

NAFAKA STATÜSÜ VE HUKUK SEÇİMİ*

Prof. Dr. Gerhard HOHLOCH*¹
(Çeviren: Doç. Dr. Yıldız ABİK)*²

I) Konu

1973 yılında yapılan La Haye*³ Nafaka Sözleşmesinin¹ 4.maddesi ile EGBGB'nin*⁴ 18. maddesi, nafaka statüsünü, kural olarak, “hak sahibinin” mutad meskeni bağlama noktası ile alacaklı ve borçlunun (hak sahibi ve yükümlünün) müşterek milli hukukları ve gerektiğinde *lex fori*’den (başvurulan merciin kanunu) yararlanmak suretiyle belirlemiştir. Hem boşanma sonrası nafaka statüsü, hem de eşlerin mahkemece verilmiş olan ayrılık kararından sonra ya da evlenmenin butlanı veya feshi gibi başka sebeplerden dolayı evliliğin sona erdirilmesi halinde borçlanılan nafakanın statüsü ise, EGBGB'nin 18. maddesinin 4. fıkrası ile La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesinde tanımlanmıştır. Aslında böyle objektif bir bağlama noktası ile nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu yerin dikkate alınması özellikle uygulamada olduğu gibi, yasal

* Prof. Dr. Gerhard Hohloch tarafından yazılan bu makale, “Unterhaltsstatut und Rechtswahl” adıyla, “Privatrecht in Europa Vielfalt, Kollision, Kooperation, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70.Geburtstag”, adlı Prof. Dr. Sonnenberger’e armağanın (*Herausgegeben von Michael Coester, Dieter Martiny, Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe*, München 2004, Verlag C.H.Beck), 401- 416. sayfalarında yayımlanmıştır. Bu makale, gerekli izin alınarak Türkçeye çevrilmiştir.

*1 Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi Hâkimi

*2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*3 Çevirenin Notu (1): Metinde “Haager Nafaka Sözleşmesi” olarak geçmektedir. Türk hukukunda “La Haye Nafaka Sözleşmesi” olarak bilindiği için, çeviri sırasında bu ad tercih edilmiştir.

1 2. 10. 1973 nafaka yükümlülüklerinin uygulanışıyla ilgili “La Haye Sözleşmesi” (BGBl, 1986 II s. 825 ve 26.3. 1987 tarihli tebliğ, BGBl. 1987 II s. 225).

*4 Çevirenin Notu (2): EGBGB kısaltmasının uzun adı, “Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, Türkçe çevirisiyle, “Alman Medeni Kanununa Giriş Yasası”dır. Ancak bu kanun, Alman hukukunda, kural olarak milletlerarası özel hukuk ve usul hukukuna ilişkin konuları düzenlemektedir.

yönden de yerinde bir harekettir. Bu durum, iştirak nafakası, yardım nafakası, ayrı yaşama halindeki nafaka ve yabancı unsurlu bir evliliğin sona ermesinde uygulanan nafakalar için geçerlidir. Bu son olarak belirttiğimiz nafaka yönteminde de, boşanma statüsü, genellikle eşlerin ortak mutata meskenini² esas almaktadır.

Oysa tarafların irade serbestisine, bu düzenlemede şu anda pek yer verilmemiştir³. Hukuk seçiminin kabulü, EGBGB'nin 18.maddesindeki bağlantı kurma sisteminde ve büyük miktarda nafaka belirlenmesi için La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4. ve devam eden maddelerinde öngörülmemiştir. Bu durum, EGBGB'nin 18.maddesinde ve La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8.maddesinde, sadece dolaylı olarak ve boşanma sonrası nafaka için belirtilmiştir. Adı geçen maddelerde eşler, evlendikten sonraki süre için nafaka statüsü ile boşanma statüsünü aslında değiştirilmeyen (EGBGB'nin 17.maddesinin 1.fıkrası) boşanma davası öncesinde "uzlaşmalı" (ortak) bir hukuk seçimiyle EGBGB'nin 14.maddesinin 2-3. fıkralarına göre, aile statülerini belirleyip izin verilen hukuk seçimi çerçevesinde hareket edebilirler⁴.

Yurt içinde bu konu şimdiye kadar hemen, hemen hiç tartışılmadı⁵. Nafaka hukukunda hukuk seçimi konusu eskiden uygun bir çözüm yolu

² EGBGB 18.maddesi ile daha önce belirtilen La Haye Nafaka Sözleşmesindeki düzenlemeler arasındaki ilişki, bu çalışmada büyük bir önem arz etmemektedir. Bunun için, bkz. bununla ilgili bilimsel literatürde ve mahkeme kararlarında farklı görüşleri içeren örneğin: BGH, NJW 1991, 2212= FamRZ 1991, 925=JuS 1991, 1061 Nr.8 (*Hohloch*); OLG Hamm, FamRZ 1992, 673 f.; *Erman/Hohloch*, BGB, 10. Baskı, 2000, EGBGB m.18, Rn. 2; *Palandt/Heldrich*, BGB, 62. Baskı, 2003, EGBGB m.18, Rn. 2; MünchKomm BGB/ *Siehr*, 10.Cilt, 3.Baskı, 1998, EGBGB m.18, Rn.1; bkz. Önceliğin kullanılmasıyla ilgili genel sorunlar için bkz. MünchKomm BGB/ *Sonnenberger*, EGBGB m.3, Rn. 11-16.

³ Hukuk seçiminin Uluslararası Aile Hukukuna girişi için bkz. MünchKomm BGB/ *Sonnenberger* (dn.2) Giriş IPR Rn. 634 m.w.N., dn. 1690 ve 1691.

⁴ Bu şekilde, gereğinde, kastedilen hukuk seçiminin kullanılması imkânları, örneğin *Erman / Hohloch* (dn.1) EGBGB m.17, Rn. 21 ve EGBGB, m. 14, Rn. 19-23.

⁵ Bir hukuk seçimi imkânını reddetme, *Soergel/Kegel*, BGB, Cilt 10, 12. Baskı 1996, EGBGB, madde 18 Rn.23; *Kegel/Schurig*, IPR 8. Baskı 2000, s.464 ve devam eden sayfalar; *Vomberg*, Rechtswahlvereinbarungen bei Auslandsberührungen (Yabancı Ülkelerde Hukuk Seçimine Dair Sözleşmeler), FPR 2001, 115; aynı yazar: Fragen des internationalen Rechts bei der Ehevertragsgestaltung (Evlilik Akdinin Düzenlenmesinde Uluslararası Hukuk Sorunları), FPR 1999, 278, 280 ve devam eden sayfalar; diğer materyallerde bu sorunlara doğrudan değinilmemiştir, örneğin *Erman/Hohloch* (dn.1), EGBGB madde 18 dn.14, aynı

olarak görülmüyordu. Zira hukuk seçiminde, her defasında, daha zayıf olan hak sahibinin korunan menfaatlerinin sabit objektif (direkt) bağlama noktasından daha fazla tehlikeye düşebiliyordu.

Nafaka bakımından, Kanunlar İhtilafı Hukukundaki irade serbestisinin öneminin değerlendirilmesine gelince, EGBGB'nin 18. maddesinin 1.fıkrasında kanun hükmü haline getirilen ve kural olarak, hak sahibinin mutata ikametgâhını birincil derecede bağlanma noktası olarak kabul etmek çok mantıklıymış gibi gözükmektedir. Çünkü bu bağlantı, hak sahibinin sosyal çevresini (sosyal ve ekonomik durumu) esas almaktadır. Bu sosyal çevreye göre, nafaka ödemenin kapsamı, ölçüsü ve zorunluluğu en süratli ve gerçeğe en uygun bir şekilde değerlendirilebilecek durumda olmalıdır⁶.

