İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 8, Sayı 16, Güz 2009 s. 173-211

27.11.2007 TARİH VE 5718 SAYILI MÖHUK UYARINCA YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN EVLİLİK MALLARINA İLİŞKİN İHTİLAFLARDA UYGULANACAK HUKUK

Ebru ŞENSÖZ*

ÖZET

04.12.2007 tarihinde, 1982 tarihli 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) yerine, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı yeni MÖHUK yürürlüğe girmiştir. Yeni MÖHUK'nun yürürlüğe girmesi ile evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı değişmiştir. Bu nedenle, yeni yasal düzenleme ile yeni yasal düzenlemenin yürürlüğe girişinin incelenmesi kanaatimce çok büyük önem arzetmektedir. Özellikle 5718 sayılı MÖHUK'nun getirdiği yeni düzenlemelerin açıklığa kavuşturulması, ilerde uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların önceden önüne geçilmesini sağlayacaktır. 5718 sayılı MÖHUK'nun evlilik malları hakkında uygulanacak hukukun tespitine ilişkin inceleme ve açıklamalar, 2675 sayılı MÖHUK, Anglo-sakson (Common Law) ve Kıta Avrupası Hukuku'nda ilgili düzenlemeler ile karşılaştırılarak yapılacaktır.

Anahtar kelimeler: *MÖHUK m.15, evlilik malları, evlilik mallarına uygulanacak hukuk*

LAW APPLICABLE TO MARITAL PROPERTY CONFLICTS WITH FOREIGN ELEMENT DUE TO TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW ACT NO. 5718 DATED 27.11.2007

ABSTRACT

New Turkish Private International Law Act no.5718 entered into force instead of Turkish Private International Law Act (Turkish PILA) no.2675 dated 1982 on 04.12.2007. By entrence into force of new Turkish PILA, rule of conflict of laws related with applicable law to marital property has changed. For this reason, according to my opinion, to study to entrence into force of new PILA and new legal regulation has big importancy. Especially, to study new legal regulation will prevent future possible problems in pratic. This study will be compared with the old Turkish PILA and common law and continental european legal system.

Key words: *conflict of laws, Turkish Private International Law Act art. 15, marital property, applicable law to marital property*

* *İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi*

GİRİŞ

04.12.2007 tarihinde, 1982 tarihli 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) yerine, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı yeni MÖHUK yürürlüğe girmiştir. Yeni MÖHUK'nun yürürlüğe girmesi ile, evlilik mallarına[1] uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı değişmiştir. Bu nedenle, yeni yasal düzenleme ile bu yasal düzenlemenin yürürlüğe girişinin incelenmesi kanaatimce çok büyük önem arzetmektedir. Özellikle 5718 sayılı MÖHUK'nun getirdiği yeni yasal düzenlemelerin açıklığa kavuşturulması, ilerde uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların önceden önüne geçilmesini sağlayacaktır. 5718 sayılı MÖHUK'nun evlilik mallarına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin inceleme ve açıklamalar, 2675 sayılı MÖHUK'ndaki evlilik mallarına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı ile Anglo-sakson (Common Law) ve Kıta Avrupası Hukuku'ndaki ilgili düzenlemeler ile karşılaştırılarak yapılacaktır.

Evlilik birliğinin mallara ilişkin bölümünü, evlilik birliğine ait malların ve diğer değerlerin yönetimi ve kullanımı ile bunlar açısından hak ve yükümler teşkil eder[2]. Evlilik malları rejiminin ve tasfiyesinin, milletlerarası özel hukukun uygulama alanına girdiği durum, eşler arasındaki mal rejimi ilişkisinin yabancı unsurlu bir hukuki ilişki niteliğinde olmasıdır. Nitekim, MÖHUK m.1, "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, … bu Kanunla düzenlenmiştir" demektedir. Başka bir ifadeyle, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin hukuki işlem ve ilişkilere uygulanacak hukukun tespitinde, MÖHUK uygulanacaktır. Yabancılık unsuru, bir hukuki ilişkinin birden fazla devletle ilişkisi olması anlamına gelir ve hukuki ilişkinin herhangi bir noktasında mevcut olabilir. Evlilik malları (mal rejimi ve tasfiyesi)[3] olarak vasıflandırılan hukuki ilişkide, eşlerden birinin yabancı olması, başka bir ülkede oturması veya evlilik mallarının bir bölümünün başka bir ülkede bulunması gibi durumlar, söz konusu hukuki ilişkiye yabancılık unsuru katmaktadır. Bu durumda, başka bir deyişle, söz konusu hukuki ilişkinin herhangi bir noktasında yabancılık unsuru gerçekleştiği takdirde, artık, Türk mahkemesi nezdinde halli gereken, yabancı unsurlu mal rejimine ilişkin ihtilafa doğrudan Türk hukuku uygulanamaz. Söz konusu yabancı unsurlu mal rejimine ilişkin ihtilaf MÖHUK'un

[1] "Evlilik malları"na uygulanacak hukuk, yabancı unsurlu evlilik mal rejimi tasfiyesi davalarında uygulanacak hukuku işaret etmektedir.

[2] **Tekinalp, Gülören:** *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 2007 tarihli MÖHUK uyarınca güncelleştirilmiş 10.Bası, İstanbul 2009, s.189.

[3] Evlilik mal rejimi ve tasfiyesine ilişkin bir ihtilaf, yabancılık unsuru taşıdığı takdirde, MÖHUK'da "Evlilik malları" olarak vasıflandırılan hukuki ilişki içinde değerlendirilir.

uygulama alanına girmektedir (m.1) ve bu ihtilafın hallinde uygulanacak yetkili hukuk, MÖHUK'un evlilik mallarına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı uygulanarak tespit edilecektir (m.2/f.1, m.15). MÖHUK'nun ilgili kanunlar ihtilafı uygulanarak tespit edilecek yetkili hukuk, Türk hukuku ya da yabancı hukuk olabilir. Milletlerarası özel hukuk bakımından sorun, yabancı unsurlu bu hukuki ilişkiye hangi devletin hukukunun uygulanacağının tespit edilmesidir.

Demek ki, evlilik mal rejimi ve tasfiyesinin milletlerarası özel hukuk açısından önemi, evlilik mal rejimi ve tasfiyesinin hangi devletin hukuk sistemine tabi olması gerektiğinin tayini bakımından önem taşımaktadır[4]. Zira, çeşitli iç hukuk sistemlerinde mal rejimlerine farklı hukuki nitelik tanınmış ve evlilik malları değişik esaslara tabi tutulmuştur. Örneğin, Türk hukukunda, Medeni Kanun'da, eşler arasındaki mal rejimi sisteminde iki esastan hareket edilebilir. Bunlardan birincisi, eşlerin aralarında bir sözleşme yapmalarıdır (akdi usul). Bu sözleşmeye mal rejimi sözleşmesi denir. Eğer, eşler arasında bir sözleşme yapılmamış ise, evlilik malları rejiminde, Türk hukukunda kabul edilen "kanuni rejim" geçerli olur (yasal mal rejimi-kanuni usul)[5]. Önceki Medeni Kanunu'na göre, kanuni rejim, "mal ayrılığı" iken, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun'da kanuni rejim, "edinilmiş mallara katılma rejimi" olarak kabul edilmiştir. Eşlere mal rejimi sözleşmesiyle Kanun'da belirtilen diğer mal rejimlerinden birini, yani "mal ortaklığı", "mal ayrılığı" ya da "paylaşmalı mal ayrılığı" rejimlerinden birini seçme hakkı tanınmıştır (MK.m. 202)[6]. Mal rejimi sözleşmesi evlenmeden önce ya

[4] **Çelikel, Aysel:** *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2004, Yenilenmiş 7.Bası, s.212; **Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır:** *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 10.Bası, Beta, İstanbul, Ocak 2010, s.245.

[5] **Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper:** *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, İstanbul, 2005, s. 300; **Sarı, Suat,** *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul, 2007, s. 7 vd.; **Zeytin, Zafer**: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara, 2005, s. 35 vd; **Gümüş, Mustafa Alper**: *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri,* İstanbul, 2008, s. 217 vd.; **Acar, Faruk**: *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Ankara, 2001, s.189 vd; **Nomer, Ergin / Şanlı, Cemal:** *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, Yenilenmiş 17.bası, İstanbul, 2009, s.267; **Tekinalp**, s.189.

[6] **Dural / Öğüz / Gümüş**, s. 299. Üçüncü bir usul olan olağanüstü mal rejiminde esas olan mal ayrılığı sisteminin uygulanmasıdır. Olağanüstü rejimin varlığı için tarafların önceden kabul ettikleri bir rejim bulunmalıdır. Daha sonra haklı sebeplerle hakim kararıyla mal ayrılığı sistemine geçilirse buna olağanüstü mal rejimi denilmektedir (MK.m. 206). Olağanüstü mal rejimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş,** s. 300, 305-312; **Gençcan, Ömer Uğur**: *Olağanüstü Mal Rejimi ve Artık Değer*, s. 84-102, **Şıpka, Şükran / Özbilen, Barış / Şensöz, Ebru (**edt.): Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Haziran 2001; **Zeytin**, s. 49 vd.

da sonra yapılabilir. (MK.m.203)[7]. Önemle belirtmek gerekir ki, Türk hukukundaki yasal düzenleme, Türk mahkemesinde görülen yabancı unsurlu mal rejimine ilişkin ihtilafta, ancak MÖHUK'nun ilgili kanunlar ihtilafı kuralı (m. 15) gereğince, Türk hukukunun yetkili hukuk olarak tespit edilmesi durumunda uygulanacaktır.

Milletlerarası özel hukuk bakımından, yabancı unsurlu evlilik mallarına ilişkin hukuki ilişkide, hangi hukukun uygulanacağı tespit edilirken, eşlerin evlilik malları hakkında uygulanmasını istedikleri hukuku seçip seçmediği noktasında ikili bir ayırım yapılması yerinde olur. **Burada, önemle dikkat edilmesi gereken nokta, bir iç hukuk sözleşmesinin milletlerarası özel hukuk açısından yeterli olmadığıdır. Milletlerarası özel hukuk bakımından, eşlerin, sadece mal rejimi sözleşmesi akdetmiş olması değil, söz konusu mal rejimi sözleşmelerinde, evlilik malları hakkında hangi hukukun uygulanacağına ve o hukukta hangi mal rejimini seçtiklerine işaret ettikleri önem taşır.** Şu halde **milletlerarası özel hukuktaki ayırım**, -mal rejimi sözleşmesinin yapılmış olup olmamasına göre değil- **evlilik mallarına ilişkin hukuk seçiminin yapılmış veya yapılmamış olması** şeklinde olmalıdır[8]. O halde, milletlerarası özel hukukta mal rejimine uygulanacak hukukun tespiti konusunda ortaya çıkan ilk sorun, evlilik malları konusunda eşlere hukuk seçimi konusunda irade serbestisinin tanınıp tanınmadığı, başka bir deyişle, **"hukuk seçimi**" **imkanının** olup olmadığı noktasındadır. İkinci sorun ise, evlilik malları hakkında uygulanacak **hukuk seçimini yapmamışlar ise, yetkili hukukun hangi** "**bağlama noktaları"**na göre tesbit edileceğidir. O halde, Türk mahkemesi nezdinde halli gereken yabancı unsurlu evlilik mallarının tasfiyesi davasında, uygulayacak hukukun nasıl tespit edileceği "**(I) EŞLERİN HUKUK SEÇİMİ YAPMASI HALİNDE YETKİLİ HUKUK", "(II) EŞLERİN HUKUK SEÇİMİ YAPMAMASI HALİNDE YETKİLİ HUKUK"** olarak, iki ayrı bölüm altında incelenmelidir.

Yetkili hukukun kapsadığı konulara gelince, yabancı unsurlu ilişkilerde mal rejiminin tabi olduğu hukukun yetkisi içine giren konular; (1) hangi malların evlilik malı ya da kişisel mal olduğu, (2) karı ve kocanın bu mallar üzerindeki tasarruf ve idare yetkileri, yararlanma hakkı, borçlardan sorumluluk, mal rejiminin tasfiyesinde paylaşım oranları, (3) temsil ve dava hakkı, (4) evlenme sözleşmesinin yapılma şartları ve zamanı, hukuk seçiminin sınırları ve evlilik malları rejimine son verilmesine, kısaca evlilik malları ve kişisel mal-

[7] **Dural/Öğüz/Gümüş**, 299, 301-305.
[8] **Tekinalp**, s.189-190.

ların idaresi usulüne ve üçüncü şahısların hak ve borçlarına etkisi gibi ilgili tüm konular yetkili hukuka tabidir[9].

Yetkili hukukun tespitine geçmeden önce, açıklığa kavuşturulması gereken öncelikli sorun, hangi Kanun'un evlilik malları hakkındaki kanunlar ihtilafı kuralının uygulanarak yetkili hukukun tespit edileceğidir. Nitekim, yukarıda belirtildiği gibi, 04.12.2007 tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK, aynı Kanun'un yürürlük maddesi olan 65.maddesi uyarınca, Resmi Gazete'de yürürlük tarihi olan 04.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu durumda, Türk mahkemesinde, yabancı unsurlu mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada, yetkili hukukun hangi Kanun'un ilgili kanunlar ihtilafı kuralına -2675 sayılı MÖHUK m.14 hükmüne veya 5718 sayılı MÖHUK'nun 15.madde hükmüne- göre tespit edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yeni Kanun'un hangi tarihten sonra açılacak davalara uygulanacağı ve derdest davaların hangi kurala göre sonuçlanacağı meselesine, milletlerarası özel hukukta, **"zamanlararası ihtilaf**" denmektedir[10].

Kanunlar ihtilafı kurallarının değişmesi sadece kanun değişikliği ile değil, devletin bir milletlerarası sözleşmeye katılması yolu ile de olabilir. Kanunlar ihtilafı kurallarının değişmesi, devletin yeni bir sözleşmeye katılması ile olmuşsa, Sözleşmenin hangi tarihten itibaren yürürlüğe gireceğini yine o sözleşmenin hükümleri tayin eder. Kanunlar ihtilafı kurallarının yeni bir kanun ile değişmesi halinde ise, yeni kanun bir intikal hükmü ihtiva ediyorsa, sorun yoktur. Yeni kanunun hangi tarihten sonra vuku bulmuş olaylara uygulanacağı konusunda getireceği hüküm, sonucu tayin edecektir. Yeni Kanun bir intikal hükmü ihtiva etmiyorsa, sorun, hukukun genel kurallarına göre çözümlenmelidir. Sorunu, "Kanunların geçmişe etkili olmayacağı" çerçevesinde çözmek genel prensip olarak yerleşmiştir. Eski Kanun'un, kamu düzeni saklı olmak üzere, yürürlükte olduğu süre içinde meydana gelmiş olay ve ilişkilere uygulanması (derdest davalar hakkında) ve devam eden ilişkilerin "yeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra" doğan sonuçlarına, yeni Kanun'un uygulanması doktrinde benimsenmiştir. Buna karşılık, yeni kanunlar ihtilafı kurallarının kazanılmış hakları saklı kalmak şartı ile geçmişe etkili olması da savunulmuştur.

2675 sayılı MÖHUK m.47'de "Bu kanun hükümleri yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girer" hükmü gereği, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 22.11.1982 tarihine kadar, (1) 1330 tarihli Muvakkat Kanun uygulanarak verilen kararlarla ilgili kazanılmış haklar saklı tutulmuş, (2) Yürümekte

[9] **Çelikel/Erdem**, s.246-247; **Tekinalp**, s. 194.
[10] **Nomer/Şanlı**, s. 29-31; **Çelikel/Erdem**, s. 28.

olan (derdest) davalar 1330 tarihli Muvakkat Kanun'a göre devam etmiş, (3) Yeni yasanın yayınlanmasından altı ay sonra (yürürlüğe girdiği 22/11/1982 tarihinden sonra) açılan davalar hakkında yeni kanun uygulanmıştır. Ancak, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce elde edilmiş mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizi yeni hükümlere göre yapılmıştır.

