



Yabancılık Unsuru Taşınan Boşanmaların Şekli

The Form of Foreign Divorces

Burak Huysal* , Begüm Süzen**

Öz

Türk hukukunda boşanmanın sadece mahkeme kararıyla gerçekleşmesine karşılık, karşılaştırmalı hukukta, noter önünde, idari bir işlemle ya da sadece tarafların karşılıklı iradeleriyle gerçekleşen mahkeme dışı boşanma örneklerine rastlanmaktadır. Günümüzde mahkeme dışı boşanmaların yaygınlaşması, bu tür boşanmaların hukuki niteliğinin tespitini önemli kılmıştır. Boşanmanın hangi makam önünde gerçekleşeceği ya da boşanma için herhangi bir makamın katılımının gerekli olup olmadığı meselesinin boşanmanın şekline ilişkin bir konu olarak vasıflandırılması halinde, böyle bir boşanmanın Türkiye’de gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı ve yabancı ülkede mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın etkilerinin Türk hukukunda tanınıp tanınmayacağı soruları gündeme gelmektedir. Bu makalede, söz konusu sorular, mahkeme dışı boşanmaların hukuki niteliğinin vasıflandırılması sonrasında, sırasıyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Karşılaştırmalı hukuk, boşanma, boşanmanın şekli

Abstract

Under Turkish law, divorce is only possible by way of court judgment. Under comparative law, non-judicial divorce is granted before notary publics, by way of administrative acts, or even by mutual consent of the parties. Considering the proliferation of acts of non-judicial divorce, it has become important to determine the legal nature of such acts. In Turkish law, questions concerning the authority and validity of divorce (i.e., whether a foreign, non-judicial divorce can be legally recognized, or whether a granting authority need be present) must be considered. This article, after characterizing the legal nature of non-judicial divorce, will respectively address these questions.

Keywords

Comparative law, divorce, form of divorce

* Burak Huysal (Doç. Dr.), Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: burak.huysal@law.bau.edu.tr ORCID: 0000-0002-7655-1816

** Sorumlu Yazar: Begüm Süzen (Dr. Öğr. Üyesi), Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: begum.sermet@law.bau.edu.tr ORCID: 0000-0001-6613-9353

Atf: Huysal B, Suzen B, “Yabancılık Unsuru Taşınan Boşanmaların Şekli” (2020) 40(2) PPIL 1199.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0011>



Extended Summary

Despite the fact that divorce can only be exercised before the courts, comparative law divorces can be exercised before a notary, by an administrative action, or by mutual consent of the parties. The expansion in the number of non-judicial divorces enhances the importance of their legal qualification.

Law scholars examine the issue of whether a non-judicial divorce is possible as either a formal or procedural matter. If the issue is determined to be procedural, with procedural issues exclusively subject to the law of the courts, then Turkish divorces would be subject to Turkish law and any divorce in Turkey could only be realized before the courts. On the other hand, if the issue is qualified as a formal issue, MÖHUK art. 7 would be applied, since art. 14 does not provide a special provision regarding the form of divorce. Consequently, the law applicable to the merit of the divorce (*lex causae*) would be applied as an alternative *locus regit actio* rule. Therefore, divorce can be effectuated in Turkey before the courts, but also by non-judicial action if the law applicable to the merit of the case stipulates such a method.

Divorce is very similar to marriage in this regard. Marriage is an action that begins a marital union, divorce is an action that terminates it. The question of how parties consent to reflect this joining or dissolution to the outer world is a matter of form. Form in legal actions is defined as a vehicle or a pattern used to reflect consent to the outer world. The discussion regarding consent to terminate a marriage should be affirmed before the courts, or notary, or administrative authority, and shall be qualified as an issue regarding the form of divorce. Additionally, *lex causae* and *LRA* will be applied alternatively to this issue, due to the provision of MÖHUK art. 7. However, the concern of “prevention of crippled marriages” on which the solo application of *LRA* relies, must be taken into consideration when discussing the form of the divorce. Even though *de lege lata*, it is not possible to come to this conclusion, *de lege ferenda* only *LRA* rule must be applied. Therefore, it is advisable to add a provision to MÖHUK art. 14 to enable the application of the law solely on location of divorce. If divorce is qualified as a formal issue, the question of whether to carry out and recognize a non-judicial divorce within Turkey, and a divorce executed outside its borders, will need to be addressed.

To answer the question of whether a non-judicial divorce can be contemplated in Turkey, the *ratio legis* of the norms of Turkish civil code, setting forth that the divorce is contemplated before the courts, must be taken into consideration. Nonetheless, it is concluded that a non-judicial divorce is possible in Turkey if, under MÖHUK art.7, the law applicable to the merit of the divorce allows it.

Turkish law scholars are evaluating the issue with regards to public policy. The rules of Turkish law requiring a tribunal award for a divorce serve to protect the

family as part of social policy, and also maintain a structured system of civil marriage and divorce. Consequently, the mentioned rules are of the “direct application” under MÖHUK art. 6. Therefore, non-judicial divorces are not possible in Turkey regardless of the nationality of the parties, and even though the law may be applicable to the merits of the case.

Due to a lack of any regulations of MÖHUK regarding the recognition of foreign administrative acts and actions, foreign non-judicial divorces cannot be recognized under Turkish law. However, regardless any of recognition thereof, foreign non-judicial divorces would have legal effects in Turkey.

A non-judicial divorce, which takes place in a foreign country in compliance with the forms of the applicable law where the divorce is contemplated, shall not differ from a marriage of similar terms with regards to legal effects. Such a marriage would not require any recognition to be accepted as valid under Turkish law, just as the same rule must be accepted for foreign non-judicial divorces. Nevertheless, as it would not be possible to make an administrative act in Turkey for such divorces in practice, it would be advisable to implement a provision in MÖHUK to enable the recognition of foreign non-judicial divorces.

Yabancılık Unsuru Taşıyan Boşanmaların Şekli

Giriş

Türk hukukunda boşanma, ancak mahkeme kararıyla gerçekleşmektedir. Karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakıldığında ise, boşanmanın bir mahkeme kararına bağlı olmaksızın idari işlemle, noter önünde ya da sadece tarafların irade beyanıyla gerçekleşmesini öngören farklı düzenlemelere rastlanmaktadır. Mahkeme dışı boşanmalar özellikle Avrupa’da giderek artan bir uygulama haline gelmiştir. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun yabancı idari makamlarca verilen boşanma kararlarının Türk nüfus siciline doğrudan tescilini öngören madde 27/A hükmü, sadece boşanmanın taraflarından en az birinin Türk vatandaşı olduğu hallerde uygulanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu hükmün uygulama alanı kısıtlıdır. Önümüzdeki dönemlerde mahkeme dışı boşanmalar daha da çok gündeme gelecektir.

Günümüzde yabancı ülke hukuklarında boşanmanın mahkeme dışında gerçekleşmesine olanak tanınması, boşanmanın hangi makam nezdinde gerçekleşeceği meselesinin hukuki olarak nasıl vasıflandırılacağı konusunu gündeme getirmektedir. Bu aşamada vasıflandırma, mahkeme dışında bir boşanmanın Türkiye’de gerçekleştirilmek istenmesi ya da yabancı ülkede gerçekleşmiş böyle bir boşanmanın Türkiye’de etki doğurmasının talep edilmesi halinde önem teşkil edecektir.

Türk hukukunda boşanmanın ancak mahkeme kararıyla mümkün olmasından yola çıkılarak konu usuli bir mesele olarak vasıflandırıldığında, Türkiye’de mahkeme dışı bir boşanmanın gerçekleşmesi söz konusu olamayacaktır. Diğer taraftan konunun bir şekil meselesi olarak vasıflandırılması halinde ise, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 7 çerçevesinde, Türkiye’de gerçekleşecek bir boşanmanın, Türk hukuku buna izin vermese dahi, boşanma statüsüne uygulanacak hukuka uygun olması halinde mahkeme dışında gerçekleşmesi mümkün olacaktır. Bu durumda, öncelikle Türkiye’de mahkeme dışı bir boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği; ikinci olarak da yabancı bir ülkede mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmaya Türk hukukunda etki tanınıp tanınmayacağı sorularının cevaplandırılması gerekecektir.

Çalışmamızda, bu çerçevede, öncelikle, vasıflandırma kavramına yer verilerek, mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların nasıl vasıflandırılacağına ilişkin doktrin görüşleri açıklanacak ve akabinde konuya ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Konu vasıflandırıldıktan sonra, boşanma statüsüne uygulanacak yabancı hukukun buna izin verdiği hallerde, Türkiye’de mahkeme dışı bir boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği irdelenecektir. Son olarak, yabancı ülkelerde gerçekleşmiş mahkeme dışı boşanmaların Türk hukukunda hangi hükümler çerçevesinde etki doğuracağı, etki doğurabilmeleri için tanınmanın bir zorunluluk olup olmadığı tartışılacaktır.

