca arasında boşanma hükümleri İtalyada icra edilmezler. Eğer alâkadar karı koca aslı tâbiyetlerini telsik edilmek suretiyle kaybetmişlerse bunlar hakkındaki boşanma hükümleri icra edilir.

Almanya: Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun muhtelif metinleri şunları istihdaf eder:

A — Ecnebi memleketlerde verilen hükümlerin tanınmasının tâbi olduğu şartları;

B — Mezkûr memleketlerde verilen hükümlerin icrasını.

A — Her şeyden evvel ecnebi mahkemelerden verilen hükümlerin Almanyada tanınması için lâzımgelen şartları kısaca gözden geçirelim:

Şu hükümler Almanyada tanınmazlar:

1 — Eğer hükmü veren mahkeme Alman kanunlarına nazaran salâhiyettar değilse;

2 — Eğer dâvayı kaybeden müddeaaaleyh Alman ise ve dâvaya kendisine tebligat yapılmadığı için cevap verememişse;

3 — Eğer Alman olan tarafın aleyhine olarak Alman Medeni Kanununa methal kanunun 13 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları veyahut 17, 18 ve 20 nci maddeleri hükümleri nazara alınmamışsa;

4 — Eğer hükmün tanınması Alman kanunlarının gayesine ve âdabı umumiyeğe mugayir ise;

5 — Eğer mütekabiliyet prensibi temin edilmemişse;

Bu son şart hüküm paraya mütaallik bir iddiaya mütedair olma-

dığı ve Alman kanunlarına nazaran hiçbir Alman mahkemesi salâhiyettar bulunmadığı takdirde mezkûr hükmün tanınmasına mâni teşkil etmez.

B — Ecnebi mahkemelerinden verilen ilâmların icrası:

Almanyada ecnebi mahkemelerinden sâdır olan ilâmların icra edilebilmesi için tenfiz kararı verilmek lâzımgelir. Aksi takdirde hüküm tenfiz edilemez.

İsveç: Bir ecnebi memleket makamlarının bu memleket tâbiyetini haiz şahıslar hakkında verdiği boşanma ve ayrılık hükümleri İsveçte muteberdir. Bir ecnebi memleket makamı tarafından ecnebi veya İsveç tâbiyetini haiz olan kimseler hakkında verilmiş olan boşanma ve ayrılık kararları İsveçte muteber olmak için şu şartların tahakkuku lâzımdır:

1 — Hükmün verildiği memleket makamının 1902 tarihli La Haye mukavelesinin 5 inci maddesi mucibince salâhiyettar olması;

2 — Boşanma ve ayrılığa taallük eden hükmün tarafların milli kanunlarının gösterdiği bir sebepe müstenit bulunması.

III — La Haye mukavelesinin hükümleri:

1902 tarihli La Haye mukavelesi pek mantıkî olarak âkit Devletlerden birinin mahkemesi tarafından ittihaz edilen boşanma ve ayrılık kararlarının tanınması hakkında hükümler ihtiva etmektedir. Bu husustaki hükümleri tetkik ederken şöyle bir tefrik yapmalıyız:

1 — Adli kaza tarafından verilen kararlar;

2 — İdarî kaza tarafından verilen kararlar;

1 — Adli kaza tarafından verilen kararlar;

Mukavelenin 7 nci maddesi hükmüne nazaran boşanma ve ayrılık hakkında ittihaz edilen kararlar her yerde tanınacaktır. Bunun için tek bir şart bu hükümlerin mukavelenin 5 inci maddesinde tâyin edilen salâhiyettar mahkeme tarafından verilmiş olmasıdır. Yalnız bu tanınma keyfiyeti kat'î bir mahiyet arzotmemekte ve ancak tanınmanın mümkün olabilmesi için 7 nci maddede tâdadedilen bazı şeraitin tahakkuk etmesi lâzımgelmektedir. Bu şartlar şunlardır:

a) Mukavelenin hükümlerine riayet edilmiş olmalı;

b) Gıyaben verilen hükümlerde müddeaaaleyh, milli kanunu tarafından ecnebi mahkemelerden sâdır olan kararların tanınması hakkındaki hususî ahkâm mucibince mahkemeye dâvet edilmiş olmalı.