Böyle bir değerlendirmeye bugün elbette şüphe ile bakılabilir. Alman maddi nafaka hukukunda nafaka sözleşmesi belli yasal sınırlar içinde geçerlidir. Burada İrade Serbestisi İlkesine yer verilmiş ve boşanma sonrasındaki nafakada iki taraflı olduğu gibi tek taraflı da nafakadan vazgeçmenin mümkün olduğu belirtilmiştir⁷. İrade Serbestisinin bu şekilde değerlendirilmesine, bununla ilgili Kanunlar İhtilafı Hukukunda hiçbir yer verilmemesi elbette daha baştan doğru ve doğal gözükmemektedir. Özellikle günümüzde Uluslararası Aile ve Miras Hukukunun Avrupa genelinde hukuk seçimine daha fazla yer verecek şekilde yeniden düzenlenmesi kapsamında ileri sürülen görüş ve düşünceler bu durumla hiç bağdaşmamaktadır. Aynı düzenleme mal rejimi, boşanma hukuku ve miras hukuku için de söz konusudur⁸. Bu

şekilde MünchKomm BGB/*Siehr* (dn.1) EGBGB madde 18 Rn.1 ve devam eden sayfalar; *Palandt/Heldrich* (dn.1) EGBGB madde 18, Rn.1 ve devam eden sayfalar; *Bamberger/Roth/Otte*, BGB, 2003, EGBGB madde 18 Rn 17 ve devam eden sayfa; *von Hoffmann*, IRR,7.Baskı, 2002, s.86 ve devam eden sayfalar.

6 Hak sahibinin mutata meskeni bağlama noktası, La Haye Nafaka Sözleşmesi madde 4, Bkz. Actes et documents de la Douzieme Session de la Conference de La Haye (2-21 Octobre 1972). Tome IV. Obligations Alimentaires s.97, paragraf 6., s.115, paragraf 53, s.433, paragraf 120; Özetle MünchKomm BGB/*Siehr* (dn. 2) Ek 1 EGBGB, madde 18 Rn 83, 84.

7 Karşılaştığımız paragraf 1585 c BGB.

8 Bunun için bkz. örneğin *Hohloch*, Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft (Devletler Topluluğunda Kanunlar İhtilafı Hukuku): Avrupa Birliği'nde uluslararası özel hukuk ve

düşünceler özellikle Kanunlar İhtilafı Hukukunun⁹ Alman Danışma Kurulunda üye, makale yazarı ve yorumcu olarak görev yapan *Sonnenberger* tarafından da ileri sürülerek önemli ölçüde geliştirilmiştir. Buna göre, şimdi bu araştırmada Nafaka Hukukunda hukuk seçimi konusunu bir ilk olarak ele alıp inceleyeceğiz. Bunu yaparken adı geçen konuyu yabancı ülkelerdeki deneyimlerimizle de ilişkilendireceğiz.

I) Şu andaki Durum- Ulusal ve Uluslararası Düzeyde

1)Alman Hukukundaki Statü (Hukuki Durum)

Alman Hukukunda, nafaka statüsünün, bir hukuk seçimine ne derecede önem verdiği ya da önem verip vermediği konusu çok dar kapsamda ele alınmıştır. Bu araştırmanın başında ilgili kanuna değinildi. Orada belirtildiği üzere, EGBGB'nin 18.maddesi ve La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4-7.maddeleri kanundaki objektif (direkt) bağlanma noktası ile ilişkilendirilebilecek bir hukuk seçimini öngörmemektedir. Bu kanunda EGBGB'nin 18.maddesinin yerine geçebilecek bir hukuk seçimine izin verilip verilmeyeceği sorusuna verilen cevaplar farklılıklar göstermektedir. *Kropholler* ders kitabında, kural olarak, bir hukuk seçiminden yana olduğunu belirtmektedir. EGBGB'nin 18.maddesinde hukuk seçimi ilkesinin kabulüne dair yeterli derecede açıklama bulunmamasına rağmen, yine de yurt içinde nadiren de olsa bazı hukukçular bundan yana tavır takınmaktadırlar¹⁰. Konuyla ilgili bilimsel literatürde genellikle bu konuya değinilmemiş, daha ziyade kanunun içeriği ile ilgili bilgiler sunulmuş, yani kanunun öngördüğü bağlama noktalarının yorumu ve açıklanmasıyla sınırlandırılmıştır. Burada bir

usul hukukunun yapısına dair, FS Hans Stoll (2001), s. 533 vd. ; *Henrich*, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip? (Vatandaşlık Prensibinden Ayrılma mı?), aynı yerde s. 437 vd.

⁹ Bkz. *Sonnenberger*, Das Internationale Privatrecht an der Schwelle des dritten Jahrtausends – Rückblick und Ausblick (Üçbinli Yılların Eşiğinde Uluslararası Özel Hukuk-Geçmiş Döneme Bir Bakış ve Gelecekte Olacaklara Bir Bakış), Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 100 (2001) s.107 vd.; Bkz. yazarın makalelerine “Le droit intenational prive allemand a la fin du vingtieme siecle:progres ou recul?”, in Private International Law at the End of the 20th Century (Kluwer Law International 1999); ayrıca: Europarecht und Internatioanales Privatrecht (Avrupa Hukuku ve Uluslararası Özel Hukuk), Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 95 (1996) 3-47.

¹⁰ *Kropholler*, Internationales Privatrecht (Uluslararası Özel hukuk 4.Bası, 2001, paragraf 40 II, 47 II 3.

hukuk seçiminin kabulü ele alınıp işleneceği yerine reddedilmektedir¹¹. Bu reddetme işlemi kısmen de olsa, sonuçtan çıkarılmaktadır. EGBGB'nin reformu kapsamındaki materyallerle ve La Haye Nafaka Sözleşmesi ile ilgili materyallerde bu konuya değinilmediği gibi, yasa koyucu da, Nafaka Hukuku için hukuk seçimi konusunu, örneğin mal rejimi ve boşanma hukuku için hukuk seçiminden tamamen farklı bir yaklaşımla ele alarak göz ardı etmiştir. Öte yandan hali hazırdaki kanunun bağlayıcı ve emredici olduğu ileri sürülerek, hukuk seçiminin bu gerekçeyle reddedildiğinden söz edilmektedir¹². EGBGB'nin 18.maddesinin 4.fıkrasında belirtilen hukuk seçimi yoluyla boşanma statüsünün esas belirleyici noktasıyla ilgili boşanma sonrası nafaka hukukunun dolaylı olarak etkilenmesi özellikle “seçilmiş” nafaka statüsü olarak değerlendirilemez¹³. Boşanmadan önce eşlerin zorunlu olarak anlaşması günümüz koşullarına uygun olarak yapılırsa, o zaman boşanma statüsünün seçiminin buna göre yapılmasıyla da, boşanma sonrası nafakaya göre gerçekleşmesini göz önünde bulundurmak doğru olur.

Alman mahkemelerinin yargılanmasında “hukuk seçimi sorunu” nafaka statüsü kapsamında anlaşıldığı kadarıyla şu ana kadar sadece bir defa ele alınarak incelenmiştir. 1989 yılında Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi, nafaka statüsüyle ilgili hukuk seçimi sorununu irdeleyen ancak delil yetersizliğinden dolayı herhangi bir mahkeme kararına istinat edilmeyen bir olayı karara bağlamak zorunda kalmıştır¹⁴.