Bu durumda, 04.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'nun uygulanması da şu şekilde olmalıdır: (1) 04.12.2007 tarihine kadar, 2675 sayılı MÖHUK uygulanarak verilmiş kararlarla kazanılmış haklar saklı tutulacak, (2) 04.12.2007 tarihinde derdest olan davalar -5718 sayılı MÖHUK'nda yer alan milletlerarası usul hukuku kuralları hariç- 2675 sayılı MÖHUK'a göre devam edecek, (3) 04.12.2007 tarihi itibariyle açılan davalar hakkında yeni Kanun, yani 5718 sayılı MÖHUK uygulanacaktır[11]. (4) Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce elde edilmiş mahkeme veya hakem kararlarının tanınması ve tenfizi yeni kanun hükümlerine göre yapılacaktır.

Sonuç olarak, Türk hakimi, 5718 sayılı MÖHUK'nun yürürlüğe girdiği 04.12.2007 tarihinden önce açılmış derdest evlilik mallarına ilişkin davalarda yetkili hukuku 2675 sayılı MÖHUK'nun 14.madde hükmüne göre tespit edecek; 04.12.2007 tarihinde ve sonrasında açılmış davalarda, yetkili hukuku 5718 sayılı yeni MÖHUK'nun 15.madde hükmüne göre tespit edecektir.

MÖHUK uyarınca tespit edilen yetkili hukukun uygulanmasını engelleyen tek istisna, yabancı hukukun somut olaya uygulanması neticesinde elde edilen somut sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmasıdır (MÖHUK m. 5)12.

§1 Eşlerin Hukuk Seçimi Yapması Halinde Yetkili Hukuk

Türk hâkiminin, 5718 sayılı MÖHUK'nun yürürlüğe girdiği 04.12.2007 tarihinden önce açılmış derdest evlilik mallarına ilişkin davalarda yetkili hukuku 2675 sayılı MÖHUK'nun 14.madde hükmüne göre tespit edeceği; 04.12.2007 tarihinde ve sonrasında açılmış davalarda, yetkili hukuku 5718 sayılı yeni MÖHUK'nun 15.madde hükmüne göre tespit edeceği sonucuna yukarıda varmıştık. O halde, "eşlerin evlilik mallarına ve mal rejimine uygulanacak hukuk seçimi yapması halinde" mal rejimine uygulanacak hukuk bakımından kanuni düzenlemeler yürürlükteki her iki mevzuat bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

[11] **Çelikel/Erdem**, s.28-30; **Nomer/Şanlı**, s.29-31; **Tekinalp**, s.51.
[12] MÖHUK m.5 hükmünün uygulanması hakkında geniş bilgi için bkz. **Nomer/Şanlı**, s.163-180; **Çelikel/Erdem**, s. 148-164; **Tekinalp**, s. 49-51.

04.12.2007 tarihinden, başka bir deyişle, 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve derdest evlilik malları rejiminin tasfiyesine ilişkin davalar hakkında yetkili hukukun tespiti için uygulanacak **2675 sayılı MÖHUK'nun** 14.madde hükmü aynen şöyledir:

"Evlilik malları hakkında eşler ikametgah veya evlenme anındaki milli hukuklarından birini seçebilirler; böyle bir seçim yapılmamış olan hallerde evlilik malları hakkında evlenme anındaki müşterek milli hukuk, müşterek milli hukuk bulunmadığı hallerde, evlenme anındaki müşterek ikametgah hukuku, bu da bulunmadığı takdirde, malların bulunduğu yer hukuku uygulanır(m.14/f.1).

Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tabi olabilirler(m.14/f.2)".

Bu hükme göre, Türk mahkemesi nezdinde yabancılık unsuru taşıyan evlilik malları davasında uygulanacak yetkili hukukun tespitinde ilk bağlama noktası, sübjektif (tarafların iradesi ile oluşturulan) nitelikte olan, "kısıtlı hukuk seçimi" -eşlerden birinin evlenme anındaki ikametgâh hukuklarından ya da evlenme anındaki milli hukuklarından birini seçme- imkânıdır. 2675 sayılı MÖHUK'nun 14.maddesinin 1.fıkrası 2.cümlesinde belirtilen objektif bağlama noktalarına göre, kademeli olarak yetkili hukuk tespiti ise, sayılan hallerde söz konusu olacaktır: (1) Eşler arasında evlilik malları konusunda hukuk seçimi yapılmamış olması, (2) yapılan hukuk seçiminin Kanun'un 14.maddesine uygun olmaması, başka bir deyişle, kısıtlı hukuk seçimi imkânı tanındığı halde, Kanun'da belirtilen hukuklardan birinin değil, başka bir ülkenin hukukunun seçilmiş olması halinde ya da (3) yapılan hukuk seçiminin geçerli olmaması. Evlilik malları hakkında yetkili hukuk, "evlenme anındaki" müşterek milli hukuk, yoksa, "evlenme anındaki" müşterek ikametgah hukuku, o da yoksa, malların bulunduğu yer hukuku (değişken statü) olacaktır. Sayılan bağlama noktaları, 2675 sayılı MÖHUK'un uygulandığı derdest davalarda uygulanmaya devam edecektir.

04.12.2007 tarihi itibariyle yani 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonra açılan davalarda, evlilik malları rejimine ilişkin tasfiye davasının hallinde yetkili hukukun tespiti için uygulanacak **5718 sayılı MÖHUK'nun 15.maddesinin "hukuk seçimi"ne ilişkin m.15 (1) hükmü aynen şöyledir:**

"Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde, evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mes-

ken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır(m.15/f.1)".

2675 sayılı MÖHUK m. 14 hükmü ile düzenlenmiş evlilik malları hakkında kanunlar ihtilafı kuralı gibi, 5718 sayılı MÖHUK m.15 (1) hükmü ile getirilen kanunlar ihtilafı kuralı da kademeli olarak bağlama noktalarını düzenlemektedir. Bu hükme göre, Türk mahkemesi nezdinde yabancılık unsuru taşıyan evlilik malları davasında uygulanacak yetkili hukukun tespitinde ilk bağlama noktası, sübjektif (tarafların iradesi ile oluşturulan) nitelikte olan, "**kısıtlı ve açık hukuk seçimi" (**-eşlerden birinin evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuklarından ya da evlenme anındaki milli hukuklarından birini "açık olarak" seçme-) imkânıdır.

(1) Eşler arasında evlilik malları konusunda hukuk seçimi yapılmamış olması ya da (2) yapılan hukuk seçimi Kanun'un 15.maddesine uygun olmaması, başka bir deyişle, kısıtlı ve ancak açık hukuk seçimi imkânı tanındığı halde, Kanun'da belirtilen hukuklardan birinin değil, başka bir ülkenin hukukunun seçilmiş olması veya yapılan seçimin açık olmaması (zımni olması) halinde ya da (3) yapılan hukuk seçiminin geçerli olmaması halinde, 14.maddenin 2.fıkrasında belirtilen objektif bağlama noktalarına göre, kademeli olarak yetkili hukuk tespit edilecektir. Evlilik malları hakkında yetkili hukuk, **"evlenme anındaki" müşterek milli hukuk, yoksa, "evlenme anındaki" müşterek mutad mesken hukuku, o da yoksa, Türk hukuku** olacaktır.

5718 sayılı MÖHUK'nda -2675 sayılı MÖHUK'ndan farklı olarak- evlilik malları hakkında eşlerin hukuk seçimine ilişkin hükümde, "ikametgâh" kavramı yerine "**mutad mesken" kavramı** getirilmiştir. Bu değişiklik uyarınca, hukuk seçiminin, **"evlenme sırasındaki" mutad mesken veya millî hukuklardan birisi** arasında yapılabileceği hususuna da açıklık getirebilmek için "evlenme anındaki" deyimi mutad mesken kavramının önüne alınarak, tarafların yapacakları hukuk seçiminde söz konusu olabilecek dört imkândan birini kullanabilecekleri ve bu seçimin ancak **"açıkça" yapılması halinde geçerli olacağı** da "açık olarak" ibaresinin eklenmesi ile kabul edilmiştir. Zımni hukuk seçimi imkânı, evlilik mallarının niteliği gereği, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda taraflara tanınmamıştır[13].

Görüldüğü üzere, Türk milletlerarası özel hukuk sistemi, gerek 2675 sayılı gerekse 5718 sayılı MÖHUK'nun ilgili maddelerinde, eşlere evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçme hakkı tanırken, bu seçimin, ilişkinin aile hukuku karakterinin ağır bastığı noktasından hareketle, evlenme ile en yakın irtibat halinde olan iki hukuktan birinin tercihi olarak, kısıtlı bir hukuk seçimi yapılmasını kabul etmiştir. Bu hukuklar ya eşlerin evlenme anındaki

[13] **Çelikel/Erdem**, s. 246.

mutad meskenleri (2675 sayılı MÖHUK "ikametgâh") hukukundan biri ya da evlenme anındaki milli hukuklardan biridir. Eşlerin mutad meskenlerinin (2675 sayılı MÖHUK "ikametgâh"larının) veya milli hukuklarının farklı olabileceği düşünülürse, taraflara verilen imkân daha iyi anlaşılır. Eşlerden her birinin evlenme anındaki milli hukukları ya da mutad mesken (2675 sayılı MÖHUK "ikametgâh") hukuklarından biri ayrı ayrı hukuk seçimine konu olabilir. Ancak görüldüğü üzere, yine de, mal rejimine uygulanacak hukuk ve rejim konusundaki hukuk seçimi, **"kısıtlı"**dır.

İlk kısıtlama, seçimin "evlenme anındaki" mutad mesken (2675 sayılı MÖHUK "ikametgâh") veya milli hukuklardan biri ile kısıtlanmasına ilişkin olup, bu kısıtlama, statü değişikliklerini önlemekte ve mala ilişkin statünün baştan belirli olmasına duyulan ihtiyaç, eşler tarafından evlilik mallarına uygulanacak hukukun seçilmesi halinde dahi gerçekleştirilmektedir.

5718 sayılı MÖHUK'nun 15 (3) hükmü de burada incelenmelidir. **Gerek 2675 sayılı MÖHUK m.14/f.2 gerek 5718 sayılı MÖHUK'nun m.15(3) hükmü birbirinin aynıdır:** *" Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tabi olabilirler".* **Kanaatimce, Kanun'daki *"olabilirler"* ifadesi, eşlere yeni bir hukuk seçimi imkânı tanındığına ilişkindir**. Bu hükmün, evlenmeden sonra eşlerin yeni bir müşterek milli hukuka veya yerleşim yeri hukukuna veya müşterek mutad mesken hukukuna[14] sahip olması durumunda, bu yeni müşterek hukuklarının uygulanmasını seçebileceklerin anlamında yorumlamasının yerinde olduğu kanaatindeyim. Gerçekten de, eşlerin, ortak yerleşim yerlerini, milli hukuklarını ya da mutad meskenlerini değiştirerek yeni bir ortak hukuka sahip olmaları halinde, üçüncü kişilerin hakkı saklı kalarak, evlilik mal rejiminde bu yeni müşterek hukuku evlenme anından başlayarak geçmişe etkili olarak seçebileceği, bu yeni yasal düzenleme ile kabul edilmiştir[15].

İkinci kısıtlama ise, ya eşlerin mutad mesken (2675 sayılı MÖHUK "ikametgâh") hukuklarını ya da milli hukuklarını seçmesine ilişkindir. Tarafların evlenme anındaki mutad meskenlerinin veya milli hukuklarının farklı olabileceği düşünüldüğünde, hukuk seçimi konusunda dört alternatifleri olduğu daha iyi anlaşılır[16]. Eşler, ancak bu dört alternatiften birini "açıkça" seçerek hukuk seçimi yapabilirler. Bu dört alternatif dışında yapılan hukuk seçimleri, esas bakımından Kanun'daki düzenlemeye aykırı olduğundan, geçersiz kabul edilecektir. Bazı Batı hukuklarında hukuk seçimi imkânının bu tür bir

[14] **Nomer/Şanlı**, s. 266-267.
[15] **Çelikel/Erdem**, s.249.
[16] **Çelikel/Erdem**, s.246; **Tekinalp**, s. 193.

kısıtlamaya tabi tutulmadan kullanılması esası kabul edilmiştir (Fransız hukuku[17] ve Avusturya Hukuku). Zira bu hukuklarda, evlilik mallarına ilişkin hükümler, aile hukuku bölümünde düzenlenmiş olmasına rağmen, borçlar hukuku karakterli oldukları kabul edilmiştir. Bu fikri kabul etmiş olan hukuk sistemlerinde, hukuk seçimi daha geniştir. İngiliz hukuku da, evlenme sözleşmelerini, borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul etmemesine rağmen, hukuk seçimine müsaade etmiştir. İngiliz hukukunda da, eşler, İngiliz kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla, evlenme sözleşmelerini istedikleri ülke hukukuna tabi tutabilirler[18]. ÇELİKEL/ERDEM'e göre, "Türk hukukunda, ilişkinin aile hukuku karakterinin ağırlığı nazara alınarak, seçimin, bu ilişki ile en yakın irtibatı olan hukuklara tabi olması gerektiği hususundaki görüşün Kanun'a yansımasının yerinde olduğu söylenebilir"[19].

Bu durumda, Türk hukuk sisteminde, "hiçbir yabancılık unsuru taşımayan evlilik malları ilişkisinde, eşlerin yabancı bir hukuku seçip seçemeyeceği" ayrıca cevaplandırılması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. 2675 sayılı MÖHUK m. 14 ve 5718 sayılı MÖHUK m. 15 hükümleri ile Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan evlilik malları ilişkisinde dahi, ilişkinin aile hukuku karakterinin ağırlığı nazara alınarak bu ilişki ile en yakın irtibatı olan hukuka tabi olması ve hukuk seçiminin kısıtlı-yani sadece Kanun'da belirtilen hukuklardan birinin seçilmesi şeklinde- ve açık olması kabul edilmişken; hiçbir yabancılık unsuru taşımayan evlilik malları ilişkisinde, hukuki ilişki ile objektif olarak bağlantısı olmayan herhangi bir yabancı hukukun hukuk seçimine konu olabileceğini kabul etmek, Kanunun ruhuna, özüne ve sözüne aykırı olur kanaatindeyim. Daha da açıklamak gerekirse, durum, milletlerarası özel hukukta borçlar hukukundaki akit statüsünden (MÖHUK m.24) farklıdır. Akit statüsünde, serbest ve sınırsız taraf iradesi kabul edildiğinden, sözleşme ile objektif olarak irtibatı olmayan herhangi bir hukuk seçilebilirken ve hatta doktrinde[20], tamamen iç hukuka ait bir sözleşmeye sadece yabancı hukuk seçilmesinin bile sözleşmeye yabancılık unsuru katabileceği kabul edilirken, 2675 sayılı MÖHUK m. 14 ve 5718 sayılı MÖHUK m.15 hükümleri karşısında, evlilik malları konusunda aynı yorumu yapmanın doğru ve yerinde görülmediği kanaatindeyim. Sonuç olarak, Türk hukukunda, **hiçbir yabancılık unsuru taşımayan evlilik malları ilişkisinde, hukuk seçiminin mümkün olmadığı kanaatindeyim.** İç hukuk açısından da sorun ele alındığında, borçlar hukukuna ilişkin akit statüsünde "taraf iradesinin esas olduğunu" ve taraf iradesinin sınırını çizen Borçlar Kanunu m. 19 ve

[17] **Gutmann, Daniel**: *Droit International Privé*, 5e Ed., Paris, Dalloz, 2007, s. 221.
[18] Eğer böyle bir hukuk seçimi yapılmamışsa, İngiliz hukukunda, evlilik malları, malları idare eden hukuka tabi olacaktır. Bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 266.
[19] **Çelikel/Erdem**, s.246.
[20] **Nomer/Şanlı**, s.6.

m.20 hükümleri karşısında, Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabında, -akit statüsünün aksine- aile hukukuna ilişkin konularda –kamu düzeni niteliği ağır bastığından- taraf iradesinin kabul edilmediği[21] ve böyle bir hukuk seçimine müsaade edilmediği sonucuna varılmaktadır. GENÇCAN, "Eşler, başka bir ülkenin mal rejimini gerek bütün olarak gerekse karma anlamda kararlaştıramazlar, kabul edemezler" şeklinde, aynı görüşü ifade etmektedir.