I. Vasıflandırma

Vasıflandırma, bir müessesenin hukuki karakterinin tespitidir¹. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkilerde, kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacak hukuku gösterirken, belirli bir kural ya da kural grubuna gönderme yaparak, her hukuki olay ve ilişkiyi maddi hukukta temsil eden sistem kavramlarından yararlanır². Bu kavramlar, uyumsuzluk ile ilgisi olan tüm hukuk sistemlerinde aynı anlam ve içeriğe sahip olmayabilir. Kanunlar ihtilafı hukukunda, bağlama kuralına konu teşkil eden kavram ya da kurumun hukuki nitelik ve içeriği mahkemenin hukuku (lex fori) ile uyumsuzlukla bağlantılı diğer ülke hukuklarında farklı ise, bu hukuklardan hangisinin vasıflandırma konusunda esas alınacağı meselesi ile karşılaşılır ve bu mesele kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma sorunu veya vasıf ihtilafı olarak adlandırılır³.

Vasıflandırma sorununun çözümüne ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler önerilmekle birlikte⁴, sorunun çözümünde en çok başvurulan yöntem vasıflandırmanın lex fori'ye göre yapılmasıdır⁵. Buna göre, Türk mahkemeleri önüne gelen yabancılık unsuru taşıyan bir uyumsuzlukta, uyumsuzluk konusu olay ya da ilişkinin niteliği, Türk hukukunun kavramlarına göre vasıflandırılacaktır. Doktrinde, vasıf ihtilafının her olaya göre ayrı ayrı ele alınarak çözümlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁶. Söz konusu görüş uyarınca, vasıflandırma, kural olarak lex fori'ye göre yapılmalı ancak bu vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti bakımından tatminkâr sonuçlar vermemesi halinde, lex causae'nın (uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun) vasıflandırması esas alınmalıdır⁷. Vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılması gerektiği tespit edilirken, bir yandan taraf menfaatlerinin dengelenmesi amacı, diğer taraftan, uyumsuzluk konusuna ilişkin maddi hukuk kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının amaçları göz önünde bulundurulmalıdır⁸.

Türk hukukunda, boşanma, eşlerden birinin veya her ikisinin talep etmesi halinde, mahkeme kararı ile evlilik birliğinin sonlandırılmasıdır⁹. Hukukumuzda, boşanma sadece mahkeme kararıyla gerçekleşmekte olup, verilen karar bozucu yenilik doğuran

1 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 97; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019) 49-50; Gülören Tekinalp and Afyer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016), 34; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019) 213; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 74.

2 Tekinalp and Uyanık (n 1) 34; Doğan, (n 1) 213.

3 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 50-51; Çelikel and Erdem (n 1) 75; Tekinalp and Uyanık (n 1) 34; Bernard Audit and Louis d'Avout, *Droit International Privé* (7th edn, Economica 2013) 235; Thierry Vignal, *Droit International Privé* (2nd edn, Dalloz 2011) 65-66.

4 Söz konusu yöntemlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 52; Çelikel and Erdem (n 1) s. 79-84; Tekinalp and Uyanık (n 1) 35-36; Doğan, (n 1) 214-216.

5 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 52; Tekinalp and Uyanık, (n 1) 35.

6 Çelikel and Erdem (n 1) 86.

7 ibid 87. Benzer gördüğe bkz. Doğan (n 1) 217.

8 Çelikel and Erdem (n 1) 87.

9 Mustafa Dural, Tufan Ögüz and Mustafa Alper Gümtüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14th edn, Filiz 2019) 104; Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku* (21th edn, Beta 2019) 235; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku* (2nd edn, Seçkin 2019) 100.

bir karar teşkil eder¹⁰. Ancak günümüzde yabancı hukuk düzenlerinde, bir mahkeme kararına bağlı olmaksızın idari işlem, noter sözleşmeleri ve sadece tarafların irade beyanı gibi farklı yöntemlerle boşanmaya olanak tanındığı görülmektedir. Belirttiğimiz bu gelişmeler boşanmanın hukuki olarak nasıl vasıflandırılması gerektiği ve mukayeseli hukuktaki görüşlerin incelenmesini gerekli kılmaktadır.

II. Boşanmanın Hangi Makam Önünde Gerçekleşeceği Konusunun Vasıflandırılması

A. Genel Olarak

Türk hukukunda, boşanma sadece mahkeme kararıyla mümkün olduğundan, bir hukuki işlem olarak ele alınmamaktadır. Türk maddi hukukunda, şekil ancak hukuki işlemler için kullanılan bir kavram ve hukuki kurum olarak ele alındığından, hukukumuzda boşanmanın şekilden bahsetmek de mümkün olamamaktadır. Ancak Türk hukukunda boşanma bir mahkeme kararıyla oluşmakta ve bunun sonucunda usuli bir süreç şeklinde ele alınmakta olsa da, karşılaştırmalı hukukta, mahkeme dışında gerçekleşen boşanmaların pek çok devlette kabul edildiği görülmektedir.

Fransız hukukunda, Fransız Medeni Kanunu'nun 18 Kasım 2016 tarihli Kanun ile değişikliğe uğramış 229. maddesi gereği, anlaşmalı boşanmanın, tarafların boşanma iradelerini yansıtan ve hem taraflarca hem de vekillerince imzalanmış bir sözleşmenin noter onayına sunulması suretiyle gerçekleşmesi mümkündür¹¹.

Benzer bir örnek, Rus hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Rusya Federasyonu Aile Kanunu m. 19/1 uyarınca, mahkeme dışı idari işlemle evliliğin sonlandırılması mümkündür¹². Bunun için iki koşul aranmaktadır: eşlerin ortak velayetleri altında bulunan çocuklarının bulunmaması ve her iki tarafın da ortak irade beyanının bulunması. Söz konusu boşanma işlemi yetkili idari mercide (belediyeye bağlı medeni hal kayıt bürosu *ZAGS*) kayıt altına alınmaktadır. Bu idari merci boşanmanın sebeplerini araştırmamaktadır ve bir karar veya değerlendirme yetkisine sahip olmayıp, sadece ilgili işlemi kayıt altına alma yetkisine sahiptir. Rus hukukunda kabul edilen bu boşanma türünde, işlemin temelini karşılıklı irade beyanları ve ortak talep oluşturmaktadır.

10 Erdem (n 9) 144.

11 Fransız Medeni Kanunu m. 229 hükmü için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

12 Rus hukukunda, taraflardan birinin talebi ve rızasına bağlı olarak evliliğin mahkeme dışında sonlandırılması da mümkündür. Rusya Federasyonu Aile Kanunu m. 19/2 uyarınca, taraflardan birinin talebi ve rızasına bağlı olarak evliliği sonlandırmak için üç ihtimalden birinin gerçekleşmesi gerekir. Bunlar: taraflardan birinin gaipliğine karar verilmiş olması, mahkeme kararıyla tam ehliyetsiz kılınması ya da üç yıldan fazla cezaya hükmedilmiş bir suç işlemiş olması. Bu üç durumda ortak rıza ve ortak çocukların olması bir etki doğurmuyor, tek tarafın rızasıyla evlilik sona erdirilebilmektedir. İdari işlemle sona erdirilen evlilik, ilgili makamın işlemi onaylama tarihinde sona ermiş sayılır, boşanma belgesi de bu tarihte taraflara teslim edilir. Mal rejimi ve tasfiyesi veya velayet ya da nafaka bakımından çıkan uyumsuzluklar ise mahkeme yoluyla çözülecektir. Tarafların ortak reşit olmayan çocuklarının bulunması ve/veya bir tarafın idari işlemle evliliği sona erdirmeye rıza göstermemesi durumunda evlilik ancak mahkeme yoluyla sona erdirilebilir.

Boşanmanın mahkeme dışında tarafların ortak iradesiyle gerçekleşmesine bir diğer örnek Portekiz hukukundan gösterilebilir. Portekiz hukukunda, boşanmanın nüfus tescil dairesinde ya da arabulucu önünde varılan sulh anlaşmasıyla gerçekleşmesi mümkündür. Benzer şekilde, Norveç ve Danimarka’da vali ya da belediye başkanı kararıyla boşanmak mümkündür¹³. Norveç’te çoğu boşanma valiler (*Fylkesmannen*) tarafından gerçekleştirilmektedir. Eşlerin valilik nezdinde boşanabilmeleri için en az bir yıl ayrı evlerde yaşamış olmaları gerekmektedir. Eşlerden biri boşanmak istemediği takdirde, vali tekrar bir yıl ayrı yaşama kararı verebilme yetkisine sahiptir. Vali’nin verdiği boşanma kararı ‘‘ilam’’ niteliğinde olup, bu karara karşı temyiz yolu açıktır¹⁴.

Japon hukukunda tarafların karşılıklı anlaşmasıyla mahkeme dışında gerçekleşen Kyogi Rikon¹⁵ adı verilen boşanmalar, İslam hukukunda kocanın kadına üç defa ‘‘boş ol’’ demesiyle evliliğin sonlandırılmasını ifade eden ‘‘talak’’ yoluyla boşanma, Musevi dininde kocanın karısına boşanma mektubu vererek evliliğin sonlandırılmasını ifade eden ‘‘get’’ yoluyla boşanma, diğer adli olmayan boşanma örnekleridir¹⁶.