Yürürlükteki hukuk ve Almanya'daki kamuoyu için artık şu geçerlidir: Kanunda hukuk seçimi esas itibariyle öngörülmemektedir. Bu sebeple, hukuk seçimi olayı bağlantı noktası olarak da görülmemektedir. Ama her şeye rağmen, hukuk seçimi imkânının var olduğu ve buna izin verilebileceği sorunu bilinmektedir. Hatta bu sorun nadiren de olsa,

¹¹ Bkz. Kanıtlar, yukarıda dn.5'de.

¹² *Soergel/Kegel* (dn.5) EGBGB madde 18 Rn 23.

¹³ Bkz. örneğin: *Benim yorumuma (Hohloch'un yorumuna), Erman/Hohloch* (dn.2)EGBGB madde 17, Rn.21.

¹⁴ OLG Karlsruhe, Fam RZ 1990,313,314

tereddütsüz izin verileceği kabul edilmektedir¹⁵. Fakat Kanunlar İhtilafı Hukuku uygulamasında, söz konusu yasanın bu konuyu tanınamasının ve yasada bu konuya yer verilmemesinin hiçbir önemi yoktur. Ne de olsa gizlisi saklısı yok, bilinmektedir. Maddi hukukla ilgili yapılan nafaka sözleşmesi çerçevesinde hukuk seçiminin ne kadar gizli rol oynadığı açıklanmamıştır. Böyle bir rol bugün artık reddedilemez.

EGBGB'nin 18.maddesi, aile içinde yasal tüm nafaka şekillerini yani tıpkı eşlerin nafakasından olduğu gibi, iştirak nafakasını ya da nadiren de olsa yardım nafakalarını kapsadığından, uygulamada özellikle iştirak nafakalarında veya fiilen ayrı yaşayan eşlerin nafaka şekillerinde hukuk seçimine önem verilmez. Nafaka alacaklısı mutlak mesken hukukunun geçerli olmasından memnun olur ve açıkçası bir ikametgah değişikliği sırasında böyle statü değişikliğinin sıkıntı ve imkânlarının hiçbir önemi yoktur. Bazı durumlarda Alman hukukundan farklı olan yabancı ikametgâhtan istenmeyen zorunlu sapmalar, hukuk çevresinin hukuku olarak nitelenen ikametgâh hukukunun oluşumları olarak kabul edilir ve yalnızca zorunlu durumlarda veya ivedi hallerde kamu düzenini koruma adına reddedilir veya sınırlandırılır (EGBGB, madde 6, kamu düzeni)¹⁶. Hukuk seçimine izin verip, ondan yararlanma yoluyla, böyle sapmalardan kaçınma konusunda şimdiye kadar kafa yorulmamıştır.

Boşanma sonrası nafaka hukukunda (La Haye Nafaka Sözleşmesi madde 8 veya EGBGB 18.madde, 4.fıkra) bugünkü durum itibariyle önemli bir fark görülmemektedir. EGBGB'nin 14.maddesinin 2. ya da 3. fıkrasına göre, aile statüsü seçimi eskiden olduğu gibi, şimdi de pek nadir uygulanmaktadır. Uygulandığı yerde ve daha sonra boşanmanın olduğu

¹⁵ Bkz.Kropholler (Fn.10)paragraf 40 II,47 II 3;Bu görüşü Boele Woeki'de destekliyor,Haag nafaka sözleşmesinin 8.maddesi hukuk seçimine karşı değildir,IPRax 1998,492 ve devam eden sayfalar;Ayrıca A.Mankowski,boşanma nafakasından uygulanabilen hukuk seçimi,FUR 1997 tarihli Hollandalı Hoge Raad'ın aşağıda 2.bölümde belirtilen kararıyla ilgilidir.Oraya bakınız.

¹⁶ Yabancı genellikle İslam hukukunun uygun olmayan çok kısa ya da yetersiz olarak kaleme alınan nafaka düzenlenmesinin düzeltilmesine dair, Bkz. BGH NJW 1991, 2212 = FamRZ 1991, 925 = JuS 1991, 1061 Nr. 8 (*Hohloch*); OLG Hamm FamRZ 1992, 673, 675; OLG Hamm NJW-RR 1999, 950 = JuS 1999, 918 Nr.10 (*Hohloch*); OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 95 = JuS 1997, 374 Nr.9 (*Hohloch*); OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 32=Jus 2000, 403 Nr.10 (*Hohloch*)

yerde hukuk seçimi genellikle boşanma statüsüne göre yapılmaz. Ama ortada sonuçları daha sonra ortaya çıkacak olan boşanma nafakası hukuku için önem kazanan bir hukuk seçimi olayımız var. İşte bu yüzden hukuk seçimi, boşanma sonrası somut nafaka hükümlerinde etkili olamamaktadır. Mahkeme kararları, tarafların Kanunlar İhtilafı Hukukuyla ilgili herhangi bir düzenleme imkânı olmaksızın, yalnızca yürürlükteki boşanma statüsünü esas almaktadır; bu statü, mahkeme bir hata yapmadığı sürece, 17.maddenin 1.fikrasında ve bununla birlikte EGBGB'nin 14. maddesinin 2.veya 3.fikrasında belirtilen daha önce seçilmiş olan aile statüsüdür. Buna göre eski hukuk seçimi şu andaki nafaka hukuku açısından açık seçik bilgiler içermemektedir. Nafaka statüsü, hukuk seçimi olmadan yürürlükteki boşanma statüsüne (geriye) dönüşü ve ondan sapmayı tıpkı yeni hukuk seçiminde olduğu gibi engellemektedir¹⁷.

Hukuk seçimine izin verilen yer ise, çok değişiktir. Nafaka haklarının belirlenmesinde sadece yasal haklar değil, bununla birlikte sözleşme yoluyla belirlenmiş haklar, örneğin evlilik dışı heteroseksüel bir toplumda yaşayan taraflar arasındaki haklar, ya da yürürlükteki Alman hukukunda belirtilen üvey evlat ile üvey anne baba arasındaki haklar söz konusu olunca, o zaman EGBGB'nin 27. maddesine göre, hukuk seçimi kolayca mümkün olur. Zira borçların niteliği, borçlar hukukuna göre açıkça tanımlanmıştır¹⁸. Yasal nafaka hakkının sözleşme yoluyla belirlendiği durumlarda da yine farklılıklar söz konusu olmaktadır. Şöyle ki ilgili sözleşme nafaka hukuku açısından hiçbir şeyi değiştirmemektedir; zira uygulanması gereken hukukun seçimi burada dikkate alınmamaktadır¹⁹. Bununla sadece maddi hukukun nafakadan

¹⁷ Bu değişmezlik evlilik sonrası nafakanın daha sonraki değişimi içinde geçerlidir. Bkz. EGBGB, madde 18, paragraf 4, s.1 ve ayrıca *Erman/Hohloch*, (dn.2) EGBGB, madde 18 Rn.21cc.

¹⁸ Bkz.bu konuda hakim olan görüş için *Erman/Hohloch* dn.2 EGBGB madde 18 Rn.26; *Palandt/Heldrich* (dn.2) EGBGB, madde 18 Rn.15; ayrıca *MünchKomm BGB/Siehr* (dn.2) EGBGB madde 18 Ek 1 Rn.38.

