

## YARGITAY KARARLARI

— I —

Prof. Dr. Osman Fazıl Berki

Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi

Esas : 6366

Karar : 7557

Dâva ve hükümün hülâsası: Dafia Podesta tarafından kocası İtalyan tebaasından olan Antonio Poderta aleyhine açılan nafaka dâvasının muhakemesi sonunda bu davadan sonra davalı tarafından karısı aleyhine boşanma davası açıldığı anlaşılmış ve bu sebeple davacı ayrı yaşamakla haklı bulunmuş olduğundan takdir olunan ayda 75 lira nafakanın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Temyiz kararı: Davalı tarafından sonradan karısı davacı aleyhine Asliye 9. Hukuk Mahkemesinde boşanma davası açılmış olduğu mübrev muameleli dilekçe münderecatından anlaşılmış ve bu sebeple davacı ayrı yaşamakta haklı olup davalı vekili yargılama sırasında müvekkilinin İtalyan tebaasından bulunduğu ve millî kanunlarına nazaran davacıya tedbir nafakası verilmek icabetmiyeceği hakkında bir iddia ve itiraz da bulunmamış olmasına ve muvakkat ve müstacel tedbir mahiyetinde bulunun nafaka davalarının mahalli kanunlara göre rüyet ve intacı iş tisanen kabul ve tecviz ve taamülen tatbik olunagelmış Hukuku Hususiyei Düvel kavaidinden bulunmasına mebni yerinde görülmeyen ve mahalli mahkemesine dermeyan edilmemiş olması hasebile şayanı iltifa bulunmayan temyiz itirazlarının reddile hükmün tasdikine 25/12/1952 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Muhalefet şerhi. Davalının İtalyan tebaasından olduğu mübrev vekâletname münderecatından anlaşılmasında göre mahkemece tarafların evlilikleri ve tabiiyetleri resen tedkik ve ahkâmî şahsiyeye taalluk eden bu gibi hususata millî kanunları hükümlerinin tatbiki icabedeceği teemmül edilmek icabeylediği halde bundan bizzuhul

yazılı şekilde nafakaya hükmedilmesi muhalif olduğundan hükmün bazulması reyindeyiz.

Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin metni yukarıya aynen dercedilmiş olan kararının tahlil ve tenkidinde iki nokta üzerinde tevakuf etmek lâzımdır.

1 – Davalı vekili tarafından yargılama sırasında müvekkilinin İtalyan tebaasından bulunduğu ve millî kanunlarına nazaran davacıya tedbir nafakası verilmek icbetmeyeceği hakkında bir iddia ve itirazda bulunulmamış olması, mahallî mahkeme kararının tesdikini mucib sebeplerden birini teşkil etmektedir.

Bu mucib sebeple isabet olduğunu zannetmiyoruz. Çünkü kendis'ne arzolunan bir davada hakim, ecnebi bir unsurun bulunup bulunmadığını, başka bir tâbirle davanın kanunlar ihtilâfına mütedair olup olmadığını resen nazara almakla mükelleftir. Nitekim, hukuk usulü muhakemeleri kanununun 76. maddesinde, hak'min resen Türk Kanunları mucibince hüküm vereceği, ecnebi hukukun tatbiki lâzım olan hallerde buna istinad eden tarafın o kanun hükmünü ispat etmekle mükellef olduğu, ispat olunamadığı takdirde Türk Kanunları mucibince hükmolunacağı masarrahtır.

Bu madde hükmü ile kanun vazı, ecnebi kanunun tatbiki lüzumunu sarahaten kabul eylemektedir. Hangi hallerde yabancı hukukun tatbik olunması icabedeceğini hakim, Türk Devletler Hususi Hukuku hükümlerini nazara alarak tayin ve tesbit eyliyecektir. Bu suretle kabili tatbik kanunun yabancı bir devlet kanunu olduğu tesbit edildikten sonra ihtilâfın, o kanuna tevfikân hallediebilmesi, mezkûr kanun hükmünün ispat edilmiş olmasına mütevakkıftır. Alâkahıların, kendilerine daha uygun düşen Türk Kanunlarının tatbiki hususunu temin etmek maksadı ile yabancı kanunun hükmünü isbat etmediklerini beyan etmelerine hukukî bir kıymet izafe olunamaz. Temyiz mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin 266/5/1949 tarihli ve 767/2980 sayılı bir kararına nazaran, yabancı kanunun hâdiseye taalluk eden başka maddeleri olup olmadığı taraflardan, icabederse konsolosluktan sorularak varsa onların tercüme ve musaddak suretleri de ibraz ettirilerek karar verilmek lâzımgelir.

