

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri

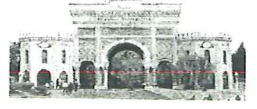
Gizem ERSEN PERÇİN

2502080226

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL

İstanbul/ Haziran 2014



DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : GİZEM ERSEN PERÇİN

Numarası : 2502080226

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : PROF.DR.GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL

Tez Savunma Tarihi : 17.06.2014

Tez Savunma Saati : 15:30

Tez Başlığı : MİLLETLER ARASI ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN MAL REJİMLERİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR.GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL		KABUL
2. PROF.DR.B.BAHADIR ERDEM		KABUL
3. PROF.DR.ŞÜKRAN ŞIPKA		DÜZELTME
4. DOÇ.DR. EMRE ESEN		KABUL
5. YRD.DOÇ.DR.GALİP ENGİN ŞİMŞEK		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. DOÇ.DR.F.KERİM GİRAY		
2. YRD.DOÇ.DR.ARİF BARIŞ ÖZBİLEN		

Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri

Gizem Ersen Perçin

ÖZ

Yabancılık unsuru içeren evliliklerin sayısı her geçen gün artmasına rağmen eşlerin mal rejimlerinin tabi olacağı hukuk, mahkemelerin milletlerarası yetkisi ve konuya ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin çok fazla eser bulunmamaktadır. Hele Türk milletlerarası özel hukukunda bu sayı çok daha azdır. Söz konusu çalışmada, hem Anglo Sakson hem de Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde yer alan bazı devletlerin mal rejimlerine ilişkin düzenlemeleri incelenerek iki sistem arasındaki farklılıklar tespit edilmeye çalışılmıştır. Daha sonra ise, konuya ilişkin üç önemli uluslararası düzenleme olan a)1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi b-) 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi ve c-) 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısı incelenmiştir. Son olarak, bu ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile Türk milletlerarası özel hukukundaki mal rejimine ilişkin düzenlemeler karşılaştırılarak, bazı değişiklik ve çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Mal Rejimleri, Mal Ayrılığı, Mal Ortaklığı, Milletlerarası Yetki, Tanıma ve Tenfiz, Değişmezlik Doktrini, Değişebilirlik Doktrini, Kısmi Değişebilirlik Doktrini

Matrimonial Property Regimes in Private International Law

Gizem Ersen Perçin

ABSTRACT

Despite of the increasing number of international marriages, there is not so much academic study in the applicable law, international jurisdiction and recognition and enforcement of legal decisions about the matrimonial property regimes of these marriages. Especially in Turkish PIL this number is lesser. In this dissertation, the regulations of some countries in Anglo Saxon or Continental Europe Systems were examined and the differences were evaluated. Later, a) 1905 Hague Convention of Concerning Conflict of Laws Relating to the Effects of Marriage on the Rights and Duties of Spouses Inter se and on the Spouses' Property b) 1978 Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes and c) 2011 Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes, which are the most important international regulations on this subject, are examined. At last, all these international and national regulations were compared with Turkish matrimonial property regulations in private international law and some amendments and propositions were offered.

Key words: Matrimonial Property Regimes, Separate Property, Community Property, International Jurisdiction, Recognition and Enforcement, Immutability Doctrine, Full Mutability Doctrine, Partial Mutability Doctrine.

ÖNSÖZ

Küreselleşme nedeniyle sayıları her geçen gün artış gösteren yabancılık unsuru içeren evlilikler, beraberinde mal rejimi uyuşmazlıklarını da getirmektedir. Bu uyuşmazlıkların çözümü konusunda devletlerin milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında yer alan ulusal düzenlemelerinin yanı sıra üç temel uluslararası düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelerin en yenisini oluşturan ve bu çalışmanın tamamlandığı tarihte henüz tasarı aşamasında olan 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısı konuya ilişkin en geniş kapsamlı düzenleme özelliğine sahiptir. Bu çalışmada, ilk kez incelenme fırsatı yakalanan söz konusu tasarı ile birlikte diğer ulusal ve uluslararası düzenlemeler, Türk milletlerarası özel hukukunda mal rejimine ilişkin düzenlemelerle karşılaştırılmış ve bu doğrultuda bazı değişiklik ve çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Söz konusu çalışmalar sırasında, kendisine ihtiyaç duyduğum her an yanımda olan, emeğini ve zamanını asla esirgemeyen, yönlendirici soru ve görüşleriyle beni destekleyen değerli danışman hocam Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel'e minnetimi ifade etmek isterim.

Ayrıca, çalışmalarımın büyük kısmını sürdürdüğüm Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin bütün mensuplarına ve özellikle de gösterdikleri sabır ve destek için odamı ve hayatımı paylaştığım, mesai arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

Ve son teşekkür sevgili kocaman aileme... Sizin verdiğiniz maddi ve manevi destek, en önemlisi de sevgi olmasaydı bu çalışmanın tamamlanması mümkün olmazdı. Hepinizi çok seviyorum.

İÇİNDEKİLER

Giriş.....	1
------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Mal Rejimi

I.	Mal Rejiminin Tanımı.....	4
II.	Mal Rejiminin Tarihsel Gelişimi.....	6
III.	Anglo Sakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Mal Rejimi.....	10
A.	Anglo Sakson Hukuk Sisteminde Mal Rejiminin Temel Özellikleri.....	10
1.	İngiliz Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	11
2.	Amerikan Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler..	15
B.	Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Mal Rejiminin Temel Özellikleri.....	19
1.	Fransız Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	20
2.	Rus Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	23
3.	Alman Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	25
4.	İsviçre Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	27
IV.	Türk Hukukunda Mal Rejimi.....	29
A.	743 sayılı Türk Kanunu Medenisi” Döneminde Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	30
B.	4721 sayılı “Türk Medeni Kanunu” Döneminde Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	33
1.	Yasal Mal Rejimi.....	33
a)	Yürürlük Meselesi.....	34
b)	Eşlerin Mal Varlıkları.....	36
c)	Mal Rejiminin Sona Ermesi.....	43
ç)	Tasfiye.....	45
2.	Sözleşmesel Mal Rejimi.....	57
3.	Olağanüstü Mal Rejimi.....	61

İKİNCİ BÖLÜM

Karşılaştırmalı Milletlerarası Özel Hukuk Düzenlemeleri Bakımından Mal Rejimleri

I.	Mal Rejiminde Yabancılık Unsuru ve Sınırları.....	64
II.	Mal Rejiminde Vasıflandırma.....	66
III.	Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk.....	69
IV.	Bağlama Noktalarının Değişikliği Meselesi (Statü Değişikliği) ve Buna İlişkin Yaklaşımlar.....	72
A.	Değişmezlik Doktrini.....	73
B.	Değişebilirlik Doktrini.....	74
IV.	Anglo Sakson Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	76
A.	İngiliz Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	77
B.	Amerikan Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	82
VI.	Kıta Avrupası Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	92
A.	Fransız Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	93
B.	Rus Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	96
C.	Alman Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	97
Ç.	İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler.....	102
VII.	Uluslararası Düzenlemelerde Mal Rejimleri	107
A.	1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi.....	110

B.	1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi.....	112
C.	2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısı.....	119
1.	2011 tarihli Tüzük Tasarısının Hazırlık Çalışmaları	122
2.	2011 tarihli Tüzük Tasarısının Amacı ve Kapsamı	123
3.	2011 tarihli Tüzük Tasarısında Uygulanacak Hukuk.....	126
a)	Sübjektif Bağlama Noktaları.....	129
b)	Objektif Bağlama Noktaları.....	133
c)	Mal Rejiminin Üçüncü Kişilere Etkisi.....	134
4.	2011 Tarihli Tüzük Tasarısında Milletlerarası Yetki.....	135
a)	Mal Rejiminin Ölümle Sona Ermesinde Milletlerarası Yetki	136
b)	Mal Rejiminin Boşanma, Evliliğin İptali veya Ayrılıkla Sona Ermesinde Milletlerarası Yetki.....	138
c)	Diğer Durumlarda Milletlerarası Yetki.....	139
ç)	Tamamlayıcı Yetki.....	140
d)	İstisnai Yetki.....	141
5.	2011 tarihli Tüzük Tasarısında Kararların, Resmi Belgelerin ve Mahkeme İçi Sulh Sözleşmelerinin Tanınması ve Tenfizi.....	141
a)	Kararların Tanınması ve Tenfizi.....	142
b)	Resmi Belge ve Mahkeme İçi Sulh Sözleşmelerinin Tanınması ve Tenfizi.....	143

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimi

I.	Mal Rejiminin Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Düzenlenişi, Kapsamı ve Terminoloji Sorunu.....	146
----	--	-----

II.	Türk Milletlerarası Özel Hukukunun Genel Esasları Bakımından Mal Rejimi.....	150
A.	Yabancılık Unsuru ve Sınırları.....	151
B.	Vasıflandırma.....	153
C.	Önmele.....	157
III.	Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk..	162
A.	Sübjektif Bağlama Noktaları.....	162
1.	Statü Değişikliği.....	166
2.	Mal Rejimine İlişkin Hukuk Seçimi Sözleşmesi.....	169
B.	Objektif Bağlama Noktaları.....	175
1.	Statü Değişikliği.....	179
2.	Atıf.....	181
C.	Uygulanacak Hukuka İlişkin İstisnai Bir Durum Olarak Taşınmazların Tasfiyesi.....	182
Ç.	Uygulanacak Hukuku Engelleyen Durumlar.....	184
1.	Kamu Düzeni.....	184
2.	Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	190
IV.	Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimine İlişkin Davalarda Yetki.....	192
A.	Genel Yetkili Mahkeme.....	195
B.	Özel Yetkili Mahkeme.....	197
C.	Kesin Yetkili Mahkeme.....	202
Ç.	Yetki Sözleşmesi.....	204
1.	Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkili Kılınması	204
2.	Yabancı Devlet Mahkemelerinin Münhasır Yetkili Kılınması.....	206
D.	Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (ADR).....	209
V.	Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimine İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi.....	212
A.	Tanıma-Tenfiz Koşulları.....	219
1.	Karşılıklılık.....	221
2.	Kararın Yetkili Bir Mahkemeden Alınmış Olması.....	224
3.	Kararın Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması.....	229

4.	Savunma Haklarına Uyulmuş Olması.....	234
B.	Tenfiz Kararının Kesin Hüküm ve Kesin Delil Etkisinin Başlangıcı ile Mal Rejiminin Tasfiyesine İlişkin Davalarda Zamanaşımının Başlangıcı	235
	Sonuç ve Öneriler.....	241
	Bibliyografya.....	260

KISALTMALAR LİSTESİ

1905 tarihli sözleşme	1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi
1978 tarihli sözleşme	1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi
2006 tarihli Taslak	17.07.2006 tarihli Milletlerarası Yetki ve Karşılıklı Tanımayı da içeren Mal Rejimine İlişkin Kanunlar İhtilafı Meseleleri Hakkında Avrupa Birliği Komisyonu Taslağı
2011 tarihli Tüzük Tasarısı	16.03.2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısı
a.g.e	adı geçen eser
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ALI	The American Law Institute
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	bent
BK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz	bakınız
Brüksel II bis Tüzüğü	27.11.2003 tarihli Evliliğe ve Eşlerin Ortak Çocuklarının Velayetine İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel II bis Tüzüğü (no 2201/2003)
Bürüksel I Tüzüğü	22.12.2000 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin Tüzük (No: 44/2001)

c.	cümle
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn	dipnot
E.	esas numarası
EGBEG	21 Eylül 1994 tarihli Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch)
f.	fıkra
FSEK	5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
H.D.	Hukuk Dairesi
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İTÜSBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
K.	karar numarası
m.	madde
MK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
MÖHUK	2675 veya 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
Muvakkat Kanun	23.02.1330 (1914) tarihli Memalik-i Osmaniye’de Bulunan Tebayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanun
ör	örneğin
par	paragraf
PIL	Private International Law

Restatement II	Second Restatement of Conflict of Laws
Roma I Tüzüğü	17 Haziran 2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü
SFCPIL	18 Aralık 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Fedaral Kanunu (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht)
SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UMPA	Uniform Marital Property Act (1983)
UPAA	Uniform Premarital Agreement Act (1983)
UPMAA	Uniform Premarital and Marital Agreement Act
vd	ve devamı
vs.	vesair
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yürürlük Kanunu	4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
yy	yüzyıl

GİRİŞ

Evlenme anı ile birlikte eşler arasında bir yaşam ortaklığı kurulmuş olur. Bu ortaklık eşlerin sadece manevi dünyasını değil malvarlıklarını da etkilemektedir. Evliliğin eşlerin malvarlıkları üzerindeki etkisini ise devletlerin “mal rejimine” ilişkin düzenlemeleri belirlemektedir. Evlilik birliği içerisinde eşlerin mallar üzerindeki hak ve yetkilerinden evlilik birliği boşanma veya ölüm gibi bir nedenle sona erdiğinde bu malların paylaşımına kadar bütün meseleler bu kapsam içerisinde yer almaktadır.

Mal rejimine ilişkin düzenlemeler ülkeler arası sosyal, kültürel ve tarihsel farklılıklar nedeniyle ciddi değişiklikler göstermektedir. Bu değişiklikleri gözler önüne sermek, söz konusu çalışmanın amacını ortaya koyabilmek adına atılması gereken ilk adım olarak birinci bölümün konusunu oluşturmaktadır. Ancak bütün devletlerin mal rejimine ilişkin mevzuatlarını incelemek fiilen imkansız olmakla birlikte bu çalışmanın amacını da aşacağı için sadece iki temel hukuk sistemi olan Kıta Avrupası ve Anglo Sakson Hukuk Sistemleri’nde yer alan bazı devletler inceleme konusu yapılmıştır. Bu devletler, Anglo Sakson Hukuk Sistemi’nden İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nden Fransa, Rusya, Almanya ve İsviçre’dir. Bu ülkelerin seçilmesindeki temel amaç söz konusu ülkelerin her birinin mal rejimine ilişkin düzenlemelerinin kendine özgü özellikler taşıması ve diğer ülkelerin az veya çok bu ülkelerin düzenlemelerinden etkilenecek kendi mevzuatlarını oluşturmuş olmalarıdır. Bu ülkelerin mal rejimine ilişkin mevzuatlarının incelenmesinin ardından Türk Medeni Hukuku’nda mal rejimleri konusu detaylı bir şekilde incelenerek birinci bölüm sonlandırılacaktır.

Ülkelerin mal rejimine ilişkin medeni hukuk mevzuatlarındaki farklılıklar en çok yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinde önem kazanmaktadır. Bu ilişkiler ise giderek artmaktadır. Küreselleşmeyle birlikte, insanların doğdukları ülkelerden çok uzaklarda yaşamaya başlamaları, buralarda evlenmeleri, hatta eşlerinin de kendileri gibi başka ülkelerden gelmiş olması, evlilik devam ederken evlendikleri ülkede, vatandaşı oldukları ülkelerde ya da evlendikten sonra göç ettikleri başka başka ülkelerde taşınır- taşınmaz mallar edinmeleri gibi olayların her biri eşlerin arasındaki

mal rejimi ilişkilerine tekrar tekrar yabancılık unsuru katmaktadır. İlişkideki yabancılık unsurunun doğal sonucu olarak da bu tür bir uyuşmazlık birden fazla ülke hukuku ile bağlantı içerisinde olacaktır. Bu ülke hukuklarından hangisinin uyuşmazlığa uygulanacağına ise bu ülkelerin Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatları karar verecektir. Bu nedenle çalışmanın ikinci bölümünde yine Anglo Sakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri'nde mal rejimine ilişkin mevzuatları incelenen ülkelerin, bu defa Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatlarının konuya ilişkin hükümleri hakkında bilgi verilmeye çalışılacak ve mal rejimine uygulanacak hukukun tespitinde tercih ettikleri bağlama noktaları üzerinde durulacaktır. Subjektif bağlama noktası olan eşlere tanınan hukuk seçimi yetkisinin sınırları, objektif bağlama noktalarının neler olduğu, değişken statünün engellenip engellenmediği, yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırı olduğu durumlar, eşlerden biri ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişinin hakları gibi konular ile bu konulara ilişkin yabancı mahkeme kararlarından bahsedilecektir. Daha sonra ise, yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılmasını öngören uluslararası düzenlemeler üzerinde aynı sistematik içerisinde durulacaktır. Söz konusu düzenlemeler sırasıyla; a-)1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi b-) 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi ve c-) 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısıdır. Söz konusu Tüzük Tasarısı bu konudaki en yeni tarihli uluslararası çalışma olması ve uygulanacak hukukun yanı sıra milletlerarası yetki ve tanıma-tenfiz hükümleri de içermesi sebebiyle diğer uluslararası düzenlemelere kıyasla daha detaylı bir şekilde incelenmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümü ise Türk milletlerarası özel hukukunda mal rejimleri konusuna ayrılmıştır. Dünyadaki diğer ülkeler gibi Türkiye'nin de küreselleşmeden nasibini alması, her geçen gün daha fazla yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkileri ile karşılaşılması sonucunu doğuracaktır. Ancak henüz, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun mal rejimi sistemini değiştiren hükümlerinin tam olarak anlaşılmasının yarattığı sıkıntılarla boğuşan

uygulama, yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinde kendisine yol gösterecek Yargıtay kararları ve akademik çalışmalar bakımından da pek zengin değildir. Hele bu konuda eskisinden farklı bir düzenleme getiren 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girdiği 04.12.2007 tarihinden bu yana, doğrudan yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarına ilişkin yayımlanmış akademik çalışma sayısı çok çok azdır. Bu konuda gerek Milletlerarası Özel Hukuk doktrininin gerekse uygulamanın duyduğu ihtiyacı tek başına karşılamak bakımından yetersiz olsa da bir çaba olarak değerlendirilebileceğine inandığımız bu çalışmanın üçüncü bölümünde yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinde hem uygulanacak hukuk, hem Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi hem de bu konuda verilen yabancı kararlarının tanıma-tenfizi meselelerine değinilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Mal Rejimi

Mal rejimi kavramının kökeninde eşlerin arasındaki evlilik ilişkisi¹ yatmaktadır. Ancak mal rejimi kavramının, evlilik kavramı kadar eskilere dayanmadığı da bir gerçektir. Çünkü evlilik ilişkisinin eşlerin mallarına etkisini düzenleyen kurallar bütünü olarak nitelendirebileceğimiz mal rejimi kavramı, asıl olarak kadının mülkiyet hakkının varlığının kabulüyle anlam kazanmaya başlamıştır. Günümüzdeki değerini kazanması ise kadın-erkek eşitliğinin hukuksal düzenlemelere yansımalarıyla gerçekleşmiştir.

Çalışmanın bu bölümünde mal rejimi kavramının kısaca tanımı yapıp, konu hakkında tarihsel gelişmelere değinildikten sonra, günümüzdeki temel ulusal düzenlemelerden bahsedilerek Türk Medeni Hukukundaki konuya ilişkin hükümler incelenecektir.

I. Mal Rejiminin Tanımı

İnsanın, sosyal bir varlık olması, onu toplumsal düzen içinde yaşamaya yönlendirmiştir. Toplumların devamlılığı ise hiç şüphesiz ki kadın ve erkeğin bir araya gelerek yeni nesiller dünyaya getirmesi ile gerçekleşmiştir. Kadın ve erkek arasında gerçekleşen bu birliktelik toplumda egemen olan siyasi otoriteler tarafından

¹ Günümüzde evlilik dışı beraberlik yaşayan tarafların mallarının durumu meselesi de uluslararası doktrinde tartışılmakta hatta bu konuda uluslararası düzenlemeler hazırlanmaktadır. Bu çalışmada esas olarak evlilik birliği içerisinde yaşayan kişiler olan eşlerin mal rejimi ilişkileri incelenmeye çalışılacaktır. Evlilik dışı beraberlik yaşayan tarafların malları konusundaki gelişmelere ise yeri geldikçe dipnot bazında değinilecektir.

her zaman belirli kalıplara yerleştirilmeye çalışılmıştır.² Bu kalıplara uygun olarak gerçekleştirilen birlikte yaşama hali ise “evlilik” olarak tanımlanmıştır.³

Evliliğe ilişkin düzenlemeler, evliliğin kuruluş aşamasına ilişkin maddi ve şekli kuralları, evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin birbirleri ve çocukları ile olan ilişkilerini, eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince edindikleri mallar ile kişisel mallarına ilişkin kuralları, miras haklarına ilişkin kuralları ve evliliğin sona ermesine ilişkin kuralları içermektedir. Bu kurallardan, eşlerin evliliğin devamı süresince edindikleri mallar ile kişisel mallarına ilişkin kurallar “mal rejimini”⁴ oluşturmaktadır.

Bu çalışmanın temelini oluşturan mal rejimi kavramı; *“Eşlerin evlenmeden önce sahip oldukları ve evlilik birliği devam ettiği sürece edindikleri mallar üzerindeki mülkiyet kullanma ve yararlanma haklarının sınırları, birbirlerine ve üçüncü kişilere*

² Bu çabanın altında, aile kurumunun devamlılığının sağlanması, bu yolla çocukların yetiştirilmesi ve ailenin geçiminin sağlanması konusundaki sorumlulukların bireyler tarafından yüklenilmesi gibi sebepler sayılabilir. Bkz. Lenore J. Weitzman, “Legal Regulation of Marriage, Tradition and Change: A Proposal for Individual Contracts and Contracts In Lieu of Marriage”, California Law Review, Vol 62, No 4, 1974, p.1241- 1245.

³ Ancak tarih boyunca, bu kalıplara aykırı birliktelikler, yani “evlilik dışı beraberlikler” de varlıklarını sürdürmüşlerdir. Roma İmparatorluğunun ilk dönemlerinde bu konuda katı bir tutum izlenmezken, Hristiyanlığın kabulü ile Katolik Kilisesi tarafından tarafların aforoz edilmelerine kadar varan yaptırımlar uygulanmaya başlamıştır. Katolik Kilisesi’nin bu tutumu seküler düzenlemelere de yansımış ve birçok devletin medeni kanunlarında evlilik dışı beraberlikleri “yok hükmünde” sayan düzenlemelere yer verilmiştir. Bkz. M. Argun Kötel, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Kazancı Hukuk Yayınları No:95, İstanbul, 1991, s. 125-130. İslamiyette de evlilik dışı beraberlikler insanın yaratılış gayesine ters düştüğü ve aile birliğini bozduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır. Bkz. Veysel Nargül, İslam Aile Hukuku’na Göre Mal Rejimleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1997, s.136. Musevilikte de evlilik dışı beraberlikler ahlaksızlık olarak nitelendirilmekte ve toplumsal düzenin yaşatılabilmesi için evlilik ilişkisinin korunmasının elzemliğine vurgu yapılmaktadır. Bkz. Hans Jochen Boecker, Law and The Administration of Justice in The Old Testament and Ancient East, çeviren Jeremy Moiser, Augsburg Publishing House, 1980, ABD, s.113. Ancak bütün bu yasaklama ve yaptırımlara rağmen evlilik dışı beraberlikler günümüzde varlıklarını korumakta ve hatta bazı ülkelerde bu tür beraberliklerin oranlarında artış kaydedilmektedir. Bu durum ise evlilik dışı beraberliklerin bazı devletlerin ulusal mevzuatlarının yanı sıra uluslararası düzenlemelere de konu olması sonucunu doğurmaktadır. Bu konudaki gelişmeler için bkz. İkinci Bölüm s.96 dn 238, s.97 dn. 242, s.103 dn.250 ve s. 124 dn.288. Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda konunun vasıflandırılması meselesi için Üçüncü Bölüm s. 154 dn. 336.

⁴ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 15. maddesinde, “evlilik malları” ifadesi kullanılmıştır. Oysa söz konusu kurallar, evlilik malları üzerinde eşlerin hak ve yükümlülüklerini ve evlilik birliği sona erdiğinde bu malların tasfiyesini içeren detaylı ve kapsamlı düzenlemelerden oluşmaktadır. Mallar yerine bu düzenlemelerin tamamının oluşturduğu rejime vurgu yapmak adına, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda da benimsenen “mal rejimi” ifadesini kullanmanın daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Daha detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm s.150.

karşı borçlarından sorumlulukları ve evlilik birliği sona erdiğinde bu malların paylaşılması”⁵ yönündeki kurallar bütünü olarak tanımlanabilir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, mal rejimi kavramının temelinde evliliğin eşlerin mallarına etkisi meselesi yatmaktadır. Aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, ülkelerin mal rejimine ilişkin düzenlemelerindeki farklılık da işte bu etkinin yoğunluğuna ilişkindir. Evliliğin eşlerin malları üzerinde hiçbir etkisinin olmaması gerektiğinden hareket eden “mal ayrılığı” rejiminden, bu etkiyi evlilik birliği devam ettiği sürece edinilen her mal için tanıyan “mal ortaklığı” rejimine kadar, her ülke kendi ekonomik, sosyal ve kültürel değerlerini dikkate alarak bu alanda düzenlemelerde bulunmuştur.

Günümüzdeki düzenlemelere ilişkin açıklamalara geçmeden önce seküler hukuk öncesi dönemde mal rejimi kavramından ne anlaşıldığı ve nasıl bir uygulamanın olduğuna ilişkin kısa bir bilgi vermekte yarar vardır.

II. Mal Rejiminin Tarihsel Gelişimi

Roma İmparatorluğu’nda Klasik Hukuk Dönemi’nde eşler arasında “mal ayrılığı rejimi” benimsenmişti. Eşlerden her biri kural olarak kendi malları üzerinde tasarruf yetkisine sahipti. Sui iuris kadınlar evlenmeden önce sahip oldukları kişisel mallarını evlendikten sonra da korur, yönetir ve bu malların gelirlerinden faydalanırlardı⁶.

⁵ Benzer tanımlar için bkz. Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2010, s. 299, Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, XII Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2013, s. 14, Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Kanunu’umuzun Aile- Miras- Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.173, Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007, s.3, M. Beşir Acabey, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:84, İzmir 1998, s.6, Zafer, Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayınları, 2. Bası, 2008, s. 26, Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, 2010, s. 75-76.

⁶ Klasik Hukuk öncesi dönemlerde sui iuris kadınlar vesayet altında bulunurlardı. Vesayet kadının fiil ehliyetini sınırlamaktaydı. Bu vesayetin amacı kadının mal varlığının aile yararına korunmasıydı. Klasik Hukuk döneminin ortalarından itibaren ise sui iuris kadının malvarlığını şahsen yönetebileceği kabul edilmişti. Bu dönemde sui iuris kadın dilerse mallarının yönetim hakkını bir üçüncü kişiye veya kocasına devredebilmekteydi. Bkz. Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 6. Bası, 2010 s. 162-163. Vesayet kalkmasından sonra kadınların kocaları veya üçüncü

Alieni iuris kadınlar ise, evlenmeden önce olduğu gibi evlendikten sonra da mal varlığına sahip olamazlardı. Eşler arasında bağış yasağı mevcuttu. Bu yasağın amacı iyiniyetli eşin diğer eş yararına malvarlığını kaybetme tehlikesini önlemek ve evlilik kurumuna menfaat ilişkisini sokmamaktı⁷. Ailenin geçimini sağlama yükümlülüğü kocaya aitti. Koca bu yükümlülüğü yerine getirirken, karısının evlenirken getirdiği belirli bir malvarlığı değeri taşıyan eşya olan “dos”un gelirlerinden yararlanabiliyordu. Evliliğin sona ermesi durumunda, evlenmeden önce koca tarafından karısına verilen hediyeler ve dos, kadına geri veriliyor ve bu yolla kadının ekonomik bakımdan güvence altına alınması sağlanmaya çalışılıyordu⁸. Iustinianus Dönemi’nde ise evlilik mallarının mülkiyeti konusunda ayrılık fakat mallardan yararlanma ve yönetim bakımından birlik ilkesi geçerliydi.

Musevilikte de eşler arasında “mal ayrılığı” rejimi geçerliydi. Evlenme merasimi sırasında “ketubah”⁹ isimli bir belge koca tarafından imzalanarak kadına verilir. Bu belge ile kadının mali hakları güvence altına alınmış olurdu. Ailenin geçimini sağlamak kocanın görevidi. Kadın ise sahip olduğu malların gelirlerini kocasına verme yükümlülüğü altındaydı. Ancak kadın kocasının kendisine bakma yükümlülüğünün bulunmadığını kabul ederse, kişisel mallarının gelirlerini de ona vermekten imtina edebilirdi. Bu durum ketubah’da düzenlenmekteydi. Ayrıca, koca evlenirken karısına “moher” ismi verilen bir evlilik hediyesi vermek zorundaydı¹⁰.

kişiler lehine borç yüklenmeleri yasaklandı. Böylece kadının mal varlığının korunması amaçlanıyordu. Bkz. Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, 2010 s. 329-331. Evlenmekle manus altına alınan kadın, sui iuris ise evlenmeden önce sahip olduğu bütün mal varlığı hakları kocası lehine sona erecek ve kendisi alieni iuris statüsüne geçirdi. Dolayısıyla sui iuris bir kadının evlenmeden önce sahip olduğu kişisel mallarını evlendikten sonra da koruması yönetmesi ve bu malların gelirlerinden faydalanması ancak sine in manum conventionem evlilikler için geçerliydi. Emile Stocquart (translated into English Andrew T. Bierkan), Marriage in Roman Law, The Yale Law Journal, Vol. XVI, No.5, March, 1907, p. 310- 312 ve Osman Fazıl Berki, Mal Rejimleri ve Bunlardan Doğan Kanun İhtilafları, AÜHFD, Yıl 1, Sayı 1, 1943, s. 147.

⁷ Bkz. Haluk Emiroğlu, Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde Mal Rejimi, AÜHFD, Cilt 50, Sayı 3, Yıl 2001, s.179.

⁸ Bkz. Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Meseleleri, Der Yayınları, 5. Bası, 2010, s. 225-226 ve Eugen Dietrich Graue, The Rights of Surviving Spouses under Private International Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15, No.1/2, 1966-1967, s. 168-169.

⁹ Detaylı bilgi için bkz. <http://www.jewishencyclopedia.com/articles/9290-ketubah> (Çevrimiçi 27.05.2013)

¹⁰ Bkz. Elif Genca, Eski Mezopotamya’da Hukuk Hareketleri ve Düzenlemeler (Sümer, Babil ve Eski İsrail Hukuku) İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.92.

Eşlerin boşanması halinde nafakaya ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildi¹¹. Ancak ketubah'da boşanma halinde kocanın karısına belirli bir miktar malvarlığı değeri vereceğine yönelik hükümler yer alabilmekteydi.

Hristiyanlıkta da kural olarak “mal ayrılığı” rejimi uygulanmaktaydı. Evlilik birliği devam ettiği sürece (ki Katolik mezhebinde evliliğin ancak ölümle sona ereceği görüşü benimsenmişti) koca sadece kendi malvarlığı üzerinde değil karısının malvarlığı üzerinde de tasarruf yetkisine sahipti. Evlilik birliği kadının zinası sonucu sona eriyorsa, kadının evliliğe getirdiği çeyiz eşyasını geri alma hakkı kalmamaktaydı¹². Evliliğin başka bir sebeple sona ermesi halinde kadın evliliğe getirdiği çeyiz eşyasını geri alırdı.

İslamiyette de eşler arasında “mal ayrılığı” rejimi uygulanmaktaydı. Her iki eş de kişisel malları üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahiptiler¹³. Ailenin geçimini sağlamak kural olarak sadece erkeğe ait bir yükümlülüktü ve erkek, karısı ne kadar zengin olursa olsun, onu ailenin giderlerine katılmak konusunda hukuken zorlayamazdı¹⁴. Ayrıca kadın evlenmekle kocasından “mehir” talep etme hakkına sahip olmaktaydı. Mehir, belirli bir mal varlığı değeri taşıyan eşya olabileceği gibi doğrudan para da olabilirdi¹⁵. Mehir kurumunun temel amacı evliliğin boşanma veya ölüm gibi bir nedenle sona ermesi durumunda kadına ekonomik bir güvence sağlamaktı. Bu nedenle mehir kadının ailesine değil, mutlaka kendisine ödenmesi gereken bir borçtu. Ayrıca çeyiz/cihaz kapsamındaki her türlü eşya da, ister kadının ailesi tarafından isterse erkek tarafından satın alınmış olsun kadının kişisel malı olarak kabul edilmekte ve evlilik birliği sona erdiğinde bu eşyalar da kadının tasarrufuna bırakılmaktaydı.

¹¹ Bkz. Hans Jochen Boecker, a.g.e., s.111.

¹² Bkz. James A. Brundage, Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe, University of Chicago Press, 1987, s.88.

¹³ Berki, a.g.e., s. 147-148.

¹⁴ Bkz. Veysel Nargül, a.g.e., s.53.

¹⁵ Mehrin türleri için bkz. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara 2002, s.219. Ayrıca Osmanlı İmparatorluğu Dönemin'nde, mehir kurumu ilk kez Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 80-91. maddeleri arasında yazılı olarak düzenlenmiştir. Mehir kurumunun genel ilkeleri ve özellikle “başlık parası”ndan farkı için bkz. Ebru Kayabaş, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi- Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s. 73-76.

16. yy'da Rönesans ve Reform Hareketleri ile başlayan ve 1789 tarihli Fransız Devrimi ile sonuçlanan düşünsel akımlar, seküler hukukun temellerini atmış ve böylece diğer hukuk kurallarında olduğu gibi mal rejimine ilişkin hukuk kurallarında da yukarıda açıklanan din kurallarının etkisi azalmıştır. Ancak yine de eşler arasında çoğunlukla mal ayrılığı rejimi uygulanmaya devam etmişti.

Daha sonra 1945'te II. Dünya Savaşı'nın sona ermesi ile başlayan insan hakları hareketleri kadın-erkek eşitliğini de gündeme getirmiş, devletlerin bu eşitliğe aykırı hukuksal düzenlemelerinde değişiklikler yapmasına neden olmuştur. Bu konuda yapılan değişikliklerin başında mal rejimine ilişkin düzenlemeler gelmektedir. Bu döneme kadar birçok devletin kanunlarında yasal mal rejimi olarak benimsenen mal ayrılığı rejiminin kadın erkek arasında hukuken yarattığı eşitliğin fiilen tam tersi sonuçlar doğurması hukukçuları daha farklı çözümler bulmaya sevk etmiştir. Mal ayrılığı rejiminde özellikle ev kadınlarının hiçbir gelir elde edemedikleri için hiçbir malvarlığı da edinmemeleri fiili eşitsizliğin temelini oluşturmuştur. Ev kadınlarının nüfus içindeki oranlarının fazlalığı¹⁶ bu eşitsizliği daha da dikkat çekici hale getirmiştir. Ayrıca geçmiş yıllara kıyasla boşanma oranlarındaki artış da yeni tür mal rejimi düzenlemelerine ilişkin çalışmaları hızlandırmıştır. Çünkü boşanma ile evliliği sona eren ev kadınlarını miras hukuku hükümlerine dayanarak korumak da mümkün olamamaktaydı. Bu nedenle Anglo Sakson Hukuk Sistemi'ni benimseyen ülkelerde mal ayrılığı (common law marital property) rejimi, "denkleştirmeli mal ayrılığı" rejimine dönüştürülerek söz konusu olumsuz etkiler yumuşatılmaya çalışıldı. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde ise, yasal mal rejimi olarak "mal ortaklığı" (community property) veya "kazancın paylaşılması esasına dayalı bir mal ayrılığı" rejimleri tercih edilerek benzer sonuçlara ulaşıldı¹⁷. Aşağıda her iki hukuk sistemindeki güncel mal rejimi düzenlemeleri üzerinde kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

¹⁶ Sonraki yıllarda çalışan kadın sayısı giderek artış gösterse de günümüzde hala kadınlar erkekler kadar çok iş hayatının içinde bulunmamaktadırlar. Avrupa Birliği İstatistik Kurumu'nun 8 Mart 2011-Dünya Kadınlar Günü için yayımladığı istatistikler de bu yöndedir. Bu istatistiklere göre çocuk sayısı arttıkça kadınların çalışma oranı düşüş göstermektedir. Bkz. <http://ec.europa.eu/eurostat> 36/2011 (çevrim içi 4 Mart 2011).

¹⁷ Anglo Sakson doktrininde de karşılaştırmalı hukuk bakımından iki temel hukuk sisteminin varlığı kabul edilmektedir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen terminolojiden farklı olarak, mal ayrılığı rejimi için "bireysel sistem" (individual system), mal ortaklığı rejimi olarak ise "ortaklık sistemi" (communal system) ifadeleri kullanılmaktadır. Bkz. Isidor Loeb, The Legal Property

III. Anglo Sakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Mal Rejimi

Bu çalışmanın konusu bakımından dünyadaki bütün hukuk sistemlerinde mal rejimi kavramını ve buna ilişkin düzenlemeleri incelemenin imkansızlığı karşısında, Türk Hukuku'nun da içerisinde yer aldığı Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile bu sistemin sürekli etkileşim içerisinde olduğu Anglo Sakson Hukuk Sistemini incelemenin doğru olacağına inanılmıştır.

Gerek Anglo Sakson gerekse Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri'nde, bu sistemlerin geleneksel mal rejimi anlayışını oluşturan temel düzenlemelerin yer aldığı ülkeler incelenmeye çalışılacaktır. Bu ülkeler, Anglo Sakson Hukuk Sisteminde, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri ile Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde mal ortaklığı rejimini öngören Fransa ve Rusya ile kazancın paylaşılması esasına dayalı mal ayrılığı rejimini öngören Almanya ve İsviçre'dir. Anglo Sakson veya Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri içerisinde yer alan diğer ülkelerin mal rejimine ilişkin düzenlemeleri de yine ismi zikredilen bu ülkelerin düzenlemeleri dikkate alınarak hazırlanmıştır. Şimdi Anglo Sakson ve Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinin mal rejimine ilişkin temel özelliklerine kısaca değinerek, ismi zikredilen ülkelerin düzenlemeler hakkında bilgi verilecektir.

A. Anglo Sakson Hukuk Sisteminde Mal Rejiminin Temel Özellikleri

Anglo Sakson Hukuk Sistemi'ni benimseyen, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya gibi ülkelerde yasal mal rejimi olarak "mal ayrılığı rejimi" benimsenmiştir. Bu rejimde, evlilik kurumunun eşlerin malvarlığı üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Eşler evlilikleri süresince kendi malları üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahip olmaya devam ederler. Evlilik birliğinin, boşanma, evliliğin feshi veya ölüm gibi nedenlerle sona ermesi durumunda da ortada tasfiyeyi gerektirecek bir malvarlığı doğal olarak bulunmamaktadır.

Relations of Married Parties- A Study In Comparative Legislation, Faculty of Political Science of Columbia University, Vol. 13, No.1, 2. Baskı, 2004, s. 49 vd.

Mal ayrılığı rejiminin eşlerin ekonomik durumunda yaratabileceği adaletsizlikler, evlilik birliğinin boşanma veya evliliğin feshi nedenleriyle sona ermesi durumunda boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin düzenlemeler, evlilik birliğinin ölümle sona ermesi durumunda ise miras hukukuna ilişkin düzenlemeler eliyle giderilmeye çalışılmaktadır¹⁸. Anglo Sakson Hukuku'nda Kıta Avrupası Hukuku'na kıyasla hakimlerin takdir yetkilerinin daha geniş olması bu adaletsizliklerin azaltılabılmesinde önemli bir etken teşkil etmektedir¹⁹.

Bu hukuk sisteminde uzun yıllar boyunca eşlere mal rejimi sözleşmesi yapma yetkisi tanınmamıştır. Ancak aşağıda daha detaylı olarak açıklanacağı üzere, evlilik ve boşanma kurumlarına ilişkin bakış açısının yıllar içindeki değişimi bu sözleşmeleri kabul edilebilir kılmıştır. Günümüzde hem İngiltere hem de Amerika Birleşik Devletleri eşlere mal rejimi sözleşmesi yapma yetkisi tanımaktadır. Hem de bu yetki, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde olduğu gibi sınırlandırılmış değildir. Dolayısıyla eşler aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile diledikleri mal rejiminin kendilerine uygulanmasını sağlayabilmektedirler. İngiliz Hukukunda bu mal rejimi sözleşmelerinin bağlayıcılık kazanabilmesi için hakim tarafından onaylanması gerekirken Amerikan Hukuku'nda artık böyle bir onay aranmamaktadır²⁰.

Aşağıda Anglo Sakson Hukuk Sistemi'ni benimseyen ülkelerden İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki mal rejimine ilişkin düzenlemelerden kısaca bahsedilecektir.

1. İngiliz Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

19.yy'da İngiliz Hukuku'nda evli kadının ehliyetsiz olduğu kabul edilmekteydi. Dolayısıyla evli bir kadının kendi malvarlığı üzerinde herhangi bir hakkı mevcut

¹⁸ Michael Davie, Matrimonial Property in English and American Conflict of Laws, The International and Comparative Law Quarterly, Vol.42, No.4, 1993, s. 855 ve Muammer Aksoy, Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1964, s. 93-102 ve orada ismi zikredilen yazarlar.

¹⁹ Anne Sanders, Private Autonomy and Marital Property Agreements, International and Comparative Law Quarterly, 2010, s. 3

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. 15 vd.

değildi. Kadının mallarının mülkiyeti ve bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi evlenme yoluyla kocaya geçmekteydi. Ancak 1882 yılında yürürlüğe giren “Evli Kadının Malvarlığı Hakkında Kanun” (Married Women’s Property Act) ile evli kadının kendi malvarlığı üzerindeki ehliyetsizliği sona ermiş ve ilk defa yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı sisteminin kabul edildiği dile getirilmiştir. Kural olarak her eşin kendi malvarlığı üzerinde hak sahibi olabildiği bu sistemde, evi geçindirme sorumluluğu kocaya ait kalmış ancak kocanın bu sorumluluğu yerine getirirken kadının çeyizi üzerinde yönetim hakkına sahip olması doğal kabul edilmiştir²¹. Günümüzde ise her bir eşin sadece kendi malvarlığı üzerinde hak ve yetkilere sahip olduğu klasik bir “mal ayrılığı rejimi” uygulanmaktadır.

İngiliz Hukuku’nda mal ayrılığı rejimini doğrudan düzenleyen temel bir yasal metin mevcut değildir. Ancak boşanma halinde malların paylaşımı ile ilgili konuları düzenleyen 1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu (Matrimonial Causes Act)²² mevcuttur. Malların eşler arasında paylaşılmasında hakimlerin geniş takdir yetkileri söz konusudur. Hakimler takdir yetkilerini kullanırken, 1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu m.25 f.2 uyarınca, tarafların yaşlarını, yaşam standartlarını, kazançlarını, sahip oldukları malları ve evlilik süresince kazanç elde etme kapasitelerindeki artışı²³ dikkate alırlar.

Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi durumunda sağ kalan eşin hakları ise 1925 tarihli Malların İdaresi Kanunu (Administration of Estates Act)²⁴ ile ilk defa genişletilmiştir. Söz konusu kanunun 46 (a) maddesi uyarınca ölen eşin kişisel kullanımına yarayan bütün taşınır mallarının mülkiyeti sağ kalan eşe devredilmektedir. Geri kalan mallardan oluşan tereke üzerinde de sağ kalan eş diğer mirasçılarla birlikte mirasçı sıfatıyla hak sahibi olur²⁵. 1975 tarihli Miras

²¹ İngiliz Mal Rejimi Hukuku’ndaki tarihsel gelişim için bkz. Isidor Loeb, a.g.e., s. 51 vd.

²² 1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu’nun İngilizce tam metni için <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18> (Çevrimiçi, 18.07.2013)

²³ Aşağıda değinileceği üzere İngiliz Hukuku’nda, Amerikan Hukuku’ndan farklı olarak, mal paylaşımı aşamasında eşlerin evlilik süresince kazanç elde etme kapasitelerindeki artış (increased earning capacity) dikkate alınmaktadır.

²⁴ 1925 tarihli Malların İdaresi Kanunu’nun İngilizce tam metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23> (Çevrimiçi 02.08.2013)

²⁵ Muammer Aksoy, a.g.e., s. 94.

Kanunu'nun (Inheritance Act) ²⁶ 14. maddesine göre de evlilik birliğinin boşanma veya evliliğin feshi ile sona ermesinden itibaren 12 ay içinde eşlerden birinin ölmesi halinde, henüz 1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu uyarınca herhangi bir talepte bulunulmamışsa veya talepte bulunulsa da karara hükmedilmemişse, mahkeme sağ kalan eş için miras hukuku hükümlerini uygulama yetkisine sahiptir.

İngiliz Hukuku'nda sözleşmesel mal rejimi kurumuna ilişkin de herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bunun temel nedeni ise İngiliz Hukuku'nda eşler arasında her türlü sözleşme ilişkisini yasaklayan bir anlayışın hüküm sürmesidir²⁷. Eşler arasında gerçekleşebilecek bir sözleşmede eşlerden birinin diğer eş üzerinde baskı kurarak onu istemediği bir sözleşmeyi yapmaya zorlama ihtimali ve üçüncü kişilerin eşler arasında yapılan sözleşmelerden zarar görme ihtimali, İngiliz hukukçuları, eşler arasında sözleşme yasağı uygulamaya sevk etmiştir²⁸.

Mahkeme içtihatları incelendiğinde ise, yakın tarihe kadar verilen kararlarda mal rejimine ilişkin sözleşmelerinin kamu düzenine aykırı olduğu görüşü savunulmuştur. Örneğin *F v F* (A.R.: Substantial Assets 1995 2 FLR 45)²⁹ davasında, mal rejimi sözleşmelerine atfedilecek anlamın çok sınırlı olması ve finansal ilişkileri kanunlarla düzenlenen kişilerin hak ve yükümlülüklerinin mal rejimi sözleşmesindeki şartlardan pek de etkilenmemesi gerektiği yönündeki görüş dile getirildikten sonra mal rejimi sözleşmeleri kamu düzenine aykırı bulunmuştur. 2000'li yıllara kadar baskın kalan bu düşüncenin temelinde, Katolik inancının evliliğin hayat boyu devam etmesi gereken bir birliktelik olması yönündeki öğretisi yatmaktaydı. Oysa mal rejimi sözleşmeleri, bu öğretinin aksine, eşlere boşanma ihtimalini düşündürmekte ve böylece evlilik kurumunun altını kazıyordu³⁰. Ancak bu düşünce sonraki yıllarda ciddi eleştiriler almıştır. Doktrinde boşanmaları azaltmak için, mal rejimi

²⁶ 1975 tarihli Miras Kanunu'nun İngilizce tam metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>

(Çevrimiçi v 02.08.2013)

²⁷ Isidor Loeb, a.e., s. 55.

²⁸ Isidor Loeb, a.e., s. 54.

²⁹ Marcus Dearle, Tina Dunn, David Hodson vs, International Aspects of Family Law, Solicitors Family Law Association, 2. Baskı, 2004, s.144 vd ve John Murphy, International Dimensions in Family Law, Manchester University Press, 2005, s.16.

³⁰ John Murphy, a.g.e., s.17. Anne Sanders, a.g.e., s.5

sözleşmelerini kamu düzenine aykırı kabul etmek yerine öncelikle boşanma sistemini zorlaştırmak gerektiği dile getirilmiş ve kanun koyucunun son yıllarda bu yönde herhangi bir çabası olmadığı belirtilmiştir³¹. Ayrıca İngiliz mahkemeleri anlaşmalı boşanma protokollerini dahi kamu düzenine aykırı bulmamış, bunun gerekçesi olarak da bu noktadan itibaren eşleri bir arada yaşamaya zorlayacak herhangi bir hükmün bulunmadığı belirtilmiştir³². Dolayısıyla boşanma sisteminin kolay olduğu, anlaşmalı boşanma protokollerinin dahi kamu düzenine aykırı sayılmadığı bir hukuk düzeninde mal rejimi sözleşmelerini kamu düzenine aykırı bulan görüş daha fazla yaşama alanı bulamamıştır ve İngiliz Mahkemeleri'nin mal rejimi sözleşmelerine yönelik katı tutumunda yumuşamalar başlamıştır.

Bu konudaki en güncel ve geniş kapsamlı kararlardan biri *Radmacher v. Granatino* (EWCA Civ. 649- 2009, 2. F.L.R. 1181)³³ davasıdır. Söz konusu davada Bayan Radmacher varlıklı bir Alman ailenin çocuğudur. Fransız vatandaşı Bay Granatino ise J.P. Morgan şirketinde çalışmaktadır ve yıllık geliri 300.000 pound dur. Taraflar evlenmeden önce Almanya'daki bir noterde düzenleme şeklinde bir mal rejimi sözleşmesi yapmışlardır. Bu sözleşmede boşanma halinde eşlerin mallar üzerindeki haklarının neler olacağı tek tek belirtilmiştir. Çift 1998 yılında evlenmiştir. Evlilikten sonra Bayan Radmacher'in babası kızının hesabına 100.000.000 pound göndermiştir. İki çocuk sahibi olan çiftin bir süre sonra evliliklerinde problemler yaşanmaya başlamıştır. Bu arada Bay Granatino çalıştığı işten ayrılarak Oxford Üniversitesi'nde doktora yapmaya başlamıştır. Çift 2006 yılında boşanmıştır. Söz konusu davada İngiliz Temyiz Mahkemesi, eşler arasında gerçekleştirilen mal rejimi sözleşmesinin geçerli kabul edilip edilmeyeceğini tartışmış ve sonuçta sekize bir oy çokluğuyla sözleşmeye geçerlilik tanınacağına karar verilmiştir³⁴. İlk defa bir mal rejimi sözleşmesine geçerlilik tanıyan bu kararda, mahkemelerin karar vermeden önce dikkate alması gereken konular da belirtilmiştir. Buna göre bir mahkeme eşler arasındaki mal rejimi sözleşmesine geçerlilik tanımadan önce şu üç temel konuyu

³¹ Anne Sanders, a.e. s.6.

³² Anne Sanders, a.e.6. Aşağıda incelenecek Radmacher kararı da İngiliz Mahkemelerinin anlaşmalı boşanma protokollerini kamu düzenine aykırı bulmadığını ortaya koyduğu davalara örnektir.

³³ Söz konusu kararın özeti için bkz. Anne Sanders, s. 2-16.

³⁴ İngiliz Temyiz Mahkemesinin söz konusu kararı için bkz.

http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2009_0031_Judgment.pdf (Çevrimiçi 20.11.2013)

incelemelidir; 1-) mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı andaki koşullar 2-) mal rejimi sözleşmesinin içeriği ve 3-) eşlerin bu sözleşme yapıldıktan sonraki ilişkilerinin gelişimi. Eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapıldıktan sonraki ilişkilerinin gelişiminin dikkate alınmasının nedeni evlilik süresince eşlerin karşılaşabileceği her türlü koşulu öngören bir mal rejimi sözleşmesinin yapılmasının imkansızlığıdır. Bu nedenle mahkemeler ancak bu üç konuyu irdeleyerek söz konusu mal rejimi sözleşmelerinin geçerli olup olmadığına karar vermelidir.

Ayrıca mahkemelerin eşlerin yapmış olduğu mal rejimi sözleşmeleri üzerinde değişiklik yapma yetkileri de mevcuttur. 1973 tarihli Evlilik Davaları Kanunu'nun (Matrimonial Causes Act. 1973) 25. maddesi kapsamında değerlendirilen mal rejimi sözleşmeleri günümüzde mahkemeler tarafından verilen yetkin tavsiyeler sonucunda şekillenerek adil ve resmi belge gücü kazanmaktadır³⁵.

2. Amerikan Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

Amerikan Hukuku'nda da İngiliz Hukuku'nda olduğu gibi evli kadının ehliyesiz olduğu kabul edilmekteydi. Dolayısıyla evli bir kadının herhangi bir malvarlığı da olamamaktaydı. Ancak 1839 yılında Mississippi eyaletinde kabul edilen Evli Kadının Malvarlığı Hakkında Kanun (Married Women Property Act) ile evli kadının mülk edinme hakkı ilk defa düzenlenmiş oldu³⁶. Daha sonra diğer eyaletler de benzer düzenlemeler yaparak kadının mülk edinme hakkını düzenlediler.

Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nde iki farklı mal rejimi sistemi yürürlüktedir. Kırtan fazla eyalette, İngiliz Hukuku'nda benimsenen "mal ayrılığı"

³⁵ Marcus Dearle, Tina Dunn, David Hodson, a.g.e. s.145. Mal rejimi sözleşmelerinin ancak hakimin onayından sonra bağlayıcılık kazanacağına ilişkin bkz. İkinci Bölüm s. 78. Hatta günümüzde Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin içerisindeki bazı Avrupa ülkelerinin benimsediği mal ortaklığı rejiminin artı ve eksileri İngiliz akademisyenler tarafından tartışılmaya başlanmıştır. Bkz. John Murphy, a.g.e., s.17.

³⁶ Böyle bir düzenleme yapılmasının ardındaki neden ise o tarihlerde kocaların çeşitli nedenlerle aylarca hatta yıllarca evden ayrı kalmalarının ailenin ekonomik çıkarları bakımından sıkıntı yaratmasıydı. Bkz. <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/366305/Married-Womens-Property-Acts> (Çevrimiçi 26.08.2013) Diğer eyaletlerin konuya ilişkin düzenlemelerinin ismi ve tarihi için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Married_Women's_Property_Acts_in_the_United_States (Çevrimiçi 26.08.2013)

rejimi benimsenmiştir. Ancak, Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington ve Wisconsin eyaletlerinde “mal ortaklığı” rejimi uygulanmaktadır³⁷. Eşlerin evlilikleri süresince farklı farklı eyaletlerde malvarlığı edinmeleri durumunda mal rejiminin tasfiyesinin nasıl yapılacağı ise, farklı iki tür mal rejiminin yürürlükte olması nedeniyle uygulamada birçok sorun yaratmıştır³⁸. Bu sorunların giderilmesi amacıyla Eyalet Kanunlarını Yeknesaklaştırma Komisyonu Ulusal Konferansı (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) tarafından 1983 tarihli Yeknesak Evlilik Malları Kanunu (Uniform Marital Property Act- UMPA) hazırlanmıştır. Söz konusu kanunda mal ortaklığı rejiminin temel ilkeleri benimsenerek eşlerin evlilik süresince edinilen mallar üzerinde eşit haklara sahip olması ve mal rejimi sona erdiğinde malların eşit paylaşılması hedef alınmıştır³⁹.

“Malların eşit paylaşımı” ilkesi, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (The American Law Institute- ALI) Evliliğin Sonlandırılmasına İlişkin İlkeleri (Principles of Family Dissolution Law) içerisinde de yer almaktadır⁴⁰. Mahkemeler tarafından eşler arasında malvarlığı bakımından eşitlik sağlanırken bazı malvarlığı değerleri kural olarak dikkate alınmaz. Bunlar, 1-) Evlilik süresince eşlerin kazanç elde etme kapasitelerindeki artış⁴¹ 2-) Eşlerin evlilik öncesi sahip oldukları malvarlığı değerleri

³⁷ Peter Hay, Russell J. Weintraub, Patrick J. Borchers, Conflict of Laws- Cases and Materials, 11. Bası, New York, 2000, s. 916, Micheal Davie, a.g.e., s. 856.

³⁸ Suzan Klebanoff, To Love and Obey 'Til Graduation Day- The Professional Degree in Light of the Uniform Marital Property Act, The American University Law Review, Vol.34: 839, 1985, p. 844-846.

³⁹ Suzan Klebanoff, a.g.e. s.846 ve June Miller Weisberger, Marital Property Discrimination: Reform for Legally Excluded Women, Elsevier Science Publishing Co., Inc., 1986 s.206-217. Makalenin tam metni için bkz. <http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=ostracism&seiredir=1&referer=http%3A%2F%2F> (Çevrimiçi 28.08.2013)

Ancak uygulamada sadece Wisconsin eyaleti UMPA ilkelerini değişiklik yapmadan benimseyerek mal ayrılığı rejimini terk etti ve mal ortaklığı rejimini benimsedi.

⁴⁰ Enstitünün eşit paylaşım ilkesine ilişkin açıklamaları için bkz. Carolyn J. Frantz, Hanoch Dagan, Properties of Marriage, Columbia Law Review, Vol.104, No. 1, 2004, s. 102 vd.

⁴¹ Uygulamada sadece New York Eyaleti'nde evlilik süresince eşlerin kazanç elde etme kapasitelerindeki artış mahkemeler tarafından dikkate alınmaktadır. Hesaplama ise, bir eşin evliliğin başlangıcındaki kazancı ile evlilik sona erdiği andaki kazancı (veya kazanabileceği miktar) arasındaki fark, diğer eşin o dönemlerdeki kazançları arasındaki farktan çıkartılarak yapılır. Çıkan sonuç aktif ise bu malvarlığı değeri ikiye bölünür. Bir eşin alacağı tespit edilir. Sonuç pasif ise borç eşler arasında yine eşit olarak paylaşılır. Ancak, evlilik süresince eşlerin kazanç elde etme kapasitelerindeki artışı dikkate almayan diğer eyaletler eşler arasındaki eşitsizliği nafaka değerleri üzerinde gerekli değişiklikleri yaparak gidermektedirler. Bkz. Carolyn J. Frantz, Hanoch Dagan, a.e. s. 107- 112.

ve 3-) Eşlerin bağışlama veya miras yoluyla elde ettikleri malvarlığı değerleridir⁴². Bu nedenle mahkemeler eşler arasındaki eşitliği, nafaka kurumundan yararlanarak sağlamayı tercih etmektedirler⁴³. Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi durumunda ise, eşitlik miras hükümleri ile sağlanmaya çalışılır. Sağ kalan eşin yasal miras payı çoğu eyalette 1/3 olarak kabul edilmiştir⁴⁴.

Amerikan Hukuku'nda mal rejimi sözleşmelerinin geçmişi çok da eskilere dayanmamaktadır⁴⁵. Bu konuda da, Eyalet Kanunlarını Yeknesaklaştırma Komisyonu Ulusal Konferansı (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws), 1983 yılında Yeknesaklaştırılmış Evlilik Öncesi Sözleşmeler Kanunu (The Uniform Premarital Agreement Act- UPAA) hazırlanmıştır. Söz konusu kanunun getirdiği temel ilkeler 27 eyalet⁴⁶ tarafından benimsenerek kendi Evlilik Öncesi Malvarlığı Sözleşmesi Kanun'larında (Premarital Property Agreement Act) gerekli değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu değişiklikler yapılırken UPAA'nın belirlediği temel ilkelerden yoğun olarak sapıldığı için Amerikan Hukuku'nun mal rejimi sözleşmelerine ilişkin kısmında gerçek anlamda bir yeknesaklaşma sağlanamamıştır. Söz konusu açığı gidermek adına 2012 yılında yine Eyalet Kanunlarını Yeknesaklaştırma Komisyonu Ulusal Konferansı tarafından Yeknesaklaştırılmış Evlilik Öncesi ve Evlilik Sözleşmeleri Kanunu (The Uniform Premarital and Marital Agreements Act- UPMAA) hazırlanmıştır. Kanunun isminden

⁴² Ancak gerek eşlerin evlilik öncesi sahip oldukları gerekse bağışlama veya miras yoluyla edindikleri malvarlığı değerlerinden elde edilen gelirler evlilik malları kapsamında yer almaktadır Bkz. Carolyn J. Frantz, Hanoch Dagan, a.e. s. 113 vd.

⁴³ Nafaka kurumu ve işleyişi için bkz. Carolyn J. Frantz, Hanoch Dagan, a.e. s. 119-124.

⁴⁴ Ancak yasal rejim olarak mal ortaklığı rejimini benimseyen eyaletlerde temel ilke, sağ kalan eşin, ölen eşin malvarlığının yarısı üzerinden aralarındaki mal rejiminden kaynaklanan bir mülkiyet hakkına sahip olması nedeniyle ayrıca mirasçı sıfatıyla terekeden pay alamamasıdır. Miras bırakanın kendi terekesini oluşturacak ½ hissesi üzerinde dilediği ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkı mevcuttur. Bu durum 1971 tarihli Yeknesaklaştırılmış Mal Ortaklığı Rejiminden Doğan Hakların Ölümüne Bağlı Kullanılması Kanunu'nda (The Uniform Disposition of Community Property Rights at Death Act) düzenlenmiştir.

⁴⁵ Glendon'ın 1976 yılında yayımlanan bir eserinde, mal rejimi sözleşmeleri "günün birinde gerçekleşme ihtimali yüksek bir olasılık" olarak zikredilmiştir. Bkz. Mary Ann Glendon, Marriage and the State: The Withering Away of Marriage, Virginia Law Review, Vol 62, No. 4, 1976, s. 709-710.

⁴⁶ Söz konusu eyaletleri gösteren harita ve grafikler için bkz. [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital Agreement Act](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital+Agreement+Act) (Çevrimiçi 28.08.2013)

de anlaşılacağı üzere sadece evlilik öncesi değil evlilik devam ederken yapılan sözleşmeler de kapsama alınmıştır.

2013 yılı itibarıyla Kuzey Dakota ve Colorado olmak üzere henüz iki eyaletin benimsediği kanunun⁴⁷ 4. maddesinde bu sözleşmelere uygulanacak hukuk belirlenmiştir. Söz konusu hükme göre “Eşler arasındaki sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği icra kabiliyeti ve yorumlanmasına, 1-)Yetkili mahkemenin bulunduğu yer ile sözleşmenin veya eşlerden birinin sıkı bağlantısı varsa ve bu hukukun uygulanması uygulanacağı eyaletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyecekse, eşlerin sözleşmede belirleyeceği yetkili mahkemenin bulunduğu yer hukuku uygulanır. 2-)Birinci fıkrada belirlenen hukuk ile uyumsuzluk arasında yeterince sıkı bağlantı yoksa bu hukukun hukuk seçimi kurallarının belirlediği yer hukuku uygulanır.”

UPMAA'nın 5. maddesi ise “Sözleşmeler Hukuku ve Hakkaniyet İlkeleri” başlığını taşımaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, bu kanunda aksine bir düzenleme olmadığı sürece mal rejimi sözleşmesi, sözleşmeler hukuku ve hakkaniyet ilkelerine tabi olacaktır. Dolayısıyla eşler aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesinin içeriğini, hakkaniyet ilkesine aykırı olmamak kaydıyla, diledikleri gibi belirleyebileceklerdir.

Aynı kanunun 6. maddesinde ise mal rejimi sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca mal rejimi sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmalı ve her iki eş tarafından imzalanmalıdır. Ayrıca bu sözleşmelerin bağlayıcılık kazanması için hakim onayına gerek olmadığı da hükümde açıkça belirtilmiştir.

⁴⁷ Eyaletlerin son durumlarını gösteren harita ve grafikler için bkz. [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital and Marital Agreements Act](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Premarital%20and%20Marital%20Agreements%20Act) (Çevrimiçi 29.08.2013)

B. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Mal Rejiminin Temel Özellikleri

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde yer alan ülkelerin mal rejimine ilişkin medeni hukuk düzenlemeleri ise iki temel grup içinde incelenebilir. Bunlardan birincisi Fransa'nın başını çektiği ve genelde Rusya, İspanya, Çek Cumhuriyeti gibi Avrupa ülkelerinde görülen "mal ortaklığı" rejimi; ikincisi ise, Almanya ve Alman Hukuku'ndan etkilenen İsviçre, Türkiye, Avusturya ve Yunanistan gibi ülkelerde benimsenen, "mal ayrılığı" esasına dayanan ve kazancın paylaşılmasını öngören yasal mal rejimleridir⁴⁸.

Söz konusu rejimleri birbirinden ayıran temel farklılık ise eşlerin bu mallar üzerinde sahip oldukları hak ve yetkilere ilişkindir. "Mal ortaklığı" rejiminde eşler, evlilik birliği devam ederken edinilen ortaklık malları üzerinde müşterek olarak aynı hak ve yönetim hakkı sahibi olurken, "mal ayrılığı" rejiminde her eş sadece kendi malları üzerinde aynı hak ve yönetim hakkı sahibidir⁴⁹. Dolayısıyla mal ayrılığı rejiminde, mal ortaklığı rejiminden farklı olarak, evlilik birliği nedeniyle, eşlerin ortak olarak üzerinde aynı hak sahibi oldukları ve birlikte yönetecekleri bir malvarlığı söz konusu değildir⁵⁰.

Eşlerin kendilerine uygulanacak mal rejimini seçebilmelerine ilişkin irade özgürlüğü konusunda ise bu iki rejim arasında temel ilkeler bakımından hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Kıta Avrupası Hukuk sistemi içerisinde yer alan bu ülkeler, yasal mal rejimi olarak hangi mal rejimini benimsemiş olursa olsun, eşlere kendilerine uygulanacak mal rejimini seçebilme yetkisi tanımışlardır⁵¹. Ancak bu yetki Anglo Sakson Hukuk Sisteminde olduğu gibi sınırsız değildir. "Sınırlı sayı" ve "tipe bağlılık" ilkeleri ile sınırlandırılmış durumdadır. Sınırlı sayı ilkesi, eşlerin kendilerine uygulanacak mal rejimi konusunda ancak ilgili kanunda düzenlenmiş

⁴⁸ Bkz. Zafer, Zeytin, a.g.e., s.33.

⁴⁹ Eugen Dietrich Graue, a.g.e., s. 169-170.

⁵⁰ Zeytin, a.g.e., s. 33.

⁵¹ Aşağıda inceleneceği üzere, sadece SSCB döneminde, eşlerin mal rejimi sözleşmesi yaparak mal ortaklığı rejiminden başka bir mal rejimi seçmeleri yasaktı.

olan mal rejimlerinden birini seçebilmelerini ifade etmektedir. Dolayısıyla eşlerin iç hukuklarında düzenlenmiş bulunan mal rejimi türlerinden başka bir mal rejimini seçebilmeleri mümkün değildir. Tıpe bağıllık ilkesi ise, eşlerin kanunda düzenlenmiş olan bu mal rejimi türlerinden karma bir mal rejimi yaratmalarını engellemektedir. Bu ilke gereği eşler seçtikleri mal rejimi türü üzerinde ancak kanunda izin verilen konularda bir takım değişiklikler yapabilmektedir.

Eşlerin irade özgürlüklerinin bu ilkeler doğrultusunda sınırlandırılmasının temel nedeni, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin emredici nitelik taşıdığı kabul edilmesidir⁵². Dolayısıyla eşlere kendilerine uygulanacak mal rejimini seçmek konusunda verilen irade özgürlüğü istisnai niteliktedir ve ancak sınırlı sayı- tıpe bağıllık ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla kullanılabilir. Bu ilkelerle işlem güvenliğinin sağlanmasının yanı sıra aile üyelerinin de menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır⁵³.

Şimdi “mal ortaklığı” rejimini benimseyen ülkelerden Fransa ve Rusya ile kazancın paylaşılması esasına dayalı “mal ayrılığı” rejimini benimseyen ülkelerden Almanya ve İsviçre düzenlemelerine kısaca değinelim.

1. Fransız Hukuku’nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

Yasal mal rejimi olarak “mal ortaklığı” rejimini benimseyen Fransa’da 13 Temmuz 1965 tarihinde kabul edilip 1 Şubat 1966 tarihinde yürürlüğe giren “Mal Rejimleri Reformu Kanunu” öncesinde “taşınırlarda ve kazançta ortaklık” esasına dayalı bir mal ortaklığı rejimi hüküm sürmekteydi. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nda yer alan bu yasal rejimde bütün taşınırlar ve evlendikten sonra ivazlı olarak elde edilen değerler, ortak mal kabul ediliyor ve evliliğe getirilen taşınmaz mallar, getiren

⁵² Suat Sarı, a.g.e.,s. 9.

⁵³ Suat Sarı,a.g.e.,s.12.

eşin kişisel malı sayılıyordu⁵⁴. Karı ve kocanın kişisel malları ile ortaklık malları üzerindeki yönetim hakkı kocaya aitti⁵⁵.

Bu durum özellikle mal rejiminde reform çalışmalarının hız kazandığı 1959-1961 yılları arasında Fransız Parlamentosunda çok tartışılmıştır. Tartışmanın temel konusunu karının mallarının yönetimi oluşturmaktaydı. Senato, mevcut rejimin gereği gibi işlemesi için karının malları üzerinde kocanın yönetim hakkının var olması gerektiğini savunurken, Ulusal Meclis kadın bakımından gerçek eşitliğin sağlanabilmesi için kişisel mallarının yönetiminin kendisine bırakılması gerektiğini belirtiyordu⁵⁶.

Mal Rejimleri Reformu Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Şubat 1966 tarihinden itibaren ise “kazanç ortaklığı” esasına dayalı bir mal ortaklığı rejimi olan “sonradan kazanılan mallarda ortaklık rejimi” yasal rejim olarak uygulanmaya başladı. Fransız Medeni Kanunu m.1400- 1491 arasında ayrıntılı olarak düzenlenen bu rejimde eşler evlenmeden önce sahip oldukları malların maliki olarak kalmaya devam ederler ama evlendikten sonra gerek tek başlarına gerekse birlikte elde ettikleri kazançlar ortaklığın temelini oluşturur. Bu kazançlar, eşlerin mesleki faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar olabileceği gibi kişisel mallarından elde ettikleri gelirler de olabilir⁵⁷. Ancak evlilik birliği devam ederken miras veya bağışlama yoluyla elde ettikleri malvarlığı değerleri ortaklık kapsamında değerlendirilmemekte, eşlerin kişisel malı kabul edilmektedir⁵⁸. Mal rejimi sona erdiğinde ise, mahkemeler denkleştirme yaparken, zayıf tarafın korunması amacıyla, eşlerden birine ait olan

⁵⁴ Böylece taşınmazların başka bir ailenin eline geçmesi engellenmeye çalışılıyordu. Çünkü ekonomisi tarıma dayalı bu toplumda taşınmazlar büyük ekonomik değer taşımaktaydı. Bkz. M. Beşir Acabey, a.g.e., s. 107.

⁵⁵ L. Neville Brown, The Reform of French Matrimonial Property Law, The American Journal of Comparative Law, Vol.14, Issue 2, 1965-1966, s.308. Alan Macdonald, The French Law of Marriage and Matrimonial Regimes, International and Comparative Law Quarterly Vol.1, Issue 3, s.318. 1907 yılında gerçekleştirilen ilk reform hareketlerinin etkisiyle karının kişisel malları ve ortaklık malları üzerinde sınırlı da olsa yönetim yetkisi kazanmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Alan Macdonald, a.g.e., s.319-320.

⁵⁶ L. Neville Brown, a.g.e.,s. 310.

⁵⁷ Acabey, a.g.e., s108, L. Neville Brown, a.g.e.,s. 312.

⁵⁸ John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker, Principles of French Law, Oxford University Press, 1998, s.255. Alan Macdonald, The French Law of Marriage and Matrimonial Regimes, International and Comparative Law Quarterly Vol.1, Issue 3, s.315.

taşınmazın diğerinin üzerine geçirilmesine hükmedebilmektedir⁵⁹. Dolayısıyla bu rejimde mal rejiminin tasfiyesinde bir aynı hak devri söz konusu olabilmektedir.

Eşlerin kişisel mallarının yönetimi konusunda ise, yukarıda bahsi geçen tartışmalar sona ermiş ve reform sonrasında karının kişisel malları üzerindeki yönetim hakkı tam olarak tanınmıştır. Ortaklık mallarının yönetimi konusundaki yetki ise hem karı hem de koca tarafından kullanılabilir. Ancak bu yetkinin eşlerden biri tarafından kullanıldığı birçok konuda diğer eşin onayı gerekmektedir. Örneğin, ortaklık mallarının bağışlanması, bir taşınmazın devri veya kiraya verilmesi, ortaklık mallarından oluşacak her türlü ticari işletmenin kuruluş işlemleri ancak diğer eşin onayı ile bir eş tarafından gerçekleştirilebilecek işlemlerdir⁶⁰.

Fransız Medeni Kanunu'nda sözleşmesel mal rejimi türleri de düzenlenmiştir. Bunlar, mal ayrılığı (m.1536 vd.), kazanç ortaklığı (m. 1569 vd.) ve genel mal ortaklığı (m.1526 vd.) rejimleridir. Ancak uygulamada mal rejimi sözleşmelerine çok sık rastlanmamaktadır. Mal rejimi sözleşmesi yapma oranı %10 civarındadır ve bu sözleşmelerin %60'ında mal ayrılığı rejimi seçilmektedir⁶¹.

Diğer Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi Fransız Medeni Hukuku'nda da sözleşmesel mal rejimi türleri bakımından “sınırlı sayı” ve “tipe bağlılık” ilkeleri geçerlidir. Dolayısıyla, yasal mal rejimine tabi olmak istemeyen eşler aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yaparak kendilerine uygulanacak mal rejimi türünü belirlerken Fransız Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş bu üç tür mal rejimi ile bağlıdırlar. Diğer bir deyişle, Fransız Medeni Kanunu'nda düzenlenmemiş bir mal rejimi türünü seçme serbestisine sahip değildirlere.

Ayrıca Fransız Hukuku'nda mal rejimi sözleşmesinin yapılma zamanına göre farklı usuller öngörülmektedir. Fransız Medeni Kanunu m. 1395 uyarınca eşler arasındaki

⁵⁹ Branka Resetar, Matrimonial Property in Europe: A Link Between Sociology and Family Law, Electronic Journal Of Comparative Law, Vol.12.3, 2008, p. 6. Makalenin tam metni için bkz. <http://www.ejcl.org/123/art123-4.pdf> (Çevrimiçi 06.06.2013)

⁶⁰ L. Neville Brown, a.g.e., s. 313. John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker, a.g.e., s. 255.

⁶¹ John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker, a.g.e., s.254-255.

mal rejimi sözleşmesi evlilik birliği kurulmadan önce yapılacak ise bu sözleşmenin noter tarafından onaylanması gerekmektedir. Evlilik birliği kurulduktan sonra yeni bir mal rejimi seçilmesi veya var olan mal rejiminin değiştirilmesi ise ancak hali hazırdaki mal rejiminin kabulünün üzerinden iki yıl geçmesi ile birlikte noterde yapılan seçim veya değişikliğin eşlerin yerleşim yeri mahkemesi tarafından onaylanması ile mümkündür (m.1397). Dolayısıyla evlilik birliği kurulduktan sonra yeni bir mal rejimine geçiş ancak hakim onayıyla mümkün olabilmektedir. Mal rejimi sözleşmesinin yapılma zamanına göre farklı usuller öngörülmesinin sebeplerinden biri eşlerle hukuki işlem yapacak üçüncü kişiyi korumak, diğeri ise bir eşin diğeri üzerinde baskı kurarak istemediği bir sözleşmeyi ona dayatmasını engellemektir⁶². Eşler arasında gerçekleştirilen evlilik sözleşmelerinin sağ kalan eşin miras hakkına hanel getirmeyeceği de yine aynı kanunun 1389'uncu maddesinde düzenlenmiştir⁶³.

2. Rus Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

Rus Hukuku'nda mal rejimine ilişkin ilk düzenleme olan 1882 tarihli Evli Kadınların Mallarına İlişkin Kanun'nda (Married Women's Property Act) eşler arasında "mal ayrılığı" rejimi geçerliydi. 1918 tarihli Aile Kanunu'nda (The Family Code) da aynı rejim korunmuştu. Ancak o dönemde mal ayrılığı rejiminin ev kadınları bakımından hakkaniyetsizlik yarattığına ilişkin eleştiriler gündeme gelmiş ve doktrinde ev kadınının emeğinin fabrikada çalışan kocanın emeği kadar değerli olduğu ifade edilmişti⁶⁴. Daha sonra 1926 tarihli yeni bir Aile Kanunu düzenlendi. Bu kanunun 10. maddesi uyarınca⁶⁵ eşlerin evlilik öncesi sahip oldukları malvarlıkları üzerindeki mülkiyet hakları birbirlerinden bağımsız şekilde devam edecek ancak evlilik birliği süresince edinilen malvarlığı üzerinde "mal ortaklığı" rejimi hüküm sürecekti. Mal rejiminin sona ermesi halinde tasfiye aşamasında eşler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar mahkeme tarafından çözümlenecekti.

⁶² Isidor Loeb, a.g.e., s. 54.