¹⁹ Farklılıklar konusunda OLG Koblenz NJW 2003, 439 = JuS 2003, 409 (*Hohloch*) (Yabancı bir ülkede sözleşme yoluyla düzenlenen nafaka yükümlülüğünün mirasçılara intikali sorununa değinilmeyen durumlar).

vazgeçinceye kadar geçerli olan sözleşme düzenlenmesini kabul ettiği sonucunu çıkarabiliriz. Bu seçimi öngören hukuk ise, sadece seçimle değil, bilakis önceden belirlenen objektif bağlama noktasıyla ortaya çıkarılabilir ve elde edilebilir ya da edilemez. Bu gözden geçirilmesi gereken bir sonuçtur.

Ayrıca sınırlandırmanın gücünü de göz önünde bulundurmak gerekir. Bir taraftan nafaka hukuku, diğer taraftan mal rejimi düzenlemeleri arasında Alman hukukunda açıkça bir farklılık gözlenirken, başka bir hukukta böyle bir farklılık görülmemektedir. Buna İslam hukuku çevresindeki hukukların zorunlu olarak bir sonuca varma ilkesi dahil edilmemelidir²⁰. Anglo Amerikan hukuku ya da Avrupa hukukunda da nafaka ile ilgili paylaşma düzenlemeleri ile evlilik sonrası mal paylaşımını öngören tazminat düzenlemelerinden söz edilmektedir²¹. EGBGB'nin 15. maddesinin 2. fıkrası ve aynı şekilde EGBGB'nin 15. maddesinin 1.fıkrası ile aynı kanunun 14. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre, izin verilen hukuk seçiminin yaygınlaşması söz konusudur. Bu bağlamda EuGVO/ daha önce var olan Eu GVÜ'nün Avrupa Adalet Divanı (EuGH) ile birlikte ayrıntılı olarak yorumlanabileceğini unutmamalıyız. Bu yorumlama işlemi nafaka haklarıyla ilişkilendirilmektedir. Nafaka işlemiyle ilgilenen mahkeme, nafaka ve mal rejimiyle ilgili paylaşımların sınırlarını belirleyen ilkeleri daha önceki nafaka olaylarında uygulamıştır²².

2.Yurt Dışına Bir Bakış

Yurt içinde (Almanya'da) bu konuyu irdelerken, yurt dışında (Almanya dışında) bu konuyla ilgili uygulamaların farklılıklar gösterdiğini görüyoruz. Yurt dışında hukuk seçimi çoğunlukla bilinmediği

²⁰ Bkz. BGH Fam RZ 1999, 208 = JuS 1999, 707, Nr. 7 (Hohloch).

²¹ Bu kapsamda Bkz. örneğin OLG Karlsruhe Fam RZ 1989, 748 ve Hausmann IP Rax 1990, 382; haksız fiil hukuku ile ilgili düzenlenen ve nafaka esaslarını içeren tazminat hakları için Bkz. OLG Stuttgart Fam RZ 1993, 975.

²² Genellikle EuGH 6. 3. 1980-120/79-, de Cavel, Sammlung, 1980, 731 = NJW 1980, 1218 = IPRax 1981, 19 (Hausmann'ın makalesi ile birlikte) s.5 vd.; Avusturya 'da ABGB'nin 1220. paragrafına göre gelinin nafaka olarak çeyiz talebine dair, Avusturya OGH 28.8.1997, ZfRV 1998, 39; bu konuyla ilgili Bkz. Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht (Avrupa Medeni Usul Hukuku) 7. Bası, 2002, madde 5, Rn.48, 49.

için bu nedenle bir sorun yaşanmamaktadır. Epey bir süre önce La Haye Konferansı için yapılan bir anket, hemen hemen tüm Avrupa ülkelerinde ve Japonya'daki kamuoyu görüşünü ve hukuki durumu ortaya koymuştur²³. Doğru olarak niteleyebileceğimiz tek bir istisnayı, Hollanda'nın mahkeme kararlarında bulabiliriz. *Hoge Raad* takriben 6 yıl önce verdiği kararında, Hollanda için hukuk seçiminin La Haye Nafaka Sözleşmesinde belirtilmemesine rağmen mümkün olduğunu belirtmiştir²⁴. *Hoge Raad*'ın bu kararı, boşanma durumunda, boşanma sonrası nafaka için ayrı yaşayanların nafaka statüsünün değişikliğinden kaçınılması konusunda isabetlidir. Hukuk seçiminin Hollanda iç hukukunun lehine kabul edilmesi, aynı zamanda eşlerin hukuk seçiminde kamu düzenini koruma adına birlikte göz önünde bulundurdıkları olası kötü bir sonucun ortaya çıkmasını da önlemiştir²⁵. Kararın verildiği boşanma sonrası nafaka talebinde bulunanların mutlak meskeni olan Hollanda'da bu hukuki durumla ilgili oluşan olumlu mutabakat ve bunun sosyal barışa olan katkısı dikkate alındığında, *Hoge Raad*'ın desteklediği hukuk anlayışının az da olsa benimsenmesi son derecede önemliydi²⁶. Burada La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin sınırlı ölçüde bağlama noktası düzenlemesine uyulması ağırlık kazanıyordu. Bu nedenle, bir sözleşmenin özellikle (unutulmuş) bir hukuk seçimi sırasında, sözleşmenin yanı sıra, bir

²³ Almanya, Fransa, İtalya, Japonya, Lüksemburg ve İsviçre hukuklarını eleştiren nafaka yükümlülüklerine dair özel komisyon dökümanları (1999). Polonya bu konuyla ilgili olumlu tavır takınmaktadır. Hollanda'nın görüşü için; Bkz. Conference de La Haye de droit international privé-Documents préliminaires no 3á l'intention de la Commission spéciale d'avril 1999, Bkz. , ayrıca General Conclusions of the Special Commission of November 1995 on the operation of the Hague Convention relating to maintenance obligations and on the New York Convention of June 20, 1956 on the Recovery Abroad Maintenance, paragraf 30-34.

²⁴ Hoge Raad 21. 2. 1997, Rvd W 1997, 56 = NIPR 1997, sayı 70; İngilizce dilinde *Sumanpouw* tarafından basılmıştır; NILR 1998, 115 vd. Almanca özetlenerek çevirisi için Bkz. *Boele Woelki* (dn. 15) 492 vd.

²⁵ Hollanda'da yaşayan iki boşanmış İranlı eş kendi aralarında oluşan evlilik sonrası nafaka hakları için Hollanda hukukunu kullanmayı kararlaştırmışlardır. La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesine rağmen, Hollanda sözleşmeye taraf olan devletler arasında sayılmaktadır. (Krş. BGBI. 1987 II, s. 225).

²⁶ Yurt içinde (Almanya'da) bunu kabul edenler: *Kropholler* (dn.15), Hollanda'da yine *Boele-Woelki*, *Familie und Jugend Recht* (FJR) 1997, 133; daha önceki Hollanda'daki araştırmalarda bunu reddedenler: *van Maas de Bie*, WPNR 1993, 663, 665; *Sumanpouw* (dn. 24) 115.

bilinçsiz boşluğun hâkimin yarattığı hukukla doldurulması kolayca anlaşılabilir. Oluşum sürecinde hukuk seçimi düşüncesinin dikkate alınmadığı bir sözleşme düzeninin bu şekilde işleyişi oldukça önemli bir gelişmedir. Şüphesiz milletlerarası özel hukukta Hollanda hukuku ve mahkemeleri son derecede cesur bir görünüm sergilemektedir. Bütün olarak baktığımızda, hemen hemen Hollanda'nın tüm bölgelerinde Kanunlar İhtilafı Hukukunun bağlama noktası sisteminin modern ve düzenli bir gelişimi için iyi emareler görürüz²⁷.