Üçüncü kısıtlama ise, 5718 sayılı Kanun'un 15.maddesinde, eşlerin hukuk seçimini ancak **"açık**" olarak yapabileceklerine ilişkin düzenlemedir. Yürürlükten kalkan 2675 sayılı Kanun'dan farklı olarak, 5718 sayılı MÖHUK'nun 15.maddesinin 1.fıkrasına eklenen "açık olarak" deyimi ile, tarafların evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda zımni olarak hukuk seçmelerinin önü kapatılmıştır. Tarafların aralarındaki evlilik mallarına uygulanmak üzere bir hukuk seçme niyetleri varsa, bunu "açıkça" belirtmeleri gerekmektedir. İsviçre hukukunda, hukuk seçiminin açık olarak yapılmasına gerek yoktur. Eşlerin seçilen hukukun maddi kurallarına atıf (gönderme) yapması da yeterli kabul edilmektedir[22] (İsviçre MÖHUK m.53.1). Fransız Hukuku'nda da, hukuk seçimi açık veya zımni olabilir (Sözleşme m. 11)[23].

Kısıtlı ve açık hukuk seçimi yapılmışsa, evlilik malları hakkında seçilen hukuk uygulanacaktır. Bu durumda, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır; **atıf uygulanmaz (m.2/f.4)**24. Seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen tek istisna, yabancı hukukun somut olaya uygulanması neticesinde elde edilen somut sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmasıdır (MÖHUK m. 5).

İsviçre hukukunda da, İsviçre MÖHUK'unun 52.maddesi uyarınca, eşlerin hukuk seçimi imkânı bulunmaktadır (m.52/1). İsviçre hukukunda da, hukuk seçiminin taraflarla veya kamu düzeni ile bağlantılı olması aranmıştır (m.52/2)[25]. Bu hukuk seçimi, eşlerin evlenme anındaki ilk müşterek yerleşim yeri hukuku, evlenme sonrası müşterek ikametgâh hukuku (başka bir ülkede) veya eşlerin milli hukuklarından biri şeklinde kısıtlanmıştır(m.52.2)[26]. Eşler-

[21] **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 4; **Gençcan, Ömer Uğur:** *Mal Rejimleri Hukuku*, Ankara, 2007, s. 105; **Acar**, s.189 vd.

[22] **Bucher, Andreas/ Bonomi, Andrea:** *Droit International Privé*, 2e Ed., Helbing&Lichtenhahn, Bâle, 2004, s.180.

[23] **Gutmann**, s. 221; **Monéger, Françoise**: *Droit International Privé*, 4e Ed, Paris, 2007, s. 131.

[24] 5718 sayılı MÖHUK m.2 (4) "Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır".

[25] **Bucher / Bonomi**, s.179.

[26] **BUCHER, Andreas**: *La loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 Suisse* (*Suisse Private International Law Act-PILA), Droit International Privé, Loi Fédérale et Conventions Internationales, Receuil des Textes,* 6e édition, Helbing&Lichtenhahn, Bâle-

den birinin milli hukukunu seçerken çok vatandaşlığa ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı uygulanmaz[27]. Eşler vatandaşlıklarından herhangi birini seçebilirler. "Hukuk seçiminin şekli" başlıklı m. 53 hükmünde, hukuk seçiminin yazılı veya evlenme sözleşmesi ile veya seçilen hukukta yazılı şekilde seçilebileceği belirtilmektedir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, hukuk seçimi için "yazılı" anlaşma yeterlidir ancak çoğu zaman eşler İsviçre MÖHUK m. 56 çerçevesinde evlilik sözleşmesi yaparak hukuk seçmektedirler. Hukuk seçiminin açık olarak yapılmasına gerek yoktur. Eşlerin seçilen hukukun maddi kurallarına atıf (gönderme) yapması da yeterli kabul edilmektedir[28] (m.53.1). Sözkonusu maddenin ikinci fıkrasında ise, hukuk seçiminin yapılma zamanına ilişkin düzenleme, hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği ama evlenme sonrası yapılırsa, aksine anlaşma yoksa, evlilik tarihine kadar geriye etkili olacağı belirtilmektedir[29] (m.53.2). Aksine sözleş-me yapıldığı takdirde ise, üçüncü kişilerin haklarının saklı olduğu belirtilmektedir (İsviçre MÖHUK m. 53 (2) ve MÖHUK m.57). İsviçre MÖHUK'nda hukuk seçimi anlaşmasında ehliyet kuralı olarak, "eşlerden her birinin yerleşim yeri hukuku"na göre ehil olması aranmaktadır (m. 35)[30].

Alman hukukunda, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, eşlere, kısıtlı hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Eşler, evlenme anındaki eşlerden birinin milli hukukunu, eşlerden birinin mutad meskeni hukukunu, taşınmaz mal olması durumunda ise, taşınmaz mallar hakkında taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını seçebilirler (IPRG m.15 (2))[31].

Eşler, evlenmeden önce ya da sonra, bir mal rejimi sözleşmesi (evlilik sözleşmesi) olmaksızın ya da bir mal rejimi sözleşmesi (evlilik sözleşmesi) ile birlikte "hukuk seçimi" yapabilirler. Başka bir deyişle, hukuk seçimi, ayrı bir hukuki işlem (sözleşme) olarak ya da mal rejimi sözleşmesi (evlilik sözleşmesi) içinde bir şart olarak yapılabilir.

Genève-Munich 2005, s.12-13; **Karrer, Pierre A./ Arnold, Karl W. /Patocchı, Paolo Michèle:** *Switzerland's Private International Law*, Second Edition, Zürich, 1994, s.69-73; **Bucher/Bonomı**, s. 180.

[27] **Bucher**, s.12-13; **Karrer / Arnold/ Patocchi**, s.69-73.

[28] **Bucher/Bonomi,** s. 180.

[29] **Bucher/Bonomi**, s. 180.

[30] **Bucher/Bonomi**, s. 180.

[31] **Mörsdorf-Schulte, Dr. Juliana:** *Translation of the Introductory Act to Civil Code,* first and second Chapter (Entry into force. Reserve for the law of a Land. Definition Statute: Articles 1 and 2 IACC and Private International Law: Articles 3 thru 47 IACC) provided b LL.M. (University of California, Berkeley), 2009 juris GmbH, Saarbrücken. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/index.html (30.03.2010). (Alman Adalet Bakanlığı resmi sitesi –Bundesministerium der Justiz).

I. Mal Rejimi Sözleşmesi Olmaksızın Hukuk Seçimi Yapılması Ve Geçerliliği

Eşler arasında, evlilik malları hakkında uygulanacak hukuk, mal rejimi veya evlilik sözleşmesi olmaksızın da seçilebilir. Başka bir deyişle, hukuk seçimi, ayrı bir hukuki işlem (sözleşme) olarak ya da mal rejimi sözleşmesi (evlilik sözleşmesi) içinde bir şart olarak yapılabilir. Eşler arasında yapılan bu hukuk seçimine ilişkin sözleşme veya şart, iki taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir.

Fransız hukukunda, 1997 değişikliğinden sonra, Evlilik Malları Hakkında 1978 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 12.maddesi uyarınca, işlemin yapıldığı yer hukukuna (LRA) veya evlilik mallarının esasına (lex causae) uygulanacak hukukun aradığı şekil şartlarına uygun olarak hukuk sözleşmesi yapılabilir. Hukuk seçimi yazılı, tarihli ve eşler tarafından imzalanmış olmalıdır[32].

İsviçre hukukunda, "Hukuk seçiminin şekli" başlıklı m. 53 hükmüne göre, hukuk seçiminin yazılı veya evlenme sözleşmesi ile veya seçilen hukukta yazılı şekilde seçilebilmektedir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, hukuk seçimi için "yazılı" anlaşma yeterlidir ancak çoğu zaman eşler İsviçre MÖHUK m. 56 çerçevesinde evlilik sözleşmesi (mal rejimi sözleşmesi) yaparak hukuk seçmektedirler. İsviçre hukukunda, hukuk seçiminin açık olarak da yapılmasına gerek yoktur. Eşlerin seçilen hukukun maddi kurallarına atıf (gönderme) yapması da yeterli kabul edilmektedir[33] (m.53.1).

Alman hukukunda ise, hukuk seçiminin noter onaylı olması aranmaktadır. Eğer hukuk seçimi Almanya'da yapılmamış ise, hukuk seçiminin geçerli olması için, yapıldığı yer hukukunun ya da seçilen hukukun aradığı şekil şartlarına uygun olması yeterlidir (m.14 (4))[34].

Türk milletlerarası özel hukukunda ise, evlilik mallarına ilişkin hukuk seçiminin şekli konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, hukuk seçiminin, hukuki işlem olması itibariyle, MÖHUK'nda hukuki işlemlerde şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan m.7 (2675 sayılı MÖHUK m. 6) hükmü uygulanacaktır. Hukuk seçiminin ehliyet bakımından geçerliliğine ilişkin olarak da, hukuki işlemlerde ehliyete ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan 5718 sayılı MÖHUK m. 9 (2675 sayılı MÖHUK m. 8) hükmü uygulanacaktır.

Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, Türk hakimi, "eşler arasında yapılan hukuk seçimi"ni re'sen dikkate alamayacağı gibi, sözleşmenin şekil veya

[32] **Gutmann**, s. 221.
[33] **Bucher/Bonomi**, s. 180.
[34] http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/index.html (30.03.2010).

ehliyet yönünden geçersizliği ileri sürülmedikçe, geçersizliği de re'sen incelemez. Ancak, eşler arasında yapılan hukuk seçimi, Türk mahkemesinde ileri sürülmüşse, MÖHUK m. 15/f.1 anlamında, esas bakımından geçerli bir hukuk seçiminin –kısıtlı ve açık hukuk seçimi olması şartının- mevcudiyetini re'sen incelemelidir.

Eşler arasında hukuk seçimi yapılmış, ancak hukuk seçimine ilişkin hukuki işlemin **ehliyet** (2675 sayılı MÖHUK m.8 ve 5718 sayılı MÖHUK m.9/f.1), **şekil** (2675 sayılı MÖHUK m. 6 ve 5718 sayılı MÖHUK m.7) ve **esas** (2675 sayılı MÖHUK m. 14/f.1 kısıtlı olması şartı ve 5718 sayılı MÖHUK m.15 (1) kısıtlı ve açık olması şartı) **bakımından geçersizliği ileri sürülürse**, hâkim öncelikle bu sorunu çözmek zorundadır. Bu durumda, Türk mahkemesinin önünde, evlilik malları hakkındaki ihtilaf yani "ana mesele"den önce halli gereken bir "ön sorun" bulunmaktadır. Eğer ön sorun olarak hukuk seçiminin geçersizliği ileri sürülürse, öncelikle halli gereken mesele budur. Burada, hakim, ön sorun çözümünde uygulanan yöntemler ışığında öncelikle bu sorunu çözecektir. Ön sorun, ya Lex Fori yani hâkimin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları veya Lex Causae, mal rejiminin esasına uygulanan hukukun kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak çözümlenecektir. Ön sorunun çözümünde, kural olarak, hukuk seçiminin geçerliliği esas sorundan bağımsız kabul edilecek ve Lex Fori'nin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır. Ancak, Lex Causae kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması daha adil ve hakkaniyetli bir çözüm veriyorsa, hâkim lex causae kanunlar ihtilafı kurallarını da tercih edebilecektir. Burada hâkime hakkaniyeti sağlaması açısından takdir yetkisi tanınmıştır. Lex Fori kanunlar ihtilafı kuralları uygulandığında, yani Türk hakimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uyguladığında sorun MÖHUK'nun –evlilik mal rejimine ilişkin hukuk seçiminin şekli veya ehliyet bakımından geçerliliğine ilişkin özel bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmadığından- genel şekil ve ehliyet kurallarına göre çözümlenecektir[35]. Hukuk seçiminin ehliyet ve şekil bakımından geçerlilik şartlarına, hukuki işlemlerde şekil ve ehliyete ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır.

Hukuki işlemlerde şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan 5718 sayılı MÖHUK m.7 (2675 sayılı MÖHUK m.6) hükmü uyarınca, işlemin yapıldığı yer hukukunun veya hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin (evlilik malları hakkında uygulanacak yetkili hukukun) aradığı şekil şartlarına uygun olarak yapılan bir hukuk seçimi, Türk hukuku bakımından da şekil yönünden geçerlidir. Bu hukuklardan birinin öngördüğü şekil şartlarına uygun olarak yapılmış bir hukuki işlem (hukuk seçimi), Türk hukuku bakımından da şekil yönünden geçerli kabul edilecektir. Hukuk se-

[35] **Çelikel / Erdem**, s.247.

çiminin geçerliliğine uygulanacak yetkili hukuk MÖHUK m. 7 uyarınca Türk hukuku ise, hukuk seçimi, Türk hukukunda, özel bir şekil şartına bağlanmadığından, yazılı veya sözlü olarak, herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın yapılabilir. Ancak, yapılan hukuk seçiminin ispatı bakımından, yazılı olması yerinde görülmektedir. Ancak, ispat hukuku bakımından yazılılık, mal rejimi sözleşmesinde olduğu gibi ayrıca bir resmi şekle bağlı değildir. Kanaatimizce, hukuk seçimi sözleşmesinin ispat hukuku bakımından, yazılı, imzalı ve tarihli olması yeterlidir[36]. Bununla birlikte, hukuk seçimi ile birlikte mal rejimi de seçiliyorsa, mal rejimi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, kanunun öngördüğü resmi şeklide yapılması zaruridir. Mal rejimi sözleşmesinin geçersiz olması, hukuk seçimini geçersiz kılmaz. Bunlar birbirinden bağımsız hukuki işlemlerdir. Biri, diğerinin geçersizliğine sebep olmaz.