⁶³ Fransız Medeni Kanunu'nun İngilizce tam metni için bkz.

www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/.../Code_22.pdf (Çevrimiçi 31.07.2013)

⁶⁴ Bkz. E. L. Johnson, Matrimonial Property in Soviet Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 16, No. 4, 1967, p. 1108.

⁶⁵ 1926 tarihli Aile Kanunu'nun 10. maddesinin İngilizce metni için bkz. Johnson, a.g.e. s.1108-1109.

Bu dönemde eşler arasında sözleşmesel mal rejimi mevcut değildi⁶⁶. Dolayısıyla eşlerin mal rejimi sözleşmesi yaparak başka bir mal rejimi türü seçmeleri yasaktı. Bütün eşlere “mal ortaklığı” rejimi uygulanmaktaydı.

SSCB'nin yıkılışından sonra kurulan Rusya Federasyonu'nda eşler arasındaki mal rejimine ilişkin düzenleme 1995 tarihli Rusya Federasyonu Aile Kanunu'nda⁶⁷ yer almaktadır. Söz konusu kanunun 33. maddesinin 1. fıkrası⁶⁸ uyarınca eşler arasında yasal mal rejimi olarak “mal ortaklığı” rejimi geçerlidir. Bu rejimde, eşlerin evlilikleri boyunca bir emek karşılığı elde ettikleri kazançla edindikleri bütün mallar ortaklık mallarını oluşturur. Dolayısıyla örneğin, fikri mülkiyet hakkından elde edilen gelirler, emekli aylıkları, sosyal güvenlik kurumlarından yapılan ödemeler, işverenin yaptığı ödemeler ve haksız fiil sonucunda ödenen maddi tazminatlar dahi ortaklık malları kapsamında değerlendirilir (m.34 f.2) Eşler söz konusu ortaklık malları üzerinde mal rejimi devam ettiği sürece iştirak halinde maliktir. Mal rejiminin sona ermesi durumunda ise tasfiye, eşlerin noterde yapacakları bir sözleşme ile gerçekleşebilir (m.38 f.2). Eşlerin, ortaklık mallarının paylaşımı konusunda anlaşamamaları durumunda, tasfiye mahkeme kararıyla sağlanır. Mahkeme verdiği kararda hangi malın hangi eşe devredileceğine hükmeder (m.38 f.3 c.2) Dolayısıyla bu rejimde kural olarak aynı tasfiye söz konusudur. Ortaklık mallarının tasfiyesi sırasında malların değerlerindeki farklılıklar nedeniyle eşler arasında tam bir eşitlik sağlanamazsa, mahkeme, kendisine daha fazla değerde malvarlığı devredilen eşin, diğer eşe, bu fazlalığı karşılamak üzere tazminat ödemesine hükmedebilir (m.38 f.3 c.3)

⁶⁶ Olga A. Khazova, Family Law on Post- Soviet European Territory: A Comparative Overview of Some Recent Trends, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 14, 2010, p.3. Söz konusu makalenin tam metni için bkz. <http://www.ejcl.org/141/art141-3.pdf> (Çevrimiçi 31.05.2013)

⁶⁷ 1995 tarihli Rusya Federasyonu Aile Kanunu'nun İngilizce tam metni için bkz. <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf> (Çevrimiçi 31.05.2013)

⁶⁸ 1995 tarihli Rusya Federasyonu Aile Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Russia-Property-Legislation.pdf> (Çevrimiçi 31.05.2013)

SSCB döneminden farklı olarak, aynı kanunun 42. maddesinde, eşlere mal rejimi sözleşmesi yapma yetkisi tanınmıştır⁶⁹. Bu düzenlemeye göre eşler, aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile malların tamamı veya bir kısmı üzerinde “mal ayrılığı” rejiminin uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi yasal mal rejimi olan mal ortaklığı rejimi üzerinde de kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik yapabileceklerdir. Dolayısıyla “sınırlı sayı” ve “tipe bağlılık” ilkeleri Rus sözleşmesel mal rejimi hükümlerinde de mevcuttur denilebilir.

Eşlerin aralarındaki mal rejimi sözleşmesinin, eşlerden biri ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişinin haklarına etkisi konusunda ise, bu çalışmanın kapsamında incelenen diğer ülkelerdeki düzenlemelerden farklı bir düzenleme mevcuttur. 1995 tarihli Rusya Federasyonu Aile Kanununun 46. maddesinde yer alan hükme göre, eşler, aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yaptıklarını veya bu sözleşmeyi değiştirdiklerini ya da sona erdirdiklerini, hukuki ilişkiye girdikleri üçüncü kişiye bildirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, yaptıkları mal rejimine ilişkin sözleşme üçüncü kişiye karşı olan sorumlulukları bakımından dikkate alınmayacaktır. Diğer bir deyişle, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumlarda, mal rejimi sözleşmesinin eş ile üçüncü kişi arasındaki hukuk ilişkiye hiçbir etkisi olmayacaktır.

3. Alman Hukuku’nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

1900 tarihli Alman Medeni Kanunu’nda benimsenen yasal mal rejimi “mal ayrılığı” rejimi idi. Bu rejimde her eş kendi malvarlığı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmaktadır. Ancak yönetim ve yararlanma hakları bakımından kadın aleyhine bir sınırlama mevcuttu. Buna göre kadının mallarının yönetimi ve bu mallardan yararlanma kocanın yetkisindeydi. Ancak kocanın karısının taşınmazları üzerinde tasarruf yetkisi bulunmuyordu⁷⁰.

⁶⁹ Sadece Rusya Federasyonu’nda değil, SSCB’nin yıkılışından sonra kurulan diğer bütün devletlerin aile kanunlarında da eşler arasında mal rejimi sözleşmesi yapılmasına izin verilmektedir. Bkz. Olga A. Khazova, a.g.e., s. 5.

⁷⁰ Necla Öztürk Yılmaz, Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2006, s. 39.

01.07.1957 tarihli Eşit Haklar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte Alman Medeni Kanunu'nun mal rejimine ilişkin hükümlerinde de kadın-erkek eşitliğini öngören değişiklikler yapıldı. Böylece “kazanç ortaklığını” öngören bir mal ayrılığı rejimi yasal mal rejimi olarak düzenlenmiş oldu. Bu rejime göre her bir eş, gerek evlenmeden önce sahip olduğu gerekse evlilik birliği devam ederken edindiği malvarlığı üzerinde diğer eşten bağımsız olarak mülkiyet hakkına sahiptir. Her eş kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Bu tasarrufun iki istisnası mevcuttur. Bunlar ev eşyası (m.1369) ile malvarlığının bütünü (m.1365) üzerindeki tasarruflardır⁷¹. Bu tür tasarruflar, ancak diğer eşin rızası alınarak, malik eş tarafından gerçekleştirilebilmektedir.

Evlilik birliğinin sona ermesi ile birlikte mal rejiminin tasfiyesi aşamasına geçilir. Bu aşamada eşlerin her birinin evlenmeden önce sahip olduğu malvarlığı, mal rejimi sona erdiğinde sahip olduğu malvarlığından çıkarılır. Dolayısıyla bir eşin evlenmeden önce sahip olduğu bir kişisel malındaki evlilik süresince gerçekleşen değer artışı dahi tasfiye konusu yapılmaktadır⁷². Bunun temel sebebi Alman Hukuku'nda evliliğin sadece manevi değil maddi anlamda da bir kader ortaklığı olarak görülmesidir⁷³. Çıkan sonuçlar her bir eşin evlilik birliği süresince elde ettiği kazancı oluşturur. Bu kazançlar birbirinden çıkarılır ve kalan miktarın yarısı üzerinde daha az kazanca sahip eş lehine bir alacak hakkı doğar⁷⁴. Dolayısıyla burada daha az kazanca sahip eş lehine, kural olarak aynı bir talep değil sadece şahsi bir talep hakkı doğmaktadır. Ancak alacaklının borçludan aynı talepte bulunabileceği istisnai bir durum Alman Medeni Kanunu m. 1383'te düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca alacaklının talebi üzerine hakim, borçlunun menfaatine aykırı bir durum yaratmamak kaydıyla hakkaniyete aykırı bir sonuçtan alacaklıyı korumak için,

⁷¹ Alman Medeni Kanunu'nun İngilizce tam metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf (Çevrimiçi 06.06.2013)

⁷² Oysa aşağıda açıklanacağı üzere İsviçre ve Türk Hukuklarında yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin kişisel mallarındaki değer artışı bu şekilde tasfiye işlemine dahil edilmemektedir. Bkz. aşağıda s. 27 vd., 33 vd.

⁷³ Hanswerner Odendahl, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Alman Yasal Mal Rejimi ile Karşılaştırılması ve Alman Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimi, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı- III. Dönem 17-18 Kasım 2006, T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, s. 115.

⁷⁴ Branka Resetar, a.g.e., s. 5.

borçlunun bir taşınmazının alacaklıya devrine hükmedebilir. Alacaklı dava dilekçesinde devrini talep ettiği taşınmazı belirtmek zorundadır.

Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi durumunda ise, kural olarak, sağ kalan eşin miras payının artırılması yoluna gidilir.⁷⁵ Alman Medeni Kanunu'nun 1371. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sağ kalan eşin miras payı dörtte bir oranında arttırılarak kazancın denkleştirilmesi sağlanır. Bu durumda artık mal rejiminin tasfiyesi yapılmayacaktır. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, ölen eşin yaptığı ölüme bağlı bir tasarruf sonucunda sağ kalan eş lehine belirli bir malvarlığı bırakılmadığı takdirde, sağ kalan eş, arttırılmış miras payını reddederek, kazancın yukarıda açıklanan mal rejiminin tasfiyesi yöntemi kullanılarak denkleştirilmesini talep edebilir. Bu durumda sağ kalan eş mal rejiminin tasfiyesi sonucunda edindiği mal varlığının yanı sıra miras hukuku hükümleri uyarınca saklı payını da elde etmiş olacaktır.

Alman Medeni Kanunu'nda da sözleşmesel mal rejimi türleri düzenlenmiştir. Bunlar “mal ayrılığı” (m.1414) ile “mal ortaklığı” (m. 1415 vd.) rejimleridir. Yine “sınırlı sayı” ve “tipe bağlılık” ilkeleri gereği eşlerin kanunda yer almayan başka bir mal rejimi türünü seçme veya bu mal rejiminden karma bir rejim oluşturma imkanları mevcut değildir. Uygulamada mal rejimi sözleşmelerine pek sık rastlanmamakla birlikte, yapılan mal rejimi sözleşmelerinin çoğunda eşler tarafından “mal ayrılığı” rejimi tercih edilmektedir⁷⁶. Söz konusu sözleşmelerin noter tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.

4. İsviçre Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak kabul edilen “mal birliği” rejimi, 1988 yılında yürürlüğe giren Aile Reformu Kanunu ile yerini “edinilmiş mallara katılma rejimine” bırakmıştır. “Edinilmiş mallara katılma rejimi” de, temelde eşler arasında kazanç ortaklığını öngören bir mal ayrılığı rejimidir.

⁷⁵ M. Beşir Acabey, s. 115-118.

⁷⁶ Branka Resetar, a.g.e., s. 14.

Dolayısıyla bu rejim ile Alman Medeni Kanunu'nda benimsenen yasal mal rejimi arasında ciddi benzerlikler mevcuttur. Her iki rejimde de evlilik birliği devam ederken eşler arasında mal ayrılığı rejimi hüküm sürmekte iken evlilik sona erdiğinde evlilik birliği süresince edinilen kazançlar eşler arasında paylaştırılmaktadır.

Ancak bu iki rejim arasında bazı farklılıklar da yok değildir⁷⁷. Örneğin, eşlerin kendi malları üzerindeki tasarruf yetkilerinin sınırı konusunda Alman Medeni Kanunu'nda yer alan ev eşyası ve malvarlığının bütünü üzerindeki tasarruflarda diğer eşin rızasının aranması gerektiğine ilişkin düzenlemeler İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almamaktadır. Bunun yerine İsviçre Medeni Kanunu'nun "Evlenmenin Genel Hükümleri" bölümünde, evlilik birliğini korumaya yönelik tedbir niteliğinde hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre bazı malların eşlerden biri tarafından devredilmesi hakim tarafından yasaklanabileceği gibi (m. 178) aile konutuna ilişkin bazı tasarruflarda da diğer eşin rızasının aranması zorunlu tutulmaktadır (m. 169)⁷⁸.

Evliliğin ölümle sona ermesi durumunda da söz konusu iki mal rejimi arasında farklılık mevcuttur. Alman Medeni Hukuku'nda sağ kalan eş lehine miras payının arttırılması ve bu yolla denkleştirmenin sağlanmasına ilişkin hüküm İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almamaktadır. İsviçre Medeni Kanunu ölüm halinde iki ayrı tasfiye yapılmasını öngörmektedir. Buna göre sağ kalan eş öncelikle mal rejiminin tasfiyesi sonucunda kendisine düşen kısım üzerinde alacak hakkına sahip olacak daha sonra ölen eşin terekesi üzerinden kendi miras payını alacaktır.

Ayrıca söz konusu mal rejimlerinin tasfiyesine ilişkin bazı farklılıklar da mevcuttur. İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenen tasfiye işlemleri Alman Hukuku'na kıyasla çok daha detaylı ve karmaşık bir yapıdadır⁷⁹.

⁷⁷ Bu iki rejim arasındaki farklılıklar konusunda detaylı bilgi için bkz. M. Beşir Acabey, s. 130 vd.

⁷⁸ İsviçre Medeni Kanunu'nun İsviçre Konfederasyonu internet sitesinde yer alan resmi olmayan İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf> (Çevrimiçi 07.09.2013)

⁷⁹ Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye aşaması için bkz. aşağıda s. 45.

İsviçre Medeni Kanunu'nda da eşlere mal rejimi sözleşmesi (m. 182 vd.) yaparak kendilerine kanunda yer alan diğer mal rejimi türlerinden birinin uygulanmasını sağlama imkanı tanınmıştır. Kanunda yer alan sözleşmesel mal rejimi türleri; mal ortaklığı rejimi (m.221 vd.) ve mal ayrılığı rejimidir (m.247 vd.). Mal ortaklığı rejiminde, eşlerin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar ortaklık malı kabul edilmektedir. Bir malın kendi kişisel malı olduğunu iddia eden eş bunu ispat etmekle yükümlüdür. Mal ayrılığı rejiminde ise, her eş kendi kişisel malı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Mal rejimi sona erdiğinde herhangi bir tasfiye işlemi yapılmamaktadır. İsviçre Hukuku'nda da yine "sınırlı sayı" ve "tipe bağlılık" ilkeleri geçerlidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun mal rejimine ilişkin hükümleri İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edildiği ve aşağıda detayıyla açıklanacağı için tekrardan kaçınmak amacıyla İsviçre mal rejimi sistemine ilişkin açıklamaları bu noktada kesmek daha uygun görünmektedir.

IV. Türk Hukukunda Mal Rejimi

Türk Hukuku'nda 1926-2002 yılları arasında yürürlükte kalan ilk medeni kanunumuz olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimi benimsenmişti. Bu rejimde her bir eş kendi malı üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahip kılınmıştı. Evlilik birliği sona erdiğinde ise tasfiyesi gereken herhangi bir mal varlığı söz konusu olmamaktaydı.

Ancak aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, söz konusu rejimin uygulamada yarattığı adaletsizlikler 1980'li yıllardan itibaren yeni bir yasal mal rejimi üzerine çalışmalar yapılmasına neden olmuştur. Bu çalışmaların sonucunda 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir. Eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince elde ettikleri kazancın paylaşılması esasına dayanan bu rejimde evlilik birliği sona erdiğinde detaylı bir tasfiye işlemi yapılmaktadır. Şimdi bu mal rejimlerinin özelliklerini daha detaylı incelemeye çalışalım.

A. 743 sayılı “Türk Kanunu Medenisi” Döneminde Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk medeni kanunu olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, dönemin İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilerek 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İktibas işlemi sırasında İsviçre Medeni Kanunu'nun pek çok hükmü aynen muhafaza edilirken, mal rejimi sistemi bakımından çok önemli bir değişiklik yapılmıştır. Türk kanun koyucu, dönemin İsviçre Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak “mal birliği” rejimi düzenlenmiş olmasına rağmen Türk Kanunu Medenisi'nde yasal mal rejimi olarak “mal ayrılığı” rejimini benimsemişti. Böyle bir değişikliğe gidilmesinin sebebinin “Türk gelenek ve alışkanlıklarında, kocanın kadından yardım görmesi veya onun mallarından yararlanmasının hoş görülmemesi, bu durumun tabir caizse erkeklik onuruna dokunacağı”⁸⁰ yönündeki düşünceler oluşturmaktaydı. Hatta, o dönemde yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejiminin tercih edilmiş olmasının “Türk kadınının hukuki durumunu İsviçre kadınıninkinden daha müsait bir hale koyduğu”⁸¹ görüşünü savunanlar dahi mevcuttu⁸².

Mal ayrılığı rejiminde her eş kendi malları üzerindeki mülkiyet hakkına sahip olmaya devam eder, mallarını dilediği gibi yönetebilir ve onlardan yararlanabilirdi. Eşlerin kendi mallarının gelirleri kendilerine ait olmaktaydı. Kendi borçlarından da sadece kişisel malvarlıkları ile sorumlu olmaktaydılar. Ancak koca evlilik birliğinin “reisi” olarak kabul edildiği için, karısının evlilik birliğini temsilen yaptığı borçlardan da kendi malvarlığı ile sorumlu tutulabiliyordu. Ayrıca, kadının kocası yararına üçüncü kişilere borçlanması için sulh hukuk mahkemesi hakiminin onayı gerekirdi⁸³. Evlilik

⁸⁰ Bkz. Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1986, s. 215.

⁸¹ Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku- Cilt II- Aile Hukuku, 1948, s. 132.

⁸² Bu dönemde yasal mal rejimi olarak “mal ayrılığı” rejimi düzenlenirken, mehir kurumunun göz ardı edilmesinin kadının ekonomik durumunu kötüye götürdüğü yönündeki eleştiriler için bkz. Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005 s.5, Veysel Nargül, age, s.69.

⁸³ O dönemde İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu onayın sebebini, borç altına giren evli kadını, girdiği borcun sonuçlarını iyi düşünmemesi nedeniyle alabileceği riskten korumak, olarak açıklamaktaydı. Oğuzman ise söz konusu gerekçeyi yetersiz bularak bu sebebin ancak tali bir sebep olabileceğini belirterek söz konusu hükmün esas amacının, evli kadını, kocasının etkisi altında kalarak

birliğinin sona ermesinin eşlerin malvarlıkları bakımından hiçbir etkisi olmadığı için herhangi bir tasfiye işlemine de gerek kalmamaktaydı.⁸⁴

Türk Kanunu Medenisi'nde sözleşmesel mal rejimi sistemi de mevcuttu. Dolayısıyla eşler evlenmeden önce veya sonra bir mal rejimi sözleşmesi yaparak, kanunda düzenlenmiş olan “mal birliği”⁸⁵ veya “mal ortaklığı”⁸⁶ rejimlerinden birini seçebilme hakkına sahiptiler. Ancak kanunda yer alan söz konusu mal rejimi türlerinden başka bir mal rejimi türü seçme (sınırlı sayı ilkesi) veya bu mal rejimi türlerinden karma bir rejim yaratarak (tipe bağlılık ilkesi) onun kendilerine uygulanmasını talep etme hakları yoktu. Eşler seçtikleri mal rejimi üzerinde sadece kanunda izin verilen konularda değişiklik yapabiliirdi.

Mal rejimi sözleşmeleri resmi şekle tabi olup ancak noterde düzenleme şeklinde yapılabilmekteydi. Evlenmeden sonra gerçekleştirilen mal rejimi sözleşmelerinin ayrıca eşlerin ikametgahındaki sulh hukuk mahkemesi tarafından onaylanması gerekirdi. Mal rejimi sözleşmesinin, üçüncü kişilere karşı da etkili olabilmesi için, noterdeki mal rejimi siciline tescili ve mal rejimi türünün ilanı gerekirdi.

Türk Kanunu Medenisi'nde olağanüstü usul de düzenlenmişti. Buna göre, eşlerden birinin iflası halinde, mevcut mal rejimi ne olursa olsun, kanun gereği- kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmekteydi. Ayrıca, kocanın, karısına ve çocuklarına bakma borcunu yerine getirmemesi, karısının kişisel malları için istediği teminatı vermemesi ve borç ödemekten aczi söz konusu olduğunda, karının istemi üzerine hakim mal

borç altına girmekten kurtarmak olarak açıklamıştır. Dolayısıyla hakim onay işlemi gerçekleştirirken kadının kocasının etkisi altında kalıp kalmadığını iyi araştırmalıydı. Bkz. M. Kemal Oğuzman, Evli Kadınların Kocaları Menfaatine Üçüncü Şahıslarla Yaptıkları Hukuki Muameleler ve Türk Yargıtayı ile İsviçre Federal Mahkemesinin Bu Husustaki İçtihatları, İstanbul Barosu Dergisi, cilt 26, sayı 5, 1952 (ayrı bası, İsmail Akgün Matbaası, 1952, s.13-14. Bu hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu döneminde, kadın erkek eşitliğine aykırı olması sebebiyle, kanunda yer almamıştır.

⁸⁴ Evliliğin eşlerin malvarlığına hiçbir etkisinin olmaması durumu, o dönemde “mal rejimi” bakımından evlilerle evlilik dışı beraberlik yaşayanlar arasında herhangi bir fark mevcut değildi. Bkz. M. Argun Köteli, a.g.e., s. 169.

⁸⁵ Mal birliği rejiminde, eşlerden her ikisi de birliğe dahil olan malları üzerindeki mülkiyet haklarını korumaya devam etmekte ancak bu malların yönetimi ve bunlardan yararlanma kural olarak kocaya ait olmaktadır.

⁸⁶ Mal ortaklığı rejiminde ise, eşlerin kendi malları üzerindeki mülkiyet hakları sona ermekte, ortaklık malları üzerinde iştirak halinde mülkiyet ilişkisi kurulmaktaydı. Dolayısıyla, idari işlemler hariç, bütün tasarruflar ancak oybirliği ile gerçekleştirilebilmekteydi.

ayrılığına hükmederdi. Karının, borcunu ödemekten aczi, makul bir sebep olmadan kocanın yapacağı işlemlere onay vermekten kaçınması ve kişisel malları için teminat istemesi durumunda ise kocanın istemi üzerine hakim mal ayrılığına hükmederdi. Ayrıca eşlerden birinin aleyhine bir haciz işlemi yapılması durumunda da zarar gören üçüncü kişiler hakimden mal ayrılığına geçilmesini talep ederlerdi.

Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte kaldığı 75 yılı aşkın sürede, evli çiftlerin neredeyse tamamına mal ayrılığı rejimi uygulanmıştır. Bunun temel sebebi, o dönemlerde diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de mal rejimi sözleşmesi yapmak gibi bir eğilimin neredeyse hiç olmamasıydı⁸⁷. Başlangıçta, herkesin malının kendine ait olması esasına dayanan mal ayrılığı rejimi, kadın - erkek eşitliği bakımından en ideal rejim olarak görünse de zamanla bu rejimin özellikle ekonomik bir karşılık almadan ev içinde çalışan kadının aleyhine sonuçlar doğurduğu acı tecrübelerle öğrenilmeye başlandı. Herhangi bir kazanç elde etmeden ev içerisinde çalışan kadının, çoğu zaman üzerine kayıtlı herhangi bir malvarlığı da söz konusu olamamaktaydı. Evliliğin sona ermesi durumunda ise ev içerisinde çalışan kadın elinde neredeyse hiçbir malvarlığı olmadan yaşamına devam etmek zorunda bırakılmaktaydı. Evliliğin boşanmayla sona ermesi durumundaki nafaka ve tazminat hükümleri ile ölümle sona ermesi durumundaki miras hükümleri de yetersiz kalmaktaydı.

Bu adaletsiz durumun giderilmesi için mevcut mal rejiminin değiştirilmesine yönelik çalışmalar 1980'li yılların başında başlamıştır. Söz konusu olumsuzlukların ancak kazancın paylaşılması⁸⁸ ile aşılabacağı görüşü ağırlık kazanmış ve sonunda 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile, kazancın paylaşılmasını hedef alan mal rejimi türlerinden biri olan, edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir⁸⁹.

⁸⁷ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, a.g.e. s.131. O dönemde İsviçre'de de mal rejimi sözleşmesi yapan çiftlerin oranı sadece %2-3 idi. Bkz. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, 4. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1958, s. 167.

⁸⁸ Bu görüşü ilk dile getirenlerden Tekinay için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, 4 bası, 1982, s.368.

⁸⁹ Mal rejimi konusunda 1998 yılında hazırlanan ilk tasarıda yasal mal rejimi olarak "paylaşmalı mal ayrılığı rejimi" kabul edilmişti. Ancak milletvekili seçimlerinden sonra 1999 yılında oluşturulan yeni

B. 4721 sayılı “Türk Medeni Kanunu” Döneminde Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku'nu düzenleyen ikinci kitabının dördüncü bölümü “Eşler Arasındaki Mal Rejimi” başlığını taşımaktadır. Bu bölümün birinci ayrımında hem yasal hem sözleşmesel hem de olağanüstü mal rejimleri için uygulanan genel hükümler (m.202-217) yer almaktadır. İkinci ayrımında ise yasal mal rejimimiz olan “Edinilmiş Mallara Katılma” rejimine (m.218-241) ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Üçüncü, dördüncü ve beşinci ayrımlarda ise sözleşmesel mal rejimlerimiz olan “mal ayrılığı” (m.242-243), “paylaşmalı mal ayrılığı” (m.244-255) ve “mal ortaklığı” (m.256-281) rejimleri sırasıyla düzenlenmiştir. Burada öncelikle yasal mal rejimi olan “edinilmiş mallara katılma rejimi”ne ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Daha sonra sözleşmesel mal rejimi ve olağanüstü mal rejimi hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır.

1. Yasal Mal Rejimi

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte yukarıda da belirtildiği üzere yasal mal rejimi olarak “mal ayrılığı” rejimi terk edilmiş yerine “edinilmiş mallara katılma rejimi” uygulanmaya başlamıştır. Böylece, eşlerin kanunda belirlenen “mal ayrılığı”, “paylaşmalı mal ayrılığı” ve “mal ortaklığı” rejimlerinden birinin kendilerine uygulanması için aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları (sözleşmesel mal rejimi) veya yine kanunda belirlenen haklı bir durumun varlığı halinde eşlerden birinin hakim kararıyla aralarındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini (olağanüstü mal rejimi) talep etmediği takdirde, bütün evliliklerde yasal mal rejimi olarak “edinilmiş mallara katılma rejimi” uygulanma olanağı bulunmaktadır.

komisyon, yasal mal rejimi olarak “edinilmiş mallara katılma rejimini” kabul etmiş ve “paylaşmalı mal ayrılığı rejimini” seçimlik mal rejimi olarak muhafaza etmiştir.

a) Yürürlük Meselesi

Edinilmiş mallara katılma rejiminin 4721 sayılı MK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra gerçekleştirilen evliliklerde yasal mal rejimi olarak uygulanabileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmazken, bu tarihten önce gerçekleştirilmiş evliliklerde durumun ne olacağı konusu yürürlük meselesini gündeme getirmiştir. Bu konudaki yasal düzenleme ise 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Bu kanunun 10. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır;

“Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan boşanma veya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar eşler arasında tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Dava boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanırsa, bu mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümler uygulanır. Davanın redde sonuçlanması hâlinde eşler, kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler.

Yukarıdaki hükümler uyarınca mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine dönüşmesi hâlinde, Türk Kanunu Medenîsinin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır.”

Bu düzenleme ile 01.01.2002 tarihinden önce gerçekleştirilen evlilikler, kural olarak, iki farklı yasal mal rejimine tabi tutulmuştur. Bu tür evliliklerde, evliliğin gerçekleştiği tarihten 4721 sayılı MK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar geçen sürede eşler eski yasal mal rejimi olan mal ayrığı rejimine tabi iken,

01.01.2002 tarihinden evlilik birliğinin sona erdiği ana kadar geçen sürede ise yeni yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmaktadır⁹⁰. Bu durumun tek istisnası eşlerin 01.01.2002 tarihinden itibaren bir yıl içerisinde yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliklerinin başlangıcından itibaren kendilerine uygulanmasını kararlaştırmaları idi. Böyle bir durumda edinilmiş mallara katılma rejimi geçmişe etkili olarak evliliğin başlangıcından itibaren uygulama alanı bulabilmekteydi. Ancak uygulamada çok az sayıda çift böyle bir mal rejimi sözleşmesi yapmıştır. Dolayısıyla 01.01.2002 tarihinden önce gerçekleştirilen evliliklerin %99 gibi bir oranında eşler iki farklı yasal mal rejimine tabi olmaya devam etmektedir⁹¹.

01.01.2002 tarihinden önce açılan boşanma veya evliliğin iptali davalarında ise davalar sonuçlanıncaya kadar taraflar arasında eski yasal mal rejimi hüküm sürmeye devam etti. Söz konusu davalardan boşanma veya evliliğin iptali ile sonuçlananlarda eşler mal ayrılığı rejimine tabi olurken, red kararı ile sonuçlananlarda ise kararın kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde eşlere başka bir mal rejimini seçme imkanı tanındı. Herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapmayan eşlere de yine 01.01.2002 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak uygulanmaya başladı.

⁹⁰ Aslında 1999 tarihli Yürürlük Kanunu Tasarısında edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak bütün evliliklere uygulanacağına ilişkin bir hüküm yer almaktaydı. Ancak Adalet Komisyonu'ndaki tartışmalar sonucunda bu madde değiştirildi. Söz konusu değişikliğin Türk Kanunu Medenisi döneminde mağdur olan ev kadınlarının durumunun düzelmesini büyük oranda engellediği yönünde görüşler dile getirilmiştir. Bkz. Şıpka, a.g.e., s. 82-87 ve dn.26'da ismi zikredilen yazarlar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesinin hukuk güvenliğinin sağlanması yönünde evrensel bir ilke olması gerekçesiyle mevcut düzenlemeyi yerinde bulan görüşler için ise bkz. Zeytin, a.g.e.,s. 276-277, Sarı, a.g.e., s. 38-40 ve Ahmet M. Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.93- 98. Anayasa Mahkemesi de kanunların geriye yürümezliği ilkesinin hukuk güvenliğini sağladığı ve bu ilkeye istisna getirecek herhangi bir durumun var olmadığı gerekçesiyle Yürürlük Kanunu m.10'un iptali istemiyle açılan davada 18.09.2008 tarihinde red kararı vermiştir.

⁹¹ 01.01.2002 tarihinden öncesi ve sonrasına farklı yasal mal rejimlerinin uygulanması yönündeki Yargıtay kararlarından bazıları için bkz. Ömer Uğur Gençcan, a.g.e., s.83-84'te yer alan Yargıtay 2. H.D.'nin 22.01.2007 tarihli 2007/7017 E., 2007/113K., 12.06.2006 tarihli 2006/3156E. 2006/9328K., 03.12.2007 tarihli 2007/21235E. 2007/16888K. numaralı kararları.

b) Eşlerin Malvarlıkları

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malvarlıkları (taşınır- taşınmaz mallar, hisse senetleri, alacak hakları vs...), “edinilmiş mallar” ve “kişisel mallar” olmak üzere iki gruba ayrılır (m.218).

MK m. 219 f.1’de “edinilmiş mal”ın tanımı yapılmaktadır. Buna göre;

“Edinilmiş mal, her bir eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir”.

Kanun koyucu bu tanımlamayı yaptıktan sonra edinilmiş mallar kapsamına giren bazı malvarlığı değerlerini aynı maddede 5 bent halinde sıralamıştır. Ancak bu malvarlığı değerleri sınırlı sayıda değildir, sadece örnek olarak belirtilmiştir. Bu örnekler sırasıyla şunlardır;

- 1- *Çalışma karşılığı olan edimler* (ör: tacirin elde ettiği kar, memurun maaşı, avukatın vekalet ücreti, sanatçının eseri üzerindeki mali hakları. Hatta doktrinde, bir ticari işletmenin ticari itibarı ve marka değerinin de maddi değeri olan sınai ürün olarak, edinilmiş mal sayılacağı ifade edilmektedir⁹².)
- 2- *Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumu ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler* (ör: kıdem tazminatı, emekli ikramiyesi, emekli maaşı. Özel sigorta şirketleri tarafından yapılan ödemeler ise MK m.219 f.2 b.2 kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak doktrinde, bu sigorta şirketlerine ödenen primlerin hangi mal türünden ödeme yapıldı ise ona göre tasfiyede yer alması gerektiği, eğer edinilmiş mallardan yapıldıysa MK m.219 f.2 b.5 kapsamında değerlendirileceği savunulmuştur⁹³.)
- 3- *Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar* (ör: kişinin, uğradığı bir haksız fiil sonucunda vücut bütünlüğünün bozulmasıyla veya haksız yere

⁹² Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), İstanbul, 2008, s.256 ve Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayınevi Ankara 2007, s. 47.

⁹³ Zeytin, s.108, Sarı s.154-155, Şıpka s.99.

tutuklanması ya da haksız bir ihtiyati tedbire dayanılarak ticari faaliyetlerinin durdurulmasıyla kaybettiği çalışma gücü karşılığında sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumları dışındaki kişi ve kurumlarca ödenen tazminatlar⁹⁴.)

4- *Kişisel malların gelirleri* (ör: eşlerden birine bağışlanan paranın faizi, miras kalan evin kirası veya tarladan elde edilen ürünler ya da evlenmeden önce sahip olunan hisse senetlerinin getirdiği gelir veya taşınmazın üzerindeki irtifak haklarından elde edilen gelirler. Burada diğer bentlerde sayılan mallardan farklı olarak, emek karşılığı elde edilen bir mal söz konusu değildir. Eşler aralarındaki mal rejimi sözleşmesine bir hüküm koyarak MK m.221 f.2 uyarınca kişisel mallarının gelirlerini edinilmiş mal grubundan çıkarmayı kararlaştırabilirler⁹⁵.)

5- *Edinilmiş malların yerine geçen değerler* (bir eşin maaşından biriktirerek aldığı ev, bu evi satarak aldığı lüks otomobil, bu otomobilin kaza yapması sonucu sigorta şirketinden alınan tazminat. Doktrinde “ikame ilkesi” olarak isimlendirilen bu durumda evlilik birliği devam ederken eşlerin malvarlıklarında gerçekleşen değişimlerin edinilmiş malların değerinde bir azalmaya yol açmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Böylece diğer eşin katılma alacağı miktarının azalması engellenmektedir⁹⁶.)

Ayrıca kanunda edinilmiş mallara ilişkin bir karine de mevcuttur. “Edinilmiş mal karinesi” olarak isimlendirilen bu karine MK m.222 f.3’de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar yine edinilmiş mal olarak kabul edilir. Dolayısıyla bir malın eşlerden birinin kişisel malı

⁹⁴ Zeytin, a.e., s.114 Sarı, a.e., s. 155. İkinci ve üçüncü bentte yer alan ödeme ve tazminatlar irat şeklinde ödendiye, mal rejiminin yürürlükte kaldığı döneme ilişkin olarak yapılan ödemeler edinilmiş mal niteliği taşıyacaktır. Ödemelerin toptan yapılması halinde ise mal rejiminin devam ettiği döneme ait olan kısım yine edinilmiş mal niteliği taşıyacaktır. Diğer kısım ise, MK m.228 f.2 uyarınca, kendisine ödeme yapılan eşin kişisel malı olarak değerlendirilecektir. Bkz. s. 39.

⁹⁵ Sarı a.e., s. 164, Şıpka, a.e., s.219-220. Ayrıca doktrinde, kişisel malların geliri hesaplanırken, bu gelirlerden öncelikle kişisel malın zaman içinde enflasyon nedeniyle oluşan değer kaybının karşılanması gerektiği daha sonra artan miktarın edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 223. Karşı görüş için bkz. Mustafa Alper Gümüş, a.g.e., s. 262

⁹⁶ Sarı, a.e., s. 165. İkame değerinin edinilmesinde hem edinilmiş mal hem de kişisel mal grubundan katkıda bulunulmuşsa, hangi mal grubundan daha fazla oranda katkıda bulunulmuşsa edinilen mal o mal grubuna eşitlik halinde ise edinilmiş mal grubuna aittir. Bkz. Zeytin, a.g.e., s. 120.

olduğunu iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu mal, karine gereği, edinilmiş mal olarak kabul edilecektir.

Kanun koyucu, edinilmiş malların aksine, kişisel malları sınırlı sayıda düzenlemiştir. MK m.220 uyarınca “*Aşağıda sayılanlar, kanun gereğince kişisel maldır:*

1- *Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya* (ör: cep telefonu, makyaj malzemesi, traş takımı gibi gelir getirmeyen taşınır⁹⁷ eşyalar. Bu eşyalardan mücevher niteliği taşıyan takılar sadece kadın eşin kullanımına bırakılmış olsa dahi eğer yatırım amacı taşıyorsa kişisel mal olarak nitelendirilmemelidir⁹⁸. Kişisel malın değeri ailenin olağan geçim sınırını aşyorsa, (aşağıda “tasfiye” başlığı altında açıklanacağı üzere) MK m. 230 f.3 uyarınca aşkın kısım için edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılması gerekmektedir.)

2- *Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri* (ör: evlenmeden önce satın alınan otomobil, miras kalan tarla, bağışlanan antika mobilya takımı. Burada, yapı kooperatifine üye olarak veya bankadan kredi alarak bir taşınmaz satın alınması gibi durumlarda, ödemeler evlenmeden önce (veya 01.01.2002 tarihinden önce) yapılmaya başlanmış ama taşınmazın mülkiyeti evlilik devam ederken eşlerden birinin üzerine geçmiş ise bu taşınmaz edinilmiş mal olarak kabul edilecektir. Ancak evlenmeden önce yapılan ödemeler için ödeyen eş lehine bir katılma alacağı belirlenerek, MK m.230 f.3 uyarınca tasfiye aşamasında denkleştirme yoluna gidilecektir⁹⁹. Ayrıca eşlere düğünde takılan takılar da kişisel mal olarak kabul edilmektedir. Ancak nikah işleminden önce takılan takılar, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan eşya olarak kabul edilerek kişisel mal sayılmakta nikah işleminden sonra takılan takılar ise bir eşin sonradan karşılıksız

⁹⁷ Zeytin, bir taşınmazın da niteliği itibariyle sadece eşin kişisel kullanımına hasredilmişse kişisel mal olabileceğini savunmakta ve yalnızca eşin spor yapması için yapılmış bir binanın bu kapsamda değerlendirileceğini belirtmektedir. Bkz. Zeytin, a.g.e., s.125. Bu örneğin eleştirisi için bkz Şıpka, a.g.e., s. 105 dn.83.

⁹⁸ Şıpka, a.e., s.106.

⁹⁹ Yargıtay 8. H.D.’nin 07.12.2009 tarihli 2009/2870E., 2009/5842K. numaralı kararı için bkz. <http://www.kazanci.com> (Çevrimiçi 18.09.2013)

kazanma yoluyla elde ettiği eşya olarak kabul edilerek kişisel mal sayılmaktadır.)

- 3- *Manevi tazminat alacakları* (ör: bir eşe, kendisine hakaret eden komşusu tarafından ödenen tazminat. Manevi tazminat isteme hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle ödenen tazminatlar da kişisel mal kabul edilmektedir. Bu tazminatın kaynağının haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık olması bir fark yaratmaz¹⁰⁰.)
- 4- *Kişisel mallar yerine geçen değerler* (ör: miras kalan tarlanın parası ile satın alınan otomobil. Burada da yine “ikame” ilkesi söz konusudur. Dolayısıyla kişisel malın değeri ile alınan yeni mal da yine kişisel mal kabul edilmektedir. Ancak yeni mal alınırken edinilmiş mallardan katkı yapılmış ise tasfiye aşamasında yine denkleştirme yapılması gerekecektir.)

Ayrıca MK m. 228 f.2’de yer alan düzenlemeye göre, sosyal güvenlik kurumlarının yaptığı toptan ödemelerin veya çalışma gücünün kaybı nedeniyle toptan ödeme şeklinde alınan tazminatın mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme ait olan kısmı yine kişisel mal olarak kabul edilir.

Kanun koyucu, eşlere, aralarında bir sözleşme yaparak edinilmiş mallardan bazılarını kişisel mal olarak kabul etme yetkisi tanımıştır. Sözleşmeye göre belirlenen kişisel malların neler olabileceği MK m. 221’de düzenlenmiştir. Buna göre;

“Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler.

Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını da kararlaştırabilirler.”

¹⁰⁰ Faruk Acar, Aile konutu- Mal Rejimleri- Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012,, s. 207.

Birinci fıkrada yer alan “*bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan...malvarlığı*” ifadesi, lafzi yorum yapılması halinde, bir işletmeden elde edilen kazancı dahi kapsar nitelikte kabul edilecektir. Bu durumda eşler aralarında bir sözleşme yaparak edinilmiş malların belki de en önemli kalemi olan “çalışma karşılığı olan edimi”(m.219 f.1) kişisel mal olarak kabul edebileceklerdir ki bu da kanun koyucunun amacını aşan bir yorum olacaktır. Doktrinde de bu hükümde bir çeviri hatası olduğu dile getirilmekte ve bu ifade ile kastedilenin (İsviçre Medeni Kanunu’nda olduğu gibi) sadece, işletmenin “*faaliyetine özgülünen (yarayan)*” malvarlıkları olması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰¹. Dolayısıyla örneğin bir diş hekiminin muayenehanesinde bulunan dişçi koltuğu eşler arasında yapılacak bir sözleşmeyle kişisel mal olarak kabul edilebilecekken dişçi eşin bu muayenehaneden elde ettiği kazanç hiçbir şekilde kişisel mal kapsamında yer almayacaktır.

İkinci fıkrada ise eşlere kişisel mallarının gelirlerini edinilmiş mallar kapsamında çıkarma yetkisi tanınmıştır. Böylece eşler aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile eşlerden birine ait olan bir kişisel malın (ör: evlenmeden önce sahip olduğu bir evin) gelirini (ör: kira) edinilmiş mal kaleminden çıkarabilecektir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kişisel mallar istisna niteliğindedir. Dolayısıyla sadece MK m.220, 228 f.2, 221’de yer alan mal türleri kişisel mal olarak kabul edilmektedir. Bunlar dışında kalan bütün mallar ise edinilmiş mal kabul edilerek tasfiye konusu yapılacaktır. MK m.222 f.3’te yer alan karine de aksi ispat edilmediği sürece bir eşe ait malın edinilmiş mal sayılacağını belirtmektedir.

Bu rejime göre eşler evlilik birliği devam ettiği sürece, sanki aralarında mal ayrılığı rejimi geçerliymişçesine, kendi malvarlıkları üzerinde, bu mallar ister kişisel ister edinilmiş mal olsun, mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarına tek başlarına sahiptirler (MK m.223 f.1). Ancak eşlerden birinin mallarının yönetimini açık veya örtülü olarak diğer eşe bırakması mümkündür. Böyle bir durumda eşler

¹⁰¹ Bkz. Şıpka, age, s. 120, Zeytin, age, s. 133, Faruk Acar, Mal Rejimleri, s. 93, Sarı, a.g.e., s.183, Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 229. Gümüş, age, s.271, Gençcan, age, s.250

arasında aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekalet hükümleri uygulanır (MK m.215). Bir eşin diğer eşin mallarından yararlanması ise eşler arasındaki karşılıklı dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğü çerçevesinde söz konusu olabilir. Ayrıca eşler kendi malları üzerinde yönetim ve yararlanma haklarını kullanırken evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılma (MK m. 186) yükümlülüğüne uygun hareket etmek durumundadır.

Eşlerin kendi malları üzerindeki tasarruf yetkisi ancak üç istisnai durumda sınırlandırılabilir. Bunlardan ilki, aile konutu¹⁰² hakkındadır. Aile konutu olarak özgülenen taşınmazın sahibi olan eş, MK m.194 f.1 uyarınca diğer eşin onayı olmaksızın bu taşınmaz üzerinde “...*aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*”. Bunun aksine davranan eşin yaptığı hukuki işlem askıda hükümsüzdür. Dolayısıyla böyle bir hukuki işlem yapıldığı andan itibaren diğer eş onay verinceye kadar noksan işlem olarak kabul edilecektir¹⁰³.

İkinci istisna ise MK m.199’da yer almaktadır. Bu hükme göre “*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir*”. Söz konusu hükümde yer alan tasarruf yetkisi sınırlaması, MK m.194’te yer alan düzenlemeden farklı olarak kanundan değil taraf iradesinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle eşlerden biri talep etmediği sürece hakim MK m.199 hükmüne dayanarak bir eşin tasarruf yetkisini sınırlandıramaz.

Son istisna ise paylı mülkiyet konusundadır. MK m.223 f.2 uyarınca, “*Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu*

¹⁰² MK’nın 194. maddesinin gerekçesinde, aile konutu “ eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu bir alan” olarak tanımlanmıştır.

¹⁰³ Şıpka, a.g.e. s.130-132. Şıpka eşin rızası alınmadan yapılan kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağını, eğer rıza alınmadan tescil yapılmış ise bunun yolsuz tescil olacağını belirterek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2006/2591E. 2006/624K. numaralı kararında yer alan aile konutunun üzerine şerh konulması koşulunun aranmasını eleştirmektedir.

maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz”. Dolayısıyla bir eş sadece paylı mülkiyet konusu maldaki payın satılması durumunda değil, bu payın rehnedilmesi, bağışlanması, pay üzerinde alım hakkı (vefa) kurulması gibi her türlü tasarruf işleminde de diğer eşin onayını almak zorundadır¹⁰⁴. Bu onay alınmadığı sürece söz konusu tasarruf işlemi askıda hükümsüz olacak. Böylece belirlenen sürenin sonunda diğer eş hala onay vermemişse, söz konusu tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren hükümsüz olacaktır.

Bu rejimde her bir eş kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur. Bu durum MK m. 224’te belirtilmiştir. Eşin malvarlığında yer alan bütün mallar ister kişisel ister edinilmiş mal olsun alacaklılar tarafından icra takibine konu edilebilir. Eşin kendi borçlarından sadece kendisinin sorumlu olduğu genel kuralının istisnası MK m.188-189 hükümlerinde yer almaktadır. MK m. 188’de yer alan birliği temsil yetkisinin eşlerden biri tarafından kullanıldığı hallerde, doğan borçtan, MK m.189 uyarınca her iki eş müteselsilen sorumlu olacaktır. Dolayısıyla alacaklılar, eşlerden herhangi birine veya her ikisine karşı takip başlatabileceklerdir. Eşlerin birbirlerine karşı olan borçları konusunda ise MK m.217’de bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme uyarınca *“Mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez”*(m.217 c.1) Dolayısıyla, eşler evlilik birliği devam ederken birbirlerine karşı takip başlatabileceklerdir¹⁰⁵. *“Ancak borçlu eşin borcunu yerine getirmesi onu evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa, bu eş ödeme için süre isteyebilir. Durum ve koşullar gerektiriyorsa, hâkim istemde bulunan eş güvence göstermekle yükümlü tutar”*.(m.217 c.2)

c) Mal Rejiminin Sona Ermesi

¹⁰⁴ Şıpka, a.e. s. 135. Şıpka MK m.223 f.2’deki sınırlamanın sadece eşin payı üzerindeki “iradi tasarrufu” için geçerli olduğunu vurgulayarak pay üzerinde cebri icra veya kamulaştırma söz konusu olduğunda diğer eşin rızasının aranmayacağını belirtmektedir. Şıpka, a.e., s.135.

¹⁰⁵ Eşler arasındaki cebri icra yasağı kalkmış olduğundan artık evlilik birliği devam ederken eşler birbirleri aleyhine icra takibi yapabileceklerdir. Ancak 6098 sayılı BK m. 153/b.3 uyarınca evlilik birliği devam ettiği sürece eşler arasındaki borçlar bakımından zamanaşımı duracaktır.

Eşler arasındaki mal rejimini sona erdiren haller ve bu rejimin sona erme zamanı konusu MK m. 225’te düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre;

“Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer.

Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer”.

Şimdi sırasıyla mal rejimini sona erdiren halleri ve bu hallerde mal rejiminin ne zaman sona ereceğini incelemeye çalışalım.

Mal rejimini sona erdiren hallerden biri ölümdür. Ölüm anı ile birlikte kişilik sona ereceği için, eşler arasındaki evlilik birliği ve buna bağlı olarak mal rejimi de sona ermektedir. Ölüm karinesine (MK m.31) başvurulmasını gerektiren hallerde ise ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarih mal rejiminin sona erdiği tarih olarak kabul edilir¹⁰⁶. Birlikte ölüm karinesi (MK m. 29 f.2) söz konusu olduğunda ise aynı anda ölen eşler birbirlerine mirasçı olmasalar da, eşlerin mal rejiminden doğan alacak hakları onların yasal mirasçılarına intikal edeceğinden her iki tarafın mirasçıları birbirlerinden mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı talep hakkına sahip olabilecektir¹⁰⁷. Eşlerden biri için gaiplik kararı (MK m.32 vd.) alındığında ise, hakkında gaiplik kararı verilen eşin mirası, gaiplik kararının verilmesine neden olan olayın gerçekleştiği tarihte açılmış sayılacaktır. Mirasın tasfiyesinin yapılması için ise öncelikle mal rejiminin tasfiyesinin gerçekleşmesi gerektiğinden¹⁰⁸ mal rejiminin sona erme anı olarak gaiplik kararının verilmesine neden olan olayın gerçekleştiği tarih kabul edilmelidir¹⁰⁹.

Eşlerin başka bir mal rejimini kabulü de mevcut mal rejimini sona erdiren bir haldir. Eşler evlenmeden önce veya sonra (her zaman) yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi

¹⁰⁶ Gümüş, a.g.e., s. 284, Şıpka, a.g.e., s. 143, Zeytin, a.g.e., s. 88

¹⁰⁷ Zeytin, a.e., s.89, Şıpka, a.e., s. 144, Sarı, a.g.e., s.84

¹⁰⁸ Bkz. aşağıda s. 45 vd.

¹⁰⁹ Şıpka, a.g.e., s.150, Sarı, a.g.e., s.86, Gümüş, a.g.e., s. 284.

ile kanunda düzenlenen başka bir mal rejimini seçebilirler¹¹⁰. Evlenmeden sonra böyle bir seçim yapılması durumunda mevcut mal rejiminin sözleşmenin yapıldığı tarihte sona erdiği kabul edilir.

Evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde de mevcut mal rejimi davanın açıldığı tarihte sona ermiş olur. Bu koşulun gerçekleşebilmesi için açılan boşanma veya evliliğin iptali davasının mutlaka kabul edilmiş olması gerekmektedir. Boşanma veya evliliğin iptaline hükmedilmesiyle birlikte eşler arasındaki mal rejimi bu davaların açıldığı tarihten itibaren sona ereceği için burada geciktirici koşula bağlı bir sona erme hali söz konusudur. Hakimin ayrılık kararı vermesi halinde mal rejiminin sona erip ermeyeceği konusunda MK m.225'te herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹¹. Doktrindeki baskın görüş, MK m.180'de yer alan "*Ayrılığa karar verilirse mahkeme, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir*" ifadesini geniş yorumlayarak sadece sözleşmesel mal rejiminin varlığında değil eşler arasında yasal mal rejiminin uygulandığı durumlarda da hakimin bu hükümden hareketle eşler arasındaki rejimin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebileceğini belirtmektedir¹¹².

Mal rejiminin sona erme hallerinin sonuncusu ise hakimin, eşlerden birinin talebi üzerine MK m. 206 uyarınca, eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar vermesidir. Koşulları aşağıda "olağanüstü mal rejimi" başlığı altında incelenecek olan böyle bir durumun varlığı halinde eşler arasındaki mal rejimi dönüştürme davasının açıldığı tarihte sona ermiş kabul edilecektir.

ç) Tasfiye

¹¹⁰ Bkz. aşağıda s.

¹¹¹ İsviçre Medeni Kanunu m.118 f.1'de ise ayrılığa hükmedilmesi durumunda mevcut mal rejiminin kendiliğinden mal ayrılığına dönüşeceği belirtilmiştir.

¹¹² Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2013, s. 130-131, Sarı, a.g.e., s.95, Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar s. 41. Şıpka ise hakimin, MK m.180'deki ifadeyi geniş yorumlamak yerine, MK m. 169 uyarınca tedbir niteliğinde takdirine bağlı olarak veya MK m. 206 gereği eşlerin talebi üzerine (olağanüstü mal rejimi) eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebileceğini belirtmektedir. Bkz. Şıpka, age, s. 153-158.

Mal rejiminin sona ermesi ile birlikte tasfiye¹¹³ aşamasına geçilir. Mal rejiminin tasfiyesi konusunda, eşler veya sağ kalan eş ile ölen eşin mirasçıları aralarında bir anlaşma düzenleyebilecekleri gibi yetkili mahkemede tasfiye davası da açılabilir. Böyle bir davada, MK m. 214 uyarınca; “1- Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda ölenin son yerleşim yeri 2- Boşanmaya, evliliğin iptaline veya hakim tarafından mal ayrılığına karar verilmesi durumunda bu davalarda yetkili olan 3- Diğer durumlarda davalı eşin yerleşim yeri Aile Mahkemesi yetkilidir”¹¹⁴ .

Tasfiye davasının sona ermesi ile birlikte, aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere, eşlerin birbirlerinden olan katılma alacakları muaccel hale gelmiş olur¹¹⁵. Dolayısıyla ancak tasfiye aşaması sona erdikten sonra katılma alacağına yönelik bir alacak davası açılabilir. Ancak uygulamada tasfiye ve katılma alacağı talepleri birlikte ve hatta boşanma davası içerisinde ileri sürülmektedir. Bu durumda tasfiye ve katılma alacağı talepleri boşanma davasından tefrik edilmekte ve bekletici mesele olarak boşanma davasının kesinleşmesi beklenmektedir. Yargıtay 2. H.D.’nin

¹¹³ Evlilik dışı beraberliklerde, beraberlik sürerken edinilen malların ne şekilde tasfiye edileceği ise Türk Hukuk mevzuatında düzenlenmiş bir konu değildir. “Beraberlik malları” olarak isimlendirebileceğimiz bu tür mallar taraflar arasında paylı mülkiyet konusu yapılmış ise, uygulamada herhangi bir sorun yaşanmayacak ve taraflar mal üzerinde payları oranında mülkiyet hakkına sahip olacaklardır. Ancak malların taraflardan sadece birinin mülkiyetinde bulunduğu durumlarda ise hukuki problemin çözümü yoruma muhtaç olacaktır. Türk Aile Hukuku’nda temel ilke “tipe bağlılık” ilkesidir. Dolayısıyla taraflar kanunda düzenlenen ilişki tiplerinden başka ilişki tipleri oluşturma serbestisine sahip değildirler.(Bkz. Feyzi Necmettin Feyzioğlu, a.g.e. s. 14- 17.) Türk kanun koyucusu ise bilinçli bir şekilde evlilik dışı beraberlikleri medeni kanunlarda düzenlememe yoluna gitmiştir. Buradaki temel amaç ise “imam nikahı” olarak isimlendirilen dini birleşmelerin toplum içinde yaygınlaşmasını önlemektir. Bu nedenle kanun koyucunun iradesine aykırı bir yorum yaparak bu tür beraberliklere kıyas yoluyla mal rejimlerinin tasfiyeye ilişkin hükümlerini uygulamak doğru olmayacaktır. Bu noktada Yargıtay’ın nitelendirmelerinden yararlanmakta fayda vardır. Yargıtay HGK’nın 18.04.1962 tarihli 1962/4-8 E. 1962/46 K., Yargıtay 4. HD’nin 20.01.1970 tarihli, 1970/111612 E., 1970/818 K., Yargıtay 13. HD’nin 24.04.2006 tarihli 2006/355 E, 2006/6349 K tarihli kararlarında evlilik dışı beraberliklerde tarafların birbirlerinden geri istedikleri mallar bakımından 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 65. maddesini (6098 sayılı BK m. 81) uygulamış ve ahlaka aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeyin geri istenemeyeceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla Yargıtay’ın bu tür hukuki problemleri “sebepsiz zenginleşme” hükümleri çerçevesinde çözme eğiliminde olduğu açıktır. Yargıtay’ın evlilik dışı beraberliklerde mal rejimi hükümlerini kıyasen uygulama eğiliminde olduğu istisna niteliğinde bir karar ve bunun eleştirisi için bkz. Alper Gümüş, Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, s.421-424. Gümüş de söz konusu hükmü eleştirirken sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması gerektiğini savunmuştur.

¹¹⁴ Mahkemelerin yetkisi konusunda detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm s. 192 vd.

¹¹⁵ Tasfiye eşler arasındaki veya sağ kalan eş ile ölen eşin mirasçıları arasındaki bir anlaşmayla sağlanmış ise, katılma alacağının muacceliyet tarihi de bu anlaşmanın yapıldığı tarihtir.

28.02.2006 tarihli 2005/18332 E. 2006/2485 K. numaralı kararında¹¹⁶ da “.....*Davacı kadın dava dilekçesinde mal rejiminin tasfiyesini istemiş, başvurma harcını yatırmıştır. Mahkemece, nispi harç tamamlattırılarak (Harçlar Kanunu md. 30-32) boşanma hükmünün kesinleştiği de gözönüne alınarak delillerin değerlendirilip sonucu itibariyle karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır*”. ifadeleri kullanılarak mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasının ancak boşanma davası kesinleştikten sonra görülebileceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Ancak doktrinde hakkında yoksulluk nafakasına hükmedilen bir eşin, tasfiye ve katılma alacağı davası sonuçlandıktan sonraki ekonomik durumu böyle bir nafakaya hükmedilmesi gerektirmeyecek seviyede olabileceği dile getirilmektedir. Ayrıca tasfiye ve katılma alacağı davaları için yeniden delil toplanması gibi işlemlerin usul ekonomisine aykırı olacağı savunulmaktadır. Bu nedenle boşanmada birlik ilkesinden hareketle böyle durumlarda tasfiye ve katılma alacağı davalarının boşanma davası içerisinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁷.

Anlaşmalı boşanma davalarında mal rejiminin tasfiyesinin taraflarca kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı meselesi de doktrinde tartışmalıdır. Boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesinin de yapılması gerektiğini savunan görüş, bunu MK m.166 f.3 hükmüne dayandırmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için eşlerin boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin olarak anlaşmış olmaları zorunludur. Bu görüşe göre mal rejiminin tasfiyesi boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin kabul edilmelidir¹¹⁸. Sonuçta anlaşmalı boşanma kurumunun temel amacı taraflar arasında hiçbir uyumsuzluk konusunun kalmamasıdır. Diğer görüş ise katılma alacağının boşanmanın ferî niteliğindeki bir alacak olmadığını vurgulayarak katılma alacağını boşanmanın mali sonucu olarak

¹¹⁶ Söz konusu kararların tam metni için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 14.10.2013)

¹¹⁷ Alper Gümüş, a.g.e., s. 293-311, Şıpka, a.g.e., s.163-166 ve Haluk Burcuoğlu, 4721 sayılı Yeni Medeni Kanunun Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar, Antalya Barosu Dergisi, Şubat 2004, Yıl 25, Sayı 5/51, s. 66-67.

¹¹⁸ Bkz. Sarı, a.g.e., s. 92- 93 ve 105-106, Haluk Burcuoğlu, a.g.e., s. 67-68. Ebru Ceylan, Türk ve İőviçre Hukuku'nda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006, s.59.

değerlendirmemek gerektiğini belirtmekte ve bu nedenle MK m.166 f.3 hükmünün katılma alacağında anlaşma koşulunu gerektirmediğini savunmaktadır. Zira katılma alacağı sadece boşanma ile değil diğer nedenlerle de doğan bağımsız bir alacak niteliğindedir¹¹⁹. Bir diğer görüş ise, "boşanmada birlik ilkesi"nden hareket etmektedir. Söz konusu ilke temellerini İsviçre Hukuku'ndan almaktadır. İsviçre Hukuku'nda bu ilke gereği hakim boşanma kararı verirken aynı zamanda resen boşanmanın çocuğa ilişkin sonuçlarını (velayet, iştirak nafakası ve kişisel ilişki) düzenlemekte ve mal rejiminin tasfiyesini yapmakta, son olarak da talep üzerine eşlerin maddi/manevi tazminata ve yoksulluk nafakasına ilişkin taleplerine cevap vermektedir¹²⁰. İsviçre Hukuku'nda boşanmada birlik ilkesinin mal rejiminin tasfiyesi bakımından tek istisnası, boşanmanın ferî sonuçlarının mal rejiminin tasfiyesi sonucuna bağlı olmaması durumudur. Böyle bir durumda hakimin resen vereceği bir karar ile mal rejiminin tasfiyesi ayrı bir dava olarak görülür. Bu görüşe göre, İsviçre'deki söz konusu uygulamadan hareketle Türk Hukuku'nda da çeşitli olasılıklara göre mal rejiminin tasfiyesinin boşanma davası içerisinde veya dışında görülebileceği durumlar olabilir¹²¹.

Uygulamada ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda mesele görüşülmüş ve karara bağlanmıştır. YHGK'nın 27.05.2009 tarihli 2009/2-158 E. 2009/217 K. numaralı kararında "...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesine dayalı olarak açılan boşanma davalarında, tarafların boşanmanın tüm mali sonuçları ile çocukların durumları üzerinde anlaşmaları ve bu anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması gerekir. Anılan maddede, boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 174. maddesinde düzenlenen boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat, 175.maddesinde düzenlenen yoksulluk ve 182. maddesinde düzenlenen iştirak nafakası talep haklarına ilişkindir..."

¹¹⁹ Bkz. Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar, s. 59-60

¹²⁰ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, a.g.e., s.207.

¹²¹ Gümüş, a.g.e., s. 293-311. Ceylan da, boşanmanın diğer ferî sonuçları üzerinde anlaşan eşlerin mal rejiminin tasfiyesi konusunda çekişme halinde oldukları durumlarda tasfiye ve katılma alacağı davasının boşanma davasından ayrılarak görülmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu durumda hakim tarafından uygun bulunmuş olan anlaşmalı boşanma protokolünün mal rejiminin tasfiyesi sonucunda hakkaniyete aykırılığının ortaya çıkabileceğine de dikkat çekmektedir. Bkz. Ebru Ceylan, a.g.e., s. 62.

ifadesine yer verilerek anlaşmalı boşanma davalarına mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir hükmün protokolde yer almasının gerekmediği vurgulanmıştır. Dolayısıyla anlaşmalı boşanma davalarında da, çekişmeli boşanma davalarında olduğu gibi, mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davası anlaşmalı boşanma davasının kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava olarak açılabilecektir.

Katılma alacağının talep edilmesi bakımından zamanaşımı meselesi ise gerek doktrinde gerekse uygulamada çok tartışılmıştır. Edinilmiş mallara katılma rejimi kuralları içerisinde katılma alacağı talebinde zamanaşımına ilişkin herhangi bir özel hüküm yer almamaktadır. Doktrindeki bazı yazarlar¹²² katılma alacağının talep hakkının Borçlar Kanunu kapsamında bir alacak hakkı olduğundan hareketle zamanaşımının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 146'da yer alan genel hüküm gereği 10 yıl olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yargıtay 2. H.D. de 05.02.2007 tarihli 2006/9383 E. 2007/1228 K. numaralı ve 10.11.2008 tarihli 2007/15136E. 2008/14789K. numaralı kararlarında¹²³, aynı gerekçeyle, 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini belirtmiş ve bu süreyi mal rejiminin sona erdiği tarihten başlatmıştır. Ancak daha sonra Yargıtay 8. H.D. tarafından aynı konuya ilişkin verilen kararlarda katılma alacağının talebine ilişkin zamanaşımı süresinin MK m.178 uyarınca katılma alacağının öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her durumda mal rejiminin sona ermesinden itibaren 10 yıl olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu kararlardan biri de 26.05.2009 tarihli 2009/873 E. 2009/2621 K. sayılı karardır¹²⁴. Söz konusu kararda katılma alacağı davası açma hakkı MK m.178 uyarınca evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarından kabul edilmiştir. Oysa BK m.146'daki 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar, MK m.178 hükmünün boşanmanın ferî niteliğindeki tazminat ve nafaka davaları için uygulanması gerektiğini, tasfiye ve katılma alacağı davalarının ise boşanmanın ferî niteliğinde olmadığını

¹²² Sarı, a.g.e., s.104- 105, Zeytin, a.g.e., s.261-268. Şıpka, a.g.e. s. 297-314. Gümüş, a.g.e., s. 393, Burcuoğlu, a.g.e., s.67.

¹²³ Söz konusu kararların tam metni için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 22.10.2013)

¹²⁴ Söz konusu kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 22.10.2013)

belirtmektedirler. MK m.178 hükmünün uygulanması gerektiğini savunan yazarlar¹²⁵ ise, tasfiye ve katılma alacağı davalarının boşanmanın ferî niteliğinde olmadığını kabul etmekle birlikte söz konusu hükmün sadece boşanmanın ferî niteliğindeki davalar için değil, hükmün lafzından da anlaşılacağı gibi evliliğin boşanma ile sona ermesinden doğan bütün davalar için uygulanması gerektiğini savunmaktadır. BK m.146 hükmünün uygulanması gerektiğini savunan yazarlar ise, kanunun sistematığının dikkate alınması gerektiğini vurgulayarak MK m.178 hükmünün kanunda bulunduğu yer itibariyle sadece boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin zamanaşımı süresini düzenlediğini belirtmektedirler. Ayrıca mal rejiminin sadece boşanma ile değil, evliliğin iptali, ölüm, başka bir mal rejimini seçme, hakim mal ayrılığına hükmetmesi gibi nedenlerle de sona erebileceğini hatırlatarak bütün bu nedenlerde tek bir zamanaşımı süresinin uygulanmasının yerinde olacağını belirterek BK m.146 hükmünün uygulanmasını savunmaktadırlar¹²⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 17.04.2013 tarihli 2013/8-375 E 2013/520 K numaralı kararında aynı gerekçeye dayanarak katılma alacağı bakımından zamanaşımı süresinin BK m.146 uyarınca on yıl olması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁷ İlk derece mahkemesinin Yargıtay 8. H.D.'nin kararına direnmesi üzerine Yargıtay

¹²⁵ Gençcan, a.g.e., s.996-998, Acar, Aile Konutu, s. 275-286. Ancak Acar mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda BK m.146 hükmünün uygulanmasında bir sakınca olmayacağını belirtmektedir. Kılıçoğlu ise eşler arasında bir mal rejimi sözleşmesi yapılmışsa BK m.146 gereği zamanaşımı süresinin 10 yıl olması gerektiği ancak böyle bir mal rejimi sözleşmesi yoksa ve dolayısıyla eşler yasal mal rejimine tabi iseler MK m.178 gereği zamanaşımı süresinin 1 yıl olması gerektiğini savunmaktaydı. Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 254 vd. Ancak yazar daha sonra yayımladığı bir makalesinde söz konusu görüşünü terk ederek, edinilmiş mallara katılma rejimi ister sözleşmeden doğsun ister yasal rejim olarak uygulansın katılma alacağının BK m. 146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Katılma Alacağında Zamanaşımı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.1289-1294.

¹²⁶ Bu görüşün detaylı açıklaması için bkz. Şıpka, a.g.e., s.297-314 ve orada ismi zikredilen yazarlar. Şıpka, her ne kadar uygulamada tasfiye ve katılma alacağı davaları birlikte açılıyor olsa da katılma alacağının ancak tasfiye sonuçlanınca muaccel olacağını vurgulayarak bu iki davanın ayrı ayrı açılması ve her ikisine de BK m.146 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Yazar en ideal olanın ise, Alman Hukuku'nda olduğu gibi, daha kısa hak düşürücü süreler öngören bir kanun değişikliği yapılması olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Şıpka bir makalesinde, mal rejiminin tasfiyesinin eşin ölümü nedeniyle talep edildiği durumlarda miras hukukundaki tenkis davasına ilişkin sürelerin kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Eşlerin başka bir mal rejimi seçmeleri veya MK m.206 uyarınca hakim kararıyla mal ayrılığına geçiş kararı verilmesi durumlarında mal rejimi evlilik devam ederken sona erdiği için, eşler arasında BK m.132 b.3 uyarınca zamanaşımı süresi işlemeyecektir. Bu süre ancak evliliğin sona erdiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Bkz. Şükran Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 846-847.

¹²⁷ Söz konusu kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 22.10.2013)

Hukuk Genel Kurulu yaptığı inceleme sonucunda verdiği kararda “.....Ancak ifade etmek gerekir ki; katılma alacağını gündeme getiren; eş söyleyişle katılma alacağını talep edilebilir hale getiren tek harici olgu boşanma değildir (TMK. m. 225)..... Mal rejiminin "boşanma" dışındaki sebeplerle sona ermesi halinde, katılma alacağında zamanaşımı süresinin TBK m. 146 (eBK m. 125) uyarınca on yıl olacağı genel kabul gören bir husustur.....01.01.2002 Tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına uygulanacak zamanaşımı süresi konusunda Türk Medeni Kanunu'nda ayrı bir hüküm bulunmadığına ve niteliği itibariyle hakkın bir alacak hakkı olduğunun açık olmasına göre, olayda uygulanması gereken hükümler, TMK. m. 5 yollaması ile TBK. m. 146 (eBK m. 125) uyarınca belirlenecektir.....” ifadelerine yer verilmiştir¹²⁸. Dolayısıyla günümüzde, uygulamada, katılma alacağının talep edilmesi bakımından zamanaşımı süresi BK m.146 uyarınca, mal rejiminin sona ermesinden itibaren 10 yıl olarak kabul edilmektedir.

Görüldüğü üzere, gerek tasfiye ve katılma alacağı davalarının boşanma davasının kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava olarak açılması konusunda, gerek anlaşmalı boşanma davalarında bu konuların düzenlenmesine gerek olmadığı ve yine ayrı bir dava açılmasının gerektiği konusunda, gerekse zamanaşımı meselesinin TBK'daki genel zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği konusunda Yargıtay, doktrindeki aksi görüşlere rağmen, tasfiye ve katılma alacağı taleplerini boşanma kurumundan bağımsız olarak değerlendirmektedir. Her ne kadar Yargıtay görüşünü açıklarken, detaylı gerekçelendirmelerde bulunmasa da, verdiği kararların sonuç itibariyle doğru olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi, sonuçları bakımından boşanma ve miras kurumlarıyla organik bir bağ içerisinde olsa da, var oluş nedeni itibariyle bunlardan bağımsız değerlendirilmesi gereken bir ilişkidir. Mal rejimi ilişkisinin var oluş nedeni eşlerin evlilik birliği içerisinde yaşamış olmalarıdır. Bu ilişkiden doğan katılma alacağı ise evlilik birliğinin devamı süresince eşlerin sarf ettiği emeğin parasal karşılığının paylaşılmasıdır.

¹²⁸ Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından konunun değerlendirilmesi için bkz. üçüncü bölüm s.

Tasfiye işleminin başlayabilmesi için öncelikle üçüncü kişilere ait herhangi bir malvarlığı değeri varsa bu değer çıkarılır ve kalan malvarlığı değerinin hangi eşe ait olduğu tespit edilir. Bu konuda, MK m.6'da yer alan genel ispat kuralına paralel olarak, MK m.222 f.1'de yer alan ispat kuralı devreye girecek ve *“belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlü”* olacaktır. Dolayısıyla bir malın bir eşe ait olduğunu iddia eden kimse ister diğer eş isterse üçüncü kişi (ör. Ölen eşin mirasçısı) olsun bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır. Burada taşınır bakımından fiili mülkiyet karinesi uygulama alanı bulabilir. Böylece eşlerden sadece birinin fiili hakimiyetinde bulunan taşınır bir mal MK m.985 uyarınca, karine olarak o eşin mülkiyetinde kabul edilir. Eğer bir malın hangi eşin mülkiyetinde olduğu hiçbir şekilde ispat edilemiyorsa MK m.223 f.2 uyarınca bu malın karine olarak eşlerin *“paylı mülkiyetinde”* olduğu kabul edilecektir¹²⁹. Bu şekilde eşlerin mallarının birbirinden ayrılması sağlanır ve eşler birbirlerinde olan mallarını geri alırlar (MK m.226 f.1). Geri alınan malın edinilmiş mal veya kişisel mal olmasının herhangi bir önemi yoktur.

İkinci aşama olarak her bir eşin kişisel malları ve edinilmiş malları gruplandırılır. Bu gruplandırma yapılırken malların mal rejiminin sona ermesi anındaki durumları dikkate alınır (MK m. 228 f.1). Bir malın kişisel mal mı yoksa edinilmiş mal mı olduğu tespit edilemiyorsa MK m.222 f.3'te yer alan *“edinilmiş mal karinesi”*¹³⁰ devreye girer. Bu hüküm uyarınca *“Bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir”*.

Eğer eşlerden biri, diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuş ve bu katkısı da o malın değerinde bir artış meydana getirmişse, MK m. 227 uyarınca katkıda bulunan eşin, diğer eşe karşı, bu değer artışı oranında bir alacak hakkı olur. Söz konusu alacak hakkına *“değer artış payı”* denilmektedir¹³¹. Değer artış payı alacağı

¹²⁹ Bkz. yukarıda s. 42.

¹³⁰ Bkz. yukarıda s. 37

¹³¹ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde yasal mal rejimi mal ayrılığı olduğu için bir eşin diğer eşin malına yaptığı katkının talep edilebilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Oysa 90'lı yıllardan itibaren Yargıtay'ın istikrarlı içtihatları sayesinde *“katkı payı davaları”*

mal rejiminin tasfiyesi sırasında muaccel olacağı için (m.227 f.1) tasfiye davası içinde talep edilmelidir. Oysa uygulamada söz konusu talep tasfiye davası içerisinde değil, bağımsız bir dava olarak ileri sürülmektedir¹³². Değer artış payı alacağı, katkı yapılan malın tasfiye anındaki değeri üzerinden nakdi olarak talep edilir. Katkı yapılan malda tasfiye anı itibarıyla bir değer kaybı söz konusu ise, katkı yapan eş katkı yaptığı zamanki miktarı değer artış payı alacağı olarak talep eder (m.227 f.1). Katkı yapılan mal tasfiye anından önce elden çıkarılmış ise, katkı sağlamış olan eşin değer artış payı alacağı hakim tarafından hakkaniyete uygun olarak belirlenecektir (m.227 f.2). Katkı yapılan mal tasfiye anında değer kazanmışsa, katkı yapıldığı zamanki katkı miktarının malın o zamanki değerine oranı tespit edilerek bu oran malın tasfiye anındaki sürüm değeri ile çarpılır ve böylece değer artış payı alacağı tespit edilmiş olur. Kişisel maldan kişisel mala veya edinilmiş maldan edinilmiş mala yapılan katkılarda mal rejiminin tasfiyesi bakımından herhangi bir değer artış payı hesabı yapılması gerekmemektedir. Sadece kişisel maldan edinilmiş mala veya edinilmiş maldan kişisel mala yapılan katkılarda değer artış payı alacağı tasfiye işleminde hesaba katılacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki söz konusu düzenleme bir emredici hüküm niteliğinde değildir. Dolayısıyla eşlerin aralarında yapacakları yazılı bir anlaşma ile değer artış payından vazgeçmeleri veya pay oranını değiştirmeleri mümkündür (m.227 f.3).

Eşlerin edinilmiş mallarına bazı değerlerin eklenmesini gerekli kılan durumlar söz konusu olabilir. Bu durumlar MK m.229'da iki bent halinde şu şekilde kaleme alınmıştır;

“1. Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar,

uygulamada yerini almış ve böylece eşler arasında mal ayrılığı rejimi olmasına rağmen diğer eşin malına katkıda bulunan eş söz konusu katkısının değerini talep edebilmiştir. Günümüzde de, 4721 sayılı MK'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002 tarihinden önce yapılan katkılar için katkı payı talebinde bulunulurken bu tarihten sonra gerçekleştirilen katkılar için değer artış payı alacağı talep edilmektedir.

