

RIZAÎ BOŞANMA ve KAMU DÜZENİ

Prof. Dr. Ergin NOMER*

Türlere ilişkin olarak yabancı mahkemelerden alınmış boşanma kararlarının Türkiyede tanınması ve tenfizi konusunda Türk mahkemelerinde görülen tereddüt ve belirsizlik henüz giderilmiş değildir. Son yıllara gelinceye kadar, Türk vatandaşlarına ilişkin olsun olmasın, genel bir kaide olarak yabancı mahkemelerden verilmiş kişi hallerine ilişkin her türlü mahkeme kararını gözü kapalı tanımama yolunu seçmiş bulunan mahkemelerimizden, yeni düzenlemeye geçişte rahat bir uygulamanın beklenilmemesi normal görülebilirdi. Fakat yabancı mahkemelerden, özellikle alman mahkemelerinden alınmış olan boşanma kararlarının tanınma ve tenfizi için Türk mahkemelerine müracaatların çokluğu ve bu müracaatlarda dava taraflarının müşterek hareket etmeleri, tenfize yetkili Türk Asliye mahkemelerinin kolayca tanıma ve tenfiz kararı vermelerini adeta zarurî hale getirmiştir¹. Ancak bu arada hukuk literatüründe ortaya çıkan bir Yargıtay kararı² yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen kanun hükümleri üzerinde yeni bir takım tereddütlerin doğumuna sebep olabilecek niteliktedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin kararı aynen şöyledir :

"Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme ilâmının tenfizine karar verilebilmesi için Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanması, hükmün Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması zorunludur. (2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun m. 38). Türk Medeni Kanununda eşlerin rızâ (iradi) boşanmalarına yer verilmemiştir. Oysa tenfizi istenilen yabancı mahkeme ilâmında sebep gösterilmeksizin tarafların rızâ olarak bo-

şanmalarına karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple tenfizi istenilen yabancı mahkeme ilâmı kamu düzenine aykırı olup, tenfiz isteğinin reddi doğru bulunduğundan hükmün ONANMASINA,... 15.5.1984 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

1. 1. Yargıtay kararında, yabancı bir mahkeme kararının tanınma ve tenfizinin reddini gerektiren sebeplerden sadece ikisi zikredilmiştir. Bunlardan bir tanesi, "Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmında Türk kanunlar, ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış" olmasıdır. Bu durumun yabancı mahkeme kararının tenfizini red sebebi olabilmesi, "Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz" etmiş olmasına bağlıdır (m. 38 e). Yargıtay kararında ise Türk vatandaşı olan davalının tenfize itiraz etmesi şartının "hükmün Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunması" sebebine bağlı olarak nazara alınacağı anlamında bir ifade tarzı kullanılmıştır. Halbuki "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olması", davalının bu konuda itirazına bağlı bulunmaksızın tanınma ve tenfiz hükmünü verecek olan hakimnin re'sen dikkate alacağı bir red sebebi teşkil eder (m. 38 c). Yargıtay kararında sözü edilen red sebeplerinden ikincisi, işte bu, yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırılığı konusudur.

2. Karara konu teşkil eden olayda, yabancı mahkemenin tarafların boşanma ihtila-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

1) Meselâ bkz. MHB Sayı: 1/1984 59; Sayı: 2/1983 54/55; Sayı: 1/1983 26 vd.

2) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Kararı (E. 1984/2674-K. 1984/4577), 15.5.1984; Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: X, Sayı: 9. Eylül 1984, s. 1356 vd. ve İlmî ve Kazalî İçtihatlar Dergisi Yıl: 24, Sayı: 287, Kasım 1984, s. 2996.