Hukuk seçiminin ehliyet bakımından geçerliliğine ilişkin olarak da, hukuki işlemlerde ehliyete ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan 5718 sayılı MÖHUK m. 9 (2675 sayılı MÖHUK m.8) hükmü uygulanacaktır. Her iki tarafın kendi hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olması halinde, ehliyet bakımından da geçerli bir hukuki işlem (hukuk seçimi) mevcuttur. **Bu durumda, bu kurallara göre geçerli olan mal rejimi sözleşmesinin hükümleri hakkında, eşlerin seçtiği hukuk uygulanır.**

Sonuç olarak, eşler arasında yapılan **hukuk seçimi geçerli ise**, evlilik malları seçilen hukuka tabi olacak, ayrıca bu hukuktaki mal rejimlerinden biri, seçilmiş ise, bu rejim; seçilmez ise, seçilen hukukun kanuni rejimi uygulanacaktır. Mesela, biri Türk biri İsviçre vatandaşı olan eşlerin evlilik malları hakkında sadece "Türk hukuku"nun uygulanacağını seçmesi ve herhangi bir mal rejimini belirtmemesi durumunda, ihtilaf halinde, Türk mahkemesi, Türk hukukunun "kanuni rejimi" olan "edinilmiş mallara katılma rejimi" ile ihtilafı çözecektir. Ancak, sözü edilen eşler, Türk hukukunu (hukuk seçimi sözleşmesi) ve "mal ayrılığı rejimini" (mal rejimi sözleşmesi)[37] seçmiş olma-

[36] İsviçre hukukunda, "Hukuk seçiminin şekli" başlıklı m. 53 hükmüne göre, hukuk seçiminin yazılı veya evlenme sözleşmesi ile veya seçilen hukukta yazılı şekilde seçilebilmektedir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, hukuk seçimi için "yazılı" anlaşma yeterlidir ancak çoğu zaman eşler İsviçre MÖHUK m. 56 çerçevesinde evlilik sözleşmesi (mal rejimi sözleşmesi) yaparak hukuk seçmektedirler. Bkz. **Bucher/Bonomi**, s.180. Fransız hukukunda, 1997 değişikliğinden sonra, Evlilik Malları Hakkında La Haye Sözleşmesinin 12.maddesi uyarınca, işlemin yapıldığı yer hukukuna(LRA) veya evlilik mallarının esasına (lex causae) uygulanacak hukukun aradığı şekil şartlarına uygun olarak hukuk sözleşmesi yapılabilir. Hukuk seçimi yazılı, tarihli ve eşler tarafından imzalanmış olmalıdır. Bkz. **Gutmann**, s. 221.

[37] Hukuk seçimi sözleşmesinden ayrı bir hukuki işlem olarak, mal rejimi sözleşmesinin de şeklen ve ehliyet bakımından geçerli olması gerekmektedir. Eğer mal rejimini sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 7 uyarınca, Türk hukuku ise, mal rejimi sözleşmesinin, resmi şekilde yapılması gerekir. Adi yazılı şekilde yapılacak bir mal rejimi seçimi, MK. m.204 ve m. 205 hükmündeki emredici kurallara aykırı olacağından, geçersiz olur. Hu-

ları halinde, ihtilaf, Türk hukuku ve –yapılan mal rejimi sözleşmesi geçerli ise- mal ayrılığı rejimi kurallarına göre çözülecektir.

Ancak, eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapmış olmaları, fakat evlilik malları hakkında hangi hukukun uygulanacağını kararlaştırmamış olmaları halinde, milletlerarası özel hukuk anlamında (2675 sayılı MÖHUK m. 14/c.1 ve 5718 sayılı MÖHUK m. 15 (1)) bir hukuk seçiminden bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda, Türk hâkimi, yabancı unsurlu mal rejimi tasfiye davasında, 2675 sayılı MÖHUK m. 14/f.1 veya 5718 sayılı MÖHUK m. 15 (1) uyarınca, kademeli objektif bağlama kuralları uyarınca, yetkili hukuku tespit etmelidir. Ancak, bu hukukun kanuni mal rejiminde yer alan emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile, eşler arasında hukuk seçimi olmaksızın seçilen mal rejimi ve mal rejimi sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, milletlerarası özel hukuk açısından önemli olan, eşlerin evlenmeden önce ya da sonra "tabi olmak istedikleri mal rejimini değil, evlilik mallarının tabi olacağı hukuku" seçmesidir. Hukuk seçimi, bir mal rejiminin değil, Kanun'da belirtilen bir ülke hukukunun seçilmesidir. Uygulamada, genellikle, eşler, mal rejimi sözleşmesi ile birlikte hukuk seçimi yaparlar.

II. Mal Rejimi Sözleşmesi İle Birlikte Hukuk Seçimi Ve Geçerliliği[38]

Hemen bütün milletlerarası özel hukuk sistemlerinde eşlere evlenmeden önce ya da sonra sözleşme ile evlilik mallarının tabi olacağı hukuku ve mal rejimi tayin etme hakkı ve bununla birlikte yapılmış sözleşmeyi değiştirebilme hakkı tanınmıştır. Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında durum böyledir. Karı koca evlenmeden önce veya evlendikten sonra evlilik malları konusunda bir sözleşme yapabilir veya yapılmış bir sözleşmeyi değiştirebilir (İsviçre MK. m.182, Alman MK m.1408, Türk MK.m.203)[39]. Bazı ülkelerde evlenmeden önce veya sonra evlenme sözleşmesi yapılabilir, fakat yapılmış sözleşme ancak hem tarafların hem mirasçıların iştiraki ile değiştirilebilir

kuk seçimi geçerli olduğundan, yine Türk hukuku uygulanır ancak mal rejimi sözleşmesi şeklen geçersiz olduğundan, Türk hukukunun kanuni rejimi "edinilmiş mallara katılma rejimi" uyarınca, uyuşmazlık çözümlenir.

[38] Bu bölümdeki açıklamalar için bkz. **Şensöz, Ebru:** *Milletlerarası Özel Hukukta Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk* (s.102-113), **Şıpka, Şükran/ Özbilen, Barış/ Şensöz, Ebru (**edt.): Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III.Dönem (17-18 Kasım 2006), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları no.22, İstanbul, 2007, s. 106-107.

[39] **Tekinalp**, s.192; **Feyzioğlu**, **Feyzi N.**: *Aile Hukuku*, s.237 vd.; **Oğuzman, Kemal/Dural**, **Mustafa:** *Aile Hukuku*, 2.Bası, İstanbul, 1998, s. 171; **Akıntürk, Turgut:** *Aile Hukuku*, Cilt II, Bası 6, İstanbul, 2002, s. 136; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 301-305.

(örneğin, İtalyan Medeni Kanunu m. 163)[40]. Bazılarında ise, sonradan yapılan evlenme sözleşmesinin vesayet makamınca (İsviçre MK m. 181/f.2 değişmeden önce) veya mahkemece (mülga Türk MK m.173/f.2) tasdiki gerekir[41].

Bugün, 1998'de değişiklik yapılan İsviçre MK m.187'ye göre, evlilik malları (mal rejimi) sözleşmesi her zaman başka bir sözleşme ile (m.184) değiştirilebilir. Ancak sözleşme resmi olmalı ve taraflar veya gerekli hallerde kanuni temsilcileri tarafından imzalanmalıdır (İsviçre MK m.184). Yeni TMK m.203 ve 205 hükümlerinde de İsviçre MK'daki düzenleme benimsenmiştir. Mülga MK'da, eşlerin sözleşme ile seçebilecekleri iki şekil vardır. Bunlar mal ortaklığı ya da mal birliğidir (mülga MK m.170 vd.). Eğer taraflar böyle bir seçim yapmamışlarsa yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi geçerli olur. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk MK[42]'da, İsviçre MK'da 1984 yılında yapılan ve 1988 yılında yürürlüğe giren bu değişiklik örnek alınarak[43], "edinilmiş mallara katılma rejimi", "mal ayrılığı ve "paylaşmalı mal ayrılığı", "mal ortaklığı" esasları getirilmiştir. Kanuni rejim, "edinilmiş mallara katılma rejimi"dir Tarafların istediği zaman değiştirebileceği mal rejimi sözleşmesi ile diğer mal rejimlerini seçmesi mümkündür (m.202, 203)[44].

Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, milletlerarası özel hukuk açısından önemli olan, eşlerin evlenmeden önce ya da sonra "tabi olmak istedikleri mal rejimini değil, evlilik mallarının tabi olacağı hukuku" seçmesidir. Hukuk seçimi, bir mal rejiminin değil, evlilik malları hakkında, Kanun'da belirtilen bir ülke hukukunun seçilmesidir. Uygulamada, genellikle, eşler, mal rejimi sözleşmesi ile birlikte hukuk seçimi yaparlar.

Yabancı unsurlu bir mal rejimi sözleşmesinin şekil ve ehliyet bakımından geçerli olup olmadığı sorunu, Türk mahkemesi tarafından halli gereken bir ön mesele olarak hâkimin karşısına çıkabilir. Hakim, sözleşmenin şekil veya

---

[40] **Tekinalp**, s. 192.
[41] **Tekinalp**, s. 192.
[42] 4721 sayılı Medeni Kanun ve 4722 sayılı Medeni Kanun'un Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun için bkz. RG. 8.12.2001-S.24607.
[43] Edinilmiş mallara katılma rejimi İsviçre de kanuni rejim haline gelmiş, mal ayrılığı veya ortaklığı da tarafların seçimine bırakılmıştır (İsviçre MK.m.181). Aynı değişiklik yeni Medeni Kanun ile Türk hukukunda benimsenmiştir. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.418. **Şıpka, Şükran:** *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci ile Yürürlüğe İlişkin Sorunlar*, (s.5-19), **Şıpka, Şükran/ Özbilen, Barış/ Şensöz, Ebru (**edt.): Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III.Dönem (17-18 Kasım 2006), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları no.22, İstanbul, 2007, s. 8-9; **ACABEY, M. Beşir:** *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi,* İzmir, 1998, s.71-76.
[44] **Tekinalp**, s. 193.

ehliyet yönünden geçersizliği ileri sürülmedikçe re'sen bunu incelemez[45]. **Ancak önemle belirtmek gerekir ki, mal rejimi sözleşmesi geçersiz olsa dahi, geçerli bir hukuk seçimi var ise, hukuk seçimi mal rejimi sözleşmesinden tamamen bağımsız bir hukuki işlem niteliğinde olduğundan, yapılan hukuk seçimi geçerlidir, ancak seçilen mal rejimi sözleşmesi geçersiz olduğundan, seçilen hukukun kanuni rejimi evlilik malları hakkında uygulanır.**

Eğer ön sorun olarak mal rejimi sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülürse, öncelikle halli gereken mesele budur. Burada, hakim, ön sorun çözümünde uygulanan methodlar ışığında öncelikle bu sorunu çözecektir. Burada Lex Fori yani hâkimin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları veya Lex Causae, mal rejiminin esasına uygulanan hukukun kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak çözümlenecektir[46]. Burada kural olarak, mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği esas sorundan bağımsız kabul edilecek ve Lex Fori'nin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır. Ancak, Lex Causae kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması daha adil ve hakkaniyetli bir çözüm veriyorsa, hâkim lex causae kanunlar ihtilafı kurallarını da tercih edebilecektir. Burada hâkime hakkaniyeti sağlaması açısından takdir yetkisi tanınmıştır. Kural olarak, Lex Fori kanunlar ihtilafı kuralları uygulandığında, yani Türk hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uyguladığında ön sorun MÖHUK'nun şekil ve ehliyete ilişkin genel kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenecektir[47].

Mal rejimi sözleşmelerinin ehliyet ve şekil bakımından geçerlilik şartlarına, hukuki işlemlerde şekil ve ehliyete ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralları uygulanır. Şekil açısından geçerlilik şartlarına, hukuki işlemlerde şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK'un 7.maddesinde (2675 sayılı MÖHUK m.6) öngörülen, LRA, *locus regit actum* kuralı (işlemin yapıldığı yer hukuku) veya işlemin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır[48]. Bu hukuklardan birinin şekil şartlarına uygun olarak

[45] Türk iç hukukunda, mal rejimi sözleşmesinin şekil ve ehliyet bakımından geçerlililğinin incelenmesi, kamu düzeninden ve re'sen incelenmesi gereken hususlar olmasına rağmen, milletlerarası özel hukuk bakımından, bir hukuki işlemin şekil ve ehliyet bakımından geçerliliğinin re'sen incelenmesi gerektiği öne sürülemez. Nitekim, evlenmenin şeklinde olduğu gibi, evlenme yapıldığı yer şekil kurallarına uygun olarak yapılmışsa Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilmekte ve dini evlenmeler dahi Türkiye'de geçerli kabul edilmektedir. O halde, mal rejimi sözleşmeleri de MÖHUK m. 7 uyarınca, yapıldığı yer hukukunun veya esasa uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin aradığı şekil koşullarına uygun olarak yapılmışsa, Türk hukuku bakımından da şeklen kabul edilecektir.

[46] Ön sorunun çözüm methodları için bkz. **Nomer / Şanlı**, s.140-145; **Çelikel/Erdem**, s.138-148; **Tekinalp**, s. 45-47.

[47] **Çelikel/Erdem**, s.247.

[48] Hukuki işlemde şekil konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 201-216; **Çelikel/Erdem**, s. 189-195; **Tekinalp**, s. 106-116;

yapılmış bir mal rejimi sözleşmesi, Türk hukuku bakımından da şekil yönünden geçerli kabul edilecektir. Türk hukukunda, mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır (MK.m. 205/f.1/c.1). Mal rejimi sözleşmesinin taraflarca ve gerektiğinde yasal temsilerince imzalanması zorunludur (MK.m.205/f.2). Demek ki, mal rejimi sözleşmesi, Türkiye'de yapıldıysa veya mal rejiminin sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümleri Türk hukukunu gösteriyorsa, milletlerarası özel hukuk bakımından, m.7 uyarınca, şeklen geçerli olabilmesi için, MK m. 205 hükmünün öngördüğü nitelikli resmi şekil bakımından noterde düzenleme ya da imza onayı şeklinde yapılmış olması gerekmektedir[49].

Ehliyet bakımından ise, hukuki işlemlerde ehliyete ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı uygulanarak, her iki tarafın kendi hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olması halinde ehliyet bakımından da geçerli bir hukuki işlem mevcut olduğu sonucuna varılabilir (5718 sayılı MÖHUK m.9, 2675 sayılı MÖHUK m.8)[50]. **Bu durumda, bu kurallara göre geçerli olan mal rejimi sözleşmesinin hükümleri hakkında, eşlerin seçtiği hukuk uygulanır.**

Sonuç olarak, önemle belirtmek gerekir ki, eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi geçersiz olsa dahi, geçerli bir hukuk seçimi var ise, hukuk seçimi mal rejimi sözleşmesinden tamamen bağımsız bir hukuki işlem niteliğinde olduğundan, yapılan hukuk seçimi geçerlidir, ancak seçilen mal rejimi sözleşmesi geçersiz olduğundan, seçilen hukukun kanuni rejimi evlilik malları hakkında uygulanır.

§2 Eşlerin Hukuk Seçimi Yapmaması Halinde Yetkili Hukuk

Eşler evlenirken veya sonradan hukuk seçimi ve mal rejimi sözleşmesi yapmamış olabilirler. Eşler mal rejimi sözleşmesi yapmış, ancak sözleşmede yetkili hukuku göstermemiş olabilirler. Eşlerin sözleşme yapmış ancak yetkili hukuk gösterilmeden gösterilmeden malların nasıl idare edileceğini, eşlerin mallar üzerindeki hak ve yetkilerini tespit etmiş olmaları da mümkündür. Her üç durumda da, milletlerarası özel hukuk anlamında, diğer bir deyişle, 5718 sayılı MÖHUK m.15 ve 2675 sayılı MÖHUK m. 14 anlamında, eşlerin evlilik malları hakkında hukuk seçimi yapmış olduğu söylenemez.

Eşlerin evlenmeden önce ya da sonra, hukuk seçimi ve mal rejimi sözleşmesi yapmamış olması halinde ortada bir sorun yoktur. Evlilik mallarının tasfiye-

[49] **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 304. MK.m.205/f.1/c.2 uyarınca, evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak bildirseler dahi, evlendirme memurunun tek yapacağı şey eşleri notere yönlendirmektir.