III. Nafaka Statüsünde “Hukuk Seçimine” İlişkin Düşünceler

1. İrade Serbestisinin Gelişmesi

Avrupa'daki Kanunlar İhtilafı Hukuku düzenlemelerinde, irade serbestisinden kaynaklanan hukuk seçimi düşüncesinin bugünkü yaygınlıkta ve ölçüde olmadığı bir dönemde, La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4. maddesi ve devam eden maddeleri veya EGBGB'nin 18. maddesi bu düşüncelerin etkisiyle ortaya çıkmıştır. EGBGB'nin 18. maddesi bugünkü düzenleniş şeklini, Kanunlar İhtilafı Hukukunun 1981-1986 reform sürecinde almıştır. Alacaklının tüm nafaka ilişkileri için mutad meskeni objektif bağlama noktası ya da ikinci bir yol olarak müşterek milli hukuk bağlama noktası, daha önceki dönemde, nafakayı gerektiren birincil ilişkilerin (örneğin evlilik, çocuk gibi) sonucu olarak gören çok çeşitli eski bağlama noktalarının yerine geçmiştir²⁸.

La Haye Nafaka Sözleşmesinin 4. maddesi ve devamında, ayrıca EGBGB'nin 18. maddesinde Kanunlar İhtilafı Hukukunun bağlama noktası sisteminde nafakanın bağımsızlaştırılması açıkça görülen bir ilerlemedir. Bu ilerleme, iki yönden gerçekleşmektedir: bir yandan nafakanın genel olarak bir bağlama noktası olarak ele alınıp değerlendirilmesi ve bağımsızlaştırılması, diğer taraftan da hak sahibi ve

²⁷ Hoge Raad'ın 21.2.1997 tarihli kararına ilişkin böyle gerekçeler için, bkz. *Mankowski* (dn.15) s. 317 vd.; Hollanda'da hâkimin yarattığı hukuk / örf ve âdet hukuku uygulamalarında yürürlüğe girmemiş yasa tasarılarının değişikliğine dair, örneğin milletlerarası haksız fiil hukuku, *Hohloch*, Das Deliktsstatut (Haksız Fiil Statüsü) 1984, 212 vd.

²⁸ Bkz. EGBGB'nin 18. maddesinin yürürlüğe girmeden önceki eski hukuka ve La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4.maddesi vd., ayrıca; *Erman/Hochloch* (dn. 2) EGBGB'nin 18. maddesi Rn. 1, 2.

ihtiyaç sahibinin en güvenilir ve en uygun ölçütlerle nafakasının içeriğinin sosyal çevreye (sosyal ve ekonomik durumuna) göre belirlenmesi. Geçtiğimiz yüzyılın 80'li yıllarında belirlenen hak sahibinin mutlak meskeni objektif bağlama noktası yönteminin geçerli olması ilkesi kuşkusuz iyi bir çözümdü. Bu çözüm yolu, bugün de Anayasada tartışmasız yer alan Kanunlar İhtilafı Hukuku normlarının değerlendirmelerini içermektedir²⁹.

Bu değerlendirmede 80'li yıllarda nafaka statüsünün uzlaşma yoluyla belirlenmesi yöntemi ve içeriği konusunda bir tartışma yapılmamıştır. Fakat 1986 yılından beri Uluslararası Aile Hukukunda hukuk seçimi konusunda önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Yürürlükteki hukukta nafaka statüsündeki hukuk seçiminin sınırlı ölçüde tanınmış olması (14. madde paragraf 2 ve 3; 15. madde, paragraf 1, 2 ve 17. Ayrıca EGBGB'nin 14. maddesi, paragraf 2., 3.) ve evlenme sözleşmesinde hukuk seçimi ilkesinin yerine getirilmesinin uygulamada yerleşmesi, hukuk seçiminin bu konuda kendisini tamamen kanıtladığı anlamına gelmektedir. Sözü ettiğimiz konunun, özellikle, hukuki güvenliğin korunması ve hukuk seçiminin EGBGB'nin 14. maddesi ve devam eden maddelerinde beyan edilen yasaların yapılış ruhuna uygun olarak kullanılması bağlamında önemi ortaya konmuştur³⁰. Bu süreç, bu arada Kanunlar İhtilafı Hukukunun Avrupalılaşması ve Milletlerarası Medeni Usul Hukuku bağlamında devam etmektedir. EuGVO'nun yetki hukukunda bir nafaka uyumsuzluğunun tarafları, EuGVO'nun 2. ve 5. maddesine göre her ne kadar davalı ve davacının yetkili mahkemesini belirlemiş olsa da, EuGVO'nun 23. maddesinde öngörülen erteleme

²⁹ Krş. yukarıda dn. 2 ve 5 teki yorumlara; eleştiriler La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve EGBGB'nin 4.maddesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Ayrıca, bkz. *Staudinger/v. Bar/Mankowski*, EGBGB, 13. Gözden Geçirilmiş Bası, 1996, EGBGB'nin 18.maddesi Rn.231-233 ayrıntılı belgelerle birlikte.

³⁰ Bkz. Kanunlar İhtilafı Hukukunda, hukuk seçimine göre bağlama noktasına ve irade serbestisine dair, IPR *Erman/Hohloch* (dn. 2) EGBGB'nin 3. maddesi giriş bölümü Rn. 24 vd.; 27; *Hohloch*, JuS 1989, 81 vd., eski kaynaklar, örneğin İsviçre Federal Mahkemesi (Schweizerisches Bundesgericht) 31. 8. 1953, BGE 79 II, s. 295, 299 vd., *Dölle* Rabels Z 17 (1952) 170, 173 vd.; *Gamilscheg*, ACP 157 (1958/59) 303, 312 vd. Bkz. *Siehr*, FS Max Keller (Zurich 1989) s. 485, 486.

işleminde yetki konusunda anlaşmayı engellemiştir³¹. Bu bakımdan itiraf etmeliyiz ki, böyle yetki anlaşmalarının uygulamada pek o kadar önemi yoktur. Bir nafaka hukuku uyuşmazlığının tarafları için davacı veya davalının yetkili mahkemesinden başka bir yetkili mahkemenin düşünülmesi çok nadir durumlarda dikkate alınmaktadır.

Kanunlar İhtilafı Hukukuna göre günümüzde ve yakın bir zamanda hukuk seçimine başvurma mümkün olabilecektir. Avrupa Birliği'nin EGV'sininin 65. maddesinde yer alan "eylem planı" boşanma hukuku ile boşanma sonrası hukuk sürecinde art arda bir dizi yönetmelik düzenlemelerinin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Şu ana kadar Avrupa'da olduğu gibi, günümüzde de örneğin yabancı unsurlu evliliklerde ve ayrıca ortak mutata mesken bağlama noktası durumunda büyük bir rol oynayan vatandaşlık esasının Avrupa Milletlerarası Aile Hukukunda artık birincil derecede rol oynamayacağına ilişkin öngörüyü kabul etmemiz zor değildir³². Bunu, 2. ve 3. maddelerinde çok açık bir şekilde mutata meskeni tercih eden ve ikametgâh ile tabiyete eş değer ölçüde yer vermeyi geri plana iten EheVO hukuku göstermektedir³³. Buna uygun olarak tıpkı Boşanma Hukukunda olduğu gibi, mal rejimi ile evlenmenin genel hükümlerinde de alışık olduğumuz görüş ve düşünce pek yakında değişecektir. Yer değişikliğine imkân veren ve belli bir süre için değişmeyen bağlama noktası, Avrupa kıtasının geleneksel tabiyeti esas alan bağlama noktası yerine geçecektir. Aynı zamanda, bu bağlama noktası, Mal Rejimi Statüsününün Değişmezliği İlkesi yasallaşmazsa, onu sınırlandıracaktır. Buna benzer bir değişiklik de boşanmanın bağlama noktası gelişmesinde olacaktır. Ortak mutata mesken bu düzenlemede temel kural olacaktır. Burada sürekli tabiyet bağlama noktasının esas alınmasından vazgeçilmesi mantıklı olacaktır³⁴.