Yabancı devletlerde mahkeme dışında gerçekleşen bir boşanmaya Türkiye’de etki tanınması ihtiyacı doğabilir ya da taraflar bu usulle Türkiye’de boşanmak isteyebilirler. Bu noktada, böyle bir boşanmanın Türk hukukunda geçerli kabul edilebilmesi bakımından, boşanmanın hangi makam nezdinde gerçekleştiği hususunun hukuki niteliğinin tespiti gerekir. Boşanmanın mahkeme dışında gerçekleşmesi durumunda, Türk hukukundan farklı olarak, bu mesele usuli bir konu olmaktan çıkıp evliliği sona erdiren bir işleme dönüşecektir. Bu durumda, yapılacak vasıflandırmaya bağlı olarak, mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilip edilmemesi konusunda farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Yukarıda yer verildiği üzere, bu bir vasıflandırma meselesidir. Bu başlık altında, öncelikle, konuya ilişkin doktrin görüşlerine yer verilecek, sonrasında Türk hukukundaki esaslar çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

B. Konuya İlişkin Doktrin Görüşleri

Fransız hukukunda, yabancı ülkelerde adli olmayan makam (idari ya da dini) kararlarıyla gerçekleşen bir boşanmanın Fransa’da etki doğurup doğurmayacağı

13 Jan Erik Kristiansen, ‘‘Norway’’ in R. CHESTER (ed), *Divorce in Europe* Vol. 3 (Dverten 2012) 53-54; Patric Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood* (Cambridge University Press 2011) 201-202.

14 Kristiansen (n 13) 53-54; Parkinson (n 13) 201-202.

15 Japon hukukunda çiftler, Kyogi Rikon adı verilen bu boşanmalarda anlaşmalı olarak boşanırlar. Taraflar boşanmanın velayet de dahil tüm sonuçları hakkında anlaşarak bu anlaşmalarını, bir hukuki denetim olmaksızın, dolduracakları bir form ile belediyeye tescil ettirmek suretiyle boşanmayı gerçekleştirebilirler. Detaylı bilgi için bkz. J. McCauley Matthew, ‘‘Divorce And The Welfare Of The Child In Japan’’, *Pacific Rim Law & Policy Journal* Vol. 20 No. 3 595-596. (<http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/109/20PacRimLPolyJ589.pdf>)

16 Adli olmayan boşanmalara ilişkin ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (Beta 2012) 39 vd.; Merve Ürem Çetinel and Biset Sena Güneş, ‘‘Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı’’, (2020) (1) YBHD 315-326.

meselesi, tanıma ve tenfiz hukuku kapsamında ele alınmakta¹⁷; herhangi bir makamın kararı olmaksızın bir özel hukuk işlemiyle gerçekleşen boşanmaların Fransa’da doğuracağı etkilerin ise, kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁸. Boşanmanın gerçekleşebilmesi için bir kamu makamının müdahalesinin zorunlu olup olmadığı, böyle bir zorunluluk bulunmaması durumunda taraflarca hangi hukukun şekil kurallarına uyulacağı sorularının, boşanmanın şekline ilişkin bir mesele olduğu ve bu konuda boşanmanın gerçekleştiği ülke hukukunun tek başına uygulanması (LRA kuralı) gerektiği kabul edilmektedir¹⁹. Bu anlamda boşanmanın şekli ile evliliğin şekli konularının benzerlik gösterdiği, benzer mantıkla ele alınması gerektiği savunulmaktadır²⁰. Zira evlilik aile birliğini kuran işlemken, boşanma ise bu aile birliğini ortadan kaldıran işlemidir²¹.

Boşanmanın gerçekleşebilmesi için dini, adli ya da idari bir makamın müdahalesinin gerekip gerekmediği hususu, boşanmanın esasına ilişkin bir mesele olarak vasıflandırıldığı takdirde, yabancı bir ülkeye giderek boşanamayan kişiler bakımından, adalete erişim hakkının ihlal edilmiş olacağı da vurgulanmaktadır²². Diğer taraftan, bir evliliğin Fransa’da medeni nikah ile gerçekleşmesi durumunda, bu evliliğin dini bir makam tarafından sonlandırılması mümkün değildir²³. Bu çerçevede, boşanmanın gerçekleştiği ülke hukuku (lex loci actus), eşlerin boşanabilmesi için bir kamu makamının müdahalesini gerekli kılmıyorsa, boşanma bu ülke hukukunun öngördüğü şekilde gerçekleştirilebilecektir²⁴. Buna göre, yabancı bir ülkede bu ülke hukukuna uygun şekilde adli makam dışında gerçekleşmiş bir boşanmanın sonuçlarına,

17 Dominique Bureau and Horatia Muir Watt, *Droit International Privé/ 2, Partie Spéciale* (4th edn, PUF 2017) 176-177.

18 Pierre Mayer and Vincent Heuze, *Droit International Privé* (11th edn, LGDJ 2014) 430. Bununla birlikte, “Evliliğe ve Velayete İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü” (Yeni Brüksel II Tüzüğü) çerçevesinde, üye bir devlette idari işlem şeklinde gerçekleşen boşanmalar da, Tüzük’ün tanıma hükümlerine tabi tutulacaktır (bkz Bureau and Muir Watt (n 17) 177).

19 Mayer and Heuze (n 18) 438; Audit and d’Avout (n 3) 674; Vignal (n 3) 181. Söz konusu meselenin boşanmanın şekline ilişkin olduğunu; bununla birlikte, Fransa’da gerçekleşen boşanmalar bakımından LRA kuralının alternatif bir uygulama alanına sahip olarak boşanmanın esasına uygulanacak hukukun yanı sıra uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz Yvon Loussouarn, Pierre Bourel and Pascal de Vareilles-Sommieres, *Droit International Privé* (10th edn, Dalloz 2013).

20 Mayer and Heuze (n 18) 438; Vignal (n 3) 181.

21 Mayer and Heuze (n 18) 438.

22 Audit and d’Avout (n 3) 674.

23 ibid 674.

24 Mayer and Heuze (n 18) 439. Fransız hukukunda, boşanmanın gerçekleşebilmesi için dini bir makamın müdahalesinin gerekliliği meselesinin, boşanmanın şekline mi yoksa esasına mı ilişkin olduğu hususu, içtihat tartışılmıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi, eski tarihli kararlarında, meseleyi boşanmanın esasına ilişkin olarak kabul ederek, Rus Yahudilerin boşanabilmeleri için kendi milli hukuklarına göre hahamın katılımının gerekli olması gerekçesiyle (Rus vatandaşı Yahudi dini mensubu), bu konuda Fransız mahkemelerinin yetkili olmadıkları sonucuna ulaşmıştır (Civ. 29.05.1905, Levinçon, D.P. 1905.1.353, S. 1906.1.161, note Pillet, RDIP 1905.518, JDI 1905.1006). 1955 tarihli *Carastanis* kararıyla evliliğin şekli bakımından kabul edilen prensipler, kıyas yoluyla boşanmanın şekli konusunda da kabul edilerek bu içtihat terk edilmiştir (bkz Mayer and Heuze (n 18) 439; Audit and d’Avout (n 3) 674).

Fransız hukukunda etki tanınacaktır²⁵. Diğer taraftan, Fransa’da yabancı bir devlet konsolosluğunda, dini bir makam önünde ya da herhangi bir makamın müdahalesi olmaksızın sadece tarafların iradesiyle bir boşanmanın gerçekleşmesi mümkün değildir²⁶.

Yukarıda yer verdiğimiz ve noter önünde yapılacak boşanmalara izin veren 2016 tarihli kanun değişikliği öncesinde ortaya konulan bu görüşler, 2016 yılı öncesinde Fransız hukukunda ülke içerisinde kişilerin ancak mahkeme nezdinde boşanabileceklerinin kabul edilmekte olduğu döneme aittir. Bu anlamda Fransız hukukunda kanunlar ihtilafı kuralları bakımından yapılan yorum ve eleştiriler, Türk hukukunun güncel durumu açısından hala önemli birer bakış açısı olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

İsviçre hukukuna bakıldığında ise, ülke içerisinde gerçekleşecek boşanmalar için boşanmanın hangi makam nezdinde gerçekleşeceği meselesinin şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu konusunda bir tartışmanın söz konusu olmadığı; eşlerin İsviçre’de ancak mahkeme önünde boşanabileceğinin kabul edildiği²⁷ görülmektedir. İsviçre’de mahkeme dışında boşanmanın mümkün olmadığı, Federal Mahkeme’nin çeşitli kararlarında da vurgulanmıştır. Söz konusu kararlarda, İsviçre’de yabancı bir konsoloslukta²⁸ ya da dini bir makam önünde²⁹ gerçekleşen boşanmaların yok hükmünde oldukları sonucuna ulaşılmıştır. İsviçre’de gerçekleşecek boşanmalarda, yetkili mahkeme, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun (LDIP)³⁰ boşanma ve ayrılık davalarında yetkiyi düzenleyen 59. maddesi çerçevesinde belirlenecektir.

Türk doktrininde, 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un yürürlüğü öncesinde ileri sürülen bir görüş uyarınca, her ne kadar bazı hukuk sistemlerinde boşanma, mahkemelerin değil, dini ya da idari makamların

25 Fransız hukukunda, tanıma-tenfiz rejimi, sadece yabancı mahkeme kararları için değil, yabancı idari makam kararları hatta, yabancı idari işlemler için de uygulanmaktadır (bkz. Audit and d’Avout (n 3) 451; Pierre Mayer and Vincent Heuze, *Droit International Privé* (9th edn, LGDJ 2007) 345; Vignal (n 3) 421). Yabancı bir idari makam kararının Fransa’da tanıma rejimine tabi olacağına ilişkin bir örnek, 17 Nisan 1953 tarihli Riviere (Civ. 17 avr. 1953, Rev. crit. DIP 1953.412, note Batiffol, JDI 1953.860, NOTE Plaisant, JCP 1954.II.7863, note Buchet, GA n. 22) kararında karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kararda, Fransız Yargıtayı, Fransız mahkemelerinin yetki alanına giren bir boşanmaya ilişkin uyumsuzlukta, Ekvador valiliğince verilen boşanma kararını, yabancı mahkeme kararı ile aynı tanıma koşullarına tabi tutmuştur.