¹³² Yargıtay 2. H.D.'nin bu yöndeki bir kararı olan 07.02.2006 tarihli ve 2005/16726E., 2006/1095K. numaralı kararı ve bu kararın eleştirisi için bkz. Alper Gümüş, Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, s.430-432.

2. *Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler.”*

Görüldüğü üzere kanun koyucunun bu hüküm ile güttüğü amaç bir eşin diğer eşin edinilmiş mallarına katılma alacağı konusundaki beklenen hakkının zarara uğramasını engellemektir. Bunun için de yukarıdaki durumların gerçekleşmesi halinde, elden çıkarılmış olan malvarlığı değeri, tasfiye hesabında malı elinden çıkararak edinilmiş malına eklenir. Ayrıca bu tür kazandırma ve devirlere ilişkin mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir (MK m.229 f. son).

Üçüncü aşamada ise, her bir eşin kendi kişisel malları ile edinilmiş malları arasında herhangi bir borçlanma söz konusu ise denkleştirme işlemi gerçekleştirilir. Eşlerden birinin kişisel malından edinilmiş malına bir katkı yapılmış ise, söz konusu katkı borç olarak edinilmiş malın pasifine yazılır. Eğer katkı edinilmiş maldan kişisel mala yapılmış ise bu durumda da söz konusu değer alacak olarak edinilmiş malın aktifinde yer alır. Hangi kesime ait olduğu anlaşılmayan bir borç yine edinilmiş mallara ilişkin sayılacaktır (MK m.230 f.2 c.2). Bir mal türünden diğer mal türüne yapılan katkı o malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına ilişkin ise, değer artması veya azalması durumunda, katkı oranına göre malın tasfiye anındaki değeri dikkate alınarak denkleştirme yapılır(MK m.230 f.3). Mal daha önceden elden çıkmışsa hakim hakkaniyete göre karar verir (MK m.230 f.3)¹³³.

Bütün bu eklenecek ve çıkarılacak değerlerin her bir eşin edinilmiş malına eklenip çıkarılmasıyla birlikte tasfiye işlemi sona ermiş olur. Bu hesaplamalar yapılırken kural olarak malların tasfiye anındaki sürüm değerleri dikkate alınır (MK m.232 ve 235). Tasfiye sonucunda elde edilen değere ise “artık değer” denilmektedir. MK m. 231 f.1’de artık değere ilişkin bir tanım mevcuttur. Söz konusu hükme göre “*Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere*

¹³³ Hesaplama işlemi bakımından denkleştirme hesabı ile değer artış payı hesabı benzerlik göstermekte ise de her iki kavram içerik bakımından birbirinden çok farklıdır. Denkleştirmede bir eşin kendi kişisel malları ile edinilmiş malları arasında farazi bir alacak hesabı söz konusu iken değer artış payında eşlerden birinin diğer eşin malına yapmış olduğu katkıdan doğan somut bir alacak hakkı mevcuttur ve borçlu eş bunu ödemekle yükümlüdür. Bkz. Şipka, a.g.e., s.244.

her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır.” Artık değer, her bir eşin birbirinden olan katılma alacağına kaynağını oluşturmaktadır. Çünkü her bir eşin artık değerinin yarısı¹³⁴ diğer eşin katılma alacağını oluşturur ve bu alacaklar birbiriyle takas edilir (MK m. 236 f.1). Tasfiye işlemi gerçekleşene kadar eşler için beklenen bir hak olan katılma alacağı tasfiye işleminin gerçekleşmesi ile birlikte muaccel hale gelmiş olur. Katılma alacağı hakkı aynı bir hak olmayıp aile hukuku kaynaklı kanundan doğan bir alacak hakkıdır. Bu alacak hakkının konusunu parasal bir edimin ifası oluşturmaktadır. Dolayısıyla edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye, kural olarak “nakdi tasfiyedir”. Diğer bir deyişle tasfiye sonucunda alacaklı eş tarafından sadece parasal bir edimin ifası talep edilebilir, herhangi bir aynı hakkın kurulması veya devri değil. Ancak borçlu eşin nakdi ödeme yerine aynı ödemede bulunma konusunda MK m.239 f.1 uyarınca seçim hakkı mevcuttur.

Genel kural nakdi tasfiye olsa da, kanun koyucu iki istisnai durumda aynı tasfiyeyi öngörmüştür. Bunlardan birincisi eşler arasında paylı mülkiyet konusu bir eşyanın bulunması durumudur. MK m. 226 f.2 uyarınca “*Tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir.*” Bir eşin diğerine göre daha üstün bir yararının var olup olmadığına her somut olayda hakim karar verecektir. Hakim bu kararı verirken, talepte bulunan eşin paylı mülkiyet konusu maldan yararlanma şekli, ondan yararlanmaya duyduğu ihtiyacın derecesi, malın edinilmesi veya üzerindeki hak sahipliğinin devam ettirilmesi yönünden mevcut manevi nedenleri¹³⁵ dikkate alacaktır.

¹³⁴ Söz konusu ½ oranı emredici nitelikte değildir. Eşler MK m.237 uyarınca “Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir. Bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez”. MK m.237 hükmü evliliğin ölümle sona ermesi halinde uygulama alanı bulmaktadır. Evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi ya da mahkemenin mal ayrılığına hükmetmesi hallerinde de eşler arasında belirlenen artık değere katılma oranının geçerli olabilmesi için bu durumun MK m.238 uyarınca mal rejimi sözleşmesinde açık olarak belirtilmesi gerekir. Ayrıca “Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir” (MK m.236 f.2).

¹³⁵ Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar, s. 73-74, Sarı, a.g.e., s.291-292.

Aynı tasfiyeyi gerektiren ikinci durum ise; mal rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde sağ kalan eşe aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynı hak tanınmasıdır. Bu durum MK m.240'ta düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca;

“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 tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır.

Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir.

Sağ kalan eş, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.”

Sağ kalan eşin söz konusu hükümden yararlanabilmesi için öncelikle aile konutunun mülkiyetinin ölen eşe ait olması gerekmektedir. Aile konutunun edinilmiş mal veya kişisel mal olmasının hükmün uygulanması bakımından herhangi bir önemi yoktur¹³⁶. Önemli olan sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesidir. Bu konuda fiili bir karinenin olduğu kabul edilmeli ve sağ kalan eşin eski yaşantısını aile konutunda devam ettirmeyeceği ve başka bir yere taşınacağı ölen eşin mirasçıları tarafından ispat edilmelidir¹³⁷. Sağ kalan eşin bu haklardan yararlanmayı talep edebilmesi için öncelikle bir katılma alacağı hakkı doğmuş olmalıdır¹³⁸. Sağ kalan

¹³⁶ Faruk Acar, Aile Konutu, s. 292.

¹³⁷ Şıpka, a.g.e.,s.324.

¹³⁸ Herhangi bir katılma alacağı hakkı sahibi olmayan sağ kalan eş MK m.652 uyarınca mirasçılık sıfatından yararlanarak aile konutu ve ev eşyası üzerinde kendisi lehine mülkiyet hakkı (haklı sebeplerin varlığı halinde mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı) tanınmasını talep edebilir. Böyle bir dava Sulh Hukuk Mahkemesinin görev alanına girecektir. Sağ kalan eşin MK m.240 ve MK m.652'den kaynaklanan haklarının kıyaslanması konusunda bkz. Faruk Acar, Mal Rejimleri, s.186-187 ve Gülfem Erdemir, Sağ Kalan Eşin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Kaynaklanan Hakları ve Miras Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, 2011, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.84-86.

eş ancak haklı sebeplerin varlığı halinde aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı yerine mülkiyet hakkı tanınabilir. Haklı sebeplerin neler olduğuna yine hakim somut durumun özelliklerini dikkate alarak karar verecektir. Sağ kalan eş ev eşyası üzerinde ise kendisi lehine mülkiyet hakkı kurulmasını talep edebilecektir. Ancak söz konusu hüküm emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla eşler aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile söz konusu hakları tamamen ortadan kaldıracaklardır.

Mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi halinde hem mal rejiminin hem de terekenin tasfiyesinin yapılması gerekecektir. Böyle bir durumda mal rejiminin tasfiyesi ölen eşin terekesinin tasfiyesi bakımından bekletici mesele oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, ölen eşin terekesinin belirlenerek bu tereke üzerinde tasfiye işleminin yapılabilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiyesi yapılmalıdır. Bu durum Yargıtay 6. H.D.'nin 19.04.2004 tarihli 2004/2889 E 2004/2885 K numaralı kararında şu şekilde kaleme alınmıştır;¹³⁹ “..... 2. Aile Mahkemesinin 2003/397 esasında açılan davanın Medeni Kanun'un 240. maddesine göre ikame edildiği ve halen derdest olduğu anlaşılmaktadır. O dosyanın bu dava dosyası için ön mesele kabul edilerek sonucunun beklenmesi, ondan sonra bu parsel hakkında bir karar vermek gerekirken, bundan zühul olunması doğru değildir. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır.” Görüldüğü üzere, yukarıda açıklanan mal rejiminin aynı tasfiyesini gerektiren MK m.240 hükmü uyarınca açılan bir dava, Yargıtay uygulamasında, tereke üzerinde paydaşlığın giderilmesine ilişkin dava bakımından bir bekletici mesele olarak kabul edilmektedir.

Mal rejiminin tasfiyesi sonucunda ortaya çıkan katılma alacağını tam olarak tahsil edemeyen eş veya bu eşin mirasçılarının üçüncü kişilere başvurabileceği bir yol MK m.241'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün birinci fıkrası uyarınca “*Tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir*”.

¹³⁹ Söz konusu kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 23.10.2013)

Doktrinde mal rejimi hukukuna özgü tenkis davası, uygulamada ise eksik katılma alacağı davası¹⁴⁰ olarak isimlendirilen söz konusu davanın üçüncü kişilere karşı açılabilmesi için, önceden yapılmış olan kazandırmanın karşılıksız olması gerekmektedir. Bu dava için öngörülen hak düşürücü süreler, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her halde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer (MK m.241 f.2). Kendisine karşılıksız kazandırmada bulunulan üçüncü kişi, aldığı başkasına devretmişse ve bu kişi iyiniyetliyse artık iyiniyetli bu kişiye karşı bu hükme dayanarak mal rejimine özgü tenkis davası açılmaz.

Tasfiye aşamasının bu denli karmaşık olması, davaların uzun sürmesi, konu hakkında uzman bilirkişi sayısının azlığı, evliliğin ölümle sona ermesi durumunda iki ayrı tasfiye işleminin yapılmak zorunda kalması gibi nedenlerle edinilmiş mallara katılma rejimi doktrinde çokça eleştirilmiştir¹⁴¹.

2. Sözleşmesel Mal Rejimi

Türk Kanunu Medenisi döneminde olduğu gibi 4721 sayılı MK'da da eşlere aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yaparak kendilerine başka bir mal rejiminin uygulanmasını seçme hakkı tanınmıştır. Bu durum Aile Hukuku kuralları bakımından istisnai bir nitelik taşımaktadır. Çünkü Aile Hukuku ilişkileri büyük ölçüde emredici kurallarla düzenlenmiştir ve bu ilişkilerin tabi olacağı kuralların içeriğinin belirlenmesine yönelik olarak kişilere herhangi bir irade özgürlüğü verilmemiştir¹⁴². Ancak kanun koyucunun mal rejimi konusunda istisnai olarak

¹⁴⁰ Ömer Uğur Gençcan, a.g.e., s.1005.

¹⁴¹ Bu eleştirilerden bazıları için bkz. Şıpka, a.g.e., s. 59, 73-76, Acabey, a.g.e., s.13-17.

¹⁴² Sarı, a.g.e., s. 9. Her emredici hükmün kamu düzenine ilişkin olmadığı düşüncesinden yola çıkarak mal rejimine ilişkin hükümlerin hiçbirinin medeni hukuk anlamında kamu düzenine ilişkin olmadığı da doktrinde dile getirilmiştir. Kılıçoğlu'na göre kamu düzenine ilişkin hükümler taraf iradesinin etkili olmadığı, aksine sözleşme yapılamayan, devletin resen düzenleme yetkisi bulunduğu hak ve yükümlülüklerle ilgili olduğu için, mal rejiminde ise istisnai de olsa sözleşme serbestisinin tanındığı alanlar bulunması sebebiyle söz konusu hükümler bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Bkz. Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar, s. 97-98.

eşlere tanıdığı sözleşme serbestisi gerek içerik gerekse şekil bakımından bir takım sınırlamalara tabidir.

Eşlerin aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmelerinin içeriğine ilişkin sınırlama MK m.202 f.2’de yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca “*Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler.*” “Sınırlı sayı ilkesi” olarak isimlendirilen söz konusu sınırlama nedeniyle eşler ancak kanunda düzenlenmiş bulunan “mal ayrılığı¹⁴³”, “paylaşmalı mal ayrılığı¹⁴⁴” ve “mal ortaklığı¹⁴⁵” rejimlerinden birinin kendilerine uygulanmasını sağlayabilirler. Bu hüküm emredici niteliktedir. Dolayısıyla eşler kanunda belirtilen bu üç tür mal rejiminden başka bir mal rejimini, örneğin başka bir ülkenin medeni hukukunda yer alan bir mal rejimi türünü seçemeyecekleri gibi, MK’da yer alan mal rejimi türlerinden karma bir mal rejimi de oluşturamazlar¹⁴⁶. Aksi yönde gerçekleştirilen mal rejimi sözleşmeleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi kapsamında batıl sayılır.

Mal rejimi sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir diğer sınırlandırma MK m.203 c.2 ‘de yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca “*Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler*”. Kanun koyucu tipe bağlılık ilkesi gereği, tarafların mal rejimi sözleşmesiyle düzenleyebilecekleri alanları yine emredici bir hükümle sınırlandırmıştır. Kanunda mal rejimi sözleşmesiyle düzenlenmesine izin verilen konulara yukarıda yeri geldikçe değinildiği için burada söz konusu konuların sadece isimlerinin zikredilmesiyle yetinilecektir. Bunlar; 1- MK m.221 uyarınca bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken

¹⁴³ Mal ayrılığı rejimi MK m.242-243’te düzenlenmiştir. Eşlerin birbirinden bağımsız malvarlıklarına sahip olması ilkesine dayanır.

¹⁴⁴ Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde edinilmiş mallara katılma rejiminin aksine aynı tasfiye söz konusudur.

¹⁴⁵ Bu rejimde eşler ortaklık malları üzerinde kanun gereği yarı yarıya elbirliği mülkiyetine sahiptirler. Bu rejimde de kural olarak “aynı tasfiye” söz konusudur.

¹⁴⁶ Zafer Zeytin, a.g.e., s.41-42. Şıpka, age, s. 15 ve 20, Sarı, age, s.10, M. Beşir Acabey, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Kitabına Ek, 2004, s. 3. Ayrıca Gençcan eserinde, eşlerin kanunda yer alan mal rejimi türlerinden başka “özel mal rejimi” yapabilmelerine yönelik hazırlanan ve TBMM Adalet Komisyonu ve TBMM Genel Kurulu’na sunulan önerenin reddedilişi üzerine bilgi vermektedir. Bkz. Ömer Uğur Gençcan, a.g.e., s.96

malvarlığı değerlerinin ve kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmamasına 2- MK m.237 f.1 uyarınca artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esasın kabul edilmesine 3- MK m.240 f.1 uyarınca evliliğin ölümle sona ermesi durumunda sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası üzerinde sahip olacağı hakların belirlenmesine ilişkin düzenlemelerdir.

MK m.203 c.1 uyarınca evlenmeden önce veya sonra yapılabilen mal rejimi sözleşmesinin şekline ilişkin sınırlama ise MK m. 205'te yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca;

“ Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır. Ancak, taraflar evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak da bildirebilirler.

Mal rejimi sözleşmesinin taraflarca ve gerektiğinde yasal temsilcilerince imzalanması zorunludur.”

Mal rejimi sözleşmesinin şekli bakımından esas olan evlendikten sonra noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmasıdır. Ancak istisnai olarak evlenme başvurusu sırasında yazılı olarak da yapılabilir. Evlendirme memurluğuna bildirim usulü Türk Kanunu Medenisi döneminde var olmayan bir usuldü. 4721 sayılı MK'ya böyle bir usulün eklenmesinin nedeni seçimlik mal rejimi uygulamasını kolaylaştırmaktır¹⁴⁷. Ayrıca yine Türk Kanunu Medenisi döneminde var olan, mal rejimi sözleşmesinin tescil ve ilanı ile evlenmeden sonra gerçekleştirilen mal rejimi sözleşmelerinin sulh hukuk mahkemesinin onayına sunulması gibi şekil şartlarına ilişkin düzenlemelere, aynı gerekçeyle, 4721 sayılı MK'da yer verilmemiştir. Mal rejimi sözleşmelerinin aynı hükmün ikinci fıkrası uyarınca taraflarca ve gerektiğinde yasal temsilcilerce imzalanması gerekmektedir. Bu durum da hiç şüphesiz ispat kolaylığının sağlanması bakımından önemlidir¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Kılıçoğlu, Yenilikler, s.190 ve 202.

¹⁴⁸ Zeytin, age, s. 47-48.

Mal rejimi sözleşmelerine gerek içerik gerekse şekil bakımından getirilen sınırlamanın temel amacı, eşler ve üçüncü kişiler (alacaklılar ve/veya mirasçılar) bakımından işlem güvenliğinin sağlanması ve bu kişilerin menfaatlerinin korunmasıdır¹⁴⁹. Ayrıca, kanun koyucu bu sınırlandırmalarla yetinmemiş ve MK m.213 ve 237’de üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına yönelik düzenlemelere de yer vermiştir. MK m.213 hükmü, mal rejimi sözleşmesinin eşlerden birinin veya üçüncü kişilerin üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakmak için yapılması durumunda kendisine böyle bir mal geçmiş olan eşi borçtan kişisel olarak sorumlu tutmaktadır. MK m.237 hükmü ise artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmelerinin eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altoşlarının saklı paylarını zedeleyemeyeceğini belirtmektedir.

Mal rejimi sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin düzenleme ise MK m. 204’te yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca *“Mal rejimi sözleşmesi, ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Küçükler ile kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar.”* Kanun koyucu söz konusu hüküm ile kişiye sıkı sıkı bağlı bir hak olan mal rejimi sözleşmesi yapma hakkı bakımından, MK m.16 f.1 de yer alan ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın tek başlarına kişiye sıkı sıkı bağlı hakları kullanabileceklerine ilişkin genel kurala bir istisna getirmiş ve nişanlanma ile evlenme kurumlarında olduğu gibi burada da yasal temsilcinin rızasını zorunlu tutmuştur.

Yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan mal rejimi sözleşmelerine uygulamada pek sık rastlanmadığı da bir gerçektir. Türk Kanunu Medenisi döneminde olduğu gibi 4721 sayılı MK döneminde de, yukarıda bahsi geçen bütün kolaylaştırmalara rağmen, evli çiftlerin büyük bir çoğunluğu arasında mal rejimi sözleşmesi yapılmamakta dolayısıyla bu çiftler yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmaktadır¹⁵⁰

¹⁴⁹ Sarı, a.g.e., s.12, Şıpka, a.g.e., s. 20

¹⁵⁰ Zeytin, a.g.e.,s.35.

3. Olağanüstü Mal Rejimi

Yine Türk Kanunu Medenisi döneminde olduğu gibi, 4721 sayılı MK'da da kanun koyucu eşlere, haklı bir sebebin varlığı halinde, hakim kararıyla aralarındaki mal rejiminin “mal ayrılığı” rejimine dönüşmesini sağlayabilme yetkisi tanımıştır. Olağanüstü mal rejimi olarak isimlendirilen böyle bir durumda yetkili mahkeme MK m.207 uyarınca “...eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri (Aile) mahkemesidir”¹⁵¹.

Bu şekilde bir mal ayrılığına dönüştürme davası açılabilmesi için hangi hallerin haklı sebep teşkil edeceği MK m.206'da düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; eşlerden biri;

- 1- Diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki¹⁵² payının haczedilmiş olması
- 2- Diğer eşin istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması¹⁵³
- 3- Diğer eşin ortaklığın¹⁵⁴ malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi
- 4- Diğer eşin istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması¹⁵⁵
- 5- Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması¹⁵⁶ gibi hallerde, hakim aralarındaki mal rejimini “mal ayrılığına” dönüştürmesini talep edebilir.

¹⁵¹ Mahkemelerin yetkisi konusunda detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm s. 192 vd.

¹⁵² “Ortaklıktaki payın haczedilmiş olması” sebebine ancak eşler arasında “mal ortaklığı” rejiminin varlığı halinde dayanılabilir.

¹⁵³ Şıpka'ya göre, borca batık bir terekeyi reddetmeyen eş için diğer eş, mal ayrılığına dönüştürme talep edilmelidir. Bkz. Şıpka, a.g.e., s.112 dn. 103.

¹⁵⁴ Söz konusu sebebe de yine eşler arasında sadece “mal ortaklığı” rejiminin var olduğu hallerde dayanılabilir.

¹⁵⁵ MK m.216 uyarınca, eşlerden her biri diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebilir. Böyle bir isteğe rağmen bilgi vermeyen eş karşı diğer eş mal ayrılığına geçişi talep edebilir.

¹⁵⁶ MK m.206 f.son uyarınca eşlerden biri ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun ise, onun yasal temsilcisi de bu sebebe dayanarak mal ayrılığına karar verilmesini talep edebilir.

Ancak kanunda sayılan bu beş sebep örnek niteliğindedir. Dolayısıyla hakim başka bir sebebi de haklı sebep olarak takdir edip eşlerin arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir. Örneğin eşler arasında ayrılık kararı verilmiş olması durumunda, haklı bir sebep varsa, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi talep edilebilir. Ancak Yargıtay eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmalarını hakimin mal ayrılığına hükmetmesi bakımından tek başına haklı bir sebep olarak değerlendirmemektedir. Yargıtay 2. H.D.'nin 18.04.2005 tarihli 2005/3039E. 2005/6149K. sayılı kararında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir “*Tek başına, eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmaları Türk Medeni Kanununun 206. maddesi uyarınca haklı sebep olarak yorumlanıp mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi için yeterli değildir. Bunun kabulü; kendi kusurlu davranışıyla ayrı yaşamaya neden olan eşin; diğer eşin ileride doğabilecek katılma alacağı hakkını ortadan kaldırmasına olanak tanımak sonucunu doğurur. Bu ise, hiç kimsenin kendi kusurlu davranışıyla kendi lehine sonuç elde edemeyeceğine yönelik temel hukuk ilkesine aykırı olur*”. Yargıtay bu görüşünü 8. HD'nin 11.10.2010 tarihli 2010/1733E 2010/4713K numaralı kararında da yinelemiştir¹⁵⁷.

Dönüştürme davası sonucunda hakimin mal ayrılığına hükmetmesi ile birlikte mevcut mal rejimi sona ermiş olacaktır¹⁵⁸. Bu durumda aksine hüküm bulunmadıkça, tasfiye, mevcut mal rejimine ilişkin hükümler çerçevesinde gerçekleştirilecektir (MK m. 212).

Haklı sebebin ortadan kalkması halinde eşlerden birinin talebi üzerine hakim eski mal rejimine dönülmesine karar verebilir (MK m.208 f.2). Ayrıca eşler her zaman yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile aralarındaki eski mal rejimine veya başka bir mal rejimine geçebilirler (MK m.208 f.1).

¹⁵⁷ Söz konusu kararların tam metni için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 13.10.2013)

¹⁵⁸ Bkz. yukarıda s. 43.

II. BÖLÜM

Karşılaştırmalı Milletlerarası Özel Hukuk Düzenlemeleri Bakımından Mal Rejimleri

Çalışmanın birinci bölümünde eşler arasındaki mal rejimine ilişkin düzenlemelerin zaman ve mekana göre değişiklik gösterebileceği gözler önüne serilmeye çalışılmıştır. Bunlardan mekana dayalı değişikliğin temel nedeni hiç şüphesiz ki devletlerin iç hukuklarındaki konuya ilişkin düzenlemelerin farklılığıdır. Söz konusu farklılık eşler arasındaki mal rejimine ilişkin bir uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıması durumunda bu uyumsuzluğun hangi devlet hukukuna göre çözümleneceği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorunun cevabı ise devletlerin milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında yer almaktadır.

Birçok devletin milletlerarası özel hukuk mevzuatında mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda uygulanmak üzere düzenlenmiş hüküm veya hükümler bulunmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde de birinci bölümde olduğu gibi yine Anglo Sakson Hukuk Sisteminde yer alan İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri ile Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan Fransa, Rusya, Almanya ve İsviçre'nin Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatlarındaki konuya ilişkin hükümler incelenmeye çalışılacaktır.

Bazı durumlarda ise uluslararası düzenlemeler eliyle taraf devletlerin milletlerarası özel hukuk mevzuatlarının konuya ilişkin kısımları yeknesaklaştırılmaya çalışılır. Böyle bir uluslar arası düzenleme taraf devlet bakımından bağlayıcılık kazandığı andan itibaren doğrudan uygulanma imkanına sahip olacaktır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan mal rejimine ilişkin uyumsuzluklar konusunda da üç temel uluslar arası düzenleme mevcuttur. Bunlar; 17 Temmuz 1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi (The Convention of Concerning Conflict of Laws Relating to the Effects of Marriage on the Rights and Duties of Spouses Inter se and on the Spouses' Property), 14 Mart 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka

İlişkin La Haye Sözleşmesi (Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes) ve 16.03.2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısıdır (Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes). Söz konusu üç uluslararası düzenlemenin ilgili hükümleri de yine çalışmanın bu bölümünde incelenmeye çalışılacaktır.

Ancak söz konusu açıklamalara geçmeden önce, milletlerarası özel hukukun varlık sebebini teşkil eden “yabancılık unsuru” kavramı üzerinde kısa açıklamalarda bulunulacak ve mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda ortaya çıkabilecek yabancılık unsurları ve bunların sınırları tespit edilecektir. Daha sonra bu uyumsuzlukların vasıflandırılması konusunda ülkelerin genel eğilimleri ve bu eğilimlerin yıllar içerisindeki değişimlerinden bahsedilecektir. Mal rejimine uygulanacak hukuku tespit etmeye yarayan bağlama noktalarına ilişkin genel özelliklere değinildikten sonra ise bağlama noktalarının değişikliği meselesi (statü değişikliği- conflict mobile) ve buna ilişkin yaklaşımlar açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Mal Rejiminde Yabancılık Unsuru ve Sınırları

Bir hukuki uyumsuzluğun birden çok hukuk sistemi ile ilişki içinde olması olarak tanımlanan yabancılık unsuru¹⁵⁹, tarafların vatandaşlığı, ikametgahı veya mutad meskeninden kaynaklanabileceği gibi uyumsuzluk konusu hukuki işlemin yapıldığı yer, ifa yeri veya malın bulunduğu yerden de doğabilir. Ancak burada sıralanan yabancılık unsuru türleri sadece örnek niteliğindedir. Çünkü her bir somut olayda farklı farklı yabancılık unsurları mevcut olabilir. Dolayısıyla yabancılık unsurunun tespiti için her uyumsuzlukta, uyumsuzluk konusu hukuk ilişkisinin bizzat kendisine bakmak gerekir.

¹⁵⁹ Aysel Çelikel/ Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, Beta Yayınevi, 2014, s.8, Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınevi, 2014, s. 5, Cemal Şanlı/ Emre Esen/ İnci Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s.5.

Mal rejimine ilişkin bir uyumsuzlukta en sık rastlanan yabancılık unsurları ise 1-) eşlerin vatandaşlıkları 2-) eşlerin ikametgahlarının veya mutad meskenlerinin bulunduğu yer 3-) eşlerin mallarının bulunduğu yer bakımından doğan yabancılık unsurlarıdır¹⁶⁰.

Burada hiçbir şekilde yabancılık unsuru içermeyen bir mal rejimi ilişkisinde eşlerin yabancı bir hukukta düzenlenen mal rejimlerinden birini seçerek uyumsuzluğa yabancılık unsuru katma imkanlarının var olup olmayacağı da tartışma konusu yapılabilir. Bu tartışmanın sonucunu, aralarındaki mal rejimi ilişkisinde eşlere tanınan irade özgürlüğünün sınırları belirleyecektir. Aşağıda “ Mal Rejimine Uygulanacak Bağlama Noktaları” başlığında daha detaylı bir şekilde inceleneceği üzere, eşlere tanınan irade özgürlüğü hukuksal düzenlemelerle sınırlandırılmış durumdadır. Bunun nedeni ise, yine aşağıda “Mal Rejiminin Vasıflandırması” başlığında inceleneceği üzere, mal rejimi ilişkisinin aile hukuku karakteri baskın bir ilişki olması ve aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin kural olarak emredici nitelik taşımasıdır. Dolayısıyla mal rejimi ilişkisinde eşlere tanınan irade özgürlüğü istisnai niteliktedir. Evrensel hukuk ilkelerinden “istisnalar dar yorumlanır” ilkesinin doğal bir sonucu olarak, eşlerin bu konudaki irade özgürlüklerini dar yorumlamak gerekecektir. Bu durumda, eşlerin başka hiçbir yabancılık unsuru içermeyen bir mal rejimi ilişkisine yabancı bir devlet hukukunda düzenlenen bir mal rejiminin uygulanmasını kararlaştırarak uyumsuzluğa yabancılık unsuru katma imkanlarının mevcut olmadığını savunmak gerekecektir.

Yukarıda sıralanan yabancılık unsurlarından sadece bir tanesinin eşler arasındaki mal rejimi ilişkisinde var olması hiç şüphesiz ki, bu ilişkinin milletlerarası özel hukuk konusu olması için yeterlidir. Ancak bazı durumlarda söz konusu yabancılık unsurlarının birden fazlası aynı uyumsuzlukta bir arada bulunabilir. Örneğin farklı vatandaşlıklara sahip A ve B'nin, C ülkesinde ikamet edip, Ç, D ve E ülkelerinde taşınır ve taşınmaz mallar edindikleri bir olasılıkta hem eşlerin vatandaşlığı, hem eşlerin ikametgahları hem de mallarının bulunduğu yer bakımından yabancılık

¹⁶⁰ Alain Verbeke, Perspectives for an International Marital Contract, 8 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 189- 2001, s.190.

unsuru mevcut olabilir. Küreselleşen dünyanın, küreselleşen evlilik ilişkilerinde böyle örneklere rastlamak artık pek de imkansız görünmemektedir. Bu örnekteki gibi bir durumda eşler arasında çıkabilecek mal rejimine ilişkin bir uyuşmazlık A,B,C,Ç,D ve E ülkelerinin hukukları ile bağlantılı olacaktır. Bu hukuklardan hangisinin uyuşmazlıkla en sıkı ilişki içerisinde olduğunun tespiti ise Milletlerarası Özel Hukuk kurallarının amacını oluşturmaktadır ve bu amaç bağlama noktaları uygulanarak gerçekleştirilecektir. Ancak mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda en sıkı ilişkili hukuku tespit etmeye yarayan bağlama noktaları ile ilgili açıklamalara geçmeden bu bağlama noktalarının hangi kanunlar ihtilafı kuralının içerisinde olduğunu tespitiye yarayan Milletlerarası Özel Hukuktaki “bağlama konusunun vasıflandırması” meselesine değinerek söz konusu uyuşmazlıkta vasıflandırmanın ne şekilde yapıldığını belirlemek gerekecektir.

II. Mal Rejiminde Vasıflandırma

Milletlerarası Özel Hukukta vasıflandırma meselesi Kıta Avrupası Hukukunda 19. yüzyılın sonundan, Anglo Sakson Hukukunda ise 20. Yüzyılın başından beri incelenmiş ve kesin çözüme bağlanamamış bir konudur¹⁶¹. Ancak yine de genel bir tanım vermek gerekirse; “...vasıf ihtilafı, yabancılik unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun o hukuki olay ve ilişkiye ve bu ilişkileri düzenleyen kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı hukuki nitelik tanımış olmasından doğan ihtilafıdır”¹⁶². Görüldüğü üzere yabancılik unsuru içeren bir hukuki uyuşmazlıkta hem bağlama konusu olarak isimlendirdiğimiz o hukuki uyuşmazlığın konusu hem de bağlama noktası olarak isimlendirdiğimiz o hukuki uyuşmazlığı bir hukuk düzenine bağlayan kanunlar ihtilafı kurallarının vasıflandırılması söz konusudur. Bu çalışma bakımından bağlama noktasının vasıflandırılması meselesinde tercih edilen yaklaşıma aşağıda “Mal Rejimine Uygulanacak Bağlama Noktaları” başlığında kısaca değinilecektir.

¹⁶¹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 77.

¹⁶² Çelikel/Erdem, a.e., s. 78.

Bu noktada, çalışmamız bakımından asıl önem arz eden mesele bağlama konusunun vasıflandırılmasıdır. Gerçekten de kanunlar ihtilafı kurallarının konusunu oluşturan kavram ve kurumlar, uyumsuzluk ile ilişkisi olan bütün hukuk sistemlerinde aynı anlam ve içeriğe sahip değildir¹⁶³. Bu da uyumsuzluğu çözümlenecek hakimin söz konusu hukuki uyumsuzlukla ilişkisi olan hukuklardan hangisini dikkate alarak uyumsuzluğu vasıflandıracağı sorununu gündeme getirir. Bu konuda doktrinde, hakimin hukukuna (lex fori) göre vasıflandırma ve hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuka (lex causae) göre vasıflandırma başta olmak üzere pek çok farklı görüş geliştirilmiştir¹⁶⁴. Bunlardan en çok tercih edileni hakimin hukukuna (lex fori) göre vasıflandırma olmakla birlikte, her somut olayda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine en çok hizmet edecek yöntemin seçilmesi esastır¹⁶⁵.

Mal rejimine ilişkin uyumsuzluklar geçmişte farklı hukuk düzenlerinde farklı hukuki kurumlar içerisinde değerlendirilmişlerdir. Bunun temel sebebi söz konusu hukukların eşler arasındaki mal rejimi ilişkisinin özelliklerinden bazılarını diğer özelliklerine göre daha ön planda tutmalarından kaynaklanıyordu. Diğer bir deyişle, mal rejimi ilişkisi, bazı hukuklar için eşler arasındaki bir sözleşme olarak nitelendirilip sözleşmeler hukuku karakteri ağır basan bir ilişki olarak vasıflandırılırken, diğer hukuklarda eşlerin mallarına vurgu yapılarak konunun eşya hukuku içerisinde değerlendirilmesi sağlanıyordu.

Örneğin 1960'lerde Fransız hukukunda mal rejimi ilişkisi eşler arasında sui generis bir sözleşme olarak tanımlanıyordu. Bilindiği üzere bu dönemde de eşlere aralarında mal rejimi sözleşmesi yaparak kendilerine uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınmaktaydı¹⁶⁶. Ancak eşler arasındaki mal rejimi ilişkisinin sui generis bir sözleşme olarak kabul edilmesinin asıl nedeni bu mal rejimi sözleşmesi yapabilme imkanı değildi. Eşlerin, mal rejimi sözleşmesi yapmadığı durumlarda kendilerine uygulanacak yasal mal rejimi olan mal ortaklığı rejimi konusunda da, aralarında zımni bir mal rejimi sözleşmesi olduğuna dair bir faraziye kabul edilmişti. İşte

¹⁶³ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 45.

¹⁶⁴ Söz konusu görüşler için bkz. Nomer, a.g.e., s.104-108, Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 83-93.

¹⁶⁵ Çelikel/Erdem, a.g.e., 90, Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 51.

¹⁶⁶ Bkz. Birinci Bölüm s. 20 vd.

eşlerin kendilerine yasal mal rejiminin uygulanması konusunda zımni bir mal rejimi sözleşmesi yaptıklarına dair bu faraziye, mal rejimi ilişkisinin sözleşmeler hukuku karakterinin, aile hukuku karakterine göre daha baskın kabul edilmesine neden oluyordu¹⁶⁷. Dolayısıyla o dönemde Fransız Temyiz Mahkemesi, eşlerin zımni iradesini belirlemenin, hukuki bir sorundan ziyade maddi vakıa sorunu olduğu ve tarafların ikametgahı, milli hukuku, evliliğin yapıldığı yer, malların bulunduğu yer ve eşlerin mesleki faaliyetlerini de içeren çok farklı unsurların göz önüne alınarak somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁸.

İngiliz Hukukunda da, çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere¹⁶⁹, evliliğin eşlerin malları üzerinde herhangi bir etkisinin olmadığı kabul edilmekteydi. Bu nedenle mal ayrılığı rejimi katı bir şekilde uygulanmış ve uzun yıllar eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile başka bir rejimin kendilerine uygulanmasına karar vermelerine imkan tanınmamıştır. Böylece eşlerin mallarını evlilikten bağımsız olarak değerlendiren bu hukukta, yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyumsuzlukları da doğal olarak eşya hukuku karakteri daha baskın uyumsuzluklar olarak kabul edilmiştir.

Ancak günümüzde, bu çalışmanın kapsamında incelenen devletlerin ulusal mevzuatları ve uluslararası düzenlemelerde yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyumsuzluklarının aile hukuku karakteri baskın uyumsuzluklar olarak vasıflandırılmaktadırlar. Hatta, 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısının¹⁷⁰ genel gerekçesinde mal rejimi konusunun, her ne kadar eşler arasında ve eşler ile üçüncü kişiler arasında malvarlığı ilişkilerini düzenleyen bir konu olsa da evlilik kurumuyla çok yakın bir bağlantısı olması sebebiyle aile hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiş

¹⁶⁷ Donald von Landauer, *Matrimonial Causes in French Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.13, 1964, s.14. O dönemde Fransız Hukukunda mal rejimi ilişkisinin sözleşmeler hukuku karakterinin daha baskın kabul edilmesine ilişkin bkz. Berki, a.g.e., s. 153.

¹⁶⁸ Öztürk, a.g.e. s. 131-132 ve orada ismi zikredilen yazarlar.

¹⁶⁹ Bkz. Birinci Bölüm s. 11vd.

¹⁷⁰ Bkz. S. 119 vd.

ve mal rejiminin evliliğin kurulmasıyla başlayıp sona ermesiyle biten bir kurum olduğu vurgulanmıştır.

Sonuç itibarıyla günümüzde yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarının vasıflandırılması meselesinde devletler arasında ciddi farklılıklara rastlanmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda bağlama konusunun hakim hukukuna (lex fori) göre veya hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuka (lex causae) göre vasıflandırması sonuçta bir farklılık oluşturmayacak ve bu uyuşmazlıklar aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar olarak kabul edilecektir.

III. Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk

Tarafların aralarındaki hukuki ilişkinin tabi olacağı kuralları belirleyebilmesi düşüncesinin temelinde 19. yüzyıldan itibaren etki doğurmaya başlayan bireycilik akımı yer almaktadır¹⁷¹. Kişilerin hayatlarını kendi seçimleri doğrultusunda yaşayabilmelerini öngören bireycilik akımının sözleşmeler hukuku alanındaki izdüşümü de tarafların aralarındaki sözleşmesel ilişkiye diledikleri hukukun uygulanmasını sağlayabilmeleridir. Taraflara sağlanan bu irade özgürlüğü zamanla eşler arasındaki mal rejimine ilişkin sözleşmelerde de kendini göstermeye başlamıştır.

Ancak eşlerin hukuk seçimi konusundaki serbestisi sınırsız değildir. Eşlere tanınan bu hukuk seçimi yetkisinin sınırlı olmasının temel sebebi, aile hukuku ilişkilerinin Anayasal koruma altına alınan kurumsal bir yapıya sahip olması ve bu nedenle özel hukuk sözleşmeleri ile içeriğinin değiştirilmemesi gerektiği yönündeki köklü inançtır¹⁷². Sonuç olarak aile hukukuna ilişkin düzenlemeler, emredici nitelik taşımakta ve böylece adaletsiz sonuçlar doğurabilecek özel hukuk sözleşmelerine

¹⁷¹ Anne Sanders, a.g.e. s.1-2.

¹⁷² Erik Jayme, Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies, Yearbook of Private International Law, Vol.XI-2009, s. 1-2.

karşı zayıf tarafı koruma amacını gerçekleştirmektedir¹⁷³. Dolayısıyla söz konusu alanda, yine kural olarak, taraf iradesine yer verilmemektedir. Ancak aile hukukunda bu genel kuraldan sapıldığı istisnai alanlardan biri eşlerin arasındaki mal rejimi ilişkisidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde de tespit edildiği üzere, birçok ülke, eşlere, aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile medeni kanunlarında belirtilen mal rejimi türlerinden birinin seçme ve bu yolla yasal mal rejiminin kendilerine uygulanmasını engelleme yetkisini tanımıştır.

Bu yetkinin milletlerarası özel hukuk kuralları bakımından yansımaları ise, eşlere aralarındaki mal rejimi ilişkinin tabi olacağı ülke hukukunu seçme imkanı tanımak şeklinde olmuştur. Günümüzde, bu yetki de, ülkelerin medeni hukuklarındaki yetkiler gibi istisnai nitelikte olduğu için, sınırlıdır. Dolayısıyla eşler, aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuk olarak ancak ilgili kanunlar ihtilafı kuralında belirtilen bu hukuklardan birini seçebilirler. Tahdidi (numerus clausus) olarak belirtilmiş bu hukuklar subjektif bağlama noktalarını oluşturmaktadır.

Söz konusu subjektif bağlama noktaları ancak eşler arasında yapılacak “mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi” ile belirlenir. Bu çalışmanın birinci bölümünde incelenen, devletlerin medeni hukuklarında yer alan ve eşlere sadece bu iç maddi hukukta yer alan mal rejimi türlerinden birinin kendilerine uygulanmasını sağlayan “mal rejimi sözleşmeleri” ile “mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri”ni birbirinden ayırabilmek gerekmektedir. Bu nedenle bundan sonraki açıklamalarda yer alacak “mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri” ifadesi, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca eşlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisine başka bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırdıkları sözleşmeleri tanımlamak için kullanılacaktır.

¹⁷³ Erik Jayme, a.e., s.2.

Eşler arasında mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yapılmadığı her durumda, söz konusu mal rejimi uyuşmazlığı objektif bağlama noktasına tabi olacaktır. Çalışmamızın kapsamı içerisinde kalan ülkelerin ve uluslararası düzenlemelerin ilgili kanunlar ihtilafı kurallarında mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından birden çok objektif bağlama noktası yer almaktadır.

Bu bağlama noktaları arasında kademeli bir ilişki söz konusudur. Dolayısıyla birinci basamakta yer alan bir objektif bağlama noktasının öngördüğü hukuk, uyuşmazlık konusu ilişkide tespit edilebiliyorsa bu uyuşmazlık söz konusu objektif bağlama noktasına göre çözümlenecektir. Ancak birinci kademedede yer alan objektif bağlama noktasının öngördüğü hukukun tespit edilemediği bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu uyuşmazlık ikinci kademedeki objektif bağlama noktasına göre çözümlenecektir. Böyle bir hukukun da tespit edilemediği durumda üçüncü kademedeki bağlama noktası devreye girecektir. Uyuşmazlığa uygulanacak bir objektif bağlama noktası tespit edilene kadar söz konusu kademe ilişkisi takip edilecektir.

Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere gerek devletlerin ulusal mevzuatlarında gerekse uluslararası düzenlemelerde subjektif ve objektif bağlama noktaları olarak eşlerin müşterek hukukları tercih edilmiştir. Bunun temel nedeni mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda eşlerin menfaatlerinin eşit ağırlıkta olduğunun kabul edilmesidir¹⁷⁴. Kadın- erkek eşitliğinin doğal bir sonucu olarak kabul etmek gereken menfaat eşitliği düşüncesi kadının veya kocanın hukukunu diğerinin hukukuna üstün kılan bağlama noktalarının reddedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, aşağıda incelenecek olan devletlerin ulusal mevzuatlarında ve uluslararası düzenlemelerinde de görüleceği üzere, eşlerin kişisel statülerini esas alan bir müşterek hukukun tespit edilememesi durumunda son sıradaki bağlama noktası olarak ya en sıkı ilişkili hukuk ya da hakimin hukuku yer almaktadır.

¹⁷⁴ Çelikel/Erdem, a.g.e. s.65.

Söz konusu ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alan eşlerin müşterek hukukları, kişisel statüyü esas alan milli hukuk, ikametgah hukuku veya mutad mesken hukukudur. Diğer bir deyişle, mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda karşımıza çıkan bağlama noktaları, eşlerin müşterek milli hukukları, müşterek ikametgah hukukları ya da müşterek mutad mesken hukukları olmaktadır. Bağlama noktası olarak kişisel statünün, yani kişinin şahsı itibariyle tabi olduğu hukukun tercih edilmesinin nedeni ise hiç şüphesiz ki kişinin en sıkı ilişki içerisinde olduğu ve dolayısıyla onun menfaatlerini en iyi şekilde koruyacak hukukun bu hukuk olduğunun kabul edilmesidir. Ancak bazı hukuklarda kişisel statüyü esas alan bağlama noktalarının yanı sıra eşlerin taşınmaz mallarına ilişkin olarak taşınmazın bulunduğu yer bağlama noktası da istisnai olarak kabul edilmektedir. Söz konusu bağlama noktalarının vasıflandırılması meselesinde ise genel eğilim hakim in hukukuna (lex fori) göre vasıflandırmadır.

IV. Bağlama Noktalarının Değişikliği Meselesi (Statü Değişikliği) ve Buna İlişkin Yaklaşımlar

“Bir kimsenin veya bir şeyin bir bağlama kuralı gereğince kazandığı hukuki statünün, daha sonra bağlama noktasının değiştirilmesi nedeniyle tanınıp tanınmayacağı sorunu”¹⁷⁵ olarak tanımlanabilecek statü değişikliği meselesi konumuz bakımından üzerinde durulması gereken bir meseledir. Çünkü mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda sıklıkla uygulanan bağlama noktaları olan milli hukuk, ikametgah hukuku ve mutad mesken hukuku zaman içerisinde değişkenlik gösterme olasılığı yüksek hukuklardır. Çalışmamızın sınırları içerisinde incelenen ülkelerin mevzuatlarında ve uluslararası düzenlemelerde bağlama noktalarının değişkenliği ve buna bağlı olarak eşlerin mal rejimi ilişkilerinin tabi olacağı hukuk meselesinde birbirine zıt iki doktrinin etkileri gözlemlenmiştir. Bunlardan ilki, mal rejimi ilişkisine uygulanacak bağlama noktasının zaman içerisinde değişmemesini öngören “değişmezlik” doktrindir. Diğer ise bunun tam aksi sonuçlar öngören “değişebilirlik” doktrindir.

¹⁷⁵ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 168.

A. Değişmezlik Doktrini

Değişmezlik doktrinde mal rejimi ilişkisine uygulanacak bağlama noktası bir zamana bağlanarak sabitlenir¹⁷⁶. Bu zaman, bu çalışmada incelenen devletlerin mevzuatlarında ve uluslararası düzenlemelerde çoğunlukla, eşlerin “evlenme anı” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla eşlerin arasındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak bağlama noktası hangi hukuku işaret ediyor ise bu hukukun eşlerin evlenme anında yürürlükte olan hükümleri uygulanacaktır. Bu doktrin, evlenme anındaki bağlama noktasının belirlediği hukukun aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanması konusunda, eşlerin, zımni bir sözleşme yapmış olduğu varsayımından hareket eder¹⁷⁷. Bu doktrinin tercih edilmesindeki en önemli iki neden; 1-) Eşler bakımından öngörülebilirlik ve 2-) Malların bütününe aynı hukukun uygulanması bakımından da birlik sağlamasıdır (malların birliği ilkesi)¹⁷⁸. Çünkü evlenme anına sabitlenen bağlama noktası mal rejiminin devamı süresince hiçbir değişkenlik göstermeyecektir. Dolayısıyla, örneğin eşler arasındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak bağlama noktasının milli hukuk olarak belirlendiği bir düzenlemede değişmezlik doktrini benimsenerek bu bağlama noktası eşlerin evlenme anındaki milli hukuku olarak sabitlenirse, söz konusu hukuk eşlerin evlilik boyunca edindikleri bütün malvarlığı için uygulanma imkanı bulacaktır. Eşlerin evlilik devam ederken vatandaşlıklarında gerçekleşebilecek herhangi bir değişiklik mallarına uygulanacak hukuku değiştirmeyecektir.

¹⁷⁶ Subjektif bağlama noktaları bakımından değişmezlik doktrinin tercih edildiği durumlarda eşlerin seçebileceği hukuklar sadece sayısal olarak değil zamana bağlı olarak da sınırlandırılmış olmaktadır. Zamana bağlı sınırlama da aile hukuku ilişkilerinde taraf iradesinin istisnai olması kuralının bir sonucunu oluşturmaktadır. Bkz. Erik Jayme, a.g.e., s.2.

¹⁷⁷ Michael Davie, *Matrimonial Property in English and American Conflict of Laws*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.42 No.4, 1993, s. 859 ve Eugen Dietrich Graue, *The Rights of Surviving Spouses under Private International Law*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.15, No.1/2, 1966-1967, s.176.

¹⁷⁸ Michael Davie, a.g.e., s. 859 Philippe Pulfer/Azadeh Djalili, *Acquiring Domicile in Switzerland: Consequences of the Matrimonial Property Regime, Trust and Trustees*, Vol 17, No.4, 2011, s.325 ve C.M.V. Clarkson, *Matrimonial Property on Divorce: All Change in Europe*, *Journal of Private International Law*, Vol.4, No.3, 2008, s.440. Malların birliği ilkesi hakkında bkz. s. 93.

Ancak bu doktrin milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı sonuçlar da doğurabilmektedir. Bilindiği üzere, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ancak uyumsuzluğa en sıkı ilişkili hukukun uygulanması ile sağlanabilir¹⁷⁹. Ancak değişmezlik doktrini tercih edildiğinde eşlerle neredeyse hiçbir bağlantısı kalmayan bir hukuk uyumsuzluğa uygulanmak zorunda kalabilmektedir. Örneğin, evlendikleri sırada X ülkesi vatandaşlığına sahip bir çift, evlendikten kısa bir süre sonra bu ülke vatandaşlığını terk ederek Y ülkesi vatandaşlığını kazanmış olabilirler. Hatta Y ülkesinde ikamet ederek X ülkesiyle sadece hukuki değil fiziksel bağlarını da tamamıyla koparmış olabilirler. Böyle bir örnekte eşlerin evlilik devam ederken edindikleri mallar da büyük olasılıkla X ülkesinde olmayacaktır. Bu durumda, eşlerin öngörebildiği ve bütün mallara uygulanmak bakımından birliği sağlayan X ülkesi hukuku, aslında eşler bakımından en sıkı ilişkili hukuk değildir. Dolayısıyla burada milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinden bahsetmek de mümkün görünmemektedir.

Ayrıca bu doktrin eşlerden biri ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerin hakları bakımından da sakıncalar yaratabilmektedir. Çünkü eşlerin evlenme anındaki milli hukuku veya ikametgah hukuku ya da mutad mesken hukukunun üçüncü kişi tarafından bilinmesi hayatın olağan akışı bakımından kendisinden beklenemez. Üçüncü kişi ancak eşlerin kendisiyle hukuki işlem yaptıkları sıradaki milli hukuklarını, ikametgahlarını veya mutad meskenlerini bilebilir¹⁸⁰. Dolayısıyla bu doktrin, üçüncü kişilerin haklarının korunmasını sağlayacak ayrı düzenlemelerden yoksun olarak düşünülmemelidir. Diğer bir deyişle, bu doktrini tercih eden ülkeler beraberinde üçüncü kişilerin haklarını koruma altına alan düzenlemelere de yer vermelidir.

B. Değişebilirlik Doktrini

Değişmezlik doktrinin tam aksi sonuçlar doğuran diğer bir doktrin ise “değişebilirlik” doktrindir. Özellikle Sosyalist ülkeler tarafından benimsenen¹⁸¹ bu

¹⁷⁹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s.32 vd.

¹⁸⁰ Michael Davie, a.g.e., s. 859.

¹⁸¹ Erik Jayme, a.g.e., s.2.

doktrine göre, mal rejimi ilişkine uygulanacak hukuku tespit eden bağlama noktası değişkenlik gösterebilmektedir. Bu doktrin sayesinde göç alan devletlerin ülkelerinde ikamet eden yabancılar göç ettikleri ülkenin hukukuna tabi olabilmektedir. Dolayısıyla evlendikten sonra göç alan bir ülkede ikamet etmeye başlayan yabancılar, edindikleri mallar bakımından göç ettikleri ülke hukukuna tabi olabilmektedirler¹⁸².

Bağlama noktalarındaki değişkenlik eşler bakımından en sıkı ilişkili hukukun onları her koşulda takip edebilmesi sonucunu doğuracağı için milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanabilmektedir. En sıkı ilişkili hukukun tespiti bakımından daha başarılı olan bu doktrin üçüncü kişilerin haklarının korunması konusunda da doğabilecek sakıncaların önünü alabilmektedir¹⁸³.

Bu doktrini de yine yukarıdaki örnekten hareketle açıklamak gerekirse; X ülkesi vatandaşı olarak evlenen eşler evlilikleri devam ederken Y ülkesi vatandaşlığını kazandıklarında, bağlama noktası olan milli hukuk değişkenlik gösterecek ve eşlerin mallarına (ne zaman edinildikleri dikkate alınmaksızın) Y ülkesi hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla Y ülkesi hukuku geçmişe etkili (retroactive effect) olarak evliliğin gerçekleştiği andan itibaren edinilen bütün mallara uygulanacaktır¹⁸⁴.

Bağlama noktasının birden fazla defa değiştiği evliliklerde, bağlama noktası her değiştiğinde eşlerin evlilikleri boyunca edindikleri malvarlığına uygulanacak hukuk da değişecektir. Bu durum ise, eşlerin mallarına uygulanacak hukuk bakımından birlik ilkesinin gerçekleşmesini sağlarken aynı zamanda, değişmezlik doktrininin aksine, eşler bakımından öngörülemezliğe de neden olacaktır. Çünkü eşlerin örneğin 20 yıl önce edindikleri bir mala uygulanacak hukuk, eşler günümüzde vatandaşlıklarını değiştirdikleri için değişecektir.

¹⁸² Eugen Dietrich Graue, a.g.e., s.177.

¹⁸³ Michael Davie, a.g.e.,s. 860.

¹⁸⁴ Philippe Pulfer/Azadeh Djalili, a.g.e., s.326.

Değişebilirlik doktrinin söz konusu olumsuzluğunu bertaraf ederek eşler bakımından öngörülebilirlik sağlamak adına bu doktrini benimseyen ülkeler uygulayacakları bağlama noktasının geçmişe etkisini (retroactive effect) bertaraf etmektedirler. “Kısmi değişebilirlik”¹⁸⁵ doktrini olarak da isimlendirilen bu doktrinde, geçmişe etki bertaraf edildiği için bağlama noktasındaki bir değişiklik ancak değişikliğin gerçekleştiği andan itibaren edinilen mallar için uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla bağlama noktası olarak eşlerin müşterek milli hukukunun benimsendiği bir sistemde, eşlerin evliliklerinin ilk 20 yılı boyunca X ülkesi vatandaşı, daha sonra ise Y ülkesi vatandaşı olduğunu varsayarsak, ilk 20 yıl boyunca edinilen mallar X ülkesi hukukuna tabi olurken daha sonraki tarihlerde edinilen mallar Y ülkesi hukukuna tabi olacaktır. Eşler bakımından öngörülebilirlik sağlamayı başaran bu “kısmi değişebilirlik doktrini”, bu örnekten de anlaşıldığı üzere, malların birliği ilkesine ise aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

IV. Anglo Sakson Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimleri

Anglo Sakson Hukuk Sistemi’nde günümüz itibarıyla eşlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku seçme imkanları mevcuttur. Amerikan Hukukunda daha eski bir geçmişe sahip olan eşlerin mal rejimi uyumsuzluklarındaki irade özgürlüğü meselesi İngiliz Hukuku bakımından daha yeni yeni kabul edilmeye başlanmıştır. Hatta aşağıda daha detaylı olarak inceleneceği üzere, günümüzde eşlerin aralarında yapmış oldukları mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesinin adil ve resmi belge gücü kazanarak bağlayıcı olması İngiliz hakimi tarafından bu sözleşmenin onaylanmasına bağlıdır. Gerek İngiliz gerekse Amerikan Hukuklarında, eşler bu sözleşmelerle aralarındaki mal rejimi ilişkisinin tabi olacağı hukuku seçebilecekleri gibi, bir hukuk seçmek yerine, doğrudan sahip oldukları malların tabi olacağı kuralları ve böylece bu mallar üzerindeki haklarını da tek tek belirleyebilirler.

¹⁸⁵ Michael Davie, a.g.e.,s.860. C.M.V. Clarkson, a.g.e., s. 441.

Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde, eşlerin herhangi bir hukuk seçiminde bulunmaması durumunda, mal rejimine uygulanacak hukukun tespitini sağlayan objektif bağlama noktaları bakımından taşınır mal ve taşınmaz mal ayrımı yapılmaktadır. Diğer bir deyişle, malın niteliğine göre o mala uygulanacak objektif bağlama noktası da farklılık göstermektedir. Bu konuda aşağıda detaylı bir şekilde incelenecektir. Ancak genel eğilimin taşınırlar için evlenme anındaki ikametgah hukuku, taşınmazlar için ise malın bulunduğu yer hukukunun (lex rei sitae) olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Şimdi Anglo Sakson Milletlerarası Özel Hukuku'nda mal rejimi meselesi konusunda İngiliz Hukuku ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunu sırasıyla incelemeye çalışalım.

A. İngiliz Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

İngiliz Hukuku'nda uzun yıllar mal rejimi sözleşmeleri kamu düzenine aykırı kabul edilmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak yabancılik unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinde de eşlerin uygulanacak hukuku seçebilme imkanı mevcut değildi. Ancak yukarıda¹⁸⁶ detaylı bir şekilde açıklanan İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin 22-23 Mart 2010 tarihli *Radmacher v. Granatino* davasından sonra, eşlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku seçebilme imkanları ilk kez tanınmış oldu. Dolayısıyla günümüzde, eşler aralarında yapacakları mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesi ile kendilerine uygulanacak hukuku seçme imkanına sahiptirler.

Bu sözleşme açık veya örtülü bir şekilde yapılabilir. Örtülü hukuk seçiminde mahkeme, sözleşmenin şartlarından ve kullanılan ifadelerden eşlerin gizli kalmış amaçlarını tespit etmeye çalışır¹⁸⁷. Eşler bu sözleşmeyle aralarındaki mal rejimi ilişkisinin tabi olacağı hukuku seçebilecekleri gibi, bir hukuk seçmek yerine, doğrudan sahip oldukları malların tabi olacağı kuralları ve böylece eşlerin bu mallar üzerindeki

¹⁸⁶ Bkz. Birinci Bölüm s. 14 vd.

¹⁸⁷ Michael Davie, a.g.e. 880.

haklarını da tek tek belirleyebilirler¹⁸⁸. Seçilen hukuk eşlerin ikametgah değişikliğinden etkilenmez. Dolayısıyla bu hukuk eşlerin mal rejiminden doğan haklarını kontrol etmeye devam eder¹⁸⁹. Seçilen hukuk, taşınır-taşınmaz ayrımı yapılmaksızın eşlerin mallarının bütününe uygulanır¹⁹⁰. Bu sözleşmelerin şekil ve ehliyet bakımından geçerliliği, yorumu ve doğuracağı etki, seçilen hukuka tabidir¹⁹¹. Eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinde sahip oldukları irade özgürlüğünün sınırları konusunda İngiliz Hukuku'nda herhangi bir düzenleme mevcut değildir¹⁹². Dolayısıyla eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimlerinde herhangi bir sınırlama olmadığını kabul etmek gerekecektir. Diğer bir deyişle, eşler aralarındaki mal rejimi ilişkisine diledikleri hukuku uygulama imkanına sahip görünmektedirler. Ancak unutmamak gerekir ki İngiliz Hukuku'nda mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri hukuk alanında kendiliğinden sonuç doğurmamaktadır. Böyle bir sözleşme, ancak İngiliz Mahkemesi'nin, yukarıda açıklanan konularda incelemelerde bulunduktan sonra onu onaylamasıyla adil ve resmi belge gücü kazanacak ve bağlayıcı olacaktır¹⁹³.

Ayrıca eşler mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri eliyle İngiliz Mahkemeleri'nin yargı yetkisini ortadan kaldıramazlar. Diğer bir deyişle bu sözleşmelerde sadece uyuşmazlığa uygulanacak hukuk tespit edilebilir, milletlerarası yetkiyi değil.

¹⁸⁸ Michael Davie, a.e., s. 879

¹⁸⁹ Michael Davie, a.e., s. 879.

¹⁹⁰ Michael Davie, a.e., s. 879.

¹⁹¹ Adrian Briggs, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, Second Edition, 2008, s. 235 ve Michael Davie, a.e., s. 879.

¹⁹² Bu nedenle doktrinde, eşlerin bu konudaki irade özgürlükleri konusunda kıyasen 1990 tarihli Sözleşmeler Kanunu (Contracts Act) uygulama alanı bulması gerektiğini dile getiren yazarlar olmuştur. Bkz. Michael Davie, a.e., s.879. Bu kanuna göre eşlerin "makul bir seçimde" bulunmaları gerekmektedir. Ancak Davie, makalesinin devamında, bu kanunun etki tanıdığı 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu (Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations) tarafların hukuk seçimi konusunda herhangi bir sınırlama getirmediği için eşlerin mal rejimlerine uygulanacak hukuku seçerken herhangi bir sınırlamalarının olmadığını savunmuştur. Bkz. Michael Davie, a.e., s.879-880. Oysa söz konusu Roma Konvansiyonu m.1 f.2 b bendi c.2'de ve onun yerini alan 17 Haziran 2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü (Regulation EC no 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations) m.1 f.2 c bendinde mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri kapsam dışı bırakılmıştır. Dolayısıyla bu uluslararası düzenlemelerin eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi yetkilerine uygulanma imkanları yoktur.

¹⁹³ Bkz. Birinci Bölüm s.15.

Mal rejimine ilişkin herhangi bir hukuk seçimi söz konusu olmadığı hallerde İngiliz Hukukunda taşınır ve taşınmaz mallar için farklı objektif bağlama noktaları kabul edilmiştir.

Taşınırlara ilişkin objektif bağlama noktası olarak eşlerin evlenme anındaki müşterek ikametgah hukuku uygulanır. Ancak kadın erkek eşitliğinin kanuni düzenlemelere henüz yansımadağı dönemde taşınırlar konusundaki objektif bağlama noktası belirlenirken kocanın evlenme anındaki ikametgah hukuku tercih edilmişti. Bu bağlama noktasının kullanıldığı davalardan biri “*Re Egerton’s Will Trusts*” (1956 Ch. 593 2 All ER 817)¹⁹⁴ davasıdır. Bu davada evlenme anında İngiltere’de ikamet eden koca ile Fransa’da ikamet eden karı evlendikten sonra Fransa’da ikamet etmişlerdir. Kocanın ölümünden sonra dava açarak Fransız Hukukuna göre taşınırlar üzerinde hak iddia eden karının talebi İngiliz Mahkemesi tarafından evlenme anında kocanın ikametgahının İngiltere olması sebebiyle reddedilmiş ve taşınırlara İngiliz Hukuku uygulanmıştır.

1974 yılında karının kocasının ikametgahına bağımlılığına ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte söz konusu objektif bağlama noktası da, kadın erkek eşitliğine uygun olarak, eşlerin evlenme anındaki müşterek ikametgah hukukuna dönüşmüştür¹⁹⁵. Taşınırın evlilik öncesi veya evlilik devam ederken edinilmesinin objektif bağlama noktasının tespiti bakımından bir önemi yoktur¹⁹⁶. Taşınırlar bakımından objektif bağlama noktası olarak belirlenen müşterek ikametgah hukukunun evlenme anı ile sınırlandırılmış olması, İngiliz Hukukunda değişmezlik doktrininin tercih edildiğinin işaretidir. Evlenme anında eşlerin müşterek bir ikametgahının olmaması durumunda ise, eşler ve evlilik ile en sıkı ilişkili hukuk taşınırlara uygulanacaktır.

¹⁹⁴ Söz konusu dava özeti için bkz. Michael Mann, *The Modern Law Review*, Vol.19 No.6, 1956, s.686-687 ve John Humphery Carlile Morris, Peter Machin North, *Cases and Materials on Private International Law*, Butterworths, London, 1984, s. 604-609.

¹⁹⁵ Bkz. Adrian Briggs, a.g.e., s. 235

¹⁹⁶ Dicey Morris/ Collins, a.g.e., 28. Bölüm, par. 156.

Taşınmazlara uygulanacak hukuk konusunda ise farklı yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Geleneksel yaklaşım objektif bağlama noktası olarak taşınmazın bulunduğu yer hukukunun (lex rei sitae) tercih edilmesi yönünde olmuştur. Taşınmazın bulunduğu yer hukuku kuralının ilk kez uygulandığı dava 1891 yılında Lordlar Kamarası tarafından karara bağlanan *Welch v. Tennent* (1891 AC 639)¹⁹⁷ davasıdır. Dava konusu olayda karı- koca İskoçya’da ikamet ederken, karı İngiltere’de bir taşınmaz satın almıştır. Daha sonra bu taşınmazı satan karı, elde ettiği gelirin tamamını kocasına vermiştir. Eşler boşandıığında karı İskoç Hukuku uyarınca, kocasına vermiş olduğu gelirin kendisine iadesini talep eder. Lordlar Kamarası ise dava konusu gelirin kaynağının İngiltere’deki taşınmaz olmasından hareketle, uyuşmazlığa lex rei sitae kuralını uygulamak gerektiğine karar verir. Böylece uyuşmazlık taşınmazın bulunduğu yer hukuku olan İngiliz Hukuku’na göre çözümlenir ve sonuçta kocanın bu geliri iade etmesine gerek olmadığına hükmedilir¹⁹⁸. Ancak söz konusu geleneksel yaklaşım, eşlerin farklı yerlerde taşınmaz edinmeleri durumunda, edinilen her bir taşınmazın farklı farklı hukuklara tabi olması sonucunu doğuracağı için doktrinde eleştirilmiştir^{199 200}.

¹⁹⁷ Söz konusu dava özeti için bkz. C.M.V Clarkson/Jonathan Hill, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 4. Bası, 2011, s.492.

¹⁹⁸ Aynı bağlama kuralının uygulandığı bir başka örnek de “Tezcan v Tezcan” (38 R.F.L., 3d, 142 B.C.C.A., 1992) davasıdır. Dava konusu olayda eşler Türkiye’de herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapmadan evlenirler ve bir süre sonra Anglo Sakson Hukuk Sistemi’nin bir parçası olan Kanada’nın Britanya Kolumbiyası eyaletine yerleşirler. Burada taşınmaz edinen koca daha sonra Türkiye’ye döner ve eşler Türkiye’de boşanırlar. Kadın eş, o dönemde Britanya Kolumbiyası’nda yürürlükte bulunan 1979 tarihli Aile İlişkileri Hakkında Kanun’a dayanarak buradaki taşınmaz üzerinde hak iddia eder. Mahkeme verdiği kararda eşler arasında mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi bulunmadığı için uyuşmazlığa taşınmazın bulunduğu yer olan Britanya Kolumbiyası hukukunu uygular. Söz konusu karar ve eleştirisi için bkz. Vaughan Black, *Tezcan v. Tezcan: Choice of Law in Matrimonial Property*, *Canadian Child and Family Law Quarterly*, Vol. 9, 1993, s.293-302.

¹⁹⁹ Dicey Morris/Collins, *Conflict of Laws*, 15. Bası, Sweet and Maxwell Press, 2012, 28. Bölüm par. 28., Trevor Hartley, *Matrimonial Property Rights in Conflict of Laws: a Reconsideration, Reform and Development of Private International Law- Essay in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, 2002, s.233 ve C.M.V Clarkson/Jonathan Hill, a.g.e., s. 493.

²⁰⁰ İngiliz Hukukunda eşlerin malvarlığında bulunan bir taşınmaza ilişkin olarak lex rei sitae kuralının uygulanmadığı ilk dava “*De Nicols v. Curlier*” (1 App. Cas. 21 1900) davasıdır. Ancak söz konusu davada lex rei sitae kuralının uygulanmasının vazgeçilmesinin nedeni başka bir objektif bağlama kuralının tercih edilmesi değil, eşler arasında zımnî bir mal rejimi sözleşmesinin olduğu faraziyesinden hareketle subjektif bağlama noktası olarak eşlerin seçtiği hukukun taşınmaza uygulanmasıdır. Söz konusu davada Fransız çift aralarında herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapmadan, 1854 yılında Fransa’da evlenmiş ve bir süre burada yaşamıştır. Fransa’da yaşadıkları süre içerisinde ciddi bir mal varlığı edinmeyen çift 1863 yılında İngiltere’ye göç etmiştir. İngiltere’de büyük bir servet edinen Fransız koca 1865 yılında, İngiliz vatandaşlığını kazanmıştır. Ölmeden önce yaptığı trust sözleşmesi ile bütün malvarlığından elde edilecek gelirin karısı, kızları ve kızlarından olma torunları lehine hayat boyu kullanılmasını sağlayan koca 1897 yılında ölmüştür. Ancak sağ

Bu eleştiriler doğrultusunda geliştirilen modern yaklaşım ise taşınmazlara objektif bağlama noktası olarak eşlerin müşterek ikametgah hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır²⁰¹. Bu görüşü savunan yazarlar, eşlerin taşınmazına ilişkin bir uyumsuzluğun, eşya hukukuna kıyasla aile hukuku karakteri daha baskın bir uyumsuzluk olarak kabul etmektedirler. İkametgahlarının bulunduğu yerden başka bir yerde taşınmaz edinen eşlerin bu taşınmaza taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını öngöremeyeceklerini vurgulayan yazarlar, söz konusu taşınmazlara eşlerin müşterek ikametgah hukukunu uygulamanın onların değerleri, tutumları ve beklentilerini yansıtmak bakımından daha doğru olacağını belirtmektedirler. Ayrıca söz konusu objektif bağlama noktasının tercih edilmesinin bir nedeni de İngiliz Hukukunda bu bağlama noktasının evlilikle en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmesidir²⁰².

01.05.2013 tarihinde İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından karara bağlanan *Slutsker v. Haron* (EWCA Civ 430)²⁰³ davasında da bu görüş kabul görmüştür. Dava konusu olayda, her ikisi de Rus asıllı olan ve Rusya’da evlenen Slutsker çifti, 2000 yılında Boltons- Kensington’da bir taşınmaz satın alır. Ancak vergi kanunlarındaki mükellefiyetler sebebiyle bir İngiliz şirketi olan Haron Investments Ltd. & Anor söz konusu taşınmazın maliki olarak tapuya kaydedilir. Haron şirketi ile Slutsker çifti arasındaki trust müessesesinin lehdarı ise Olga Slutsker olarak belirlenir. 2009

kalan eş, kocası ile aralarında Fransız Hukuku uyarınca mal ortaklığı rejiminin var olduğunu belirterek, evlilik boyunca edinilen bütün malvarlığı üzerinde hak iddia etmiştir. O dönemde yürürlükte olan Fransız Medeni Hukuku hükümlerine göre eşler aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları sürece yasal mal rejimi olan mal ortaklığı rejimine tabi olmaktadır. Lordlar Kamarası ise, eşlerin aralarında herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapmamakla kendilerine yasal mal rejimi olan mal ortaklığı rejiminin uygulanmasını kabul ettiklerini farz ederek ortada zımni bir mal rejimi sözleşmesi olduğunu belirtmiştir. Eşlerin arasındaki bu zımni sözleşme gereği kendilerine Fransız Hukuku uygulanmalıdır. Dolayısıyla Lordlar Kamarası söz konusu çiftin hem taşınır hem taşınmazlardan oluşan bütün malvarlığına Fransız Hukukunu uygulamıştır. Söz konusu dava özeti için bkz. C.M.V Clarkson/Jonathan Hill, a.g.e., s. 493 ve Micheal J. Stegman, Kohnen&Patton, Community Property for Separate Lawyers: The Problem of the Itinerant Couple, 2012, s. 21. Makalenin tam metni için bkz. <http://www.kohnenpatton.com/pdf/Community%20Property%20for%20Separate%20Property%20Lawyers%20-%20MJ%20Stegman.pdf> (Çevrimiçi 26.12.2013)

²⁰¹ Dicey Morris/Collins, a.g.e., 28. Bölüm, par.28., Trevor Hartley, a.g.e., s.225, Michael Davie, a.e., s. 880, C.M.V. Clarkson, a.g.e., s. 440.

²⁰² C.M.V Clarkson/Jonathan Hill, a.g.e., s. 495.

²⁰³ Söz konusu dava özeti için bkz. Joanne Harris, BLP Wins as CoA Looks to Russian Law in Key Matrimonial Case, Lawyer (online Education), 05.03.2013 ve <http://www.familylawhub.co.uk/default.aspx?i=ce2404> (Çevrimiçi 27.12.2013)

yılında çift Rusya’da boşanır. Boşanmanın ardından Vladimir Slutsker, İngiliz Mahkemesinde dava açarak, söz konusu taşınmaza İngiliz Hukuku’nun uygulanması gerektiğini iddia ederek, kendisine taşınmazın yarısı üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilmesini talep eder. İngiliz Mahkemesi ise vasıflandırma yaparken bu konuda modern yaklaşımı savunan yazarların yukarıda özetlenen görüşlerini de dikkate alarak, uyuşmazlığın aile hukuku karakterini eşya hukukuna kıyasla daha baskın kabul etmiş ve eşlerin müşterek ikametgah hukuku olan Rus Hukuku’nu uyuşmazlığa uygulayarak davacının talebini reddetmiştir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, taşınmazlara uygulanacak objektif bağlama noktası konusunda modern yaklaşımı benimseyen yazarlardan dahi, bu bağlama noktasının uygulama alanını taşınmazlara ilişkin her türlü uyuşmazlığı kapsayacak şekilde genişletmeyenler olmuştur. Bu görüşe göre eşlerin müşterek ikametgah hukuku bağlama noktası ancak sadece eşler arasındaki taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulabilir. Dolayısıyla bir eş ile üçüncü kişi arasında çıkabilecek taşınmaza ilişkin bir uyuşmazlık mutlaka taşınmazın bulunduğu yer (lex rei sitae) kuralına tabi olmalıdır²⁰⁴. Çünkü eşlerden biri ile hukuki ilişkiye giren üçüncü bir kişinin eşlerin müşterek ikametgahlarının nerede olduğunu bilmesi kendisinden beklenemez. Dolayısıyla üçüncü kişinin de öngörebileceği hukuk ancak taşınmazın bulunduğu yer hukuku olacaktır.

B. Amerikan Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

Amerikan Milletlerarası Özel Hukukunda yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından temel düzenleme 1969 tarihli “Second Restatement of Conflict of Laws”(Restatement II) dır. Bu tür uyuşmazlıklarda, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki eyaletlerin yarısından fazlasında doğrudan Restatement II uygulanmakta, diğer eyaletlerde ise uygulanan Milletlerarası Özel Hukuk kuralları

²⁰⁴ Trevor Hartley, a.g.e, s.234. Hatta Hartley aynı gerekçeden yola çıkarak, eşlerden biri ile üçüncü kişi arasında yapılan hukuki işlem bir taşınmaza ilişkin olsa dahi yine taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Trevor Hartley, a.e., s. 234

Restatement II dikkate alınarak düzenlenmektedir. Dolayısıyla Restatement II Amerikan Milletlerarası Özel Hukuk metodolojisini oluşturan temel eser olarak kabul edilmektedir²⁰⁵.