31 EuGVÜ'nün şu andaki 17. maddesi; bkz. *Kropholler* (dn. 22) madde 23, Rn. 1.

32 Bkz. *Henrich ve benim (Hohloch)* makalelerime, yukarıda dn. 8.

33 29. 5.2000 tarihli kararı ve kocanın ortak çocuklarına karşı sorumluluklarıyla ilgili yargılama, boşanma ve ayrılık işlerinde kararların tanınması, tenfizi ve yetkileri konusunda konseyin (Avrupa Konseyi'nin) (EG) 1347/2000 sayılı yönetmeliği, ABl. EG 2000, Sayı L160, s.19.

34 Bunun için *benim (Hohloch)* makaleme bakınız, FS Hans Stoll (dn. 10) s. 543 vd.

Belirtilen bu iki alan için gösterilen farklı sebepler, hukuk seçiminin ek bir imkân olarak sadece korunması değil, onun aynı zamanda iyice geliştirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bunlar uzlaşarak seçilen bir hukukla birlikte sosyal ilişkilerde büyük ölçüde uygulanabilirliği olan basit sebepler olabilir. Ama gerektiğinde hukuk kültürü açısından daha tutarlı sebepler olabilir. Örneğin, bir karı koca uzun yıllardır ortak ikamet ettikleri bir ülkede mal varlıklarına ilişkin hukuksal işlemlerinin o ülke hukukuna göre düzenlenmesi yerine, önceden olduğu gibi, kendi ülkelerinin mal rejimini tercih ederlerse, daha mantıklı hareket etmiş olabilirler³⁵.

Bu şekilde devam eden bir gelişmenin burada önemli bir sonucu şudur ki, mal rejimi ve boşanma hukukunda uygulanması gereken hukuk seçimi gittikçe önem kazanmaktadır. Mal rejiminde kararı etkileyen nedenler daha ziyade önceden planlanmış şekilde olabilir; daha sonra eğer hukuk seçimi olmazsa, o zaman seçilen bağlama noktası şu ana kadarki objektif ve katı bağlama noktasının yerine geçer. Boşanma hukukunda ise, boşanan tarafların birbirlerine yaklaşım biçimleri daha farklıdır: Seçilebilecek sınırlı haklardan hemen hemen hiç ihtilafı (nizalı) olmayan ve boşanmayı en kolay ve kısa yoldan gerçekleştirilebilecek olan bir hukukun seçimine karar verilir. Başka bir sebep de, boşanmanın sonuçlarıyla ilgili düzenlemeye, yürürlükteki La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8.maddesine, yani evlilik sonrası nafaka düzenlemesine önem verilmesidir. Bu son belirttiğimiz yaklaşım, boşanma sonrası nafaka için böyle hukuk seçiminin dolaylı olarak önemini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Burada uygulanan hukuk, seçilen bir boşanma statüsü olduğu için daha sonra boşanmanın sonuçları statüsü olarak, boşanma sonrasında yardıma muhtaç olan eşlerin nafakasını belirleyen hukuktur.

³⁵ Bundan böyle boşanma statüsü konusunda Avrupa Birliği yönetmeliklerinde eşler için boşanma sırasında müşterek milli hukuk ya da mutad mesken hukuku arasında bir seçme hakkı olacak. Boşanma için müşterek milli hukuku seçme sebebi, her ne kadar ikamet ettiği ülkede uzun bir süre kalmış olsa da yine de hukuk kültürü bakımından tarafların kendi anavatanında yerleşmiş bir gelenek olabilir, ama uygulamada önemli bir sebep için bkz. yukarıdaki metine.

Miras ve eşya hukukunda olduğu gibi, haksız fiil hukukunda da İrade Serbestisi ile ilgili hukuk seçiminin oynadığı rolü veya gelecekte daha büyük bir rol oynayacağını³⁶ aile hukukunda başvurulabilecek olan bu gelişmeye dâhil edersek, o zaman en azından hukuk seçimini açıkça tanımayan hali hazırdaki nafaka hukukunda söz konusu olan bağlama noktası çeşitleri hakkında etraflıca düşünmek doğru olacaktır. Sonuç olarak hukuk seçiminin olması gereken hukuk bakımından nafaka hukukuna da gireceğini söyleyebiliriz. Hukuk seçimi, bugün artık sözleşme hukukunun çok ötesinde asli bağlama noktalarından biridir. Onun bu statüsü uluslararası aile hukukunun önemli bölümleri içinde yer aldığını kanıtlamaktadır. Araştırmamızın bundan sonraki son bölümünde bulunan ilgili kanıtlar bir araya getirilerek tartışılacaktır.

2.Nafaka Statüsü ve İrade Serbestisi

Uluslararası Aile Hukukundaki bugünkü gelişmeler, hukuk seçiminin bir bağlama noktası olarak uygulanması için artık çok açık bir eğilim olduğunu ortaya koymaktadır. Objektif ve katı bağlama noktası, en azından sınırlı sayıdaki imkânların içinde uygun olmayanı bırakarak daha uygun olanını ve “daha ilişkili” olanını seçmektir. Seçilen bu yöntemin bu işlevi nafaka statüsünde de yerine getirip getiremeyeceği elbette ancak bu tür bir olayın meydana gelmesinde anlaşılabilir.

Sorunu çözerken dikkate alınması gereken milletlerarası özel hukukla ilgili kurallara bağlı kalınması araştırmamızın esasını oluşturmaktadır. Ayrıca bugün ülkemizde hukuk seçiminin, yürürlükteki hukuka göre EGBGB'nin 18. maddesindeki objektif bağlama noktası yerine ne derecede geçip geçemeyeceği ya da bunun olması gereken hukuk bakımından söz konusu olup olmayacağını ayırt edilmesi gerekir. Hukuk seçiminin bu son olarak belirttiğimiz bağlamda dikkate alınması, Avrupa hukukunda arzu edilen çözüm şekillerinden biridir. Bir hukuk seçiminin faydası uygulandığı bölgelerde karşılıklı çıkarların korunmasından çok, belli bir koruma düzenindeki çıkarlara ağırlık veren

³⁶ Bkz. EGBGB, madde 27, 42; Uluslararası Eşya Hukukunda hukuk seçimi karşısında çelişkili tavrılara ilişkin; Bkz. *Wagner*, IPRax 1998, 435 ve BT-cildine, 14/343, s. 16 (EGBGB, madde 43 vd., n. F.).