fına yabancı bir maddî hukuku uyguladığı anlaşılmaktadır. Tarafların Türk vatandaşı olmaları halinde, Türk kanunlar ihtilafı kaidelerine göre boşanma ihtilafına uygulanacak hukuk, onların müşterek millî hukuku olan Türk hukukudur (m. 38 I). Şu halde Türklerin kişi hallerine ilişkin bir ihtilaf olmasına rağmen, yabancı mahkeme kararında Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınmış olan Türk boşanma hukuku uygulanmamıştır. Bu durumun yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin reddi için sebep olabilmesi, davalı Türk vatandaşının tanınma ve tenfize bu yönden **itiraz** etmiş olmasına bağlıdır (m. 38 e ve m. 41 I c. 2). Bu yabancı boşanma kararının tanınma ve tenfizi talep edildiğinde, sözü geçen itiraz davalı Türk vatandaşı tarafından yapılmış ise, bu tenfiz talebinin bu sebebe dayanılarak reddi gerekecektir. Artık yabancı boşanma kararının kamu düzenini ihlâl edip etmediği üzerinde durmak lüzumsuz hale gelecektir. Buna mukabil, davalı Türk tarafın tenfize bu noktadan, yani Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre Türk boşanma hukukunun tatbik edilmemiş olması sebebiyle bir itirazı mevcut değil ise, yabancı mahkemenin boşanma ihtilâfına uygulamış bulunduğu maddî boşanma hukuku yabancı mahkeme kararının bir red sebebi olarak tenfiz hakimince dikkate alınamayacaktır. Yargıtay kararında uygulanan hukukun rızai (iradî) boşanma hükmünün Türk kamu düzeni bakımından tetkiki yapıldığına göre, yabancı boşanma kararının tenfize davalı Türk tarafın uygulanan hukuk bakımından (m. 38 e) bir itirazının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira böyle bir itiraz yapılmış olsaydı, ne boşanma ihtilafına uygulanan yabancı kanun hükmü üzerinde ne de yabancı boşanma kararının kamu düzenine aykırılığı üzerinde durulmaksızın, tenfiz talebinin mücerret Türk boşanma hukukunun tatbik edilmemiş olması sebebiyle reddine gidilmek gerekirdi.

3. Yargıtay kararından anlaşıldığına göre, yabancı mahkeme, tarafları Türk vatandaşı olan boşanma davasında "tarafların rızai olarak boşanmalarına" karar vermiştir. Böyle bir yabancı boşanma kararının Türkiye'de tanınma ve tenfizi talebine karşı, davalı Türk

tarafın uygulanan hukuk bakımından bir itirazı olmamıştır. Tenfize karar verme durumunda olan Türk hakimi tenfize karar verebilmek için yabancı mahkeme kararının "kamu düzenine" aykırılığını tetkik mecburiyeti ile karşı karşıya kalmıştır. Nitekim Yargıtay kararında sözü edilen ikinci red sebebi, yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırılığı konusudur.

II. Yargıtay kararında, "tarafların rızai olarak boşanmalarına karar verilmesi" Türk kamu düzenine aykırı bulunmuştur. Ve bu sebebe dayanılarak yabancı mahkeme kararının tenfizini reddeden bidayet mahkemesinin kararı tasdik edilmiştir.

Yargıtay bu sonuca varmakla, yabancı hukuk kaidesini kamu düzeninin **konusu** olarak ele almış olmaktadır. Bir yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizinde, yabancı kararda uygulanan "hukuk kaidesinin" kamu düzeni bakımından tetkik konusu yapılabileceği, üzerinde önemle durulması gereken bir noktadır. Kararın meydana gelmesinde etkili olmuş olan unsurlar da en azından aynı derecede karmaşık yapıdadırlar. Bu unsurlardan hangisinin veya hangilerinin kamu düzeni bakımından tetkik konusu yapılabileceği bilinmek gerekir.

1. Devletler hususî hukukunda yabancı bir kanunun tatbiki söz konusu olduğunda kamu düzeninin müdahalesi ortaya çıkabilir. Bu bakımdan devletler hususî hukukunda kamu düzeninin konusu, kanunlar ihtilafı kaideleri gereğince uygulanması gereken "yabancı hukuk kaidesidir". Ancak genellikle milletlerarası doktrin ve tatbikatta olduğu gibi, Türk devletler hususî hukuku sisteminde de yabancı kanunun "muhtevası" tek başına kamu düzenini ihlâl bakımından etkili olamaz, tetkik konusu yapılamaz. Diğer bir söyleyişle, söz konusu yabancı hukuk kaidesinin "soyut" ("mücerret") ifadesine dayanılarak kamu düzeninin ihlâlinden söz etmek mümkün değildir. Kamu düzeninin ihlâlinde, yabancı hukuk kaidesinin "somut" ("müşahhas") olayda tatbikinden doğabilecek olan **sonuçlar** etkili olmaktadır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun kamu düzeninin müdahalesini düzenleyen hükmü bu bakımdan yeterli derecede açıktır:

"Yetkili yabancı hukukun **belirli bir olaya uygulanan** hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz" (m. 5).