2 — İdarî kaza tarafından verilen kararlar:

La Haye mukavelesi daha ileri giderek idarî kaza tarafından ittihaz edilecek boşanma ve ayrılık kararlarının her yerde tanınma-

sını da kabul eylemektedir. Bunun için de aşağıdaki şartın tahakkuk etmesi lâzımgelir: karı kocadan birinin milli kanunu bu kabül boşanma ve ayrılık kararlarını tanımalıdır. Aksi takdirde bu kararlar hiçbir hüküm ifade etmeyeceklerdir.

Osman Fazıl Berki

BİBLİYOGRAFYA

- ABDÜLHAK KEMAL YÖRÜK: «Devletler Hususî Hukuku», İstanbul 1937.
- AHMET ESAT ARSEBÜK: «Medenî Hukuk», Ankara 1938 - 1940, 2 cilt.
- «Annuaire de législation étrangère», publiée par la société de législation comparée, Paris, année 1872 et ss.
- ASSER. Précis de droit international privé», Paris.
- ANDINET: «Des conflits de lois en matière de divorce et de séparation de corps», «Recueil de cours de l'académie de droit international de La Haye», 1926, t. I. p. 222.
- HENRI DEGAND: «Divorce et séparation de corps», Répertoire de droit international, t. v. p. 541.
- HENRI LEGRAS: «Cours de droit romain», Fribourg.
- HENRI LEGRAS: «Cours de droit international privé», Fribourg.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE: «Précis de droit international privé», Paris 1937.
- MAKAROV: «Précis de droit international privé d'après la législation et la doctrine russes», Paris 1933.
- MUAMMER RAŞİT SEVİG: «Devletler Hususî Hukuku», İstanbul 1937.
- MUSTAFA REŞİT BELGESAY: «Kanunu Medenî Şerhi», İstanbul 1926.
- MUSTAFA REŞİT BELGESAY: «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi», İstanbul 1928.
- NIBOYET: «Manuel de droit international privé», 2^e éd. Paris 1928.
- NIBOYET et GOULÉ: «Recueil de textes usuels de international», Paris 1929, 2 vol.
- NUSRET METYA: «Hukuku Hususiyei Düvel ders notları», Ankara Hukuk Fakültesi neşriyatı.
- PETITPIÈRRE: «Le droit international privé de la Suisse», Répertoire de droit international, t. VII.
- «Répertoire de droit international», Paris 1929 - 1931.
- REŞAT AKSOY: «La nationalité de la femme mariée et des enfants mineurs d'après le droit turc», thèse, Fribourg 1941.
- ROGUIN: «Conflits de lois suisses en matière internationale et intercantonale», Lausanne 1891.
- ROGUIN: «Traité de droit civil comparé», Lausanne 1908 - 1912, 5 vol.
- ROLIN: «Principes du droit international privé», Paris 1896, 3 vol.
- ROSSEL et MENTHA: «Manuel de droit civil suisse», 2^e éd. Lausanne 1922, 3 vol.
- SALEM: «L'exécution des jugements étrangers en Turquie», Clunet 1928.

- SAUSER HALL: «La nationalité en droit suisse», Berne 1921.
 SAUSER HALL: «Cours de droit international privé», Genève.
 SIMOND: «Les étrangers domiciliés en Suisse», Thèse, Lausanne 1926 .
 VALÉRY: «Manuel de droit international privé», Paris 1914.
 WEISS: «Manuel de droit international privé», 9^e éd. Paris 1928.
 ZAHİT ÇANDARLI: «L'évolution du mariage en droit turc et la condition du mari» thèse, Fribourg 1941.

Teşrii vesikalar

- Alman Medenî Kanunu
 Ecnebilerin hukuk ve vezaiî hakkındaki kanun.
 Fransız Medenî Kanunu.
 Hukuku aile kararnamesi.
 İran Medenî Kanunu.
 İsviçre Medenî Kanunu.
 Mısır Medenî Kanunu
 Nöşatel kantonu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
 Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
 Türk Medenî Kanunu
 Türk Ticaret Kanunu.
 Türk Vatandaşlık Kanunu.
 Yunan Medenî Kanunu.
-