Amerikan Milletlerarası Özel Hukuku uyarınca eşlerin evlilik öncesi veya evlilik devam ederken mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yaparak kendilerine uygulanacak hukuku seçme imkanları mevcuttur. Ancak uygulamada bu tür sözleşmelere pek sık rastlanmamaktadır²⁰⁶. Yine de böyle bir sözleşme yapıldığında, eşlerin, taşınırlar için kendi ikametgah hukukları (matrimonial domicile), taşınmazlar için ise taşınmazın bulunduğu yer hukuku (Lex rei sitae) dışında bir hukuku seçme imkanları mevcuttur²⁰⁷. Hatta eşler, İngiliz Hukuku'nda olduğu gibi, bir yer hukuku seçmek yerine doğrudan sahip oldukları malların tabi olacağı kuralları tek tek belirleyebilirler²⁰⁸. Eşlere tanınan hukuk seçimi imkanının sınırları konusu Amerikan Hukuku bakımından tam netleşebilmiş değildir. Bunun temel sebebi konuya ilişkin yeterince mahkeme kararının bulunmayışıdır²⁰⁹. Ancak yine de seçilen hukukun uyuşmazlıkla arasında makul bir bağlantı aranmalıdır²¹⁰. Hatta Restatement II

²⁰⁵ Patrick J. Borchers, Courts and The Second Conflicts Restatement: Some Observations and an Empirical Note, Maryland Law Review, Vol. 56, Issue 4, Article 5, 2012, s.1233. Makalenin tam metni için bkz. <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3052&context=mlr> (Çevrimiçi 27.12.2013) Söz konusu makalede Amerikan Mahkemeleri'nin Restatement II'yi uyguladığı konularına göre dava sayıları tablo ve grafiklerle açıklanmaktadır. Bu tablolar için bkz. a.e., s.1242-1245. Söz konusu tablolarda gerek mal rejimi uyuşmazlıklarına gerekse aile hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir.

²⁰⁶ Michael Davie, a.g.e., s.864.

²⁰⁷ Michael Davie, a.e. s.864

²⁰⁸ Michael Davie, a.e., s.864

²⁰⁹ Micheal Davie, a.e., s. 864

²¹⁰ Michael Davie, a.e. s.864 Ancak bazı eyaletler eşlerin hukuk seçiminin sınırları konusunda Restatement II'yi uygulamak yerine kendi yasalarını uygulamayı tercih etmektedirler. Bunlardan biri de Louisiana eyaletidir. Eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi yetkilerinin sınırları konusu Louisiana Medeni Kanunu'nun 3540. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, Restatement II'den farklı olarak, seçilen hukuk ile uyuşmazlık arasında herhangi bir bağlantı aramamaktadır. Eşlerin hukuk seçimine getirilen tek sınırlama, kamu düzeni konusundadır. Seçilen hukuk Louisiana eyaletinin kamu düzenine aykırı olmamalıdır. Söz konusu hükmün uygulandığı önemli davalardan biri 2001 tarihli Robinson v. Robinson (778 So2d 1105 La 2001) davasıdır. Olay konusu davada eşler birlikte ikamet ettikleri Louisiana eyaletinde bütün mallarını bölüşerek mahkemeden ayrılık kararı almışlardır. Daha sonra koca Kuzey Carolina'ya taşınmış ve buradan Louisiana'daki karısına mal rejimine ilişkin bir sözleşme göndermiştir. Bu sözleşmede karının kocasının emekli maaşından doğacak alacak hakkından feragat ettiği ve bu konuda çıkabilecek olan uyuşmazlıklarda Kuzey Carolina hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Karısının söz konusu sözleşmeyi imzalamasının ardından koca Kuzey Carolina'da boşanma davası açmış ve taraflar boşanmıştır. Boşanmadan kısa bir süre sonra koca yeni bir evlilik yapmış ve Mississippi'ye yerleşmiştir. Kocanın emekli olmasının ardından ilk karısı Louisiana eyaletinde kocanın emekli maaşı

m.187’de seçilen hukuk ile uyumsuzluk arasında yeterli yoğunlukta bir ilişki varsa, bu hukukun tarafların talebine aykırı sonuçlar doğurması durumunda bile uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği, eşler tarafından seçilen hukukun iç maddi hukuk hükümlerine tabidir (Restatement II m.234) Ancak bu genel kuralın bazı istisnaları da mevcuttur. Bu istisnalar aşağıdaki gibidir;

1-) *Hakimin hukukuna (lex fori) göre eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapma ehliyetleri yoksa*

2-) *Seçilen hukuk ile eşler arasında sıkı bir ilişki yoksa veya bu hukukun seçilmesinin başka bir makul gerekçesi yoksa*

3-) *Seçilen hukukun uygulanması hakimin ülkesinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa*

Eşlerin arasındaki mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğine, genel kural olan eşlerin seçtiği hukukun iç maddi hukuk hükümleri değil, hakimin hukuku (lex fori) uygulanacaktır.

İkinci istisnada yer alan seçilen hukuk ile eşler arasındaki “sıkı ilişki”ye örnek teşkil etmesi bakımından *DeLorean v. DeLorean* davası (211 N.J.Super. 432,511 A.2d 1267- N.J. Super. Ch. 1986)²¹¹ önem arz etmektedir. Söz konusu davada eşler 1973 yılında evlenmeden önce aralarında mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yaparak mallarının Kaliforniya Hukukuna tabi olmasını kararlaştırmışlardır. Evlilik devam ederken koca Kaliforniya’da bir çiftlik ve bir arazi üzerinde pay edinmiş, ayrıca yerel ligdeki bir beyzbol takımının hisselerinin bir kısmını satın almıştır. 1986

üzerinde alacak hakkı olduğunu iddia ederek dava açmıştır. Louisiana Mahkemesi ise eşlerin seçtiği hukuk olan Kuzey Carolina Hukukunu kamu düzenine aykırı bularak uygulamamış ve uyumsuzluğu Louisiana Hukuku’na göre çözümlenmiştir. Ancak doktrinde bu karar ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Çünkü Louisiana Mahkemesi seçilen hukukun kamu düzenine aykırılığını tespit ederken bunu “uyumsuzlukla hiçbir bağlantısının bulunmamasına” bağlamıştır. Mahkeme; “Adaletsizce bir eş yararına (diğer eş zararına) sonuçlar doğuran, uyumsuzlukla kayda değer bir bağlantısı bulunmayan hukuk kamu düzenimize aykırılık teşkil etmektedir” ifadesini kullanmıştır. Bu karar ve eleştirisi için bkz. Symeon C. Symeonides, Choice of Law in the American Courts in 2001: Fifteenth Annual Survey, The American Journal of Comparative Law, Vol.50 No.1, 2002 s.31-33.

²¹¹ Söz konusu dava özeti için bkz. Micheal J. Stegman, Kohlen&Patton, a.g.e., s. 14-15.

yılında eşler boşanmaya karar verdiklerinde mahkeme, seçilen hukuk olan Kaliforniya Hukuku ile eşlerin arasındaki sıkı ilişkiyi söz konusu malların Kaliforniya’da edinilmesine dayandırmış ve eşlere bu hukuku uygulamıştır.

Üçüncü istisnada yer alan seçilen hukukun uygulanmasının hakim ülkesinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesine, adil olmayan anlaşmalar (unconscionable agreements) gösterilebilir. Söz konusu anlaşmalar eşlerin seçtikleri hukuka göre geçerli iken, hakim ülkesi bakımından kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği için geçersiz kabul edilebilmektedir²¹².

Eşlerin herhangi bir hukuk seçiminde bulunmaması durumunda objektif bağlama noktası olarak uygulanacak hukuk, Anglo Sakson Hukuku’ndaki mallara uygulanacak hukuka ilişkin temel ayırım doğrultusunda, taşınır mallar ve taşınmaz mallar bakımından farklılık göstermektedir.

Taşınır mallar konusunda genel ilke Retatement II m. 257’de düzenlenmiştir. Buna göre, eşler ve taşınır mal arasındaki “en sıkı ilişkili hukukun iç maddi hukuk hükümleri”, taşınırlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. En sıkı ilişkinin tespiti konusunda birtakım karineler kabul edilmiştir. Taşınırların edinilme anı dikkate alınarak belirlenen karinelere göre;

1-) taşınır, eşlerden birinin evlenmeden önce edindiği bir mal ise, evlilik öncesinde bu malı edinen eşin ikametgah hukuku,

2-) taşınır, evlilik devam ederken edinilmiş ise, malın edinildiği andaki eşlerin müşterek ikametgah hukuku,

eşler ve taşınır mal arasındaki en sıkı ilişkili hukuka karine teşkil eder.

Amerikan Mahkemesi’nin evlilik devam ederken edinilen taşınırlar hakkında, edinilme anındaki eşlerin müşterek ikametgah hukukunun uygulanacağına ilişkin

²¹² Micheal J. Stegman, Kohlen&Patton, a.g.e., s. 14

Harral v. Harral (39 N.J. Eq. 279 (1884))²¹³ kararı mevcuttur. Söz konusu olayda ABD vatandaşı H ile hangi ülkenin vatandaşı olduğu belirtilmeyen W Fransa'da evlenmiş burada ikamet etmiştir. Evlilik devam ederken H, New Jersey eyaletinde bazı taşınır mallar edinmiştir. H'nin ölümünden sonra W Amerikan Mahkemesi'nde açtığı davada söz konusu taşınırlar üzerinde Fransız hukuku uyarınca hak iddia etmiştir. Amerikan Mahkemesi ise taşınırların edinildiği tarihte eşlerin müşterek mutad meskeninin Fransa olması sebebiyle olayı Fransız mal ortaklığı rejimine göre çözümleyerek W'nin talebini kabul etmiştir.

Evlilik devam ederken edinilen taşınırın edinilme anında eşlerin müşterek bir ikametgahı bulunmuyorsa ne olacaktır? Böyle bir durumda, taşınıra o taşınırı edinen eşin edinme anındaki ikametgah hukukunun uygulanacağı doktrinde savunulmaktadır²¹⁴.

Restatement II m.257 gereği taşınır mal statü değişikliğinden etkilenmeyecektir. Dolayısıyla taşınır malın başka bir eyalete veya ülkeye nakli, ona uygulanacak hukuku değiştirmeyecek ve taşınır yine edinildiği andaki ikametgah hukukuna tabi olacaktır. Değişmezlik doktrinin benimsendiği bu durum eşler bakımından uygulanacak hukukun öngörülebilmesi bakımından olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Taşınırlara ilişkin objektif bağlama noktasını düzenleyen Restatement II m.257'ye ilişkin son bir tespit ise atıf teorisine²¹⁵ ilişkindir. Söz konusu hüküm uyarınca tespit edilen hukukun sadece iç maddi hukuk hükümleri uygulama alanı bulacağı için burada atıf teorisinin reddedildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak Amerikan Mahkemeleri taşınırlara ilişkin mal rejimi davalarının bazılarında yukarıda açıklanan ve artık geleneksel hale gelen karineleri kullanmaktan imtina ederek, uyuşmazlıkları menfaat analizi (interest analysis) teorisini kullanarak çözümlenmeye çalışmıştır. Amerikan Hukuku'nda 1955-1965 yılları arasında çok

²¹³ Söz konusu kararın tam metni için bkz. Peter Hay, Russell J. Weintraub, Patrick J. Borchers, Conflict of Laws- Case and Materials, Foundation Press, New York, 2000, 11. Edition, s. 917-918.

²¹⁴ Michael Davie, a.g.e., s.858.

²¹⁵ Atıf teorisi ve Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulduğu durumlar hakkında bkz aşağıda Üçüncü Bölüm s. 181 vd.

tartışılan ve özellikle haksız fiil ile sözleşmeler hukuku alanında uygulama alanı bulan menfaat analizi (interest analysis) teorisinin temelinde, uyuşmazlığın çözümünden düzeni en çok etkilenecek yer hukukunun o uyuşmazlığa uygulanması gerektiği düşüncesi yer almaktadır.

Menfaat analizi teorisinin taşınırlara ilişkin mal rejimi uyuşmazlıklarında kullanıldığı ilk dava 1967 tarihli *In Re Estate of Crichton* (228 N.E. 2d 799- N.Y. 1967) davasıdır²¹⁶. New York Temyiz Mahkemesi'nde görülen davada, ölen kocanın ölümünden 27 yıl önce boşandığı ikinci karısının Louisiana eyaletindeki taşınır üzerinde hak iddia edip edemeyeceğine ilişkindir. Söz konusu olayda Louisiana eyaletinde doğan koca ile ikinci karısı New York eyaletinde evlenmiş ve burada ikamet etmişlerdir. Koca evlilik devam ederken Louisiana eyaletindeki bir bankada hesap açarak buraya para yatırmıştır. Daha sonra çift boşanmış ve (eski) koca New York eyaletinde ikamet etmeye devam etmiştir. Ölümünden önce bir vasiyetname düzenleyen (eski) koca bütün malvarlığını her iki evliliğinden olan çocuklarına bırakarak aynı eyalette ölmüştür. Bunun üzerine New York Hukuku'na göre mirastan herhangi bir pay alamayan (eski) ikinci karı, Louisiana eyaletinde bulunan banka hesabındaki para üzerinde, New York Hukuku uyarınca hak iddia etmiştir. Söz konusu iddiayı ise, evlilik devam ederken edinilen taşınırlara eşlerin evlenme anındaki müşterek ikametgah hukukunun uygulanacağı yönündeki geleneksel karineye dayandırmıştır. Çünkü eşlerin evlenme anındaki müşterek ikametgahları New York eyaletinde yer almaktadır.

New York Temyiz Mahkemesi ise, davacının iddiasını dayandırdığı geleneksel karineyi uygulamak yerine menfaat analizi teorisini kullanmayı tercih etmiştir. Bu teori gereğince, uyuşmazlığın çözümünden düzeni en çok etkilenecek yeri tespit ederken Mahkeme, öncelikle uygulanacak hukukun amacını tespit etmeye çalışmıştır. Mahkemeye göre, uygulanacak hukuk, bir taraftan miras bırakanın haklarını koruyarak onun mirası üzerinde dilediği paylaşımı yapmasını sağlarken bir taraftan da sağ kalan eşin haklarını korumak amacındadır. Mahkeme, böyle bir

²¹⁶ Söz konusu davanın özeti için bkz. Michael Davie, a.g.e., s. 865-867 ve 872.

amacın gerçekleşmesinin en çok New York eyaletinde yaşayanların münhasır menfaatlerini tesis edeceğine karar vererek uyuşmazlığı New York Hukuku'na göre çözümlenmiştir. Böylece Mahkeme her ne kadar geleneksel karineyi uygulamayıp menfaat analizi teorisini kullanmış olsa da sonuç itibarıyla uyuşmazlığa yine New York Hukuku uygulanmıştır.

Taşınmaz mallar konusundaki düzenleme ise Restatement II m.233-234'te yer almaktadır. Bu hükümler uyarınca, taşınmaz mallar bakımından objektif bağlama noktası tespit edilirken, taşınır malların aksine, taşınmazın edinilme anı dikkate alınmaz. Taşınmaz mal ister evlilik öncesinde ister evlilik devam ederken edinilmiş olsun kural olarak bulunduğu yer hukukuna (lex rei sitae) tabidir. Taşınmaza uygulanacak hukuk konusunda İngiliz Hukuku'ndan etkilenecek taşınmazın bulunduğu yer hukukunu objektif bağlama noktası olarak benimseyen Amerikan Hukuku'nda bunun gerekçesi olarak Amerikan Makemelerinin, yabancı bir ülke hukukunun kendi topraklarındaki bir mülkiyet hakkı üzerinde söz sahibi olmasından duydukları endişe²¹⁷ ve bir taşınmaza en üst düzeyde koruma sağlayabilecek hukukun taşınmazın bulunduğu yer hukuku olduğu gerçeği yatmaktadır²¹⁸.

Özellikle bir taşınmazın Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin benimsendiği bir ülkede diğer bir taşınmazın ise Anglo Sakson Hukuk Sistemi'ni benimseyen bir ülkede edinilmesi durumunda sağ kalan eş bakımından bazı problemlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Çünkü mal ortaklığı rejimini benimseyen Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan ülkeler sağ kalan eşin haklarını mal rejimine ilişkin hükümlere dayanarak korumaya çalışırken mal ayrılığı rejimini benimseyen Anglo Sakson Hukuk Sisteminde yer alan ülkeler aynı korumayı miras hukuku hükümleriyle sağlamaya çalışmaktadır. Sahip olduğu taşınmazlar nedeniyle her iki mal rejimi türünün de kendisine uygulandığı sağ kalan eş ya her iki hukukun birden onu

²¹⁷ Lex rei sitae kuralının, Devletler Umumi Hukuku'nun temel ilkelerinden devletlerin kendi toprakları üzerindeki egemenliğinin Milletlerarası Özel Hukuk'taki iz düşümü olduğu yönündeki görüş için bkz. Eugen Dietrich Graue, a.g.e., s. 173.

²¹⁸ Micheal Davie, a.g.e., s. 863. Ancak günümüzde Amerikan doktrininde, evliliğin taşınmaz üzerindeki etkisini belirlemeye yetkili olan hukukun taşınırlarda olduğu gibi eşlerin ikametgah hukuku olduğu çünkü bu hukukun evlilik ile taşınmaz arasındaki en sıkı ilişkiyi kuran hukuk olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Michael Davie, a.e., s.863.

koruyan hükümlerinden yararlanacak (widow's feast) ya da tam aksine hiçbirinden yararlanamayacaktır (widow's famine)²¹⁹.

Taşınmazlara uygulanacak hukuk konusunda, taşınır mallardan farklı olarak, atıf teorisi kabul edilmiştir. Dolayısıyla objektif bağlama noktası olarak taşınmazlar için belirlenmiş olan taşınmazın bulunduğu yer hukukunun sadece iç maddi hukuk hükümleri değil, milletlerarası özel hukuk hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

Ancak atıf teorisinin reddedildiği istisnai bir durum Restatement II m. 234'te düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, mal rejimine ilişkin dava taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılmış ise, hakim taşınmaz konusunda kendi hukukunun (lex fori) iç maddi hukuk hükümlerini uyuşmazlığa uygulayacaktır.

Menfaat analizi teorisinin taşınmazlara ilişkin mal rejimi davalarında da uygulandığına rastlamak mümkündür. Bunlardan biri de, taşınmazlara buldukları yer hukukunun (lex rei sitae) uygulanacağına ilişkin geleneksel karinenin sonunun başlangıcı olarak tanımlanan²²⁰ *Williams v. Williams* (390 A. 2d 4- D.C. 1978) davasıdır²²¹. Dava konusu olayda, eşler Columbia bölgesinde ikamet etmekteyken, kocanın geliriyle Maryland'de bir ev satın alırlar. Karı, eşlerin müşterek mülkiyetindeki bu evde bir ay ikamet ettikten sonra eşlerin müşterek ikametgahının bulunduğu Columbia bölgesine geri döner. Karının kısa bir süre için Maryland'de ikamet etmesinin nedeni ise böyle bir hile ile kendisine Maryland Hukuku'nun uygulanmasını sağlayarak kocasına karşı mal rejimine ilişkin haklarını iyileştirmektir. Daha sonra koca Columbia'da boşanma davası açar. Söz konusu dava Maryland'deki taşınmaza uygulanacak hukuk tartışma konusu olur. Mahkeme,

²¹⁹ George H. Mills Jr., Conflict of Laws: Property Acquired After Marriage, Louisiana Law Review, Volume 35, No.1, 1974, s. 127-128, Eugen Dietrich Graue, a.g.e., s. 182-183 ve Micheal Davie, a.g.e., s. 860-861. Amerikan Hukukunda söz konusu olumsuzlukları gidermek için kanun koyucu, miras hukukuna ilişkin düzenlemelerde bazı değişiklikler yapma yoluna gitmiştir. Örneğin (Ölüm Halinde Mal Ortaklığından Doğan Hakların Temlikinin Yeknesaklaştırılması Kanunu (Uniform Dispition of Community Property Rights at Death Act) uyarınca ancak mal ayrılığı rejimi dışında bir mal rejiminin kendisine uygulandığı durumlarda sağ kalan eş saklı payına ilişkin hakkını kullanma imkanı tanınmıştır. Micheal Davie, a.g.e., s.862.

²²⁰ Michael Davie, a.e., s.872.

²²¹ Micheal Davie, a.e. s. 871-873

uyuşmazlığa doğrudan taşınmazın bulunduğu yer hukukunu (lex rei sitae) uygulamak yerine, menfaat analizi teorisini kullanarak, uyuşmazlığın çözümünden hangi yerin daha çok etkileneceğini tespit etmeye çalışmıştır. Maryland Hukuku taşınmazın mevcut durumunun korunmasını kocanın mal rejiminden doğan haklarının korunmasına nazaran daha üstün tutmaktadır. Columbia Hukuku ise kocanın mal rejiminden doğan haklarının korunmasını üstün tutmaktadır. Mahkemeye göre, sonuçları Maryland’de etki doğuracak bir uyuşmazlıkta Maryland Hukuku kocayı korumazken bu korumayı Columbia Hukukuna göre gerçekleştirmekte daha üstün bir menfaat yoktur. Dolayısıyla Mahkeme uyuşmazlığa Maryland Hukukunu uygulamayı uygun bulmuştur. Bu davada da, *In Re Estate of Crichton* davasında da olduğu gibi yine geleneksel karine yerine menfaat analizi teorisi kullanılsa da sonuç bakımından uygulanan hukukta bir değişiklik oluşmamıştır. Ancak doktrinde menfaat analizi teorisi kullanılarak, taşınmazın bulunduğu yer hukukundan başka hukuklarında uygulanabileceği ifade edilmektedir. Örneğin Davie, devletlerin mal rejimine ilişkin düzenlemeler yapmasının temel amacının boşanan eşlere finansal koruma sağlamak olduğunu dile getirerek bir eşin bu yolla korunması veya korunmamasından en fazla etkilenen devletin eşin ikametgahının bulunduğu devlet olduğunu belirtmiştir²²². Böyle bir yorum benimsendiğinde menfaat analizi sonucunda uyuşmazlığa uygulanacak hukuk geleneksel lex rei sitae kuralının aksine eşin ikametgahının bulunduğu yer hukuku olacaktır.

Taşınmazlara ilişkin lex rei sitae kuralının bir istisnası da kaynak doktrininde (source doctrine) yer almaktadır. Taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinin sıklıkla başvurduğu bu doktrine göre, taşınmazlar onların edinilmesine kaynak teşkil eden malvarlığı ile aynı kaderi paylaşırlar²²³. Dolayısıyla, örneğin, karı ve kocanın ortak malvarlığından bulunan bir malın değeriyle koca adına bir taşınmaz edinilse ve bu taşınmaz mal ayrılığı rejiminin hüküm sürdüğü bir ülkede olsa dahi, kaynak doktrini uyarınca karının bu taşınmaz üzerinde, tıpkı bu taşınmazın edinilmesine kaynak teşkil eden ortak malvarlığı değeri üzerinde olduğu gibi, hakkı olacaktır²²⁴. Kaynak

²²² Michael Davie, a.e., s. 873 ve burada ismi zikredilen diğer yazarlar.

²²³ George H. Mills Jr., a.g.e., s. 126.

²²⁴ George H. Mills Jr., a.g.e., s.126

doktrini sayesinde taşınmazlara ilişkin genel kural olan taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uyuşmazlığa uygulanmasının doğuracağı olumsuz sonuçlar engellenmiş olmaktadır. Böylece lex rei sitae kuralı uygulanmış olsaydı taşınmaz üzerinde hiçbir hak iddia edemeyecek olan karı, kaynak doktrini sayesinde ortak malvarlığı değeri üzerinde sahip olduğu hakkı taşınmaz üzerinde de sürdürmeye devam edebilmektedir.

Mahkemelerin kaynak doktrinine başvurmasının sınırlarını ise üçüncü kişinin hakları çizmektedir. Çünkü eşlerden biri ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişi haklarının korunması bakımından taşınmazın bulunduğu yer hukukuna dayanıyorsa, artık mahkemenin kaynak doktrinini uygulama imkanı olmayacaktır²²⁵. Diğer bir deyişle mahkeme, kaynak doktrinini dikkate almaksızın üçüncü kişinin hakkını tanıyacaktır.

Amerikan Milletlerarası Özel Hukuku'nda da, gerek taşınır gerekse taşınmazlara ilişkin objektif bağlama noktaları kullanılarak tespit edilen hukukun uygulanması kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa bu yabancı hukukun uygulanmayacağı onun yerine hakim hukukunun (lex fori) uygulanacağına ilişkin genel kural geçerlidir. Bu kuralın uygulandığı davalardan biri 1965 tarihli *Wyatt v. Fulrath* (211 N.E. 2d 637- N.Y. 1965) davasıdır²²⁶. Dava konusu olayda, Arion dükü ve düşesi İspanya'da evlenmiş ve hayatları boyunca buradaki müşterek ikametgahlarında yaşamışlardır. Ancak ülkelerindeki politik gelişmelerden duydukları huzursuzluk nedeniyle New York'ta bir bankada müşterek hesap açarak buraya düzenli olarak para transferinde bulunmuşlardır. Amerikan Hukuku'na göre söz konusu müşterek hesaptaki para eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin mülkiyetine geçmektedir. Oysa İspanyol Medeni Hukuku'na göre eşler arasında mal ayrılığı rejimi vardır ve ölen eşin payı sağ kalan eş ve diğer mirasçıları arasında paylaşılacaktır. Bu hukuka göre, müşterek hesaptaki paranın tamamının mülkiyetinin sağ kalan eşe geçeceği yönündeki anlaşmalar geçersizdir. Söz konusu olayda dük ölmüş ve hesaptaki bütün paranın mülkiyeti düşese geçmiştir. İki yıl sonra düşes de öldüğünde Amerikan Mahkemesi, hesaptaki paranın Amerikan Hukuku'na göre sadece düşesin

²²⁵ George H. Mills Jr., a.e., s.126

²²⁶ Michael Davie, a.e. s.866.

mirasçılara mı intikal edeceği yoksa İspanyol Hukuku uyarınca söz konusu paranın yarısı üzerinde dükün mirasçılarının da hak iddia edebileceğine ilişkin sorunsalı çözümlenmeye çalışmıştır. Tercihini uyuşmazlığı Amerikan Hukuku'na çözümlenmekten yana kullanan Amerikan Mahkemesi bunun gerekçesini de “kamu düzeni” kriterine dayandırmıştır. Bunu yaparken mahkeme şu ifadeyi kullanmıştır; “New York’un burada mallarını muhafaza eden veya buraya yatırım yapan yabancıların söz konusu mallarının durumunu kamu düzenine ilişkin bir olgu olarak nitelendirip kendi hukukunu uygulama yetkisi vardır”.

Üçüncü kişilerin hakları konusunda Restatement II m.259 ‘da bir hüküm mevcuttur. Söz konusu hüküm uyarınca üçüncü kişilerin hakları hakim devletinin iç maddi hukuk hükümlerine tabidir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin hakları bakımından da atıf teorisi reddedilmiştir.

VI. Kıta Avrupası Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimleri

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde de, Anglo Sakson Hukuk Sisteminde olduğu gibi, eşlere aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınmıştır. Ancak bu seçim Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla eşlerin Anglo Sakson Hukuk Sisteminde olduğu gibi istedikleri herhangi bir yer hukukunu seçme veya böyle bir hukuk seçmeden doğrudan sahip oldukları malların tabi olacağı kuralları belirleme imkanları söz konusu değildir. Eşler sadece Milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında belirlenen sınırlı sayıdaki (numerus clauses) hukuklardan birini seçebilirler. Ama eşlerin, İngiliz Hukukunda olduğu gibi, aralarındaki mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesine bağlayıcılık kazandırmak için bu sözleşmeyi mahkeme onayından geçirmesine de gerek yoktur. Bu sözleşmelerin bağlayıcı olabilmeleri için ilgili mevzuatlarda yer alan şekil şartlarına uymaları yeterlidir.

Eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olmaları durumunda uygulama imkanı bulacak objektif bağlama noktaları konusunda da Kıta Avrupası Hukuk Sistemi, Anglo Sakson Hukuk Sistemi ile örtüşmemektedir. Kıta Avrupası

Hukuk Sisteminde objektif bağlama noktası tespit edilirken malların niteliği dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla hem taşınır hem de taşınmaz mallara bir bütün halinde tek bir bağlama noktası uygulanmaktadır. Buna doktrinde “malların birliği ilkesi”²²⁷ denilmektedir.

A. Fransız Milletlerarası Özel Hukuku’nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

Fransız Hukukunda milletlerarası özel hukuk kurallarını düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu kurallar Fransız Medeni Kanununun içerisinde yer almaktadır. 1954 yılında başlayan Milletlerarası Özel Hukuk kurallarının kodifikasyonu hareketinden önce Fransız Medeni Kanununda çok yetersiz sayıda milletlerarası özel hukuk hükümleri yer almaktaydı²²⁸. Bu hükümlerin ihtiyacı karşılamamasından doğan boşluk mahkeme kararları yardımıyla doldurulmaya çalışılıyordu²²⁹.

Yaklaşık 5 yıl süren kodifikasyon çalışmalarında ilk taslak metin 1955 yılında hazırlandı. Bu taslağın 69. maddesi eşlerin²³⁰ arasındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak objektif bağlama noktasına ilişkindi²³¹. Söz konusu hükmün 1. fıkrası uyarınca, aralarında mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapmayan eşlere objektif bağlama noktası olarak evlenme anında statülerinin tabi olduğu hukuk uygulanacağı belirtilmişti. Kişisel statünün tabi olduğu hukuk ise aynı taslağın 59. maddesinde düzenlenmişti. Bu düzenlemeye göre kişisel statü, kural olarak milli hukuka tabiydi. Ancak 5 yıldan uzun süredir Fransa’da ikamet eden yabancıların

²²⁷ Micheal J. Stegman, Kohnen&Patton, a.g.e., s. 13. Eugen Dietrich Graue, a.g.e., s. 177.

²²⁸ Kurt H. Nadelmann/ Arthur T. von Mehren, A French Draft of a Law on Private International Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 18, 1970, s. 615.

²²⁹ Kurt H. Nadelmann/Arthur T. von Mehren, a.e., s. 615.

²³⁰ Fransız Hukukunda evlilik dışı beraberlik yaşayan çiftlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisi *Pacs (Parte Civil de Solidaril)* adı verilen sözleşmelerle düzenlenmektedir. Claude Martin/ Irene They, The Pacs and Marriage and Cohabitation in France, International Journal of Law- Policy and the Family, Vol. 15, 2001, s.150.

²³¹ Söz konusu taslağın ilgili maddelerinin İngilizce çevirisi için bkz. Yvon Loussouarn, The French Draft on Private International Law and The French Conference on Codification of Private Interntional Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol.5, 1956, s.388-389 ve 391-392.

kişisel statüsü, ikametgahlarının bulunduğu yer hukuku olan Fransız Hukuku'na tabiydi²³². Taslağın 69. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, eşleri kişisel statülerinin tabi olduğu hukuk müşterek değilse veya bu hukuka göre eşler arasındaki evlilik geçersizse, mal rejimi ilişkisi evlenme işleminin gerçekleştiği yer hukukuna (lex loci celebrationis) tabiydi.

1959 yılında hazırlanan Fransız Milletlerarası Özel Hukuk kurallarına ilişkin son taslak ise Fransız Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabı olarak yürürlüğe girmeyi başarmıştır. Dördüncü kitabın dördüncü bölümü mal rejimine uygulanacak hukuk başlığını taşır ve 2310-2311 numaralı iki maddeden oluşmaktadır. 2311. maddede Fransa'da ikamet eden yabancı eşlerin veya Fransız eşlerin aralarındaki mal rejimine ilişkin her türlü değişikliğin, bu ilişkiyi düzenleyen hukukun hükümlerinin içeriği her ne olursa olsun, Fransız hukukuna tabi olacağı belirtilmiştir.

2310. maddenin 2. fıkrası sübjektif bağlama noktası olarak eşlerin hukuk seçimi yetkisine ilişkindir. Söz konusu düzenlemede eşlerin seçebilecekleri hukuklara ilişkin herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Ancak aşağıda da değinileceği üzere Fransa, 14 Mart 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesine taraftır ve söz konusu sözleşme Fransa'da yürürlüğe girdiği 01.09.1992 tarihinden beri uygulanmaktadır. Eşlerin seçebilecekleri hukuklara ilişkin sınırlama getiren bu sözleşmenin 3. ve 6. maddeleri uyarınca eşler, ancak;

- 1-) Eşlerden birinin hukuk seçiminin yapıldığı andaki milli hukuku (veya)
- 2-) Eşlerden birinin hukuk seçiminin yapıldığı andaki mutad mesken hukuku (veya)
- 3-) Eşlerden birinin, evlendikten sonraki ilk mutad mesken hukuku²³³.

²³² Yabancılar için böyle özel bir hüküm getirilmesinin altında yatan temel sebep, göç alan bir ülke olan Fransa'nın, ülkesindeki yabancıların asimilasyonunu sağlama çabasıydı. Bkz. Yvon Loussouarn, a.g.e., s. 388-389.

²³³ 3. bentin evlenmeden sonra yapılan mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinde, 1978 tarihli La Haye Sözleşmesi m.6 uyarınca uygulama imkanı olmayacaktır. Detaylı bilgi için bkz. s. 114-115.

Objektif bağlama noktası olarak hangi hukukların seçilebileceği ise, 2310. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, eşlerin arasında mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapılmadığı durumlarda, bu ilişkiye;

1-) Evlenme anındaki müşterek milli hukuk, (böyle bir hukuk mevcut değilse)

2-) Evlenme anındaki müşterek ikametgah hukuku uygulanır.

Ancak yine, 14 Mart 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesinin 4. maddesinde bu konuya ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Detaylarına yeri geldiğinde değinilecek olan söz konusu düzenleme²³⁴, objektif bağlama noktası olarak evlenme anındaki müşterek milli hukuku ikinci basamağa geriletirken, birinci basamağa ise eşlerin evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukukunu yerleştirmiştir. Ayrıca bu hukukların tespit edilememesi durumunda son sıradaki objektif bağlama noktası olarak en sıkı ilişkili hukukun uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, Fransız Milletlerarası Özel Hukukunda mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda objektif bağlama noktaları,1978 tarihli La Haye Sözleşmesinin 4. maddesi uyarınca, kademeli olarak şöyledir;

1-) Eşlerin evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku (böyle bir hukuk mevcut değilse)

2-) Eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku (böyle bir hukuk mevcut değilse)

3-) En sıkı ilişkili hukuk.

Değişmezlik doktrini kabul eden ülkelerde sıkça rastlandığı üzere Fransız Hukukunda da, gerek objektif gerekse sübjektif bağlama noktası olarak belirlenen bağlama noktalarına hep “evlenme anı” veya “hukuk seçiminin yapıldığı an” gibi zaman bakımından sınırlamalar getirilmiştir. Yine aşağıda detaylı bir şekilde inceleneceği üzere²³⁵ genel kuralın değişmezlik doktrininin kabul edilmesi yönünde olduğu Fransız Hukukunda istisnai olarak 14 Mart 1978 tarihli Mal Rejimlerine

²³⁴ Bkz . s. 116.

²³⁵ Bkz. s. 117-118.

Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesinde belirtilen bazı koşulların varlığı halinde kısmi değişebilirlik doktrininin de uygulama alanı bulması mümkündür.

B. Rus Milletlerarası Özel Hukuku'nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

Rus Hukukunda da, Fransız Hukukunda olduğu gibi, milletlerarası özel hukuk kurallarını düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Milletlerarası özel hukuk kuralları düzenledikleri konuya ilişkin genel kanunların içerisinde özel hükümler olarak yer almaktadırlar. Yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinde eşlere²³⁶ uygulanacak hukuk konusunda ise 1995 tarihli Rusya Federasyonu Aile Kanununun yabancıların taraf olduğu aile hukuku ilişkilerinde uygulanacak hukuk meselesini düzenleyen yedinci bölümünün 161. maddesinde²³⁷ özel bir hüküm mevcuttur.

Söz konusu hükmün ikinci fıkrası uyarınca, mal rejimi sözleşmesiyle eşlere ödenecek nafakanın kararlaştırıldığı durumlarda, eşlerin müşterek bir milli hukuku veya mutad mesken hukuku yoksa, eşler mal rejimi sözleşmesinin tabi olduğu hukukun aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanmasını talep edebilir. Söz konusu hükümden Rus Hukukunda eşlere mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesi yapma imkanı tanındığı açıktır. Ancak söz konusu hukuk seçiminin sınırları konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Eşlerin herhangi bir talepte bulunmadığı durumlarda ise söz konusu mal rejimi ilişkisi aynı hükmün birinci fıkrasında belirtilen objektif bağlama noktalarının gönderdiği hukuka tabi olacaktır.

²³⁶ Evlilik dışı beraberliklerin oranı Rusya'da da azımsanmayacak niceliktedir. 2002 yılı itibarıyla bu oran %10 civarındadır. Hatta Moskova'da 2006 yılı itibarıyla bu oran %12-14 civarındadır. Bkz. Olga A. Khazova, a.g.e., s. 10. Ancak yine de günümüzde evlilik dışı beraberliklerde tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde 15.06 2007 tarihinde karara bağlanan Gavrikova v. Russia (App. No. 42180/2) davasında bir uçak kazası sonucu kaybettiği partnerinin ölümünden duyduğu üzüntü nedeniyle manevi tazminat talep eden kişinin talebi Bölge Mahkemesi tarafından yerel düzenlemelerde manevi tazminatın sadece eşlere verilebileceği yönünde herhangi bir sınırlama olmadığı gerekçesiyle kabul edilmiştir. Dava özeti için bkz. Olga A. Khazova, a.g.e., s.11. Sonuç olarak, Rus Hukuku'nda evlilik dışı beraberlik yaşayan kişilerin mal rejimine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı için taraflar ancak genel hükümlere dayanarak birbirinden talepte bulunabilir.

²³⁷ İlgili hükümlerin İngilizce çevirisi için bkz.

<http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf> (Çevrimiçi 10.01.2014)

Rus Hukukunda eşler arasındaki mal rejimi ilişkisinin tabi olduğu objektif bağlama noktaları konusunda, yine, kademeli sistem tercih edilmiştir. Bu sisteme göre eşler arasındaki mal rejimi ilişkisine;

- 1-) (dava tarihindeki)²³⁸ müşterek mutad mesken hukuku (böyle bir hukuk yoksa)
- 2-) son müşterek mutad mesken hukuku (böyle bir hukuk yoksa)
- 3-) Rus Hukuku uygulanır.(m.161 f.1)

1995 tarihli Rusya Federasyonu Aile Kanununun 167. maddesinde ise, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak yabancı hukukun Rus kamu düzenine aykırı olması durumunda bu hukukun uygulanmayacağı, böyle bir durumda Rus Hukukunun uygulanacağına ilişkin genel bir hüküm mevcuttur. Bu hüküm, çalışmamızın konusunu oluşturan mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulama alanı bulacağından, Rus kamu düzenine aykırılık teşkil eden yabancı hukuk mal rejimi ilişkisine uygulanmayacak, onun yerine bu uyuşmazlık Rus Hukukuna göre çözümlenecektir.

C. Alman Milletlerarası Özel Hukuku’nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

Alman Milletlerarası Özel Hukuk kuralları 21 Eylül 1994 tarihli Alman Medeni Kanunu’na Giriş Kanunu’nda (Introductory Act to The Civil Code- EGBGB) düzenlenmiştir²³⁹ Bu kanunun 13-24 maddeleri aile hukukuna ilişkindir²⁴⁰. Mal rejimine ilişkin temel hüküm m.15’te yer almaktadır.

²³⁸ Söz konusu hükmün İngilizce çevirisinde böyle bir ifadeye rastlanmamıştır. Ancak hükmün devamında “son” mutad mesken ifadesi kullanıldığı için kastedilenin dava tarihindeki mutad mesken hukuku olduğu düşünülmektedir.

²³⁹ Bu kanunun İngilizce tam metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/introductory_act_to_the_civil_code.pdf (Çevrimiçi 28.11.2013)

²⁴⁰ Evlilik dışı beraberliklerde tarafların arasındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda ise sadece tescil edilmiş beraberliklere ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Alman Medeni Kanunu’na Giriş Kanunu m.17b’de yer alan söz konusu düzenleme uyarınca, tescil edilmiş beraberliklerde taraflar arasındaki mal rejimi ilişkisine (tescil işleminin yapılması, beraberliğe ilişkin genel hükümler ile beraberliğin sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklarda da olduğu gibi) tescilin yapıldığı ülkenin maddi

Söz konusu hükmün açıklanmasına geçmeden önce konuya ilişkin mülga milletlerarası özel hukuk hükmünden bahsetmekte yarar vardır. Bu hüküm uyarınca;
“ *Evlenme anında koca Alman vatandaşı ise mal rejimine Alman hukuku uygulanır. Koca Alman vatandaşlığını evlilikten sonra kazanmış ise veya yabancı karı kocanın ikametgahları bu ülkede ise mal rejimin evlilik anında kocanın tabi olduğu ülkenin hukuku idare eder*” (m.15) di.

Söz konusu hüküm objektif bağlama noktası olarak kocanın milli hukukunu benimsemesi nedeniyle kadın erkek eşitliğine aykırı bir hüküm olması gerekçesiyle Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından 1983 tarihinde iptal edilmiştir. Ayrıca söz konusu hüküm uyarınca eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapma imkanları da bulunmamaktaydı. Bu imkan ilk kez yukarıda belirtilen 21 Eylül 1994 tarihli Alman Medeni Kanunu’na Giriş Kanunu’nda düzenlenmiştir.

Günümüzde Almanya’daki çiftlerin %10’u mal rejimi sözleşmesi yapmaktadır²⁴¹. Bu çiftler her türlü sosyal sınıftan, yaştan ve vatandaşlıktan olabilmektedir²⁴². Farklı vatandaşlıktan olan çiftlerin yaptıkları sözleşmeler genellikle bu çalışma bakımından önem arz eden mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleridir. Eşler, bu sözleşmeleri yaparken ancak Alman Milletlerarası Özel Hukuku’nda belirtilen hukuklardan birini seçebilirler. Diğer bir deyişle burada eşlere sınırlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmıştır. Eşlerin seçebilecekleri hukuklar 21 Eylül 1994 tarihli Alman Medeni Kanunu’na Giriş Kanunu’nun 15. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre eşler, şu üç hukuktan birinin aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bunlar;

1-) *Eşlerden birinin milli hukuku*

2-) *Eşlerden birinin mutad meskeni hukuku*

hukuk kuralları uygulanır. Sığınmacıların ve mültecilerin durumu ise “Sığınmacıların ve Mültecilerin Mal Rejimine İlişkin Kanun” ile ayrıca düzenlenmiştir.

²⁴¹ Anne Sanders, a.g.e., s. 4.

²⁴² Anne Sanders, a.e.,s.5

3-) *Taşınmazlar için taşınmazın bulunduğu yer hukuku (lex rei sitae).*

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi açık veya örtülü olarak yapılabilir. Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde ehliyet konusunda EGBGB m.7 uyarınca her bir eş kendi milli hukukuna tabi olacaktır. Bu sözleşmelerin şekli konusunda ise EGBGB m.15 f.3 aynı kanunun evliliğin genel hükümlerini düzenleyen 14. maddesinin 4. fıkrasına gönderme yapmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi bu ülkede yapılmışsa noter tarafından onaylanmalıdır. Bu ülke sınırları içerisinde yapılmayan sözleşmelerin ise, eşler tarafından seçilen ülke hukukunun veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarını taşıyor olması yeterlidir.

Ancak uygulamada, eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yaparak yukarıda sınırlı sayıda sayılmış olan sübjektif bağlama noktalarının öngördüğü hukuklardan birini seçmelerine rağmen seçilen hukuka göre uyumsuzluğu çözümlenmeyen mahkeme kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin Alman Mahkemesi'nde görülen bir davada²⁴³, Norveçli koca ile Alman karı arasında Norveç'te yapılan ve eşler arasındaki mal rejimi ilişkisine mal ayrılığı rejiminin uygulanmasını öngören mal rejimi sözleşmesi geçersiz kabul edilmiştir. Dava konusu olayda eşler Almanya'da evlendikten sonra burada yaşamaya başlamışlar, iki yıl sonra ise Norveç'e taşınıp burada söz konusu mal rejimi sözleşmesini yapmışlardır. Yapılan mal rejimi sözleşmesi ile karşılaştırılan mal rejimi Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu m.15 f.2 b.1 uyarınca kocanın milli hukuku olan Norveç Hukuku'nda öngörülen mal ayrılığı rejimidir. Oysa daha sonra Almanya'ya dönen ve burada boşanma davası açan çiftin mal rejimine ilişkin uyumsuzluk söz konusu olduğunda Alman Mahkemesi Alman Medeni Kanunu m. 1409 hükmünü gerekçe göstererek yabancı bir ülkenin mal rejimini öngören mal rejimi sözleşmesini geçersiz kılarak uyumsuzluğu Alman Hukuku'na göre çözümlenmiştir. Söz konusu olayda kocanın Alman vatandaşı olmaması taraf bakımından bir yabancılik unsuru oluşturduğu için, hiçbir şekilde yabancılik unsuru içermeyen mal rejimi ilişkilerinde yabancı ülke mal

²⁴³ Söz konusu dava özeti için bkz. Erik Jayme, a.g.e., s.5-6.

rejiminin seçilmesine izin vermeyen Alman Medeni Kanunu m.1409 hükmünün bu uyuşmazlıkta uygulanmasının doğru olmadığı düşüncesindeyiz.

Eşler arasında mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yapılmadığı durumlarda ise uygulanacak hukuk konusunda yine objektif bağlama noktaları devreye girecektir. EGBGB m.15 f.1 objektif bağlama noktalarının tespiti bakımından da yine evliliğin genel hükümlerini düzenleyen aynı kanunun 14. maddesine göndermede bulunmaktadır. EGBGB m.14'te objektif bağlama noktası olarak ise yine kademeli bir sistem tercih edilmiştir. Alman Milletlerarası Özel Hukuku'nda objektif bağlama noktası olarak ilk sırada milli hukuk tercih edilmiştir. İkinci sırada ise kişisel statüyü esas alan diğer bir bağlama noktası olan mutad mesken hukuku yer almaktadır. Üçüncü ve son sırada ise en sıkı ilişkili hukuk yer almaktadır. Buna göre mal rejimine ilişkin herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda objektif bağlama noktası olarak eşlere sırasıyla şu hukuklar uygulanır;

1-) Eşlerin müşterek milli hukuku veya eşlerden birinin hala o vatandaşlığı taşıyor olması şartıyla evlilik sırasındaki son müşterek milli hukuk, (böyle bir hukuk mevcut değilse)

2-) Eşlerin müşterek mutad mesken hukuku veya eşlerden birinin mutad meskeninin hala orası olması şartıyla evlilik sırasındaki son müşterek mutad mesken hukuku, (böyle bir hukuk mevcut değilse)

3-) Eşlerin birlikte en sıkı ilişki içinde buldukları yer hukuku.

Eşlerden biri birden fazla vatandaşlığa sahipse, diğer eşin, hukuku seçilen ülke vatandaşlığına sahip olması koşuluyla, eşler bu hukuku seçebilirler (EGBGB m.14 f.2). Böyle bir durum söz konusu değilse, birden fazla vatandaşlığa sahip eşin vatandaşlıklarından hangisinin dikkate alınacağı konusunda EGBGB m.5 f.1 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, kişinin en sıkı ilişki içerisinde bulunduğu ülke hukuku dikkate alınacaktır. En sıkı ilişkinin tespitinde kanun özellikle kişinin mutad meskenin bulunduğu yer veya hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı yeri örnek olarak göstermiştir. Eğer bu kişi aynı zamanda Alman vatandaşı ise kendisine Alman hukuku uygulanacaktır.

EGBGB m.14 f.1 b.1 uyarınca eşlere uygulanacak hukuk tespit edilemiyorsa, diğer bir ifadeyle eşlerin müşterek milli hukuku veya eşlerden birinin hala o vatandaşlığı taşıyor olması şartıyla evlilik sırasındaki son müşterek milli hukuku yoksa ve eşlerden hiçbiri müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yerin vatandaşlığına sahip değilse veya eşlerin müşterek bir mutad meskenleri bulunmuyorsa, eşlerden birinin milli hukuku seçilebilir (EGBGB m.14 f.3 c.1). Ancak eşlerin müşterek milli hukuka sahip olmaları halinde seçilen hukuk hükümsüz kalacaktır (EGBGB m.14 f.3 c.2).

Görüldüğü üzere Alman Hukukunda da mal rejimine uygulanacak hukuku belirleyen bağlama noktaları konusunda değişmezlik doktrini benimsenmiştir. Dolayısıyla sonradan vatandaşlıkta veya mutad meskende yapılan değişiklikler uygulanacak hukuk bakımından dikkate alınmamaktadır.

Alman kanun koyucu, aile konutu ve ev eşyasına uygulanacak hukuk konusunda ise ayrı bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. EGBGB m.17a'da yer alan söz konusu düzenleme uyarınca Almanya'da bulunan aile konutu ve ev eşyasına ilişkin uyuşmazlıklar Alman maddi hukukuna göre çözümlenecektir. Dolayısıyla subjektif veya objektif bağlama noktaları yoluyla mal rejimine uygulanmak üzere tespit edilen hukuk hangi ülke hukuku olursa olsun, Almanya'da bulunan aile konutu ve ev eşyası Alman maddi hukukuna tabi olacaktır.

Mal rejimine ilişkin başka bir düzenleme de EGBGB m.16'da yer almaktadır. "Üçüncü Kişilerin Korunması" başlıklı hükmün birinci fıkrası uyarınca "Mal rejimi yabancı bir hukuka tabi ise ve eşlerden birinin bu yabancı ülkede mutad meskeni varsa veya ticari ilişkileri mevcutsa, (üçüncü kişilerin korunması konusunda) Alman Medeni Kanunu m.1412 özüne uygun düştüğü ölçüde uygulanır. EGBGB m.16 f.1'in göndermede bulunduğu Alman Medeni Kanunu m.1412'e göre, eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi yetkili yerel mahkeme tarafından tescil edilmişse veya üçüncü kişi eşlerden biri ile hukuki işlem yaparken eşler arasında bir mal rejimi sözleşmesi olduğunu biliyorsa, söz konusu mal rejimi sözleşmesinin hükümleri üçüncü kişiyi bağlar. EGBGB m.16 f.1 hükmü mal rejimini düzenleyen yabancı

hukuku Alman Medeni Kanunu m.1412’de yer alan mal rejimi sözleşmesi gibi kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda Alman Medeni Kanunu m.1412 hükmünü şu şekilde yorumlamak gerekecektir; “eşler arasındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak yabancı hukuk ancak yetkili yerel mahkeme tarafından tescil edilmişse veya üçüncü kişi tarafından eşlerden biri ile hukuki işlem yaparken biliniyorsa, üçüncü kişiyi bağlar. Ayrıca, EGBGB m.16 f.2 uyarınca Alman Medeni Kanunu m.1357, 1362, 1431 ve 1456’da yer alan düzenlemeler yabancı hukuka kıyasla daha lehe hükümler içeriyorsa iyiniyetli üçüncü kişiye bu hükümler uygulanacaktır.

Son olarak, mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona erdiği durumlarda sağ kalan eşin haklarının tespiti bakımından Alman Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde ve uygulamadaki baskın görüşe değinmekte yarar vardır. Yukarıda değinildiği üzere²⁴⁴, Alman Medeni Hukuku’nda sağ kalan eşe, gerekli koşulların varlığı halinde, mal rejiminin tasfiyesi yerine, doğrudan miras payının ¼ oranında artırılmasını seçme imkanı tanınmıştır. Doktrin ve uygulamadaki baskın görüş ise, Alman kanunlar ihtilafı hükümleri uyarınca mal rejimine uygulanacak hukukun Alman hukuku olması durumunda, mirasın ¼ oranında artırılmasına ilişkin hüküm, miras yabancı hukuka tabi olsa dahi uygulanmalıdır²⁴⁵. Dolayısıyla sağ kalan eş, yabancı hukukun uygulanması sonucunda sahip olacağı miras payının Alman Hukuku hükümleri uyarınca ¼ oranında artırılmış haline sahip olacaktır. Ancak mirasın Alman Hukuku’na mal rejiminin ise yabancı hukuka tabi olduğu durumda aynı artırımın uygulanması, doğal olarak, mümkün olmayacaktır. Sonuçta, söz konusu hüküm Alman mal rejimi hukukuna ilişkin olarak düzenlenmiştir²⁴⁶.

Ç. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku’nda Mal Rejimine İlişkin Düzenlemeler

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku’na ilişkin temel düzenleme 18 Aralık 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu’dur (Switzerland’s Federal Code

²⁴⁴ Bkz. Birinci Bölüm s. 25 vd.

²⁴⁵ Maria Alvarez Torne, The Dissolution of The Matrimonial Property Regime and The Succession Rights of the Surviving Spouse, Cornell Law Faculty Working Papers- Cornell Law Library, 2007, s. 9.

²⁴⁶ Maria Alvarez Torne, a.e., s.9.

on Private International Law- SFCPIL)²⁴⁷. Eşler arasındaki²⁴⁸ mal rejimi ilişkisine ilişkin düzenlemeler bu kanunun 51-58. maddeleri arasında yer almaktadır.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku'nda da eşlere mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapma imkanı tanınmıştır (SFCPIL m.52 f.1) Yine bu imkan diğer Kıta Avrupası Hukuklarında olduğu gibi sınırsız değildir. SFCPIL m.52 f.2 uyarınca eşler ancak şu hukuklardan birini seçebilirler;

1-) *Müşterek ikametgah hukuku*²⁴⁹ veya

2-) *Evlenme anındaki müşterek ikametgah hukuku veya*

3-) *Eşlerden birinin milli hukuku.*

Eşlerden birinin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması durumunda en sıkı ilişkili devlet hukukunu uygulanacak hukukun amacına göre belirlemeyi öngören SFCPIL m.23 f.2 hükmü burada uygulama alanı bulmayacaktır (m.52 f.2 c.son).

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi ile belirlenen hukuk, malların birliği ilkesi gereği, eşlerin bütün mallarına uygulanacaktır. Dolayısıyla, örneğin sadece taşınırın seçilen hukuka tabi olacağına ilişkin bir sözleşmesi geçersiz olacaktır²⁵⁰.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalı veya tereddüte yer bırakmayacak şekilde mal rejimi sözleşmesinin içeriğinden anlaşılır olmalıdır. Bunun dışındaki kurallar bakımından mal rejimi sözleşmesi seçilen hukuka tabidir (SFCPIL m.53 f.1). Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekli ise, eşlerin

²⁴⁷ Bu kanunun İngilizce tam metni için bkz. <http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf> (Çevrimiçi 03.12.2013)

²⁴⁸ Evlilik dışı beraberlik türlerinden biri olan tescil edilmiş beraberlikler konusunda SFCPIL m. 65a'da genel bir hüküm mevcuttur. Söz konusu hükme göre, SFCPIL m.43 f.2 (evlenme işlemine uygulanacak hukuk) ve m.44 f.2 (evlenme işlemi idarenin yetkisi) hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu kanunun üçüncü bölümünde yer alan hükümler tescil edilmiş beraberliklere de kıyasen uygulanır. Mal rejimi meselesi de üçüncü bölümde düzenlendiği için burada yer alan hükümler kural olarak tescil edilmiş beraberlikler için de uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca SFCPIL m.65c uyarınca aşağıda detaylı incelenecek olan eşlerin seçebilecekleri hukukları belirleyen m.52 hükmüne ek olarak, taraflara beraberliklerinin tescil edildiği ülke hukukunu da seçme imkanı tanınmıştır.

²⁴⁹ İncelenecek diğer maddelerde de görüleceği üzere, ikametgah hukuku İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku'nda sıklıkla başvurulan bir bağlama noktasıdır. İkametgah, SFCPIL m. 20 f.1 b.a uyarınca, bir kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak tanımlanmıştır.

²⁵⁰ Philippe Pulfer, Azadeh Djalili, a.g.e. s. 324

seçtiği hukuka veya bu sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna uygun olmalıdır (SFCPIL m.56). Eşler arasındaki hukuk seçimi her zaman yapılabilir ve değiştirilebilir. Evlilik devam ederken yapılan mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri, taraflar aksini kararlaştırmamışsa, geçmişe etkili olarak (retroactive effect) evlenme anından itibaren hüküm doğurur (SFCPIL m.53 f.2) Dolayısıyla burada sübjektif bağlama noktaları bakımından değişebilirlik doktrini tercih edilmiştir.

Eşler arasında mal rejimine ilişkin herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda objektif bağlama noktaları devreye girecektir. Objektif bağlama noktaları SFCPIL m.54'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre objektif bağlama noktaları kademeli olarak şu şekilde sıralanmıştır;

1-) *Eşlerin müşterek ikametgah hukuku (böyle bir hukuk mevcut değilse)*

2-) *Eşlerin müşterek son ikametgah hukuku*

3-) *Eşler hiçbir zaman müşterek bir ikametgaha sahip olamamışsa, eşlerin müşterek milli hukuku (m.54 f.2)*

4-) *Eşler hiçbir zaman müşterek bir ikametgaha veya müşterek bir milli hukuka sahip olamamışsa, İsviçre mal ayrılığı rejimine²⁵¹ tabi olurlar (m.54 f.3)*

Bu hükümden anlaşıldığı üzere İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku'nda kişisel statü söz konusu olduğunda öncelikle ikametgahın bulunduğu yer hukuku bağlama noktası olarak esas alınmaktadır.

Statü değişikliği konusunda İsviçre Hukuku'nda değişebilirlik doktrini kabul edilmiştir. İkametgahın zaman içerisinde değişiklik göstermesi durumunda hukuki uyumsuzluğa birden fazla hukukunun uygulanması olasılığının yaratabileceği olumsuzlukları gidermek adına İsviçre kanun koyucusu söz konusu bağlama

²⁵¹ Burada "İsviçre mal ayrılığı rejimi" ile kastedilen İsviçre'de yasal mal rejimi olan ve temelde eşler arasında kazanç ortaklığını öngören bir mal ayrılığı rejimi olarak tanımlanan edinilmiş mallara katılma rejimidir.

noktasını geçmişe etkili kılmıştır²⁵². Bu durum SFCPIL m. 55 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, eşlerin ikametgahlarını bir ülkeden başka bir ülkeye nakletmesi durumunda yeni ikametgah hukuku geçmişe etkili olarak evlenme anından itibaren hüküm doğurur. Aynı hükmün devamında geçmişe etkinin taraf iradesiyle bertaraf edilebileceği de belirtilmiştir. Buna göre, eşler ancak aralarında yapacakları yazılı bir anlaşma ile yeni ikametgah hukukunun geçmişe etkisini bertaraf edebilirler(SFCPIL m.55 f.1). Bu durumda yeni ikametgah hukuku ikametgah değişikliğinin yapıldığı andan itibaren edinilen mallara uygulanacaktır.

Yeni ikametgah hukukunun geçmişe etkisinin bertaraf edilebileceği bir diğer durum ise hiç şüphesiz ki eşler arası mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yapılmış olmasıdır. Böyle bir sözleşmenin varlığı halinde de ikametgah değişikliğinin eşlerin malvarlığı üzerinde herhangi bir etkisi bulunmayacaktır. Bu durum SFCPIL m.55 f.2 'de de "Eşler eski ikametgah hukukuna tabi kalacaklarına dair aralarında yazılı bir anlaşma yaparlarsa veya bir mal rejimi sözleşmesine tabi iseler, ikametgah değişikliğinin uygulanacak hukuk üzerinde bir etkisi olmaz" şeklinde ifade edilmiştir.

Eşlerden biri ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişinin korunmasına ilişkin düzenleme ise SFCPIL m.57'de yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca "Mal rejiminin eşlerden biri ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiye etkisi, eşin hukuki ilişkisinin gerçekleştiği andaki ikametgahı hukukuna tabidir" (SFCPIL m.57 f.1). Ancak hukuki ilişkisinin gerçekleştiği anda mal rejimine uygulanacak hukuku bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişiye bu hukuk uygulanır (SFCPIL m.57 f.2).

Mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisi konusunda da SFCPIL'de özel bir düzenleme bulunmaktadır. SFCPIL m. 51 uyarınca, mal rejimi eşlerden birinin ölümü ile sona ermiş ise mirasa ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili olan mahkeme bu konuda da yetkili olacaktır. Mal rejimi boşanma veya ayrılığa hükmedilmesi nedeniyle sona ermişse, boşanma veya ayrılığa hükmeden mahkeme

²⁵² Philippe Pulfer, Azadeh Djalili, a.g.e. s. 325-327.

mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkta da yetkili olacaktır. Bunların dışındaki mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda ise evliliğin genel hükümlerine ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme yetkili olacaktır.

Bazı durumlarda eşler arasındaki mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar yabancı bir mahkemede görülerek karara bağlanabilir. Böyle bir durumda söz konusu yabancı kararın İsviçre Hukuku bakımında hüküm doğurabilmesi için tanıma- tenfiz işleminin gerçekleşmesi gerekecektir. SFCPIL’de mal rejimine ilişkin hangi yabancı kararların tanıma- tenfiz konusu yapılabileceği tek tek sayılmıştır. SFCPIL m.58 uyarınca söz konusu kararlar ancak şu hallerde tanınabilir;

a-) Eğer bu karar davalı eşin ikametgahının bulunduğu ülke mahkemesi tarafından verildiyse veya tanındıysa,

b-) Davalı eşin ikametgahının İsviçre’de bulunmaması koşuluyla, bu karar davacı eşin ikametgahının bulunduğu ülke mahkemesi tarafından verildiyse veya tanındıysa,

c-) Eğer bu karar, bu kanunun hükümlerine göre tespit edilerek mal rejimine uygulanan hukukunun bulunduğu ülke mahkemesi tarafından verildiyse veya tanındıysa,

d-) Taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarda, bu karar taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi tarafından verildiyse veya tanındıysa

Mal rejimine ilişkin verilen söz konusu yabancı kararlar, evlilik birliğinin korunmasına yönelik tedbir, eşlerden birinin ölümü, evliliğin iptali, boşanma veya ayrılık ile bağlantılı olarak verilmişse, bu kararın tanıma- tenfizine, bu kanunda yer alan evliliğin genel hükümleri, boşanma veya miras hukukuna ilişkin kararların tanıma-tenfizine ilişkin hükümler (m.50,65 ve 96) uygulanır (SFCPIL m.58 f.2).

VII. Uluslararası Düzenlemelerde Mal Rejimleri

Devletlerin aile hukuku sistemlerinin yeknesaklaştırılması konusunda çalışmalar II. Dünya Savaşı'nın ardından özellikle Avrupa Ülkeleri arasında giderek yaygınlaşmıştır. Yeknesak bir Avrupa Aile Hukukunun oluşturulmasının; 1-) Devletlerin aile hukukuna ilişkin ulusal mevzuatlarını oluştururken, bu hukuktaki genel ilkeleri dikkate alması 2-) Devletlerin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenen yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi durumunda bu hukukun alternatif olarak söz konusu uyumsuzluğa uygulanabilmesi gibi faydaları vardır²⁵³.

Milletlerarası özel hukuk alanında da yeknesak bir Avrupa Aile Hukuku oluşturulması konusunda uluslararası düzenlemeler hazırlayan kurumlardan biri La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansıdır (Hague Conference on Private International Law-HCCH). İlk toplantının 1893 yılında gerçekleştirildiği bu konferanslar serisi sırasında, yabancılik unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyumsuzluklar konusunda da iki sözleşme hazırlanmıştır. Bunlardan ilki 17 Temmuz 1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesidir (The Convention of Concerning Conflict of Laws Relating to the Effects of Marriage on the Rights and Duties of Spouses Inter se and on the Spouses' Property). Bu sözleşme eşlerin mal rejimi ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin hükümler içeren ilk uluslararası sözleşme olma özelliğine sahiptir. Diğer La Haye sözleşmesi ise 14 Mart 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesidir (Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes). Bu sözleşme ise içeriği sadece

²⁵³ Katharina Boele-Woelki, The Road Towards a European Family Law, Electronic Journal of Comparative Law, Vol.1.1., 1997, s.6. Makalenin İngilizce tam metni için bkz. <http://www.ejcl.org/11/abs11-1.html> Hatta yazarın makalesinde belirttiği bazı yazarlar, yeknesak bir aile hukukunun, yargılamanın yapıldığı ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının izin vermesi durumunda eşler tarafından kendilerine uygulanmak üzere seçilebileceğini de belirtmişlerdir. Ancak Woelki, bireylerin irade özgürlüğü konusunda hatırı sayılır gelişmeler olmakla birlikte yabancılik unsuru içeren kişiler hukuku ve aile hukuku meselelerinde henüz bu noktaya gelinmediğini ifade etmiştir. Katharina Boele-Woelki, a.g.e. s.6. Ancak söz konusu makalenin kaleme alındığı 1997 yılından günümüze kadarki süreçte milletlerarası özel hukuk alanındaki gelişmeler böyle bir yorumu da mümkün kılmaktadır. Nitekim sonraki yıllarda Alain Verbeke de aynı görüşü dile getirmiş ve aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecek olan 16 Mart 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısının hazırlık çalışmaları sırasında da bu konu gündeme gelmiştir. Detaylı bilgi için bkz. s. 120 dn. 271.

eşlerin mal rejimi ilişkilerine ayrılmış ilk uluslararası sözleşmedir. La Haye konferansları bünyesinde hazırlanan 13 Ocak 2000 tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Planda Korunmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi (Convention on the International Protection of Adults)²⁵⁴de yetişkinlerin hem kişilik hem de malvarlığı haklarının korunmasına ilişkin bir uluslararası sözleşme olmakla birlikte bu sözleşmenin 4. maddesinin c. bendi uyarınca eşlerin mal rejimi ilişkileri kapsam dışı bırakılmıştır.

Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu (La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC)- International Commission on Civil Status (ICCS)) da, evlilik ve soybağı gibi aile hukukuna ilişkin alanlarda devletlerin milletlerarası özel hukuk kurallarını yeknesaklaştırmaya yönelik uluslararası sözleşmeler düzenlemiştir. Ancak bu komisyonun eşler arasındaki mal rejimi ilişkisini düzenlemeye yönelik bir sözleşmesi bulunmadığı gibi diğer sözleşmelerin içerisinde de bu konuya ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Avrupa Birliği düzenlemelerinden biri olan 17 Haziran 2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü (Regulation EC no 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations) de mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerini kapsam dışı bırakmıştır. Roma I Tüzüğü'nün 1. maddesinin 2. fıkrasının c. bendinde yer alan bu hüküm gereğince söz konusu Tüzük bu çalışmanın konusu bakımından uygulanabilir alanı bulmayacaktır²⁵⁵. Ayrıca yine Avrupa Birliği tarafından hazırlanan ve aile hukukuna ilişkin hükümler içeren, 27 Kasım 2003 tarihli Evliliğe ve Eşlerin Ortak Çocuklarının Velayetine İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel II bis Tüzüğü (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters and the

²⁵⁴ Sözleşmenin İngilizce tam metni için bkz. <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt35en.pdf> (Çevrimiçi 24.12.2013)

²⁵⁵ Roma I Tüzüğü'nün İngilizce tam metni için bkz.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:en:PDF>

(Çevrimiçi 27.11.2013) Aynı hüküm Roma I Tüzüğü'nün yerini aldığı 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi (EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations) m.1 f.2 b bendinde de yer almaktaydı.

Matters of Parental Responsibility)²⁵⁶, 18 Aralık 2008 tarihli Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma Tenfiz ve İşbirliğine İlişkin Tüzük (Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations)²⁵⁷ ve 20 Aralık 2010 tarihli Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Roma III Tüzüğü de (Council Regulation (EC) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation)²⁵⁸ eşlerin mal rejimine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Ayrıca 4 Temmuz 2012 tarihli Mirasa İlişkin Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Yabancı Kararların Tanınması- Tenfizi, Resmi Belgelerin Kabulü ve İcrası ile Avrupa Veraset İlamının Oluşturulmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nün (Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession) 1. maddesinin 2. fıkrasının d bendinde mal rejimine ilişkin uyumsuzluklar kapsam dışı bırakılmıştır.

Ancak aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, çalışmalarına 2004 yılında başlanan ve sadece mal rejimi uyumsuzluklarından doğabilecek problemlerin çözümüne özgü kurallar öngören 16 Mart 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısı (Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes (COM/2011/0126 final - CNS 2011/0059) Avrupa Birliği düzenlemeleri arasındaki yerini almış durumdadır.

²⁵⁶ Söz konusu Tüzüğün İngilizce tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:EN:PDF> (Çevrimiçi 24.12.2013)

²⁵⁷ Söz konusu Tüzüğün İngilizce tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:007:0001:0079:EN:PDF> (Çevrimiçi 24.12.2013)

²⁵⁸ Söz konusu Tüzüğün İngilizce tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:en:PDF> (Çevrimiçi 24.12.2013)

Şimdi bu çalışmanın konusu bakımından önem arz eden üç temel uluslararası düzenleme olan 1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi, 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi ve 16 Mart 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısını kronolojik sıra gözetilerek incelenecektir.

A. 1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi

1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi (1905 tarihli Sözleşme)²⁵⁹ Almanya, Belçika, Fransa, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya ve İsveç tarafından onaylanmış ancak daha sonra Almanya, Belçika ve Fransa tarafından feshedilmiştir. 26 Ağustos 1955 tarihinden bu yana La Haye Konferanslarına katılan Türkiye ise bu sözleşmeyi onaylamamıştır.

1905 tarihli sözleşme dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm “Kişisel İlişkilerde Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri” başlığını taşır ve birinci maddeden ibarettir. İkinci bölüm ise “Eşlerin Malvarlığı” başlığını taşır ve 2-8 maddeleri arasında düzenlenmiştir. 9-10. maddelerde düzenlenen üçüncü bölüm “Genel Hükümler” başlığını taşırken “Nihai Hükümler” başlığını taşıyan dördüncü ve son bölüm 11-15 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

“Eşlerin Malvarlığı” başlığını taşıyan ve bu çalışmanın konusu bakımından incelenmesi gereken ikinci bölümde, eşlerin arasındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda subjektif ve objektif bağlama noktalarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

²⁵⁹ 1905 tarihli sözleşmenin Fransızca tam metni için bkz

http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=17 (Çevrimiçi 07.12.2013) Bu sözleşmenin ilgili maddelerinin çevirisinde yardımlarını esirgemeyen değerli hocam Yard. Doç. Dr. Tülin Çağdaş’a çok teşekkür ederim.

Subjektif bağlama noktası konusundaki temel düzenleme 1905 tarihli sözleşmenin 4. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapıp yapamayacakları, yapmışlarsa bu sözleşmeyi değiştirip değiştiremeyecekleri veya feshedip edemeyecekleri eşlerin milli hukukuna tabidir²⁶⁰. Görüldüğü üzere, 1905 tarihli sözleşmede, günümüzdeki düzenlemelerin aksine eşlerin hukuk seçimi yapabilme imkanları a priori olarak kabul edilmemekteydi. Dolayısıyla da yine günümüzdeki düzenlemelerde rastlandığı gibi eşlerin hangi devlet hukuklarını seçebileceklerine ilişkin bir hüküm de bu sözleşmede yer almamaktaydı. 1905 tarihli sözleşme sadece eşlerin milli hukuklarının izin vermesi koşuluyla mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yapılabileceğini belirtmekteydi. Ayrıca “eşlerin milli hukukları” ifadesi yorumlanmaya ihtiyaç duymaktaydı²⁶¹. Çünkü söz konusu milli hukukun eşlerin müşterek milli hukuku mu yoksa eşlerden birinin milli hukuku mu olduğu açık değildi. Aynı zamanda hangi andaki milli hukukun dikkate alınacağı konusunda da herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Sadece bu sözleşmenin “Genel Hükümler” bölümünde yer alan 9. maddede eşlerin evlilik devam ederken yeni ve müşterek bir milli hukuka sahip olmaları durumunda m.1,4 ve 5’te yer alan konulara bu hukukun uygulanacağı kararlaştırılmıştı. Bu durumda, eşlerin, evlilik devam ederken yeni ve müşterek bir milli hukuku sahip olmaları halinde, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapıp yapamayacakları, yapacaklarsa değiştirip değiştiremeyecekleri veya feshedip edemeyecekleri konusu bu müşterek milli hukuku tabi olacaktı.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekli konusu ise 1905 tarihli sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenmişti. Bu maddeye göre söz konusu sözleşme yapıldığı yer hukukuna veya evlenme anında eşlerden birinin milli hukukuna uygun olarak yapıldıysa geçerli olmaktadır. Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde ehliyet konusu ise 1905 tarihli sözleşmenin 3. maddesi uyarınca her bir eşin evlenme anındaki milli hukukuna tabiydi.

²⁶⁰ Berki, eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapıp yapamayacakları, yapmışlarsa bu sözleşmeyi değiştirip değiştiremeyecekleri veya feshedip edemeyeceklerinin, taraf iradesine değil eşlerin milli hukukuna tabi kılınmasını, 1905 tarihli La Haye Sözleşmesinde değişmezlik doktrininin benimsenmesinin kanıtı olarak görmüş ve değişmezlik doktrininin eşlerin (menfaatlerinin) korunması bakımından önemini vurgulamıştır. Bkz. Berki, a.g.e., s. 159.

²⁶¹ Bu konudaki eleştiri ve yorumlar için bkz. Öztürk, a.g.e., s. 146.

Eşlerin herhangi bir hukuk seçimi yapmamaları durumunda uygulanacak hukuku tespit eden objektif bağlama noktası ise, 1905 tarihli sözleşmenin 2. maddesi uyarınca, “kocanın evlenme anındaki milli hukuku” idi. Kadın- erkek eşitliğinin henüz ulusal veya uluslar arası düzenlemeler eliyle güvence altına alınmadığı o yıllarda böyle bir bağlama noktasının tercih edilmesini olağan kabul etmek gerektiği açıktır. Ancak koca evlenme anında herhangi bir devletin vatandaşlığına sahip değilse, diğer bir deyişle vatansızsa, objektif bağlama noktası olarak eşlere hangi hukukun uygulanacağı konusunda 1905 tarihli sözleşmede herhangi bir hüküm yer almamaktaydı²⁶².

Gerek mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekli ve ehliyet gerekse objektif bağlama noktasının belirlenmesi konusunda 1905 tarihli sözleşme statü değişikliğini (conflict mobile) engellemek için “evlenme anı” kriterini getirerek değişmezlik doktrinini benimsemiş ve böylece uygulanacak hukukun değişkenlik göstermesinin doğurabileceği problemlerin önüne geçmiştir.

1905 tarihli sözleşmenin 4. maddesinin 2. fıkrasında eşlerle hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerin hakları da koruma altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca mal rejimine ilişkin değişiklikler geçmişe etkili (retroactive effect) olarak, üçüncü kişiler aleyhine alacak hakkı doğurmaz.

1905 tarihli sözleşmede ne mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisine ne de bu konuda verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tanıma- tenfizine ilişkin hüküm mevcuttur.

B. 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi

Yukarıdaki başlıkta incelenen 1905 tarihli sözleşmenin sadece altı devlet tarafından yürürlüğe girmesi ve mal rejimlerine uygulanacak hukuk konusunda eşlerin hukuk

²⁶² Böyle bir durumda 1905 tarihli sözleşmenin geniş yorumlanması gerektiği ve kadının milli hukukunun mal rejimine ilişkin uyuşmazlığa uygulanabileceği yönündeki bir görüş için bkz. Öztürk, a.g.e., s. 148.

seçimi imkanlarının olup olmasını doğrudan düzenlemeyip konuyu eşlerin milli hukukuna göndermesi, objektif bağlama noktaları konusunda ise muğlak ifadeler içermesi gibi eleştirilebilecek noktalarının yanı sıra İkinci Dünya Savaşı sonrasında gelişen insan hakları hareketinin bir uzantısı olarak ulusal kanunlarda kendini göstermeye başlayan kadın- erkek eşitliği ilkesi²⁶³, eşlerin mal rejimi ilişkilerine ilişkin yeni bir uluslararası sözleşmenin hazırlanmasını da zorunlu kılmıştır.