Şu halde, devletler hususî hukukunda kamu düzeninin müdahalesinin tetkikinde, öncelikle, uygulanması gereken yabancı hukuk kaidesinin **soyut (mücerret)** anlamı ile bu hukuk kaidesinin ilgili hukukî ihtilafa tatbikiyle ortaya çıkan **somut (müşahhas)** hukukî sonuçların birbirinden ayrılması şarttır.

"Yabancı hukukun bizim hukukumuzdan farklı bir düzenlemeye sahip olması kamu düzenimizin müdahalesi için asla yeterli bir sebep değildir" derken³, bu ayırımın önemi da pratik bakımdan ortaya çıkmaktadır.

Mesela, yabancı bir hukuk kaidesi bir erkeğe çok kadınla evlilik yapma imkanı veriyorsa, bu hukuk kaidesi soyut anlamıyla, kadının insan haklarına ilişkin kıymet hükümlerine şüphesiz aykırı olmakta ve Türkiyede belirli bir olayda tatbik edilmek istendiğinde somut sonuçları bakımından da kamu düzenini ihlâl edeceğinden, kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşabilmektedir. Buna mukabil Türk hakimi, bir yabancının kendi ülkesinde yine vatandaşı bulunan kadınlarla kendi hukuklarına uygun olarak yapmış bulunduğu ikinci veya üçüncü bir evliliği geçersiz kabul edebilir ve bu kadınların eş olarak ileri sürdüğü nafaka taleplerini kamu düzenine dayanarak reddedebilir mi?

Devletler hususî hukukunda **dahi**, yabancı bir hukuk kaidesinin "soyut" ("mücerret") anlamı tek başına kamu düzeninin konusu olamazken, acaba milletlerarası usul hukukunda, daha belirli bir ifadeyle, yabancı bir mahkeme kararının tanınma ve tenfizinde yabancı mahkeme tarafından uygulanmış bulunan bir hukuk kaidesi soyut anlamıyla kamu düzeninin müdahalesine uğrayabilir mi?

2. Milletlerarası usul hukukunda, yabancı bir mahkeme kararının tanınma ve tenfizinde, yabancı mahkeme kararı birbirini takip eden bir dizi oluşumlarla kendini belirler. Önce karar verme durumunda olan yabancı hakim maddî olaya vakıf olmuş (vasıflandırma), sonra buna ait hukuk kaidesini bulmuş ve bu hukuk kaidesini maddî olaya tatbik etmiş (maddî olayın hukuk kaidesine intibak ettirilmesi) bulunmaktadır. Ve neticede bu tatbik olayından ortaya **somut hukukî sonuçlar** çıkmıştır.

Sözö edilen tekmil bu oluşumlar kademe kademe tenfiz kararı verme durumunda olan hakim tarafından tetkik konusu yapılacak olursa, hem maddî hem de hukukî bakımdan tam bir **revision au fond** söz konusu olur. Eğer sadece hukuk kaideleri ve uygulanması kontrole tâbi tutulursa **hukukî** bakımdan bir revision au fond meydana gelmiş olur. Hangi sistem kabul edilmiş olursa olsun, kamu düzeninin ihlâl bakımından tetkik konusu yapılabilecek olan unsur farklılık gösterir.

Genellikle diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukuku da yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinde revision au fond sistemini kabul etmemektedir⁴. Kanunumuz tanıma ve tenfize karar verecek olan hakime, yabancı mahkeme kararını sadece Türk kamu düzenine aykırılığı bakımından tetkik yetkisi vermiştir.

Yabancı mahkeme kararının kamu düzeni bakımından tetkik edilmesinde iki sistem düşünülebilir. Birincisi, yabancı mahkemenin uyguladığı hukuk kaidesi üzerinde durmaktır. Eğer bu sistem tercih edilirse, bunun anlamı yabancı hukuk kaidesinin Türk kamu düzenini ihlâl edip etmediğini tesbit etmektir. Ki böyle bir tetkik ve tesbit, yukarıda sözö edilen devletler hususî hukukunda yabancı hukuk kaidesinin Türk mahkemesi tarafından tatbikinde Türk kamu düzenini ihlâl konusu ile ayniyeti ifade eder. Öyleki, yabancı mahkeme kararında uygulanan yabancı hukuk kaidesinin, Türk Hukuk kaidesinin

3) *NOMER Devletler Hususi Hukuku 1984. 182.*

4) *NOMER 370.*

den farklı olması Türk kamu düzeninin müdahalesi için şüphesiz yeterli değildir. Bu farklılığın ayrıca özel bir ağırlığa sahip olması, yani belirli olayda kamu düzenini bozabilecek sonuçlara da sahip bulunması gerekir. Kısaca, yabancı mahkeme kararları karşısında kamu düzeninin müdahalesi aynen yabancı hukuk kaideleri karşısında kamu düzeninin müdahalesi haline gelmektedir.