26 Audit and d’Avout (n 3) 674-675.

27 Bernard Dutoit, *Droit International Privé Suisse – Commentaire de la Loi Fédérale du 18 Décembre 1987* (5th edn, Helbing 2016) 229; Andreas Bucher, *Loi Sur le Droit International Privé – Commentaire Romand, Editeur Andreas Bucher* (Helbing 2011) 492.

28 İsviçre Federal Mahkemesi’nin 15.03.1984 tarihli bir kararında (ATF 110 II 5; karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/>), iki Fas vatandaşının Bern’deki Fas Büyükelçiliği’nde iki tanık huzurunda gerçekleşmiş olan boşanmalarının geçerliliği sorgulanmıştır. Bu kararda, Federal Mahkeme, İsviçre’de yabancı bir konsoloslukta gerçekleşen boşanmanın İsviçre makamları önünde ileri sürülemeyeceği; böyle bir boşanmanın ardından yabancı bir ülkede bir İsviçre vatandaşı ile bir yabancı arasında gerçekleşen bir evliliğin İsviçre hukuku bakımından yok hükmünde sayılacağı ve İsviçre’de nüfus siciline kaydedilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

29 İsviçre Federal Mahkemesi’nin 30.09.1980 tarihli bir kararında (ATF 106 II 180; karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/>), İsviçre’deki bir dini otorite tarafından yok hükmünde olduğu sonucuna ulaşılan iki İspanyol vatandaşı arasındaki evliliğin, İsviçre’de yeni bir evlilik yapılmasına engel teşkil edeceği sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu kararda, İsviçre’deki dini otoriteler tarafından verilen kararların İsviçre hukukunda hiçbir etki doğurmayacağı vurgulanmıştır.

30 Kanun için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>.

yetkisi dahilinde olsa da boşanma kararını verecek makam ile ilgili konuların boşanmanın esasına ilişkin kabul edilmesi mümkün değildir; kazai yetki ile ilgili hükümler usule ilişkindir ve münhasıran mahkemenin hukukuna (lex fori) tabidir³¹.

Doktrinadaki bir diğer görüş, mahkeme dışında hukuki işlemle boşanmanın mümkün olduğu bir ülkede bu şekilde gerçekleşen boşanmaların şeklen geçerli olup olmadığı araştırılırken, boşanmanın şekline ilişkin olarak MÖHUK m. 14 hükmünde özel bir düzenleme yer almadığından, MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır³². Benzer bir görüş ise, kanunlar ihtilafı kurallarına göre boşanmaya uygulanması gereken yabancı hukuka uygun olması halinde, Türk kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla, Türkiye’de hukuki işlem niteliğindeki mahkeme dışı gerçekleştirilen boşanmaların hukuki sonuçlarının tanınmasının mümkün olduğunu belirtmektedir³³. Konuyu Türkiye’deki konsolosluklarda gerçekleşen boşanmalarla sınırlı olarak ele alan diğer bir görüşe göre, Türkiye’de bulunan yabancı temsilcilik ya da konsolosluk memurlarının boşanmaya karar verip veremeyecekleri hususu, boşanmanın şekline ilişkin olmakla birlikte, Türk hukukunda boşanmanın mahkeme kararı ile gerçekleşmesi ve bu hükmün kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, Türkiye’de konsolosluklarda gerçekleşen boşanmalar geçerli kabul edilmeyecektir³⁴.

Konuyu bir vasıflandırma meselesi kapsamında olmaksızın sadece Türkiye’de mahkeme dışı bir boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bakımından ele alan bir görüş ise, MÖHUK m. 14 (2675 sayılı mülga MÖHUK m. 13) hükmünde açıkça belirtilmemekle birlikte, Türkiye’de boşanmak isteyen kişilerin ancak bir mahkeme kararı ile boşanabileceklerini ve bunun Türk hukuk sisteminin kamu düzeninin bir gereği olduğunu ifade etmektedir³⁵. Benzer bir görüş, boşanmanın kazai niteliğini kabul etmeyerek yalnızca tarafların boşanma yönündeki iradelerini için yeterli gören bir hukuk sisteminin boşanma statüsü olması halinde, bu ülke hukukunun Türk kamu düzenine aykırı görülerek uygulanmayacağını, boşanmanın kazai niteliğinin bertaraf edilmesinin Türk hukukunun temel değerleri ile bağdaşmayacağını savunmaktadır³⁶.

C. Değerlendirme

Evlilik, aile birliğini kuran bir işlemken, boşanma bu birliği sona erdiren işlemdir. Bu işlemin gerçekleşmesine yönelik irade beyanlarının dış dünyaya nasıl yansıtacağı ise, bir şekil meselesidir. Hukuki işlemlerde şekil, iradenin dış dünyaya yansıtılması için

31 Ata Sakmar, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma* (Fakülteler Matbaası 1976) 185.

32 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 144-145.

33 Nomer (n 1) 260.

34 Lale Ayhan İzmirli, "Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması", (2018) 22 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-94.

35 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta 2006) 26.

36 Doğan, (n 1) 345.

kullanılan araç ya da kalıp olarak tanımlanmaktadır³⁷. Bu durumda, kanaatimizce, evliliği sona erdirmeye yönelik taraf iradelerinin mahkeme önünde mi yoksa idari makam ya da noter huzurunda mı açıklanacağı ise boşanmanın şekline ilişkin bir konu olarak kabul edilmelidir. O halde, boşanmanın nasıl gerçekleşeceği, boşanmaya uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 14’de boşanmanın şekline uygulanacak hukuka ilişkin özel bir kurala yer verilmediğinden, MÖHUK m. 7 hükmüne tabi olacaktır.

Yukarıda vardığımız sonuca bağlı olarak sorgulanması gereken önemli bir konu, MÖHUK m. 7’de öngörülen alternatif nitelikli kanunlar ihtilafı kuralının, boşanmanın şeklinde de aynen kabulünün yerindedir. Şöyle ki boşanma konusu ele alınırken, evlilik ile boşanma arasındaki bağ ve her iki kurumu da şekillendiren temel dinamiklerin paralelliğinin göz ardı edilemeyeceği açıktır. Bu anlamda evlenmenin şeklinde evliliğin gerçekleştiği ülke hukukunun (*lex loci celebrationis*) tek başına yetkili kılınması (MÖHUK m.13/2), milletlerarası özel hukukta topal evliliklerin engellenmesi amacına hizmet etmekte olup³⁸ aynı hukuki kaygıların boşanmanın şekli konusunda da gözetilmesi yadsınamaz bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece, evliliğin şeklen her ülkede geçerli olabilmesi amacına hizmet eden MÖHUK m. 13/2 hükmünün, boşanmaların şekline uygulanacak hukuk belirlenirken de dikkate alınması ve boşanmanın şekline uygulanacak hukukun belirlenmesinde, bir ülkede geçerli olup diğer bir ülkede geçerli olmayan boşanmaların engellenmesi amacının ön planda tutulması gerekmektedir³⁹. Kanunlar ihtilafı kurallarımızın şu anki düzenlemeleri bu sonuca ulaşmayı mümkün kılmaya da⁴⁰, kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından, boşanmanın şekli konusunda LRA kuralının tek başına uygulanması ve bu çerçevede MÖHUK m. 14’e bu yönde bir hükmün eklenmesi yerinde olacaktır⁴¹. Açıkladığımız görüş kapsamında görüşümüz, MÖHUK m. 14 hükmüne eklenecek bir fıkra ile şu yönde bir düzenleme getirilmesidir: “*Boşanmanın şekline, gerçekleştiği ülke hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanır.*”

Boşanmanın şekli meselesi, Türk doktrininde⁴², sadece aynı ülkede gerçekleşen boşanmalar bakımından ele alınmış ancak boşanmanın mahkemenin katılımı olmaksızın, sadece tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla gerçekleştiği hallerde, iradelerin açıklandığı anda tarafların farklı ülkelerde bulunması ihtimali

37 Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir ARPACI, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme Birinci Cilt* (6th edn, Filiz 2014) 270; Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (18th edn Vedat 2020) 146; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23th edn, Yetkin 2018) 279.

38 Evliliğin şekli konusunda LRA kuralının tek başına yetkili kılınmasının nedenlerine ilişkin olarak bkz. Begüm Süzen, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2020) 202 vd.

39 Süzen (n 38) 96.

40 Var olan hukuk bakımından ise, Türkiye’de mahkeme dışı boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bir sonraki başlıkta ele alınacaktır. Bkz başlık III.