Bu konuda yeni bir uluslararası sözleşme yapmak için çalışmalara başlayan La Haye Konferansı, 14 Mart 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi'ni (1978 tarihli sözleşme)²⁶⁴ hazırlamıştır. Sadece mal rejimi uyumsuzluklarını konu alan ilk uluslararası sözleşme olan 1978 tarihli sözleşme Avusturya, Fransa, Lüksemburg, Hollanda ve Portekiz tarafından imzalanmasına rağmen sadece Fransa, Lüksemburg ve Hollanda tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiştir. 26 Ağustos 1955 tarihinden bu yana La Haye Konferanslarına katılan Türkiye ise bu sözleşmeyi onaylamamıştır. 1978 tarihli sözleşmenin yürürlüğe girme tarihi ise m.29 uyarınca bu Sözleşmeyi onaylayan üçüncü ülke olan Hollanda'nın onaylama tarihi olan 25 Haziran 1992 tarihini takip eden üçüncü takvim ayının ilk günü olan 1 Eylül 1992 tarihidir. Diğer bir deyişle 1978 tarihli sözleşme imzaya açılmasından ancak 14 yıl sonra yürürlüğe girebilmiştir.

Sözleşmenin birinci bölümünü oluşturan ilk iki maddesinde “sözleşmenin kapsamı” belirtilmiştir. Bu hükümler uyarınca, 1978 tarihli Sözleşme sadece mal rejimlerine uygulanacak hukuku tespiti ilişkindir, eşlerin arasındaki nafaka yükümlülükleri, sağ kalan eşin miras hakları ve eşlerin ehliyeti konuları kapsam dışı bırakılmıştır. Bu sözleşme kapsamında belirlenen uygulanacak hukuk, akit devlet hukuku olmasa da uygulanacaktır. Dolayısıyla akit olmayan devletin hukukunun uygulanması konusunda herhangi bir karşılıklılık şartı aranmamaktadır. Sözleşmenin ikinci bölümünde yer alan 3-14. maddeleri arasında ise “uygulanacak hukuk” başlığı altında aşağıda detaylı açıklanacak olan sübjektif ve objektif bağlama noktaları düzenlenmiştir. “Tamamlayıcı Hükümler” başlığını taşıyan üçüncü bölümde ise 15-

²⁶³ Bkz Birinci Bölüm s. 9.

²⁶⁴ 1978 tarihli sözleşmenin İngilizce tam metni için bkz.

<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt25en.pdf> (Çevrimiçi 09.12.2013)

21. maddeler arasında sözleşmenin yürürlüğe girişine ilişkin hükümler ile 22-31. maddelerde ise “sonuç hükümleri” başlığını taşıyan dördüncü bölüm yer almaktadır. Şimdi bu çalışmanın konusu bakımından önem arz eden ve ikinci bölümde “uygulanacak hukuk” başlığı altında yer alan sübjektif ve objektif bağlama noktalarına ilişkin hükümleri incelemeye çalışalım.

Eşlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku seçebilmelerine ilişkin irade özgürlüğü ilk kez bu sözleşme ile uluslararası güvence altına alınmıştır. Ancak bu yetki yukarıda değinilen Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan devletlerin mevzuatlarında olduğu gibi yine sınırlandırılmış bir yetkidir. Dolayısıyla eşlerin ancak sınırlı hukuk seçimi imkanları mevcuttur. Sübjektif bağlama noktası olarak eşlerin hangi hukukları seçebileceği meselesi 1978 tarihli sözleşmenin 3. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 3. maddesinde eşlerin evlenme işlemi gerçekleşmeden önce seçebilecekleri hukuklar düzenlenmişken 6. madde evlenme işleminden sonraki hukuk seçiminde seçilebilecek hukukları belirtmektedir.

1978 tarihli sözleşmenin 3. maddesi uyarınca eşler evlenmeden önce aşağıda belirtilen hukuklardan birinin aralarındaki mal rejimine uygulanmasını kararlaştırabilirler;

1-) Eşlerden birinin hukuk seçiminin yapıldığı andaki milli hukuku (veya)

2-) Eşlerden birinin hukuk seçiminin yapıldığı andaki mutad mesken hukuku (veya)

3-) Eşlerden birinin, evlendikten sonraki ilk mutad mesken hukuku

1978 tarihli sözleşmenin 6. maddesi ise eşlerin evlendikten sonra aralarındaki mal rejimine uygulanması için seçebilecekleri hukukları düzenlemiştir. Bu hüküm uyarınca eşler aşağıdaki hukuklardan birini seçebilirler,

1-) Eşlerden birinin hukuk seçiminin yapıldığı andaki milli hukuku (veya)

2-) Eşlerden birinin hukuk seçiminin yapıldığı andaki mutad mesken hukuku

Görüldüğü üzere, aslında m.6’da belirtilen sübjektif bağlama noktaları evlenmeden önce seçilebilecek hukukları gösteren m.3’te yer alan sübjektif bağlama noktalarının

aynısıdır. Sadece m.3 b.3'te yer alan "eşlerden birinin, evlilikten sonra ilk kez edindiği yeni mutad mesken hukuku" bağlama noktası m.6'da yer almamaktadır. Sonuçta, evlendikten sonra ilk kez edinilen mutad mesken hukuku, halihazırdaki mutad mesken hukukuna veya milli hukuka göre eşlerle daha az sıkı bağlantı içerisindedir. Dolayısıyla eşler tarafından öngörülebilirliği de daha zayıf olacaktır. Burada eşlerin evlendikten sonra hep aynı mutad meskende oturmaları olasılığında ne olacağı meselesine değinmek gerekebilir. Böyle bir durumda eşlerin evlendikten sonra ilk kez edindiği yeni mutad mesken aynı zamanda halihazırda oturdukları mutad mesken olacağı için, bu yer hukuku, eşler m.6 b.2 uyarınca "eşlerden birinin hukuk seçiminin yapıldığı andaki mutad mesken hukuku" olarak eşler tarafından zaten seçilebilecektir.

1978 tarihli sözleşmenin 3. ve 6. maddelerinde bu maddelere göre tespit edilen hukukun iç maddi hukuk hükümlerinin olaya uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, 1978 tarihli Sözleşme bakımından atıf teorisi²⁶⁵ kabul edilmemiştir.

1978 tarihli sözleşmenin hem 3. hem de 6. maddelerinde seçilen hukukun, taşınır-taşınmaz mal ayrımı yapılmadan eşlerin bütün malları için uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla bu sözleşmede Kıta Avrupası Hukuku'nda var olan malların birliği ilkesi benimsenmiştir. Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde var olan ve malları taşınır veya taşınmaz olmalarına göre farklı bağlama noktalarına tabi tutan sisteme bu sözleşmede yer verilmemiştir. Ancak yine de 1978 tarihli sözleşmenin anılan maddelerinde, taşınmazlara ilişkin ayrıca bir düzenleme getirilerek, eşlere taşınmaz mallarının tamamına veya bir kısmına taşınmaz malın bulunduğu yer hukukunun (lex rei sitae) uygulanmasını kararlaştırabilme imkanı tanınmıştır. Sözleşmede aynı kuralın sonradan edinilen taşınmazlar için de geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Sonuç olarak eşlerin seçtiği hukuk kural olarak eşlerin bütün mallarına uygulanacaktır. Ancak eşleri dilerlerse taşınmazlar için taşınmazın bulunduğu yer hukukunu (lex rei sitae) seçme imkanına da sahip olacaktır.

²⁶⁵ Atıf teorisi ve Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda uygulama alanı bulduğu durumlar hakkında bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm s. 181 vd.

Eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi 1978 tarihli sözleşmesinin 11. maddesi uyarınca hem açık hem de örtülü olarak yapılabilir. Bu sözleşme şekil bakımından mal rejimine uygulanacak hukukun iç maddi hukuk hükümlerine veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun iç maddi hukuk hükümlerine uygun olarak yapılmışsa, geçerlidir (m.12) Ancak 12. maddede, yapılan mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin her durumda yazılı olarak yapılması, tarihin belirtilmiş olması ve eşlerin her ikisi tarafından da imzalanmış olması koşulları aranmıştır.

Eşlerin herhangi bir hukuk seçimi yapmamaları durumunda aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku belirleyen objektif bağlama noktaları ise 1978 tarihli sözleşmenin 4. maddesinde yer almaktadır. Yine kademeli bir sistem benimsenen objektif bağlama noktalarında sıra şu şekildedir;

1-) Eşlerin evlendikten sonraki ilk müşterek mutad mesken hukukunun iç maddi hukuk hükümleri kural olarak mal rejimine ilişkin uyumsuzlıklara uygulanacak birinci derecedeki hukuktur.

2-) Ancak aşağıda 3 bent halinde belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, mal rejimine ilişkin uyumsuzlıklara uygulanacak hukuk, eşlerin müşterek milli hukukunun iç maddi hukuk hükümleri olacaktır. Buna göre;

a-) 5. maddede öngörülen bildirim eşlerin müşterek milli hukukunun bulunduğu devlet tarafından yapılmışsa ve 5. maddenin ikinci fıkrası uyarınca bu devletin hukukunun eşlere uygulanması engellenmediyse

b-) Eşlerin müşterek milli hukukunun bulunduğu devlet bu sözleşmeye taraf değilse ve bu devletin milletlerarası özel hukuk kurallarına göre kendi iç maddi hukuk hükümleri olaya uygulanacaksa ve de eşlerin evlendikten sonraki ilk mutad meskenleri 1-)m.5'te öngörülen bildiri yapan devletteyse veya 2-) bu sözleşmeye taraf olmayan ve milletlerarası özel hukuk kuralları eşlerin milli hukukunun uygulanmasını öngören devletteyse

c-)Eşler evlendikten sonraki ilk mutad meskenlerini aynı devlette edinmemişlerse,

Eşlerin arasındaki mal rejimi ilişkisine eşlerin müşterek milli hukukunun iç maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır.

3-) Eşlerin aynı devlette mutad meskenleri veya müşterek bir milli hukukları yoksa, bütün şartlar dikkate alındığında, mal rejimi ilişkisiyle en sıkı ilişkili hukukun iç maddi hukuk hükümleri uygulanır.

Bu noktada kısaca özetlemek gerekirse, sözleşmenin 4. maddesi uyarınca objektif bağlama noktası olarak öncelikle eşlerin evlendikten sonraki ilk müşterek mutad mesken hukukunun iç maddi hukuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak 2 numarada belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde eşler müşterek milli hukuklarının iç maddi hukuk hükümlerine tabi olacaklardır. Her iki hukukun da tespit edilemediği durumlarda ise, mal rejimi ilişkisi ile en sıkı ilişkili hukuk uygulama alanı bulacaktır. “En sıkı ilişkili hukuk” konusunda sözleşmede herhangi bir açıklama veya karineye yer verilmediği için her somut olayda bu hukuk olayın koşulları dikkate alınarak hakim tarafından tespit edilecektir.

1978 tarihli sözleşmenin 7. maddesinde ise mal rejimine uygulanacak hukukun değişkenlik göstermemesi için statü değişikliğini (conflict mobile) engelleyen bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca, “Eşler başka bir hukukun kendilerine uygulanmasını kararlaştırmadıkları sürece, bu sözleşmeye göre belirlenen uygulanacak hukuk, eşlerin vatandaşlık veya mutad mesken değişikliklerinden etkilenmeden uygulanmaya devam eder”. Dolayısıyla bu sözleşmede kural olarak değişmezlik doktrini kabul edilmiştir.

Ancak 7. maddenin 2. fıkrasında bu genel kuralın istisnası düzenlenmiştir ve aşağıda belirtilen üç koşulun gerçekleşmesi durumunda, eşlerin müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunun iç maddi hukuk hükümleri mal rejimi ilişkisine uygulanacaktır. Söz konusu koşullar şöyledir;

Eşler, aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku belirlememişlerse veya mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmamışlarsa ve,

- 1- Müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu ülke aynı zamanda eşlerin her ikisinin de vatandaşı olduğu ülkeyse veya mutad mesken edindikleri anda o ülkenin vatandaşı olabileceklerse, (veya)
- 2- Eşler evlendikten sonra edindikleri bu mutad meskende en az 10 yıldır yaşıyorlarsa²⁶⁶, (veya)
- 3- Mutad mesken edinildiğinde, 4. maddenin 2. fıkrasının 3. bendi uyarınca eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi eşlerin müşterek milli hukukuna tabi ise,

mal rejimine, müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunun iç maddi hukuk hükümleri uygulanır.

Dolayısıyla, ancak yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde, eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi eşlerin mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunun iç maddi hukuk hükümlerine tabidir. Bu hukuk ileriye etkili olarak hüküm doğuracaktır (m.8 f.1) Bu nedenle söz konusu koşulların gerçekleşmesinden önce edinilen mallara eşlerin mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunun iç maddi hukuk hükümleri uygulanmayacaktır. Dolayısıyla burada geçmişe etkisi bertaraf edilmiş değişebilirlik doktrini, diğer adıyla kısmi değişebilirlik doktrini kabul edilmiştir. Ancak eşler, üçüncü kişilerin haklarına hâlel getirmemesi koşuluyla, her zaman bu hukukun geçmişe etkili olarak sahip oldukları bütün mallara uygulanmasını kararlaştırabilirler (m.8 f.2).

İster sübjektif ister objektif bağlama noktalarının uygulanması sonucunda tespit edilmiş olsun, mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuk, kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa uygulanmaz (m.14). Buradaki kamu düzeni hiç şüphesiz ki hakimın kamu düzenidir. Diğer bir deyişle, tespit edilen yabancı hukukun uygulanması, yargılamanın gerçekleştiği ülkenin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa bu hukuk uygulanmaz.

²⁶⁶ Öztürk, sözleşmeye böyle bir hüküm konmasının nedenini, 10 yıl gibi uzun sayılabilecek bir sürenin geçmesinden sonra eşlerin ortak mutad meskene sahip oldukları ülke ile bütünleşmiş olacakları varsayımına dayandırmaktadır. Bu hükmün detaylı incelemesi ve 1978 tarihli sözleşmenin bu sözleşmeye taraf devletlerde yaşayan Türk vatandaşlarına etkisi konusunda bkz. Necla Öztürk, Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesinin Özellikleri ve Sözleşmenin Onaylandığı Ülkelerdeki Türk Vatandaşlarına Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 71, 2007, s.92-98.

Eşlerden biri ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişinin hakları ise bu sözleşme hükümleri uyarınca mal rejimine uygulanacak hukuka tabidir (m.9 f.1). Ancak;

1-) aleniyete ilişkin gereklilikler veya tescil mal rejimine uygulanacak hukuk tarafından belirlenmemişse, veya

2-) üçüncü kişi ile eş arasındaki hukuki ilişkinin kurulduğu tarihte, mal rejimine uygulanacak hukuk üçüncü kişi tarafından bilinmiyorsa veya bilinmesi gerekmiyorsa, ve üçüncü kişinin veya onunla hukuki ilişkiye giren eşin mutad meskeni bu sözleşmeye taraf devlette ise, bu devletin hukuku söz konusu eşin üçüncü kişiye karşı bu hukuka dayanmamasını sağlayabilir (m.9 f.2).

1978 tarihli sözleşmede mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda yetkili mahkemenin tespitine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi yabancı mahkemeler tarafından verilmiş konuya ilişkin kararların tanıma ve tenfizine ilişkin bir düzenleme de mevcut değildir.

1978 tarihli sözleşmenin, Fransa, Lüksemburg ve Hollanda olmak üzere sadece üç ülkede yürürlüğe girmiş olması düzenlediği alanda Avrupa ülkeleri hukuklarını yeknesaklaştırmak bakımından yetersiz kalmasına neden olmuştur. İşte bu nedenle Avrupa ülkelerinde yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için Avrupa Birliği bünyesinde çalışmalar başlatılmış ve bir alt başlıkta açıklanacak Tüzük Tasarısı hazırlanmıştır.

C. 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısı

Kişilerin serbest dolaşımı ilkesinin doğal bir sonucu olarak Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşları diğer üye ülkelerde sık sık ikamet etmeye başlamış ve buralarda evlilikler gerçekleştirmiştir²⁶⁷. Avrupa Birliği Komisyonu'nun yayınladığı

²⁶⁷ Micheal J. Stegman, Kohlen&Patton, a.g.e., s. 17.

istatistiklere göre 2002²⁶⁸ yılı itibarıyla beş milyondan fazla Avrupa Birliği vatandaşı, vatandaşlığını taşıdığı üye ülkeden başka bir üye ülkede ikamet etmektedir. Ayrıca eşler tarafından edinilen taşınmazların yaklaşık iki buçuk milyon adedi ikamet ettikleri üye ülkenin dışındaki bir üye ülkede bulunmaktadır. 2007 yılı itibarıyla²⁶⁹ Avrupa Birliği üyesi ülkelerde toplam 16 milyon yabancılık unsuru içeren evlilik mevcuttur. 2007 yılında gerçekleştirilen evliliklerin %13'ü yabancılık unsuru içermektedir. Bu durum da üye devletlerin aile hukukuna ilişkin milletlerarası özel hukuk mevzuatlarını yeknesaklaştırma ihtiyacını gündeme getirmiştir²⁷⁰.

Bu ihtiyacı karşılamak için çalışmalara başlayan Avrupa Birliği Komisyonu konuya ilişkin birçok Tüzük hazırlamıştır. 27 Kasım 2003 tarihli Evliliğe ve Eşlerin Ortak Çocuklarının Velayetine İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel II bis Tüzüğü ile 20 Aralık 2010 tarihli Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Roma III Tüzüğü bu çalışmalardan ilk ikisini oluşturmaktadır.

Üçüncüsü ise, bu çalışmanın konusu bakımından büyük önem arz eden, 16.03.2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk

²⁶⁸ Söz konusu istatistiksel veriler Avrupa Birliği'nin Milletlerarası Özel Hukuk alanında yeknesak bir mal rejimi hukuku oluşturmak için hazırladığı ilk taslak metinde yer almıştır. Söz konusu taslak metin için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:EN:PDF> (Çevrimiçi 05.01.2014)

²⁶⁹ Söz konusu istatistiksel veriler Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesinin, 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısına ilişkin görüşlerini yayımladığı 22.12.2011 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yer almıştır. Görüşler için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:376:0087:0091:EN:PDF> (Çevrimiçi 05.01.2014)

²⁷⁰ Söz konusu çalışmalar yapılmadan önce de doktrinde Avrupa ülkelerinin mal rejimine ilişkin mevzuatlarının yeknesaklaştırılması ile ilgili çeşitli önerilerde bulunulmuştur. Bunlardan biri de Verbeke'nin önerisidir. Yazara göre, Avrupa ülkeleri arasında mal rejimi konusunda benimsenen kadın-erkek eşitliği, evlilik süresince devam edecek olan ekonomik dayanışma, temelde mal ayrılığı düzeni benimsenmiş olsa dahi kazancın paylaşımı gibi temel değerler dikkate alınarak bir uluslararası düzenleme yapılmalı ve bu düzenlemede yer alan mal rejimi türü taraf devletlerin ulusal mevzuatlarında yer alan diğer mal rejimi türlerinin yanında, bunlara ek olarak, özellikle yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinde eşler tarafından seçilebilir olmalıdır. Alain Verbeke, a.g.e. s.192-200. Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi de 22.12.2011 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımladığı 2011 tarihli Tüzük Tasarısına ilişkin görüşlerinde bu konuya değinmiş ve üye devletlerin ulusal mevzuatlarında düzenlenen diğer mal rejimi türlerine alternatif oluşturacak bir mal rejimi türünün 28. Rejim kapsamında hazırlanması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu rejim her ne kadar Avrupa Birliği tarafından düzenlenecek olsa da, üye devletlerin ulusal mevzuatlarında yer alan diğer mal rejimi türlerine kıyasla öncelikle uygulanmak konusunda herhangi bir üstünlüğe sahip olmayacaktır.

ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısıdır (Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes (COM 2011/126 final- 2011/0059 CNS)²⁷¹. Söz konusu düzenleme doktrinde, içerdiği kanunlar ihtilafı kuralları nedeniyle “Roma IV” ve içerdiği milletlerarası usul hukukuna ilişkin hükümler nedeniyle de “Brüksel III” Tüzüğü taslağı olarak da isimlendirilmektedir ²⁷². Bu çalışmanın devamında ise, söz konusu Tüzük Tasarısı için “2011 tarihli Tüzük Tasarısı” ifadesi kullanılacaktır.

Avrupa Birliği ülkeleri arasında yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkilerine uygulanacak kuralların yeknesaklaştırılması sonucunda bütün üye ülkelerde açılan davalarda aynı bağlama noktaları kullanılarak aynı ülke hukukları tespit edilecek ve böylece aynı hukuki sonuçlar elde edilecektir. Bu yolla sağlanacak dış karar ahenginin birçok olumlu sonucu olacaktır. Bunlardan ilki, eşler tarafından hukuki kesinliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. Çünkü söz konusu dava hangi üye ülke mahkemesinde açılmış olursa olsun, uygulanacak bağlama noktası aynı olacağı için söz konusu bağlama noktasının gönderdiği ülke maddi hukuku da aynı kalacaktır. Uyuşmazlığa uygulanacak hukukun değişkenlik göstermemesi, tarafların en lehlerine sonuç alacaklarına inandıkları maddi hukuk hükümlerini uygulayacak ülke mahkemesinde dava açmaları anlamına gelen forum shopping²⁷³ in de önünün alınması anlamına gelecektir²⁷⁴. Çünkü alınacak sonuç bakımından davanın nerede açıldığının artık bir önemi kalmamaktadır. Dolayısıyla forum shopping in engellenmesi de ikinci bir olumlu neden olarak kabul edilebilir. Yeknesak bir mal rejimi hukuku oluşturulmasının üçüncü olumlu sonucu ise, hangi üye ülkede dava açılmış olursa olsun aynı hukuki sonucu elde edecek eşlerin, üye ülkeler arasındaki

²⁷¹ Söz konusu Tüzük Tasarısı metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:EN:PDF> (Çevrimiçi 05.01.2014)

²⁷² Sadece Brüksel III ifadesini kullanan yazarlara örnek olarak bkz. John Murphy, a.g.e., s. 12-14. Hem Brüksel III hem de Roma IV ifadesini kullanan yazarlara örnek olarak bkz. Katharina Boele-Woelki, Unification and Harmonization of Private International Law in Europe, Private Law in The International Arena- Liber Amicorum Kurt Siehr, T.M.C. Asser Instituut,2000, s.74.

²⁷³ Nomer, a.g.e., s.12 ve 477.

²⁷⁴ Avrupa Birliği Komisyonunun 16.03.2011 tarihinde yayımlanan çalışma raporunda yer alan görüş özetinde de “forum shopping” in engellenmesi tasarının temel hedefleri arasında yer almıştır. Söz konusu çalışma raporu için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:0328:FIN:EN:PDF> (Çevrimiçi 24.02.2014)

serbest dolaşımında herhangi bir aksamanın yaşanmayacak olmasıdır ki bilindiği üzere kişilerin serbest dolaşımı Avrupa Birliği'nin en temel hedeflerindedir²⁷⁵.

1. 2011 tarihli Tüzük Tasarısının Hazırlık Çalışmaları

1998 tarihli Viyana Hareket Planında yer alan, ticari ve medeni uyumsuzluklara ilişkin mahkeme kararlarının karşılıklı tanınmasına ilişkin yapılan çalışmalar kapsamında, 4-5 Kasım 2004 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen La Haye programı çerçevesinde, mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme ve karşılıklı tanımaya ilişkin uluslararası bir düzenleme yapılmasına yönelik çalışmalar başlatılmıştır²⁷⁶. Bu çalışmalar sonucunda bir tasarı oluşturulabilmesi için 17.07.2006 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu tarafından Milletlerarası Yetki ve Karşılıklı Tanımayı da içeren Mal Rejimine İlişkin Kanunlar İhtilafı Meseleleri Hakkında Taslak (Green Paper on Conflict of Laws in Matters Concerning Matrimonial Property Regimes, Including the Question of Jurisdiction and Mutual Recognition- COM 2006/ 400 final)²⁷⁷ hazırlanmıştır. Söz konusu 2006 tarihli Taslakta²⁷⁸ üye ülkelere konuya ilişkin 23 soru yöneltılmıştir. Üye ülkelerden gelen cevaplar²⁷⁹ da dikkate alınarak 16.03.2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısı (Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes (COM 2011/126 final-2011/0059 CNS)- kısaca 2011 tarihli Tüzük Tasarısı- hazırlanmıştır.

²⁷⁵ Milletlerarası Özel Hukuk kuralları bakımından yeknesak bir mal rejimi sisteminin oluşturulmasının olumlu sonuçlarından, hukuki kesinlik, forum shopping in engellenmesi ve eşlerin serbest dolaşımı konusunda detaylı bilgi için bkz. C.M.V. Clarkson, a.g.e., s. 424-425 Yazar en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını da olumlu sonuçlar arasında saymıştır. Oysa en sıkı ilişkili hukukun uygulanması bu konuda yeknesak bir düzenleme oluşturulmasının sonucu değil hedefi olarak değerlendirilmelidir.

²⁷⁶ Bu çalışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:EN:PDF> (Çevrimiçi 05. 01.2014)

²⁷⁷ Söz konusu taslak metin için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:EN:PDF> (Çevrimiçi 05. 01.2014)

²⁷⁸ Çalışmanın devamında söz konusu taslak, 2006 tarihli taslak olarak isimlendirilecektir.

²⁷⁹ Üye ülkelerden gelen cevap özetleri 05.02. 2008 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayımlanmıştır. Bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf (Çevrimiçi 05.01.2014)

Söz konusu tasarının hazırlık çalışmalarının hızlanmasında 27 Ekim 2010 tarihinde yayımlanan Avrupa Birliği Vatandaşlık Raporunun da etkisi olmuştur. Çünkü söz konusu raporda, Avrupa Birliği vatandaşlarının birlik tarafından kendilerine sunulan hakları üye devlet sınırları arasında kullanırken en çok sıkıntı yaşadıkları konulardan birinin eşlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisinden doğan haklarındaki belirsizlik olduğu dile getirilmiştir²⁸⁰. Bu sıkıntıların giderilmesi için de 2011 yılında konuya ilişkin bir Tüzük Tasarısı hazırlanacağı belirtilmiştir.

2. 2011 tarihli Tüzük Tasarısının Amacı ve Kapsamı

2011 tarihli Tüzük Tasarısı ile hedeflenen Avrupa Birliği üyesi devletler arasında eşlerin yabancılik unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda, uygulanacak hukuk, milletlerarası yetki ve kararların tanıma-tenfizi konularından yeknesaklığın sağlanmasıdır. Tasarının genel gerekçesinde ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesinin 22.12.2011 tarihli görüşlerinde bu amaçlar açıkça ifade edilmiştir²⁸¹.

Kanunlar ihtilafı kuralları bakımından yeknesaklığın sağlanması, eşlerin kendilerine uygulanacak hukuku öngörebilmeleri sonucunu doğurarak hukuksal kesinliği hedeflemektedir. Milletlerarası yetki konusundaki yeknesaklaşma ise, eşlerin evlilikleri, boşanma veya ayrılık nedeniyle sona eriyorsa bu konuda yetkili olan mahkemenin, ölüm ile sona eriyorsa bu konuda yetkili olan mahkemenin eşlerin mal rejimi uyumsuzluklarında da yetkili olması sonucunu doğurarak usuli işlemlerin hızlanmasını ve kolaylaşmasını sağlayacaktır. Kararların tanıma ve tenfizine ilişkin işlemlerdeki yeknesaklık ise kararların üye devletlerde serbest dolaşımına²⁸² hizmet edecektir.

²⁸⁰ Söz konusu raporda tescilli beraberliklerde tarafların mallarının durumu meselesinde de aynı sıkıntıların mevcut olduğu dile getirilmiş ve bu konuda da bir Tüzük Tasarısı hazırlanacağı ifade edilmiştir.

²⁸¹ Komitenin görüşleri için bkz. [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:376:0087:0091:EN:PDF)

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:376:0087:0091:EN:PDF (Çevrimiçi 07.01.2014)

²⁸² Tüzük tasarısının genel gerekçesinde “kararların serbest dolaşımı” ifadesi sıklıkla kullanılmaktadır.

2006 tarihli Tasarının 19. ve 20. soruları tescil edilmiş beraberliklerde tarafların mallarına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemeye ilişkindi. Üye ülkelerin cevap özetlerinde ise bu konuda eşlerin mal rejimi ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklardan farklı bağlama noktaları ve yetkili mahkeme tespit etmek gerekeceğinden hareketle ayrı bir Avrupa Birliği düzenlememesi yapılması gerektiği çoğunluk tarafından dile getirilmiştir. Avrupa Konseyi tarafından 11.11.2009 tarihinde kabul edilen ve 04.05.2010 tarihinde yayımlanan Stockholm Programında da mal rejimi uyuşmazlıklarına ilişkin hazırlanacak Avrupa Birliği Tüzüğü'nün yanı sıra tescil edilmiş beraberliklerin tarafların malvarlığına etkisi meselesinin de düzenleme altına alınması gerektiği belirtilmiştir²⁸³. Bunun üzerine eşlerin mal rejimi ilişkilerine uygulanacak olan 2011 tarihli Tüzük Tasarısı ile aynı gün Tescil Edilmiş Beraberliklerin Tarafların Malvarlığına Etkilerine İlişkin Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısı (Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions Regarding the Property Consequences of Registered Partnerships (COM 2011/ 127 final-2001/0060 CNS)²⁸⁴ yayımlanmıştır²⁸⁵.

²⁸³ Stockholm Programı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:EN:PDF> (Çevrimiçi 05.01.2014)

²⁸⁴ Söz konusu Tüzük Tasarısı için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:EN:PDF> (Çevrimiçi 05.01.2014)

²⁸⁵ Tescil edilmiş beraberliklerin tarafların mallarına etkisini düzenleyen söz konusu Avrupa Birliği Tüzük Tasarısı, milletlerarası yetki ve kararların tanıma- tenfizi konularında 2011 tarihli Tüzük Tasarısı ile aynı hükümleri içermektedir. Söz konusu Tüzük Tasarıları arasındaki temel fark uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyen bağlama noktalarına ilişkindir. Tescil edilmiş beraberliklere ilişkin Tüzük Tasarısında, 2011 tarihli Tüzük tasarısından farklı olarak, taraflara hukuk seçimi imkanı tanınmamış ve objektif bağlama noktası olarak da sadece tescil yeri hukuku gösterilmiştir.

Ayrıca, Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu'nun da tescil edilmiş beraberliklere ilişkin bir düzenlemesi bulunmaktadır. 05.09.2007 tarihinde Münih'de hazırlanan Tescil Edilmiş Beraberliklerin Tanınması Hakkındaki Sözleşme İspanya ve Portekiz tarafından imzalanmış ve 04.08.2011 tarihinde onaylanmıştır.

Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesinin 22.12.2011 tarihinde söz konusu Tüzük Tasarıları hakkında yayımlanan görüşlerinde belirttiği üzere günümüzde Avrupa Birliği üyesi devletlerdeki toplam tescil edilmiş beraberlik sayısı 211.000 kadardır. Bu beraberliklerden 41.000 kadarı yabancılık unsuru içermektedir. Tescil edilmiş beraberliklerin bir kısmını oluşturduğu evlilik dışı beraberliklerin günümüzdeki artışının nedeni olarak kadın ekonomik bağımsızlığındaki artış, devletin bekar ebeveynlere destek sağlaması, dini inançta azalma, cinsel ilişkinin ve çocuk sahibi olmanın evlilik kurumundan ayrışması gibi nedenler gösterilmektedir. Bkz. Anne Barlow- Grace James, Regulating Marriage and Cohabitation in 21st Century Britain, The Modern Law Review, Vol 67, No.2 , 2004, p. 154 vd.

Böylece, aşağıda ilgili hükümleri incelenecek olan 2011 tarihli Tüzük Tasarında sadece aralarında resmi bir evlilik birliği kurulmuş kişilerin, diğer bir ifadeyle eşlerin, aralarındaki mal rejimi ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin milletlerarası özel hukuk kuralları yer almıştır.

Ayrıca 2011 tarihli Tüzük Tasarısının 1. maddesinde bu tasarının kapsam dışı bıraktığı konular da tek tek sayılmıştır. Buna göre, vergilendirme, gümrük meseleleri ile idari işlemlere bu Tüzük Tasarısı uygulanmaz (m. 1 f.1 c.1). Buna ek olarak;

a-) Eşlerin ehliyetine

b-) Nafaka yükümlülüklerine

c-) Eşler arasındaki hediyelere

d-) Sağ kalan eşin miras hukukundan doğan haklarına

e-) Eşler arasında kurulan şirketlere

f-) Eşlerin malları üzerindeki aynı haklarının varlığı ve kullanımına

ilişkin meseleler söz konusu tasarının kapsamı dışında yer almaktadır.

Söz konusu hükmün madde gerekçesinde, F bendinde yer alan “Eşlerin malları üzerindeki aynı haklarının varlığı ve kullanımı” ifadesi ile kastedilenin, eşlerin mallarının ve bu mallar üzerindeki aynı haklarının sınıflandırılması ile hak sahibi eşin malları üzerindeki tasarruf yetkisinin belirlenmesi ve de bu yetki kullanılırken gerekebilecek tescil işleminin fonksiyonu ve etkileri meselelerinin kapsam dışı bırakılmış olduğu belirtilmiştir²⁸⁶.

2011 tarihli Tüzük Tasarısının 2. maddesinin a bendinde ise söz konusu tasarının kapsamını oluşturan “mal rejimi”nin tanımı yapılmıştır. Söz konusu tanıma göre “Mal rejimi, eşlerin birbirleri ve üçüncü kişiler ile aralarındaki malvarlığı ilişkilerini

²⁸⁶ Oysa 2006 tarihli Taslak metne ilişkin üye devletlerin 05.02.2008 tarihinde yayımlanan cevap özetlerinde eşlerin mallar üzerindeki aynı hakları meselesi düzenleme kapsamında değerlendirilmiş ve üye devletlerin çoğunluğunca taşınmazlara ilişkin aynı haklar konusunda taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği savunulmuştur. Söz konusu cevap özetleri için bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf (Çevrimiçi 24.02.2014)

düzenleyen kurallar bütünüdür”. Ayrıca, tasarının 1. maddesinin gerekçesinde, mal rejimi kavramının, eşler arasında mal rejimi ilişkisi devam ederken eşlerin mallarının yönetimi (m.1 f.3 b. F uyarınca mallar üzerinde aynı hak kullanımı hariç) ile mal rejiminin boşanma veya eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi durumunda tasfiye süreçlerini kapsadığı belirtilmiştir.

3. 2011 tarihli Tüzük Tasarısında Uygulanacak Hukuk

2011 tarihli Tüzük Tasarısının üçüncü bölümü “Uygulanacak Hukuk” başlığını taşımakta ve 15-25. maddeler arasında düzenlenmektedir. Uygulanacak hukuka ilişkin temel ilkelerin yanı sıra bu hukukun uygulanmasının engellendiği durumları da düzenleyen metinde subjektif ve objektif bağlama noktalarına ilişkin hükümler de yer almaktadır. Subjektif ve objektif bağlama noktalarına ilişkin hükümler aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Söz konusu Tüzük Tasarısında, uygulanacak hukuka ilişkin, üç temel ilke benimsenmiştir. Bunlar; 1-) Malların Birliği İlkesi, 2-) Kanunlar İhtilafı Kurallarının Evrenselliği İlkesi ve 3-) Atfın Reddi İlkesidir. Bu ilkeler, ister subjektif ister objektif bağlama noktaları uygulanarak tespit edilmiş olsun uygulanacak bütün hukuklar için geçerlidir. Şimdi bu ilkeleri kısaca açıklamaya çalışalım.

1-) Söz konusu Tüzük Tasarısında ilk olarak “malların birliği ilkesi” benimsenmiştir. Bu durum tasarının 15. maddesinde dile getirilmiştir. “ Uygulanacak Hukukta Birlik” başlığını taşıyan bu maddede tasarının 16. 17. ve 18. maddeleri uyarınca tespit edilecek hukukun eşlerin bütün mallarına uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hukuk, ister eşlerin aralarında mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesi yaparak ister objektif bağlama noktaları uyarınca belirlenmiş olsun eşlerin bütün malları için uygulama alanı bulacaktır. Bu durum tasarının ilgili madde gerekçesinde de açık bir şekilde ifade edilmiştir. Malların birliği ilkesinin bir diğer sonucu da, Milletlerarası Özel Hukukta taşınmazlar bakımından temel bağlama noktası olarak kabul edilen taşınmazın bulunduğu yer hukukunun (lex rei sitae)

bertaraf edilmiş olmasıdır. Taşınmazlar bakımından taşınmazın bulunduğu yer hukukunun bağlama noktası olarak tercih edilmesinin en önemli sebebi, taşınmaz üzerinde ancak bulunduğu yer resmi makamlarının doğrudan yetki kullanabilmesidir ki bu da taşınmazın bulunduğu yer ile uyumsuzluk arasında en sıkı ve gerçek ilişkiyi kurar²⁸⁷. Ancak söz konusu Tüzük Tasarısı hazırlanırken, tarafların bütün mallarına aynı hukukun uygulanmasının, mal rejiminin özellikle tasfiye aşamasının daha kolay ve hızlı sonuçlanmasına neden olacak olması, bu durumun da taraf menfaatine hizmet edecek olması sebebiyle, lex rei sitae lehine malların birliği ilkesinden ödün verilmemiştir. Tasarının ilgili madde gerekçesinde de malların birliği ilkesinin benimsenmesinin temel sebebi olarak, farklı mal gruplarına farklı ülke hukuklarının uygulanmasının özellikle malların tasfiyesi aşamasında doğurabileceği zorlukları önleme ihtiyacı olduğu açıkça belirtilmiştir²⁸⁸.

2-) Söz konusu Tüzük tasarısında benimsenen ikinci ilke ise “kanunlar ihtilafı kurallarının evrenselliği” ilkesidir. Bu ilke tasarının 21. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, tasarının bu bölümünde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenen hukuk, üye devletlerin iç maddi hukuklarından biri olmasa dahi uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir deyişle, tasarının kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen hukuk hangi devletin hukuku olursa olsun uyumsuzluğa uygulanabilecektir.

3-) 2011 tarihli Tüzük Tasarısında benimsenen üçüncü ilke ise “Atfin Reddi” ilkesidir. Tasarının 24. maddesinde yer alan söz konusu ilkeye göre, kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak tespit edilen devletin yürürlükteki iç maddi hukuk kuralları uyumsuzluğa uygulanacak, söz konusu devletin milletlerarası özel hukuk kuralları dikkate alınmayacaktır.

Söz konusu tasarının gerekçesinde atfin reddine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak bu reddin nedeninin tasarının amacında saklı olduğu

²⁸⁷ Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beya Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 181.

²⁸⁸ Söz konusu zorluklar konusunda bkz. Micheal J. Stegman, *Kohnen&Patton*, a.g.e., s. 23.

düşüncesindeyiz. Şöyle ki; yukarıda da açıklandığı üzere söz konusu tasarının en önemli amacı konuya ilişkin hukuki kesinliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. Atıf kurumu ise, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gönderdiği hukukun da dikkate alınmasını gerektiren bir kurum olarak hukuki kesinliğin ve öngörülebilirliğin önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Ayrıca tasarının bir diğer amacı olarak üye devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması gösterilmiştir. Bu durumda söz konusu tasarı yürürlüğe girdiğinde²⁸⁹ bütün üye devletlerde mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda aynı kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacağına göre, atıf kurumu kabul edilmiş olsaydı dahi pratikte uygulanacak hukuk bakımından herhangi bir değişiklik olmayacaktı.

2011 tarihli Tüzük Tasarısında, uygulanacak hukukun uygulanmasını engelleyen durumlar olarak, “doğrudan uygulanan kurallar” ve “kamu düzeni” kriterleri düzenlenmiştir. Esas olan kanunlar ihtilafı kurallarının evrenselliği ilkesini açıklarken de belirtildiği üzere, kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak tespit edilen devlet hukukunun uyuşmazlığa uygulanması olduğu için bunu engelleyen söz konusu kriterler istisnai niteliktedir ve dar yorumlanmaları gerekmektedir.

1-) Doğrudan uygulanan kurallar: Bu konudaki hüküm, tasarının 22. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükümde doğrudan uygulanan kuralların; politik, sosyal ve ekonomik alanlarda kamu yararını korumak için kapsamına giren her konuda direkt olarak uygulanarak, o alana ilişkin yabancı bir hukukun uygulanmasını engelleyen kurallar olduğu belirtilmiştir.

Tasarının madde gerekçesinde tasarıda böyle bir hükme yer vermenin en temel sebebinin aile konutu meselesi olduğu dile getirilmiştir. Böylece, uyuşmazlığı çözümlenmeye çalışan hakim kendi ülkesinde bulunan aile konutunu kendi hukukunu uygulayarak koruyabilme imkanına sahip olacaktır.

²⁸⁹ 2011 tarihli Tüzük Tasarısının 40. maddesi uyarınca, söz konusu Tüzük Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanmasını takip eden yirminci gün yürürlüğe girecektir. Yürürlüğe girdiği tarihten bir yıl sonra ise uygulanmaya başlayacaktır. Bu çalışmanın tamamlandığı tarih itibarıyla söz konusu tasarı henüz Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanmamış durumdadır.

2-) Kamu Düzeni: Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir diğer durum ise uygulanacak hukukun uyuşmazlığın görüldüğü devletin kamu düzenine aykırı olması durumudur. Bu konu da tasarinın 23. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, uygulanacak hukukun ancak yargılamanın gerçekleştiği ülkenin kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Tasarı söz konusu ifadeleri kullanarak kamu düzeni kriterinin uygulama alanını mümkün olduğu kadar daraltmayı hedeflemiştir.

a) Subjektif Bağlama Noktaları

2011 tarihli Tüzük Tasarısında eşlere aralarındaki mal rejimi ilişkinin tabi olacağı hukuku seçme yetkisi tanınmıştır. Ancak burada yine sınırlı bir hukuk seçimi söz konusudur. Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesinin görüşlerinde subjektif bağlama noktaları konusunda eşlere sınırlı hukuk seçimi yetkisinin tanınmasının eşler ve onlarla hukuki ilişkiye girecek üçüncü kişiler bakımından hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik sağlayabilmek için tercih edildiği dile getirilmiştir. Tasarının ilgili madde gerekçesinde ise sınırlı hukuk seçiminin tercih edilmesinin nedeni olarak, eşlerin geçmişleri veya bugünkü durumları ile az ilişkili bir hukukun eşler tarafından seçiminin önlenmesi olduğu belirtilmiştir²⁹⁰. Bu nedenle de eşlere, mutad meskenleri veya milli hukukları gibi, çok sıkı ilişki içerisinde oldukları hukukları seçebilme imkanı tanınmıştır.

2011 tarihli Tüzük Tasarısının 16. ve 18. maddeleri eşlerin seçebilecekleri hukuklara ilişkindir. 16. madde eşlerin mal rejimine ilişkin ilk kez²⁹¹ bir hukuk seçimi yaptıklarında seçebilecekleri hukukları düzenlerken 18. madde daha sonrasında

²⁹⁰ Doktrinde, eşlere hukuk seçimi yetkisi tanınmasının bir sebebinin de Avrupa Birliği entegrasyonunun sağlanması olduğu dile getirilmektedir. Böylece kendi mahkemesinde yabancı hukuku uygulamaktan imtina eden Anglo Sakson Hukuku ile bağlama noktalarını kullanarak yabancı hukukları uygulayabilen Kıta Avrupası Hukuku arasında, iki hukuk sistemiyle de uyumlu çözümlerin taraf iradeleri yoluyla bulunması amaçlanmıştır. Bkz. Erik Jayme, a.g.e.,s.3.

²⁹¹ 16. madde metninde, söz konusu seçimin yapılma zamanına ilişkin herhangi bir ifade mevcut değildir. Ancak 18. maddenin madde gerekçesinde, 16. madde uyarınca yapılacak seçimlerin evlenme anında yapılacağı belirtilmiştir. Aslında kastedilen evlilik öncesinde, evlenme anında veya sonrasında eşler tarafından mal rejimine ilişkin yapılan ilk hukuk seçimidir.

hukuk seçiminde değişiklik yapılması durumunda seçilebilecek hukukları düzenlemektedir.

16. madde uyarınca, eşler veya müstakbel eşler aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanmak üzere ancak şu üç hukuku seçebilirler;

1-) Eşlerin veya müstakbel eşlerin müşterek mutad mesken hukuku veya

2-) Eşlerden (veya müstakbel eşlerden)²⁹² birinin bu hukuk seçimi yapıldığı andaki mutad mesken hukuku

3-) Eşlerden veya müstakbel eşlerden birinin hukuk seçimi yapıldığı andaki milli hukuku.

18. maddede ise, eşlerin daha sonra başka bir hukuku seçerek mal rejimlerine uygulanacak hukuku değiştirmeleri durumunda seçilebilecek yeni hukuklar düzenlenmiştir. Bunlar;

1-) Eşlerden birinin hukuk seçimi yapıldığı andaki mutad mesken hukuku veya

2-) Eşlerden birinin hukuk seçimi yapıldığı andaki milli hukukudur.

Her iki madde de, eşlerin yapacakları hukuk seçimi konusunda belirlenen subjektif bağlama noktaları eşlerin müşterek mutad mesken ve milli hukukları olarak belirlenmiştir. Kişisel statüde esas alınan bağlama noktalarından biri olan eşlerin ikametgahlarının bulunduğu yer hukuku (lex domicile) kapsam dışı bırakılmıştır. Bunun nedeni ikametgah kavramının Anglo Sakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde birbirinden çok farklı düzenlenmiş olmasıdır²⁹³. Oysa milli hukuk ve mutad mesken hukuku bağlama noktaları üye devletlerin içerik konusunda üzerinde

²⁹² Bu bentte “müstakbel eş” ifadesi kullanılmamıştır. Oysa söz konusu hüküm evlenme işleminden önce gerçekleştirilen mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerini de kapsadığı için burada müstakbel eşlerden birinin mutad mesken hukukunun da seçilebileceğini kabul etmek gerekir.

²⁹³ Çelikel/Erdem, a.g.e., s 66 ve 189, Nomer, a.g.e., s 117-118.

anlaşmaya vardıkları bağlama noktalarıdır. Özellikle mutad mesken kavramı, zaten uluslararası düzenlemeler sayesinde hukuk hayatına girmiş bir kavramdır²⁹⁴. “Kişinin kayda değer bir süredir fiilen oturduğu yer”²⁹⁵ olarak tanımlanabilecek mutad mesken kavramı somut uyuşmazlıkta tespitinin de kolay olması sebebiyle birçok uluslararası düzenlemede tercih edildiği gibi kişisel statüyü esas alan mal rejimi uyuşmazlıklarında da tercih edilmiştir.

Eşler aksini kararlaştırmadıkları sürece, yeni seçilen hukuk ileriye etkilidir (m.18 f.2). Dolayısıyla söz konusu hukuk ancak bu yeni hukukun seçildiği andan itibaren edinilen mallar için uygulama alanı bulacaktır. Ancak söz konusu hükümde eşlere bunun aksini kararlaştırma, diğer bir deyişle seçilen hukuku geçmişe etkili (retroactive effect) olarak evlilik birliğinin başından beri edinilen bütün mallara uygulama imkanı tanınmıştır. Eşler bu imkandan yararlanarak seçilen yeni hukukun geçmişe etkili olarak uygulanacağını kararlaştırmış olsalar dahi, bu hukuk, eski hukuk döneminde yapılan hukuk işlemlerin geçerliliğini veya üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını etkilemez (m.18 f.3).

16. madde uyarınca seçilen subjektif bağlama noktalarında statü değişikliği konusunda ise, 2011 tarihli Tüzük Tasarısında “değişmezlik doktrini”²⁹⁶ tercih edilmiştir. Söz konusu subjektif bağlama noktaları, (16. maddenin 1. fıkrasının a. bendinde subjektif bağlama noktası olarak eşlerin müşterek mutad meskeninin düzenlendiği durum hariç) hukuk seçiminin yapıldığı ana sabitlenmiş durumdadır. Sabitleme anı olarak hukuk seçiminin yapıldığı anın tercih edilmesinin nedeni bu anın, yapılan hukuki işlemle en sıkı ilişkili hukuk olduğunun kabul edilmiş olması olsa gerektir. Sonuç itibarıyla eşlerin mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi

²⁹⁴ İlyas Arslan, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, XII Levha Yayınları, 2014, s.9-10.

²⁹⁵ Çelikel/Erdem, a.e., s. 66 ve 190, Nomer, a.e., s.119-121. Söz konusu tanımda yer alan “kayda değer süre”den kasıt kişinin oturduğu yer ile sosyal bütünleşmesini sağlayacak süredir. Dolayısıyla bu süre, her ne kadar bazı ulusal ve uluslararası düzenlemelerde somut olarak belirtilse de, aslında her olayda ayrı ayrı değerlendirilmeli ve kişinin oturduğu yer hayat ilişkilerinin merkezi haline gelmişse söz konusu kayda değer sürenin tamamlandığı kabul edilmelidir. Bkz. Arslan, a.g.e., s. 52-57.

²⁹⁶ 2006 tarihli Taslak metne ilişkin üye devletlerin 05.02.2008 tarihinde yayımlanan cevap özetlerinde değişmezlik doktrininin tercih edilmesiyle bağlama noktasının değişmesiyle uygulanacak hukukun da otomatik olarak değişmesine yol açan değişebilirlik doktrinin yarattığı beklenmedik etkiyi bertaraf edileceği belirtilmiştir.

sözleşmesi yaparken en iyi bildikleri, hüküm ve sonuçlarını en fazla öngörebilecekleri hukukun o sözleşmenin yapıldığı andaki hukuk olduğunu kabul etmek gerekir. Bu madde uyarınca seçilen hukuk, hukuk seçimi ne zaman yapılmış olursa olsun eşlerin bütün malvarlığına uygulanacak böylece malların birliği ilkesi sağlanmış olacaktır.

Ancak 18. maddede seçilen yeni hukukların eşlerin aksine bir anlaşma yapmamaları şartıyla ileriye etkili olarak uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla burada, seçilen yeni hukukun ancak seçildiği andan itibaren edinilen mallar için uygulama alanı bulmasını öngören, diğer bir deyişle geçmişe etkiyi bertaraf eden “kısmi değişebilirlik” doktrini kabul edilmiştir. Hatta söz konusu hükmün 3. fıkrasında istisnai nitelikte olmak kaydıyla, eşlerin seçilen yeni hukukun geçmişe etkili olarak uygulanmasını kararlaştırabilecekleri belirtilerek “değişebilirlik” doktrinine de yeşil ışık yakılmıştır. Ancak akabinde, eski hukuk döneminde yapılan hukuk işlemler ile üçüncü kişilerin kazanılmış hakları kapsam dışı bırakılmıştır. Dolayısıyla söz konusu istisnai nitelikteki değişebilirlik doktrini ancak eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi bakımından uygulanma imkanı bulabilecektir.

Eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimini ancak bir mal rejimi sözleşmesi ile yapabilecekleri 2011 tarihli Tüzük Tasarısının 19. maddesinin 1. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise yapılacak mal rejimi sözleşmesinin tarih belirtilerek eşlerin her ikisi tarafından imzalanacağına hükmedilmiştir. Dolayısıyla söz konusu sözleşmeler için yazılı şekil şartı aranmaktadır. Ayrıca söz konusu hukuk seçimi sözleşmesinin ancak açık bir şekilde yapılacağı, dolayısıyla örtülü hukuk seçiminin mümkün olmadığı yine 19 maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Bu hukuk seçimi sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuka ilişkin ise tasarının 20. maddesinde bir düzenleme mevcuttur. Bu hükme göre, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekli, mal rejimine uygulanacak hukuka veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna tabidir (m.20 f.1). Ancak birinci fıkrada yer alan bu hukuklar öngörmemiş olsa dahi, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi için 19. maddenin 2. fıkrasında yer alan yazılı şekil şartları yerine getirilmiş olmalıdır (m.20 f.2). Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yapıldığı anda eşlerin

müşterek mutad meskeninin bulunduğu üye ülke hukuku bunlara ek olarak bir takım şekil şartları öngörmüşse bu şartlar da yerine getirilmiş olmalıdır.

2006 tarihli Taslak metne ilişkin üye devletlerin 05.02.2008 tarihinde yayımlanan cevap özetlerinde, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekil şartına bağlanmasıyla eşlerin bu sözleşmeyi yaparken noterlerden gerekli hukuksal danışmanlık hizmeti alabilmelerinin ve bu sözleşmelerin diğer üye devletlerde tanınmasının kolaylaştırılmasının hedeflendiği belirtilmiştir²⁹⁷.

b) Objektif Bağlama Noktaları

2011 tarihli Tüzük Tasarısının 17. madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, eşler arasında mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşme yapma alışkanlığından pek söz edilemeyeceği için, böyle bir seçim yapılmamış olması durumunda eşlere uygulanacak hukukun tespiti büyük önem arz etmektedir.

Eşlerin, herhangi bir hukuk seçimi yapmaması durumunda, aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak objektif bağlama noktaları tasarının 17. maddesinde düzenlenmiştir. Kademeli olarak düzenlenmiş objektif bağla noktaları şunlardır;

1-) Eşlerin evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku (böyle bir hukuk mevcut değilse)

2-) Eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku²⁹⁸ (böyle bir hukuk mevcut değilse)

3-) Eşlerin her ikisinin de en sıkı ilişki içerisinde bulunduğu hukuk, ki bütün koşullar dikkate alındığında özellikle evlenme işleminin gerçekleştiği yer hukuku

²⁹⁷ Hatta aynı cevap özetinde, Avrupa Birliği kapsamında merkezi bir mal rejimi sözleşmesi tescil sisteminin kurulması meselesi tartışmaya açılmış ancak sadece vasiyetin elektronik sistemde tesciline alışık olan üye devletlerin konuya sıcak bakabilmesi nedeniyle böyle bir sistem için henüz erken olduğu sonucuna varılmıştır.

²⁹⁸ Eşlerin birden fazla müşterek milli hukukunun olduğu durumlarda bu bent uygulanmaz (m.17 f.2)

Görüldüğü üzere 2011 tarihli Tüzük Tasarısında, subjektif bağlama noktalarında olduğu gibi objektif bağlama noktalarında da yine kişisel statüyü esas alan mutad mesken ve milli hukuk bağlama noktaları tercih edilmiştir. Mutad mesken hukukunun yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı²⁹⁹ daha kolay tespit edilmesi nedeniyle söz konusu bağlama noktası birinci derecede yer almıştır. Bunu milli hukuk takip etmiştir. Son sırada ise, İsviçre Hukukunda olduğu gibi hakimin hukuku (lex fori) yerine Alman Hukukunda olduğu gibi en sıkı ilişkili hukuk tercih edilmiştir. Bu durum da, 2011 tarihli Tüzük Tasarısında taraf menfaatinin ön planda tutulduğuna işaret etmektedir. Çünkü bir uyumsuzlığa en sıkı ilişkili hukukun uygulanması en çok bu uyumsuzluğun taraflarının menfaatine hizmet edecektir.

Objektif bağlama noktalarının, (üçüncü bentte yer alan en sıkı ilişkili hukuk hariç) evlenme anı ile sınırlandırılması, Tüzük Tasarısında objektif bağlama noktaları bakımından da “değişmezlik” doktrininin tercih edildiğini gözler önüne sermektedir. Avrupa Sosyal ve Ekonomik Komitesi 22.12.2011 tarihli görüşünde, bu yolla evlilikle hukuki bağlantısı olmayan bir hukukun uyumsuzlığa uygulanmasının önüne geçilmiş olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla mal rejimi kavramının evlilikle olan organik bağına ilgili Komite tarafından bir kez daha vurgu yapılmıştır.

c) Mal Rejiminin Üçüncü Kişilere Etkisi

2011 sayılı Tüzük Tasarısında mal rejiminin eşlerden biri ile üçüncü kişi arasındaki hukuk ilişkiye etkisi 35. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca genel ilke, mal rejiminin eşlerden biri ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiye etkisinin mal rejimine uygulanacak hukuka tabi olmasıdır (m.35 f.1)

Ancak bu genel ilkenin istisnaları aynı hükmün ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. İkinci fıkrada yer alan ilk istisnaya göre;

²⁹⁹ Bkz. s. 131.

1-) Eş veya onunla hukuk ilişkiye giren üçüncü kişinin mutad meskeni o üye devlette ise, (ve)

2-) Mal rejimine uygulanacak hukukun aradığı ifşa ve tescil şartları yerine getirilmemişse, (ve)

3-) Mal rejimine uygulanacak hukukun hangi hukuk olduğu üçüncü kişi tarafından bilinmiyorsa veya bilinmesi gerekmiyorsa,

Bu uyuşmazlığa, mal rejimine uygulanacak hukuk yerine, söz konusu üye devlet hukuku uygulanabilir.

Üçüncü fıkrada yer alan istisna ise, eşlerden biri ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin üye devlette bulunan bir taşınmaza ilişkin olması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Böyle bir uyuşmazlığa, ikinci fıkrada yer alan diğer koşulların da var olması şartıyla, mal rejimine uygulanacak hukuk yerine yine istisnai olarak taşınmazın bulunduğu üye devlet hukuku uygulanabilir.

Söz konusu maddede genel ilkenin yanı sıra iki istisna hükmüne yer verilmesinin temel nedeni, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, hem eş hem de onunla hukuk ilişkiye giren üçüncü kişi tarafından daha kolay öngörülebilir ve böylece hukuki kesinliği daha iyi sağlayabileceği düşünülen hukuklara da uygulama alanı sağlamaktır. Ancak söz konusu istisna hükümlerinde belirtilen hukuklar, genel ilke olan mal rejimine uygulanacak hukukun bu uyuşmazlıklara uygulanmasına engel teşkil etmez. Sadece mal rejimine uygulanacak hukuka birer alternatif oluştururlar.

4. 2011 tarihli Tüzük Tasarısında Milletlerarası Yetki

Mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisi 2011 tarihli Tüzük Tasarısında 3-14. maddeler arasında düzenlenmiştir. Mahkemelerin milletlerarası yetkisi tespit edilirken mal rejiminin sona erme sebeplerine ilişkin bir ayırım yapılmıştır. Bu ayırma göre mal rejiminin, eşlerden birinin ölümü nedeniyle

sona ermesi durumunda milletlerarası yetki 3. maddede, boşanma, evliliğin iptali veya aykırılık nedeniyle sona ermesi durumunda milletlerarası yetki ise 4. maddede düzenlenmiştir. 5. maddede ise, söz konusu sona erme sebeplerinden bağımsız olarak gerçekleşebilecek mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetki düzenlenmiştir. Tüzük Tasarısının 5. maddesinin gerekçesinde eşlerin mal rejimi değişikliği yaptığı durumlarda önceki mal rejiminin tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıkların bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmiştir. 6. ve 7. maddelerde ise tali ve istisnai yetkiye ilişkin hükümler yer almaktadır. Şimdi bu maddeleri daha yakından incelemeye çalışalım.

a) Mal Rejiminin Ölümle Sona Ermesinde Milletlerarası Yetki

2011 tarihli Tüzük Tasarısının 3. maddesinde mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi durumunda, 4 Temmuz 2012 tarihli Mirasa İlişkin Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Yabancı Kararların Tanınması- Tenfizi, Resmi Belgelerin Kabulü ve İcrası ile Avrupa Veraset İlamının Oluşturulmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nde (No 650/2012) yer alan milletlerarası yetki kuralları uyarınca yetkili olan mahkemenin mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda da yetkili olacağı belirtilmiştir³⁰⁰.

Mirasa ilişkin söz konusu Tüzükte genel yetki 4. maddede düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, *“miras bırakanın ölüm anındaki mutad meskeninin bulunduğu üye devlet mahkemesi genel yetkili mahkemedir”*.

Ayrıca taraflar aralarında bir yetki sözleşmesi yaparak, miras bırakanın bu Tüzüğün 22. maddesi uyarınca mirasa uygulanacak hukuk olarak seçtiği üye devletin mahkemesine de münhasır yetki tanıyabilirler (m.5 f.1) Bu yetki sözleşmesi mutlaka tarih belirtilerek ve tarafların her ikisi tarafından imzalanarak hazırlanmalıdır. Bu

³⁰⁰ Oysa, söz konusu Tüzüğün 1. maddesinin 2. fıkrasının d bendinde mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar kapsam dışı bırakılmıştı. Bu durumda 2011 tarihli Tüzük Tasarısının bu haliyle yürürlüğe girmesi durumunda söz konusu bendin yürürlükten kalkması gerekecektir.

sözleşmenin sürekli olarak kaydedilmesini sağlayan elektronik ortamdaki her türlü iletişim yazılı metinle eşit değerinde kabul edilir (m. 5 f.2)

Herhangi bir yetki sözleşmesinin yapılmadığı durumlarda miras bırakanın ölüm anındaki mutad meskeni de bir üye devlette değilse, ilgili Tüzüğün 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, miras bırakanın taşınmazının bulunduğu üye devlet mahkemesi; a-) miras bırakan ölüm anında o üye devlet vatandaşlığına sahip ise (böyle bir durum söz konusu değilse) b-) mutad mesken değişikliğinin üzerinden beş yıldan fazla zaman geçmemek kaydıyla miras bırakanın önceki mutad meskeni o üye devlette ise, bu üye devlet mahkemesi yetkili olabilir. Söz konusu 1. fıkra göre herhangi bir üye devlet mahkemesi yetkilendirilemiyorsa, taşınmazın bulunduğu üye devlet mahkemesi sadece bu taşınmaza ilişkin olmak kaydıyla, yetkilendirilebilir.

İlgili Tüzüğün 11. maddesinde ise milletlerarası yetkiye ilişkin bir istisna hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, yukarıda belirtilen hükümler doğrultusunda hiçbir üye devlet mahkemesi yetkilendirilemiyorsa ve uyuşmazlığın sıkı ilişki içerisinde olduğu üçüncü bir devlet mahkemesinde görülmesi imkansızsa, söz konusu uyuşmazlık bu uyuşmazlıkla yeterli bağlantısı olan üye devlet mahkemesinde görülebilir.

Sonuç olarak, buraya kadar açıklanan hükümler uyarınca mirasa ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkisi tespit edilen üye devlet mahkemeleri, mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda da milletlerarası yetkiye sahip olacaktır.

Söz konusu hükümler uyarınca herhangi bir üye devlet mahkemesinin yetkilendirilemediği durumlarda, milletlerarası yetkinin hangi hukuk kuralına göre tespit edileceğine ilişkin 2011 tarihli Tüzük Tasarısının 3. maddesinde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda her üye devletin kendi iç maddi hukuk hükümlerine göre konuya ilişkin milletlerarası yetkisinin var olup olmadığını tespit edebileceğini kabul etmek gerekir.

b) Mal Rejiminin Boşanma, Evliliğin İptali veya Ayrılıkla Sona Ermesinde Milletlerarası Yetki

2011 tarihli Tüzük Tasarısının 4. maddesinde ise, mal rejiminin boşanma, evliliğin iptali veya ayrılık nedeniyle sona ermesi durumunda milletlerarası yetkinin, 27 Kasım 2003 tarihli Evliliğe ve Eşlerin Ortak Çocuklarının Velayetine İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel II bis Tüzüğü'nde (No 2201/2003) yer alan milletlerarası yetki kuralları uyarınca tespit edilebileceğini belirtmiştir³⁰¹.

Brüksel II bis Tüzüğünde boşanma, evliliğin iptali veya ayrılık davalarında genel yetki meselesi 3. maddede düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca;

- *Eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu (veya)*
- *Eşlerden birinin hala burada oturması şartıyla eşlerin son müşterek mutad meskeninin bulunduğu (veya)*
- *Davalı eşin mutad meskeninin bulunduğu (veya)*
- *Birlikte dava açılması durumunda eşlerden birinin mutad meskeninin bulunduğu (veya)*
- *Davacı eşin dava açmadan önce en az bir yıldır mutad mesken olarak oturduğu (veya)*
- *Davacı eşin dava açmadan önce en az altı aydır mutad mesken olarak oturduğu ve aynı zamanda vatandaşlığını taşıdığı (Birleşik Krallık ve İrlanda için vatandaşlık yerine ikametgah kriteri aranacaktır) üye devlet mahkemesi ile*

³⁰¹ Söz konusu Tüzükte, 2012 tarihli Mirasa İlişkin Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Yabancı Kararların Tanınması- Tenfizi, Resmi Belgelerin Kabulü ve İcrası ile Avrupa Veraset İlamının Oluşturulmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nde olduğu gibi mal rejimine ilişkin uyumsuzlukları kapsam dışı bırakan herhangi bir hükme yer verilmediği için, 2011 tarihli Tüzük Tasarısının bu haliyle yürürlüğe girmesi durumunda bu Tüzükte herhangi bir değişiklik yapılması gerekmeyecektir.

- *Eşlerin müşterek vatandaşlığını taşıdığı (Birleşik Krallık ve İrlanda için müşterek ikametgah kriteri aranacaktır) üye devlet mahkemesi, (m.3 f.1 b bendi)*

mal rejiminin boşanma, evliliğin iptali ve ayrılık nedeniyle sona ermesi durumunda, eşlerin arasındaki mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda da yetkili olacaktır.

3. maddenin 1. fıkrasının a ve b bentlerinde yer alan milletlerarası yetki kurallarında esas alınan mutad mesken ve vatandaşlık kriterleri birbirine alternatif teşkil etmektedir. Söz konusu yetki esaslarından herhangi birine öncelik verilmemiştir³⁰².

Ancak m.3'ten farklı olarak m.4 uyarınca bir milletlerarası yetkinin tesis edilebilmesi için tarafların bu konuda bir yetki sözleşmesi yapmış olmaları gerekmektedir. Böyle bir yetki sözleşmesi yargılama aşamasında yapılabileceği gibi öncesinde de yapılabilir. Yargılama aşamasından önce yapılan yetki sözleşmeleri bakımından yazılı şekil şartı aranmaktadır. Söz konusu yetki sözleşmeleri mutlaka tarih belirtilerek ve tarafların her ikisi tarafından imzalanarak hazırlanmalıdır (m. 4 f.2)

Eşler arasında herhangi bir yetki sözleşmesi yapılmaması durumunda mahkemelerin milletlerarası yetkisi ise bir alt başlıkta incelenecek olan 5. madde hükümleri uyarınca tespit edilecektir (m.4 f.3).

c) Diğer Durumlarda Milletlerarası Yetki

Mal rejiminin eşlerden birinin ölümü, boşanma, evliliğin iptali veya ayrılık kararı alınması sebepleriyle sona ermesinden doğabilecek uyuşmazlıklar dışında kalan bütün uyuşmazlıklarda milletlerarası yetki 2011 tarihli Tüzük Tasarısının 5. maddesi uyarınca tespit edilecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi, ilgili madde gerekçesinde, eşlerin başka bir mal rejimini seçmeleri nedeniyle önceki mal rejiminin tasfiyesine

³⁰² Nuray Ekşi, Avrupa Birliği Brüksel II bis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkeme Kararlarının Milletlerarası Yetkisi, DEÜHFD, Cilt 11, Özel Sayı, 2009, s. 1148. Bu makalenin tam metni için bkz. <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz11-9-ozel/ozel/5%20eksi.pdf> (Çevrimiçi 24.02.2014) Ayrıca Ekşi, 3. maddenin 1. fıkrasının b bendinde yer alan ve eşlerin müşterek vatandaşlığını taşıdığı üye devlet mahkemesinde dava açabilmelerini sağlayan yetki kuralını, eşlerin vatandaşı oldukları üye devlet ile hiçbir bağlantıları kalmamış olsa dahi burada dava açılmasına sebep olduğu gerekçesiyle aşkın yetki olarak nitelendirmiştir. Ekşi, a.e., s. 1165.

ilişkin doğabilecek uyuşmazlıklar 5. maddenin kapsamına girecek uyuşmazlıklara örnek olarak gösterilmektedir.

5. madde kapsamına giren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda sırasıyla şu devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi söz konusu olacaktır;

a-) Eşlerin müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yer mahkemesi, (böyle bir mahkeme mevcut değilse)

b-) Eşlerden birinin hala burada oturması şartıyla son müşterek mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesi, (böyle bir mahkeme mevcut değilse)

c-) Davalının mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi, (böyle bir mahkeme mevcut değilse)

d-) Eşlerin müşterek milli hukuklarının bulunduğu yer mahkemesi (Birleşik Krallık ve İrlanda için müşterek ikametgah mahkemesi).

5. maddenin ikinci fıkrasında ise, eşlere yetki sözleşmesi yaparak, söz konusu Tüzük Tasarısının 16. ve 18. maddeleri uyarınca aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanmak için hukukunu seçtikleri üye devletin mahkemelerini de yetkili kılma imkanı tanınmıştır. Böyle bir yetki sözleşmesi her zaman yapılabilir. Ancak yargılama aşamasından önce yapılan yetki sözleşmeleri konusunda, 4. maddede de olduğu gibi yine, yazılı şekil şartı aranmaktadır. Söz konusu yetki sözleşmeleri tarih belirtilerek ve her iki eş tarafından imzalanarak hazırlanmalıdır (m.5 f.2).

ç) Tamamlayıcı Yetki

3. 4. ve 5. maddeler uyarınca hiçbir üye devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisi tesis edilememişse, eşlerden biri veya her ikisinin bir malı veya mallarının bulunduğu üye devlet mahkemesi, sadece burada bulunan uyuşmazlık konusu mala ilişkin olmak üzere, milletlerarası yetkiye sahip olabilir. 2011 tarihli Tüzük

tasarısının 6. maddesinde düzenlenen söz konusu tamamlayıcı yetki kuralı³⁰³, uyuşmazlığın nedeni olan malın bulunduğu üye devlet mahkemesine sadece o mal ile ilgili uyuşmazlıklarla sınırlı kalmak kaydıyla yetki tanımıştır. Söz konusu malın taşınır veya taşınmaz olmasının maddenin uygulama alanı bakımından herhangi bir önemi yoktur.

d) İstisnai Yetki

2011 tarihli Tüzük Tasarısının 8. maddesinde ise istisnai nitelikte bir milletlerarası yetki kuralı mevcuttur. Söz konusu hükme göre 3. 4. 5. ve 6. maddeler uyarınca herhangi bir üye devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesis edilemediği durumlarda, dava konusu uyuşmazlığın üye devletlerden biri ile yeterli bağlantısı varsa ve üçüncü bir devletle hiçbir bağlantısı kurulamıyorsa dava bu üye devlet mahkemesinde görülebilir.

5. 2011 tarihli Tüzük Tasarısında Kararların, Resmi Belgelerin ve Mahkeme İçi Sulh Sözleşmelerinin Tanınması ve Tenfizi

2011 tarihli Tüzük Tasarısında kararların, resmi belgelerin ve mahkemede uzlaşma tutanaklarının üye devletlerde serbest dolaşımının sağlanması hedeflenmiştir. Söz konusu tasarının genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu serbest dolaşımın sağlanabilmesi için tanıma ve tenfiz usulünün bütün üye devletler bakımından yeknesaklaştırılması gerekmektedir. Bu nedenle tasarıda özel bir tanıma ve tenfiz usulü düzenlenmiştir. Tasarı yürürlüğe girmesiyle birlikte, üye devletlerin milletlerarası usul hukuklarındaki tanıma ve tenfiz hükümlerinin yerini alacak böylece bütün üye devletlerde aynı tanıma tenfiz usulü uygulanacaktır. Söz konusu yeknesaklık tanıma ve tenfiz koşulları, izlenecek usul ile tanıma ve tenfizin reddinin koşullarını kapsayacaktır.

³⁰³ Tasarının İngilizce metninde söz konusu hükmün başlığı “subsidiary jurisdiction” olarak ifade edilmiştir. Bu ifadenin Türkçe tercümesinde, Ekşi’nin Brüksel II bis Tüzüğüne ilişkin yukarıda anılan makalesinde aynı başlığı taşıyan 7. madde tercümesinden yararlanılarak, “tamamlayıcı yetki kuralı” ifadesi kullanılmıştır. Ekşi, a.g.e., s. 1163.

Tanıma ve tenfiz usulü, 2011 tarihli Tüzük Tasarısının 26-34. maddeleri arasında iki bölüm halinde düzenlenmiştir. Birinci bölüm (m.26-31) kararların, ikinci bölüm ise (m.32-34) resmi belge ve mahkeme uzlaşma tutanaklarının tanınması ve tenfizine ilişkindir. Şimdi her iki bölümdeki düzenlemeleri ayrı başlıklar halinde incelemeye çalışalım.

a) Kararların Tanınması ve Tenfizi

2011 tarihli Tüzük Tasarısında tanıma ve tenfiz konusu edilebilecek olan karar, tasarının 2. maddesinin d bendi uyarınca, hangi isimle ifade edilmiş olursa olsun, üye devlet mahkemesi tarafından mal rejimine ilişkin verilmiş her türlü karardır. Dolayısıyla tasarının 26-31. maddeleri arasında yer alan hükümler ancak bir “mahkeme kararının tanınması ve tenfizi” söz konusu olduğunda uygulama alanı bulabilecektir.

Brüksel I Tüzüğü'nün 33. maddesinin 1.fıkrası uyarınca, bir akit devlette verilen kararlar diğer akit devletlerde de özel bir usule başvurulmaksızın tanınırlar. Diğer bir deyişle söz konusu tanıma otomatik (ipso iure) bir tanımadır³⁰⁴. Bu durumda belirli bir mahkeme kararının verildiği devlette meydana getirdiği sonuçlar diğer üye devletlerde de kendiliğinden ortaya çıkabilecektir³⁰⁵. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi meselesinde ise Brüksel I Tüzüğü hakim hukukunun (lex fori) kabul ettiği usulün uygulanmasını öngörmektedir³⁰⁶.

Karara konu davanın taraflarının yanı sıra, kararın verildiği ülke hukuku uyarınca kendisine kararla bazı haklar tanınan herkes, bu kararın Brüksel I Tüzüğü uyarınca

³⁰⁴ Ceyda Süral, Avrupa Birliğinde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2007, s. 79 ve Ata Sakmar/ Nuray Ekşi, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl. 22, Sayı 2/2002, s.739.

³⁰⁵ “Yabancı kararların ipso iure tanınmaları, milletlerarası alandaki işbirliğine uygun olmakla beraber, ancak Avrupa Birliği gibi birbirine yakın hukuk sistemleri olan ve özel hukuk ilişkilerini karşılıklı güven çerçevesi içinde yürütebilen ülkeler arasında işleyebilecek bir usuldür”. Bkz. Sakmar/Ekşi, a.g.e., s. 739.