İkinci sistem, yabancı mahkeme kararının taşıdığı **hükmün muhtevası** ile ilgilendirilmiştir. Yani yabancı mahkemenin uyguladığı hukuk kaidesi değil, fakat yabancı mahkeme kararının hukukî sonuçları ifade eden **hükümleri** kamu düzeni bakımından tetkik konusu yapılmaktadır. Bu sistem, şüphesiz devletler hususî hukukundaki yabancı hukuk kaidesi karşısında kamu düzeninin müdahalesinden açık bir farklılık göstermektedir.

Türk milletlerarası usul hukukunda, 2675 sayılı Kanun, yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinde açık bir şekilde ikinci sistemi tercih etmiştir: yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizi için yabancı mahkeme kararındaki "**hükmün**" kamu düzenine aykırı bulunmaması gerekir (m. 38 c). Daha farklı bir söyleyişle, kamu düzeni bakımından yabancı mahkeme kararında tetkik konusu yapılacak husus "**hüküm fıkrası**", yani yargılamadan elde edilen **hukukî sonuç** veya **sonuçlardır**.

Kanunumuzun tercihi yerindedir. Zira tanıma ve tenfizde, yabancı hükme esas teşkil eden yabancı hakime ait kanunun tatbiki faaliyetini tetkikte tenfiz hakiminin bir ilgi ve menfeati yoktur. Tenfiz hakimi yabancı mahkeme kararında yer alan "**hükmün**" Türkiye'deki **tesirlerini kabul edip etmeme** meselesini karara bağlayacaktır. Bu bakımdan sadece onun **muhtevası**, yani **hukukî sonuçları** önem taşır. Hangi hukuk kaidesinin ona esas teşkil ettiği, bunun doğru veya yanlış uygulanmış olup olmadığı, tanıma ve tenfizde ilgilenecek hususlar değildir. Tanınma ve tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararı, verildiği devletin kanunlarına göre kesinleşmiştir. Ve artık bu karar üzerinde ne maddî ne de hukukî bakımdan bir **revision au fond** söz konusu değildir (m. 34 ve m. 38).

Bu durum devletler hususî hukukundaki kamu düzeni müdahalesinden tamamen farklıdır. Devletler hususî hukukunda hakim olay hakkında **bizzat** karar vermek durumundadır ve bu sebeple yabancı hukuk kaidesini kullanıp kullanmayacağı meselesi karşısında bulunmaktadır. Yabancı bir mahkeme kararının tanınma ve tenfizinde ise, o mahkeme kararının sadece **hukukî sonuçlarının** kamu düzeni kavramı altında korunmakta bulunan ülkeye ait menfaatleri ihlal edip etmediği tetkik konusudur.

Meselâ, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa göre, yurt içinde korunması gerekli taşınır kültür varlıkları yurt dışına çıkarılamaz. Bir Türk vatandaşı bu nitelikteki bir belgeyi bir yabancıya satmış ve bunu yurt dışına göndermeyi taahhüt etmiştir. Yabancı bir mahkeme, Türk hukukunda yer alan yurt dışına çıkarma yasağı hükmünü ve bu yasak hükmü sebebiyle Türk hukukuna göre satım aktinin hükümsüzlüğünü dikkate almaksızın, ifanın yerine getirilmemesini sebep göstererek Türk vatandaşı satıcıyı tazminata mahkûm etmiştir.

Bu yabancı mahkeme kararının tenfizi hakkında karar vermek durumunda olan Türk hakimi sadece bu kararın hukukî sonuçlarıyla, yani davalının belirli miktarda bir **tazminat** ödemesi "**hükmü**" ile ilgilidir. Yoksa yabancı mahkemenin satım aktinin geçerliliği hakkında nasıl karar verdiği ve bundan hangi sonuçları nasıl ve ne şekilde elde ettiği hususlarıyla alakalı değildir. Kamu düzeni bakımından tetkik konusu, belirli miktarda bir "**tazminat**" ödenmesi hukukî sonucudur.