[50] Hukuki işlemde ehliyet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 223-230; **Çelikel/Erdem**, s.186-188; **Tekinalp**, s. 71-76;

sine ilişkin dava Türkiye'de açıldığı takdirde, hâkim, MÖHUK m.15 uyarınca (2675 sayılı MÖHUK m.14), yetkili hukuku tespit eder ve uygular. Ancak, eşlerin evlenmeden önce ya da sonra geçerli bir mal rejimi sözleşmesi yapmış ancak yetkili hukuku "açıkça" seçmemiş olmaları halinde, ortaya çıkan sorun, MÖHUK'a göre tespit edilecek yetkili hukukun kanuni rejiminin mi yoksa mal rejimi sözleşmesinin hükümlerinin mi uygulanması gerektiği noktasındadır. Bu durumda, hâkimin, öncelikle, MÖHUK m.15 uyarınca, açık ve geçerli bir hukuk seçimi mevcut olmadığından, MÖHUK m.15'e göre yetkili hukuku tespit etmesi gerekmektedir. Sözleşme hükümleri, hâkimin MÖHUK m.15 uyarınca tespit ettiği yetkili hukukun kanuni rejiminin emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla uygulama alanı bulacaktır[51].

Demek ki, evlilik mallarına ilişkin (1) hukuk seçimi sözleşmesi yapılmamış olması veya (2) yapılan hukuk seçimi sözleşmesinin geçersiz olması veya (3) mal rejimi sözleşmesi (evlenme sözleşmesi) nin yapılmamış olması veya (4) mal rejimi sözleşmesi (evlenme sözleşmesi) yapıldığı halde uygulanacak hukukun gösterilmemiş olması hallerinin tümünde, milletlerarası özel hukuk bakımından (2675 sayılı MÖHUK m. 14/c.1 ve 5718 sayılı MÖHUK m. 15 (1)) bir hukuk seçiminden bahsetmek mümkün değildir. **Bu durumda, Türk hâkimi, yabancı unsurlu mal rejimi tasfiye davasında, 2675 sayılı MÖHUK m. 14/f.1 ve 5718 sayılı MÖHUK m. 15 (1) hükmündeki, kademeli objektif bağlama kuralları uyarınca, yetkili hukuku tespit etmelidir.** Ancak, **yetkili hukukun kanuni rejiminin emredici hükümlerine aykırı olmamak koşulu ile** eşler arasında seçilen mal rejimi sözleşmesinin hükümleri ya da "hukuk seçimi ve mal rejimi sözleşmesi yapmaksızın malların nasıl idare edileceğine, eşlerin mallar üzerindeki hak ve yetkilerine ilişkin olarak yaptıkları sözleşme hükümleri" uygulanabilecektir[52].

I. Mukayeseli Hukukta Evlilik Malları Hakkında Objektif Bağlama Noktaları

Evlilik mal rejimlerine çeşitli iç hukuk sistemlerinde farklı hukuki nitelik tanındığını belirtmiştik. Her ülke kendi iç hukuk sisteminde "evlilik mallarına tanıdığı hukuki nitelik itibariyle en yakın irtibat halinde olduğu düşünülen bağlama noktalarını" belirlemiştir. Mesela, mal rejimi, evliliğin mali hükümleri olarak aile hukuku ağırlıklı bir konu olarak ele alınıp, taraflar arasında bir hukuk seçimi yapılmamış ise, kural olarak, eşlerin şahsi statüsüne, yani şahsi olarak milli hukuk ya da yerleşim yeri tabi tutulabilir. Örneğin, İsviçre

[51] **Çelikel/Erdem**, s.249; **Şensöz,** s. 107.
[52] **Çelikel/Erdem,** 249-250; **Şensöz**, s.107. Ancak, mal rejimine ilişkin hükümlerin çoğunun emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bkz. dn.5.

hukukunda, İsviçre MÖHUK m.52-58'de etraflı bir şekilde düzenlenen evlilik malları için kısıtlı bir hukuk seçimi öngörülmüştür (m.52,53). Eğer eşler arasında hukuk seçimi yapılmamışsa, eşlerin ilk müşterek yerleşim yeri hukuku, yoksa, eşlerin son müşterek yerleşim yeri hukuku, eğer hiçbir zaman aynı yerde yerleşim yeri sahibi olmamışlarsa, müşterek milli hukukları uygulanır. Bunun da bulunmaması halinde, İsviçre hukukunun kanuni rejimi, evlilik malları hakkında uygulanacaktır[53] (m.54). Evlilik malları hakkında uygulanacak hukuk m. 54 uyarınca tespit edilirken, çifte vatandaşlık halinde esas alınacak vatandaşlığa ilişkin ilgili kanunlar ihtilafı kuralı burada uygulanacaktır (m.23)[54].

Alman MÖHUK'nda mal rejimlerine uygulanacak hukukun tespitinde, eğer kısıtlı seçim imkânından yararlanılmamış ise, evlenmenin genel hükümlerine ilişkin bağlama kuralları (evlenme anındaki müşterek milli hukuk, müşterek mutad mesken hukuku, o da yoksa, en yakın irtibatlı ülke hukuku[55]) uygulanmaktadır. Ancak, statü evlenme anına sabitlenmiştir (Alman MÖHUK m.15(1) ve m.14 (1))[56].

Türk hukukunda da durum aynı Alman hukukundaki gibidir. Şöyle ki, kısıtlı hukuk seçimi imkânından yararlanılmamış ise, uygulanacak objektif bağlama noktaları, evliliğin genel hükümlerine ilişkin bağlama kuralları ile aynıdır (2675 sayılı MÖHUK m. 12 (2), 5718 sayılı MÖHUK m.13 (3)). Tek fark, statünün evlilik malları konusunda "evlenme anı"na sabitlenmiş olmasındadır, evliliğin genel hükümlerinde statü değişkendir ve MÖHUK m. 3 uyarınca "dava anı" esas alınır.

---

[53] **Bucher/Bonomi,** s. 180-181; **Overbeck**, **Alfred E. Von:** *Les régimes matrimaniaux dans le Droit International Privé Suisse*, (s.63-70), **François Dessemontet (**edt.): Le nouveau Droit International Privé Suisse, Publication CEDICAC, Lausanne, 1989, s.64; **Bucher**, s.12-13; **Karrer/Arnold/ Patocchi**, s.69-73; Türk-İsviçre hukukunda evlilik mallarına ilişkin yasal rejim hakkında mukayeseli hukuk araştırması için bkz. **Şeker, Muzaffer:** *Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Yönleri* (s.133-158), **Şıpka, Şükran/ Özbilen, Barış/ Şensöz, Ebru (**edt.): Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III.Dönem (17-18 Kasım 2006), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları no.22, İstanbul, 2007, s.133 vd; **Şıpka**, s. 5 vd.

[54] **Bucher**, s.12-13; **Karrer/Arnold/Patocchi**, s.50-51, 69-73.

[55] Alman hukukunda, turistik amaçla gezi veya ziyaret sırasında evlilik gerçekleşmiş ise, eşlerin evlendiklerinde yerleşme niyetinde oldukları yer hukuku en sıkı irtibatlı ülke hukuku olarak kabul edilmektedir (m.14(1).3).

[56] http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/index.html (30.03.2010); **Tekinalp**, s. 190.

1978 tarihli Avusturya Kanunu'nda da eğer seçilen bir hukuk yok ise, evlenmenin kişisel hükümlerini idare eden hukuk evlilik mallarını da hakimiyeti altına almaktadır (m.19)[57].

Diğer taraftan, mal rejiminin, malları ilgilendirmesi bakımından, nitelik itibariyle, hukuk seçimi yapılmamış ise, malların milletlerarası özel hukukta tabi olduğu hukuka yani malların bulunduğu yer hukukuna (lex rei sitae) da tabi tutulabilir. Bu takdirde, taşınır mallar kişiyle birlikte yer değiştirdiğinden, yerleşim yeri hukukuna; taşınmaz mallar ise, gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna tabi olacaktır. Common Law hukukunda, taraflar mal rejimine uygulanacak hukuku tayin etmemişlerse, mal rejimine malların bulundukları yer hukuku uygulanır[58]. Common Law hukukunu kabul eden, İngiliz hukukunda, malları idare eden hukukun yetkisi kabul edilmektedir[59]. Taşınmaz mallar hakkında, taşınmazın bulunduğu ülke hukuku uygulanırken (Lordlar Kamarası kararı); taşınır mallar hakkında, ikametgah hukuku uygulanmaktadır. Eskiden taşınır mallar hakkında kocanın ikametgahı hukuku uygulanırken, 1974 itibariyle, İngiliz içtihat hukukunda, koca ve karının evlenme anındaki müşterek ikametgah hukukunun, karı ve kocaya eşit uzaklıkta, eşlerin ve evliliğin en yakın ilişkide olduğu hukuk olarak kabul edilmiştir. Eğer karı ve kocanın ikametgahı değişse bile, evlilik taşınır malları hakkında evlenme anındaki ilk müşterek ikametgah hukuku uygulanmaya devam eder (*immutability*), eşler isterlerse, kazanılmış haklar saklı kalmak üzere, evlilik taşınır mallarını bu yeni müşterek ikametgah hukukuna tabi tutabilirler (*mutability*). Tek eş ikametgâhını değiştirirse, bu değişiklik ikametgah değişikliği olarak kabul edilmez[60].

Diğer taraftan, mal rejiminin sözleşme ile tayin edilebilme özelliği yani borçlar hukuku ağırlığı nedeni ile, mal rejimini akit statüsüne tabi kılmak da mümkündür. Bu son nitelik Fransız Medeni Kanunu'nun kabul ettiği sisteme örnektir[61]. Gerçekten Fransız sisteminde, mal rejimi, ne Common Law hukukundaki gibi, malları idare eden hukuku, ne de evliliğin genel hükümleri gibi, şahsi statüyü kabul eden sistemi kabul etmiştir. Fransız sistemi, hukuki işlemlere uygulanacak hukukun etkisini kabul ederek, hukuk seçiminde sınırsız irade serbestisini kabul etmiştir[62]. Statü evlilik anına sabitlenmiştir.

---

[57] **Tekinalp**, s.190.

[58] **Fawcett, James/ Carruthers, Janeen M./North, Sir Peter:** CHESHIRE**,** NORTH& FAWCETT, *Private International Law*, Fourteenth Edition, Oxford University Pres, Oxford, New York, 2008, s.1293; **Çelikel/Erdem**, s. 245-246; **Nomer/Şanlı**, s. 265; **Gutmann**, s.220.

[59] **Çelikel/Erdem**, s. 246; **Nomer**, s. 255.

[60] **Cheshire/North/Fawcett**, s.1300.

[61] **Nomer/Şanlı**, s. 265; **Çelikel/Erdem**, s. 245.

[62] **Gutmann**, s. 220-221. Fransa, 27 Ekim 1997 tarihinde Fransız Medeni Kanunu'nda değişiklik ile Evlilik Malları Hakkında La Haye Sözleşmesini kabul etmiştir. Bkz. Bölüm V, (B).

Mal rejimleri hukukunda, başka bir problem, statü değişikliğidir. Özellikle ikametgâha bağlanma halinde, yeni bir ikametgâh tesis etmek, yeni bir vatandaşlık elde etmekten çok kolay olduğundan, ikametgâh hukukuna bağlanan sistemlerde statü değişikliğinin önemi artmaktadır. Menkul gayrimenkul mal ayrımı yapılan sistemlerde, mesela, Common Law hukukunda, menkullerde ikametgâh prensibi tatbik edildiğinden, ikametgâhın değişikliği statü değişikliği meydana getirir. Ancak eski statüye göre kazanılan haklar yenisinde de muhafaza edilir. Bu sakıncaları önlemek açısından, Alman hukuku, mal rejimleri statüsünün değişmezliğini kabul etmiştir. Rusya Federasyonu, Sovyet Rusya'da yaşayan eşler için mal rejimini lex fori yani Sovyet Hukukuna göre düzenler. Sadece Sovyet Rusya'nın doğu bloku ülkelerinden bazıları ile yaptığı anlaşmalarda yabancı mal rejimi hukukun tatbikine müsaade etmiştir. Yeni kanunlardan Polonya Devletler Özel Hukuku Kanunu (m.17) ve 1963 tarihli Çekoslovakya Kanunu (&21) eşler arasındaki malvarlığı hukukuna ait ilişkileri şahsi ilişkilerinin tabi olduğu hukuka yani milli ya da ikametgâh hukukuna bağlamıştır[63].

Eşler arasındaki mali ilişkiler kapsamında yer alan, İslam hukukunda "mehir" (evlilik yapılırken erkeğin kadına verdiği para veya mal, nikâh bedeli), Hristiyanlarda "drahoma" (evlenirken kadın tarafından erkeğe verilen para veya mal), Yahudi aile hukukunda, "ketubba" (kocanın boşanma veya ölümü halinde kadına belli bir miktar paranın ödenmesine veya ödeneceğine dair yazılı taahhüd) konularının da mal rejimleri hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir[64].

II. Türk Milletlerarası Hukuk Sisteminde Evlilik Malları Hakkında Objektif Bağlama Noktaları

Türk hâkiminin, 5718 sayılı MÖHUK'nun yürürlüğe girdiği 04.12.2007 tarihinden önce açılmış derdest evlilik mallarına ilişkin davalarda yetkili hukuku 2675 sayılı MÖHUK'nun 14.madde hükmüne göre tespit edeceği; 04.12.2007 tarihinde ve sonrasında açılmış davalarda, yetkili hukuku 5718 sayılı yeni MÖHUK'nun 15.madde hükmüne göre tespit edeceği sonucuna yukarıda varmıştık. O halde, "eşlerin evlilik malları hakkında uygulanacak hukuk seçimi yapması halinde" mal rejimine uygulanacak hukuk bakımından kanuni düzenlemeler yürürlükteki her iki mevzuat bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

04/12/2007 tarihi yani 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve derdest evlilik malları rejiminin tasfiyesine ilişkin davalar hak-

[63] **Nomer/Şanlı**, s.265.
[64] **Nomer/Şanlı**, s. 265.

kında yetkili hukukun tespiti için uygulanacak **2675 sayılı MÖHUK'nun** 14.madde hükmü aynen şöyledir:

"Evlilik malları hakkında eşler ikametgah veya evlenme anındaki milli hukuklarından birini seçebilirler; böyle bir seçim yapılmamış olan hallerde evlilik malları hakkında evlenme anındaki müşterek milli hukuk, müşterek milli hukuk bulunmadığı hallerde, evlenme anındaki müşterek ikametgah hukuku, bu da bulunmadığı takdirde, malların bulunduğu yer hukuku uygulanır.

Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tabi olabilirler".

Bu hükme göre, Türk mahkemesi nezdinde yabancılık unsuru taşıyan evlilik mal rejimi tasfiyesi davasında, eşler arasında evlilik malları konusunda hukuk seçimi yapılmamış olması ya da yapılan hukuk seçimi Kanun'un 14.maddesine uygun olmaması, başka bir deyişle, kısıtlı hukuk seçimi imkânı tanındığı halde, Kanun'da belirtilen hukuklardan birinin değil, başka bir ülkenin hukukunun seçilmiş olması halinde ya da yapılan hukuk seçiminin şekil ve ehliyet bakımından geçerli olmaması halinde, 14.maddenin 2.fıkrasında belirtilen objektif bağlama noktalarına göre, kademeli olarak yetkili hukuk tespit edilecektir. Evlilik malları hakkında yetkili hukuk, "evlenme anındaki" müşterek milli hukuk, yoksa, "evlenme anındaki" müşterek ikametgah hukuku, o da yoksa, malların bulunduğu yer hukuku (değişken statü) olacaktır. Sayılan bağlama noktaları, 2675 sayılı MÖHUK'un uygulandığı derdest davalarda uygulanmaya devam edecektir.

04.12.2007 tarihi itibariyle yani 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonra açılan davalarda, evlilik malları rejimine ilişkin tasfiye davasının hallinde yetkili hukukun tespiti için uygulanacak **5718 sayılı MÖHUK'nun 15.maddesinin "hukuk seçimi"ne ilişkin m.15 (1) hükmü aynen şöyledir:**

"Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde, evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır".