41 Aynı yönde bkz Süzen (n 38) 96.

42 Nomer (n 1) 260; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 144-145; Uyanık Çavuşoğlu (n 35) 26; Ayhan İzmirli (n 34) 93-94.

değerlendirilmemiştir. İngiliz hukukunda “denizaşırı boşanma” olarak ifade edilen⁴³ bu boşanmalarda, boşanmanın gerçekleştiği ülke hukukunun nasıl tespit edileceği sorusu gündeme gelmektedir⁴⁴. Örneğin, Yahudi ve Müslüman dinine ait boşanma kurallarının uygulandığı olaylarda, boşanma usulüne ilişkin unsurlar farklı ülkelerde gerçekleşebilmektedir.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk kapsamında, farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmelerde, işlem yerinin nasıl tespit edileceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler şu şekilde sıralanabilir: işlemin kuruluş anına ilişkin maddi hukuk teorilerinden yola çıkarak kuruluş yerini belirleyen görüş, farklı hukuk düzenlerinde bulunan taraflardan her biri için bu hukuk sistemlerinin birlikte uygulanmasını esas alan “bütünleştirici görüş”, taraflardan her birinin kendi bulunduğu yer hukukunun şekil kurallarına uyması gerekliliğini öngören “distribütif görüş” ve hukuki işlemin taraflarının buldukları yerlerden herhangi birinin şekil kurallarına uyulmasını yeterli gören “alternatif görüş”⁴⁵.

Sınır ötesi boşanmalarda, boşanmanın gerçekleştiği ülke hukukunun tespitinde, eşlerden her birinin beyan anında bulunduğu ülke hukuklarının birlikte uygulanmasının -total boşanmaların engellenmesi amacı da dikkate alınarak- en uygun çözüm olacağı görüşündeyiz. Bu çerçevede, işlemin gerçekleştirildiği ülke hukuklarından birinde eşlerin karşılıklı irade beyanlarıyla mahkeme dışında boşanmalarının kabul edilmesi ve diğer ülkede bunun kabul edilmeyerek boşanma için mutlaka bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulması halinde, mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanma Türk hukuku bakımından da geçersiz kabul edilmelidir. Böylece, eşlerden birinin bulunduğu ülkede şeklen geçerli, diğer ülkede şeklen geçersiz bir boşanmanın Türk hukuku nezdinde geçerli kabul edilmesi de önerdiğimiz yapı içerisinde engellenmiş olacaktır.

Boşanmanın mahkeme kararı dışında gerçekleştiği durumlarda, konunun bir şekil meselesi olarak vasıflandırılması beraberinde iki önemli sorunu gündeme getirmektedir. Bunlardan ilki, Türkiye’de mahkeme dışı boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği meselesidir. Cevaplanması gereken ikinci sorun, yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen rızai boşanmaların Türkiye’de etki doğurması için tanınmasının gerekip gerekmeyeceğidir. Aşağıda bu konular sırasıyla ele alınacaktır.

43 Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (4th edn, Oxford 2013) 349; Peter North and J.J. Fawcett, *Cheshire and North’s Private International Law* (13th edn, 2005) 812. Biz çalışmamızda sınır ötesi boşanmalar kavramını kullanmanın daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

44 Örnek karar Berkoovits v. Grinberg, 1995, Fam 142; R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Fatima [1986] AC 527. Bu kararlarda mahkeme İngiltere’de başlayıp farklı ülkede sonlanan boşanma usulünü geçersiz kabul etmiştir. Mahkeme bu kararlarda boşanmanın tek bir ülkede gerçekleşmesi gerektiği gibi bir varsayım ile hareket etmiş ve boşanmaya İngiltere’de sonuç tanımamıştır. Kararların eleştirisi için bkz. Briggs (n 43) 349.

45 Söz konusu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp and Yanık (n 1) 93-94; Temel Doğangün, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (Yetkin 1996) 100-105; Süzen (n 38) 131-134.

III. Türkiye’de Mahkeme Dışı Boşanmaların Gerçekleşip Gerçekleşmeyeceği Meselesi

Boşanmanın mahkeme dışında rızai olarak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunun boşanmanın şekline ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılması durumunda, Türkiye’de mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın geçerliliği sorusu gündeme gelir. Hukukumuzun genel olarak etkisi altında olduğu İsviçre ve Alman hukuklarına baktığımızda bu ülkelerde mahkeme dışında bir boşanmanın gerçekleşmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. İsviçre hukukunda, İsviçre’de ancak mahkeme önünde boşanabileceği kabul edilmekte⁴⁶; bu durum İsviçre Federal Mahkemesinin çeşitli kararlarında⁴⁷ da vurgulanmaktadır. Alman hukukunda ise, boşanmanın Almanya’da sadece mahkeme kararıyla gerçekleşebileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmektedir (BGB art. 1564 I). Bu hüküm kamu düzenine ilişkin olarak yorumlandığından, yabancı boşanma statüsüne tabi olarak mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların Almanya’da yasaklanmış olduğu kabul edilmektedir⁴⁸.

Boşanmanın şekli konusunda MÖHUK m. 14 hükmünde özel bir düzenleme yer almadığından, MÖHUK m. 7 gereği, boşanmanın gerçekleştiği yer hukuku ile boşanmanın esasına uygulanacak hukuk birbirine alternatif olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda, boşanmanın esas ya da gerçekleştiği ülke olarak Türk hukukunun uygulanacağı durumlarda, boşanmanın Türk hukukuna uygun biçimde meydana gelmesi, işlemi geçerli hale getirmeye yetecektir.

Yukarıda MÖHUK m. 7 kapsamında yapmış olduğumuz tespit bakımından, Türk hukukunda boşanmanın ancak mahkeme kararıyla gerçekleşebileceğini düzenleyen TMK m. 167 ve 170 hükümlerinin Türkiye’de mahkeme dışı gerçekleşecek bir boşanmaya engel olup olmayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Doktrinde konuyu farklı açılardan ele alan yazarlar bulunmakla birlikte, eğilimin, Türkiye’de mahkeme dışında gerçekleşecek boşanmaların kamu düzenine aykırılık çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde olduğu görülmektedir⁴⁹.

Doktrindeki bir görüş⁵⁰, MÖHUK m. 14’e göre uygulanması gereken yabancı hukukun izin vermesi durumunda, Türkiye’de gerçekleştirilecek mahkeme dışı

46 Dutoit (n 27) 229; Bucher (n 27) 492.

47 Bkz yukarıda dn 28, 29.

48 Rauscher, *Internationales Privatrecht*4 (2012) 207 vd (Nomer 260’dan naklen).

49 Doktrinde mahkeme dışı boşanmaların hukukumuz bakımından faydalı olup olmayacağını değerlendiren bir görüş, Türkiye’de boşanmaların önemli bir kısmında eşlerin anlaşmalı olarak boşanma talebinde buldukları göz önünde bulundurulduğunda, mahkeme dışı boşanma kurumu uygulamada fayda sağlayacağı yönündedir. Bununla birlikte müellifler, anlaşmalı boşanmalarda dahi hâkim denetiminden vazgeçilmediği (TMK m 166/III), evlilik kurumunun anlamı ve boşanmanın kamu düzenini ilgilendiren yönü dikkate alındığında, özellikle eşlerden birinin şiddete maruz kaldığı ya da maddi açıdan kendisini savunamayacak olduğu durumlarda boşanma için mahkeme denetiminden vazgeçilmemesi gerektiğini görüşündedir (bkz Ürem Çetinel and Güneş (n 16) 333). Söz konusu görüş, boşanma anlaşmalarının taraf menfaatlerinin gözetilerek hazırlandığı hallerde, yasal düzenlemeler yapıldığı sürece mahkeme dışı boşanma kurumunun reddedilmemesi gerektiğini savunmaktadır (bkz Ürem Çetinel and Güneş (n 16) 333).

50 Nomer (n 1) 260.

boşanmaların, MÖHUK m. 50 gereği tanınamayacağını ancak bir tespit davasına konu olabileceğini ve boşanmanın etkilerinin bu yolla elde edilebileceğini; ancak, taraflardan birinin dahi Türk vatandaşı olması durumunda, söz konusu idari boşanma kararının Türk kamu düzenine aykırı olacağı gerekçesiyle hukuki bir sonuç doğurmayacağını savunmaktadır. Konuyu kamu düzeni kapsamında ele alan bir diğer görüş⁵¹, her ne kadar MÖHUK m. 14 düzenlemesinde bir hüküm yer almasa da Türkiye’de ancak bir mahkeme kararı ile boşanabileceğini ileri sürmektedir.

Yabancı ülkelerin Türkiye’deki konsolosluklarında yapılan idari boşanmaların tanınması kapsamında konuyu değerlendiren bir görüşe⁵², yargı yetkisinin egemenlikten kaynaklanan bir yetki olduğunu ve bu yetkinin ancak egemen devletin mahkemeleri tarafından kullanılabilceğini, milletlerarası anlaşmalar istisna olmak kaydıyla, hukukumuzda boşanmanın yargısal karakterde olmasından hareketle, Türkiye’de bu yetkinin ancak mahkemelerce kullanılabilceğini, yabancı ülkenin Türkiye’deki konsolosluklarında yapılan idari boşanmaların tanınmasının kamu düzenine aykırılık yaratacağını savunmaktadır.

Konuyu talak boşanmalarla sınırlı olarak değerlendiren diğer bir görüş, Türkiye’de talak yoluyla gerçekleşecek boşanmaların, hukukumuzun temel ilkelerine ters düşeceğini belirterek, kamu düzenine aykırı olan bu boşanmaların Türkiye’de hüküm doğurmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedir⁵³.