³⁰⁶ 2006 tarihli Taslak metne ilişkin üye devletlerin 05.02.2008 tarihinde yayımlanan cevap özetlerinde, çok az sayıda üye devletin tanıma ve tenfiz usulünün tamamıyla kaldırılması gerektiğini savunduğu dile getirilmiştir.

bir başka ülkede tanınması veya tenfizini talep edebilir³⁰⁷. Dolayısıyla kararın tanınmasında hukuki yararı olan herkes tanıma- tenfiz talebinde bulunabilecektir. Hem tanıma (m.36) hem de tenfizde (m.45 f.2) revizyon yasağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla tanıma- tenfiz işlemini gerçekleştirecek hakim, hiçbir şekilde tanıma-tenfize konu olan kararın esasına yönelik bir incelemede bulunamaz. Ancak yine de hakim bazı durumların varlığında tanıma-tenfiz talebini reddedebilir. Bu durumlar Brüksel I Tüzüğü'nün 34. maddesinde dört bent halinde sıralanmıştır. Buna göre yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi ancak;

1-) Tanıma- tenfiz talep edilen devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise,

2-) Bu mahkeme kararı savunma hakları ihlal edilerek verilmişse,

3-) Tanıma- tenfiz talep edilen devletin mahkemesi tarafından verilen bir hükümle arasında çelişki varsa,

4-) Aynı taraflar arasında aynı dava sebebine ilişkin bir üye devlet mahkemesi veya üçüncü bir devlet mahkemesi tarafından daha önce verilen ve tanıma için gerekli bütün şartları taşıyan bir kararla arasında çelişki varsa

reddedilecektir. Burada sıralanan dört durum dışında bir nedenle yabancı bir mahkeme kararının tanıma-tenfizinin reddi mümkün değildir.

b) Resmi Belge ve Mahkeme İçi Sulh Sözleşmelerinin Tanınması ve Tenfizi

2011 tarihli Tüzük Tasarısının 2. maddesinin c bendinde, “resmi belgeler”³⁰⁸ (authentic instrument) içeriğinin ve üzerindeki imzaların gerçekliğinin üye devletteki bir resmi makam tarafından hazırlama veya onaylama suretiyle tespit edildiği belgeler olarak tanımlanmıştır.

³⁰⁷ Süral, a.g.e., s.79.

³⁰⁸ Süral'ın Brüksel I Tüzüğüne ilişkin çalışmasında, “authentic instrument” kavramının Türkçe karşılığı olarak “resmi senet” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Süral, a.e., s. 154 vd. Ancak “resmi senet” kavramının HMK ve diğer özel hukuk mevzuatında taşıdığı anlam nedeniyle kavram kargaşası yaratmamak bakımından burada “authentic instrument” kavramının Türkçe karşılığı olarak “resmi belge” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Zaten, Sakmar ve Ekşi tarafından kaleme alınan konuya ilişkin bir makalede de “authentic instrument” kavramının Türkçe karşılığı olarak “resmi belge” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Sakmar/Ekşi, a.e.,s.740.

Söz konusu resmi belgelerin tanınması işleminden kasıt bu belgelerin düzenlendikleri üye devletteki etkilerinin tanıyan üye devlette de aynen kabul edilmesidir. Örneğin bir resmi belgenin düzenlendiği devletteki delil kuvveti ne ise tanıma işleminin gerçekleştiği devlette de o olacaktır. Yine düzenlendiği devlette bu belgelerin geçerliliğine ilişkin karineler, tanıma işleminin gerçekleştiği devlette de kabul edilecektir. Bu durum tasarının 32. maddesinin 2. fıkrasında da vurgulanmıştır.

Resmi belgelerin tanınması için gerekli olan koşullar tasarının 32. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir üye devlette düzenlenen resmi belge diğer üye devlette ancak; uyumsuzluğa uygulanacak hukuka göre geçersiz değilse ve tanıma işleminin gerçekleştirileceği üye devletin kamu düzenine açıkça aykırı değilse tanınabilir.

Resmi belgelerin tenfizi meselesinde ise tasarının 33. maddesinin 1. fıkrasında, yine mahkeme kararlarının tenfizi meselesinde olduğu gibi Brüksel I Tüzüğü'nün tenfize ilişkin hükümlerine gönderme vardır.

Brüksel I Tüzüğü'nün 43 ve 44. maddeleri uyarınca davanın temyiz edildiği mahkeme, resmi belgenin temyiz mahkemesinin bulunduğu devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi durumunda, bu resmi belgeye ilişkin tenfiz kararını bozabilir (m.33 f.2).

2011 tarihli Tüzük Tasarısının 2. maddesinin h bendinde ise “mahkeme içi sulh sözleşmesi”³⁰⁹ (court settlement) tanımlanmıştır. Buna göre, yargılama faaliyeti sırasında uyumsuzluk konusu mal rejimine ilişkin olarak eşler arasında kabul edilen ve uyumsuzluğu çözümlleyen her türlü anlaşma bu kapsamdadır. Söz konusu sulh sözleşmeleri doğrudan mahkeme huzurunda düzenlenebileceği gibi önceden hazırlanarak mahkeme onayından da geçirilebilir.

Mahkeme içi sulh sözleşmelerinin tanıma- tenfizi de, bu sözleşmelerinin tanıma-tenfizine ilişkin hukuki yararı olan herkes tarafından talep edilebilir (m.34) Bu sulh sözleşmelerinin tanıma-tenfizinde de resmi belgelerin tanıma-tenfizine ilişkin usul

³⁰⁹ “Court settlement” kavramının Türkçe karşılığı olarak “mahkeme içi sulh sözleşmesi” ifadesi Süral tarafından kullanılmıştır. Bkz. Süral, a.g.e., s. 157 vd. Sakmar ve Ekşi ise, “mahkemede yapılan sulh” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. Sakmar/Ekşi, a.g.e., s. 740.

gözetilecektir. Yine resmi belgelerde olduğu gibi, mahkeme içi sulh sözleşmelerinin tenfizine ilişkin kararlar da Brüksel I Tüzüğü'nün 42 ve 44. maddeleri uyarınca mahkeme içi sulh sözleşmesinin temyiz mahkemesinin bulunduğu devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi gerekçesiyle bozulabilecektir (m.34).

III. BÖLÜM

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimi

Çalışmamızın bu son bölümünde, Türk milletlerarası özel hukukunda mal rejimi meselesi gerek uygulanacak hukuk, gerek Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi gerekse konuya ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma-tenfizi bakımından incelenmeye çalışılacaktır. Söz konusu inceleme yapılırken, birinci ve ikinci bölümlerde incelenen devletlerin mevzuatları ve uluslararası düzenlemelerde yer alan hükümlerle Türk hukukundaki ilgili hükümler yeri geldikçe karşılaştırılacak ve bazı konularda çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

Ancak bu konulara geçmeden önce, mal rejiminin Türk milletlerarası özel hukukundaki düzenlenişi, kapsamı ve bu konudaki terminoloji sorunu üzerinde kısaca durulacak, ardından mal rejiminin Türk milletlerarası özel hukukunun genel esasları ile ilişkisi tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. Mal Rejiminin Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Düzenlenişi, Kapsamı ve Terminoloji Sorunu

Türk milletlerarası özel hukukuna ilişkin ilk düzenleme olan 23.02.1330 (1914) tarihli “Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanun’unda (Muvakkat Kanun) yabancılık unsuru içeren mal rejimi meselesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak doktrinde, eşlerin yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinde hukuk seçiminde bulunup bulunamayacağı, bulunacaksa bu seçimin sınırları konusunun eşlerin müşterek milli hukukuna, eşlerin müşterek bir milli hukuku yoksa kocanın milli hukukuna³¹⁰ veya müşterek ikametgah hukukuna³¹¹ tabi olacağı dile getirilmekteydi. Eşlerin herhangi bir hukuk seçiminde bulunmaması durumunda ise, doktrinde bir

³¹⁰ Burada milli hukuk bağlama noktasının kullanılması gerektiğine ilişkin bkz. Vedat Raşit Seviğ, Kanunlar İhtilafı- Yasama ve Yargılama Çatışmaları, 1974, İstanbul, s. 73.

³¹¹ Nihal Uluocak, Kanunlar İhtilafı- Yasama Yetkisi Kuralları, 1971, İstanbul, s. 82.

görüş, bu konunun aile hukukunun bir parçası olması sebebiyle ahvali şahsiyenin kapsamına girdiğini belirterek objektif bağlama noktası olarak milli hukukun uygulanması gerektiğini savunurken³¹², diğer görüş mal rejimi ilişkisinin evliliğin mali sonuçlarına ilişkin olduğunu ve bu nedenle gerek eşler gerekse onlarla hukuki ilişkiye giren üçüncü kişiler bakımından mali menfaatlerin en somut görüldüğü yer olan evliliğin birliğinin ikametgahı hukukunun objektif bağlama noktası olarak uygulanması gerektiğini belirtmiştir^{313 314}.

Söz konusu Muvakkat Kanunu yürürlükten kaldırarak 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK'ta ise ilk defa eşler arasındaki mal rejimi meselesine ilişkin özel bir hüküm yer almıştır³¹⁵. Kanunlar ihtilafına ilişkin özel hükümlerin yer aldığı bölümde bulunan düzenlemenin madde numarası 14'tü. "Evlilik Malları" başlığını taşıyan söz konusu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır;

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

Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuku sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tabi olabilirler.”

2675 sayılı MÖHUK'u yürürlükten kaldırarak 04.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'ta da mal rejimine uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme aynı başlığı taşıyarak 15. maddede yer almıştır. Aşağıda, subjektif ve objektif bağlama

³¹² Seviğ, a.g.e., s. 123

³¹³ Uluocak, a.g.e., s. 80

³¹⁴ Muvakkat Kanun döneminde mal rejimi meselesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Öztürk, a.g.e., 193-202.

³¹⁵ “Boşanma ve ayrılık” konusunu düzenleyen MÖHUK m.13 ile çok benzer bağlama noktaları içermesine rağmen mal rejimine ilişkin ayrı bir kanunlar ihtilafı düzenlenmesinin temel sebebinin mal rejimlerine ilişkin uyumsuzlukların, nafaka ve tazminat gibi boşanmanın ferî kapsamında değerlendirilmemesi olduğu düşüncesindeyiz. Mal rejimi uyumsuzluklarının boşanmanın ferî niteliğinde olmadığına ilişkin bkz. Sarı, a.g.e. s. 104-105, Zeytin, a.g.e., s.261-268, Şıpka, s. 297-314, Acar, Aile Konutu, s. 275-286, Gençcan, a.g.e., s.996-998.

noktalarına ilişkin açıklamalarda, 2675 sayılı MÖHUK'taki düzenlemeyle daha detaylı olarak kıyaslama imkanı bulabileceğimiz söz konusu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır;

“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.

Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır.

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

MÖHUK m.15'in kapsamına giren konular doktrinde³¹⁶ şu şekilde özetlenmiştir; 1-) Kanuni ve sözleşmesel mal rejiminin niteliği 2-) Malların türü (kişisel mal- evlilik malı) 3-) Eşlerin bu mallar üzerindeki mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf hakları 4-) Eşlerin birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı olan borçlarından sorumluluğu 5-) Mal rejimini sona erdiren nedenler 6-) Tasfiyenin şekli (nakdi veya ayni) 7-) Malların paylaşım oranı 8-) Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekli (MÖHUK m.7 uyarınca).

Ancak burada belirtilen konular tahdidi (numerus clauses) değil sadece örnek kabilindedir. Diğer bir deyişle, bu listeyi uzatmak mümkündür. Yine de çok kısaca belirtmek gerekirse, evliğin eşlerin malları üzerindeki etkisine ilişkin bütün meselelerin MÖHUK m.15 kapsamında değerlendirileceği söylenebilir.

³¹⁶ Bkz. Ebru Şensöz, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk, İTÜSB, Yıl 8, Sayı 16, Güz 2009, s. 176-177, Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 204, Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 250, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 128, Rona Aybay/Esra Dardağan, Uluslar arası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 208, Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Seçkin Yayınları, 2013, s. 286 ve Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e. s. 171.

Ancak buradaki etkinin doğrudan bir etki olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, eşlerin, evlilik birliğinin devamı için malvarlıklarına ilişkin yaptıkları harcamalar veya ailenin ekonomik varlığının korunması için bir eşin mallar üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması ya da aile konutuna ilişkin hukuki işlemlerde diğer eşin rızasının aranması gibi konular da evliliğin eşlerin malları üzerindeki etkisine ilişkindir. Ancak Türk hukukunda bu etkinin kaynağı 4721 sayılı MK m. 186 f.3'te yer alan, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında malvarlıklarıyla katılma yükümlülüğüdür. Diğer bir deyişle burada esas olan evliliğin eşler üzerindeki etkisidir. Evlilik, eşleri, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında malvarlıklarıyla katılma yükümlülüğü yüklemiştir. Eşler bu yükümlülüğü yerine getirirken malvarlıklarını kullanmaktadırlar. Dolayısıyla burada evliliğin mallar üzerindeki etkisi dolaylı etkidir, asıl etki eşler üzerindedir. Bu nedenle bu tür konuların Türk hukuku bakımından “evliliğin genel hükümleri” kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir³¹⁷. Bu nedenle yabancılık unsuru içeren bu tür uyuşmazlıklarda, vasıflandırma lex foriye göre yapılacaksa, uygulanacak hukuk “Evlilik ve genel hükümleri” başlığını taşıyan MÖHUK m.13 uyarınca tespit edilecektir³¹⁸.

Benzer şekilde boşanma veya ayrılık davaları devam ederken eşlerin mal rejimlerine ilişkin verilen tedbir kararları da, birer ihtiyati tedbir kararları olacakları için, burada da Türk hakim, usul hukukunun lex foriye tabi olması genel ilkesinden hareketle Türk hukukunu uygulayacaktır.

³¹⁷ Akıncı/Demir- Gökyayla da, yabancılık unsuru içeren bu tür uyuşmazlıkların, evliliğin genel hükümleri içerisinde mi yoksa mal rejimleri içerisinde mi vasıflandırılacağı konusunda hakimin lex fori'ye göre vasıflandırma yaparak, doğrudan doğruya evlilik birliğine hizmet eden hükümlerin eşler arasında kişisel ilişkileri düzenlemesi sebebiyle evliliğin genel hükümleri kapsamında vasıflandırması gerektiğini, eşlerin kendi aralarında ve üçüncü kişilerle olan malvarlığı ilişkilerini düzenleyen hükümleri ise mal rejimi kapsamında vasıflandırması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Ziya Akıncı/ Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2010, s.72

³¹⁸ Yargıtay'ın bu yöndeki isabetli kararlarından biri Yargıtay 2. H.D.'nin 08.03.2011 tarihli 2010/2561E. 2011/4027K numaralı kararıdır. Dava konusu olayda MK m.199 uyarınca ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla eşlerden birinin tasarruf yetkisinin kısıtlanması istenmiştir. Tarafların Alman vatandaşı olması sebebiyle yabancılık unsuru içeren söz konusu olayda, Yargıtay uyuşmazlığı vasıflandırırken “Evlilik ve genel hükümleri”ne ilişkin MÖHUK m.13'e dayanmıştır. Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 11.02.2014)

Kapsamını bu şekilde belirlemeye çalıştığımız mal rejimi kavramı için gerek 2675 sayılı MÖHUK m.14'te gerekse 5718 sayılı MÖHUK m.15'te madde başlığı olarak "Evlilik malları" ifadesi kullanılmıştır. Oysa söz konusu hükmün kapsamı karşısında bu başlığın biraz sığ kaldığını kabul etmek gerekecektir.

Evliliğin eşlerin malları üzerindeki etkisine ilişkin meseleleri kapsamına alan MÖHUK m.15 hükmünün başlığının "Evlilik Malları" gibi eşlerin mallarının sadece bir grubunun ismini taşıması ve malların tabi olduğu kurallar bütününe nazaran malların kendisine vurgu yapması nedeniyle yetersiz olduğu düşüncesindeyiz. Bunun yerine söz konusu hükmün başlığı "Mal Rejimi" olursa hem eşlerin kişisel-evlilik malı ayrımı olmaksızın bütün mallarının bu kapsam içerisinde yer aldığı daha net anlaşılacak hem de bu malların bir bütün olarak tabi olacağı sisteme göndermede bulunulacaktır. Böylece yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkilerinde, Türkiye'nin de bir parçası olduğu Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, benimsenen "malların birliği"³¹⁹ ilkesine de vurgu yapılmış olacaktır. Sonuç itibarıyla hükmün başlığının bu şekilde değişmesiyle mallardan ziyade bu malların kural olarak tamamının tabi olacağı düzen ön plana çıkacaktır.

II. Türk Milletlerarası Özel Hukukunun Genel Esasları Bakımından Mal Rejimi

Milletlerarası özel hukuk alanına giren mal rejimi uyumsuzluklarında, uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve bu konudaki yabancı mahkeme kararlarının tanıma-tenfizi hakkında açıklamalara girmeden önce bu kavramın hangi durumlarda yabancılık unsuru içereceği, hangi hukuki meseleler bakımından bir önmelele teşkil edeceği, hangi meselelerin bu kavram için önmelele teşkil edeceği ve Türk hakiminin bu kavrama ilişkin vasıflandırmayı nasıl yapacağı ile uygulamadaki vasıflandırmaya ilişkin sorunlar incelenmeye çalışılacaktır.

³¹⁹ Bkz. İkinci Bölüm s. 93.

A. Yabancılık Unsuru ve Sınırları

Bir hukuki uyumsuzluğun birden çok hukuk sistemi ile ilişki içinde olması olarak tanımlanan yabancılık unsuru³²⁰, her somut olayda farklı farklı noktalarda ortaya çıkabileceği için bu konuda eksiksiz bir liste sunmak mümkün olmadığı gibi doğru da değildir. Dolayısıyla yabancılık unsurunun tespiti için her uyumsuzlukta, uyumsuzluk konusu hukuk ilişkinin bizzat kendisine bakmak gerekecektir.

Yine de mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda en sık rastlanan yabancılık unsurları şu şekilde sıralanabilir; 1-) eşlerin vatandaşlıkları 2-) eşlerin ikametgahlarının veya mutad meskenlerinin bulunduğu yer 3-) eşlerin mallarının bulunduğu yer bakımından doğan yabancılık unsurları³²¹.

Uygulamada, eşlerin vatandaşlıklarından kaynaklanan yabancılık unsuruna sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin, Yargıtay 8. H.D.'nin 26.05.2011 tarihli 2010/5330E. 2011/3103K. sayılı kararında³²² eşlerin Alman vatandaşı olması bir yabancılık unsuru olarak kabul edilmiş ve Silifke 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na dayanarak verdiği hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Söz konusu dava, katkı payı alacağı, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil talebiyle açılmıştır. Alman vatandaşı eşler 27.07.1973 tarihinde Almanya'da evlenmiş ve birlikte taşınır- taşınmaz mallar edinmişlerdir. Daha sonra Türkiye'de yaşamaya karar veren eşler Almanya'da sahip oldukları bütün malları satarak Silifke Taşucu kasabasına yerleşip burada taşınır- taşınmaz mallar edinmişler ve bu malların hepsini koca adına tescil ettirmişlerdir. 26.03.2002 tarihinden itibaren ayrı yaşayan eşler Almanya'da Worms Sulh Hukuk Mahkemesi'nin verdiği kararla boşanmışlar, hüküm 25.09.2004 tarihinde kesinleşmiştir. Yabancı boşanma kararının tanınmasından sonra Silifke 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan katkı payı alacağı, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil davalarında tarafların vatandaşlığı göz önünde tutulmadan doğrudan MK uyarınca hüküm kurulması Yargıtay 8. H.D. tarafından eleştirilmiş ve

³²⁰ Çelikel/Erdem, a.g.e., s.8, Nomer, a.g.e., s. 5, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.5.

³²¹ Şensöz, a.g.e., s. 174 , Öztürk, a.g.e., s. 9 ve Verbeke, a.g.e., s.190.

³²² Kararın tam netni için bkz. www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi 02.02.2014)

taraf yönünden yabancılık unsurunun varlığı sebebiyle MÖHUK m.15 uyarınca taraflara Alman Medeni Kanunu'nun mal rejimine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilerek ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur.

Benzer şekilde eşlerden sadece birinin yabancı olmasının da, yabancılık unsuru oluşturmaya yeterli olacağı, Yargıtay 2. H.D.'nin 18.09.2007 tarihli 2007/4557E. 2007/12159K. sayılı kararında³²³ dile getirilmiştir. Söz konusu kararda Türk vatandaşı eşe karşı mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı talebinde bulunan Alman vatandaşı eşin bu talebinin o dönemde yürürlükte bulunana 2765 sayılı MÖHUK'un mal rejimini düzenleyen 14. maddesi uygulanarak tespit edilen hukuka göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir³²⁴.

Peki hiçbir şekilde yabancılık unsuru içermeyen bir mal rejimi ilişkisinde, eşlerin, yabancı bir hukuku seçerek ilişkiye yabancılık unsuru katmaları mümkün müdür? Diğer bir deyişle mutad meskenleri ve bütün malları Türkiye'de bulunan iki Türk vatandaşının aralarındaki mal rejimi ilişkisinin İngiliz hukukuna tabi olacağı yönünde bir hukuk seçimi sözleşmesi yapma imkanları mevcut mudur? Bu sorunun cevabı MÖHUK m.15 kapsamında eşlere tanınan hukuk seçimi yetkisinin sınırlarında saklıdır. Hukuk seçimi yetkisinin, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.24'teki gibi sınırsız olduğu durumlarda dahi, hiçbir şekilde yabancılık unsuru içermeyen bir borç ilişkisinde tarafların yabancı bir hukuk seçerek aralarındaki ilişkiye yabancılık unsuru katıp katamayacakları doktrinde tartışma konusu olmuştur³²⁵. Oysa eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi, özellikle tasfiye aşamasında eşler arasında bir alacak- borç ilişkisi doğarsa da aşağıda "vasıflandırma" başlığında yeniden değinileceği üzere, asıl aile

³²³Kararın tam metni için bkz. Gençcan, a.g.e., s.89-91.

³²⁴ Söz konusu olay 2675 sayılı MÖHUK m.14'te düzenlenen objektif bağlama noktalarından üçüncü kademe yer alan "malların bulunduğu yer hukuku"na göre çözümlenmiştir. Olayda bütün mallar Türkiye'de bulunduğu için Türk hukuku uygulanmıştır. 5718 sayılı MÖHUK döneminde bu objektif bağlama noktası kanundan çıkarılmış yerine "Türk hukuku" getirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. s. 177-178.

³²⁵ Böyle bir durumda seçilen yabancı hukukun borç ilişkisine yabancılık unsuru katacağına ilişkin bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 327 vd, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 258, Nomer, a.g.e., s. 308. Karşı görüş için bkz. Aybay/Dardağan, a.g.e. 250-251. Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., 352-353,

hukuku karakteri baskın olan bir ilişkidir ve bu vasfı nedeniyle devletlerin iç maddi hukuklarında çoğunlukla emredici kurallarla düzenlenmiştir. Dolayısıyla mal rejimi ilişkisinde eşlere tanınan irade serbestisinin istisnai olduğunu kabul etmek gerekecektir. İşte eşlere istisnai nitelikte bir irade serbestisi tanınmış olmasının doğal bir sonucu olarak MÖHUK m.15’te tanınan hukuk seçimi yetkisi de sınırlıdır. Dolayısıyla eşler ancak bu hükümde belirtilen hukuklardan birinin aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanmasının kararlaştırabilirler. Bu hukuklar ise, aşağıda “sübjektif bağlama noktaları” başlığında daha detaylı belirtileceği üzere, eşlerin evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukukları olabilmektedir. Hiçbir şekilde yabancılik unsuru içermeyen bir mal rejimi ilişkisinde ise eşlerin mutad mesken veya milli hukukları her zaman Türk hukukunu göstereceği için, teorik olarak eşlerin yabancı hukuk seçerek uyuşmazlığa yabancılik unsuru katıp katamayacakları tartışmaya açılrsa dahi bunun pratikte bir anlamı olmayacaktır. Sonuç itibarıyla mal rejimi ilişkisinin aile hukuku karakteri eşlerin hukuk seçimi konusundaki irade serbestisini sınırlandırmakta ve böylece hiçbir şekilde yabancılik unsuru içermeyen bir mal rejimi ilişkisine yabancı bir hukuku seçerek yabancılik unsuru katmalarına engel olmaktadır^{326 327}.

B. Vasıflandırma

Milletlerarası özel hukukun temel meselelerinden biri olan vasıflandırma, yabancılik unsuru içeren bir hukuki olay veya ilişkinin, yani “bağlama konusunun vasıflandırılması” ve bu ilişkiye uygulanacak hukuku tespit etmeye yarayan “bağlama noktalarının vasıflandırılması” olmak üzere ikiye ayrılır. Vasıflandırma doktrinde söz konusu ikili ayrıma vurgu yapılarak şu şekilde tanımlanmıştır; “...vasıf ihtilafı, yabancılik unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun o hukuki olay ve ilişkiye ve bu ilişkileri düzenleyen

³²⁶ Aynı görüş için bkz. Şensöz, a.g.e., s. 182-183.

³²⁷ Hiçbir şekilde yabancılik unsuru içermeyen bir mal rejimi ilişkisinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na tabi olacak eşler, MK m. 202 f.2’de yer alan “sınırlı sayı” ilkesi nedeniyle aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle ancak kanunda yer alan, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinden birini seçebilirler.

kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı hukuki nitelik tanımış olmasından doğan ihtilafır”³²⁸.

Gerçekten de kanunlar ihtilafı kurallarının konusunu oluşturan kavram ve kurumlar, uyumsuzluk ile ilişkisi olan bütün hukuk sistemlerinde aynı anlam ve içeriğe sahip değildir³²⁹. Bu da uyumsuzluğu çözümlenecek hakimin söz konusu hukuki uyumsuzlukla ilişkisi olan hukuklardan hangisini dikkate alarak bu uyumsuzluğu vasıflandıracığı sorununun gündeme getirir. Bağlama noktasının vasıflandırılması olarak isimlendirilen bu konuda, Türk doktrininde hakimin hukukuna (lex fori) göre vasıflandırma ve hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuka (lex causae) göre vasıflandırma başta olmak üzere pek çok farklı görüş geliştirilmiştir³³⁰. Bunlardan en çok tercih edileni hakimin hukukuna (lex fori) göre vasıflandırma olmakla birlikte, her somut olayda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine en çok hizmet edecek yöntemin seçilmesi esastır³³¹.

Bu çalışmanın ikinci bölümünde açıklanmaya çalışıldığı üzere³³² günümüzde hemen hemen bütün devletlerde eşler arasındaki mal rejimi ilişkileri aile hukuku karakteri ağır basan ilişkiler olarak vasıflandırılmaktadır³³³. Bu da yabancılik unsuru içeren

³²⁸ Çelikel/Erdem, a.e., s. 78.

³²⁹ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, a.g.e., s. 45.

³³⁰ Söz konusu görüşler için bkz. Nomer, a.g.e., s.104-108, Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 83-93.

³³¹ Çelikel/Erdem, a.g.e., 90, Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, a.g.e., s. 51.

³³² Bkz. İkinci bölüm s. 66-69.

³³³ Evlilik dışı beraberliklerde tarafların mallarına uygulanacak hukukun tespiti bakımından vasıflandırmanın ne şekilde yapılacağı ise önem arz etmektedir. Bu noktada doktrindeki genel eğilimden ayrılmayarak vasıflandırmayı lex foriye göre yapmakta yarar vardır. Türk hukukunda bu tür beraberliklere uygulanacak maddi hukuk kuralları mevcut olmamakla beraber Yargıtay sebepsiz zenginleşme hükümlerini kıyasen uygulamayı tercih etmektedir (Bkz 1. Bölüm s. 45 dn. 113) Dolayısıyla yabancılik unsuru içeren söz konusu birlikteliklerde beraberlik mallarına uygulanacak hukuku sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m.39 hükmü çerçevesinde tespit etmek yerinde bir uygulama olacaktır. Tarafların aralarındaki beraberlik mallarına ilişkin bir sözleşme yapması durumunda ise sözleşmelere ilişkin genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24 uygulama alanı bulabileceği düşüncesindeyiz.

Ancak doktrinde aynı cinsiyetten kişilerin evlilik dışı beraberliklerinde dahi, mukayeseli hukuk kavramlarını göz önüne alarak “uluslararasılaştırılmış lex fori” vasıflandırma yapılması gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur. Söz konusu görüş Türk Hukuku’ndaki mevcut hukuki kategorileri mukayeseli hukuka göre yorumlayıp genişleterek, somut hayat ilişkisinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerektiğini belirterek aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerini şahsi statüye ilişkin bir konu olarak vasıflandırmakta ve bu kişilerin arasındaki mallara ilişkin uyumsuzluklarda MÖHUK m. 15 hükmünü kıyasen uygulamak gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Candan Yasan, Milletlerarası Özel

mal rejimi uyuşmazlıklarında bağlama konusunun vasıflandırılması ister hakimin hukukuna (lex fori) ister hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuka (lex causae) göre yapılsın sonuç itibarıyla bir farklılık olmayacağı için bu uyuşmazlıklar aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar olarak kabul edilecektir.

Ancak uygulamada hakimin hukukuna (lex fori) göre vasıflandırmayı tercih eden Türk hakimlerinin, yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarını, aile hukuku karakteri ağır basan uyuşmazlıklar değil, eşya hukuku karakterli uyuşmazlıklar olarak vasıflandırdığı kararlara rastlamak mümkündür. Uygulamadaki bu yanılığın temel sebebi, mal rejiminin tasfiyesinin kural olarak nakdi tasfiye olduğu gerçeğinin atlanarak aynı tasfiye gerektirdiğinin düşünülmesi ve aynı hak devri söz konusu olduğunda da bunun sebebinin bir aile hukuku ilişkisi olduğu atlanarak MÖHUK'taki aynı haklara ilişkin genel hükmün uygulanmasıdır.

Örneğin, Yargıtay 8. H.D.'nin 15.10.2009 tarihli 2009/4145 E, 2009/4848 K³³⁴ numaralı bir kararında, mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağına ilişkin yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta vasıflandırma yapılırken, tasfiyenin aynı bir tasfiye olduğu vurgulanarak MÖHUK m.21 hükmü olaya uygulanmıştır. Söz konusu kararda “...MÖHUK m.21 gereğince uyuşmazlık taşınmazlara ilişkin olup, aynı hak niteliğinde bulunduğundan...”³³⁵ ifadesine yer verilmiştir. Yine Yargıtay 8. H.D., 21.06.2010 tarihli 2009/6260 E 2010/3402 K.³³⁶ numaralı bir diğer kararında, eşlerin yabancı mahkemede görülen boşanma davasında anlaşarak, Türkiye’de bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin ½ oranında paylaşılmasına ilişkin yabancı kararın tanınması ve tenfizine ilişkin isteği reddederken, vasıflandırma hatası yaparak

Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 113-119 ve 138-140.

Alvarez Torne ise, en doğru yaklaşımın bu konuya ilişkin ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmesi olduğunu ifade ettikten sonra bunun mümkün olmaması durumunda farklı milletlerarası özel hukuk tekniklerini birleştirerek çözüm üretilebileceğini belirterek, en sıkı ilişkili hukukun olaya uygulanması veya var olan bir kanunlar ihtilafı kuralının kıyasen uygulanması ya da intibak kurumundan yararlanarak mal rejimine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının evlilik dışı beraberliklere de uygulanmasını örnek göstermiştir. Bkz. Alvarez Torne, a.g.e., s.14.

³³⁴ Söz konusu kararın tam metni için bkz. Gençcan, a.g.e.,s. 413-415.

³³⁵ Ayrıca Yargıtay bu kararda sadece vasıflandırma hatası yapmamış aynı zamanda MÖHUK m.21 hükmünden hareketle Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis ederek, Türk Milletlerarası Özel Hukukun temel ilkelerine aykırı hareket etmiştir.

³³⁶ Söz konusu kararın tam metni için bkz. Şıpka, a.g.e., s. 359- 360, dn.13.

MÖHUK m.21 hükmüne dayanmıştır. Söz konusu kararda “...Tüm bunlar MÖHUK m.21 göz önünde tutularak tenfiz kararı veren mahkemece mal paylaşımını öngören yabancı mahkeme kararının buna ilişkin bölümünün tanınması yönündeki isteği reddedilmiştir. Çünkü MÖHUK 21/1. maddesinde “taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tabidir” denilmektedir. Somut olaya konu mallar da Türkiye’de bulunmaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir. Oysa söz konusu uyuşmazlıkların her ikisi de mal rejiminin tasfiyesine yönelik yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar olarak MÖHUK m.15 kapsamında değerlendirilmesi gereken uyuşmazlıklardır.

Bağlama noktasının vasıflandırılması meselesinde ise, Türk milletlerarası özel hukukundaki genel eğilim hakim hukukuna (lex fori) göre vasıflandırmadan yanadır³³⁷. Dolayısıyla Türk hakimi uygulayacağı Türk kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktalarını kendi hukukuna göre vasıflandıracaktır. Ancak bu genel kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar; 1-) Atfin kabul edildiği durumlar 2-) Bağlama noktası olarak milli hukukun tayin edildiği durumlardır³³⁸. Bu genel kural ve istisnalarını bu çalışmanın konusu bakımından değerlendirecek olursak; Türk hakim, önüne gelen yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta MÖHUK m. 15 uyarınca uygulanacak yabancı hukuku tespit ederken bu madde yer alan bağlama noktalarını kural olarak Türk hukukuna göre vasıflandıracaktır. Ancak bu durum sadece sübjektif bağlama noktaları kullanılarak uygulanacak hukukun tespit edildiği durumlarda mümkün olacaktır. Çünkü aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, objektif bağlama noktaları bakımından mal rejimi uyuşmazlıklarında atıf kabul edilmiştir. Dolayısıyla Türk hakim MÖHUK m.15’teki objektif bağlama noktasının öngördüğü yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak uyuşmazlığın tabi olacağı maddi hukuk kuralını tespit edebilecektir. İşte burada Türk hakimi, uyguladığı yabancı kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktalarını o yabancı ülkenin hukukuna göre vasıflandıracaktır. İkinci istisnada yer alan bağlama noktası olarak milli hukukun belirlendiği durumlarda da Türk hakim eşlerin milli

³³⁷ Çelikel/Erdem, a.e., s. 93

³³⁸ Çelikel/Erdem, a.e., s. 94.

hukuklarına göre vatandaşlık kazanıp kazanmamış olduklarını lex fori'ye göre değil bu yabancı hukuka göre tayin edecektir.

C. Önmele

Yukarıda “vasıflandırma” başlığı altında da incelendiği üzere, mal rejiminde doğan uyumsuzlıklardan tasfiyeye ilişkin olanları, kural olarak mal rejiminin sona ermiş olmasını gerektirdiği için, boşanma ve miras hukukları ile organik bir bağ içerisindedir. Çünkü gerek boşanma gerekse eşlerden birinin ölümü birçok hukuk sisteminde mal rejiminin sona erme nedenleri olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren bir mal rejiminin tasfiyesi davasında eşlerin boşanmış olması veya ölen eşin terekesinin paylaşılması çözümü gereken diğer meseleleri oluşturur.

Örneğin Türk hukukunda MK m.225 gereği, eşlerin boşanmış olması veya eşlerden birinin ölmüş olması mal rejiminin sona erme nedenleri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir dava bakımından eşlerin boşanmış olması bir önmele oluşturacağı gibi ölen eşin terekesinin tasfiyesi için önce terekenin belirlenmesi gerekeceğinden burada da mal rejiminin tasfiyesi bir önmele oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle; mal rejiminin tasfiyesi için eşlerin boşanmış olması, terekenin tasfiyesi için de mal rejiminin tasfiye edilmiş olması birer önmele oluşturmaktadır. Yabancılık unsuru içeren mal rejiminin tasfiyesi davalarında da bu önmelelerin halli gerekecektir.

Yabancılık unsuru içeren bir mal rejiminin tasfiyesi davasında, tasfiyenin talep edilmesinin sebebi eşlerin boşanmış olmasıysa ve bu boşanma yabancı bir mahkeme kararına dayanıyorsa, Türk hakimi tasfiye davası bakımından önmele teşkil eden eşlerin boşanmış olmasını yabancı boşanma kararının Türkiye’de tanınması sonucu kesin hüküm ve kesin delil etkisi taşımasıyla çözümlenmiş olacaktır. Diğer bir deyişle, yabancı boşanma kararının tanınmış olması mal rejiminin tasfiyesi davasının “görülebilirlik koşulu” olacaktır.

Bu konuda Yargıtay 8. H.D.'nin 15.10.2009 tarihli 2009/4145E. 2009/4848K. sayılı kararı³³⁹ mevcuttur. Söz konusu olayda eşler 1984 yılında evlenmiş ve sonra Almanya'da yaşamaya başlamışlardır. 24.09.2001 tarihinde 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca Türk vatandaşlığından izinle çıkmışlardır. Eşler, Esslingen Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 27.09.2006 tarihli kararı ile boşanmışlar, karar 28.11.2006 tarihinde kesinleşmiştir. Daha sonra taraflardan birinin katkı payı alacağına ilişkin Türkiye'de dava açması üzerine Yargıtay 8. H.D. olayı incelemiş ve Alman mahkemesinden verilen boşanma kararının Türkiye'de tanınmadığını tespit etmiştir. Yabancı boşanma kararının tanınmamış olması nedeniyle, Türk Hukuku bakımından taraflar arasındaki evlilik devam etmektedir. Yargıtay, tarafların Türk vatandaşlığından çıkmış olmasının 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.28 uyarınca, tanıma işleminin gerçekleşmesi bakımından hiçbir etkisinin olmadığını vurgulayarak, Türk Hukuku bakımından evlilik devam ettiği için mal rejiminin sona ermediğini, bu nedenle katkı payı alacağı davasının açılmayacağını belirtmiştir. Çünkü boşanma ile mal rejiminin sona ermesi, katkı payı alacağı davasının "görülebilirlik koşulu"dur. Bu nedenle söz konusu davanın görülebilmesi için öncelikle önmele teşkil eden yabancı boşanma kararının Türkiye'de tanınması gerekmektedir. Yabancı boşanma kararı tanınmaya kadar katkı payı alacağı davası bekletici mesele yapılmalıdır.

Yargıtay 8. H. D.'nin bu yöndeki diğer bir kararı ise 18.02.2010 tarihli, 2009/4595E. 2010/805K. numaralı kararıdır³⁴⁰. Söz konusu olayda eşler 1991 yılında evlenmiş ve 18.07.2002 tarihinde Münih Asliye Hukuk Mahkemesinin verdiği kararla boşanmışlardır. Münih Asliye Hukuk Mahkemesinin boşanma kararı Türkiye'de tanınmadan, eşlerden biri Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde katkı payı alacağına ilişkin bir dava açmıştır. İlk derece mahkemesinin davanın kabulüne karar verip hüküm kurması üzerine davalı taraf kararı temyiz etmiştir. Yargıtay ise, yabancı boşanma kararının tanınmaması sebebiyle çiftin Türk Hukukuna göre hala evli olduğunu dolayısıyla aralarındaki mal rejimi ilişkisinin sona ermediğini bu sebeple katkı payı alacağı davasının görülmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.

³³⁹ Kararın tam metni için bkz. Gençcan, a.g.e., s.91-93.

³⁴⁰ Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi 15.11.2013)

Kararda yabancı boşanma kararının tanınmasının ve bu yolla mal rejiminin sona ermesinin katkı payı alacağı davasının “görülebilirlik koşulu” olduğu vurgulanmıştır.

Yargıtay 8. H.D.’nin aynı yöndeki bir başka kararı ise 06.05.2013 tarihli 2012/13500E. 2013/6516K. numaralı karardır. Dava konusu olayda eşler, 08.10.1996 tarihinde evlenmiş ve 09.10.2009 tarihinde Fürstfeldbruck Sulh Mahkemesi Aile Davaları şubesinin 003F 1023/08 sayılı kararı ile boşanmışlardır. Söz konusu boşanma kararı 30.09.2009 tarihinde kesinleşmiştir. Bu olayda da taraflar boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması işlemini gerçekleştirmeden doğrudan katkı payı davası açmıştır. Davanın görüldüğü Kayseri 1. Aile Mahkemesi ise, yabancı boşanma kararının tanınmadığını gözden geçirerek katkı payı davasında hüküm kurmuştur. Söz konusu ilk derece mahkemesinin kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, yabancı mahkeme kararının tanınmaması sebebiyle kesin hüküm kuvvetinin Türk Hukuku bakımından mevcut olmadığı, dolayısıyla eşlerin Türk Hukukuna göre hala evli olduklarını tespit etmiş ve boşanma sonucu mal rejiminin sona ermesinin katkı payı alacağı davasının “görülebilirlik koşulu” olması sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur³⁴¹.

Yine benzer şekilde yabancılık unsuru içeren bir terekenin paylaşılması davasında, sağ kalan eş ile ölen eşin mal rejiminin tasfiyesi Türk hukukuna göre bir önmelele teşkil ettiği için³⁴², mal rejiminin tasfiyesi bir yabancı mahkeme kararı ile sağlanmışsa söz konusu kararın Türk hukukuna göre tanınarak kesin hüküm ve kesin delil kuvveti kazanması ile terekenin paylaşılması davasının “görülebilirlik koşulu” sağlanmış olacaktır.

³⁴¹ Davanın devamında ilk derece mahkemesi, boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması için dava açılmış ve bu davanın bekletici mesele yapılması talep edilmiş olmasına rağmen, “bozma ilamına uyulmakla davalı lehine kazanılmış hak doğduğu” görüşünden hareketle bozma kararına uymuştur. Yeniden temyiz edilen kararda Yargıtay, ilk derece mahkemesinin yabancı boşanma kararının tanınmasını bekletici mesele yapmadan hüküm kurmasını, AİHS m.6 ve Anayasa m.36’da yer alan hukuki dinlenilme hakkının (adil yargılanma hakkı) ihlali olarak nitelendirmiştir. Söz konusu kararın tam metni için bkz. Nuray Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta Yayınevi, 2013, İstanbul, s.698-700.

³⁴² Bkz. Birinci Bölüm s. 56.

Ancak asıl sorun yabancılık unsuru içeren bir mal rejiminin tasfiyesi davasında eşlerin boşanmış olmasının ya da eşlerden birinin ölmüş olmasının herhangi bir yabancı mahkeme kararına dayandırılmadığı, diğer bir deyişle bütün meselelerin Türk hakimi tarafından halli gerektiği durumlarda bu meselelerin hangi hukuka göre çözümleneceğinin tespiti.

Eğer esas meselenin tabi olduğu hukuk, Türk kanunlar ihtilafı hukuku uyarınca Türk hukuku (lex fori) olarak belirlenmişse, burada gerçek anlamda bir önmelele probleminden söz edilemeyecektir³⁴³. Çünkü böyle bir durumda önmelelele de Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı açıktır. Türk milletlerarası özel hukuku bakımından gerçek anlamda önmelele, Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca esas meselelele uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Çünkü böyle bir durumda önmelelelenin tabi olacağı kanunlar ihtilafı kuralının hangisi olacağını tespiti gerekecektir. Bu konuda doktrinde iki farklı görüş benimsenmiştir. Bunlardan ilki, önmeleleleyi esas meselenin bir parçası olarak görüp Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının önmelele için uygulanmasını savunan “lex causae” ya göre çözüm görüşüdür. Bu görüş önmelelelele yabancı hukukun kanunlar ihtilafını uygulaması sebebiyle dış karar ahengine hizmet etmektedir³⁴⁴. Diğer görüş ise, önmeleleleyi esas meseleden bağımsız bir mesele olarak kabul etmekte ve önmelelelelele uygulanacak hukuku hakimnin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit etmektedir. “Lex fori” ye göre çözüm olarak isimlendirilen bu çözüm yöntemi ise, bütün meselelerde hakimnin kanunlar ihtilafı kuralları uygulandığı için, iç karar ahengine hizmet etmektedir³⁴⁵. Ancak doktrinde bu görüşlerden bir tanesini tercih etmek yerine her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak seçim yapılması gerektiği savunulmaktadır³⁴⁶.

³⁴³ Çelikel/Erdem, a.g.e, s. 139.

³⁴⁴ Çelikel/Erdem, a.e., s. 143, Doğan, a.g.e., s. 177,

³⁴⁵ Çelikel/Erdem, a.e., s. 143, Doğan, a.e., s. 178.

³⁴⁶ Şanlı/Esen-Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 92, Çelikel/Erdem, a.e., s. 146 vd., Tekilap/Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 49. Doğan, a.g.e., s. 178. Doğan, lex foriye göre çözüm için “bağımlı bağlanma”, lex causae çözüm için ise “bağımsız bağlanma” ifadelerini kullanmaktadır.

Bu noktada Türk hakiminin yabancılık unsuru içeren, 1-)mal rejiminin tasfiyesi davasında önmelele teşkil eden boşanma ya da 2-) ölen eşin terekesinin paylaşılması davasında önmelele teşkil eden mal rejiminin tasfiyesi davalarında uygulanacak hukuku hangi kanunlar ihtilafı kuralına göre tespit edeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Hiç şüphesiz ki burada da doktrindeki genel eğilimden hareketle her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak seçim yapılması gerekecektir. Ancak bu gereklilik yerine getirilirken dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır ki o da hemen hemen bütün uyuşmazlıklarda mal rejiminin tasfiyesi ile boşanma ve miras hukuklarının arasındaki organik bağıdır. Bu bağ sebebiyle her hukuk sistemi kendi içinde boşanmanın mali sonuçları, mal rejiminin tasfiyesi ve miras payları konusunda bir düzen kurmuştur³⁴⁷. Örneğin çalışmamızın birinci bölümünde açıklanmaya çalışıldığı üzere, Anglo Sakson Hukukunda mal rejimi olarak tasfiye gerektirmeyen mal ayrılığı sistemi benimsenirken evliliği sona erdiği için ekonomik olarak zor duruma düşen eş, boşanmada tazminat ve nafaka, ölümden ise miras hükümleriyle korunmaya çalışmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk Sistemini benimseyen ülkelerde ise daha etkin bir işleyişe sahip olan mal rejiminin tasfiyesi ile ekonomik durumu koruma altına alınan eşin nafaka, tazminat veya miras hükümleriyle desteklenmesine daha az ihtiyaç duyulmaktadır³⁴⁸. Söz konusu meselelerin her birine farklı ülke hukuku uygulandığı durumda hele bir de bu ülkeler farklı hukuk sistemlerine tabi iseler, hakları gereğinden fazla korunan (widow's feast) veya hiç korunamayan (widow's famine)³⁴⁹ eşlerle karşılaşılacaktır ki bu hiçbir adalet sisteminin istemeyeceği bir sonuçtur. Bu sonucun engellenebilmesi için önmelelele uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı belirlenirken, lex fori veya lex causae çözümden hangisi bütün meselelere aynı ülkenin maddi hukukunun uygulanmasını sağlıyorsa (ya da en azından benzer hukuk kuralları içeren ülkelerin

³⁴⁷ Türk hakiminin iç maddi hukukların kendi içlerinde sağladığı dengeyi dikkate alması ve menfaat dengesini sağlayacak şekilde yorum yapması gerektiğine ilişkin Bkz. Öztürk, a.g.e., s. 249.

³⁴⁸ Mal rejiminin tasfiyesinin, mirasın tasfiyesi bakımından önmelelele olmasının bir diğer doğal sonucu da mal rejimine bağlı her değişikliğin terekeyi de doğrudan etkileyebilmesidir. Bkz. Alvarez-Torne, a.g.e., s. 9

³⁴⁹ Bkz. İkinci Bölüm s. 89.

maddi hukuklarının uygulanmasını sağlıyorsa) o çözümün benimsenmesi gerektiği düşüncesindeyiz³⁵⁰.

III. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk meselesi, 5718 sayılı MÖHUK'un 15. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede eşlere, mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkların aile hukuku karakteri baskın olan uyuşmazlıklar olması sebebiyle sınırlandırılmış bir hukuk seçimi imkanı tanınmıştır. Bu imkan doğrultusunda seçilebilecek hukuklar subjektif bağlama noktalarını oluşturmaktadır. Eşlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku seçmedikleri veya seçseler de bu seçiminin MÖHUK'ta belirtilen sınırlı sayıdaki hukuklardan biri olmadığı ya da hukuk seçiminin ehliyet veya şekil bakımından geçersiz olduğu durumlarda, söz konusu mal rejimi ilişkisinin tabi olduğu hukuk objektif bağlama noktaları uygulanarak tespit edilebilecektir³⁵¹. Şimdi söz konusu bağlama noktalarını sırasıyla açıklamaya çalışalım.

A. Subjektif Bağlama Noktaları

Yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarında eşlerin seçebileceği hukuklar 2675 sayılı MÖHUK döneminde 14. maddenin 1. fıkrasında şu şekilde sıralanmıştı; “...eşler ikametgah veya evlenme anındaki milli hukuklarından birini seçebilirler....” Söz konusu hüküm, eşlerin hangi andaki ikametgahlarının ve hangi milli hukuklarının seçilebileceği yönünden açıklık sağlamaması nedeniyle eleştirilmiş ve sınırlı da olsa tanınan irade serbestisinin taraf menfaati lehine geniş yorumlanması gerektiğinden hareketle, eşlerin istedikleri zamandaki ikametgah hukuklarından veya

³⁵⁰ Objektif bağlama noktalarının son kademesine “daha sıkı ilişkili hukuk” bağlama noktasının eklenmesinin özellikle miras ve mal rejiminin tasfiyesi meselesine aynı ülkenin iç maddi hukukunun uygulanması sonucunu doğurmaya yardımcı olacağına ilişkin bkz. s. 178-179.

³⁵¹ Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 199 dn. 74a

eşlerin sahip olduğu milli hukuklardan birinin seçilebileceğini kabul etmek gerektiği savunulmuştur³⁵².

5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte eşlerin seçebilecekleri hukukları düzenleyen hükümde de bir takım değişiklikler olmuştur. Bunlardan ilki, subjektif bağlama noktası olarak düzenlenen "ikametgah" bağlama noktasının yerini "mutad mesken" bağlama noktasının almasıdır. Bu değişikliğin temelinde, uluslararası düzenlemeler sayesinde hukuk hayatına girmiş filli bir kavram olan mutad meskenin, hukuki bir kavram olan ikametgaha nazaran içeriği konusunda devletler arasında daha fazla anlaşmaya varılmış olması yatmaktadır³⁵³. Günümüzde de İsviçre dışında, bu çalışmanın kapsamında incelenen diğer Kıta Avrupası ülkelerinden Fransa ve Almanya ile 1978 tarihli La Haye Sözleşmesi ve 2011 tarihli Tüzük Tasarısında da mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda subjektif bağlama noktası olarak "ikametgah" yerine "mutad mesken" tercih edilmiştir. Genel eğilim doğrultusunda gerçekleştirilen bu değişikliğin yerinde olduğunu kabul etmek gerekir.

Ayrıca uygulanacak hukuku belirli bir anla bağlayarak statü değişikliğini engellemeye yarayan "evlenme anı" kriteri milli hukukun yanı sıra mutad mesken bağlama noktasını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Son olarak da, eşlerin hukuk seçiminin şeklini sınırlandırmak adına bu seçimin ancak açıkça yapılabileceği belirtilerek, örtülü hukuk seçimi imkanı reddedilmiştir. Bütün bu gelişmeler doğrultusunda yeni düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır;

"...eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler;....."

Söz konusu hüküm uyarınca; eşlerin evlenme anında farklı mutad meskenlerinin ve farklı milli hukuklarının olduğu bir olasılıkta seçilebilecek hukuk sayısı dörde kadar çıkacaktır. Peki eşlerden biri ya da her ikisi birden fazla devlet vatandaşlığına sahipse, seçilebilecek hukuk sayısı artacak mıdır, yoksa burada MÖHUK m.4 b. b

³⁵² Öztürk, a.g.e., s. 214-217.

³⁵³ Arslan, a.g.e., s. 71-72.

veya c hükümleri mi uygulama alanı bulacaktır? Durumu örneklendirmek gerekirse; Hem İngiliz hem Alman vatandaşı olan Bayan A ile hem Alman hem de Türk vatandaşı olan Bay T'nin mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmaya karar vermeleri durumunda mutad meskenlerinin yanı sıra milli hukuk olarak seçebilecekleri kaç adet hukuk olacaktır? Bu durumun MÖHUK m.4 hükmünün kapsamına girdiği kabul edilecek olursa; Bayan A için, MÖHUK m.4 b. c uyarınca, kendisi birden fazla devlet vatandaşı olduğu ancak aynı zamanda Türk vatandaşı olmadığı için, daha sıkı ilişki içinde olduğu devlet hangi devletse o devletin hukuku milli hukuk olarak seçilebilir. Bay T için ise, MÖHUK m.4 b. b uyarınca, kendisi birden fazla devlet vatandaşı olduğu ve bu vatandaşlıklardan biri de Türk vatandaşlığı olduğu için, sadece Türk hukukunu seçme imkanı mevcut olacaktır. Dolayısıyla eşler, evlenme anındaki mutad mesken hukuklarının yanı sıra toplam dört milli hukuktan sadece iki tanesini seçme imkanına sahip olacaklardır. Oysa böyle bir sonucun, MÖHUK m.15'te eşlere tanınan irade özgürlüğü ile bağdaşmayacağı düşüncesindeyiz³⁵⁴. Çünkü MÖHUK m. 15'te, mal rejimine uygulanacak hukuk konusunda eşlere tanınan hukuk seçimi yetkisi, istisnai bir nitelik taşıması sebebiyle, zaten kanun koyucu tarafından sınırlandırılmış durumdadır. Kanun koyucunun, bu sınırlanmayı daha da artırarak, eşlerin sahip oldukları milli hukuklardan sadece birer tanesini seçmelerine imkan tanımak gibi bir amacı olsa idi, söz konusu hükmü “.....eşlerden birinin milli hukuku seçilebilir...” şeklinde kaleme alırdı³⁵⁵. Ancak mevcut hükümden, kanun koyucunun böyle bir amacı olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle örneğimize dönecek olursak, bu olayda eşlerin evlenme anındaki mutad mesken hukuklarının yanı sıra milli hukukları olan İngiliz, Türk ve müşterek milli hukukları olan Alman hukuklarının mal rejimine uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerini kabul etmek gerekir.

Dikkat edilirse, sübjektif bağlama noktalarında, objektif bağlama noktalarında olduğu gibi sadece “müşterek hukukların” seçilebilmesine ilişkin herhangi bir sınırlandırma da mevcut değildir. Dolayısıyla yukarıdaki örnekte, eşlerin sadece

³⁵⁴ Aynı görüş için, bkz. İnci Ataman- Figanmeşe, Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Yıl 19-20, 1999-2000 s. 99-101, Öztürk, a.g.e., s. 214-217, Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 168-169.

³⁵⁵ Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 100 dn. 10

müşterek milli hukuk olan Alman hukukunu seçmeleri yönünde bir irade sınırlandırması söz konusu değildir. Ayrıca yine objektif bağlama noktaları arasındaki kademe ilişkisi, sübjektif bağlama noktaları arasında mevcut değildir. Bu nedenle, yukarıdaki örnekte eşlerin seçebileceği hukuklar olarak belirlenen mutad meskenlerinin bulunduğu yer ile İngiliz, Türk ve Alman hukukları arasında herhangi bir öncelik farkı yoktur. Eşler bu hukuklardan diledikleri birini seçerek aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanmasını sağlayabilirler. Eşlerin seçebilecekleri hukukların sayısı bakımından bu şekilde geniş yorumlamaya izin veren madde metninin, günümüz hukuklarında irade serbestisine verilen önem dikkate alındığında başarılı kabul edilmesi gerekir.

Ancak aynı maddede seçilebilecek hukukların “evlenme anı” ile sınırlanmasının neden olduğu daralma için aynı şeyi söylemek pek mümkün değildir. Bu konu bir sonraki “statü değişikliği” başlığında yeniden ele alınacağı için burada konuya daha fazla değinme ihtiyacı duyulmamaktadır.

Subjektif bağlama noktaları konusundaki genel açıklamalarımız kapsamında tespit edilmesi gereken bir nokta da burada, objektif bağlama noktalarının aksine³⁵⁶ atfın kabul edilmemiş olmasıdır. Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin değil de kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmasını öngören atıf teorisi³⁵⁷ kural olarak Türk milletlerarası özel hukukunda reddedilmektedir. Atıf teorisinin istisnai olarak kabul edildiği alanlar ise, MÖHUK m. 2 f. 3 uyarınca, kişiler ve aile hukukuna ilişkin meselelerdir. Ancak aynı hükmün 4. fıkrasında, hukuk seçimine imkan tanınan hallerde taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Subjektif bağlama noktaları da, eşlerin mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesiyle seçebilecekleri hukuklar olmalarından ötürü MÖHUK m.2 f.4 kapsamında yer almaktadırlar. Dolayısıyla eşler aksini kararlaştırmadıkları sürece,

³⁵⁶ Bkz. s. 181.

³⁵⁷ Atıf teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 111-137, Şanlı/Erdem/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 51-58, Nomer, a.g.e., s. 142-156, Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 154-172, Doğan, a.g.e., s. 179-189 ve Tekinalp/Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 44-45.

mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi ile seçilen hukukta atıf teorisi reddedilecek ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uyumsuzluğa uygulanacaktır.

1. Statü Değişikliği

“Bir kimsenin veya bir şeyin bir bağlama kuralı gereğince kazandığı hukuki statünün, daha sonra bağlama noktasının değiştirilmesi nedeniyle tanınip tanınmayacağı sorunu”³⁵⁸ olarak tanımlanabilecek statü değişikliği meselesi mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk bakımından önem taşımaktadır. Çünkü mal rejimine uygulanacak hukuk, ister sübjektif ister objektif bağlama noktaları uygulanarak tespit edilmiş olsun, milli hukuk, mutad mesken hukuku veya ikametgah hukuku³⁵⁹ gibi kişisel statüyü esas alan hukuklar olacaktır. Bu hukuklar ise zaman içerisinde değişkenlik gösterme olasılığı yüksek hukuklar oldukları için konumuz bakımından statü değişikliği meselesinde Türk hukukundaki eğilimlerin tespit edilmesinde yarar vardır.

Türk milletlerarası özel hukukunda kişisel statüyü esas alan bağlama noktalarının statü değişikliği meselesi MÖHUK m.3'te yer alan genel bir hükümlerle düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, aksine bir hüküm olmadığı sürece “dava tarihindeki” milli hukuk, ikametgah hukuku ya da mutad mesken hukukunun esas alınması gerekmektedir. Ancak aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.15 hükmünde, gerek sübjektif gerekse objektif bağlama noktalarında statü değişikliği meselesine ilişkin özel bir hüküm yer almakta ve bu hüküm uyarınca “evlenme anındaki” hukuklar esas alınmaktadır. Dolayısıyla statü değişikliği konusunda MÖHUK m.3'te yer alan genel hükmün konumuz bakımından uygulanma olanağı yoktur.

³⁵⁸ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 168.

³⁵⁹ 2675 sayılı MÖHUK döneminde bağlama noktası olarak kullanılan ikametgah hukukunun yerini günümüzde mutad mesken hukuku almıştır. İsviçre’de ise ikametgah hukuku milli hukukla birlikte mal rejimi uyumsuzlukları bakımından hala uygulanmaktadır. Bkz. s. 102 vd.

Bu başlık altında sadece sübjektif bağlama noktaları bakımından statü değişikliği meselesi incelenecektir. Objektif bağlama noktalarında statü değişikliği konusu ise aşağıda “objektif bağlama noktaları başlığında” ayrıca incelenecektir.

MÖHUK m.15 f.1’de, eşlerin, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi ile seçebilecekleri hukuklar konusunda sahip oldukları irade serbestisi bu hukukların seçilebileceği zaman bakımından da sınırlandırılmış durumdadır. Söz konusu hüküm uyarınca eşler ancak “evlenme anındaki” mutad mesken veya milli hukuklarından birini seçebilirler. Böyle bir zaman sınırlaması kanun koyucunun sübjektif bağlama noktaları konusunda tercihini “değişmezlik doktrininden”³⁶⁰ yana kullandığını göstermektedir. Değişmezlik doktrininde eşlerin seçmiş olduğu hukuk, evlenme anında yürürlükte olan hükümleriyle³⁶¹ eşlerin bütün malvarlığına uygulanacağı için, eşler bakımından öngörülebilirlik sağlamak ve Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde benimsenen malların birliği ilkesi gereği bütün mallara aynı hukukun uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

Ancak değişmezlik doktrini, zaman içinde eşlerin daha sıkı ilişki içerisine girdikleri bir hukukun onlara uygulanmasını engellediği için de eleştirilmektedir³⁶². Gerçekten de, evlenme anında eşlerden birinin Türk diğersinin Yunan vatandaşı olduğunu ve eşlerin evlenme anındaki mutad meskenlerinin de Türkiye olduğunu düşünelim. Daha sonra eşler çalışmak için Almanya’ya gidip buraya yerleşsinler, burada birçok mal edinsinler ve buranın vatandaşlığını elde etsinler. Böyle bir örnekte, eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapmaya karar vermeleri durumunda MÖHUK m.15 f.1 uyarınca seçebilecekleri hukuklar, sadece evlenme anındaki Türk ve Yunan hukukları olacaktır. Oysa zaman içerisinde eşlerin en sıkı ilişki içerisinde buldukları hukuk, yaşamlarını sürdürdükleri, mallar edindikleri ve hatta vatandaşlığını kazandıkları yer hukuku olan Alman hukukudur. İşte Türk kanun koyucu, bu örnekte olduğu gibi eşlerin evlenme anından sonra daha sıkı ilişki içerisine girdikleri bir hukukun ortaya çıkması durumunda, bu hukuk aynı zamanda

³⁶⁰ Bkz. İkinci Bölüm s. 73

³⁶¹ Nomer, a.g.e., s. 261.

³⁶² Bkz. İkinci Bölüm s. 73.

eşlerin müşterek hukuku ise, söz konusu müşterek hukukun eşler tarafından seçilmesine imkan tanıyan bir düzenleme getirmiştir. MÖHUK m. 15 f.3'te yer alan söz konusu hüküm uyarınca; *“Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere bu yeni hukuka tabi olabilirler”*. Subjektif bağlama noktası olarak uygulanabilecek hukukların zamanına ilişkin istisna getiren bu hüküm, eşlerin daha sıkı ilişki içerisinde oldukları hukukun, aynı zamanda müşterek hukuk olması kaydıyla, seçilmesine imkan tanıması bakımından eşlere tanınan irade serbestisinin sınırlarını genişletmiştir³⁶³. Ancak, seçilebilecek bu yeni hukukun hangi andan itibaren hüküm doğuracağı konusunda hükümde bir açıklama bulunmaması doktrin tarafından eleştirilmiştir. Bu konuda genel eğilim³⁶⁴ bu hukukun geçmişe etkili (retroactive effect) olarak evlenme anından itibaren hüküm doğuracağı yönündedir. Söz konusu hükümde *“üçüncü kişilerin haklarının saklı kalmasına”* ilişkin düzenleme de bu yorumu haklı çıkaracak niteliktedir.

Buraya kadar yapılan açıklamaları özetleyecek olursak, Türk kanun koyucu, MÖHUK'un 15. maddesinin gerek 1. gerekse 3. fıkrasında yer alan subjektif bağlama noktalarına ilişkin olarak değişmezlik doktrinini benimsemiş ve seçilebilecek hukukların evlenme anından itibaren hüküm doğuracağını belirtmiştir. Oysa konuya ilişkin uluslararası düzenlemeler olan 1978 tarihli La Haye Sözleşmesi ile 2011 tarihli Tüzük Tasarısında, subjektif bağlama noktaları konusunda yine

³⁶³ Ancak doktrinde, söz konusu hükmün irade serbestisini genişletmek bir yana tam aksine sınırlandırdığını savunan yazarlar da olmuştur. Bu görüşe göre, söz konusu hüküm eşlere evlendikten sonra yapacakları mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinde sadece müşterek milli hukuk veya müşterek mutad mesken hukuklarından birini seçme imkanı tanımaktadır. Bu sınırlandırmanın nedeni ise üçüncü kişilerin haklarının korunmasıdır. Bkz. Akıncı/Demir- Gökyayla, a.g.e., s. 74. Söz konusu hükmün lafzından böyle bir sonuç çıkarılmasının mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte, kanun koyucunun amacının bu olmadığı düşüncesindeyiz. Çünkü kanun koyucu gerçekten de mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri ile seçilebilecek hukukları, evlenmeden önce ve evlendikten sonra şeklinde zamansal bir ayrıma tabi tutmak istese idi, subjektif bağlama noktalarına ilişkin MÖHUK m.15 f.1'deki genel kuralı kaleme alırken, burada belirtilen hukukların ancak evlenmeden önce yapılacak mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinde seçilebilecek hukuklar olduğuna vurgu yapardı. Örneğin, söz konusu genel kural, *“Evlenmeden önce yapılan mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinde eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini seçebilirler...”* şeklinde kaleme alınabilirdi. Ancak kanaatimizce kanun koyucu böyle bir amacı hedeflememiş sadece eşlerin evlenmeden sonra daha sıkı ilişki içerisinde oldukları bir hukukun ortaya çıkması halinde bu hukuk aynı zamanda müşterek bir hukuk ise bunu seçmelerine imkan tanımıştır.

³⁶⁴ Tekinalp/Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 205, Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 211 ve Şensöz, a.g.e., s. 181.

değişmezlik doktrini benimsenmiş olmakla birlikte, bağlama noktalarının sabitleme anı “evlenme anı” değil, “hukuk seçiminin yapıldığı an” olarak belirlenmiştir³⁶⁵. Bunun temel sebebi ise, mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesi ile en sıkı ilişki içerisinde olan hukukun evlenme anındaki değil bu seçimin yapıldığı andaki hukuk olmasıdır. Gerçekten de aralarındaki mal rejimi ilişkisinin tabi olacağı hukuku seçmeye karar veren eşlerin bu yöndeki iradelerini açıkladıkları anda en iyi bildikleri, hüküm ve sonuçlarını en fazla öngörebilecekleri hukukun evlenme anındaki değil, o sözleşmenin yapıldığı andaki hukuk olduğunu kabul etmek gerekir. Bu hukukun, hukuk seçiminden önce edinilmiş malları da kapsayarak malların birliği ilkesini sağlaması bakımından geçmişe etkili (retroactive effect) olarak evlenme anından itibaren hüküm ifade etmesi yerinde olacaktır. Bu durumda söz konusu hükme, eşlerle hukuk ilişkiye giren üçüncü kişilerin haklarının korunmasına ilişkin bir kayıt yerleştirilmesi gerekecektir. Çünkü ancak bu şekilde, evlenme anına göre eşlerle daha sıkı ilişki içerisinde bulunan hukuk seçiminin yapıldığı andaki hukukun, mal rejimine uygulanması, üçüncü kişilerin haklarına zarar gelmesine neden olmayacaktır. Ayrıca bu yöndeki bir düzenleme ile, subjektif bağlama noktalarına ilişkin MÖHUK m. 15 f.1 ve f.3’te yer alan iki ayrı hükme ihtiyaç kalmadan, tek bir fıkrada hüküm düzenlenmiş olacaktır³⁶⁶.

2. Mal Rejimine İlişkin Hukuk Seçimi Sözleşmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk milletlerarası özel hukukundan, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yapılma zamanına ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu değildir³⁶⁷. Dolayısıyla eşler dilerlerse evlilik öncesinde dilerlerse evlendikten sonra istedikleri zaman mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yaparak MÖHUK’ta belirlenen hukuklardan birinin kendilerine uygulanmasını kararlaştırabilirler.

³⁶⁵ Bkz. İkinci bölüm s. 112 ve 129.

³⁶⁶ Bu yöndeki bir düzenlemeye ilişkin hüküm teklifi için bkz. Sonuç ve Öneriler s. 252.

³⁶⁷ Oysa Amerikan milletlerarası özel hukukunda, 1978 tarihli La Haye Sözleşmesinde ve 2011 tarihli Tüzük Tasarısında, hukuk seçiminin evlilik öncesi veya sonrası yapılmasına göre seçilebilecek hukuklar arasında bazı farklılıklar öngörülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm s. 82, 112 ve 129.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yapılma şekline ilişkin ise MÖHUK'ta herhangi bir özel hüküm söz konusu değildir. Dolayısıyla bu sözleşmeler MÖHUK m. 7'deki hukuki işlemlerde şekil konusunu düzenleyen genel kurala tabidir. Bu kural uyarınca, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapıldığı yer hukukunun (Locus Regit Actum) veya mal rejimi ilişkisinin esasına uygulanacak hukukun (Lex causae) maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir. İşlem menfaatinin (favor negotii) esas alındığı bu düzenleme nedeniyle, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin, yapıldığı yer veya esasa uygulanacak hukuktan birinin aradığı şekil şartını taşıyor olması şeklen geçerli olması için yeterlidir.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şeklinin Türk hukukuna tabi olacağı durumlarda bu sözleşme için bir şekil şartı aranacak mıdır yoksa şekil serbestisi ilkesi mi geçerli olacaktır? Bu konuda doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki, iç maddi hukuktaki mal rejimi sözleşmelerinde şekle ilişkin MK m.205 hükmünün, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerine de kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁶⁸. Dolayısıyla mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri de MK m.205 uyarınca, tıpkı mal rejimi sözleşmeleri gibi, noterde düzenleme veya onaylama ya da evlenme başvurusu sırasında yazılı bildirimde bulunma şeklinde yapılırsa geçerli olacaktır.

Diğer görüş ise, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinin, şekil serbestisi ilkesi gereği herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın yapılabileceğini ancak yapılan hukuk seçiminin ispatı bakımından yazılı olmasının yerinde olacağını dile getirmektedir³⁶⁹. Nitekim gerek 1978 tarihli La Haye Sözleşmesi gerekse 2011

³⁶⁸ Bkz, Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 170. Oysa biri milletlerarası özel hukuk biri medeni hukuk sözleşmesi olan bu iki sözleşme, biri mal rejiminin tabi olacağı ülke hukukunu diğeri ise iç maddi hukuktaki mal rejimi türlerinden birini seçmek için yapılması sebebiyle birbirinden farklıdır. Dolayısıyla şekil bakımından her iki sözleşmeyi aynı hükme tabi kılmanın doğru olmayacağı düşüncesindeyiz.

³⁶⁹ Akıncı/Demir- Gökyayla, a.g.e., s. 74-75 ve Şensöz, a.g.e., s. 187. Şensöz, mal rejimine ilişkin hukuk seçiminin bir mal rejimi sözleşmesi içerisinde kararlaştırıldığı durumlarda mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği için aranan şekil şartları yerine getirilmemiş olsa dahi bu durumun mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceğini çünkü bu iki hukuk

tarifli Tüzük Tasarısında mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin tarih belirtilerek ve eşlerin her ikisi tarafından imzalanarak yazılı şekilde yapılması öngörölmüştür.

Gerçekten de burada, Türk milletlerarası özel hukuku bakımından şekil serbestisi ilkesinin benimsendiğini kabul etmek gerekecektir. Sonuçta, kanun koyucu mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin aile hukuku karakterli bir sözleşme olmasından kaynaklanan sınırlamaları (ör. Seçilecek hukuklar bakımından sınırlama veya bu hukukların ancak açık olarak seçilebilmesi, örtülü hukuk seçimine izin verilmemesi) kanunda açıkça belirtmiştir. Oysa aynı kanun koyucu mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinin şekline ilişkin herhangi bir sınırlama hükmüne kanunda yer vermemiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun burada bilinçli olarak suskun kaldığı ve böylece şekil serbestisi ilkesinden yana tavır kabul edilmelidir.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde şekil serbestisi ilkesinin benimsenmesi, bazı durumlarda üçüncü kişilerin haklarının korunması bakımından olumsuz koşullar yaratabilir³⁷⁰. Çünkü şekil serbestisi ilkesi uyarınca hiçbir şekil şartı aranmadan yapılabilen mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin varlığından haberdar olmayan üçüncü kişinin, bu sözleşmenin kendisi aleyhine doğuracağı sonuçları öngörmesi de mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, mal rejimi ilişkisinin esasına uygulanacak hukuktaki üçüncü kişiyi koruyan ve çoğu zaman emredici nitelikte olan hükümler uygulama alanı bulacaktır. Örneğin mal rejimi ilişkisinin Türk hukukuna tabi olduğu bir uyumsuzlukta, eşlerin aralarında yaptığı mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinden haberdar olmayan ve bu sözleşme nedeniyle hakkı zarar gören üçüncü kişi MK m.213³⁷¹ hükmünden yararlanabilmelidir. Söz konusu hüküm, iç maddi hukuktaki mal rejimi sözleşmesinin eşlerden birinin veya üçüncü kişilerin üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakmak için yapılması durumunda

işleminin birbirinden bağımsız olduğunu kabul etmek gerektiğini dile getirmektedir. Şensöz, a.e., s. 187.

³⁷⁰ Türk Kanunu Medenisi döneminde mal rejimi sözleşmelerinin tescil ve ilanına ilişkin olan hükümlerin amacı üçüncü kişilerin haklarının korunmasıydı. Ancak 4721 sayılı MK'da bu hükümlere yer verilmemiştir. Bkz. Birinci Bölüm s. 31.

³⁷¹ Bkz. Birinci Bölüm s. 60.

kendisine böyle bir mal geçmiş olan eşi borçtan kişisel olarak sorumlu tutmaya yaramaktadır. Bu hükmün mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi nedeniyle zarar gören üçüncü kişiye kıyasen uygulanmasıyla, üçüncü kişinin hakkını elde etmek için malın geçtiği eşin kişisel sorumluluğuna gitme imkanı doğmaktadır. Mal rejimi ilişkisinin tabi olduğu hukukunun başka bir hukuk olduğu durumlarda da, aynı şekilde, bu hukuktaki mal rejimi sözleşmesinin üçüncü kişinin hakkına zarar vermesi durumunda onu koruyan hükmü, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin zarar verdiği üçüncü kişiyi de korumak için uygulanacaktır.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde ehliyet meselesi ise, bu konuda da özel bir hüküm bulunmaması sebebiyle MÖHUK m.9'daki genel kurala tabi olacaktır³⁷². Söz konusu hükmün 1. fıkrası gereği hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi olduğu için, milli hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olan eşlerin düzenlediği mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi de ehliyet bakımından geçerli olacaktır. Eşlerden birinin veya her ikisinin Türk hukukuna tabi olduğu durumlarda, MK m. 204'te yer alan mal rejimi sözleşmelerinde ehliyeteye ilişkin düzenlemenin, ehliyeteye ilişkin özel bir hüküm olması sebebiyle, yine kıyasen mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerine de uygulanması gerekecektir. Söz konusu hüküm uyarınca; “Mal rejimi sözleşmesi, ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Küçükler ile kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar.” Burada MK m.16 f.1'deki genel kuralın aksine, kişiye sıkı sıkı bağlı bir hak olan mal rejimi sözleşmesi yapma hakkı yasal temsilcinin rızasına bağlanmıştır³⁷³.

Türk milletlerarası özel hukukunda mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde taraf iradesine getirilen bir sınırlama da bu seçimin şekline ilişkindir. MÖHUK m.15 f.1'de “...hukuklarından birini *açık* olarak seçebilirler...” ifadesinden da anlaşılacağı üzere, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin örtülü olarak yapılması mümkün değildir. Oysa gerek İngiliz, İsviçre, Alman ve Fransız

³⁷² Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde ehliyet meselesi eskiden beri kişisel statüye tabi kılınmıştır. Bkz. Berki, a.g.e., s. 158.

³⁷³ Bkz. s. 60.