bir hukukta, irade serbestisinin korunmasını öne çıkarmaktır³⁷. Nafaka hukukundaki asıl bağlama noktası, hukuk çevresini dikkate alır ve bu bağlamda mutad meskenin belirlenmesinde sürekli olarak bağlantının nasıl kurulabileceğini göz önünde bulundurur. Zira bu çevre, kurulacak ve icra edilecek ilişkilerin koşullarını özel bir şekilde belirleyip ortaya koyar. Bu yüzden mutad mesken için bağlama noktası, özellikle ihtiyaçların ölçüsü ve gerekliliği için en uygun hukuk yöntemini belirlemek için etkilidir³⁸. Buna ek olarak yetkili mahkemenin değişmesinde bir bağlama noktasının değişimini ve aynı zamanda mevcut durum ve şartların değişimini dikkate alan anlamlı bir statü değişikliğini mümkün kılan ve kuşkusuz yürürlükteki hukukta mutad mesken hukukunun katı kurallarını da gerektiren bağlama noktasının değişmezliğini ve esnekliğini belirtebiliriz. Yürürlükteki nafaka statüsünde mevcut olan ortak müşterek milli hukuk bağlama noktası (EGBGB'nin 5. maddesinin 1. fıkrası, cümle 2 /La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 5. maddesi) ve Alman hukukundan başvuru mercinin hukuku (*lex fori*) olarak yararlanma, özellikle eksik ve boşlukları tamamlama kapsamında koruma görevini yerine getirir. Yani eğer bu korumayla birinci derecede ilgili olan nafaka hukuku gerçek bir ilişki kurmada yetersiz, ya da istenen derecede yol gösterici olmazsa, o takdirde nafaka alacaklısının ihtiyaçlarının sürekli olarak korunması için ilave önlemler almak gerekir.

La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile EGBGB'nin 18.maddesinin 4.fıkrasına göre boşanma nafakasında şu andaki hukuki düzenleme ile menfaat ilişkisi arasında bir karşılaştırma yaparsak, olayın daha da karmaşık bir hale geleceğini ve aynı zamanda daha az tatmin edici bir boyut kazanacağını söyleyebiliriz. Boşanmada, boşanan kişinin nafaka statüsünü değişmez bir statü olarak benimseyen bir hukuk anlayışından yararlanma, bir kısır döngüye dönüşür³⁹. Anlaşıldığı kadarıyla çözümü

³⁷ Krş. yukarıda dn.30.

³⁸ Krş. La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 4. maddesindeki düzenleme; Kanıtlar: Münch Komm BGB/ *Siehr* (dn. 2), EGBGB, madde 18, ek I Rn. 83 ve 84.

³⁹ 1986 öncesindeki eski Kanunlar İhtilafı Hukukunda durum böyle, krş. Münch Komm BGB/ *Lorenz*, 1. Cilt, 1984, EGBGB, madde 17, Rn. 288. La Haye Nafaka Sözleşmesi madde 8, kararı etkileyen sebepler, Bkz. *Verwilghen*'in raporu, s. 488 ve özellikle s. 63 (Nr. 153, fıkra 1). EGBGB, madde 17, fıkra 1, cümle 2, boşanma statüsünün nafaka statüsünden

sağlayacak olan tutarlı bir sonuç, tabii ki anlamlı bir bağlama noktası oluşturacak menfaatlerle kısmen örtüşmektedir. Aslında sözü edilen nafaka ilişkilerinden başka ilişki türleri yoktur⁴⁰. Nafakaya muhtaç olan kişinin öncelikle korunması gerekir. Bu durum boşanan bir kişinin nafakasından dikkat edilmesi gereken menfaatleri için de geçerlidir. Bunu şöyle küçük bir örnekle açıklayabiliriz. Ülkemizde (Almanya’da) yaşayan bir Türk çocuğuna EGBGB’nin 18. maddesinin 1. fıkrası bent 1’e göre Alman iç hukuku uygulanarak tıpkı aynı ülkede yaşayan bir Alman çocuğuna verilen hakların aynısı yani eşit hak ve imkânlar veriliyorsa, o zaman onun Türk annesinin de Türk eşinden boşandıktan sonra tıpkı boşanmadan önce ayrı yaşadığı süre içinde olduğu gibi nafaka talep edebilmesi gerekir. Bugün artık boşanma statüsünün ilkelerine ve La Haye Nafaka Sözleşmesi’nin 8. maddesine dayandırılan sebepler o kadar inandırıcı gözükmemektedir.

Her nafaka ilişkisinde gerçek bir statü ilişkisi değil de, Aile Hukukunda belirtilen hakların elde edilmesi söz konusu olur. Borçlar Hukukunda belirtilen nafaka edimini talep hakkı, tamamlayıcı kurallardandır. Bu yüzden bu kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk açısından tereddütsüz olarak irade serbestisine, yani ilk etapta hukuk seçimine yer verir. Elbette keyfi hukuk seçiminin fazlalığına karşı sınırlandırmalar vardır. Serbestçe hukuk seçimine ilişkin bu sınırlandırmalar, EGBGB’nin 27. maddesinin 3. fıkrasından EGBGB’nin 6. ve 34. maddelerinde yer alan kamu düzenini korumanın şekillerinden biridir ve böylece emredici hükümler aracılığıyla, kamu yararının korunması için sözleşmelerde zayıf konumdaki bazı kişilerin korunması sağlanır. Bu bağlamda, özellikle menfaatleri koruma, örneğin daha zayıf olanı koruma düşüncesi (iş sözleşmesi, tüketici sözleşmesi) gibi menfaatleri elde etmek için EGBGB’nin 29. ve 30. maddelerinden ya da

ayrılmasına ilişkin, bkz. örneğin OLG Ham IPRax 1995, 174 ve *Heinrich’in* makalesi s. 166.

⁴⁰ Buna göre La Haye Nafaka Sözleşmesi’nin 14. maddesi Nr. 3, evlilik sonrası nafaka için La Haye Nafaka Sözleşmesi’nin 4. - 6. maddelerinin uygulanabileceğinin yolunu açmıştır. Federal Almanya, bu işi iyi beceren Portekiz ve Lüksemburg’tan farklı olarak bu imkânı kullanmamıştır, bkz. MünchKomm BGB/ *Siehr* (dn. 2); EGBGB madde 18, ek 1, Rn. 163.

EGBGB'nin 29 a maddesindeki özel normların uygun olanlarından yararlanılabilir ama tüm bu sınırlandırmalar, hukuk seçiminin serbestçe yapılmasını kural olarak engellemez.

Bu durum, yasal dayanaktan yoksun, örneğin evlenme yoluyla akraba olanlar arasındaki ya da evlenmeden birlikte yaşayanlar arasındaki nafaka haklarından farklı değildir. Bu alanda irade serbestisi ile ilgili hukuk seçimi hiçbir aykırılık göstermez. Eğer hukuk seçimi olmazsa, o takdirde EGBGB'nin 28. maddesinin 1. fıkrası geçerli olur. Bu madde,, her şeyden önce hak sahibinin mutlak meskeni ile ilgilidir. Zira orada kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden doğan ilişkinin en önemli noktası yer almaktadır. Bununla EGBGB'nin 18. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi ile hak sahibinin mutlak meskeni bağlama noktası bire bir örtüşmektedir.

Menfaatler, yasal nafaka hakları alanında da hukuk seçiminin kabul edilmesi hususunda engel teşkil etmez. Nafaka, maddi açıdan hayat güvencesi sağlansın diye belli süreler için yapılan yardımlar anlamına gelir. Keza ikametgâh değişikliği olduğu zaman EGBGB'nin 18. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde öngörülen statü değişikliği, bu yüzden tarafların üzerinde kendi istekleriyle, zorunlu olmadan anlaştıkları haklar kapsamında hukuk seçimine imkân vermektedir. Bu imkân nafaka ilişkisinin bir ya da her iki tarafın dâhil olduğu devletin hukukunun seçilmesiyle bir statü değişikliğini kabul edebilir ya da tamamen reddedebilir. Bu da kullanılması gereken birtakım yeni avantajlar sağlar.