Buna mukabil, yukarıki misalde, yabancı mahkeme kararı Türk hukukunun "**kültür varlığının**" yabancı ülkeye satılması yasağına rağmen, satıcıyı

(a) ifaya (yani kültür varlığının gönderilmesine) ve,

(b) belirli bir miktarı tazminat olarak tediyeye mahkûm etmiş ise:

Mahkeme kararında yer alan (a) hükmü, yani kültür varlığının yurt dışına gönderilmesi Türk hukuku bakımından yasak olduğundan, tenfiz imkanına sahip değildir. Bu hüküm tenfiz bakımından kamu düzeninin müdahalesi sebebiyle reddedilecektir. Halbuki (b) hükmü herhangi bir tereddüde yer vermeksizin tenfiz konusu yapılabilecektir. Bir satıcının bu nevi bir olayda belirli miktarda tazminatı tediyeye mecbur olmasının kamu düzenine aykırı olup olmadığı tetkik edilecek ve bu tazminatın tediyesi hükmünün tenfizine karar verilebilmesi mümkün olacaktır (yabancı mahkeme ilâminin kısmen tenfizi; m. 40 I).

Netice olarak: **devletler hususî hukukunda kamu düzeninin konusu uygulanacak yabancı hukuk kaidesidir (m. 5). Yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizinde ise yabancı kararda maddî ilişkiye dayanılarak hüme bağlanmış hukukî sonuçlardır (m. 38 c).** Tenfiz hakimi bu hukukî sonuçların kendi kamu düzeni ile uyuşup uyuşmadığı meselesini cevaplandırmak mecburiyetindedir. Şu halde tetkik konusu bakımından yabancı hukuk kaideleri karşısında kamu düzeni müdahalesini ifade eden devletler hususî hukukundaki kamu düzeni müdahalesinden tamamen ve esastan farklılık bulunmaktadır.

3. Yukarıda verilen izahlara uygun olarak, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin kararına dönüldüğünde:

Yabancı mahkeme kararında, tenfize konu olan hukukî sonuç "boşanma", yani eşler arasındaki evliliğin son bulması vakasıdır. Kamu düzeni bakımından yapılacak tet-

kikin konusu da budur, yani eşler arasındaki evliliğin sona ermesi hususudur. Tenfiz hakimi, tenfiz şartları yönünden (m. 38), uygulanmış olan yabancı hukuk kaidesi ve bunun uygulanma şekli hakkında bir tetkik yapma (hukukî bir revision au fond) yetkisine sahip değildir. -Tarafların boşanma isteklerine de uygun olarak-, eşler arasındaki evliliğin sona ermesini ifade eden bir "boşanma hükmünün" Türk kamu düzenine, hem de "açıkça" aykırı olduğunu söyleyebilmenin mümkün olduğunu zannetmiyoruz. Bu aykırılığı, yabancı mahkeme kararında uygulanan yabancı bir hukuk kaidesine bağlamanın da yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinde Türk milletlerarası usul hukuku sistemimizce kabul edilmediği (m. 38 c) daha önce belirtilmişti.

Bu duruma göre, Yargıtay kararının iki noktada hatalı hareket etmiş olduğunu söyleyebiliriz. Önce, kamu düzeninin müdahale konusunda yanlışlık yapılmıştır. Yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizinde, kararda varılan hukukî sonuç ("hüküm") kamu düzeninin tetkik konusu iken, Yargıtay devletler hususî hukukunda yabancı hukuk kaidesinin tatbikinde söz konusu olan kamu düzeni müdahalesini dikkate almıştır. Bu yanlışlık pratik önemi çok büyük olan ikinci hatayı meydana getirmiştir. Tenfiz hakimine hukukî bakımdan bir revision au fond yetkisinin tanınması anlamına gelecek şekilde, yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinde, hukuk sistemimizin kesinlikle reddettiği bir tetkik külfeti yüklemiştir. Sonuç, Yargıtay kararında olduğu üzere, tanınması ve tenfizi gereken yabancı bir boşanma kararı hukukumuzda (2675 sayılı Kanun) aykırı olarak redde uğramıştır.