Hukukların gerekse 1978 tarihli La Haye Sözleşmesinde³⁷⁴ açık hukuk seçiminin yanı sıra örtülü hukuk seçimine de izin verilmiştir. 2011 tarihli Tüzük Tasarısında (m.19 f.2)³⁷⁵ ise Türk hukukunda olduğu gibi sadece açık hukuk seçimine izin verilmiştir. 2675 sayılı MÖHUK döneminde olmayan, 5718 sayılı MÖHUK ile getirilen bu sınırlamanın, doktrinde mal rejimi ilişkisinin niteliği gereği olduğu dile getirilmiştir³⁷⁶. Gerçekten de bu sözleşmenin klasik bir borçlar hukuku sözleşmesinin ötesinde bir aile hukuku sözleşmesi olması, kanun koyucuyu, tarafları birbirlerine karşı daha fazla korumaya yöneltmiştir. Açık hukuk seçimi, eşlerin yaptıkları sözleşmenin sonuçlarının bilincinde olarak bütün şüphelerden arınmış net bir irade ortaya koymasını gerektirdiği için, bir eşin kendi lehine diğerinin aleyhine sonuçlar doğuracak bir hukuku diğer eşin iradesini sakatlayarak seçtirmesinin büyük ölçüde önüne geçilecektir. İşte bu nedenle Türk milletlerarası özel hukukunda mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinin örtülü olarak yapılmasına imkan tanınmamıştır³⁷⁷.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde açıklığa kavuşturulması gereken bir nokta da, kısmi hukuk seçiminin mümkün olup olmayacağıdır. Diğer bir deyişle eşlerin aralarında yapacakları bir mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesiyle sahip oldukları malların tamamını değil de sadece bir kısmını seçtikleri hukuka tabi tutma imkanları var mıdır? Burada, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi bakımından benimsenen “malların birliği” ilkesinin³⁷⁸ kısmi hukuk seçimini engellediği düşüncesindeyiz. Bilindiği üzere, malların birliği ilkesi, Anglo Sakson Hukukundan farklı olarak, taşınır-taşınmaz ayrımı yapılmaksızın bütün malların tek bir hukuk düzenine tabi olması esasına dayanır. Bu ilkenin istisnası sadece MÖHUK m.15 f.2’de taşınmazlar için tasfiyede buldukları yer hukukuna tabi olacıklarına ilişkin hükümdür. Dolayısıyla kural olarak, malların birliği ilkesinin taraf iradesiyle zedelenmemesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu nedenle, Türk milletlerarası özel

³⁷⁴ Bkz İkinci Bölüm s. 112 ve Tekinalp/Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 203.

³⁷⁵ Bkz. İkinci Bölüm s. 132.

³⁷⁶ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 249.

³⁷⁷ Hiç şüphesiz ki, bir hukuk seçimi yapılmış olsaydı hangi hukukun seçilmiş olacağının varsayımına dayanan farazi hukuk seçimi de mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri bakımından mümkün değildir.

³⁷⁸ Bkz. İkinci Bölüm s. 93.

hukukunda mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesiyle kısmi hukuk seçimi imkanının mümkün olmadığı söylenebilir³⁷⁹.

Peki mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi ile seçilen yabancı hukukun mal rejimine ilişkin hangi hükümleri uygulanacaktır? Yasal mal rejimini düzenleyen hükümler mi yoksa sözleşmesel mal rejimi türlerine ilişkin hükümler mi? Burada taraf iradesinin ne yönde olduğunu tespit etmek gerekecektir. Eşler yaptıkları mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde seçtikleri ülke hukukunun sözleşmesel mal rejimi türlerinden birinin kendilerine uygulanmasını açıkça kararlaştırmışlarsa, diğer bir deyişle hukuk seçimi sözleşmesinin içerisinde seçilen hukukun mal rejimi türlerinden birini de seçmişlerse, hiç şüphesiz ki bu sözleşmesel mal rejimi türüne ilişkin hükümler eşlere uygulanacaktır. Ancak eşler mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde kendilerine uygulanmasını istedikleri mal rejimi türünü açık olarak belirtmeyerek sadece kendilerine uygulanmasını istedikleri yabancı hukuku seçmişlerse, bu durumda eşlerin, seçtikleri yabancı hukukta kabul edilen yasal mal rejimine ilişkin hükümlere tabi olacağını kabul etmek gerekecektir³⁸⁰.

Yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi ilişkisinde eşlerin kendilerine uygulanacak yabancı hukuku seçmeyip doğrudan bir mal rejimi türünü seçtiklerini veya Anglo Sakson Hukukunda kabul edildiği gibi malların tabi olacağı kuralları ve böylece eşlerin bu mallar üzerindeki haklarını tek tek belirlediklerini düşünelim. Böyle bir durumda, milletlerarası özel hukuk kapsamında mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Sonuçta, eşlerin açık olarak seçtikleri bir hukuk söz konusu değildir. Burada daha çok iç maddi hukuk anlamından bir mal rejimi sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir³⁸¹. Seçilen mal rejimi türünden veya malların tabi olacağı kurallara ilişkin eşlerin oluşturdukları düzenlemeden, eşlerin iradesinin hangi ülke hukukuna yöneldiğine ilişkin bir araştırma yapmak da doğru olmayacaktır. Çünkü, yukarıda belirtildiği üzere, MÖHUK m.15 f.1’de örtülü hukuk seçimi reddedilmiş ve eşlerin ancak hükümde belirlenen hukuklardan birini “açık” olarak seçebilecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla

³⁷⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 168.

³⁸⁰ Doğan, a.g.e., s. 287 ve Şensöz, a.g.e., s. 187.

³⁸¹ Mal rejimi sözleşmesi ile mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin farkı için bkz. İkinci Bölüm s. 70.

böyle bir durumda Türk hakimi, olayda bir hukuk seçimi yapılmadığını kabul ederek objektif bağlama noktaları uyarınca uygulanacak hukuku tespit edecektir. Objektif bağlama noktaları uygulanarak tespit edilen hukukta eşlerin seçmiş olduğu mal rejimi türü mevcut ise, bu hukuktaki ilgili mal rejimi türü eşlere uygulanacaktır³⁸². Ancak uygulanacak yabancı hukukta böyle bir mal rejimi türü yoksa, bir üst paragraftaki örnekte olduğu gibi, söz konusu yabancı hukukta kabul edilen yasal mal rejimi eşlere uygulanır. Eşlerin seçmiş olduğu mal rejimi türü veya tek tek belirledikleri malların tabi olacağı kuralların ise yabancı hukukta kabul edilen yasal mal rejimine ilişkin hükümlere aykırı olmadığı sürece birer sözleşme hükmü olarak uygulanabileceği kabul edilebilirse³⁸³ de, bu durum daha çok Anglo Sakson hukukunun benimsendiği bir ülkenin hukukunun yabancı hukuk olarak uygulandığı uyuşmazlıklarda söz konusu olabilecektir. Kıta Avrupası Hukuk Sistemini benimseyen ülkelerde mal rejimine ilişkin temel ilkeler, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri³⁸⁴ olduğu için, uygulanacak yabancı hukukta benimsenen yasal mal rejimi hükümleri kural olarak bir bütün halinde uyuşmazlığa uygulanacaktır. Ancak yabancı hukuktaki yasal mal rejiminde eşlerin değişiklik yapmasına izin verilen konular var ise, bu konularda eşlerin seçmiş olduğu mal rejimi türü veya mallara ilişkin tek tek belirledikleri düzenlemeler uygulama alanı bulabilecektir.

B. Objektif Bağlama Noktaları

Eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesiyle bir ülke hukukunu seçmedikleri veya seçseler de bu seçiminin MÖHUK m.15 f.1'de belirtilen sınırlı sayıdaki hukuklardan biri olmadığı ya da hukuk seçiminin ehliyet veya şekil bakımından geçersiz olduğu durumlarda, söz konusu mal rejimi ilişkinin tabi olduğu hukuk objektif bağlama noktaları uygulanarak tespit edilebilecektir³⁸⁵.

³⁸² Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 253 ve Şensöz, a.g.e., s. 188.

³⁸³ Böyle bir durumda seçilen mal rejimi türünün uygulanacak hukukta benimsenen yasal mal rejimine aykırı olmamak kaydıyla birer sözleşme hükmü olarak uygulanabileceğine ilişkin bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 253.

³⁸⁴ Bkz. Birinci bölüm s. 19-20.

³⁸⁵ Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, a.g.e., s. 199 dn. 74a

2675 sayılı MÖHUK döneminde mal rejimine uygulanacak hukuka ilişkin objektif bağlama noktaları 14. maddenin 1. fıkrasında şu şekilde sıralanmıştır; “.....(böyle bir seçim yapılmamış olan hallerde) evlilik malları hakkında evlenme anındaki müşterek milli hukuk, müşterek bir milli hukukun bulunmadığı hallerde, evlenme anındaki müşterek ikametgah hukuku, bu da bulunmadığı takdirde, malların bulunduğu yer hukuku uygulanır.” Hükümden de anlaşıldığı üzere objektif bağlama noktaları bakımından kademeli bir sistem getirilmiştir. Dolayısıyla bir alt basamakta yer alan objektif bağlama noktası ancak bir üst basamakta yer alan objektif bağlama noktasının somut olayda mevcut olmaması durumunda uygulanma imkanı bulabilecekti.

5718 sayılı MÖHUK döneminde ise yine kademeli sistem benimsenmekle beraber, ikinci ve üçüncü kademede yer alan objektif bağlama noktalarında değişiklikler olmuştur. Bu değişiklikler doğrultusunda, ikinci basamakta yer alan eşlerin müşterek ikametgah hukuku yerini sübjektif bağlama noktalarında olduğu gibi müşterek mutad mesken hukukuna bırakmış, üçüncü kademede yer alan malların bulunduğu yer hukuku bağlama noktası ise yerini Türk hukukuna bırakmıştır. İlk basamaktaki eşlerin müşterek milli hukuku bağlama noktası ise yerini korumayı başarmıştır. İkinci basamakta yer alan müşterek ikametgah hukukunun yerini müşterek mutad mesken hukukunun almasının sebebi, sübjektif bağlama noktalarını açıklarken değindiğimiz gibi mutad mesken kavramının ikametgah kavramına nazaran içeriği konusunda devletler arasında daha fazla anlaşmaya varılmış bir kavram olmasından kaynaklanan uygulama kolaylığıdır. İlgili madde gerekçesinde de mutad mesken kavramının aile hukukunda milli hukuktan sonra en sıkı ilişkiyi tesis eden hukuk olduğu vurgulanmıştır. Üçüncü sırada yer alan objektif bağlama noktası olan malların bulunduğu yer hukukunun terk edilme nedeni ise, yine aynı madde gerekçesinde, söz konusu objektif bağlama noktasının her bir mal için farklı bir ülke hukuku uygulanması sonucunu doğurmasının yaratabileceği çözümsüzlükler olarak gösterilmiştir. Gerçekten de söz konusu bağlama noktası, bir parçası olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde benimsenen malların birliği ilkesine aykırı sonuçlar

doğurmaya müsait bir bağlama noktasıydı³⁸⁶. Bu olumsuz sonucu bertaraf etmek adına Türk kanun koyucu, son basamağa, İsviçre hukukunda olduğu gibi³⁸⁷, kendi ülke hukukunu yerleştirmiş ve böylece bütün mallara tek bir hukukun uygulanmasını garantilemiştir. Ayrıca söz konusu hukukun tercih edilmesi, müşterek hukukun bulunmaması durumunda eşlerin arasındaki menfaat dengesini gözeterek her iki eşe de eşit mesafede olması bakımından da yerinde olmuştur.

Söz konusu değişiklikler doğrultusunda, 5718 sayılı MÖHUK döneminde, mal rejimine uygulanacak hukuka ilişkin objektif bağlama noktaları MÖHUK m.15 f.1’de şu şekilde sıralanmıştır; “.....(*böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde evlilik malları hakkından eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır.*)”

Bu noktada, objektif bağlama noktalarının son kademesinde yer alan “Türk hukuku” nun, 2675 sayılı MÖHUK döneminde tercih edilen “malların bulunduğu yer hukuku” bağlama noktasına nazaran getirdiği olumlu sonuçlara rağmen yeterli olup olmadığını tartışmakta yarar vardır. Bu çalışma kapsamında incelenen bazı devletlerin hukuklarında ve uluslararası düzenlemelerde hakim hukuku (lex fori) yerine, son sıradaki objektif bağlama noktası olarak mal rejimi ilişkisiyle “en sıkı ilişkili hukuk” tercih edilmiştir. Gerçekten de gerek Alman ve Fransız hukuklarında gerekse 1978 tarihli La Haye Sözleşmesi ve 2011 tarihli Tüzük Tasarısında objektif bağlama noktalarının son kademesinde mal rejimi ilişkisiyle “en sıkı ilişkili hukuk” yer almıştır³⁸⁸. Acaba “en sıkı ilişkili hukukun” “lex foriye” göre tercih edilmesinin haklı bir gerekçesi olabilir mi? Bu soruya cevap verebilmek için, yine mal rejimi ilişkisinin boşanma ve miras hukukları ile olan organik bağına dönmemiz gerekecektir. “Önmele” başlığında daha detaylı açıklandığı üzere³⁸⁹, boşanma veya

³⁸⁶ O dönemde verilmiş kararlardan biri olan Yargıtay 2. H.D.’nin 18.09.2007 tarihli 2007/4557E. 2007/12159K. sayılı kararında da bu objektif bağlama noktası uygulanmış ancak somut olayda bütün mallar Türkiye’de bulunduğu için malların birliği ilkesi zedelenmemiştir. Söz konusu kararın tam metni için bkz. Gençcan, a.g.e., s. 89-91.

³⁸⁷ Bkz. İkinci bölüm s. 102 vd.

³⁸⁸ Bkz. İkinci bölüm s. 133.

³⁸⁹ Bkz. s. 157.

eşlerden birinin ölümü, mal rejimi ilişkisini sona erdiren sebepler olarak, mal rejiminin tasfiyesi ile bir önmelele-bekletici mesele ilişkisi içerisinde dirler. Bu sebeple mal rejiminin tasfiyesi davalarında çoğu zaman boşanma veya mirasa meselelerinin de halli gerekmektedir. Her bir ülkenin hukuk sistemi ise kendi içinde boşanmanın mali sonuçları, mal rejiminin tasfiyesi ve miras payları konusunda bir düzen kurmuştur. Örneğin Anglo Sakson Hukukunda mal rejimi olarak tasfiye gerektirmeyen mal ayrılığı sistemi benimsenirken evliliği sona erdiği için ekonomik olarak zor duruma düşen eş, boşanmada tazminat ve nafaka, ölümdede ise miras hükümleriyle korunmaya çalışmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk Sistemini benimseyen ülkelerde ise daha etkin bir işleyişe sahip olan mal rejiminin tasfiyesi ile ekonomik durumu koruma altına alınan eşin nafaka, tazminat veya miras hükümleriyle desteklenmesine daha az ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu sebeple boşanma veya miras meselesine uygulanacak hukuk ile bunlardan kaynaklanan mal rejiminin tasfiyesine uygulanacak hukukun aynı olması adaletin sağlanması için önemli ve gereklidir. Türk milletlerarası özel hukukunda boşanma ve mal rejiminin tasfiyesindeki objektif bağlama noktaları, aralarındaki kademe ilişkisi de dahil olmak üzere aynı olduğu için, burada mal rejimine ilişkin objektif bağlama noktalarının son kademesinde “Türk hukuku” yerine “en sıkı ilişkili hukukun” yer almasının pratik anlamda bir önemi yoktur. Sonuçta hem boşanma hem de mal rejiminin tasfiyesi davalarındaki objektif bağlama noktaları sırasıyla müşterek milli hukuk, yoksa müşterek mutad mesken hukuku bu da yoksa Türk hukukudur. Dolayısıyla mal rejiminin boşanma nedeniyle sona erdiği durumlarda, bu iki meseleye aynı hukukun uygulanması mevcut düzenlemede de mümkündür. Asıl sorun mal rejiminin eşlerden birinin ölümü nedeniyle son ermesinde ortaya çıkmaktadır. MÖHUK m.20 f.1 uyarınca, sağ kalan eşin mirasçı olup olamayacağı olacaksa miras payını belirleyen hukuk, ölenin milli hukukudur. Böyle bir durumda ölen eş ile sağ kalan eşin aynı vatandaşlıkta olmaması durumunda, müşterek mutad meskenleri de yoksa mevcut düzenleme gereği Türk hukuku uygulanacağı için sağ kalan eşin miras hukukundan kaynaklanan hakları ile mal rejiminden kaynaklanan haklarına farklı hukuklar uygulanmış olacaktır. Bu da sağ kalan eşin haksız bir mahrumiyete (widow’s famine) veya

gereksiz bir mükafata (widow's feast)³⁹⁰ sahip olmasına neden olabilecektir. Oysa objektif bağlama noktasının son kademesinde “en sıkı ilişkili hukukun” yer alması durumunda hakim in sağ kalan eşin hem miras hem de mal rejiminden kaynaklanan haklarına ölenin milli hukukunu uygulaması mümkün olabilecektir.

Objektif bağlama noktaları konusunda değinilmesi gereken son bir nokta da bu bağlama noktalarında, sübjektif bağlama noktalarının aksine her zaman eşlerin “müşterek hukuklarına” göndermede bulunuluyor olmasıdır. Bunun temel sebebi, eşlerin irade serbestisini kullanarak kendilerine uygulanacak hukuku hiçbir şekilde belirlemediği bir durumda, objektif bağlama noktası olarak eşlerden birinin hukukuna öncelik verilmesinin kadın-erkek eşitliğine aykırı sonuçlar doğuracak olmasıdır. Çünkü mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda eşlerin menfaatlerinin eşit ağırlıkta olduğu kabul edilmekte ve bu nedenle kadının veya kocanın hukukunu diğerinin hukukuna üstün kılan bağlama noktaları reddedilmektedir³⁹¹. Başta AIHS olmak üzere taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde ve Anayasamızda koruma altına alınan kadın-erkek eşitliğine uygun bir şekilde, objektif bağlama noktası olarak müşterek hukukun benimsenmesinin, milletlerarası özel hukukun amaçlarından olan adaletin sağlanması³⁹² bakımından da yerinde olduğu açıktır.

1. Statü Değişikliği

Objektif bağlama noktalarında da, sübjektif bağlama noktalarında olduğu gibi kişisel statü esas alındığı için ve bu hukuklar zaman içerisinde değişkenlik gösterme olasılıkları yüksek hukuklar oldukları için Türk kanun koyucu statü değişikliğini engellemek adına objektif bağlama noktalarını zaman bakımından sabitlemiştir. MÖHUK m.15 f.1 uyarınca uygulanabilecek objektif bağlama noktaları ancak “evlenme anındaki” müşterek milli hukuk veya “evlenme anındaki” müşterek mutad mesken hukukudur.

³⁹⁰ Bkz. s. 89 ve 161.

³⁹¹ Geçmişte mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda kocanın milli hukukunu kadının milli hukukuna tercih eden bağlama noktaları için bkz. İkinci Bölüm s. 98 ve 146.

³⁹² Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 34

Madde metninde son kademedede yer alan Türk hukukuna ilişkin herhangi bir zaman sabitlemesi yer almamaktadır. Bu nedenle son kademedede yer alan Türk hukukunun uygulanması gereken uyuşmazlıklarda, bu uyuşmazlığın dava tarihinde yürürlükte olan Türk hukukuna göre çözümleneceğini kabul etmek gerekecektir.

Değişmezlik doktrinini benimseyen Türk kanun koyucunun, objektif bağlama noktalarını sabitleme zamanı olarak tercih ettiği “evlenme anı” hem 1978 tarihli La Haye Sözleşmesinde hem de 2011 tarihli Tüzük Tasarısında objektif bağlama noktaları için kullanılmıştır. Dolayısıyla MÖHUK’taki bu konuya ilişkin düzenlemenin söz konusu uluslararası düzenlemelerle uyum içerisinde olduğu söylenebilir. Değişmezlik doktrininin olumlu yönlerini oluşturan, uygulanacak hukukun eşler tarafından öngörülebilir olması ve malların birliği ilkesine uygun olarak bütün mallara tek bir hukukun uygulanmasını sağlamasının yanı sıra bu doktrinin olumsuz yönünü oluşturan, eşlerin zaman içinde daha sıkı ilişki içerisine girdikleri bir hukukun onlara uygulanmasını engellemesi de bu zaman sabitlemesi nedeniyle objektif bağlama noktaları bakımından söz konusu olacaktır. Ancak eşlerin kendilerine uygulanacak hukuk konusunda hiçbir irade açıklamasında bulunmadığı durumlarda devreye giren objektif bağlama noktaları konusunda, bu olumsuz yönün tahammül edilmesi gereken bir yön olduğu düşüncesindeyiz. Sonuç itibarıyla eşler arasındaki mal rejimi ilişkisine en yakın bağlantılı hukuk, eşler bir hukuk seçiminde bulunmuşlar ise, eşlerin uygulanacak hukuku belirlediği andaki hukuktur³⁹³. Ama eşlerin herhangi bir hukuk seçiminde bulunmadığı durumda, bu mal rejimi ilişkisinin doğmasına neden olan evlenme işleminin gerçekleştiği andaki hukuk en yakın bağlantılı hukuk olarak kabul edilmelidir. Zaman içerisinde eşler için evlenme anındaki hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk ortaya çıkmışsa eşlerin MÖHUK m.15 f.1’de belirtilen sınırlı hukuk seçimi yetkisinden yararlanarak bu hukuku seçmesi gerekir. Eşlerin bu yönde herhangi bir seçim yapmaması durumunda ise, objektif bağlama noktalarına göre belirlenen hukukun evlenme anındaki hükümlerinin kendilerine uygulanmasına tahammül etmeleri gerekecektir.

³⁹³ Bkz. yukarıda s. 167-168.

2. Atf

Yabancılık unsuru içeren bir uyumsuzlığa uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin değil de kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmasını öngören atf teorisi³⁹⁴ kural olarak Türk milletlerarası özel hukukunda reddedilmektedir. Ancak atf teorisinin istisnai olarak kabul edildiği alanlar MÖHUK m.2 f.3'te açıkça belirtilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, kişiler ve aile hukukuna ilişkin meselelerde atf kabul edilmektedir. Mal rejimine ilişkin uyumsuzluklar da aile hukuku karakteri baskın uyumsuzluklar olmaları sebebiyle, aile hukukuna ilişkin meseleler içerisinde yer aldıkları için atf teorisinin uygulandığı uyumsuzluklardandır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, atf teorisi MÖHUK m.2 f.4 uyarınca eşlerin hukuk seçiminde bulunmaları durumunda uygulama alanı bulamayacağı için³⁹⁵, sadece objektif bağlama noktaları ile çözüme kavuşturulacak mal rejimi uyumsuzluklarında uygulanacaktır³⁹⁶.

Objektif bağlama noktaları uygulanarak çözüme kavuşturulacak mal rejimi uyumsuzluklarında kabul edilen atf tek dereceli atıftır. Dolayısıyla objektif bağlama noktasının gönderdiği hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının atf yaparak yetkilendirdiği hukukun maddi hukuk hükümleri uyumsuzlığa uygulanacaktır. Bu durum MÖHUK m.2 f.3'te “*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması,(halinde)....bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır.*” şeklindeki ifadede açıkça belirtilmiştir. Ayrıca aynı ifade Türk milletlerarası özel hukukunda hem “iade atfın” hem de “devam eden atfın” kabul

³⁹⁴ Atf teorisi hakkından detaylı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 111-137, Şanlı/Erdem/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 51-58, Nomer, a.g.e., s. 142-156, Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 154-172 Doğan, a.g.e., s. 179-189 ve Tekinalp/Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 44-45.

³⁹⁵ Bkz. s. 165.

³⁹⁶ 1978 tarihli La Haye Sözleşmesinde de, tıpkı MÖHUK'ta olduğu gibi, mal rejimine ilişkin uyumsuzlukların objektif bağlama noktası uygulanarak çözümlenmesinde atf kabul edilirken subjektif bağlama noktaları uygulanarak çözümlenmesinde reddedilmiştir. Bkz. İkinci Bölüm s. 115. 2011 tarihli Tüzük Tasarısında ise hem subjektif hem objektif bağlama noktaları bakımından atf reddedilmiştir. Ancak unutmamak gerekir ki söz konusu tasarı bütün üye devletlerin mal rejimi uyumsuzluklarına ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırmayı hedeflemektedir. Bu hedefe ulaşıldığı takdirde, atf kurumu reddedilmemiş olsaydı dahi pratikte atfın uygulanması zaten mümkün olmayacaktı. Çünkü mal rejimi uyumsuzluğunu çözümleyen üye devlet hakiminin kanunlar ihtilafı kuralını uygulayarak tespit ettiği üye devletin kanunlar ihtilafı kuralları da aynı bağlama noktalarını içerecektir.

edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla mal rejimine ilişkin bir uyuşmazlıkta objektif bağlama noktaları uygulanarak tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları, Türk hukukuna atıfta bulunmuşsa (iade atıf) veya başka bir devlet hukukuna atıfta bulunmuşsa (devam eden atıf) bu hukukun maddi hukuk hükümleri olaya uygulanacaktır.

C. Uygulanacak Hukuka İlişkin İstisnai Bir Durum Olarak Taşınmazların Tasfiyesi

MÖHUK m.15 f.2’de sübjektif veya objektif bağlama noktaları uyarınca tespit edilen hukukun uygulanmasını engelleyen bir istisna kuralı yer almaktadır. Söz konusu hükümde “*Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

5718 sayılı MÖHUK’un hazırlık çalışmalarında yer almayan bu hüküm, alt komisyonun önerisinin komisyonca kabulüyle kanuna eklenmiştir. İlgili madde gerekçesinde söz konusu hükmün “uygulamada açıklık sağlamak amacıyla” eklendiği belirtilmiştir³⁹⁷.

Subjektif veya objektif bağlama noktaları uyarınca tespit edilen hukukun uygulanmasını engelleyen bu istisna hükmünün, parçası olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde benimsenen “malların birliği”³⁹⁸ ilkesine aykırı sonuçlar doğurduğu açıktır. Çünkü bu hüküm nedeniyle mal rejiminin tasfiyesi içerisinde yer alacak bütün taşınmazlar buldukları yer hukuklarına tabi olacaklar ve böylece tasfiyeye konu olan malların tek bir hukuka tabi olması mümkün olmayacaktır.

Ayrıca doktrinde³⁹⁹, bu istisna hükmü nedeniyle, yabancılık unsuru içeren mal rejiminin tasfiyesi davalarında taşınırlar için MÖHUK m.15 f.1 taşınmazlar için ise

³⁹⁷ Bu hükmün Türkiye’deki, hatta ilke olarak, yabancı ülkedeki taşınmazların tasfiyesinde yararlı olduğu görüşünü savunan yazarlar için bkz. Tekinalp/Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 204

³⁹⁸ Bkz. İkinci Bölüm s. 93.

³⁹⁹ Şensöz, a.g.e., s. 200-203. Hatta Akıncı/Demir-Gökyayla, söz konusu hükümle mal rejimine uygulanacak hukuk bakımından doğrudan taşınır-taşınmaz mal ayrımı yapıldığını ifade etmiştir. Bkz. Akıncı/Demir- Gökyayla, a.g.e., s. 76.

MÖHUK m.15 f.2 hükmünün uygulanması gibi bir sonuç doğabileceği belirtilmiş. Böyle bir sonucun ise malların birliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır.

Gerçekten de bu çalışmanın kapsamında incelenen, hiçbir devletin mal rejimine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarında veya ilgili uluslararası düzenlemelerde yer almayan bu istisna hükmünün, malların birliği ilkesini mümkün olduğu kadar az zedeleyecek şekilde yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Öncelikle, söz konusu istisna hükmünün, mal rejimine ilişkin bütün uyumsuzluklar bakımından değil sadece tasfiyeye ilişkin uyumsuzluklarda uygulanma imkanı olduğunu tespit etmek gerekir. Ayrıca her taşınmaz tasfiyesi de bu kapsama girmemelidir. Sadece taşınmazın aynı tasfiyesinin gerektiği durumlarda bu hüküm uygulama alanı bulabilmelidir⁴⁰⁰. Çünkü taşınmazların buldukları yer hukukuna tabi olması (lex rei sitae) genel kuralının temel sebebi taşınmaz üzerinde ancak bulunduğu yer resmi makamlarının doğrudan yetki kullanabilmesidir⁴⁰¹. Oysa mal rejiminin tasfiyesinin nakdi tasfiye şeklinde gerçekleştiği durumlarda taşınmazın bulunduğu yer resmi makamlarının bu taşınmaz üzerinde doğrudan yetki kullanması söz konusu olmayacaktır. Çünkü nakdi tasfiyede herhangi bir aynı hak devri söz konusu değildir. Sadece taşınmazın bedeli hesaplanarak diğer malların bedeliyle birlikte toplanacak ve yapılan tasfiye işlemi sonucunda eşlerin birbirinden olan alacak hakları belirlenmiş olacaktır. Mal rejiminin tasfiyesi davalarının genellikle nakdi tasfiyeyi içermesi, dolayısıyla aynı tasfiyenin istisna olması söz konusu istisna kuralının uygulama alanını malların birliği ilkesi lehine daraltmış olacaktır ki olması gereken de budur.

Bu durumda yabancılık unsuru içeren mal rejiminin tasfiyesinin MÖHUK m.15 uyarınca Türk hukukuna tabi olduğu bir örnekte, eşler yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi ise, ancak MK m.226 f.2 uyarınca eşler arasında paylı mülkiyete konu bir taşınmaz varsa veya MK m.240 uyarınca sağ kalan eş aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynı hak talebinde bulunursa, MÖHUK m.15 f.2'deki istisna kuralı devreye girecektir. Ayrıca Türk hukukunda yer alan sözleşmesel mal rejimi türlerinden paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığının eşlere uygulandığı

⁴⁰⁰ Şensöz, a.e., s. 202.

⁴⁰¹ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 181.

durumlarda da bu mal rejimi türleri aynı tasfiye öngördüğünden söz konusu istisna kuralı yine uygulanabilecektir. Bunlar dışında, yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkisinin Türk hukukuna tabi olduğu durumlarda MÖHUK m.15 f.2 hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır⁴⁰².

Ç. Uygulanacak Hukuku Engelleyen Durumlar

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancılık unsur içeren mal rejimi uyuşmazlıklarının MÖHUK m.15'te yer alan kanunlar ihtilafı kuralı hükümlerine göre tespit edilen hukuk uyarınca çözümleneceğini yukarıda açıklamaya çalıştık. Ancak bazı durumlarda, ilgili kanunlar ihtilafı kuralı hükümlerine göre tespit edilen yabancı hukukun uygulanması engellenir. Bunun sebebi, uyuşmazlığın çözümlenmeye çalıştığı devletin korumaya çalıştığı menfaatlerin, söz konusu kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasıyla elde edilecek menfaatlere nazaran daha üstün tutulmasıdır. Yabancı hukukun uygulanması, Türk milletlerarası özel hukukunda, “kamu düzeni” kriteri kullanılarak veya “doğrudan uygulanan kurallar” eliyle engellenmektedir. Yabancı hukukun uygulanması genel ilkesini engelleyen bu durumlara, istisnai özellikleri sebebiyle mümkün olduğu kadar az uygulama alanı tanımak gerekmektedir. Şimdi yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarında MÖHUK m.15 uyarınca tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen “kamu düzeni” kriteri ile “doğrudan uygulanan kurallara” kısaca değinelim.

1. Kamu Düzeni

Kamu düzeni kavramı zamana ve mekana göre değişiklik gösteren bir kavramdır⁴⁰³. “Bir toplumun temel yapısı ve çıkarlarını koruyan”⁴⁰⁴ bu nedenle “kişilerin tasarruf

⁴⁰² MÖHUK m.15'te yapılması gereken değişikliklere ilişkin çözüm önerimiz için bkz. Sonuç ve Önerileri Bölümü s. 252.

⁴⁰³ Kemal Dayınlarlı, Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni- Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2011, s. 32, Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 28 vd.

⁴⁰⁴ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 149

serbestisini, toplumsal çıkarlar lehine sınırlayan⁴⁰⁵ kurallar bütünü olarak tanımlanabilecek bu kavram kişinin irade serbestisini sınırlandırması sebebiyle istisnai bir kavram olarak değerlendirilmekte ve dolayısıyla dar yorumlanmaktadır.

İç hukuktaki kamu düzeni kavramı ile milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kavramı içerik ve sonuçları bakımından farklılık gösterse de kamu düzeni müdahalesini gerektiren durumlar büyük oranda örtüşmektedir. Kamu düzeni müdahalesini gerektiren durumlar şu dört başlık halinde gruplanabilir⁴⁰⁶; 1-) Türk kanunlarını esas ilkelerine aykırılık 2-) Türk adap ve ahlak anlayışına aykırılık 3-) Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık 4-) Devletler hukukuna aykırılık olarak sıralanabilir. Ancak kamu düzeni müdahalesini gerektiren söz konusu durumlar, iç hukuka kıyasla milletlerarası özel hukukta daha dar yorumlanmaktadır.

İç hukukta neredeyse bütün emredici hukuk kuralları kamu düzeninden kabul edilirken, milletlerarası özel hukukta, emredici hukuk kurallarımıza aykırı yabancı hukuk, her durumda uygulanmaktan imtina edilmemektedir⁴⁰⁷. Gerçekten de, her devletin kanun koyucusunun sosyal, siyasal ve ekonomik amaçları birbirinden farklıdır. Dolayısıyla devletlerin hukuk kurallarının tam olarak birbiriyle örtüşmesini beklemek doğru olmayacağı kadar makul de değildir. Bu nedenle söz konusu farklılık ancak aşikar durumdaysa ve Türk hukukundan aşikar derecede farklı olan yabancı hukukun uygulanmasının doğurduğu sonuçlar Türk kamu düzeni ve vicdanı bakımından tahammül edilemez nitelikteyse, milletlerarası özel hukuk bakımından uygulanacak yabancı hukuka kamu düzeni müdahalesinden söz edilebilir⁴⁰⁸.

Kamu düzeninin uygulanacak yabancı hukuka müdahalesine ilişkin hüküm MÖHUK m.5'te şu şekilde kaleme alınmıştır;

⁴⁰⁵ Dayınlarlı, a.g.e., s. 20.

⁴⁰⁶ Bu durumlar ve örnekleri için bkz. Dayınlarlı, s. a.e., s.20 vd. Çelikel/Erdem, a.e., s. 162- 163, Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 280, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 498-500.

⁴⁰⁷ Demir- Gökyayla, a.g.e., s. 38, Çelikel/Erdem, a.e., s. 148 vd.

⁴⁰⁸ Çelikel/Erdem, a.e., s. 156.

“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır.”

Söz konusu madde metninden de anlaşılacağı üzere, kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği hükümdeki , “yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması” ifadesi ile vurgulanmıştır. Ayrıca hükümde Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eden yabancı hukukun uygulanmasının engelleneceği belirtilmiştir ki bu durum doktrinde “kamu düzeninin olumsuz etkisi” olarak isimlendirilmektedir. “Kamu düzeninin olumlu etkisi” olarak isimlendirilen söz konusu yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanması ise ancak “gerekli görülen hallerle” sınırlı tutulmuştur.

Kamu düzeni müdahalesinin istisnaiği ilkesi gereği, uygulanacak yabancı hukukun Türk hukukundakinden farklı hükümler içermesi, MÖHUK m.5 hükmünün uygulanması bakımından yeterli görülmemelidir. Önemli olan söz konusu yabancı hukukun uygulanmasının doğuracağı sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesidir. Şimdi, yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyumsuzluklarında MÖHUK m.15 uyarınca yabancı hukukun uygulanacağında, hangi durumların kamu düzeni müdahalesini gerektireceğini, hangi durumların bu kapsamda yer almayacağını birkaç örnekle açıklamaya çalışalım.

Türk milletlerarası özel hukukunda zamanaşımı meselesi bir maddi hukuk meselesi olarak kabul edilir ve MÖHUK m.8 uyarınca, hukuki işlem veya ilişkinin esasına uygulanan hukuka (lex causae) tabidir. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi uyumsuzluğunda MÖHUK m.15 uyarınca tespit edilen yabancı hukuk, bu uyumsuzluk nedeniyle açılacak davada zamanaşımı süresini de belirleyen hukuk olacaktır. Dava zamanaşımı süresinin Rus hukukuna tabi olduğu bir mal rejimi uyumsuzluğunda bu süre, 1995 tarihli Rusya Federasyonu Aile Kanunu m.38 f. 7

uyarınca, üç yıldır. Oysa Türk hukukunda bu süre 10 yıl olarak belirlenmiştir⁴⁰⁹. Böyle bir örnekte, söz konusu zamanaşımı süreleri arasındaki farkın Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecek düzeyde olmadığı düşüncesindeyiz. Sonuçta Rus hukukunda daha kısa bir zamanaşımı süresi öngörülmekle beraber bu sürenin bir eşin mal rejiminin tasfiyesinden doğacak haklarını elde etmesini engelleyecek derecede kısa olmadığını kabul etmek gerekir⁴¹⁰. Oysa bu süre, örneğin 6 ay gibi, bir eşin mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan haklarını elde etmesini büyük oranda engelleyecek derecede kısa olsaydı, burada Türk kamu düzenine açıkça aykırılık olduğu gerekçesiyle söz konusu yabancı hukukun uygulanmasını engelleyip Türk hukukundaki 10 yıllık zamanaşımı süresini uygulamak gerekecekti.

Yine aynı şekilde, yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkisine Anglo Sakson Hukuk Sistemi içerisinde yer alan bir ülkenin hukukunun uygulandığı durumlarda, bu hukukun taşınır ve taşınmaz malları farklı bağlama noktalarına tabi tutuyor olması, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ve dolayısıyla Türk hukukunda benimsenen “malların birliği” ilkesine aykırılık teşkil etse de bu aykırılığın tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz. Çünkü uygulanacak yabancı hukuk, her ne kadar taşınır ve taşınmaz mallara farklı hukukların uygulanmasını öngörse de bu hukukların uygulanması ile elde edilen sonuç eşlerin mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan haklarını elde edebilmeleri sonucunu doğuruyorsa burada uygulanan yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırılığından söz edilemeyecektir. Ancak taşınır ve taşınmaz mallara farklı hukukların uygulanması bir eşin diğer eşe kıyasla orantısız bir menfaat⁴¹¹ elde etmesini sağlıyorsa artık burada gerek AİHS gerekse Anayasamızda koruma altına alınan eşitlik ilkesi zedelenmiş olacağından kamu düzenine açıkça aykırılık oluşacağını kabul etmek gerekecektir.

⁴⁰⁹ 10 yıllık zamanaşımı süresi hakkındaki eleştiriler ve bu sürenin yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyumsuzluklarındaki başlangıcı hakkında bkz. s. 235 vd.

⁴¹⁰ Bir hakkın korunması bakımından sadece çok kısa süre öngören değil, çok uzun süre öngören yabancı hukukun da kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine ilişkin bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 470 ve burada belirtilen Yargıtay 13. H.D.’nin 15.06.1993 tarihli kararı.

⁴¹¹ Buradaki orantısız menfaat elde edilmesinden kasıt, kadın-erkek eşitliği ilkesine zarar verecek derecede mal paylaşımında adaletsizliklere yol açılmış olmasıdır. Yoksa mal paylaşımında ½ oranında tam bir eşitliğin gerçekleştirilmediği her durumun kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin bkz. s. 230-231.

Mal rejimi ilişkisine uygulanacak yabancı hukukun, İslam hukukundaki mehir ya da Musevi hukukundaki moher gibi⁴¹² ⁴¹³dini temellere dayalı bir mal paylaşımı öngördüğü durumlarda, söz konusu hukuk, Anayasamızdaki temel ilkelerden laiklik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle kamu düzenimize açıkça aykırı mı kabul edilecek yoksa mehir kurumunun uygulanmasının doğurduğu sonuç mu dikkate alınacaktır? Tabii ki burada da mehir kurumunun kendisi değil uygulanmasının doğurduğu sonuç dikkate alınacak ve eşler arasında eşitlik ilkesini zedelemeyecek bir mal paylaşımını sağlıyorsa, mehir kurumunu öngören yabancı hukuk, kamu düzenimize aykırı kabul edilmeyerek uyuşmazlığa uygulanacaktır.

Bazı durumlarda, uygulanacak yabancı hukukun, Amerikan hukukunda olduğu gibi, hukuk seçimi konusunda hiçbir sınırlama getirmemesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda söz konusu yabancı hukuk kamu düzenine aykırılık teşkil edecek midir? Örneğin, bir Türk ve bir Amerika Birleşik Devletleri vatandaşının Amerika'da evlenip burada mutad mesken edindiğini düşünelim. Amerikan Hukuku'na göre, eşlerin, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yaparak diledikleri ülke hukukunu seçme imkanları olduğu için, eşler bu imkandan yararlanarak Guatemala Hukukunu seçmiş olsunlar. Uzun yıllar evli kalıp, Amerika, Türkiye ve Guatemala'da malvarlığı edinen çift sonrasında Amerika'da boşanmış olsun. Türk eşin söz konusu boşanma kararını Türkiye'de tanıtarak burada mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davası açması durumunda Türk hakim MÖHUK m.15 uyarınca uygulanacak hukuku tespit edecektir. MÖHUK m.15 f.1 uyarınca eşler sadece evlenme anındaki mutad mesken ve milli hukuklarından birini seçebilirler. Oysa olayda, eşlerin ikisinin de ne evlenme anındaki mutad mesken hukuku ne de evlenme anındaki milli hukuku Guatemala Hukukudur. Dolayısıyla burada yapılan mal

⁴¹² Bkz. Birinci Bölüm s. 7-8.

⁴¹³ Almanya ve ABD'de mehir anlaşmaları, mal rejimi kapsamında değerlendirip vasıflandırılmaktadır. Bkz. Anne Sanders, a.g.e., s. 5. Türk hukukunda da mehir, drohama ve ketubba gibi dini temellere dayalı mal paylaşımı öngören kurumların mal rejimi içerisinde vasıflandırılması gerektiği dile getirilmiştir. Bkz. Nomer, a.g.e., s. 261. Uyanık- Çavuşoğlu ise mehirin ödenme zamanının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Mehir evlenme anında kadına verildiyse, bu, kadının tasarrufu içerisinde yer alan bir evlilik malı olarak değerlendirilmeli ve mal rejimi kapsamında yer almalıdır. Ancak mehir boşanmayla birlikte kadına veriliyorsa burada nafaka fonksiyonu ağır basmaktadır. Bkz. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta Yayınevi, 2006, s. 114-115.

rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi MÖHUK m.15 f.1’de yer alan sübjektif bağlama noktalarına aykırılık nedeniyle geçersizdir. Bu nedenle Türk hakim söz konusu uyuşmazlığa MÖHUK m.15’te yer alan objektif bağlama noktalarını uygulayacaktır⁴¹⁴. Eşlerin evlenme anında müşterek milli hukuku bulunmadığı için ikinci kademedede yer alan evlenme anındaki müşterek mutad mesken bağlama noktası uygulanacak ve eşler Amerikan hukukuna tabi olacaktır. Objektif bağlama noktaları bakımından atıf teorisinin kabul edilmesi nedeniyle⁴¹⁵ Amerikan kanunlar ihtilafı kurallarının da yine Amerikan hukukunu yetkilendirdiğini varsayarsak bu hukukta izin verildiği için tarafların seçtiği Guatemala hukuku taraflara uygulanacak mıdır? Diğer bir deyişle uygulanan yabancı hukuk olan Amerikan hukukunun Türk hukukundan farklı olarak mal rejimine ilişkin hukuk seçimi konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiş olması Amerikan hukukunu MÖHUK m.5 uyarınca kamu düzenimize aykırı hale getirir mi? Söz konusu farklılığın yine tek başına kamu düzenimize aykırılık oluşturmayacağını kabul etmek gerekecektir. Sonuçta, her ülkenin kanun koyucusunun kanun hazırlama aşamasında aynı saikle hareket etmesini beklememek gerekir. Ancak Guatemala hukukunun mal rejiminin tasfiyesi bakımından, eşitlik ilkesine aykırı hükümler içerdiği durumda yine kamu düzenimize aykırılıktan söz edilebilir.

Peki böyle bir durumda eşlere, MÖHUK m.15 uyarınca objektif bağlama noktalarından ikinci kademedede yer alan eşlerin evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku olan Amerikan hukuku mu uygulanacak yoksa MÖHUK m.5’te yer alan “... gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır” ifadesinden hareketle Türk hukuku mu uygulanacaktır? Burada MÖHUK m.5’te yer alan “...gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır” ifadesi ile kanun koyucunun tabiri caizse bir son çareyi tesis etmeye çalıştığı açıktır. Oysa olayda MÖHUK m.15 uyarınca ikinci kademedede yer alan objektif bağlama noktasıyla bir hukuk tespit etmek mümkündür. Dolayısıyla burada kamu düzeninin olumlu etkisi bertaraf edilerek objektif bağlama noktasıyla tespit edilen hukuk olan Amerikan hukukunun uygulanması gerekecektir. Ancak bu hukuka göre seçilen hukuk kamu düzenimize aykırılık teşkil ettiği için,

⁴¹⁴ Bkz. s. 175.

⁴¹⁵ Bkz. s. 181.

eşlere evlenme anında müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu eyalette kabul edilen yasal mal rejiminin mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasına uygulanmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir diğer mesele “doğrudan uygulanan kurallar” meselesidir⁴¹⁶. MÖHUK m. 6’da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, MÖHUK m. 31’de ise üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Burada sadece MÖHUK m.6 kapsamında Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilerek Türk hukukunda, yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyumsuzlukları bakımından bu kapsamda yer alabilecek kurallar olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

MÖHUK m. 6’da, yabancılık unsuru içeren bir uyumsuzluğun Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen yabancı hukuka tabi olduğu durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamına giren bir hal söz konusu olduğunda, yabancı hukukun uygulanmayacağı bunun yerine Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kuralın uyumsuzluğa uygulanacağı belirtilmiştir.

Bir ülkenin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu olan kurallar olarak tanımlanabilecek doğrudan uygulanan kurallar, devlet yapılanması tarafından üstlenilmeyi gerektirecek kadar önemli ortak çıkarlara hizmet etmektedir⁴¹⁷. Söz konusu kurallar, bir ülke ile bağlantılı bütün ilişkilerde, bu

⁴¹⁶ “Doğrudan uygulanan kurallar da, kamu düzeni kriterinde olduğu gibi, yabancı hukukun uygulanmasını engeller. Ancak iki kurum arasında yöntem farkı vardır. Kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun uygulanması aşamasında devreye girer ve yabancı hukukun uygulanmasını engeller. Doğrudan uygulanan kurallar ise, getirdikleri düzenlemeyle sınırlı olmak kaydıyla, kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu kuralların yetkili kılacağı hukukun uygulanmasını engeller”. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e, s. 90.

⁴¹⁷ Hatice Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kararlar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 8-12.

ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın uygulanır⁴¹⁸. Politik amaçlı ve ekonomi politikasına ilişkin kanunların yanında, akıl hastalarının veya yakın akrabaların evlenmesini yasaklayan kamu sağlığına ilişkin kurallar bu kapsamda yer almaktadır⁴¹⁹. Ancak bu kuralların eksiksiz bir listesini sunmak mümkün değildir. Dolayısıyla her somut olayda, uyumsuzluğa ilişkin kuralın devlet yapılanması tarafından üstlenilmeyi gerektirecek kadar önemli ortak çıkarlara hizmet eden bir kural olup olmadığını tespit etmek gerekecektir.

Acaba 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer alan ve mal rejiminin tasfiyesinden sonra, bir eşin aile konutu⁴²⁰ ve ev eşyası üzerindeki haklarını düzenleyen MK m.240 (edinilmiş mallara katılma rejiminde) m.254-255 (paylaşmalı mal ayrığı rejiminde) ve m.279 (mal ortaklığı rejiminde) hükümleri Türk hukuku bakımından doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirilebilir mi? Bu soruya cevap verebilmek için söz konusu hükümlerin ortak amacını tespit etmek gerekecektir. Bu hükümler mal rejiminin boşanma veya eşlerden birinin ölümü halinde sona ermesi durumunda, aile konutunda yaşamaya ve ev eşyasını kullanmaya ihtiyaç duyan eşin, haklı sebeplerin varlığı halinde, bu konut ve ev eşyası üzerinde haklar elde etmesini sağlayan hükümlerdir. Söz konusu hükümlerin koruduğu menfaat, evlilik birliği sona ermiş olsa dahi, eşlerden biri ile varsa bu evlilikten olma çocukların söz konusu konut ve eşyalar üzerinde aile hayatına devam edebilmeleridir⁴²¹. Aile ve aileye ilişkin bütün menfaatler, 1982 Anayasasının Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler isimli üçüncü bölümünde yer alan "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41. maddesi uyarınca devlet tarafından korunması gereken menfaatlerdir⁴²². Dolayısıyla, devlet yapılanması tarafından üstlenilmeyi gerektirecek kadar önemli ortak çıkar olarak

⁴¹⁸ Doğan, a.g.e., s. 154.

⁴¹⁹ Tekinalp/Uyanık- Çavuşoğlu, a.g.e., s. 58-59.

⁴²⁰ Aile konutunun tanımı için bkz. Birinci Bölüm s. 41 dn. 102.

⁴²¹ Nebioğlu- Öner de, evlilik birliği sona erdiğinde, eşlerden biri ile çocukların, aile konutu ve ev eşyası üzerindeki haklarının, 1982 Anayasasının 41. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, koruma altında olduğunu belirtmektedir. Şebnem Nebioğlu Öner, Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, s. 143. Makalenin tam metni için bkz. www.tbtdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-97-1109

⁴²² 41. maddenin 2. fıkrası, devletin özellikle ana ve çocuğu koruma yükümlüğünden bahsetmektedir. Bu hükümdeki amacın zayıfın korunması olduğu düşünülürse, evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle ekonomik olarak zayıf konuma düşecek eş (ister kadın olsun ister erkek) ile çocuğa aile konutu ve ev eşyası üzerinde haklar tanınmasının Anayasal güvence altında olduğu söylenebilir.

nitelendirilebilecek, ailenin menfaatine hizmet eden bu kuralların, doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz⁴²³. Bu sebeple MK'da yer alan söz konusu hükümler, Türkiye'de bulunan aile konutu ve ev eşyası hakkında, yabancılık unsuru içersin içermesin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bütün uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanacaktır.

Bu çalışmanın kapsamında incelenen bazı devlet hukuklarında ve uluslararası düzenlemelerde de aile konutu ve ev eşyasının bulunduğu devletteki konuya ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kurallar teşkil edeceği belirtilmiştir. Örneğin EGBGB m.17a'da⁴²⁴ yer alan düzenlemede Almanya'da bulunan aile konutu ve ev eşyasına ilişkin uyuşmazlıklar Alman maddi hukukuna göre çözümlenecektir. Aynı şekilde 2011 tarihli Tüzük Tasarısının 22. maddesi⁴²⁵ de doğrudan uygulanan kurallara ayrılmış ve bu kuralların; politik, sosyal ve ekonomik alanlarda kamu yararını korumak için kapsamına giren her konuda direkt olarak uygulanarak, o alana ilişkin yabancı bir hukukun uygulanmasını engelleyen kurallar olduğu belirtilmiştir. Tasarının madde gerekçesinde ise böyle bir hükme yer verilmesinin en temel sebebinin aile konutu meselesi olduğu dile getirilmiştir. Böylece, uyuşmazlığı çözümlenmeye çalışan hakim kendi ülkesinde bulunan aile konutunu kendi hukukunu uygulayarak koruyabilme imkanına sahip kılınmıştır.

IV. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimine İlişkin Davalarda Yetki

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda gerek taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde gerekse iç hukukumuzdaki düzenlemelerde hükümler bulunmaktadır. MÖHUK m.1 f.2

⁴²³ Doktrinde aile konutu üzerinde eşlerin tasarruflarını kısıtlayan MK m. 194 f.1 hükmünün de, bu kısıtlamanın asıl amacının ailenin korunması olduğu gerekçesiyle, doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilmesi gerektiği dile getirilmiştir. Bkz. Faruk Kerem Giray,4721 sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, MHB, yıl23, 2003, s. 437-438

⁴²⁴ Bkz. İkinci Bölüm s. 101.

⁴²⁵ Bkz. İkinci Bölüm s. 128.

uyarınca yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık hakkında Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme varsa bu sözleşmenin hükümleri iç hukukumuzdaki hükümlere kıyasla öncelikle uygulanacağı için taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde yer alan milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar da, iç hukukumuzdaki düzenlemelere kıyasla öncelikle uygulanacaktır. İç hukukumuzdaki düzenlemelerin başında ise 5718 sayılı MÖHUK m.40-46'da yer alan Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin kurallar gelmektedir. Bu kurallardan bir kısmı, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda (m.41), yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda (m.42), miras davalarında (m.43), iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında (m.44), tüketici sözleşmelerine ilişkin davalarda (m.45) ve sigorta sözleşmelerine ilişkin davalarda (m.46) Türk mahkemelerine yetki veren hükümler içermektedir⁴²⁶. Söz konusu hükümlerde düzenlenen uyuşmazlıkların dışında kalan diğer bütün uyuşmazlıklar bakımından ise MÖHUK m.40 hükmü uygulanmaktadır. Söz konusu hüküm Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına tabi tutmaktadır. Diğer bir deyişle, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları MÖHUK m. 40'ın yaptığı göndermeyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde de uygulanmaktadır.

İç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının büyük çoğunluğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) düzenlenmektedir. HMK dışında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (MK), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK), 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) gibi bazı kanunlarda da düzenledikleri uyuşmazlık konularıyla ilgili yetki kuralları mevcuttur.

⁴²⁶ Doktrindeki bir görüş, MÖHUK m.41-46'da yer alan milletlerarası yetkiye ilişkin kuralların tamamlayıcı nitelikte kurallar olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, söz konusu kurallar ancak MÖHUK m.40 göndermesiyle uygulanan iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının bu uyuşmazlıklar bakımından yetersiz veya eksik kaldığı alanlarda uygulanma imkanı bulabilecektir. Bkz. Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Beta Yayınevi, 2. Bası, 2000, s. 47 ve Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 511. Diğer bir görüş ise MÖHUK m. 41- 46'da yer alan milletlerarası yetki kurallarını, özel kurallar olarak isimlendirmekte ve bu kuralların düzenledikleri uyuşmazlık konuları bakımından doğrudan uygulanacaklarını belirtmektedir. Bu kuralların uygulanması sonucunda herhangi bir Türk mahkemesinin yetkilendirilememesi durumunda ise, artık MÖHUK m. 40 göndermesiyle iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına başvurulamayacağını, dolayısıyla o uyuşmazlık konusu bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin mevcut olmadığını kabul etmek gerektiğini savunmaktadır. Şanlı/Esen/ Ataman- Fıganmeşe, a.g.e., s. 350-353.

Türk hukukunda kural olarak üç çeşit yetki kuralı vardır. Bunlar; genel yetki kuralı, özel yetki kuralları ve kesin (kamu düzenine ilişkin) yetki kurallarıdır.

Genel yetki kuralı HMK m.6'da düzenlenmiştir. Buna göre genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Söz konusu genel yetki kuralı, aşağıda açıklanacak olan kesin yetki kurallarının uygulandığı uyuşmazlıklar dışındaki her türlü uyuşmazlıkta uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi, kesin yetki kuralı ile düzenlenmeyen bütün uyuşmazlıklar için yetkili mahkeme olacaktır.

Özel yetki kuralları ise, HMK m.6'da yer alan genel yetkili mahkemenin yanı sıra, düzenlediği uyuşmazlık konusu ile yakın ilişkisi bulunan başka yer mahkemelerini de yetkilendiren kurallardır. Söz konusu kurallar, genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmamakta, sadece bu yetkiye alternatif olarak başka yer mahkemelerini de yetkilendirmektedir. Böylece davacının söz konusu mahkemeler arasından bir seçim⁴²⁷ yapmasına imkan tanımaktadır. Özel yetki kurallarının bir kısmı HMK'da düzenlenmiştir. Ayrıca MK, TTK, İİK, FSEK gibi kanunlarda da, düzenledikleri uyuşmazlık konusu ile yakın ilişkisi bulunan mahkemeleri yetkilendiren özel yetki kuralları bulunmaktadır.

Kesin yetki kuralları ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda yetkili mahkemenin hangisi olduğunu mutlak bir ifadeyle belirten ve bu nedenle sadece belirtilen mahkemede dava açılmasına izin veren kurallardır. Diğer bir ifadeyle, böyle bir kesin yetki kuralının var olduğu bir uyuşmazlıkta, HMK m.6 uyarınca genel yetkili mahkemede dava açılmayacağı gibi tarafların aralarında bir yetki sözleşmesi yaparak MÖHUK m. 47 uyarınca yabancı bir devlet mahkemesini veya HMK m. 17 uyarınca bir Türk mahkemesini yetkilendirme olanakları yoktur.

⁴²⁷ Bkz. Baki Kuru/Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 139.

Yetki itirazı taraflar bakımından davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkeme tarafından resen dikkate alınır.

Şimdi milletlerarası yetki konusunda yukarıda yapılan özet nitelikteki açıklamalardan hareketle, bu çalışmanın konusunu oluşturan mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit etmeye çalışalım.

Öncelikle mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiyi düzenleyen Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde incelenen 1905 ve 1978 tarihli La Haye Sözleşmelerinde mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi Türkiye de bu sözleşmelere taraf olmamıştır. Mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin hükümler sadece 2011 tarihli Avrupa Birliği Tüzük Tasarısında yer almaktadır. Ancak henüz Avrupa Birliğine üye olmayan Türkiye'nin bu tasarının tüzük olarak yürürlüğe girdiği tarihte onunla bağlı olup olmayacağı günümüz koşullarında belirsizdir. Sonuç itibarıyla günümüzde mal rejimine ilişkin milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında mahkemelerin milletlerarası yetkisini düzenleyen, Türkiye'nin taraf olduğu herhangi bir uluslararası sözleşme mevcut değildir. Ayrıca MÖHUK m.41-46 arasında düzenlenen belirli uyuşmazlıklar arasında da mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar yer almamaktadır. Bu noktada MÖHUK m.40 göndermesiyle iç hukuktaki yer itibarıyla yetki kurallarından hareketle Türk mahkemelerinin mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkisini tespit etmek gerekecektir.

A. Genel Yetkili Mahkeme

HMK m.6'da düzenlenen ve genel yetkili mahkeme olan, davalının dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda da yetkili olacaktır. Dolayısıyla davalının dava tarihindeki yerleşim

yerinin Türkiye’de olduğu durumlarda, Türk mahkemesinin yetkisi de tesis edilmiş olacaktır.

Yerleşim yeri kavramının vasıflandırılması lex fori’ye göre yapılacaktır⁴²⁸. Bu nedenle yerleşim yeri kavramından ne anlaşılması gerektiği HMK m.6 f.2’nin göndermesiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ndaki konuya ilişkin hükümlere göre tespit edilecektir. MK m. 19 uyarınca, yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kişinin “hayat faaliyetleri ve ilişkilerinin merkezi” olarak kabul edilen yerleşim yerinin objektif unsurunun oturulan yer, subjektif unsurunu ise sürekli kalma niyeti oluşturmaktadır⁴²⁹.

Davalı yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş⁴³⁰ ise MK m.20 uyarınca bu kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır. HMK m. 9’da da, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkemenin, davalının Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesi olduğu belirtilmektedir. Ancak HMK m.9 kapsamına girebilmek için, yabancının yurt dışındaki yerleşim yerini bırakmamış ve ayrıca Türkiye’de mutad mesken edinmiş olması gerekir⁴³¹. Ayrıca, HMK m.9 c.2 uyarınca malvarlığı haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, diğer özel yetki kuralları saklı kalmak üzere, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir. Dolayısıyla yurt dışındaki yerleşim yerini bırakmamış ve Türkiye’de mutad mesken edinmiş bir yabancıya karşı açılacak, örneğin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir dava tasfiye konusu edilecek malların bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir. Ancak unutmamak gerekir ki bu hüküm özel

⁴²⁸ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 514, Nomer, a.g.e., s.446, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 357.

⁴²⁹ Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Özdemir, Saibe Oktay, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, 2010, s.120-122. Ayrıca Türk Medeni Hukukunda yerleşim yerinin tekliği, zorunluluğu ve sürekliliği ilkeleri mevcuttur. Bkz. Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II- Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 2008, s. 182-183. Bu ilkeler doğrultusunda herkesin bir yerleşim yeri olmak zorundadır. Kişinin sadece bir tane yerleşim yeri olabileceği için MK m.20 f.2 uyarınca yerleşim yeri değiştirilirken eski yerleşim yeri yenisi kuruluncaya kadar yeni yerleşim yeri sayılmaya devam edecektir.

⁴³⁰ Yabancıların Türkiye’de geçici ikamet tezkeresi almış olmasının yerleşim yerinin tesisi bakımından yeterli görülmeceği konusunda İstanbul 1. Aile Mahkemesi’nin, 24.12.2009 tarihli 2009/372 E., 2009/990 K. numaralı kararı için bkz. Nuray Ekşi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, 2010, s. 34 vd.

⁴³¹ Şanlı/Esen/ Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.359.

yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır. Bu nedenle aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere mal rejiminin tasfiyesine ilişkin MK m.214’te yer alan özel yetkili mahkemelerde de dava açılabilir.

B. Özel Yetkili Mahkeme

HMK m.6 ‘da düzenlenen genel yetkili mahkemeye alternatif olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda da mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda özel yetkiyi tesis eden kurallar bulunmaktadır. Bunlardan ilki MK m.207 hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi (olağanüstü mal rejimi) davalarında yetkili mahkeme “eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir”. Söz konusu dönüştürme davasında olduğu gibi dönüştürmenin kaldırılması davasında da yine eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olması gerekir⁴³². Dolayısıyla her iki dava da gerek davalının gerekse davacının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.

Örneğin eşlerden birinin Alman vatandaşı diğerinin Türk vatandaşı olduğu bir evlilikte, eşlerin İstanbul’da evlenip burada yaşadıklarını varsayalım. Bir süre sonra taraflar arasında geçimsizlik baş göstermiş ve Türk vatandaşı eş, tarafların birlikte yaşadığı İstanbul’daki evden ayrılıp, sürekli kalma niyetiyle İzmir’e yerleşmiş olsun. Bu arada Alman vatandaşı eş, Türk vatandaşı eşten MK hükümleri uyarınca mallarının envanterinin yapılmasını istemiş ve Türk vatandaşı eş bu talebi reddederek malvarlığı hakkında bilgi vermekten kaçınmış olsun. Alman vatandaşı eş de, MK m. 206 b.4 hükmü, “...Diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması” istemde bulunan eşe, aralarındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi için dava açma imkanı tanıdığı için söz konusu dönüştürme davasını açmaya karar versin. Böyle bir örnekte Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tespit edilirken, MÖHUK m.40’ın iç

⁴³² Gençcan, a.g.e., s. 146. Ayrıca mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı haczin uygulanmasında zarara uğrarsa hakimden mal ayrılığına dönüştürme talebinde bulunabilir. Böyle bir dönüştürme davasında ise yetkili mahkeme MK m.210 f.3 uyarınca hakkında icra takibinde bulunulan borçlunun yerleşim yeri mahkemesidir.

hukuktaki yer itibarıyla yetki kurallarına göndermesiyle dönüştürme davalarına ilişkin özel yetkili mahkemeleri tespit eden MK m.207 uyarınca Alman vatandaşı eş isterse yine davalı eşin İzmir'deki yerleşim yeri mahkemesinde, isterse de kendisinin İstanbul'daki yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilecektir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş diğer bir özel yetki kuralı ise *mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağına* ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi tesis eden MK m. 214 hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca;

“Eşler veya mirasçılar arasında bir mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalarda, aşağıdaki mahkemeler yetkilidir:

- 1. Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda ölenin son yerleşim yeri mahkemesi,*
- 2. Boşanmaya, evliliğin iptaline veya hâkim tarafından mal ayrılığına karar verilmesi durumunda, bu davalarda yetkili olan mahkeme,*
- 3. Diğer durumlarda davalı eşin yerleşim yeri mahkemesi.*

Görüldüğü üzere kanun koyucu yetkili mahkemeleri, mal rejiminin sona erme nedenlerini dikkate alarak tesis etmiştir.

Buna göre mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eş veya mirasçılar öncelikle mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağına ilişkin davasını ölenin son yerleşim yeri mahkemesinde açacaklar, ancak bu dava sonuçlanıp miras bırakanın terekesi tam olarak tespit edildikten sonra mirasın paylaşılmasını talep edebileceklerdir. Örneğin yukarıdaki örnekte yer alan Türk vatandaşı eş ile Alman vatandaşı eş arasındaki evlilikte, taraflar arasındaki geçimsizlik nedeniyle Türk vatandaşı eş sürekli kalma niyetiyle İzmir'e yerleştikten bir süre sonra ölmüş olsa idi, mal rejiminin tasfiyesindeki yetkili mahkeme MK m.214 b.1'e göre tespit edilecekti. Çünkü söz konusu örnekte mal rejiminin sona erme nedeni eşlerden birinin ölümüdür. Böyle bir durumda mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasında yetkili mahkeme MK m.214 b.1 uyarınca ölen eşin son yerleşim yeri olan İzmir'deki yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Ancak bu mahkemede mal rejiminin tasfiyesi

işlemi gerçekleştikten sonra ölen Türk vatandaşı eşin terekesi tam olarak tespit edilebilecek ve mirasın tasfiyesi istenebilecektir.

Mal rejiminin, boşanma veya evliliğin iptali kararıyla sona erdiği durumlarda tasfiye ve katılma alacağı davasında yetkili mahkeme ise MK m. 214 b.2 uyarınca bu kararları veren mahkemedir⁴³³. Hakimin taraflar arasındaki mevcut mal rejimini mal ayrılığına dönüştürmesi durumunda da aynı hüküm uyarınca yetkili mahkeme dönüştürme kararını veren mahkemedir. Dönüştürme kararı için hangi mahkemelerin yetkili olduğu yukarıda MK m.207'yi açıklarken ifade edildiği için burada tekrar üzerinde durmaya gerek görülmemektedir. Ancak boşanma ve evliliğin iptali kararları için yetkili mahkemelerin tespiti konumuz bakımından önem taşımaktadır.

Boşanma konusunda yetkili mahkemeler MK m.168'de⁴³⁴ düzenlenmiştir. Bu mahkemeler MK m.160'ın göndermesi nedeniyle evliliğin iptali davalarındaki yetkiyi de tesis etmektedir. MK m. 168 uyarınca yetkili mahkeme “.....eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir”. Bu durumda evliliğin iptali veya boşanma davasında yetkili mahkemeler olan, davacı ve davalı eşin her birinin yerleşim yeri mahkemesi ile davadan önce eşlerin son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi⁴³⁵, mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davalarında da, yetkili olacaktır. Yine yukarıdaki örnekten devam edersek, İzmir'de yaşayan Türk vatandaşı eş aleyhine İstanbul'da yaşayan Alman vatandaşı eşin, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açması veya sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalık kendisinden gizlendiği için nisbi butlan nedeniyle evliliğin iptali davası açması durumlarında yetkili olan, davalı Türk vatandaşı eşin İzmir'deki yerleşim yeri ve davacı Alman vatandaşı eşin İstanbul'daki yerleşim yeri mahkemeleri ile eşlerin

⁴³³ Hakimin ayrılık kararı verdiği durumlarda mal rejiminin sona ermesi meselesi için bkz. Birinci Bölüm s. 44.

⁴³⁴ MK m.168 hükmü ayrılık kararlarında da yetkili mahkemeyi tesis etmektedir.

⁴³⁵ “...(eşlerin)....davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi” nin yetkilendirilmesinin temel sebebi, bu şekilde delillerin daha kolay mahkemeye sunulabilmesi ve davanın daha basit çözülebilmesidir. Bkz. Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 13. Bası, 2012, s.139.

dava açılmadan önce son defa altı aydan beri birlikte yaşadıkları yer mahkemeleri⁴³⁶ tarafların arasındaki mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davaları bakımından da yetkili olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken son bir nokta ise, boşanma veya evliliğin iptali davalarının yabancı bir mahkemede görülmesi ve sonuçlandırılması durumunda mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı konusunda yetkili Türk mahkemesinin tespiti meselesidir. Bilindiği üzere bir Türk mahkemesinde mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasının açılabilmesi için öncelikle Türk Hukuku bakımından söz konusu mal rejiminin sona ermiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla böyle bir tasfiye davası ancak yabancı devlet mahkemesi tarafından verilmiş olan boşanma veya evliliğin iptali kararının Türk Hukukunda tanınması ile mümkün olacaktır. Böyle bir durumda, mal rejiminin tasfiyesinde yetkili Türk mahkemesi, MÖHUK m.51 f.2 uyarınca yabancı bir mahkemeden alınan boşanma veya evliliğin iptali kararının tanınmasında yetkili olan Türk Mahkemesi midir yoksa MK m. 168'de belirtilen Türk Mahkemeleri midir?

Yabancı devlet mahkemesinden alınan boşanma veya evliliğin iptali kararı MÖHUK m.51 f.2 uyarınca kendisine karşı tanıma istenen kişinin yerleşim yeri yoksa sakin olduğu yer Türkiye'de yerleşim yeri veya sakin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara İstanbul veya İzmir Mahkemelerinden birinde tanındığı anda artık Türk Mahkemeleri tarafından verilmiş bir karar gibi hukuk alanında sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla tanıma işleminin gerçekleştiği andan itibaren, bu kararın yabancı bir devlet mahkemesinden verilmiş bir karar olmasıyla MK m.168 uyarınca yetkili Türk mahkemesinden verilmiş bir karar olması arasında hiçbir farklılık kalmamaktadır. Bu nedenle söz konusu karara dayanarak açılacak mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasının da MK m.168 uyarınca boşanma ve evliliğin iptali davalarında yetkili olan Türk Mahkemesinde görülmesi gerektiği kabul edilmelidir.

⁴³⁶ Eşlerin dava açılmadan önce son defa altı aydır birlikte yaşadıkları yer ibaresi ile boşanma davası açılmadan hemen önceki son altı ayda eşlerin birlikte yaşadıkları yerin mi yoksa evlilik birliği devam ederken eşlerin son kez 6 ay boyunca yaşadıkları yerin mi kastedildiği açık değildir. Bkz. Dural Mustafa, Ögüz Tufan, Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2010, s.123.

Son bentte yer alan “diğer durumlarda davalı eşin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili” olacağına ilişkin ifadeyle, tasfiye ve katılma alacağına ilişkin çıkabilecek her türlü uyuşmazlıkta, davalı eşin yerleşim yerinin Türkiye’de olması koşuluyla, yetkili bir Türk Mahkemesi tesis edilmiş olmaktadır.

Hem MK m.207 hem de MK m.214’te yer alan özel yetki kuralları dikkatle incelendiğinde görülecektir ki kanun koyucu davalının yerleşim yeri mahkemesinin yanı sıra davacıya, kendisinin yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilme imkanı tanıyarak davanın açılmasını kolaylaştırmayı hedeflemiştir. MK’da yer alan bu özel yetki kuralları, hukuken HMK m.6’daki genel yetkili mahkeme olan davalının dava tarihindeki yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere bu kurala alternatif olarak davacıya MK’da düzenlenen diğer yetkili mahkemelerde de dava açma yetkisi tesis edecektir. Ancak MK’daki düzenlemelerde zaten hem davalının hem de davacının yerleşim yeri mahkemesi yetkilendirilmiş olduğu için dönüştürme ile tasfiye ve katılma alacağı davalarında HMK m.6’daki genel yetki kuralına başvurmanın pratik bir sonucu olmayacaktır⁴³⁷.

Ancak, MK’da mal rejiminden doğan diğer dava türleri için düzenlenmiş bir özel yetki kuralı mevcut değildir. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi ilişkisinde eşlere uygulanacak hukukun Türk Hukuku olduğu durumlarda, açılacak değer artış payına, mal rejimine özgü tenkise (eksik katılma alacağına) veya alacaklı eşe karşı borcunu ödemek için süre isteyen borçlu eşin teminat göstermesine ilişkin davalarda HMK m.6 uyarınca genel yetki kuralına başvurmak gerekeceği düşüncesindeyiz⁴³⁸. Aynı şekilde, yabancılık unsuru içeren mal rejimi

⁴³⁷ Erdem, MK’da düzenlenen özel yetki kurallarının, düzenledikleri konularda HMK’daki genel yetki kuralını fiilen bir istisna kuralı haline getirdiğini belirtmektedir. Bkz. Erdem Bahadır, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, MHB Yıl 22 Sayı 2/2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s.181. Ayrıca HMK m.6’da genel yetkili mahkeme olarak davalının dava tarihindeki yerleşim yeri mahkemesi tesis edilmişken MK’daki yetkiye ilişkin hükümlerde de “davalının yerleşim yeri mahkemesi”nin yer alması usul hukukçuları tarafından “kanun yapma tekniği ve isabeti” bakımından ciddi eleştirilere uğramıştır. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 136.

⁴³⁸ Gençcan, söz konusu davaların hepsinin MK m.214’teki özel yetki kuralı uyarınca yetkili olacak mahkemede görülmesi gerektiğini savunmakta, hiçbir dava türünde HMK m.6’da yer alan genel yetki

ilişkisinde eşlerin tabi olduğu hukukun yabancı bir hukuk olduğu durumlarda da bu hukukun öngördüğü mal rejimine ilişkin MK m.207 ve 214 kapsamı dışında kalan diğer dava türlerinde yine HMK m.6'daki genel yetki kuralını uygulamak gerekebilecektir.

Buraya kadar tespit edilen yetkili mahkemeler, görev bakımından 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m.4 b.1 uyarınca "Aile Mahkemeleri"dir⁴³⁹. Ancak, aynı kanunun 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Aile Mahkemesi kurulamayan yerlerde söz konusu davalara "Asliye Hukuk Mahkemeleri" tarafından bakılacaktır.

Mal rejimine ilişkin davanın yukarıda tespit edilen yetkili mahkemelerden birinde değil de yetkisiz bir Türk mahkemesinde açıldığı durumda ise HMK m.19 uyarınca, davalının cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunması gerekmektedir. Ancak davalının süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmaması durumunda, davanın açıldığı Türk mahkemesi yetkili hale gelecektir.

C. Kesin Yetkili Mahkeme

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, kesin yetki kuralları yetkili mahkemenin hangisi olduğunu mutlak bir ifadeyle belirten ve bu nedenle sadece belirtilen mahkemede dava açılmasına izin veren kurallardır. Dolayısıyla, kesin yetki kuralının var olduğu bir uyuşmazlıkta, HMK m.6 uyarınca genel yetkili mahkemede dava açılmaz ve bir sonraki başlıkta inceleneceği gibi tarafların aralarında bir yetki sözleşmesi yaparak MÖHUK m. 47 uyarınca yabancı bir devlet mahkemesini veya HMK m. 17 uyarınca bir Türk mahkemesini yetkilendirme olanakları da yoktur. Yetki itirazı taraflar bakımından davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkeme tarafından da resen dikkate alınır.

kuralına başvurmamaktadır. Gençan, a.g.e., s. 317,898,1012. Oysa özel yetki kuralları sadece düzenledikleri dava konuları için yetkili mahkeme belirlemektedirler. Dolayısıyla MK m.214 hükmünün uygulama alanını bu şekilde genişletmenin doğru olmayacağı düşüncesindeyiz.

⁴³⁹ Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca MÖHUK kapsamındaki aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi konusunda da "Aile Mahkemeleri" görevlidir.

HMK m.12’de “taşınmazın aynından doğan davalarda yetki” başlıklı bir kesin yetki kuralı yer almaktadır. Söz konusu hükmün 1. fıkrası uyarınca;

“ Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.”

Bu hükmün yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda ancak aynı tasfiyeyi gerektiren bir durum söz konusu olduğunda uygulanma imkanı olduğu düşüncesindeyiz. Bilindiği üzere, gerek Türk Hukukunda gerekse bu çalışma kapsamında incelenen devletlerin hukuklarında mal rejiminin tasfiyesi meselesinde genel kural nakdi tasfiyedir. Dolayısıyla eşler, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda çoğu zaman sadece birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri birer alacak hakkına sahip olacaklardır. Bu gibi durumlarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis ederken HMK m.12 hükmüne başvurmak mümkün değildir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MK m.214’teki özel yetki kuralı uyarınca tesis edilecektir.

HMK m.12 hükmü ancak yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkisinde eşlerin mallarının tasfiyesinde aynı tasfiyenin gerekli olduğu durumlarda, söz konusu taşınmaz Türkiye’de bulunuyorsa uygulama alanı bulabilecektir.