Kanaatimizce, Türkiye’de boşanmaların mahkeme önünde gerçekleşmesi zorunluluğunun, kamu düzenine aykırılık meselesi yerine MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda cumhuriyet dönemiyle birlikte medeni hukuk düzeninin kabulü, evliliklerin ancak medeni nikah şeklinde gerçekleştirilebilmesini öngörmüş ve yeni bir aile hukuku düzenine geçilmiştir. Medeni nikahın kabulü esasında aile birliği bakımından medeni hukuk düzeninin ilk basamağı olup, Cumhuriyetin bu yeni yaklaşımının ikinci ayağı ise evliliklerin ancak mahkemeler önünde ve pozitif hukuk normları çerçevesinde sonlandırılabilceğinin kabul edilmesi olmuştur. Evliliğin şekli konusundaki Medeni Kanunu düzenlemeleri ile boşanmanın ancak bir mahkeme kararı ile gerçekleşebileceğini düzenleyen hükümler bir bütün teşkil etmektedir. Boşanma davalarında, mahkeme sadece şekli bir inceleme yapmayıp, ailenin korunması prensibi çerçevesinde, bazı özel boşanma sebeplerinin varlığı haricinde, boşanmaya karar verebilmek için evliliğin diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini ya da aile birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını

51 Uyanık Çavuşoğlu (n 35) 26.

52 Ayhan İzmirli (n 34) 94.

53 Tekinalp and Uyanık (n 1) 172. Aynı yönde bkz Ekşi (n 16) 80. Yargıtay’ın 1945 tarihli bir kararına konu olan olayda, İran vatandaşı erkek Türkiye’de gerçekleştirilen talakın İran konsoloslüğünde tescili bakımından karşının konsolosluk defterini imzalaması için Türkiye’de dava açmış; Yargıtay, bu talebi, kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddetmiştir. Karar için bkz Osman Fazıl Berki and Hilmi Ergüney, *Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafları İle İlgili Kararların Tahlil ve İzahları* (Ankara 1963) 76-78; Ekşi (n 16) 80-81.

araştırmaktadır (TMK m. 163, 165, 166/1). Söz konusu hükümler, ailenin korunmasına ve aile birliğinin sona ermesi aşamasında belirli bir düzen korunarak sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesi ilkelerine hizmet etmektedir.

Hukukumuzun TMK’da yer alan ve boşanmanın sadece mahkeme kararı ile gerçekleşebileceğini düzenleyen hükmü, günümüz dünyasında meydana gelen değişimler ışığında yerindeliği tartışılabilir bir düzenleme olsa da, var olan hukuk bakımından kanaatimizce MÖHUK m. 6 çerçevesinde bir doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup, Türkiye’de gerçekleşecek boşanmalar bakımından tarafların vatandaşlığı dikkate alınmaksızın uygulama alanı bulacaktır. Bunun sonucu olarak, Türkiye’de gerçekleşecek boşanmaların, boşanmanın esasına uygulanacak hukuk buna imkân tanısa dahi mahkeme dışında gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıda yer verdiğimiz görüşümüze bağlı olarak, öncelikle, konuyu taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde kamu düzenine aykırılık çerçevesinde ele alan görüşe⁵⁴ katılmamaktayız. Zira Türkiye’de boşanmanın mahkeme önünde gerçekleşmesi zorunluluğu, tarafların Türk ya da yabancı olmasına göre değişimsiz uygulanan bir kuraldır. Türkiye’de gerçekleşecek mahkeme dışı boşanmaların mümkün olup olmayacağı meselesini sadece talak boşanmalar bakımından ele alınması da vardığımız sonuç bakımından bir fark yaratmayacaktır. Zira Türkiye’de boşanmaların mahkeme kararıyla gerçekleşmesi zorunluluğu bakımından yukarıda ortaya koyduğumuz gerekçeler, dini boşanmaların yanı sıra, noter işlemi ya da karşılıklı irade beyanı gibi farklı şekillerde gerçekleşecek tüm boşanmalar bakımından söz konusu olacaktır.

Türkiye’de boşanmaların mahkeme dışı gerçekleşemeyeceği sonucuna ulaştıktan sonra, kişilerin Türkiye’deki yabancı konsolosluklarda boşanıp boşanmayacağı sorusunun da ayrıca cevaplandırılması gerekmektedir. Konsolosluklarda gerçekleşecek boşanmalar bakımından, Türkiye’nin tarafı olduğu⁵⁵ 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin, konsolosların “*noter ve kişi halleri memuru sıfatıyla hareket etmek ve benzeri görevleri kabul eden Devlet’in kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde bazı idarî mahiyetteki görevleri yapmak*” yetkisini haiz olduğunu düzenleyen hükmünün (m. 5/f) göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Doktrinde, Sözleşme’nin bu haliyle, gönderen devlet tarafından kendisine yetki verilen konsoloslukların boşanma işlemini gerçekleştirilmesine olanak tanıdığı; ancak, Türkiye’nin ülkesinde bulunan konsolosluklara bu yönde bir yetki tanınmamış olması nedeniyle böyle bir boşanmanın Türkiye’de gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmektedir⁵⁶. Diğer taraftan Türkiye’nin bu yönde bir anlaşma yapması durumunda, ilgili devlet konsololuğunda gerçekleşecek boşanma Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilecektir. Ancak var olan hukuk

54 Nomer (n 1) 260.

55 RG 29.05.1975/15249.

56 Burak Huysal, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, (2017) 37 (2) MHB 488.

bakımından yine yukarıda açıkladığımız üzere, aksine bir anlaşma olmadıkça yabancı devlet konsolosluklarının Türkiye’de gerçekleştirecekleri boşanmalar bir kamu düzeni ihlali olarak değil, TMK hükümlerinde yer alan doğrudan uygulanan kurallarımız nedeniyle hukuki bir sonuç doğurmayacaktır.

IV. Yabancı Ülkelerde Mahkeme Dışı Gerçekleşen Boşanmaların Türk Hukukunda Etki Doğurması

Yabancı ülkelerde gerçekleşen boşanmaların Türkiye’de etki doğurması meselesinde, milletlerarası anlaşmalar, MÖHUK ve doğrudan tescil ile bu kurumların dışında kalan haller karşımıza çıkmaktadır. Türkiye’nin tarafı olduğu milletlerarası anlaşmalar ve MÖHUK kapsamındaki tanıma talepleri ile doğrudan tescil, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Türkiye’de gerçekleşecek mahkeme dışı boşanmalar ise bir önceki başlıkta ele alınmıştır.

Mahkeme dışı gerçekleşen boşanma kavramı idari işlemle ya da noter önünde gerçekleşen boşanmalar ile sadece taraf iradesine dayanan herhangi bir makamın tescil ya da onay gibi katılımına ihtiyaç duyulmayan boşanmaları ifade etmektedir. Hukukumuzda, ilke olarak mahkemelerin kurucu bir katılımı olmaksızın verilen kararlar, MÖHUK m. 50 nedeniyle Türkiye’de etki doğurmazlar. Ancak 690 sayılı KHK ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun (NHK) 27. maddesine eklenen “Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili” başlıklı madde ile yabancı ülkelerde idari makamlarca verilen kararların, tanımaya gerek olmaksızın, Türkiye’de sonuç doğurmasına olanak sağlanmıştır. Ancak NHK m. 27/A uyarınca doğrudan tescil talebi, sadece taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu ve iki tarafın da tescil talebinde bulunduğu durumlarda kabul edilmektedir.

MÖHUK m. 50 hükmü ve NHK m. 27/A düzenlemesi birlikte ele alındığında, yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların NHK m. 27/A koşullarını sağlamaması durumunda yine de bu boşanmaların Türkiye’de sonuç doğurabilmesi ya da en azından bir hukuki gerçeklik olarak kabul edilebilmesi için tanıma kararına gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmayacağı sorusu önem kazanmaktadır. Aşağıda mahkeme dışı boşanmaların, Türk hukukunda nasıl etki doğurması gerektiği, etki doğurabilmesi için tanımının bir zorunluluk olup olmadığı ve hatta tanınmasına gerek olmaksızın sonuç doğurup doğuramayacağı tartışılacaktır.

Karşılaştırmalı hukuk örneklerine baktığımızda, yabancı karar kavramının Türk hukukuna göre daha geniş ele alındığı ve mahkeme kararlarının yanı sıra idari işlemlerin de tanıma ve tenfiz rejimine tabi tutulduğu görülmektedir. Türk hukukunun aksine mahkeme kararları yanında, yabancı idari makam kararlarının da tanınması

ve tenfizine olanak tanıyan ülkelere İngiliz⁵⁷, Fransız⁵⁸ ve İsviçre⁵⁹ gibi ülkeler örnek gösterilebilir. Karşılaştırmalı hukukta, milli düzenlemeler dışında konu kapsamında üzerinde durulması faydalı olacak bir düzenleme ise, "Evliliğe ve Velayete İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü" dür (Yeni Brüksel II Tüzüğü)⁶⁰. Tüzüğün 46. maddesinde, üye bir devlette resmi şekilde gerçekleştirilmiş icra edilebilir nitelikteki işlemlerin diğer üye devletlerde etki doğurabilmesi, bu kararların tanınması ve tenfizi için Tüzük'te öngörülen koşulların sağlanmış olması şartına tabi tutulmuştur. Tüzük'ün uygulama alanı bulunduğu olaylarda, üye devletlerden birinde yetkili makam önünde gerçekleşen boşanmalar, adli olmayan bir makamın kararıyla hatta idari bir işlemle gerçekleşse dahi, Tüzük'teki tanıma koşulları çerçevesinde diğer üye devletlerde de etki doğuracaktır⁶¹.