Demek oluyorki, bir ihtilâf kaidesinin tatbikinde hâkim, tarafların bu husustaki iddia ve itirazlarıyla mukayyed olmayup tâbi bulunduğu

Devlet kanunlarının hükümlerine ittiba etmek mecburiyetindedir. Bunun tabii neticesi, kanun ihtilâfı kaidelerinin tatbikini icabettiren yabancı unsurun hadisemizde İtalyan tebeasından olduğunun nazara alınmasının muktazi olduğudur. Nitekim, mahalefet şehrinde de pek haklı olarak tebarüz ettirildiği veçhile, davalının İtalya tebeasından olduğu mübrez ve-kâletname münderecatından anlaşılmakta olmasına göre, mahkemece tarafların evlilikleri ve tabiiyetleri resen tedkik edilmek icabeder.

2 — Muvakkat ve müstacel tedbir mahiyetinde bulunan nafaka davalarının mahallî kanunlara göre rüyet ve intacı istisnânen kabul ve teşvîz ve taamülen tatbik olunagelmîş Hukuku Hususiyeyi Düvel kavaidinden bulunması, mahaẒî mahkeme hükmünün tasdikini mucip sebeplerden ikincisini teşkil eylemektedir.

Bu ikinci nokta, nafakadan mütevellit kanunlar ihtilâfında selâhiyetli kanuna taaluk etmekte olmasına göre, burada üzerinde ehemmiyetle durulması lâzımgelen hususu. Devletler Hususi Hukuku bakımından nafaka mükellefiyetini tedkik etmekten ibarettir.

Nafakanın tevli'd edeceği kanunlar ihtilâfına hangi kanunun tatbik edileceği hususu, ihtilâflı bir mevzudur. Bu hususta ileri sürülen fikirleri şöylece hülâsa etmek mümkündür.

1 — Bir fikre göre nafaka mükellefiyeti münhasıran mahallî kanunla yani nafaka davasının ikame edilmiş olduğu mahkeme kanunile tanzim ve idare olunur. Bunun sebebi nafaka borcunun kat'i bir ahlâk kaidesi mahiyetini arzemesidir. Nafakaya müteallik hükümler, intizamı ammeden maduttur. Bu sebeple tabiiyetleri ne olursa olsun, bir devlet ülkesinde bulunan bütün şahıslara tatbik olunur. Bunlar mulkî kanunlar olup yabancı memleketlere sirayet hassasını haiz değildir, bu sahadada millî kanunların müdahalesi bahis mevzuu olamaz. (Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 6. Bası, Paris 1936, c. I. sf. 156.)

2 — Bir fikre nazaran, nafaka mükellefiyeti, münhasıran alâkalı şahısların millî kanunlarla idare olunur. Nafaka bahsinde intizamı amme mefhumu dermeyan edilemez. Burada amme intizamından evvel, tamâmîle hususi menfaatlere müteallik bir mesele bahis mevzuudur. Nafaka mükellefiyetinin menşei evlenme veya neseptir. Binanaleyh nafaka, bu meselelerin tâbi olduğu kanunla, yani millî kanunlarla idare olunur.

(Marcel Nast, aliment «Repertoire de droit international, cc. I. sf. 397» Abdülhak Kemal Yörük, Nafaka Mükellefiyeti bakımından kanunlar ihtilâfı «İst. Bar. Mec. 1938, sayı XII. s. 705».