Görüldüğü üzere, 2675 sayılı MÖHUK m. 14 hükmü ile düzenlenmiş evlilik malları hakkında kanunlar ihtilafı kuralı gibi, 5718 sayılı MÖHUK m.15 (1) hükmü ile getirilen kanunlar ihtilafı kuralı da kademeli olarak bağlama noktalarını düzenlemektedir. Bu hükme göre, Türk mahkemesi nezdinde yabancılık unsuru taşıyan evlilik malları rejimi tasfiyesi davasında uygulanacak yetkili hukukun tespitinde, eşler arasında evlilik malları konusunda hukuk seçimi yapılmamış olması ya da yapılan hukuk seçiminin MÖHUK m.15 (1)

maddesine uygun olmaması, başka bir deyişle, kısıtlı ve ancak açık hukuk seçimi imkânı tanındığı halde, Kanun'da belirtilen hukuklardan birinin değil, başka bir ülkenin hukukunun seçilmiş olması veya yapılan seçimin açık olmaması (zımni olması) halinde ya da yapılan hukuk seçiminin şekil ve ehliyet bakımından geçerli olmaması halinde, Kanun'da belirtilen objektif bağlama noktalarına göre, kademeli olarak yetkili hukuk tespit edilecektir. 5718 sayılı MÖHUK m. 15 (1) uyarınca, evlilik malları hakkında yetkili hukuk, **"evlenme anındaki" müşterek milli hukuk, yoksa, "evlenme anındaki" müşterek mutad mesken hukuku, o da yoksa, Türk hukuku** olacaktır. Sözkonusu bağlama noktaları 04.12.2007 tarihinde ve sonrasında açılan davalarda uygulanacaktır.

Müşterek milli hukukun varlığının tespitinde, vatansızların ve mültecilerin vatandaşlık durumu ile çok vatandaşlık hali ayrıca açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konuda, MÖHUK m. 4 hükmü uygulanmalıdır. MÖHUK m. 4 (1) (a) uyarınca, vatansızlar ve mülteciler hakkında, milli hukuku yerine, yerleşim yeri, bulunmadığı hallerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanır. MÖHUK m. 4 (1) (b) uyarınca, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bu vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise, Türk vatandaşlığına öncelik verilip, milli hukuku olarak, Türk hukuku uygulanırken; (c) bendi uyarınca, bu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olmaması halinde, milli hukuku olarak, "daha sıkı ilişki halinde bulunduğu devlet hukuku" uygulanır. Ancak, evlenme anında çok vatandaşlığa sahip olanların, hukuk seçimi yapma imkânları gözden kaçırılmamalıdır (m.15/f.1). Bu durumda, MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) bentlerinin uygulanmaz. Aynı şekilde, evlenmeden sonra, vatandaşlık değiştirmek suretiyle (çok vatandaşlık durumu dahil), yeni müşterek hukuka sahip olan taraflar, isterlerse, MÖHUK m.15/f.3 hükmü uyarınca, yeni müşterek hukuklarının uygulanmasını seçme hakkına sahiptirler. Böylelikle, eşler hakkında, MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) bendleri uygulanmaz. Buna karşın, eşlerin hukuk seçimi yapmamaları halinde, MÖHUK m. 15 (2675 sayılı MÖHUK m. 14) hükmü uyarınca yetkili hukukun tespitinde MÖHUK m. 4 hükmü uygulanır[65].

Objektif bağlama kuralları açısından "evlenme anındaki müşterek milli hukuk veya müşterek mutad mesken hukuku evlilik malları statüsü olarak yetkili hukuk olarak tespit edildiğinde, atfın (renvoi)'nın dikkate alınacağı her

[65] İlgilinin birden fazla vatandaşlığının bulunması, vatansız olması veya mülteci olması durumunda uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 70-72; **Tekinalp**, s.75; **Nomer/Şanlı**, s.117-127; Gerçek vatandaşlık ilkesi hakkında bilgi için bkz. **Nomer, Ergin**: *Türk Vatandaşlık Hukuku,* 17.Bası, İstanbul, 2009, s.33 vd; **Çelikel, Aysel/ Öztekin Gelgel, Günseli**: *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 15.Bası, İstanbul, 2009, s.18-22.

zaman göz önünde bulundurulmalıdır[66]. MÖHUK m.2 (3) hükmü, milletlerarası özel hukukta atfın, Kanunun ifadesi ile "uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması", "sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır" şeklindedir. Evlilik malları konusu da aile hukukuna ilişkin bir ihtilaf olduğundan, MÖHUK m. 15/f.1 uyarınca tespit edilen yetkili hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerinin bir başka hukuku yetkili kılması durumunda, o hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Atıf prensibi, objektif bağlama noktaları uygulanarak, yetkili hukukun tespit edildiği durumlarda, uygulanır. Yürürlükteki Kanunumuz uyarınca, uygulama bu yönde olacaktır. Ancak, İsviçre hukukunda, MÖHUK m. 14 uyarınca, mal rejimi hukukunda atıf kabul edilmemiştir[67]. Hukuk seçimi sözkonusu olduğu durumlarda ise, daha açık bir ifadeyle, MÖHUK m. 15 subjektif bağlama noktası ile "hukuk seçimi" ile yetkili hukukun tespit edildiği durumlarda ve MÖHUK m. 15/f.3 yeni müşterek hukukun uygulanmasının seçilmesi halinde, kanaatimce, MÖHUK m, 2(4) uyarınca, atıf prensibi uygulanmaz[68].

Görüldüğü üzere, 5718 sayılı MÖHUK'nda "ikametgah kriteri" yerini "mutad mesken" kriterine bırakmıştır.

Son bağlama noktası, 2675 sayılı Kanun'da "malların bulunduğu yer hukuku"dur. Buna göre, menkul mallar açısından, değişken statü başlığı altında düzenlenen genel kural MÖHUK m.3 "dava tarihinde" malların bulunduğu yer hukuku; gayrimenkuller açısından ise, malların niteliği itibariyle statü sabit olup, gayrimenkulun bulunduğu yer hukuku yetkili hukuk olmaktadır. Ancak, her malın "bulunma yeri"nin farklı olması ihtimalinde, tek bir dava içinde birden fazla hukukun aynı anda uygulanması sonucunu doğuran ve tatbikatta çok sorun yaratacak olan bu bağlama noktasından vazgeçilerek, 5718 sayılı MÖHUK'nda son kademede, bağlama noktası olarak, "Türk hukuku"nun uygulanması kabul edilmiştir. Mesela, mevduat hesabı veya başka taşınır mal ve değerler çok rahat başka bir ülkeye aktarılabilmektedir. Böylelikle, malları elinde bulunduran taraf, hangi hukukun kendisine uygulanmasını istiyorsa, o ülkeye sözkonusu malları götürerek, davada o hukukun uygulanmasını sağlayabildiğinden veya malların farklı farklı yerlerde olması durumunda tek bir dava içinde birden fazla hukukun uygulanması sözkonusu olabildiğinden, bu gibi durumların önlenmesi için, son kademede, "malların bulunduğu yer hukuku" yerine Türk hukukunun uygulanması kabul edilmiş

[66] **Tekinalp**, s.192.
[67] **Overbeck**, s. 63.
[68] Atıf prensibi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 147-162; **Çelikel/Erdem**, s. 111-137; **Tekinalp**, s. 41-43.

ve değişken statü (conflit mobile) sorunu burada özel bir düzenleme ile önlenmiştir.

Kademeli olarak belirlenen müşterek milli hukuk ve müşterek mutad mesken hukukunda "evlenme anı" esas alınarak burada da statü sabitlenmiştir[69]. Yetkili hukukun değişken olmaması, konunun özelliği itibariyledir. Mal rejimleri evliliğin başından itibaren hem mevcut mallar hem de ileride edinilecek mallar açısından tek ve değişmeyen bir hukuka tabi kılınmalıdır. 5718 sayılı MÖHUK'nun 15.maddesinde yapılan bu değişiklikte amaçlanan, aynı evliliğin devamı süresince, evlenme anında mevcut olan veya sonradan edinilen mallara ilişkin açıklığın sağlanması ve evlilik mallarının, aynı eşler arasında evlilik içinde değişmeyen bir sisteme tâbi olması, kolaylık ve açıklığın sağlanmasıdır. Bu düşünceyle maddenin birinci fıkrasında düzenlenen ve hukuk seçimi yapılmayan hallerde uygulanan diğer bağlama esasları "müşterek ikametgâh" ile "malların bulunduğu yer" bağlama kriterleri kaldırılmıştır. Böylece maddedeki yeni düzenlemeye göre, müşterek millî hukuktan sonra onun bulunmaması hâlinde, eşlerle daha sıkı ilişki halinde olduğu kabul edilen müşterek mutad mesken hukuku, eğer o da bulunmuyorsa Türk hukuku uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere, 5718 sayılı MÖHUK'nda taraflardan birinin milli hukuku tercih edilmeyerek aile ilişkilerinde ortak noktalara değer veren modern eğilimlere uygun bir evlilik malları statüsü getirilmiştir. Bu konuda kötü niyetli değişiklikleri önlemek üzere bağlama noktası evlenme anı esas alınarak sabitleştirilmiştir. Bununla beraber, 5718 sayılı MÖHUK m. 15/f.3 (2675 sayılı MÖHUK m.15/f.2), daha önce müşterek hukukları bulunmayan eşlerin, **evlendikten sonra**, yeni bir müşterek hukuka (müşterek milli hukuka veya müşterek mutad meskene veya müşterek yerleşim yeri) sahip olmaları halini düzenlemektedir. Burada kastedilen, yerleşim yeri, mutad mesken[70] veya vatandaşlık değiştirmek suretiyle, yeni bir müşterek yerleşim yeri, mutad mesken veya milli hukukun edinilmesidir. Bu durumda, bu yeni müşterek mutad mesken veya yerleşim yeri hukuku veya milli hukuk, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak koşuluyla, evlilik malları hakkında –evlenme anına kadar geriye etkili olarak- yetkili olacaktır. Çünkü bu yeni yerleşim yeri veya mutad mesken hukuku veya müşterek milli hukuk, eşlerin en yakın ilişkide olacakları hukuk olacaktır. Bu nedenle bu kural kabul edilmiştir. Ancak, bu kuralın uygulanmasının şartı, üçüncü kişilerin haklarının saklı tutulmasıdır. Madde hükmü, ancak bu şartla eşlere yeni müşterek hukuka tabi olma olanağını tanımıştır[71]. Aynı şekilde, Türk doktrininde yeni müşterek hukukun yani

[69] **Çelikel/Erdem,** s. 247; **Tekinalp**, s.195.
[70] **Nomer/Şanlı**, s. 266-267.
[71] **Çelikel/Erdem**, s. 249.

yeni statünün geriye etkili olarak uygulanmasının kabülü, uygulanacak hukukta birlik sağlamak amacıyla doğru kabul edilmektedir. Bu çerçevede, evlenme anından itibaren evlilik malları bu yeni hukuka tabi olur. Fransız, Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukunda da, hukuk seçimi yoksa, evlenme anında yetkili olan hukuk, mal rejimlerinin sona ermesine kadar tektir.

Kanunda "... bu yeni hukuka tabi olabilirler" denmektedir. Maddedeki ifadeye göre, eşler isterlerse yeni müşterek hukuk uygulanacaktır. Bu ifade, 1.fıkrada müşterek hukuka verilen anlamı zayıflatılmış ve hukuk birliği ilkesi zarar görmüştür. TEKİNALP'e göre, durum böyle nitelendirilebilirken, yine de, evlilik mallarına uygulanan rejim konusunda taraflara hukuk seçimi imkânı verilmesi, bu konuda da onları serbest bırakmayı haklı kılabilir[72].

§3 Taşınmazların Tasfiyesi Halinde Uygulanacak Hukuk

5718 sayılı MÖHUK m. 15 hükmünde yepyeni bir hüküm, TBMM Alt Komisyonu çalışmaları sırasında, Alt Komisyon üyelerince, evlilik mallarının tasfiyesine yönelik olarak, taşınmaz mallar için önerilmiş ve Alt Komisyonca kabul edilmiştir. MÖHUK'nun "evlilik malları" başlıklı 15.maddesinin 2.fıkrasına sonradan alt komisyonca eklenen yeni düzenleme aynen şöyledir:

"Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için bulundukları ülke hukuku uygulanır".

Kanunun gerekçesinde, bu konuda, aynen şöyle denilmektedir: "Alt komisyonca Tasarı'nın 15.maddesine, evlilik mallarının tasfiyesinde, uygulamada açıklık sağlamak amacıyla taşınmazların tasfiyesine bulundukları ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin yeni bir fıkra ikinci fıkra olarak eklenmiş ve diğer fıkra numarası buna göre teselsül ettirilmiştir. Alt komisyonca yapılan bu değişiklik, Komisyonumuzca da benimsenmiştir"[73].

Kanaatimce, böyle bir yasal düzenleme, uygulamaya açıklık getirmekten ziyade, karışıklık getirebilecek niteliktedir. Her ne kadar, Kanun, "malların tasfiyesinde" ifadesiyle, **sadece tasfiye işlemlerini** kastetmekte ise de, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada, yetkili hukukun tespitinde taşınır-taşınmaz mal ayrımı yapılarak, taşınır malların tasfiyesinde, m. 15/f.1 hükmünün; taşınmaz malların tasfiyesinde, m.15/f.2 hükmünün uygulanması suretiyle davanın çözümlenmesi yoluna gidilmesi, uygulayıcıları, özellikle, hâkimlerimizi yanlış bir sonuca götürebilecek nitelikte bir yasal düzenlemedir. Oysa, Türk milletlerarası özel hukukunda, taşınır - taşınmaz mal ayrımı

[72] **Tekinalp**, 191, 195-196.
[73] **Öztekin Gelgel, Günseli/ Erdem, B.Bahadır:** *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun,* Beta, İstanbul, 2.Baskı, Şubat 2009, s.64.

MÖHUK m.20/f.1 miras statüsünde dahi kabul edilmemektedir[74]. Miras statüsünde de benimsenen sistem "ayırım" değil, "birlik" sistemidir. Kanun, "Türkiye'de bulunan gayrimenkuller hakkında Türk hukuku uygulanır" hükmü ile ayırım sistemini kabul etmemekte sadece, birlik sistemine bir istisna getirmektedir. Sonuç olarak, 5718 sayılı MÖHUK'nun 15.maddesinin (2) fıkrası hükmü için, taşınır mallar için ayrı, taşınmaz mallar için ayrı bir yetkili hukuk belirlenmesi gerektiği şeklinde yanlış bir yorumdan kesinlikle kaçınılmalıdır[75].

TEKİNALP de, Alt Komisyon önerisinin aslında, Türkiye'deki taşınmazların tasfiyesi konusunda yapılmış olduğunu, ancak, kabul edilen düzenlemenin ise, iki yanlı olduğunu belirtmekte; ancak, bu düzenleme biçiminin de, taşınmazların tasfiyesi işlemlerinin niteliğine uygun olduğunda tereddüt edilemeyeceğini ifade etmektedir[76]. TEKİNALP, bu düzenleme ile evlilik mallarına ilişkin **birlik esasının bozulmuş olmadığını, sadece tasfiye halinde taşınmazların bulundukları ülke hukukunu uygulamak gerektiğini ortaya koymaktadır**[77]. Durum böyle olmakla birlikte, yeni MÖHUK'a böyle bir fıkranın eklenmesi, yukarıda açıklanan yanlış uygulamalara sebep olabileceğinden, böyle bir düzenlemeye hiçbir şekilde gerek olmadığı kanaatindeyim. Nitekim, ne İsviçre ne Fransa ne de Alman milletlerarası özel hukuk kanunlarında böyle bir yasal düzenlemeye yer verilmemiştir, yer verilmeye ihtiyaç duyulmamıştır.