İsviçre hukukunda, İsviçre dışında yabancı bir idari ya da dini makam kararıyla gerçekleşen boşanmaların İsviçre'de hüküm doğurması meselesi, yabancı boşanma kararlarının tanınması rejimi (LDIP m. 65) çerçevesinde ele alınmaktadır. "Yabancı karar" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüş⁶² uyarınca, tanıma ya da tenfize tabi yabancı bir karar denildiğinde, adli, idari ve dini makam kararları kastedilmekte ve bir karardan bahsedebilmek için ilgili makamın bir karar mercii olarak hareket etmiş olması gerekmektedir. Örneğin, Tayland hukukunda, mahkeme, tarafların ortak iradesine dayanan boşanmayı sadece onaylamakta ve karar mercii olarak hareket etmemektedir. Bu gibi boşanmaların yabancı bir karar olarak kabul edilmesi ve tanıma hükümlerine tabi tutulması mümkün değildir⁶³.

Doktrindeki bir diğer görüş⁶⁴ ise, yabancı karar kavramını daha geniş ele almakta ve idari bir işlem şeklinde gerçekleşen boşanmaları da yabancı boşanma kararı

57 Bkz North and Fawcett (n 43) 805 vd.

58 Bkz Audit and d'Avout (n 3) 451; Pierre Mayer and Vincent Heuze, *Droit International Privé* (9th edn, LGDJ 2007) 345; Vignal (n 3) 421.

59 Bkz Bucher (n 27) 529.

60 RÈGLEMENT (CE) No 2201/2003 DU CONSEIL du 27 novembre 2003 Relatif à la Compétence, la Reconnaissance et l'Exécution des Décisions En Matière Matrimoniale et En Matière de Responsabilité Parentale Abrogeant le Règlement (CE) no 1347/2000, Journal Officiel de L'Union Européenne L 338/ 1. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=FR>.

61 Bureau and Muir Watt (n 17) 177. Bürksel II Tüzüğü'nün uygulama alanı bulmadığı hallerde de, yabancı bir ülkede, Fransız hukukunda olduğu gibi tarafların ortak iradesiyle gerçekleşen ve idari bir makam tarafından tescil edilmiş ya da tasdik edilmiş bir boşanmanın, Fransız hukukunda tanıma rejimine tabi olarak etki doğuracağına ilişkin olarak bkz Marie-Laure Niboyet and Geraud de Geouffre de la Pradelle, *Droit International Privé* (6th edn, LGDJ 2017) N. 67.

62 Dutoit (n 27) 254-255.

63 ibid 254.

64 Bucher (n 27) 529.

saymaktadır⁶⁵. Bu görüş uyarınca, resmi bir işlem şeklinde gerçekleşen boşanmadan bahsedebilmek için boşanmanın gerçekleşmesine resmi bir makamın tescil ya da bir belge ibrazı suretiyle katılması ve aynı zamanda resmi makamın yaptığı işlemin boşanma bakımından kurucu olması gerekmektedir⁶⁶. Boşanmayı gerçekleştiren böyle bir resmi işlemin, anlaşmalı bir boşanma davasında tarafların ortak iradelerini onaylayan mahkeme kararından bir farkı bulunmamaktadır⁶⁷. Ancak böyle bir boşanmanın tanınabilmesi, gerçekleştiği ülkede tüm sonuçları doğurmasına bağlıdır⁶⁸.

İsviçre doktrinindeki tartışmalar, boşanmaların idari kararlar veya idari işlemle gerçekleşmiş olmasına göre bir ayırım ortaya çıkartmaktadır. Bu ayırım yabancı idari işlemlerin de tanıma ve tenfiz rejimine tabi olup olmayacakları hususunda önem taşımaktadır. Türk hukuku bakımından konu ele alındığında, idari işlem ve idari karar ayırımı pratikte bir fark yaratmamakta ve idari karar idari işlemin bir alt türü olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹. Dolayısıyla, bir boşanmanın idari işlem ya da idari karar ile gerçekleşmesi yönündeki ayırım, Türk hukuku bakımından bir fark yaratmayacaktır.

Yukarıda incelemiş olduğumuz karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler yabancı idari kararların tanınmasına olanak tanıırken, diğer yandan da bunların sonuç doğurması için tanınmalarını bir kanuni zorunluluk haline de getirmektedir. Oysaki Türk hukukunda yabancı idari karar ve işlemlerin MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınmalarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, bunların MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınmayacakları sonucuna ulaşılmakla birlikte, Türkiye’de etki doğurabilmeleri için -yabancı mahkeme kararlarının aksine- tanıma zorunluluğunun getirilmediği de söylenebilir.

Türk doktrininde bizim de katıldığımız bir görüş uyarınca, yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınmaları ya da tenfizleri mümkün olmamakla birlikte⁷⁰, bunların bir tespit davasına konu olması ve bu yolla kararın tanınması ya da tenfizi ile elde edilmek istenen sonuca ulaşılması

65 İsviçre Federal Mahkemesi’nin bahsetmiş olduğumuz bu son görüş doğrultusunda kararları mevcuttur. Federal Mahkeme, bir kararında, yabancı ülkede bu ülke hukukunun öngördüğü usulle gerçekleşen bir boşanmanın, bu ülke hukukunun bir gereği olarak söz konusu usulle gerçekleştiği, bu gerçeğin kabul edilmesi ve bu boşanmaya bir mahkeme kararı gibi sonuç bağlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (ATF 122 III 344. Karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/>). Federal Mahkeme’nin bir diğer kararında ise, yabancı bir ülkede talak yoluyla gerçekleşen bir boşanmaya İsviçre’de etki tanınip tanınmayacağına tartışılırken, yabancı karar kavramının İsviçre hukukunda olduğundan daha esnek şekilde yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır (ATF 126 III 327. Karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/>).

66 Bucher (n 27) 529.

67 ibid 529.

68 Andreas Buchler, "Internationales Scheidungsrecht in der Praxis" in Ingeborg Schwenzer and Andrea Buchler (eds), *Vierte Schweizer FamilienrechtsTage* (Zürich 2008) 39.

69 Metin Günday, *İdare Hukuku* (10th edn, İmaj 2013) 123 vd; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I* (2nd edn Ekin 2009) 673 vd.

70 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 1995 tarihli bir kararında (Yargıtay 2 HD, 3612/ 4567, 13.04.1995), Kopenhag Belediyesi tarafından verilmiş bir boşanma kararının tanınması talebini reddeden ilk derece mahkemesinin kararı, "boşanma kararının bir mahkemenin verdiği hüküm niteliği taşıması" gerekçesiyle onanmıştır. Yargıtay bu kararda, kararı veren makamın bir yargı makamı olmadığından hareket ederek yargı makamı niteliği taşımayan bir makam tarafından verilen kararın mahkeme hükmü niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr

mümkündür⁷¹. Örneğin, noter nezdinde gerçekleşen bir boşanmanın MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınması söz konusu değildir; bununla birlikte, bu boşanmanın geçerliliği Türk mahkemeleri önünde bir ön mesele olarak ya da bağımsız bir tespit davasına konu olarak incelenerek boşanmanın geçerli olduğu sonucuna ulaşıldığında, Türk mahkemesince verilen bu karar, fer'i sonuçları hariç, yabancı boşanma kararının tanınması ile aynı etkiye sahip olacaktır.

Var olan hukuk bakımından, yukarıda yer verdiğimiz bu sonuca ulaşılmakla birlikte, kanaatimiz teorik olarak, yabancı ülkede mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın, yabancı ülkede Türk hukukundan farklı bir şekilde gerçekleşen evliliklerden (Türkiye'de doğuracağı etki bakımından) bir farkı bulunmadığı yönündedir. Nasıl ki yapıldığı ülke hukukunun şekil kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen bir evliliğin Türk hukuku nezdinde geçerli kabul edilerek sonuç doğurabilmesi için bir tanıma kararına ihtiyaç yok ise, aynı durum yapıldığı ülke hukukunda öngörülen usule ve şekle uygun olarak mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanma için de geçerlidir.

Türk hukukunda mahkeme kararı zorunluluğu öngörülen bir işlemin yabancı ülkede mahkeme dışında gerçekleşmesi durumunda, işlemin Türk hukukunda tanınma yoluyla mahkeme denetiminden geçirilmesi gerektiği düşünülebilir. Bunun örneği evlat edinme işlemlerinde görülmektedir. Yabancı bir evlat edinme işleminin Türk hukukunda etki doğurabilmesi için, evlat edinmenin çocuğun yararına olup olmadığının denetimi bakımından, adli ya da idari bir makam tarafından verilmiş bir evlat edinme kararının bulunması zorunludur (Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30).