Nafaka Hukuku ile ilgili hukuk seçiminin uygulanabilirliğine ilişkin bir şüphe yoktur. O, yürürlükteki hukuka göre kendisini iki açıdan kanıtlamıştır. Yabancı uyruklu evlenmeden birlikte yaşayan taraflar arasında bir nafaka sözleşmesi yapılırsa, o takdirde EGBGB'nin 27. maddesine göre hukuk seçimi kolaylıkla uygulanabilir. Bu hukuk seçimi, açık ya da örtülü olarak, sonradan olabileceği gibi önceden de yapılabileceği ve nihayet aslında evlenmeden birlikte yaşayan taraflar arasındaki Alman hukukunun tanıdığı yasal haklardan farklılıklar gösteren hakları da garanti eden bir hukuka dayanarak yapılabilir. Bu haklar burada

borçlar hukukuna göre belirlendiği için, burada borçlar hukuku ile ilgili diğer sözleşmelerle bir karşılaştırma yapmanın hiçbir anlamı yoktur⁴¹.

Her halükârda sınırlı bir hukuk seçiminin uygulanabilirliğinin görüldüğü ikinci bir alan da boşanma sonrası nafakadır. Daha önce de belirtildiği üzere boşanma sonrası nafakada herhangi bir sorun yaşanmamaktadır. Zira orada boşanma statüsü bilinçli olarak ya da EGBGB'nin 14. maddesinin 2. ve 3. fıkrasına göre ele alınmaktadır. Bu şekilde seçilen hukuk, EGBGB'nin 18. maddesinin 4, 5-7. maddelerinde tanımlanan imkân ve sınırlılıklar kapsamında uygulanan boşanma statüsü olarak boşanan tarafların her yönüyle nafakasını belirler. Hukuki durum, EGBGB'nin 17. maddesinin 1. fıkrasında ya da bu kanunun 18. maddesinin 4. fıkrasında boşanma statüsü ile nafaka statüsünün tanımlandığı yerden farklı değildir. Aynı şekilde doğruluğu kanıtlanmış böyle durumlarda hukuk seçimi nafaka hukukunun değişik alanlarında da uygulanabilir. Bu durum, şu anda, evlilik sonrasında olduğu gibi evliliğin devamı sırasındaki nafaka için de geçerlidir. Bu arada, eşlerin ayrı yaşama nafakasını, hak sahibinin mutat meskeni kapsamındaki hukuktan farklı başka bir hukuka göre talep edilebileceği durumlar akla gelebilir.

Yürürlükteki hukuka göre böyle bir hukuk seçimi her ne kadar istisnai durumlar için anlamlı görünse de hukuki durum karşısında seçilmesi mümkün değildir. Bu konuda, EGBGB'nin 18. maddesi hukuk seçimini öngörmemektedir ve yürürlükteki hukuka göre doldurulması gereken bir boşluk da mevcut değildir. Bu bakımdan bu makale, yürürlükteki hukukun uygulanışını değiştirmez⁴². Yine de böyle bir hukuk seçiminin kabul edilmesi anlamlı olur. Aynı şekilde yazılı bir talep olduğunda, hak sahibinin mutat meskeni değişirse ama resmi sıfatı

41 Bkz. *Erman/Hohloch* (dn.2) EGBGB, madde 13 Rn. 10 vd. Rn. 11'de nafaka için EGBGB'nin 18. maddesinden yararlanılmasıyla ilgili olarak; bkz. oradaki bağlama noktası, yalnız "objektif" bağlama noktası ve Rn. 10' da bölümler halinde sınıflandırılarak açıklanan bağlama noktasını engellemektedir.

42 *Mankowski'nin* düşünceleri bu bakımdan tutarlı (dn. 15) s. 316-319, yürürlükteki hukukun oradaki uygulanışı ile ilgili bilgiler bugünkü durum açısından bir zıtlık teşkil etmemektedir. La Haye Nafaka Sözleşmesi'nin 8. maddesi, aynı sözleşmenin 14. maddesi Nr. 3'de de görüldüğü gibi, bilinçli bir boşluk değildir. Bu durum Alman hukuku için uygulanmazsa, mahkemelerin bu boşluğu doldurma görev ve yetkisi yoktur.

değişmezse, seçilen hukukla ayrı yaşama nafaka düzenlemesine göre ikametgâh değişikliğine rağmen nafaka işleminin düzenli olarak yerine getirilmesi sağlanır. Örnek olarak daha önce sözünü ettiğimiz bir Türk ailesini verebiliriz. Yurt içinde (Almanya’da) ayrı yaşamaya başlayıp ve daha sonra yabancı bir ülkeye Almanya dışına gitme durumunda, nafaka hakkında Alman Hukukunun hüküm verdiği bir nafaka sözleşmesi yapmanın hiçbir bilimsel dayanağı yoktur. Böyle bir hukuk seçimi en yaygın olan hukuk seçimidir. Ama boşanma statüsünün ayrı yaşama nafakasına göre düzenlenmesi gibi başka bir seçenek de düşünülebilir. EGBGB’nin 14. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında daha başka seçenek imkânlarından da söz edilmektedir.

Boşanma sonrası nafaka, uygulamada görülen en önemli durumdur. Bu bakımdan bu durum en çok istenilen hukuk seçimi imkânıdır; ayrı yaşama nafakası artık buna göre düzenlenmektedir. Ayrıca boşanma statüsünün yerine mutlak meskende ilgili hukuk seçimi imkânı da en çok istenilen hukuk seçimidir. Böyle hukuk seçimi imkânlarının avantajları açıkça bilinmektedir. Taraflar kendi aralarında anlaşabilirlerse tek tip bir hukuk seçimi, hem boşanma sonrası süreyi, hem de ayrı yaşama süresini ve aynı zamanda iştirak nafakasına ilişkin hakkı da kapsayabilir.

Bu arada iştirak nafakasında bile karşılaştırmalı bir hukuk seçimi düşünülebilir; örneğin boşanma statüsü, müşterek milli hukuk veya gelecekte mutlak mesken gibi.

3.SONUÇ

Nafaka hukukunda hukuk seçimi uluslararası hukuk reformu çerçevesinde tanımlanan sınırlılıklar içinde adım adım uygulanmalıdır. Hukuk seçimi yalnızca zaman bağlamı için söz konusu olamaz. Aile Hukukunda ve Aile Hukukunun değiştirilmesinde hukuk seçiminin çağdaş bir noktaya kavuşturulması her ne kadar ihmal edilemeyecek derecede bir öneme haiz ise de, o yalnız başına bir hukuki durumun değiştirilmesinde yeterli sebep olamaz⁴³. Hukuk seçiminin nafaka için kanunlar ihtilafı

⁴³ Bkz. bunun için, eleştirel bir bakışla, *yazar (Hohloch)*, Familienrecht (Aile Hukuku), 2002, Rn. 63 vd.

hukukuna girişi ise, evlilik veya neseple ilgili bir düzenlemenin eki olarak muhtemel bir hukuk ilkesi için başka bir adım olabilir. Ayrıca bu hukuk seçimi, Avrupa ülkeleri halklarının önceki dönemlere göre çok daha fazla bir hareketlilik gösterdiği günümüzde, çocuklar ve eşlerin nafakası ve mal rejimi ile boşanma konusunda bir birlik oluşturabilecek bir Avrupa Kanunlar İhtilafı Hukuku oluşturulabilmesi için kayda değer bir avantaj sağlayabilir.