3 — Diğer bir fikre göre, nafaka borcu, tarafların millî kanuna tâ-

bidir. Çünkü, aile teşkilâtına taalluk eder. Aileye taalluk eden her husus, ahkâmı şahsiyedendir. Fakat, muhakkak olan bir şey varsa, her kanun vazunun, bir takım akrabayı birbirine karşı nafaka ile mükellef tutması, bunda cemiyetin iyi tanzimi için riayeti zarurî olan katî bir ahlak vazifesi telâkki etmiş olmasındandır. Bu sebebe mebnidir ki, mahalli kanun millî kanundan daha şiddetli ise o kanun tatbik olunur. (Muammer Raşit Seviğ, nafaka borcu «İst. Fak. Mec. 1940, sayı 1. sf. 110» Valéry Manuel de droit international Privé, Paris 1914 sf. 1088; Batiffol, Traité élémentaire de droit international Privé. Paris 1949, s. 501.

4 — Nihayet bir fikre nazaran, esas itibarıyla nafakaya mahalli kanun tatbik edilir. Çünkü nafaka mükellefiyeti, amme intizamından addolunan bir takım sebeplere istinad eder. Ancak millî kanun, daha geniş hükümleri ihtiva etmekte ise, bu kanunun tatbiki, mahalli amme intizamını ihlâl etmez. (Weissi traité theorique et pratique de droit international prive, Paris C. III. s. 600)

Nafaka mükellefiyetinin sebebiyet vereceği kanunlar ihtilâfının hal suretleri hakkında ileri sürülen sistemleri kısaca belirtmeğe çalıştık. Mevzuu, bir de Türk Devletler Hususi Hukuku bakımından tedkik ve müतालaa edelim.

Bazı tatbikatçıların mütehasse kanunu diye tavsif ettikleri ve hakikatte bu vasfı haiz olmayan ve bugün de meriyette bulunan 23 Şubat 1330 tarihli ecnebiilerin hukuk ve vazifelerine müteallik muvakkat kanun 4. maddesi şu hükmü sevketmektedir. Tebeai ecnebiyeye müteallik ve emvali gayri menkuleye ait bilcümle daavi ile mevadı sairei hukukiye ve ticariye ve cezaiye davaları tebeai Osmaniyeye alâkadar olmasa dahi mehakim devleti Aliye”de kavarin ve nizamet ve usulü Osmaniyeye tevfi kan rüyet olunur. Şukadar ki, gayri müslim tebeai evnebiyeye müteallik olupta akid ve feshi nikâh ve tefiki ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüşd ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyet ve emvali menkûleye ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan davaların mehakimi Osmaniyede rüyet edebilmesi tarafeynin birri za müracaatına veya tebeai Osmaniyenin alâkadar bulunmasına veya hut mahakimi Osmaniyede derdesti rüyet daaviye müteferri olmasına mütevakıftır ve busuretle intzami ammeî devlete mugayir olmamak şartile alâkadaranın hükümeti metbuaları kavarinine ve ihtilâfı kavarin halinde Hukuku Hususiyeci Düvel kavaidine tevfi kan muamele olunur.

Bu madde hükmü sarih olarak gösteriyor ki, ahkâmı şahsiye meselelerinde millî kanunların seelâhiyettar olduğu kabul edilmektedir. Aceba bu hükümden, nafakanın hangi kanuna tabi olacağı istidlâl olunabilirmi?

4 — Maddenin tadat ettiği hususlar arasında nafaka mükellefiyeti mevcut değildir. Ancak ibarede... gibi ehliyete,... gibi aile hukukuna müteallik davalardan bahsedilmekte olmasına ve nafakada, ahkâmı şahsiyeye müteallik bulunmasına binaen, prensip itibarile millî kanunun selâhiyeti dahiline girmesi icabeder. Nitekim, muhalefet şerhinde, ahkâmı şahsiyeye taalluk eden bu gibi hususata millî kanunları hükümlerinin tatbiki ecabedeceği teemmül edilmek ecabylediği halde bundan bizzuhul yazılı şekilde nafakaya zam edilmesinin muhalif kanun olduğu tebarüz ettirilmektedir.

Nafakanın millî kanuna tabi olacağını beyan etmekle, hiç şüphesiz bu kanunun tatbikinin mutlak mahiyet arzettiğini ifade etmek istemiyoruz. Kanaatimize göre nafaka borcu, içtimai bir gayeye hizmet etmekte olduğundan bu sahada intizamı ammee mefhumunun müdahalesini zaruri görmekteyiz.