NOMER VE ŞANLI ise, evlilik mallarının tasfiyesi sözkonusu olduğunda, Türkiye'de bulunan taşınmaz malların tasfiyesinin Türk hukukuna uygun olarak yapılacağından şüphe olmadığını, yabancı ülkede bulunan taşınmazların tasfiyesinin ise, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğunu (m.15 (2)) belirtmektedir. Ancak, bu durumda, tasfiyede (paylaşımda), taşınmazların farklı hukuki rejimlere tabi olabileceğini belirtmektedir[78]. Bu ifade, taşınmazların tasfiyesinin m. 15/f.2 hükmü olmasa dahi, tasfiyenin taşınmazların bulunduğu ülke hukukuna uygun olarak yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Ancak, uygulayıcılara yol göstermesi bakımından, evlilik mallarına uygulanacak hukukun tespitinde taşınır-taşınmaz mallar konusunda birlik prensibinden ayrılma olmadığı savunusunun, öğretide, önemle vurgulanması gerekliliğinin hasıl olduğu kanaatindeyim.

---

[74] **Nomer/Şanlı**, s. 287-295; **Çelikel/Erdem**, s.284-285; **Tekinalp**, s.278-280.
[75] Mal rejiminde bölünmüşlük şeklinde yorum için bkz. **Odendahl, Hanswerner:** *Aile Hukukunda Yeni MÖHUK'nun etkileri* (s. 1489-1498), **(**Çev: **Sığınak, Haydar/Kortak, Tijen**)**,** Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1497.
[76] TEKİNALP, s. 194, dn.83; Aynı yönde, ÇELİKEL/ERDEM, s. 249.
[77] TEKİNALP, s. 194.
[78] **Nomer/Şanlı**, s. 267.

5718 sayılı MÖHUK m.15 (2). fıkra hükmünde yer alan "taşınmazların tasfiyesinde bulundukları ülke hukuku uygulanır" kuralı, Kanun'da düzenlenmiş olsa da olmasa da, yalnızca mal paylaşımının ayni olarak yapıldığı davalarda, taşınmazların tasfiye işlemleri bakımından uygulanır. Şöyle ki, mal rejimi davasında MÖHUK m. 15 (1) uyarınca yetkili hukuk tespit edilip, evlilik mallarının "**aynî"** tasfiyesinin (paylaşımının) kabul edildiği bir hukukun ve mal rejiminin uygulandığı durumlarda, dava sonunda, eşler arasında evlilik malları aynî olarak (mülkiyet hakkının paylaştırılması şeklinde) paylaştırıldığında, dava konusu evlilik mallarının tasfiye işlemleri bakımından, taşınmazların bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi düşünce, uygulayıcıları yanlış uygulamalara götürür.

Gerçekten de, 5718 sayılı MÖHUK'nun m. 15 (2). fıkrası hükmü, sadece, (Avusturya hukuku, Türk hukukunda paylaşmalı mal ayrılığı (MK.m.253)[79] ve mal ortaklığı[80] rejimlerinde olduğu gibi) evlilik malları üzerindeki mülkiyet hakkının eşler arasında paylaştırılması yani "aynî tasfiyesi" sözkonusu olan mal rejimleri için uygulama alanı bulabilir. Yoksa, evlilik mallarının tasfiye anındaki parasal değerleri üzerinden eşler arasında alacak hakkı olarak paylaştırılması yani, (Türk ve İsviçre hukukundaki edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi gibi) **nakdî tasfiye**nin kabul edildiği bir ülke hukukunun yetkili hukuk olarak uygulandığı hallerde uygulama alanı bulmaz. Zira, Türk hukukunda, kanuni rejimde, eşlerin evlilik birliği içinde edindiği malların değeri oransal olarak paylaştırılmaktadır. Bu orana tekabül eden malvarlığı değeri (alacak hakkı) kadar bir eş diğerinden alacaklı –alacak hakkı sahibi- olmaktadır[81]. Kanuni mal rejiminde, eşler 01.01.2002 tarihinden itibaren, evlilik birliği içinde (boşanma davası açıldığı tarihe kadar) edinilen mallar üzerinde katılma alacağı şeklinde alacak hakkına sahip olurlar. Tasfiye, mülkiyet hakkının paylaştırılması şeklinde "aynî tasfiye" şeklinde değil; alacak hakkının belirlenmesi şeklinde "nakdî tasfiye" şeklinde yapılmaktadır[82]. Taşınmazların aynî olarak paylaşımı Türk hukukunda, kanuni rejimde, kural olarak, yoktur. Ancak istisnaen, Türk hukukunda, aile konutun eşlerden birine özgülenmesi şeklinde aynî talepler (MK.m.240)[83]

[79] **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 417-425, özellikle s.421; **Gümüş**, s. 432; **Gençcan**, *(Mal Rejimleri Hukuku),* s. 640 vd.
[80] **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 425-434, özellikle s.433; **Gümüş**, s. 444.
[81] **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 386; ZEYTİN, s. 181; **Gümüş**, s.288 vd; **Sarı**, s. 226 vd.
[82] **Dural/Öğüz/Gümüş**, Aile Hukuku, s. 389; **Gümüş**, s. 288; **Sarı**, s. 227 vd.
[83] MK m.240 "(Edinilmiş mallara katılma rejiminde) Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise, bedel eklenmek suretiyle, intifa veya oturma hakkı isteyebilir; mal rejimi sözleşmesi ile kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır (f.1). Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir (f.2). Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının iste-

sözkonusu olmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminin mevcut olduğu ve evliliğin ölümle sona erdiği durumda, eşlerden birine, evlilik malları içinde yer alan aile konutu üzerinde, sağ kalan eşe, intifa hakkı, oturma hakkı veya mülkiyet hakkı özgülenebilmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde kanunun izin verdiği aynî talepler doğrultusunda aynî tasfiyenin yapıldığı yahut paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinin (aynî tasfiye) sözkonusu olduğu durumlarda, Türk mahkemesinde, sadece tasfiye işlemleri bakımından, MÖHUK m. 15 (2) hükmünün uygulanması sözkonusu olabilecektir.

Yine, Türk hukukunda, katılma alacağının ve değer artış payının para olarak ödenmesinin yanında, ayın olarak ödenmesi de düzenlenmiştir. Ancak, bu düzenleme ile, alacaklı olan eşe alacağını ayın olarak talep edebilme hakkı tanınmış değildir. Sadece, borçlu olan eş, alacaklı olan eşe borcunu nakit ya da ayın olarak ödeyebilir (TMK m. 239/f.1). Bu imkân, İsviçre'de mal ortaklığı rejiminde öngörülmüştür (Art. 245 ZGB). Türk hukukundan farklı olarak, İsviçre hukukunda, yasal şekle uygun olmak koşulu ile ödemenin nakit olarak değil, ayın olarak ödenmesini kararlaştırabilirler. Ama alacaklı eşin rızası olmadan katılma alacağının ayın olarak ödenmesi mümkün değildir. TMK m.237 ve 240 maddeleri uyarınca, eşler, mal rejimi sözleşmesi ile genel olarak katılma alacağının ayın olarak ödeyebilirler. Ancak, bu konu, aynî tasfiye değil, aynî ödemeye ilişkin bir konudur. Bu husus gözden kaçırılmamalıdır[84].

§4 Mal Rejiminin Yakın İlişkisi Olan Hukuki İlişkilerin Tabi Olacağı Hukuk

Kanunlar ihtilafı sisteminde, hukuki ilişkilerin koruduğu milletlerarası özel hukuk menfaatleri ayrı ayrı dikkate alınarak, her hukuki ilişki için ayrı bağlama kuralları öngörülmüştür ve her hukuki ilişki, kendisi için öngörülen bağlama kurallarına göre tespit edilen yetkili hukuka göre incelenir.

Mal rejimlerinin evlilik süresince hükmedilecek nafaka, boşanma ve miras hukuku ile yakın ilişkisi vardır.

Evlilik süresince ödenecek nafaka ile boşanma halinde tazminat ve yoksulluk nafakası, milletlerarası özel hukukun konusuna giren ilişkiler açısından kendi hukuklarına tabidirler[85].

---

miyle, intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir (f.3)". **Dural/Öğüz/ Gümüş**, s. 402-414; **Sarı**, s. 282 vd.; **Zeytin**, s. 231 vd.; **Gümüş**, s. 402 vd.; **Gençcan**, *(Mal Rejimleri Hukuku),* s. 267 vd.

[84] **Şeker,** s.142-143.

[85] **Çelikel**, s.249; **Çelikel/Erdem**, s.250; **Tekinalp**, s. 196.

MÖHUK m.15 hükmü (2675 sayılı MÖHUK m. 14), hem evliliğin boşanma ile hem de ölümle sona ermesi halinde uygulama alanı bulur.

Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, boşanma MÖHUK m.14 (2675 sayılı MÖHUK m. 13) uyarınca yetkili hukuka göre karara bağlanacak, daha sonra evlilik malları tasfiyesi davası MÖHUK m.15'e (2675 sayılı MÖHUK m. 14) göre tespit edilecek yetkili hukuka göre sonuçlandırılacaktır[86]. Diğer bir deyişle, evlenmenin boşanma ile son bulması halinde malların tasfiyesi evlilik mallarına ilişkin bağlama kuralının uygulama alanına girer. Konu ile ilgili her çeşit uyuşmazlık mal rejimini idare eden yetkili hukuka tabidir.

Evliliğin ölümle[87] sona ermesi halinde, ölen eşin terekesinin belli olması için, -talep edilmiş ise- öncelikle evlilik mallarının tasfiyesi gerekir[88]. Evlilik malları MÖHUK m.15 hükmü (2675 sayılı MÖHUK m. 14) uyarınca tespit edilen yetkili hukuka göre tasfiye edildikten sonra, tereke ortaya çıkacak ve daha sonra mirasa ilişkin bağlama kuralı olan MÖHUK m.20 (2675 sayılı MÖHUK m. 22) uyarınca tespit edilen hukuka göre mirasçılar arasında tereke paylaşılacaktır[89]. Mal rejimi davası, miras davasında bekletici mesele olarak kabul edilecektir.

Evlilik malları içinde yer almakla birlikte, her bir mal üzerinde hak elde edilmesi veya hakkın son bulması kendi statüsüne tabi olur. Mesela, bir ayni hak elde edilmesi, LRS'ye (malların bulunduğu yer hukukuna); bir alacak hakkının elde edilişi borç stütüsüne göre incelenecektir[90].

Zira, taraf menfaati, düzen menfaati ya da işlem menfaati gibi her hukuki ilişkinin özelliğine göre ihtiva ettiği milletlerarası özel hukuk menfaatleri[91] dikkate alınarak, her hukuki ilişki için özel olarak ve ayrı ayrı bağlama kuralları düzenlenmiştir. Bu nedenledir ki, her hukuki ilişki, kendi bağlama noktalarına göre, yetkili olduğu tespit edilen hukuka göre çözümlendikten sonra, diğer hukuki ilişkide çözümlenmesi gereken mesele, kendi statüsüne göre değerlendirilecektir.

[86] **Tekinalp**, s. 195.
[87] Ölüm karinesi veya eşlerden biri hakkında gaiplik kararının kesinleşmesi ile mal rejimi sona erer ve tasfiyesi gerekir. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 348.
[88] **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 347-348.
[89] **Tekinalp**, s. 195; **Çelikel**, s. 249; **Çelikel/Erdem**, s. 249.
[90] **Tekinalp**, s. 196.
[91] Bkz. **Tekinalp**, s. 27-32.

§5 Milletlerarası Sözleşmeler

I. Evlenmenin Hükümleri Hakkındaki La Haye Sözleşmesi

1905 tarihli La Haye Evlenmenin Hükümleri Sözleşmesi, evlilik malları konusunda, kanuni rejim olarak, kocanın milli hukukunu önermektedir (m.2). Ancak, taraflardan birinin hukukunu seçmek, bir tarafın menfaatine daha önem vermek, Türk hukuk sisteminde kabul edilmemektedir. Bu anlaşma 1912'den beri yürürlüktedir, Türkiye sözleşmeye taraf değildir ve Almanya 1987'de sözleşmeden çıkmıştır[92]. La Haye'de yapılan 1950 tarihinden önceki sözleşmeler bugün önemini kaybetmiş görünmektedir[93].

Kanaatimce de, bir tarafın menfaatini üstün tutan bu sistemin benimsenmesi düşünülemez. Zaten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 14 "cinsiyet ayrımı yasağı"na aykırı bu hükmün uygulanması da düşünülemez. İngiltere'de kabul edilen içtihatlar da bu yöndedir[94].

II. Evlilik Malları Hakkında 1978 tarihli La Haye Sözleşmesi[95]

Evlilik mallarının durumu hakkında 1978'de yapılan ve üçüncü devletin onayı ile 1992 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan La Haye Sözleşmesinde, değişen ihtiyaçlara uygun olarak, kısıtlı biçimde hukuk seçimine yer vermektedir. Sözleşmeye göre, eşler, seçimin yapıldığı zamandaki, taraflardan birinin milli hukuku veya mutad meskeni hukukunu, evlenmeden sonra ise, eşlerin ilk müşterek mutad meskeni hukukunu seçebilirler (m.3). Kural olarak, seçilen hukuk, evlilik mallarının tümüne uygular. Ancak, taşınmazlar için eşler taşınmazların bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını seçebilirler (m. 3 (4))[96]. Seçilen hukuk taraf iradesi ile her zaman değiştirilebilir (m. 6). Bu yeni seçim, geriye etkili olur. Tüm evlilik malları tek bir hukuka tabi olur[97], böylece nakdi tasfiye tek bir hukuka göre yapılır (Fransız MK m. 1397/4). Taraflar evlenme anındaki milli hukuklarını ya da mutad meskenlerini değiştirirlerse, eşler eğer hukuk seçimi yapmamış iseler, evlilik malları konusunda kendiliğinden yeni hukuka tabi olurlar (m.7 (1)). Eşlerin yeni fiili mutad mesken hukukları ileriye etkili olarak uygulanır. Bu durumda, iki farklı hukukun uygulanması söz konusu olsa da, eşler isterlerse, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, evlilik mallarının tümünün yeni hukuka tabi

[92] **Tekinalp**, 196.
[93] **Tekinalp**, s.196.
[94] **Cheshire/North/Fawcett**, s. 1293.
[95] RabelsZ 41 (1977), s.544 vd.; La Haye Sözleşmeleri 2009 listesine göre, sadece, Fransa, Belçika ve Hollanda sözleşmeyi onaylamıştır. Sözleşme başarılı olmamakla eleştirilmektedir. Bkz. **Monéger**, s. 131; **Tekinalp**, s. 197.
[96] **Gutmann**, s. 221 vd.; **Monéger**, s. 131 vd.
[97] **Gutmann**, s. 227.

olmasını kararlaştırabilirler. Fakat eğer hukuk seçimi yapılmamışsa, ilk (evlenme anındaki) müşterek mutad mesken hukuku bağlama kuralı olarak ileri sürülmektedir. Fakat, sözleşmede, müşterek milli hukuk lehine çeşitli istisnalar getirilmektedir. Bunlar, (a) tarafların mensup oldukları devletin, müşterek milli hukuk uygulanacağını, Sözleşmeyi kabul ederken çekince olarak ileri sürmüş bulunması, (b) tarafların hiç müşterek mutad meskenleri bulunmaması halinde müşterek milli hukuklarının uygulanmasıdır. (c) Eğer tarafların hiç müşterek mutad mesken ya da milli hukukları yok ise, evlilik malları hakkında "en sıkı irtibatlı oldukları yer hukuku" uygulanır. Bu son bağlama noktasının kabulü, Amerikan hukukunun etkisi sebebiyledir.