Türk hukukunda boşanma için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmakla birlikte, mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın tanınmaması durumunda, evlat edinmeye benzer bir menfaat boşanmada bulunmamaktadır. Örneğin iki Fransız vatandaşının Fransa'da noter nezdinde boşanmaları durumunda, bu boşanmanın Türk mahkemelerinin denetiminden geçirilmesi için korunan bir taraf ya da kamu menfaatinin -çocuğun korunmasında olduğu gibi- bulunduğunu söylemek kanaatimizce güçtür. Bu anlamda TMK'nın boşanmanın mahkeme kararıyla gerçekleşeceğini düzenleyen hükmünün de sınır aşan bir uygulamaya sahip olması amacıyla getirilmediği açık olup, Türk mahkemesinin Fransız aile birliğini korumak gibi evrensel bir amacı bulunmamaktadır.

Yukarıda varılan sonuçları uygulama bakımından düşündüğümüzde ise, Türkiye'de doğrudan doğruya mahkeme dışı bir boşanmaya istinaden idari bir işlem yapılması söz konusu olamayacağı için, olması gereken hukuk bakımından, bu tür boşanmaların tanınabilmelerine olanak sağlayan bir düzenlemeye MÖHUK'ta yer verilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Bu çerçevede, MÖHUK m. 58 hükmüne şu yönde bir düzenleme eklenmesi düşünülebilir: "*Yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların tanınması da bu madde hükümlerine tabidir.*"

71 Nomer (n 1) 544; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 539, dn 360.

Sonuç

Türk hukukunda boşanma mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. Boşanmanın hukuki işlem yoluyla gerçekleşmesinin mümkün olmaması, boşanma için mahkeme kararına ihtiyaç duyulup duyulmadığı meselesinin bir şekil meselesinden ziyade usuli bir mesele olduğunu düşündürmekle birlikte, karşılaştırmalı hukuk örneklerinde, giderek yaygınlaşan bir uygulama olarak, boşanmanın mahkeme dışında hukuki işlemle gerçekleştiği görülmektedir. Bu durum, boşanmanın mahkeme önünde mi yoksa mahkeme dışında mı gerçekleşeceği meselesinin nasıl vasıflandırılacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

Kanaatimizce, söz konusu mesele, evliliğin şekli ile benzerlik göstermektedir. Zira evlilik, aile birliğini kuran bir işlemken, boşanma bu birliği sona erdiren işlemdir. Bu çerçevede, boşanma iradesinin dış dünyaya nasıl yansıyacağı yani mahkeme önünde mi yoksa idari makam ya da noter huzurunda mı açıklanacağı meselesi, boşanmanın şekline ilişkin kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak, boşanmanın nasıl gerçekleşeceği konusunda, boşanmaya uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 14 hükmünde boşanmanın şekline uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından, MÖHUK m. 7 hükmü uygulanacak ve lex causae ile lex fori birbirlerine alternatifli şekilde yetkili olacaktır. Bununla birlikte, evliliğin şekli konusunda LRA kuralının tek başına uygulanmasının (MÖHUK m. 13/2) temelinde yatan "topal evliliklerin engellenmesi düşüncesi", kanaatimizce boşanmanın şekli konusunda da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, topal boşanmaların engellenmesi amacıyla var olan hukuk bakımından bu sonuca ulaşmak mümkün olmamakla birlikte, olması gereken hukuk bakımından, boşanmanın şekli konusunda LRA kuralının tek başına uygulanması ve bunu temin amacıyla MÖHUK m. 14 hükmüne şu yönde bir düzenlemenin eklenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır: "*Boşanmanın şekline, gerçekleştiği ülke hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanır.*"

Boşanmanın mahkeme kararı dışında gerçekleştiği durumlarda, konunun bir şekil meselesi olarak vasıflandırılması, iki önemli sorunu gündeme getirmektedir: Türkiye’de mahkeme dışı boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların Türkiye’de etki doğurması için tanınmasının gerekip gerekmediği meseleleri.

Ortaya koyduğumuz ilk sorun bakımından, Türk hukukunda boşanmanın mahkeme önünde gerçekleşmesi zorunluluğuna ilişkin TMK hükümlerinin getiriliş amacı çerçevesinde bir yorum yapılması gerekmektedir. Türk hukukunda, boşanma davalarında, mahkeme sadece şekli bir inceleme yapmayıp, ailenin korunması prensibi çerçevesinde, bazı özel boşanma sebeplerinin varlığı haricinde, boşanmaya karar verebilmek için evliliğin diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini ya da aile birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmaktadır (TMK m. 163, 165, 166/1).

O halde, kanaatimizce, boşanma için mahkeme kararı zorunluluğu öngören hükümlerin devletin sosyal bir politikası olarak ailenin korunması yanında medeni evlilik ve medeni boşanmadan oluşan bir sistemin korunması amacına hizmet ettiğinin ve bu çerçevede MÖHUK m. 6 kapsamında birer doğrudan uygulanan kural teşkil ettiklerinin kabulü gerekir. Buna bağlı olarak, Türkiye’de gerçekleşecek boşanmaların, tarafların vatandaşlığı dikkate alınmaksızın ve boşanmanın esasına uygulanacak hukuk buna imkân tanısa dahi, mahkeme dışında gerçekleşmesini mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Ortaya koyduğumuz ikinci sorun bakımından, Türk hukukunda yabancı idari karar ve işlemlerin MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınmalarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınamayacakları sonucuna ulaşmakla birlikte, bu boşanmaların Türkiye’de etki doğurabilmeleri için tanınmalarına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, yabancı ülkede o ülke hukukuna uygun olarak mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın, yabancı ülkede yapıldığı ülkenin şekil kurallarına uygun olarak gerçekleşen bir evlilikten Türkiye’de doğuracağı etki bakımından bir farkı bulunmamaktadır. Böyle bir evliliğin Türk hukuku nezdinde geçerli kabul edilebilmesi için nasıl ki bir tanıma kararına ihtiyaç yok ise, aynı durum, yapıldığı ülke hukukuna uygun olarak mahkeme dışında gerçekleşen bir boşanma için de söz konusudur. Bununla birlikte, uygulamada, yabancı ülkede mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmaya istinaden Türkiye’de bir idari işlem yapılması söz konusu olamayacağından, kanaatimizce, yabancı mahkeme dışı boşanmaların tanınmasına imkan sağlayan bir düzenlemeye MÖHUK’ta yer verilmesi; bu doğrultuda, MÖHUK m. 58 hükmüne şu yönde bir düzenleme eklenmesi yerinde olacaktır: “*Yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların tanınması da bu madde hükümlerine tabidir.*”

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akıntürk T and Ateş D, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku* (21th edn, Beta 2019).

Audit B and d’Avout L, *Droit International Privé* (7th edn, Economica 2013).

Ayhan İzmirli L, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması”, (2018) 22 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-126.

- Berki O F and Ergüney H, *Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafları İle İlgili Kararların Tahlil ve İzahları* (Ankara 1963).
- Briggs A, *The Conflict of Laws* (4th edn, Oxford 2013).
- Bucher A, *Loi Sur le Droit International Privé – Commentaire Romand, Editeur Andreas Bucher* (Helbing 2011).
- Buchler A, "Internationales Scheidungsrecht in der Praxis" in Ingeborg Schwenzer and Andrea Buchler (eds), *Vierte Schweizer FamilienrechtsTage* (Zürich 2008).
- Bureau D and Muir Watt H, *Droit International Privé/ 2, Partie Spéciale* (4th edn, PUF 2017).
- North P and Fawcett J.J., *Cheshire and North's Private International Law* (13th edn, 2005).
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019).
- Doğangün T, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (Yetkin 1996).
- Dural M, Ögüz T and Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14th edn, Filiz 2019).
- Dutoit B, *Droit International Privé Suisse – Commentaire de la Loi Fédérale du 18 Décembre 1987* (5th edn, Helbing 2016).
- Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (Beta 2012).
- Erdem M, *Aile Hukuku* (2nd edn, Seçkin 2019).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23th edn, Yetkin 2018).
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt I* (2nd edn Ekin 2009).
- Günday M, *İdare Hukuku* (10th edn, İmaj 2013).
- Huysal B, "Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili", (2017) 37 (2) MHB 473-507.
- Kristiansen J E, "Norway" in R. CHESTER (ed), *Divorce in Europe* Vol. 3 (Dverten 2012).
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R and ARPACI A, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme Birinci Cilt* (6th edn, Filiz 2014).
- Loussouarn Y, Bourel P and Vareilles-Sommieres P, *Droit International Privé* (10th edn, Dalloz 2013).
- Mayer P and Heuze V, *Droit International Privé* (9th edn, LGDJ 2007).
- Mayer P and Heuze V, *Droit International Privé* (11th edn, LGDJ 2014).
- Matthew M, "Divorce And The Welfare Of The Child In Japan", *Pacific Rim Law &PolicyJournal* Vol. 20 No. 3.
- Niboyet M-L and de Geouffre de la Pradelle G, *Droit International Privé* (6th edn, LGDJ 2017).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Oğuzman K and Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (18th edn Vedat 2020).
- Parkinson P, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood* (Cambridge University Press 2011).
- Rauscher, *Internationales Privatrecht* 4 (2012).
- Sakmar A, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma* (Fakülteler Matbaası 1976).
- Süzen B, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2020).

- Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019).
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016).
- Uyanık Çavuşoğlu A, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta 2006).
- Ürem Çetinel M and Güneş B S, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı", (2020) (1) YBHD 309-340.
- Vignal T, *Droit International Privé* (2nd edn, Dalloz 2011).