SONUÇ

Milletlerarası özel hukuk bakımından, eşlerin, sadece mal rejimi sözleşmesi akdetmiş olması değil, söz konusu mal rejimi sözleşmelerinde, evlilik malları hakkında hangi hukukun uygulanacağına ve o hukukta hangi sistemi seçtiklerine işaret ettikleri önem taşır.

Eşler, evlenmeden önce ya da sonra, bir mal rejimi sözleşmesi (evlilik sözleşmesi) olmaksızın ya da bir mal rejimi sözleşmesi (evlilik sözleşmesi) ile birlikte "hukuk seçimi" yapabilirler. Başka bir deyişle, hukuk seçimi, ayrı bir hukuki işlem (sözleşme) olarak ya da mal rejimi sözleşmesi (evlilik sözleşmesi) içinde bir şart olarak yapılabilir. Eşler arasında, evlilik malları hakkında uygulanacak hukuk, mal rejimi veya evlilik sözleşmesi olmaksızın da seçilebilir. Başka bir deyişle, hukuk seçimi, ayrı bir hukuki işlem (sözleşme) olarak ya da mal rejimi sözleşmesi (evlilik sözleşmesi) içinde bir şart olarak yapılabilir. Eşler arasında yapılan bu hukuk seçimine ilişkin sözleşme veya şart, iki taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir.

Milletlerarası özel hukuk açısından önemli olan, eşlerin evlenmeden önce ya da sonra "tabi olmak istedikleri mal rejimini değil, evlilik mallarının tabi olacağı hukuku" seçmesidir. Hukuk seçimi, bir mal rejiminin değil, Kanun'da belirtilen bir ülke hukukunun seçilmesidir. Uygulamada, eşlerin, genellikle, mal rejimi sözleşmesi ile birlikte hukuk seçimi yaptıkları görülmektedir.

Hemen bütün milletlerarası özel hukuk sistemlerinde eşlere evlenmeden önce ya da sonra sözleşme ile mal rejiminin tabi olacağı hukuku ve rejimi tayin etme hakkı tanınmıştır.

Yabancı unsurlu bir mal rejimi sözleşmesinin şekil ve ehliyet bakımından geçerli olup olmadığı sorunu, Türk mahkemesi tarafından halli gereken bir ön mesele olarak hâkimin karşısına çıkabilir. Hâkim, sözleşmenin şekil veya ehliyet yönünden geçersizliği ileri sürülmedikçe re'sen bunu incelemez. **An-**

cak önemle belirtmek gerekir ki, mal rejimi sözleşmesi geçersiz olsa dahi, geçerli bir hukuk seçimi var ise, hukuk seçimi mal rejimi sözleşmesinden tamamen bağımsız bir hukuki işlem niteliğinde olduğundan, yapılan hukuk seçimi geçerlidir, ancak seçilen mal rejimi sözleşmesi geçersiz olduğundan, seçilen hukukun kanuni rejimi evlilik malları hakkında uygulanır.

Demek ki, evlilik mallarına ilişkin (1) hukuk seçimi sözleşmesi yapılmamış olması veya (2) yapılan hukuk seçimi sözleşmesinin geçersiz olması veya (3) mal rejimi sözleşmesi (evlenme sözleşmesi) nin yapılmamış olması veya (4) mal rejimi sözleşmesinin (evlenme sözleşmesi) yapıldığı halde uygulanacak hukukun gösterilmemiş olması hallerinin tümünde, milletlerarası özel hukuk anlamında (2675 sayılı MÖHUK m. 14/c.1 ve 5718 sayılı MÖHUK m. 15 (1) anlamında) bir hukuk seçiminden bahsetmek mümkün değildir. **Bu durumda, Türk hakimi, yabancı unsurlu mal rejimi tasfiye davasında, 2675 sayılı MÖHUK m. 14/f.1 ve 5718 sayılı MÖHUK m. 15 (1) uyarınca, kademeli objektif bağlama kuralları uyarınca, yetkili hukuku tespit etmelidir.** Ancak, bu hukukun kanuni rejiminde yer alan emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile eşler arasında seçilen mal rejimi sözleşmesinin hükümleri uygulanabilecektir.

5718 sayılı MÖHUK'nun 15 (3) hükmü de burada incelenmelidir. **Gerek 2675 sayılı MÖHUK m.14/f.2 gerek 5718 sayılı MÖHUK'nun m.15(3) hükmü birbirinin aynıdır:** *" Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tabi olabilirler".* **Kanaatimce, Kanun'daki *"olabilirler"* ifadesi, eşlere yeni bir hukuk seçimi imkânı tanındığına ilişkindir**. Bu hükmün, evlenmeden sonra eşlerin yeni bir müşterek milli hukuka veya yerleşim yeri hukukuna veya müşterek mutad mesken hukukuna sahip olması durumunda, bu yeni müşterek hukuklarının uygulanmasını seçebileceklerin anlamında yorumlamasının yerinde olduğu kanaatindeyim. Gerçekten de, eşlerin, ortak yerleşim yerlerini, milli hukuklarını ya da mutad meskenlerini değiştirerek yeni bir ortak hukuka sahip olmaları halinde, üçüncü kişilerin hakkı saklı kalarak, evlilik mal rejiminde bu yeni müşterek hukuku evlenme anından başlayarak geçmişe etkili olarak seçebileceği, bu yeni yasal düzenleme ile kabul edilmiştir.

Türk hukuk sisteminde, "hiçbir yabancılık unsuru taşımayan evlilik malları ilişkisinde, eşlerin yabancı bir hukuku seçip seçemeyeceği" ayrıca cevaplandırılması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. 2675 sayılı MÖHUK m. 14 ve 5718 sayılı MÖHUK m. 15 hükümleri ile Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan evlilik malları ilişkisinde dahi, ilişkinin aile hukuku karakterinin ağırlığı nazara alınarak bu ilişki ile en yakın irtibatı olan hukuka tabi

olması ve hukuk seçiminin kısıtlı-yani sadece Kanun'da belirtilen hukuklardan birinin seçilmesi şeklinde- ve açık olması kabul edilmişken; hiçbir yabancılık unsuru taşımayan evlilik malları ilişkisinde, hukuki ilişki ile objektif olarak bağlantısı olmayan herhangi bir yabancı hukun hukuk seçimine konu olabileceğini kabul etmek, Kanunun ruhuna, özüne ve sözüne aykırı olur kanaatindeyim. Daha da açıklamak gerekirse, durum, milletlerarası özel hukukta borçlar hukukundaki akit statüsünden (MÖHUK m.24) farklıdır. Akit statüsünde, serbest ve sınırsız taraf iradesi kabul edildiğinden, sözleşme ile objektif olarak irtibatı olmayan herhangi bir hukuk seçilebilirken ve hatta doktrinde, tamamen iç hukuka ait bir sözleşmeye sadece yabancı hukuk seçilmesinin bile sözleşmeye yabancılık unsuru katabileceği kabul edilirken, 2675 sayılı MÖHUK m. 14 ve 5718 sayılı MÖHUK m.15 hükümleri karşısında, evlilik malları konusunda aynı yorumu yapmanın doğru ve yerinde görülmediği kanaatindeyim. Sonuç olarak, Türk hukukunda, **hiçbir yabancılık unsuru taşımayan evlilik malları ilişkisinde, hukuk seçiminin mümkün olmadığı kanaatindeyim.** İç hukuk açısından da sorun ele alındığında, borçlar hukukuna ilişkin akit statüsünde "taraf iradesinin esas olduğunu" ve taraf iradesinin sınırını çizen Borçlar Kanunu m. 19 ve m.20 hükümleri karşısında, Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabında, -akit statüsünün aksine- aile hukukuna ilişkin konularda –kamu düzeni niteliği ağır bastığındantaraf iradesinin kabul edilmediği ve böyle bir hukuk seçimine müsaade edilmediği sonucuna varılmaktadır.

Taşınmazların tasfiyesine ilişkin olarak, 5718 sayılı MÖHUK'nun 15.maddesinin (2) fıkrasına eklenen yasal düzenlemenin uygulamada çok önemli sorunlara yol açabilecek nitelikte olduğu kanaatindeyim. Kanaatimce, böyle bir yasal düzenleme, uygulamaya açıklık getirmekten ziyade, karışıklık getirebilecek niteliktedir. Her ne kadar, Kanun, "malların tasfiyesinde" ifadesiyle, sadece tasfiye işlemlerini kastetmekte ise de, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada, yetkili hukukun tespitinde taşınır-taşınmaz mal ayrımı yapılarak, taşınır malların tasfiyesinde, m. 15/f.1 hükmünün; taşınmaz malların tasfiyesinde, m.15/f.2 hükmünün uygulanması suretiyle davanın çözümlenmesi yoluna gidilmesi, uygulayıcıları, özellikle, hâkimlerimizi yanlış bir sonuca götürebilecek nitelikte bir yasal düzenlemedir. Oysa, Türk milletlerarası özel hukukunda, taşınır - taşınmaz mal ayrımı MÖHUK m.20/f.1 miras statüsünde dahi kabul edilmemektedir. Miras statüsünde de benimsenen sistem "ayırım" değil, "birlik" sistemidir. Kanun, "Türkiye'de bulunan gayrimenkuller hakkında Türk hukuku uygulanır" hükmü ile ayırım sistemini kabul etmemekte sadece, birlik sistemine bir istisna getirmektedir. Sonuç olarak, 5718 sayılı MÖHUK'nun 15.maddesinin (2) fıkrası hükmü için, taşınır mallar için ayrı, taşınmaz mallar için ayrı bir yetkili hukuk belirlenmesi gerektiği şeklinde yanlış bir yorumdan kesinlikle kaçınılmalıdır. 5718 sayılı

MÖHUK m.15 (2). fıkra hükmünün sadece "ayni" tasfiyenin sözkonusu olduğu durumlarda, tasfiye işlemleri bakımından, taşınmazların bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi düşünce, yanlış uygulamalara götürür.

Türk hukukunda, yabancı unsurlu evlilik mal rejimi ve tasfiyesine ilişkin herhangi bir yargı kararına rastlanamamıştır[98]. Açılacak davalarda hâkimlerimize ve tüm uygulayıcılara yol göstermesi bakımından, yapılan çalışmanın ilerde uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların önüne geçilmesini sağlamasını temenni ederim.

BİBLİYOGRAFYA

Acabey, M. Beşir: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998.

Acar, Faruk: Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara, 2001.

Akıncı, Ziya / Gökyayla Demir, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, 1.Bası, İstanbul, 2010.

Akıntürk, Turgut: Aile Hukuku, C.II, Bası 6, İstanbul, 2002.

Bucher, Andreas: La loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 suisse (Suisse Private International Law Act-PILA), Droit International Privé, Loi Fédérale et Conventions Internationales,Receuil des Textes, 6e édition, Helbing&Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich 2005

Bucher, Andreas / Bonomi, Andrea: Droit International Privé, 2e Ed., Helbing&Lichtenhahn, Bâle, 2004.

Çelikel, Aysel: Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 7.bası, İstanbul, 2004.

Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 10.Bası, Beta, İstanbul, Ocak 2010.

Çelikel, Aysel / Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, 27.11.2007 Tarihli ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununa Göre Yenilenmiş 9.Baskı, Beta, İstanbul, 2008.

[98] **Çelikel, Aysel / Nomer, Ergin**: *Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları*, 27.11.2007 Tarihli ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununa Göre Yenilenmiş 9.Baskı, Beta, İstanbul, 2008; **Sakmar, Atâ/ Ekşi, Nuray / Yılmaz, İlhan**: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve Mahkeme Kararları*, Yenilenmiş 3.Bası, Beta, İstanbul, 2007; **Ekşi, Nuray:** *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları,* İstanbul, 2007.

Çelikel, Aysel / Şanlı, Cemal / Öztekin, Günseli / Erdem, Bahadır / Ataman, İnci / Giray, F.Kerem: Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, I. Cilt (Çok Taraflı Sözleşmeler), Beta, İstanbul, 2005.

Çelikel, Aysel / Öztekin Gelgel, **Günseli**: *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 15.Bası, İstanbul, 2009.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005 (Aile Hukuku).

Ekşi, Nuray: Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul, 2007.

Fawcett, James/ Carruthers, Janeen M./ North, Sir Peter: CHESHIRE/ NORTH/FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Fourteenth Edition, Oxford University Pres, Oxford, New York, 2008.

Feyzioğlu, Feyzi N.: Aile Hukuku, Bası 2, İstanbul 1979.

Gençcan, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Ankara, 2007.

Gençcan, Ömer Uğur: Olağanüstü Mal Rejimi ve Artık Değer, s. 84-102, ŞIPKA, **Şükran/Özbilen, Barış/Şensöz, Ebru** (edt.)**:** Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Haziran 2001.

Gutmann, Daniel: Droit International Privé, 5e Ed., Paris, Dalloz, 2007.

Gümüş, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008.

Karrer, Pierre A./ Arnold, Karl W. /Patocchi, Paolo Michèle: Switzerland's Private International Law, Second Edition, Zürich, 1994.

Monéger, Françoise: Droit International Privé, 4e Ed, Paris, 2007.

Mörsdorf-Schulte, Dr.Juliana: Translation of the Introductory Act to Civil Code, first and second Chapter (Entry into force. Reserve fort he law of a Land. Definition Statuse: Articles 1 and 2 IACC and Private International Law: Articles 3 thru 47 IACC) provided b LL.M. (University of California, Berkeley), 2009 juris GmbH, Saarbrücken.(Alman Adalet Bakanlığı resmi sitesi -bundesministerium der Justiz).

Nomer, Ergin / Şanlı, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, Beta, Yenilenmiş 17.bası, İstanbul, 2009.

Nomer, Ergin: *Türk Vatandaşlık Hukuku,* 17.Bası, İstanbul, 2009.

Odendahl, Hanswerner: *Aile Hukukunda Yeni MÖHUK'nun etkileri* (s. 1489-1498), **(**Çev: **Sığınak, Haydar/Kortak, Tijen),** Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Oğuzman, Kemal /Dural, Mustafa: Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1998.

Overbeck, **Alfred E. Von:** *Les régimes matrimaniaux dans le Droit International Privé Suisse*, (s.63-70), **François Dessemontet (**edt.): Le nouveau Droit International Privé Suisse, Publication CEDICAC, Lausanne, 1989.

Öztekin Gelgel, Günseli/ Erdem, B.Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Beta, İstanbul, 2.Baskı, Şubat 2009.

Sakmar, Atâ/ Ekşi, Nuray / Yılmaz, İlhan: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve Mahkeme Kararları, Yenilenmiş 3.Bası, Beta, İstanbul, 2007.

Sarı, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007.

Şeker, Muzaffer: Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Yönleri (s.133-158), **Şıpka, Şükran/ Özbilen, Barış/ Şensöz, Ebru** (edt.), Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III.Dönem (17-18 Kasım 2006), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları no.22, İstanbul, 2007.

Şensöz, Ebru: Milletlerarası Özel Hukukta Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk (s.102-113), **Şıpka, Şükran/ Özbilen, Barış/ Şensöz, Ebru** (edt.): Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III.Dönem (17-18 Kasım 2006), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları no.22, İstanbul, 2007.

Şıpka, Şükran: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci ile Yürürlüğe İlişkin Sorunlar, (s.5-19), **Şıpka, Şükran/ Özbilen, Barış/ Şensöz, Ebru** (edt.): Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III.Dönem (17-18 Kasım 2006), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları no.22, İstanbul, 2007.

Zeytin, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara, 2005.

Tekinalp, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12.12.2007 tarihli MÖHUK uyarınca güncelleştirilmiş 10.Bası, İstanbul, 2009.

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/index.html (30.03.2010).

esensoz@iticu.edu.tr