Örneğin eşlerin arasındaki mal rejimi ilişkisine Türk yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığını düşünelim. Böyle bir durumda açılacak tasfiye ve katılma alacağı davasında yetkili mahkeme kural olarak MK m.214’teki özel yetki kuralı uyarınca tespit edilecektir. Ancak eşlerin arasında MK m.226 f.2 uyarınca paylı mülkiyete konu bir taşınmaz varsa ve bu taşınmaz Türkiye’de bulunmakta ise, taşınmazın bulunduğu yerdeki Türk Mahkemesinin yetkisi kesin yetki olacaktır. Aynı şekilde, eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi eşlerden birinin ölümü nedeniyle sona ermişse ve eşlerin aile konutu Türkiye’de ise, sağ kalan eş, ancak aile konutunun bulunduğu yerdeki Türk mahkemesinde MK m.240 uyarınca aynı hak talebinde bulunabilecektir.

Yine eşlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisine yabancı bir hukukun uygulandığı durumlarda da söz konusu hukukta aynı tasfiye öngörülmüşse ve aynı tasfiyeye konu olacak taşınmaz Türkiye’de ise, bu taşınmazın bulunduğu yerdeki Türk Mahkemesinin HMK m.12 uyarınca kesin yetkisi söz konusu olacaktır⁴⁴⁰.

Ç. Yetki Sözleşmesi

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi meselesinde tespit edilmesi gereken bir nokta da, bu konuda yetki sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı meselesidir. Türk Hukuku’nda yetki sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler HMK ve MÖHUK’ta yer almaktadır. HMK’da yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kılınmasının koşulları, MÖHUK’ta ise yabancı bir devlet mahkemesinin münhasır yetkili kılınmasının koşulları düzenlenmektedir.

1. Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkili Kılınması

HMK m.17-18’de yer alan düzenlemeler ile tarafların milletlerarası yetkiye sahip olmayan bir Türk mahkemesine, milletlerarası yetki tanınması mümkündür. Hatta bu yetki, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece münhasır yetkidir⁴⁴¹. Söz konusu yetki sözleşmesi ile Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisinin tesis edilebilmesi için, uyumsuzluğun; 1-) Tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında olması⁴⁴² 2-) Tarafların

⁴⁴⁰ Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin yeni bir düzenleme yapılması konusunda çözüm önerimiz için bkz. Sonuç ve Öneriler Bölümü s. 257.

⁴⁴¹ 6100 sayılı HMK m.17 c.2 ile getirilen yeni düzenleme, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olup olmadığı yönündeki tartışmalara nokta koymuş ve Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olduğunu açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla taraflar aralarında düzenledikleri yetki sözleşmesine Türk mahkemesinin yetkisinin münhasır olmadığı yönünde bir hüküm yerleştirmedikleri sürece doğacak uyumsuzluklarda sadece yetki sözleşmesinde belirtilen Türk mahkemesi yetkili olacaktır.

⁴⁴² HMK’da düzenlenen yetki sözleşmelerinin sadece tacir ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilmesine ilişkin getirilen taraf sınırlamasına yönelik eleştiriler için bkz. Çelikel/ Erdem, a.g.e., s. 585 Şanlı da ilgili madde gerekçesini yorumlayarak kanun koyucunun, tacirler ve kamu tüzel kişilerine kıyasla hukuken daha zayıf konumda olan gerçek kişileri korumayı amaçladığını belirtmiştir. Çünkü bu koşul sayesinde tacirler ve kamu tüzel kişileri kendilerine göre daha zayıf konumda olan özellikle gerçek kişi tüketiciler ile yetki sözleşmesi yapamayacak ve kendi istedikleri yer Türk mahkemesini münhasır yetkili mahkeme olarak dayatamayacaktır. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, a.g.e., s. 379-380.

üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda çıkmış olması 3-) Yetki sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması 4-) Uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması 5-) Yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen Türk mahkemelerinin belirlenmiş olması 6-) Uyuşmazlık bakımından bir başka Türk mahkemesinin kesin yetkili olmaması gerekir.

Söz konusu koşulları bu çalışmanın konusu bakımından değerlendirdiğimizde, tarafların HMK kapsamında bir yetki sözleşmesi yaparak yetkisiz bir Türk mahkemesine münhasır yetki tanımalarının daha ilk koşulun gerçekleşmesi bakımından imkansız olduğu açıktır. Çünkü, mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar, doğal olarak, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında çıkamazlar.

Çalışmamızın birinci bölümünde açıklandığı üzere, mal rejimine ilişkin hükümler, birçok devlet hukukunda, tarafların bu konudaki tasarruf yetkilerini sınırlayıcı niteliktedir. Kıta Avrupası Hukuk sisteminde benimsenen mal rejimi sözleşmelerindeki tipe bağlılık ilkesi⁴⁴³ veya İngiliz Hukukunda benimsenen mal rejimi sözleşmelerinin ancak hakim onayından geçerek bağlayıcılık kazanması gibi durumlar bu sınırlamaya verilebilecek örneklerdendir. Dolayısıyla mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar, HMK kapsamındaki yetki sözleşmeleri bakımından, ikinci koşul olan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar kapsamında da değerlendirilemeyecektir.

Ayrıca, Türkiye’de bulunan taşınmazların aynı tasfiyesinde, yukarıda belirtildiği üzere, Türk mahkemelerinin yetkisi HMK m.12 uyarınca kesin yetkidir. Dolayısıyla bu tür davalar son koşula aykırılık teşkil edecektir. İşte bu sebeplerle, yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi ilişkisinde yetkisiz bir Türk mahkemesine HMK kapsamında bir yetki sözleşmesi düzenleyerek münhasır yetki tanımak mümkün olmayacaktır.

⁴⁴³ Tipe bağlılık ilkesi için bkz. Birinci Bölüm s. 20.

Ancak buna rağmen HMK kapsamında yapılacak bir yetki sözleşmesi ile yetkisiz bir Türk mahkemesine münhasır yetki tanınması durumunda, geçersiz olan yetki sözleşmesine dayanılarak açılan davada, Türk hakimnin re'sen yetkisizlik kararı vermesi mümkün değildir. Çünkü HMK'da, sadece yetkinin kesin yetki olduğu durumlarda hakime re'sen yetkisizlik kararı verme yetkisi tanınmıştır (HMK m.19 f.1). Böyle bir durumda, taraflar da davanın her aşamasında yetki itirazında bulunabilirler. Oysa, geçersiz bir yetki sözleşmesine dayanılarak yetkisiz Türk mahkemesinde dava açıldığı durumda, yetki itirazı ancak HMK m.116 f.1 b.a uyarınca davalının cevap dilekçesinde ilk itiraz olarak ileri sürülebilecektir. Davalı tarafından süresi içerisinde yetki itirazında bulunulmadığı sürece, hakim yetkisizlik kararı veremeyecek ve dava yetkisiz Türk mahkemesinde görülmeye devam edilecektir⁴⁴⁴. Doktrinde, davalının ilk itiraz süresi içerisinde yetki itirazında bulunmamasını tarafların arasında örtülü bir yetki sözleşmesi kurulduğuna ilişkin bir faraziye olarak değerlendirenler de olmuştur⁴⁴⁵.

2. Yabancı Devlet Mahkemelerinin Münhasır Yetkili Kılınması

MÖHUK m. 47 uyarınca bir yetki sözleşmesiyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bertaraf edilerek yabancı bir devlet mahkemesinin münhasır yetkili⁴⁴⁶ kılınabilmesi için ise, şu üç koşulun gerçekleşmesi gerekir; 1-) Uyuşmazlık yabancılık unsuru taşınmalıdır. 2-) Uyuşmazlık borç ilişkisinden doğmalıdır. 3-) Uyuşmazlık Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği konulara ilişkin olmalıdır⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 154-157.

⁴⁴⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, a.g.e., s. 162 ve H. Yavuz Alangoya/ M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınevi, 8. Bası, 2011, s. 108.

⁴⁴⁶ 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı devlet mahkemesinin yetkisinin münhasır yetki olup olmadığı, dolayısıyla kanunen yetkili Türk mahkemelerinin yetkisinin ortadan kalkıp kalkmadığı konusu tartışmalı idi. Bu dönemdeki doktrin tartışmaları ve Yargıtay kararları için bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e. s. 573-576, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 392-395 dn. 133.

⁴⁴⁷ Şanlı söz konusu üç koşula "yetki anlaşmasına konu teşkil eden uyuşmazlığın" ve "yetkili kılınan mahkemenin" belirli veya belirlenebilir olması koşullarını da eklemektedir. Bkz. Şanlı/Esen/ Ataman-Figanmeşe, a.e., s. 386.

Çalışmamızın konusunu oluşturan mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkların MÖHUK m.47 uyarınca yapılacak yetki sözleşmeleri bakımından aranan birinci koşul olan yabancılik unsurunu içerdiği açıktır. Dolayısıyla bu koşul bakımından herhangi bir tartışma söz konusu değildir.

Ancak ikinci koşulda yer alan uyuşmazlığın bir “borç ilişkisinden” kaynaklanması durumunun konumuz bakımından tartışılması gerektiği düşüncesindeyiz. Şöyle ki; söz konusu hükmün madde gerekçesinde “borç ilişkisi” kavramı tanımlanmış değildir. Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde ise genel eğilim bu borç ilişkisini sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri olarak kabul etmek ve kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkları kapsam dışında tutmaktır⁴⁴⁸. Gerçekten de, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda sadece üç tür borç kaynağı düzenlenmiştir. Bunlar; sözleşmeden doğan borçlar (BK m.1- 48), haksız fiilden doğan borçlar (BK m. 49-76) ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlardır (BK m. 77-82). Oysa Medeni Hukuk doktrininde borcun kaynakları arasında söz konusu borç ilişkilerine ek olarak “kanundan doğan borç ilişkileri”⁴⁴⁹ de kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Kanundan doğan borç ilişkileri ile kastedilen, sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kapsamına girmeyen ve bir kanun hükmünden doğan borç ilişkileridir⁴⁵¹. Eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi de, ister yasal, ister sözleşmesel, isterse olağanüstü mal rejiminden kaynaklansın sonuç itibarıyla kaynağını kanundan alan bir borç ilişkisidir. Mal ayrılığı rejimi dışındaki bütün mal rejimleri kendi hukuk kuralları içerisinde bir tasfiye aşamasına sahiptir. Eşlerin mallarının tasfiyesi ise doğal olarak eşler arasında bir alacak- borç ilişkisi doğurmaktadır. Bu noktada, MÖHUK m.47’de yer alan “borç ilişkisi”

⁴⁴⁸ Bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s.570-571, Nomer, a.g.e., s. 473, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.68 ve Doğan, a.g.e., s. 89-90. Şanlı da, bu hükümdeki “borç ilişkisinin” mutlaka bir borçlar hukuku sözleşmesinden kaynaklanmasının şart olmadığını dile getirerek tarafların irade serbestisine sahip olduğu konulardan kaynaklanan (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vb.) borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların da yetki sözleşmesine konu olabileceğini belirtmiştir. Bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, a.g.e., s. 386, dn. 123.

⁴⁴⁹ Doktrinde bu gruba giren borç ilişkileri için “diğer sebeplerden doğan borç ilişkileri”, “akit benzeri- haksız fiil benzeri kaynaklardan doğan borç ilişkileri” ifadeleri de nadiren kullanılmaktadır.

⁴⁵⁰ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 7. Bası, İstanbul, 2009, s. 32 ve Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 37.

⁴⁵¹ Oğuzman/ Öz, a.e., s.32, Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.37

kavramını, kanundan doğan borç ilişkilerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlarsak, mal rejimi ilişkilerini de bu kapsam içerisinde değerlendirmek gerekecektir.

MÖHUK m.47 uyarınca yapılacak bir yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeye münhasır yetki tanınabilmesi için aranacak son koşul ise uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği konulara ilişkin olmasıdır. Bu koşulu konumuz bakımından değerlendirecek olursak, uyuşmazlık konusu mal rejimi ilişkisinde aynı tasfiyenin öngörüldüğü istisnai durumlarda aynı tasfiyeye konu olan taşınmazın Türkiye’de bulunduğu durumlarda HMK m.12 uyarınca Türk mahkemelerinin yetkisi kesin yetki olacağı için bu tür uyuşmazlıklarda MÖHUK m.47 kapsamında bir yetki sözleşmesi yapmak mümkün olmayacaktır. Böyle bir olasılıkta, yine de bir yetki sözleşmesi yapılır ise söz konusu yetki sözleşmesi geçersiz olacağı için, münhasır yetkili Türk mahkemesinde açılacak bir davada bu yetki sözleşmesine dayanılarak yapılan yetki itirazı reddedilecek ve yargılamaya devam edilecektir. Ancak bu istisna dışında kalan bütün uyuşmazlıklarda eşlerin yetki sözleşmesi yaparak yabancı bir devlet mahkemesine münhasır yetki tanıyabileceklerini kabul etmek gerekmektedir.

Sonuç itibarıyla, irade muhtariyeti ilkesinin milletlerarası usul hukukundaki iz düşümü olarak kabul edebileceğimiz MÖHUK m.47 uyarınca bir yetki sözleşmesi ile tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenecek bir yabancı devlet mahkemesine münhasır yetki tanınması meselesi mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından, - tıpkı hukuk seçimi meselesinde olduğu gibi- sınırlı da olsa kabul edilmelidir. Şöyle ki; eşler kural olarak aralarındaki mal rejimi ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda MÖHUK m.47 uyarınca yabancı bir devlet mahkemesine münhasır yetki tanıyabilmelidir. Ancak mal rejiminin aynı tasfiyesini gerektiren istisnai durumlarda şayet aynı tasfiyeye konu olan taşınmaz Türkiye’de ise, bu uyuşmazlık hakkında MÖHUK m.47 uyarınca bir yetki sözleşmesi yaparak Türk mahkemelerinin HMK m.12’den kaynaklanan münhasır yetkisini bertaraf etmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla MÖHUK m.47 uyarınca yapılabilecek yetki sözleşmeleri ancak bunun dışında kalan mal rejimi uyuşmazlıkları bakımından geçerli olacaktır.

D. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (ADR)

Yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde son olarak üzerinde durulması gereken nokta bu tür uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözülebilişip çözülemeyeceğı meselesidir.

Devlet yargısına alternatif olarak geliştirilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en sık başvurulana tahkimdir⁴⁵². Tahkim, “ taraflar arasında doğmuş ve doğacak bir uyuşmazlığın devlet yargısı dışında hakem adı verilen ve taraflarca seçilen özel kişilerce karara bağlanmasını”⁴⁵³ sağlayan alternatif bir yargılama faaliyetidir. Devlet yargısına kıyasla uyuşmazlığı daha hızlı çözüme kavuşturması, taraf iradesine dayanan özel bir yargılama usulü benimsemesi, hakemlerin uyuşmazlık konusunda uzman kişilerden oluşması, verilen kararların tanıma ve tenfizindeki kolaylıklar gibi birçok sebepten dolayı tahkim özellikle uluslararası ticaret camiasında sıklıkla başvurulana bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir⁴⁵⁴. Ancak tahkimin alternatif bir yargılama faaliyeti olmasının doğal sonucu, tahkime başvurmanın devlet yargısına başvurmaya kıyasla istisnai bir nitelik taşımasıdır. Dolayısıyla tahkim ancak devletlerin mevzuatlarında izin verildiğı ölçüde tarafların başvurabileceğı bir yargılama faaliyetidir. Doktrinde, “ tahkime elverişlilik” olarak nitelendirilen bu durum, tarafların irade serbestisinin bittiğı ve hassas kamusal çıkarların başladığı alanı ifade eder⁴⁵⁵. Tahkime elverişlilik, objektif ve subjektif tahkime elverişlilik olmak üzere iki başlığa ayrılmaktadır. Subjektif tahkime elverişlilik, tarafların tahkime başvurmak için gerekli olan ehliyet ve temsil

⁴⁵² Doktrinde tahkimin devlet yargılamasının bir alternatifi olması konusunda görüş birliğı olsa da, bazı yazarlar bu kurumu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde değerlendirirken bazı yazarlar bağımsız bir başlık altında incelemektedir. Bu yazarlardan ilkinde örnek teşkil etmesi bakımından bkz. Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetki Yayınları, 2. Bası, 2009, ikincisine örnek teşkil etmesi bakımından bkz. Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Beta Yayınları, 5. Bası, 2013 ve Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, 2013.

⁴⁵³ Bkz. Ziya Akıncı, a.g.e., s. 30, Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 7 Benzer tanım için bkz. Cemal Şanlı, a.g.e., s. 248. Ergin Nomer/ Nuray Ekşi/ Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 4. Bası, Beta Yayınevi, 2013, s. 2.

⁴⁵⁴ Şanlı, a.e., s.243vd.

⁴⁵⁵ Huysal, a.g.e., s. 13.

yetkisine sahip olmalarını ifade eder⁴⁵⁶. Konumuz bakımından daha çok önem arz eden objektif tahkime elverişlilik ise, bir uyuşmazlığın konusu itibarıyla tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olmasıdır⁴⁵⁷. Kamusal çıkarların bireysel çıkarlara kıyasla daha ön planda olduğu veya hakemlerin yetkisinin kanunen özel olarak yetkilendirilmiş bir kamusal karar organı ile çatıştığı veya toplumda zayıf olarak kabul edilen grupların korunmasının gerektiği durumlarda⁴⁵⁸, tahkime elverişlilik sona erer ve tahkim engellenir. Ceza hukuku, aile hukuku, kira sözleşmeleri, fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklar, menkul değerler, rekabet kuralları, iş hukuku, haksız fiiller, konu bakımından tahkime elverişli olmayan alanlar olarak kabul edilmektedir⁴⁵⁹. Mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar da devletlerin milletlerarası özel hukuk sistemlerinde çoğunlukla aile hukuku karakteri ağır basan uyuşmazlıklar olarak vasıflandırıldıkları⁴⁶⁰ için bu alandaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını kabul etmek gerekecektir.

Ayrıca Türk hukukunda “milletlerarası tahkimi”⁴⁶¹ düzenleyen 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesinin 4. fıkrasında objektif tahkime elverişliliğin sınırları çizilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, taşınmaz üzerinde aynı haklara ilişkin meseleler ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda tahkime başvurulmaz⁴⁶². İki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar ile kastedilen tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulara ilişkin uyuşmazlıklardır. Bir üst başlıkta da açıklandığı üzere, mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar olarak nitelendirilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Gerek Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki devletlerin medeni hukuklarındaki sınırlı sayı ve tipe

⁴⁵⁶ Huysal, a.e., s. 18.

⁴⁵⁷ Huysal, a.e., s.15-16.

⁴⁵⁸ Huysal, a.e., s. 15-16.

⁴⁵⁹ Huysal, a.e., s. 15-16.

⁴⁶⁰ Bkz. İkinci Bölüm s. 66-69.

⁴⁶¹ Milletlerarası tahkim, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya 4686 sayılı MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda uygulanan tahkimdir. (MTK m. 1 f.2)

⁴⁶² Yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği milli tahkim ise HMK’da düzenlenmiştir. HMK m. 408’de de milletlerarası tahkimde olduğu gibi taşınmaz üzerinde aynı haklara ilişkin meseleler ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar tahkime elverişli konuların kapsamı dışında bırakılmıştır.

bağlılık ilkeleri, gerek İngiliz Hukukundaki, mal rejimi sözleşmelerinin bağlayıcılığının hakim onayına tabi tutulması meselesi, gerekse bu çalışmanın kapsamında incelenen birçok devletin milletlerarası özel hukuk mevzuatları ile konuya ilişkin uluslararası düzenlemelerde kabul edilen sınırlı hukuk seçimi yetkisi, eşlerin kendilerine uygulanacak mal rejimini belirleyebilmeleri konusunda iradelerine getirilmiş sınırlandırmalardır. Dolayısıyla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alan olmayan yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarında milletlerarası tahkime başvurmak mümkün görünmemektedir.

Türk medeni usul hukuku bakımından yeni bir kavram olan ve bu çalışmanın tamamlandığı sırada uygulanmaya henüz başlanmayan bir diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ise arabuluculuktur. Türk hukukunda arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenmiştir. Arabuluculuk, “sistemik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir” (m.2 b bendi).

Arabuluculuk kapsamında çözümlenebilecek uyuşmazlıklar, ilgili kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre; “ Arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadarki aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir”. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkları da kapsamına alan arabuluculuk faaliyeti, kural olarak, milletlerarası özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulanabilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Ancak, tahkimde olduğu gibi, arabuluculukta da sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan doğan uyuşmazlıklar kapsam içerisinde yer almaktadır. Oysa, tahkime ilişkin açıklamalarda belirtilen nedenlerle, mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkların, ister yabancılık unsuru içersin ister içermesin, tarafların üzerinde

serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olmadığı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, ilgili kanunun uygulama alanına ilişkin olarak “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edeceği konular” kriteri yer almaya devam ettiği sürece, ister yabancılık unsuru içersin ister içermesin hiçbir mal rejimi uyumsuzluğu arabuluculuk faaliyeti ile çözümlenemeyecektir⁴⁶³.

V. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimine İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi

Devletlerin, kendi ülkeleri üzerindeki egemenliğinin sonuçlarından biri de yargılama faaliyetini bağımsız mahkemeleri eliyle kullanabilmesidir. Bir devletin mahkemeleri tarafından verilen ilamlar, o ülkede, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, re’sen hukuki sonuç doğururlar. Ancak, sınırlar arası ilişkilerin artmasıyla sayıları çoğalan yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyumsuzluklarının çözümlenebilmesi için bir devlet mahkemesinden verilen ilamın başka bir devlette hukuki sonuç doğurması gerekebilmektedir. İşte söz konusu hukuki sonucun gerçekleşebilmesi için yabancı mahkeme kararlarının⁴⁶⁴, hukuki sonuç doğuracağı devlette tanıma- tenfiz işleminde

⁴⁶³ Oysa arabuluculuğun uygulama alanını bu denli sınırlandırmak, aile hukukuna ilişkin konularda arabuluculuk faaliyetinin hiçbir şekilde uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bkz. Mustafa Serdar Özbek, Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Önerileri, s. 1-5, (öneriler için bkz. www.arabulucu.com, Çevrimiçi 24.02.2014). Bu durum ise Türk hukuk sisteminde arabuluculuk faaliyetinden beklenen faydanın sağlanmasına ciddi bir engel oluşturacaktır. Avrupa Konseyi ise Arabuluculuk Yönergesi Önerisinde aile hukuku ve tüketici hukuku uyumsuzluklarını da kapsamına almıştır. Hatta Özbek, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” konulu tavsiye kararına ilişkin makalesinde, Fransa gibi bazı Avrupa ülkelerinde milletlerarası boşanma ve hatta çocuk kaçırma uyumsuzluklarında bile arabuluculuğa başvurulduğunu belirtmektedir. Bkz. Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD, Cilt 7, Sayı 2, Yıl 2005, s.71-102.

⁴⁶⁴ Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından ancak yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması- tenfizi mümkündür. Yabancı bir devletin idari organları tarafından verilen bir karar, kural olarak, tanıma-tenfiz konusu yapılamaz. Bu kuralın özel bir kanun hükmü ile getirilen bir istisnası Nüfus Hizmetleri Kanunu m.30 f.2’de yer alan evlat edinmeye ilişkin yabancı idari kararların verilen ülke hukukuna göre kesinleşmesi durumunda tanıma-tenfiz konusu yapılabileceğine ilişkin hükümdür. Ayrıca Türkiye’nin taraf olduğu bazı uluslar arası sözleşmelerde de bu konuya ilişkin istisnalar yer alabilmektedir. Örneğin Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme uyarınca, taraf devletlerin idari makamları tarafından verilmiş nafaka kararlarının diğer taraf devletlerde bu sözleşmenin hükümleri çerçevesinde tanınması ve tenfizi mümkündür. Yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda tahkime başvurma imkanı bulunmadığı için (bkz. s. 209) yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

geçirilmesi gerekmektedir. Her mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki sonucu vardır⁴⁶⁵.

Kesin hüküm, “bir uyuşmazlığı nihai olarak ortadan kaldıran ve o konunun mahkemelerde yeniden inceleme konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vasfıdır”⁴⁶⁶. Bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvveti kazanmasının bir maddi bir de şekli sonucu vardır. Maddi kesin hüküm, artık o uyuşmazlık hakkında aynı taraflar arasında aynı sebeple yeniden dava açılmaması sonucunu doğurur. Söz konusu karar kesin delil teşkil etmektedir. Buna rağmen dava açılırsa, davalı kesin hüküm itirazında bulunabilecektir. Şekli kesin hüküm ise, söz konusu karar hakkında bütün kanun yollarının tüketilmiş olmasını ve bu nedenle kararın değiştirilememesini ifade eder. İşte yabancı bir mahkeme kararının, söz konusu kesin hüküm kuvvetinin Türk Hukukunda kabul edilmesi için bu kararının tanınması gerekmektedir⁴⁶⁷.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan mal rejimine ilişkin bazı yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de kesin hüküm kuvvetinin kabul edilebilmesi için tanıma işlemine konu olması gerekmektedir. Örneğin dönüştürme (olağanüstü mal rejimi) davaları bu tür davalardandır. Söz konusu davada eşler arasındaki mal rejimi bir mahkeme kararıyla değiştirilmekte ve bu değişikliğin hukuk hayatında sonuç doğurabilmesi için herhangi bir icrai faaliyete gerek duyulmamaktadır. Yenilik doğurucu bir karar olan dönüştürme kararı ancak tanıma işleminden geçirildikten sonra Türk Hukukunda kesin hüküm kuvveti elde edebilecektir. Dolayısıyla, örneğin aralarındaki mal rejimi ilişkisinin İsviçre Hukuku’na tabi olduğu bir çift hakkında verilen yabancı bir dönüştürme kararı Türk Hukukunda tanıma işlemine konu olacaktır. Aynı şekilde, İngiliz Hukuku uyarınca eşler arasındaki mal rejimi sözleşmesinin bağlayıcılık kazanmasını sağlayan mahkeme kararı da⁴⁶⁸, söz konusu dava bir tespit davası niteliği taşıdığı ve hukuki sonuç doğurması bakımından herhangi bir icrai faaliyete gerek olmaması nedeniyle tanıma işlemine konu olacaktır.

⁴⁶⁵ Bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 615, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 463

⁴⁶⁶ Çelikel/Erdem, a.e., s. 615

⁴⁶⁷ Bazı mahkeme kararları sadece şekli kesinlik taşırlar. Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler. Örneğin Türk Hukukundaki ihtilafsız kaza kararları buna örnektir.

⁴⁶⁸ Bkz. Birinci Bölüm s. 15.

Bir mahkeme kararının icra kabiliyeti kazanması ise, “sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete getirebilme vasfıdır”⁴⁶⁹ Yabancı bir mahkeme kararına dayanılarak Türk icra makamlarının harekete geçirilmesi için ise söz konusu kararın tenfiz işlemine konu edilerek kesin hüküm ve icra kabiliyetinin Türk Hukukunda kabul edilmesi gerekmektedir. Birine bir şeyi verme, yapma veya vermeme konusunda belirli bir edime mahkum eden kararlar olan eda davası⁴⁷⁰ kararları, kesin hüküm vasıflarının yanında icra kabiliyeti de taşıdıkları için yabancı mahkeme tarafından verilmiş söz konusu kararlar tenfize konu teşkil edecektir.

Yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda sıklıkla rastlanan tasfiye davaları, genellikle bu malların bedelinin paylaşılmasını öngören nakdi tasfiyeye ilişkin davalardır. Söz konusu nakdi tasfiye davaları birer alacak davası olarak eda davası niteliği taşımaktadır. Bu nedenle yabancı mahkeme tarafından verilmiş nakdi tasfiyeye ilişkin kararlar Türk Hukuku bakımından tenfiz işlemine konu olacaktır. İstisnai olarak aynı tasfiyenin söz konusu olduğu bir davada ise devri talep edilen malın niteliğine göre tanıma veya tenfiz talep edilecektir. Böyle bir aynı tasfiye davasında bir taşınır üzerindeki aynı hakkın devri söz konusu ise, taşınırın devri ancak teslimle mümkün olduğu için, ortada bir eda davası olacak ve yine yabancı mahkeme kararının tenfizi gerektirir. Ancak aynı tasfiyeye konu olan mal bir taşınmaz ise, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devri, ilgili tapu müdürlüğünde tescil işleminin gerçekleşmesiyle sağlandığı için, ortada yenilik doğurucu bir karar olacak ve kural olarak, yabancı mahkeme kararının tanınması gerekecektir^{471 472}. Ancak aşağıda detaylı bir şekilde inceleneceği üzere⁴⁷³, böyle bir karar Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verildiği için Türkiye’de tanınmayacaktır.

⁴⁶⁹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 616

⁴⁷⁰ Çelikel/ Erdem, a.e., s. 617, Şanlı/Esen/Ataman- Fıganmeşe, a.e., s. 465.

⁴⁷¹ Nüfus kütüğünde, tapu sicilinde, gemi sicilinde değişiklik sonucunu doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tenfiz değil tanıma konusu yapılabileceğine ilişkin bkz. Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 6.

⁴⁷² Yargıtay 2. H. D.’nin 25.01.1996 tarihli 1996/44E. 1996/782K. numaralı kararında da taşınmazın temlik ve tescilinin tanıma işlemine konu olacağı belirtilmiştir. Söz konusu karar için bkz. s. 226.

⁴⁷³ Bkz. s. 226.

İster tanıma ister tenfiz konusu yapılacak olsun, yabancı devlet mahkemesi tarafından mal rejimine ilişkin bir uyuşmazlık konusunda verilen kararın, bu kararın verildiği yabancı devlet kanunlarına göre kesinleşmiş olması gerekmektedir. (MÖHUK m.50 f.1). Kesin hüküm teşkil etmeyen bir kararın tanınip tenfiz edilmesi mümkün değildir. Söz konusu kesin hüküm kuvvetinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, burada yabancı mahkeme kararının verildiği ülke hukukuna göre şekli kesin hüküm taşımasının yeterli olduğunu dile getirmektedir⁴⁷⁴. Diğer görüş ise, söz konusu kararın hem maddi hem de şekli kesin hüküm teşkil etmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁷⁵. Geçici nitelik taşıyan ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarının tenfiz edilip edilemeyeceği konusunda ise söz konusu kararların geçici niteliği gereği tenfize konu teşkil edemeyeceğini belirtmekte ancak yabancı mahkemenin hukukuna göre böyle bir karar uyuşmazlık konusunu kesin ve nihai olarak çözümlüyorsa MÖHUK m.50 uyarınca tenfiz edilebileceğini dile getirilmektedir⁴⁷⁶. İhtiyati tedbir kararlarının konumuz bakımından önemli olabileceği bir örnek, mal rejiminin tasfiyesine konu olacak taşınırlardan Türkiye’de bulunanları ile ilgili yabancı bir devlet mahkemesinden ihtiyati tedbir kararı alınması olabilir. Böyle bir durumda, yabancı devlet mahkemesinden verilen ihtiyati tedbir kararının o ülke hukukuna göre mal rejiminin tasfiyesine ilişkin uyuşmazlığı kesin ve nihai olarak çözümlene imkanı bulunuyorsa tenfizinin mümkün olacağını kabul etmek gerekir. Ancak söz konusu kararın tenfizinin mümkün olmadığı durumlarda, yetkili Türk mahkemesinde mal rejiminin tasfiyesi davası açacak davacının Türkiye’de bulunan taşınırlar için Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir kararı alması gerekecektir.

Yabancı kararın kesinleştiğini ispat etmek için, tenfiz mahkemesine, söz konusu yabancı kararın kararı veren yabancı mahkeme tarafından usulen onanmış aslı veya

⁴⁷⁴ Çelikel/ Erdem, a.g.e., 621, Demir- Gökyayla, a.g.e., s.40-41, Ergin Nomer, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Bası, İstanbul, 2010, s.911.

⁴⁷⁵ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 477, Günseli Öztekin Gelgel, Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements Within The Framework of The Application of The Supreme Court of Appeals, Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 392

⁴⁷⁶ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 135 vd., Nomer, a.g.e., s. 491, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 477, Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 299. Ancak Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarının tenfiz edileceğine ilişkin hükümler saklıdır. Ancak bu çalışmanın konusu bakımından böyle bir uluslararası düzenleme mevcut değildir.

örneği ve tercümesi ile birlikte veren mahkeme tarafından bu kararın kesinleştiğini onayan bir belge sunulmalıdır (MÖHUK m.53).

Yabancı mahkeme kararının tanıma-tenfiz işleminin gerçekleşeceği mahkemede nasıl bir incelemeden geçeceği konusunda iki temel sistem mevcuttur. Bunlardan ilki, “revision sistemi” olarak adlandırılan, yabancı karar verilirken uygulanan hukukun doğru seçildiği, doğru uygulandığı, delillerin doğru takdir edildiği, kısacası kararının esas yönünden doğruluğunun inceleme konusu yapıldığı sistemdir⁴⁷⁷. İkincisi ise “exequatur sistemi” olarak adlandırılan, tenfiz mahkemesinin yetkisinin sadece kanunda öngörölmüş belirli koşulların varlığının tespitinden⁴⁷⁸ ibaret olan sistemdir. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda exequatur sistemi kabul edilmiştir. Dolayısıyla Türk hakiminin, önüne gelen yabancı kararın MÖHUK’ta yer alan tenfiz şartlarını taşıması halinde, bu kararı tenfiz etmeme gibi bir takdir yetkisi yoktur. Bu durum, tenfiz kararına davalının itiraz edebileceği konuların tahdidi olarak (numerus clauses) sayıldığı MÖHUK m. 55 f.2 hükmünden de anlaşılmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, davalı da ancak, tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek, tenfiz kararına itiraz edebilir. Davalının tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının esasına ilişkin bir itirazda bulunma imkanı yoktur.

Bu durumda, eşlerden birinin İngiliz diğerinin ise Türk olduğu bir örnekte, eşlerin aralarında İngiliz Hukukuna göre bir mal rejimi sözleşmesi yaptığını, daha sonra ise bu sözleşmeye istinaden mal rejiminin tasfiyesine ilişkin İngiliz mahkemesinden bir karar aldıklarını varsayalım. Türk eş, söz konusu tasfiye kararını Türk mahkemesinde tenfiz ettirme kararı aldığı anda, revision yasağı gereği Türk mahkemesinin söz konusu mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı tarihte İngiliz mahkemesinin onayına sunularak bağlayıcılık kazanmış olup olmadığını inceleme yetkisi yoktur. Aynı şekilde, tasfiye kararının verildiği ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarına göre mal rejiminin tasfiyesine uygulanacak hukukun doğru tespit edilip edilmediği ya da edildiyse doğru uygulanıp uygulanmadığı tenfiz talep edilen

⁴⁷⁷ Çelikel/Erdem, a.e., 623, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.e., s. 469.

⁴⁷⁸ Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 293.

Türk mahkemelerinin inceleme alanının dışında yer alacaktır. Türk mahkemesi sadece, exequatur sistemine uygun olarak, aşağıda ayrı bir başlıkta açıklanacak olan tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyerek tenfiz kararı verip vermeyeceğine karar verecektir.

Tanıma ve tenfiz davalarında görevli ve yetkili mahkeme ise MÖHUK m. 51’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, görevli mahkeme kural olarak “asliye mahkemesidir” (m. 51 f.1). Ancak 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m.4 f.2’de MÖHUK kapsamındaki aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi konusunda “Aile Mahkemelerinin” görevli olacağı belirtilmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar da aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar oldukları için tenfiz talep edilecek yargı yerinde aile mahkemesi varsa o yer aile mahkemesi görevli olacaktır. Aile mahkemesinin bulunmaması durumunda ise genel kural gereği asliye mahkemesi görevli olacaktır. Yetki meselesi ise MÖHUK m.51 f.2’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, tanıma ve tenfiz davalarında yetkili mahkeme, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sakin olduğu yer, Türkiye’de yerleşim yeri veya sakin olduğu bir yer mevcut değilse, Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biridir.

Tanıma-tenfiz sadece tanıma- tenfize konu olan yabancı mahkeme kararının tarafları tarafından mı talep edilebilir yoksa bu yabancı mahkeme kararının tanıma- tenfizinde hukuki yararı olan herkes tanıma-tenfiz talebinde bulunabilir mi? Bu konu hakkında 2675 sayılı MÖHUK döneminde herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. O dönemde verilen Yargıtay Kararları, tanıma- tenfiz işleminin tarafları ile bu işleme konu olan yabancı mahkeme kararının taraflarının aynı olması gerektiği yönündeydi⁴⁷⁹. 04.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK’ta ise bu konuya ilişkin açık bir hüküm getirilmiş ve 52. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesine, kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkesin tenfiz isteminde bulunabileceğine ilişkin bir ifade eklenmiştir. Böylece, tanıma-tenfize konu teşkil eden yabancı mahkeme kararının tarafı olmayan kişilerin de, hukuki yararlarının

⁴⁷⁹ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 55- 61.

bulunması koşuluyla, söz konusu kararların tanıma-tenfizini talep edebilmeleri mümkün kılınmıştır⁴⁸⁰.

Yabancı mahkeme kararının tarafı olmamasına rağmen söz konusu kararın tanınması ve tenfizinde hukuki yararı bulunduğu kabul edildiği kişilerin başında, yabancı mahkeme kararının taraflarının mirasçıları gelmektedir. Söz konusu mirasçılar, çalışmamızın konusunu oluşturan mal rejimi uyuşmazlıklarında da, bu kararların tanıma-tenfizinde hukuki yararı bulunan kişiler kapsamında yer almaktadır. Örneğin, bir Fransız ve bir Türk'ün Fransa'da boşanması üzerine Fransız hakim'in eşlerin arasındaki mal rejiminin tasfiyesine karar verdiği bir durumda Türk eşin, söz konusu yabancı kararı tenfiz ettirmeden öldüğünü farz edelim. Burada, Türk eşin mirasçılarının, sağ kalan eşe karşı Fransız mahkemesi tarafından verilen mal rejiminin tasfiyesi kararının Türkiye'de tenfizi davası açabileceklerini kabul etmek gerekecektir. Çünkü Türk hukukuna göre miras bırakanın terekesi ancak mal rejiminin tasfiyesi tamamlandıktan sonra belirlenebilecek ve böylece mirasçılar da belirlenmiş olan terekenin tasfiyesini sağlayarak payları oranında miras haklarını elde edebileceklerdir. Dolayısıyla, mirasçıların, miras haklarını elde edebilmek bakımından, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin Fransız mahkemesi kararının tenfiz edilmesinde hukuki yararlarının olduğu açıktır.

⁴⁸⁰ AİHM'in 13 Ekim 2009 tarihli Aslı Selin Öztürk v. Türkiye kararı için bkz. Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 61- 77. AİHM, söz konusu olayda, Alman mahkemesinden alınan boşanma kararı Türkiye'de tanıma konusu yapılmadan ölen babasının mirasına tek başına mirasçı olmak isteyen Aslı Selin Öztürk'ün, babasının eski eşine karşı açtığı yabancı boşanma kararının tanınmasına ilişkin davanın Türk mahkemesi tarafından reddedilmesinin AİHS m.6'yı ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca Yargıtay 2. H.D 27.03.2008 tarihli 2008/20375E 2008/4214K numaralı bir kararında da, tarafların Türk vatandaşı olmaması sebebiyle, yabancı mahkemeden alınan boşanma kararının tanınmasında herhangi bir hukuki yararlarının bulunmayacağı, zaten böyle bir kararın işlenebileceği açık bir nüfus kaydın bulunmadığı gerekçesiyle tanıma talebinin reddine karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay söz konusu bozma kararında şu ifadelerle yer vermiştir “...Yabancı mahkeme ilamının tanınması veya tenfizine karar verilebilmesi için ilamın taraflarının veya en azından birinin Türk vatandaşı olmasına gerek bulunmamaktadır. Taraflar Türk olmasalar bile hukuki menfaatlerinin bulunması koşuluyla yabancı ilamın tenfizini veya tanınmasını isteyebilirler. Kaldı ki, taraflar doğumla Türk vatandaşı olup, 29.6.2004 tarihli 5203 Sayılı Kanunla değişik 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 29. maddesi gereğince, izinle Türk vatandaşlığından çıkmış olanlar bu maddede sayılan haklar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaya aynen devam ederler. Bu bakımdan davacının, tenfiz ve tanıma istemesinde, miras, velayet, nafakalar, mal rejiminin tasfiyesi yönünden hukuki yararı bulunmaktadır.....” Aynı hukuk dairesinin 27.03.2008 tarihli 2008/20375 E 2008/4214 K numaralı kararında da benzer ifadeler kullanılarak Türk vatandaşı olmayan eşlerin yabancı mahkemeden aldıkları boşanma kararlarının tanınmasında hukuki yararlarının bulunduğu dile getirilmiştir. Yargıtay 2. H.D.'nin söz konusu kararları için bkz. www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi 08.11.2013)

A. Tanıma- Tenfiz Koşulları

Yabancı devlet mahkemesi tarafından hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş ilamların⁴⁸¹ tanıma- tenfizi için aranacak koşullar MÖHUK m. 54'te belirtilmiştir. "Tenfiz Şartları" başlığını taşıyan söz konusu hüküm, tanımaya ilişkin MÖHUK'taki tek hüküm olan m.58'in buraya göndermede bulunması sebebiyle tanımada da uygulanmaktadır. Sadece, aşağıda ayrıca belirtileceği üzere, tenfize ilişkin karşılıklılık koşulu tanımada aranmamaktadır. MÖHUK m.54 şu şekilde kaleme alınmıştır;

"Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir:

a-) Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması

b-) İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c-) Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç-) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması."⁴⁸²

⁴⁸¹ Doktrinde, söz konusu kararın yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olması, verildiği yer hukukuna göre kesinleşmiş olması, hukuk davalarına ilişkin olması koşulları tanıma-tenfizin önkoşulları olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman- Fıganmeşe, a.g.e., s. 470-478, Aybay/Dardağan, a.g.e., s.296-299, Doğan, a.g.e., s. 102-106. Ekşi de, bu üç koşulun yanı sıra, yabancı ilamın apostilli veya konsolosluk onaylı olmasını ve zamanaşımına uğramamış olmasını da önkoşullar arasında değerlendirmektedir. Bkz, Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 109-156.

⁴⁸² 2675 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden evvel 1086 sayılı HUMK'un yürürlükten kalkan 504. maddesinin 4. fıkrası uyarınca aile hukuku ve kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi imkanı yoktu. Daha sonra bu konuya ilişkin 2675 s. MÖHUK m.38 f.e yürürlüğe girdi. Bu hüküm uyarınca, " Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk kanunlar ihtilafı kuralları

Türk milletlerarası usul hukukunda revision yasağının benimsenmesi⁴⁸³ sebebiyle Türk hakim söz konusu koşulların tamamının gerçekleştiği bütün yabancı mahkeme kararlarının tanıma-tenfizine karar vermek zorundadır. Bu konuda herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Ancak söz konusu koşullardan bir tanesinin bile gerçekleşmemesi hakimın tanıma-tenfiz talebini reddetmesi sonucunu doğuracaktır⁴⁸⁴. Hakim söz konusu koşulların varlığını kural olarak re'sen araştırmak zorundadır. Ancak bu ilkenin üç istisnası bulunmaktadır. Bunlar, 1-) MÖHUK m.54 b. bendi uyarınca “aşkın yetki” ve 2-) MÖHUK m.54 c. bendi uyarınca “savunma haklarının ihlali” koşulları ile 3-) MÖHUK m. 55 f.2 uyarınca aleyhine tenfiz istenen tarafın ileri sürebileceği itirazlar meselesidir. Söz konusu durumlar, ancak aleyhine tenfiz istenen tarafın talebi üzerine hakim tarafından araştırılmaktadır.

Revision yasağının bir uzantısı olarak tenfiz talebine karşı aleyhine tenfiz istenen tarafın ileri sürebileceği itirazlar da, MÖHUK m.54'teki tenfiz engelleri gibi, MÖHUK m.55 f.2'de tahdidi olarak (numerus clauses) sıralanmıştır⁴⁸⁵. Bu hüküm uyarınca, aleyhine tenfiz istenen taraf, ancak tenfiz koşullarının bulunmadığını veya yabancı ilamın kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu ileri sürerek, tenfiz talebine itiraz edebilir⁴⁸⁶. Aleyhine tenfiz istenen taraf bunlar dışında herhangi bir nedenle tenfiz talebine itiraz etmesi mümkün değildir.

Şimdi MÖHUK m.54'te düzenlenen tenfiz şartlarını, konumuz ile bağlantılarını kurarak ayrı başlıklar halinde inceleyelim.

gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması” bir tenfiz engeli olarak düzenlenmişti. Söz konusu hükümler hakkında tenfiz kararı verilecek Türk vatandaşı davalıya kendini savunma imkanı tanınmaktaydı. Türk hakimının revision yasağına aykırı davranması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilen söz konusu tenfiz engeli 5718 sayılı MÖHUK döneminde kanunda yer almamıştır. Bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 658-661, dn. 183.

⁴⁸³ Bkz. yukarıda s. 216.

⁴⁸⁴ Böyle bir durumda, tenfiz edilmeyen yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerindeki davalarda “takdiri delil” olarak kullanılabilmesi yönündeki bir karar için bkz. 24.10.2001 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2001/4-962 E. 2001/750 K numaralı kararı. Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 28.02.2014)

⁴⁸⁵ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 469.

⁴⁸⁶ Şanlı, söz konusu itiraz sebeplerini “tenfize engel diğer sebepler” başlığı altında incelemektedir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 511-515.

1. Karşılıklılık

MÖHUK m.54'te yer alan tenfiz koşullarından ilki a bendinde düzenlenmiş olan karşılıklılık koşuludur. Bu koşul ile, sadece kendi ülkesinde Türk mahkeme kararlarının tenfizine izin veren devlet mahkemelerinin kararlarının tenfiz edilebilmesi sağlanmıştır. Söz konusu karşılıklılık sözleşmesel, kanuni veya fiili olabilmektedir.

Sözleşmesel karşılıklılıktan kasıt, tenfizi talep edilen kararın verildiği devlet ile Türkiye Cumhuriyeti arasında, mahkeme kararlarının karşılıklı tenfizine ilişkin bir uluslararası sözleşmenin bulunmasıdır. Çalışmamızın konusunu oluşturan mal rejimi uyuşmazlıklarından doğan yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfizine ilişkin özel hükümler içeren iki veya çok taraflı herhangi bir uluslararası sözleşme mevcut değildir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti ile birçok devlet arasında gerçekleştirilen hukuki kararlarının tanıma- tenfizine ilişkin iki taraflı uluslararası sözleşme hükümleri mal rejimine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde de uygulama alanı bulacak böylece sözleşmesel karşılıklılık sağlanmış olacaktır.

Kanuni karşılıklılık ise, Türkiye'de tenfiz edilecek kararın verildiği yabancı devlet hukukunda, tenfize konu teşkil eden kararın türü ve hukuki niteliği bakımından⁴⁸⁷ Türkiye'den alınan kararların tenfizine ilişkin herhangi bir engelin bulunmamasıdır. Böylece Türk mahkemelerinde tenfizi talep edilen karar ile türü ve hukuki niteliği aynı olan Türk mahkemesi kararı söz konusu yabancı kararın verildiği devlet mahkemesinde tenfiz edilebiliyorsa kanuni karşılıklılık gerçekleşmiş kabul edilecektir. Peki, yabancı kararın verildiği devlette aranan tenfiz koşulları ile Türk hukukundaki tenfiz koşulları aynı veya benzer ağırlıkta olmak zorunda mıdır? Diğer bir deyişle, Türk hukukuna göre daha ağır tenfiz koşulları öngören bir yabancı devletten verilen mahkeme kararı Türkiye'de tenfiz edilebilir mi? Örneğin, tenfiz konusunda revision sisteminin benimsendiği bir devletin mahkemesinden verilen karar exequatur sisteminin benimsendiği Türkiye'de tenfiz edilecek midir? Doktrinde böyle bir durumda kanuni karşılıklılığın gerçekleşmediğini kabul etmek gerektiği

⁴⁸⁷ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 636.

savunulmuştur⁴⁸⁸. Bu konu, Yargıtay 11. H.D.'nin 11.12.1997 tarihli 1997/4006 E. 1997/9118 K. numaralı kararında tartışılmış ve revision sistemini benimseyen Belçika'dan verilmiş bir mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz edilemeyeceğine çünkü kanuni karşılıklılığın bulunmadığına karar verilmiştir. Söz konusu kararda ilk derece mahkemesi kararındaki şu ifadelere atıf yapılarak karar onanmıştır “.....karşılıklılığın, yabancı devletin Türk Mahkemesi kararlarını, Türk Hukukunda yer alan şartlardan daha ağır olmayan şartlara tabi tutarak tenfiz imkanı vermesi halinde gerçekleşmiş kabul edileceği, ancak Belçika Hukukuna göre tenfiz istemiyle açılan davalarda yabancı mahkeme kararının esastan incelemeye tabi tutulduğu, bu nedenle Belçika ile Türkiye arasında hukuki karşılıklılığın bulunmadığı, ayrıca bu konuda iki devlet arasında bir anlaşma da bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine.....”⁴⁸⁹. Bu durumda tenfizde revision sisteminin benimsendiği Belçika gibi bir devletten alınan mal rejimine ilişkin bir kararın da Türkiye'de tenfiz edilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak doktrinde, tenfizde revision sistemini benimsemiş olmasına karşın Türk mahkemesi kararlarının tenfizine izin veren bir devletle Türkiye arasında kanuni olmasa da fiili karşılıklılık gerçekleşmiş olacağı için böyle bir durumda söz konusu yabancı mahkeme kararının tenfiz edileceğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁹⁰. Katıldığımız bu görüşün benimsenmesi durumunda, mal rejimine ilişkin Belçika mahkemelerinden verilen bir karar, Türk mahkemelerinden verilen mal rejimine ilişkin kararlar esasa yönelik incelemeden geçirilse de sonuç olarak tenfiz edilmişse, fiili karşılıklılığın varlığı sebebiyle Türkiye'de tenfiz edilebilecektir.

Söz konusu örnekten de anlaşılacağı üzere, fiili karşılıklılık, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının verildiği devlette, aynı nitelikteki Türk mahkemesi kararının fiilen icra edilmesidir⁴⁹¹. Sözleşmesel veya kanuni karşılıklılığın

⁴⁸⁸ Nomer, a.g.e., s. 500, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 482-486, Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 6335-636. Karşı görüş için bkz. Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 174-177. Karşılıklılık koşulunun tenfiz koşulları arasında hiç yer almaması gerektiğini savunan Ekşi, söz konusu koşulun en azından dar yorumlanması gerektiğini ileri sürerek yabancı kararın tenfiz edilememesinin Türk mahkemeleri tarafından verilen kararları tenfiz etmeyen yabancı devlete karşı uygulanan bir yaptırım değil yabancı mahkemece lehine karar verilen kişiyi mağdur eden bir uygulama olduğunu vurgulamaktadır.

⁴⁸⁹ Söz konusu kararın tam metni için bkz. Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 484-485 dn. 304.

⁴⁹⁰ Çelikel/Erdem, a.g.e., s.636.

⁴⁹¹ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 481

bulunmadığı durumlar dahi Türkiye Cumhuriyeti ile tenfizi talep edilen kararın verildiği devlet arasında fiili karşılıklılık varsa söz konusu karar tenfiz edilebilecektir. Burada tartışılması gereken nokta, sözleşmesel ve/veya kanuni karşılıklılığın bulunduğu durumlarda aslında fiili bir karşılıklılık söz konusu değilse, diğer bir deyişle sözleşmesel ve/veya kanuni olarak Türk mahkemelerinden verilen kararların tenfizine ilişkin herhangi bir engel mevcut olmamasına karşın yabancı kararın verildiği devlet Türk mahkeme kararlarını fiilen tenfiz etmiyorsa, söz konusu yabancı karar yine de Türk mahkemesi tarafından tenfiz edilecek midir? Doktrinde böyle bir durumda, karşılıklılık koşulunun gerçekleşmediğinin kabulü ile tenfizin reddine karar verilmesi gerektiği öne sürülmektedir⁴⁹². Ancak fiili karşılıklılığın gerçekleşmeme nedeni henüz Türk mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin herhangi bir talep olmamasından kaynaklanıyorsa, var olan sözleşmesel ve/veya kanuni karşılıklılık söz konusu yabancı devlet mahkemesinin kararının tenfizi için yeterli olacaktır⁴⁹³. Böyle bir durumda, Türk mahkemesinden verilen mal rejimine ilişkin bir mahkeme kararının sözleşmesel ve/veya kanuni karşılıklılığa karşın fiilen tenfiz edilmemesi halinde, tenfizi reddeden devletten verilen aynı hukuki nitelikteki karar Türkiye’de tenfiz edilmeyecektir. Ancak söz konusu yabancı devlet mahkemesine henüz mal rejimine ilişkin bir Türk mahkemesi kararı tenfiz talebiyle hiç gelmemişse ve bu nedenle herhangi bir fiili karşılıklılık oluşmamışsa, var olan sözleşmesel ve/veya kanuni karşılıklılık yeterli görülerek kararın Türkiye’de tenfizine izin verilecektir.

Karşılıklılık koşuluna ilişkin son olarak vurgulanması gereken nokta söz konusu koşulun yabancı mahkeme kararlarının sadece tenfizinde aranıyor olması, tanıma işleminde aranmaması meselesidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, tanımaya ilişkin tek hüküm olan MÖHUK m.58’in 1. fıkrasında tenfiz koşullarını düzenleyen MÖHUK m.54’e göndermede bulunulurken a bendinde yer alan karşılıklılık koşulunun tanımada uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu karşılıklılık koşulu, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının

⁴⁹² Nomer, a.g.e., s. 498, Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 300-301, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.e., s.488-489.

⁴⁹³ Nomer, a.g.e., s. 498, Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 300-301, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.e., s.488-489.

tenfizinde uygulama alanı bulabilecekken, dönüştürme kararı (olağanüstü mal rejimi) veya İngiliz Hukukunda olduğu gibi eşler arasındaki mal rejimi sözleşmesine bağlayıcılık kazandıran bir mahkeme kararı tanıma konusu yapılabileceği için burada aranmayacaktır.

2. Kararın Yetkili Bir Mahkemeden Alınmış Olması

MÖHUK m.54’te yer alan ikinci tanıma- tenfiz koşulu ise b bendinde yer alan, ilamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmamasıdır. 2675 sayılı MÖHUK döneminde söz konusu koşul sadece ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmemiş olmasına ilişkindi. Ancak 5718 sayılı MÖHUK döneminde ilk kez davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması koşulu, kısacası “aşkın yetki” (aşırı yetki) kuralı bir tenfiz engeli olarak kanunda düzenlenmiş oldu.

Öncelikle söz konusu koşulun ilk bölümünü oluşturan ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması ile ne kastedildiğini tespit etmek gerekmektedir. Acaba hangi konularda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi mevcuttur? Buradaki “münhasır yetki” iç hukuktaki “kesin yetki” ile aynı şeyi mi ifade etmektedir? Bu noktada, milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin niteliğinin ve amacının farklı olması sebebiyle iç hukuktaki her “kesin yetki” kuralının milletlerarası usul hukuku bakımından “münhasır yetki” olmayacağını kabul etmek gerekecektir. Milletlerarası usul hukuku bakımından “münhasır yetki”; uyuşmazlık konusunun mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş yetki kuralları olarak ifade edilebilir⁴⁹⁴. Dolayısıyla bir yetki kuralının yabancı mahkeme kararının tenfizini engelleyen bir münhasır yetki kuralı

⁴⁹⁴ Çelikel/Erdem, a.g.e., s.642, Nomer, a.g.e., s. 502, Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 302, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 490, Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 180.

olup olmadığını tespit için söz konusu kuralın ifadesi ve konuluş amacı dikkate alınarak bu yetki kuralı ile getirilmek istenen düzenlemenin, uyuşmazlık konusunun mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesinin amaçlanıp amaçlanmadığına bakılacaktır⁴⁹⁵.

Bu çalışmanın konusu bakımından önem taşıyan ve HMK’da yer alan kesin yetki kurallarından “taşınmazın aynından doğan davalarda yetkiyi” düzenleyen HMK m.12 hükmü milletlerarası usul hukuku bakımından da münhasır yetki oluşturmaktadır⁴⁹⁶. Çünkü söz konusu hükmün ifadesi ve konuluş amacı Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin her türlü uyuşmazlığın mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesine ilişkindir. Yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklardan Türkiye’de bulunan taşınmazların aynı tasfiyesini gerektirenleri bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin HMK m.12 uyarınca kesin yetki olduğunu belirtmiştik⁴⁹⁷. Dolayısıyla Türkiye’de bulunan bir taşınmazın aynı tasfiyesine ilişkin olarak yabancı bir devlet mahkemesinden verilen karar MÖHUK m.54 bent b’deki koşulun ilk bölümünü oluşturan “Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeme” koşulunu yerine getirmediği için Türk mahkemelerinde tanınmayacaktır.

Burada, yabancı devlet mahkemelerinden alınan boşanma kararlarının içerisinde, mal rejiminin tasfiyesi bağlamında, Türkiye’de bulunan bir taşınmazın devrini öngören hükümlerin tanınıp tanınmayacağı meselesine de değinmekte yarar vardır. Bu konunun tartışıldığı kararlardan biri, Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 12.04.1985 tarihinde verilen 1984/267E, 1985/109K numaralı karardır⁴⁹⁸. Dava konusu olayda, New Jersey Mahkemesi tarafından verilen boşanma ve eşlerden birine ait olan Bodrum Göktepe mevkiinde kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin diğer eş devrine ilişkin kararın tenfizi⁴⁹⁹ talebiyle Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesi’ne

⁴⁹⁵ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 490.

⁴⁹⁶ Çalışmamızın konusu ile doğrudan bağlantısı bulunmaması nedeniyle Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olduğu diğer uyuşmazlık konularına değinilmeyecektir.

⁴⁹⁷ Bkz. s. 202.

⁴⁹⁸ Söz konusu karar ve eleştirisi için bkz. Cemal Şanlı, Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi, MHB, Sayı 1, 1986, s. 45

⁴⁹⁹ Söz konusu uyuşmazlıkta taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devri tapuda tescil işlemi ile gerçekleşeceği için ortada yenilik doğurucu bir karar vardır ve bu karar tenfiz değil ancak tanıma konusu yapılabilir. Bkz. s. 212 vd.

başvurulmuştur. Her ne kadar söz konusu tenfiz davasında Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesi esasa girmeden yetkisizlik kararı vererek davayı reddetse de, doktrinde davanın esası üzerinde de durulmuş ve Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olduğu vurgulanarak, davanın esasına girilseydi de söz konusu tenfiz engeli nedeniyle davanın reddedileceği belirtilmiştir⁵⁰⁰. Çünkü bu kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK’da taşınmazlara ilişkin her türlü davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görüleceğine ilişkin bir kesin yetki kuralı yer almaktaydı (HUMK m.13). Söz konusu hüküm nedeniyle Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin ister ayni ister şahsi bir hakka ait bulunsun her davada Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır yetki olarak kabul ediliyordu.

Günümüzde yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK’nın 12. maddesinde ise, sadece “taşınmazın aynından doğan davalarda” Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır yetki olarak kabul edilmektedir. Taşınmazın aynından doğan davalardan ne anlaşılması gerektiği ise ilgili hükmün 1.ve 2. fıkralarında belirtilmiştir. Buna göre;

“ Taşınmaz üzerinde ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

İrtifak haklarına ilişkin davalar, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır”.

Eşlerden biri üzerine kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin diğer eşe devri ise hiç şüphesiz ki ayni hakka ilişkin bir meseledir ve söz konusu taşınmazın Türkiye’de bulunması durumunda HMK m.12 uyarınca Türk mahkemeleri münhasır yetkili olacaktır.

Bu konu Yargıtay 2. H.D.’nin 25.01.1996 tarihli 1996/44E. 1996/782K. numaralı kararında da tartışılmıştır⁵⁰¹. Dava konusu olayda Hannover Aile Mahkemesi, tarafların boşanmasına ve Pamukova’daki 4363 parsel sayılı taşınmazdaki davacı payının davalı adına temlik ve tesciline karar vermiştir. Söz konusu yabancı

⁵⁰⁰ Bkz. Şanlı, a.g.e, s. 45

⁵⁰¹ Söz konusu kararın özeti için bkz. Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 184-185.

mahkeme kararının tenfizi talebiyle açılan davada Yargıtay taşınmazın devrine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfiz değil ancak tanıma işlemine konu olacağını belirterek ilk derece mahkemesinin hüküm fıkrasında gerekli değişikliğin yapılmasına hükmettikten sonra, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin her türlü davada Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki olduğuna vurgu yapmış ve yabancı mahkeme kararının bu kısmının tanıma konusu yapılamayacağını belirtmiştir.

Doktrinde yabancı mahkemeden alınan boşanma kararında yer alan Türkiye’de bulunan bir taşınmazın devrine ilişkin hükmün, taraflar arasındaki anlaşmaya dayanması durumunda, tanıma konusu yapılabileceği de dile getirilmiştir⁵⁰². Bu görüşe göre, mülkiyet hakkı üzerindeki değişiklik tarafların bu konuda anlaşması ve bu anlaşmanın boşanma kararına bağlı olarak onaylanması ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla eşler arasında taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin herhangi bir uyumsuzluk bulunmamakta aksine sonuç sulh yoluyla gerçekleşmektedir. Türk hakimi de söz konusu sulh anlaşmasına istinaden Türkiye’de bulunan taşınmazın üzerindeki aynı hakkın devrine ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar verebilmelidir⁵⁰³.

Oysa, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kaynağı, tarafların arasındaki uyumsuzluk değil, taşınmazın Türkiye’de bulunmasıdır. Diğer bir deyişle, tarafların Türkiye’deki taşınmazın üzerindeki aynı hakkın devri konusunda herhangi bir çekişme içerisinde olup olmamalarının, konuyu sulhen çözümlüyüp çözümlenemelerinin, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi üzerinde bir etkisi

⁵⁰² Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 541-542.

⁵⁰³ Erkan da ilgili makalesinde Çelikel/Erdem’in görüşünü benimsediğini belirtmekte ve düşüncesini savunmak için Türk Hukukunda da bazen anlaşmalı boşanma davasına ilişkin kararların uyumsuzluk konusu taşınmazın bulunmadığı bir şehirdeki Aile Mahkemesi tarafından verilebildiğini ama bu durumun hükmün icrasını etkilemediğini belirtmektedir. Bkz. Mustafa Erkan, Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki, SÜHFD, Cilt 20, Sayı 1, 2012s.40-41. http://www.selcuk.edu.tr/dosyalar/files/004/cilt_20_sayi_1_pdf.pdf (Çevrimiçi 28.03.2014) Ancak unutmamak gerekir ki böyle bir durumda hakimin MK m.163 f.3 uyarınca taraflar arasındaki sulh anlaşması üzerinde gerekli gördüğü değişiklikleri yaparak anlaşmayı onaylama yetkisi vardır. Oysa sulh anlaşmasına istinaden oluşturulan yabancı mahkeme kararının Türk milletlerarası usul hukukundaki revision yasağı gereği Türk hakimi tarafından esastan incelenme imkanı mevcut değildir. Dolayısıyla hakimin takdir yetkisi konusundaki farklılıklar nedeniyle, iç hukukumuzdaki anlaşmalı boşanma davalarına ilişkin uygulamayı söz konusu görüşü savunmak adına kullanmanın yerinde olmayacağı düşüncesindeyiz.

olmayacaktır. Çünkü HMK m.12’de yer alan Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kökeninde, devletin kendi toprak parçası üzerindeki aynı hak devirlerini kontrol altında tutma konusundaki siyasi saikinin yer aldığı açıktır⁵⁰⁴. Taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olmasının usul ekonomisi bakımından taraflar lehine doğuracağı olumlu sonuçlar dahi, devletin söz konusu siyasi saikinin yanında ancak münhasır yetkinin tali bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla HMK m.12’de yer alan mevcut düzenleme varlığını koruduğu sürece, Türkiye’de bulunan bir taşınmazın üzerindeki aynı hak devrinin taraflar arasındaki sulh anlaşmasına dayandığı durumlarda da bu anlaşmanın yer aldığı mahkeme kararının, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olması nedeniyle tanınmayacağını kabul etmek gerekecektir.

MÖHUK m.54 bent b’de yer alan koşulun ikinci bölümü “aşkın yetkiye” (aşırı yetki) ilişkindir. 5718 sayılı MÖHUK’ta ilk defa bir tenfiz engeli olarak düzenlenen aşkın yetki, söz konusu hükümde, “dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesinin” yetkisi olarak tanımlanmıştır. Bu tenfiz engeli, genel kuralın aksine, ancak davalının itirazı üzerine tenfiz mahkemesi tarafından incelenebilecektir⁵⁰⁵.

Bir mahkemenin, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisinin bulunmasından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışma konusu olmuştur⁵⁰⁶. Her bir devlet kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etme hakkına sahip olduğu için söz konusu sınırların ancak uluslararası hukukun temel ilkeleriyle çizilebileceği dile getirilmiştir. Buna göre, doğal hakim ilkesi ile adil ve makul yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden yetki kuralları aşkın yetki kuralları olarak değerlendirilmelidir⁵⁰⁷. Dolayısıyla, davanın konusu veya tarafları ile mahkeme arasındaki ilişkiyi, zayıf, geçici ve tesadüfi ölçülere göre tesis eden veya herhangi bir

⁵⁰⁴ Kanun koyucunun yabancıların taşınmaz edinmeleri konusunda getirdiği sınırlandırıcı düzenlemelerde de benzer siyasi nitelik olduğuna ilişkin bkz. Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 181.

⁵⁰⁵ Bu durumda yabancı mahkemede görülen dava, ölmüş sayılma, hacir, isim tashihi, yaş tashihi gibi hasımsız bir dava ise, verilen kararın Türkiye’de tanınması için açılan davalarda Türk mahkemesinin, yabancı mahkemenin yetkisi aşkın olsa bile bunu denetlemesi mümkün değildir. Sonuç itibarıyla söz konusu davaların davalısı olmadığı için tanıma-tenfiz davasında aşkın yetkiye itiraz edecek bir davalı da mevcut olmayacaktır. Bkz. Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 277.

⁵⁰⁶ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 250 vd. ve orada ismi zikredilen yazarlar.

⁵⁰⁷ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 236.

ilişki aramayan söz konusu yetki kurallarına⁵⁰⁸ göre tesis edilen yetkili yabancı mahkemeden alınan karar, davalının itiraz etmesi kaydıyla Türk mahkemelerinde tenfiz edilemeyecektir. Çalışmamızın konusu oluşturan mal rejimi uyuşmazlıklarında eşler ve/veya malları ile gerçek bir ilişkisi bulunmayan, örneğin davalı eşin tatil için gittiği bir ülke mahkemesinde açılan bir dava sonucunda verilen yabancı karar, davalının itirazı üzerine Türk mahkemelerinde tanıma-tenfiz konusu yapılamayacaktır.

3. Kararın Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması

MÖHUK m.54'te yer alan tenfiz koşullarından biri de c bendinde yer alan "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması"dır. Kamu düzeninin zamana ve mekana göre değişiklik gösteren bir kavram olması, iç hukuktaki anlamı ile milletlerarası özel hukuktaki anlamının farklı olması, söz konusu tenfiz engelinin sınırlarının tam olarak belirlenmesini zorlaştırmaktadır⁵⁰⁹. Yine de Yargıtay 2 H.D.'nin 17.02.1997 tarihli 1997/675E. 1997/1633K. numaralı kararında söz konusu tenfiz engelinin sınırları şu şekilde çizilmeye çalışılmıştır; "(Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının)...toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürebilmesi için uyulması zorunlu hukuki, ahlaki ve vicdani temel kurallarına açıkça aykırılık halini oluşturacak bir eda emrini taşıması...(durumunda söz konusu karar Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir)".

Doktrinde de, yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılabilmesi için, söz konusu kararın, Anayasanın veya hukuk sisteminin temel ilkelerine, Türk toplumunun genel örf adet ve ahlak kriterlerine aykırı olmaması gerektiği belirtilmiştir⁵¹⁰. Bu nedenle Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri yok eden veya kısıtlayan ya da Anayasa'da yer alan bazı temel ilkeleri ihlal eden,

⁵⁰⁸ Ekşi, a.e., s. 275.

⁵⁰⁹ Bkz. s. 184.

⁵¹⁰ Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 497, Nomer, a.g.e., s. 509, Dayınlarlı, a.g.e., s.20 vd, Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 162- 163, Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 280,

savunma haklarına⁵¹¹ uyulmadan verilen, genel ahlaka aykırı talep ve ilişkileri hüküm altına alan, hukuken veya ahlaken ifası istenemeyen ve korunması tenfiz devletinin veya üçüncü bir devletin dış ticaret, gümrük veya vergi mevzuatına karşı muvazaa teşkil eden ilişkilerden doğan alacaklar ile sahte evrak tanzimi sonucunda elde edilen yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir⁵¹². Ancak unutmamak gerekir ki, kamu düzeninin değişkenlik özelliği nedeniyle tam olarak sınırlarının çizilmesi imkansızdır. Sonuç itibarıyla her somut olayda hakim, uyuşmazlığın ve dönemin özelliklerini dikkate alarak hangi konuların Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine takdir yetkisini kullanarak kendisi karar verecektir.

Yine de kanun koyucu, söz konusu tenfiz engeline ilişkin MÖHUK m.54 b. c’de iki adet sınırlandırma getirmiştir. Bunlardan ilki kamu düzenine aykırılığın söz konusu yabancı mahkeme kararının hüküm fıkrasına ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla hükme esas teşkil eden hukukun doğru tespit edilip edilmediği, doğru uygulanıp uygulanmadığı, usul kurallarına uyulup uyulmadığı gibi konular kural olarak, tenfiz hakimi tarafından araştırılmayacaktır. Asıl olan yabancı mahkeme kararının dayandığı hukuk kuralının değil, bu kural sonucunda oluşturulan hükmün uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir⁵¹³. Burada tenfiz kararının verileceği andaki Türk kamu düzeni dikkate alınmalıdır⁵¹⁴. Örneğin, eşler arasındaki mal rejimi ilişkisini İslam Hukukunda kabul edilen “mehir” veya Musevi Hukukunda kabul edilen “moher” kurumlarına⁵¹⁵ göre karara bağlayan bir yabancı mahkeme kararı, bu kurumların Türk hukukunda düzenlenmemiş olması gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmamalıdır. Ancak söz konusu kurumların uygulanması sonucunda verilen yabancı mahkeme kararı, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde ve Anayasamızda yer alan kadın-erkek eşitliği ilkesine zarar verecek derecede mal paylaşımında adaletsizliklere yol açıyorsa, bu kararın kamu düzenimize açıkça aykırı olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak hemen

⁵¹¹ Burada kastedilen savunma haklarının ihlali, aşağıda ayrı başlıkta incelenecek diğer bir tenfiz engeli olan MÖHUK m.54 bent ç’de düzenlenen “savunma haklarının ihlali” kapsamında yer almayan ihlallerdir.

⁵¹² Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s.497-500.

⁵¹³ Aybay/Dardağan, a.g.e., s. 306, Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 646.

⁵¹⁴ Ekşi, Tanma ve Tenfiz, s. 280, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 501.

⁵¹⁵ Bkz. Birinci Bölüm s. 7-8.

belirtmek gerekir ki, yabancı mahkeme kararının kadın-erkek arasında mal paylaşımı bakımından tam bir eşitlik öngörmediği her durumda kamu düzenine aykırılık olduğu düşünülmemelidir. Sonuç itibarıyla Türk Medeni Hukukunda da MK m.237 f.1 uyarınca artık değere katılmada ½'den farklı bir esasın kabul edilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla önemli olan eşler arasında ciddi bir adaletsizlik yaratacak mal paylaşımı öngören yabancı mahkeme kararının kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmasıdır. Burada ciddi bir adaletsizlik olup olmadığına ise, yine hakim somut olayın özelliklerini dikkate alarak karar verecektir.

Doktrinde, tanıma-tenfiz hukukundaki revision yasağına⁵¹⁶ da uygun olan bu sınırlandırmanın, kamu düzeni müdahalesini çok sınırlandırdığını, bazı durumlarda kamu düzenine aykırılığı tespit edebilmek için yabancı mahkeme kararının içeriğinin de istisnai olarak araştırılması gerektiğini dile getiren yazarlar olmuştur⁵¹⁷. Bu noktada, söz konusu araştırmanın revision yasağına aykırılık teşkil etmemesi için çok sınırlı tutulması gerekmektedir. Örneğin mal rejiminin tasfiyesini öngören yabancı bir mahkeme kararının evlilik dışı beraberlik yaşayan iki kişi arasında verildiğini düşünelim. Böyle bir durumda, yabancı mahkeme kararının sadece hüküm kısmını dikkate alacak olursak, hükmün uygulanmasının doğurduğu sonuç malların taraflar arasında paylaşımı olacaktır ki bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği açıktır. Oysa söz konusu yabancı mahkeme kararının dayandığı ilişki Türk hukuku bakımından genel ahlaka aykırı bir ilişki olarak kabul edilmektedir⁵¹⁸. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararının dayandığı ilişkinin araştırılması, söz konusu kararın kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfizinin engellenmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak bu noktada, söz konusu araştırmanın revision yasağına aykırılık teşkil etmemesi için çok sınırlı tutulması gerektiğini vurgulamakta fayda vardır.

Kamu düzeni müdahalesinin revision yasağının sınırlarını zorlayacak derecede geniş yorumlanmasında dahi kamu düzenine aykırılığın yoğun olması aranmalıdır. MÖHUK m.54 c. bendindeki ikinci sınırlandırma da buna ilişkindir. Söz konusu hükümde kanun koyucu bu yoğunluğu vurgulamak için hükmün kamu düzenine

⁵¹⁶ Bkz. s. 216.

⁵¹⁷ Demir- Gökyayla, a.g.e., 142-225, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 502.

⁵¹⁸ Bu nedenle söz konusu ilişkilerde tarafların birbirinden olan mal taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılmasına ilişkin Yargıtay uygulamaları için bkz. Birinci Bölüm. s. 45 dn. 113.

“açıkça” aykırı olması gerektiğini belirtmiştir⁵¹⁹. Dolayısıyla örneğin Türk hukuk sistemindeki emredici hükümlere aykırılık teşkil eden her yabancı mahkeme kararı tenfiz engeline takılmamış olacaktır. Bu konu Yargıtay 2. H.D.’nin 04.11.2004 tarihli 2004/10683E. 2004/13120K. numaralı kararında da tartışılmış ve Yargıtay Türk hukukundaki her emredici hükmün kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini şu ifadelerle dile getirmiştir;

“...Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması tek başına mahkeme kararının tanınması veya tenfizini engelleyici bir sebep olarak görülemez. Türk kamu düzeni, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerinin korunması için sadece kamu düzenine aykırılığı aşikar olan olaylara münhasır olduğunun kabulü gerekir...”⁵²⁰

Örneğin, MK m. 202 f.2’de yer alan sınırlı sayı ilkesi gereği eşler aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile ancak kanunda belirtilen mal rejimi türlerinden birini seçebilirler. Eşlerin irade serbestisine sınırlama getiren söz konusu hüküm Türk hukuku bakımından emredici nitelik taşımaktadır. Oysa yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi ilişkisinde eşlerin MK’da belirtilen mal rejimi türlerinden birinin seçmemiş olmaları çok sık karşılaşılabilecek bir durumdur. Böyle bir olasılıkta eşlerin seçtiği ve MK’da düzenlemeyen bir mal rejimine istinaden kurulan yabancı mahkeme kararının, Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşarak tenfiz edilmemesi doğru olmayacaktır. Bu noktada kamu düzeni müdahalesinin daha dar yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yine kamu düzeni müdahalesi konusunda tartışılması gereken bir nokta, Türk mahkemesinin daha önceden aynı sebep aynı konu aynı taraflara ilişkin verdiği karar ile çelişen yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tenfiz edilip edilmeyeceği meselesidir. Doktrinde bu konuda baskın görüş söz konusu yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesi gerektiği yönündedir⁵²¹. Bu durumda,

⁵¹⁹ Kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi teorisinde bu ifadenin yeri için bkz. Demir- Gökyayla, a.e., s. 133.

⁵²⁰ İlgili karar özeti için bkz. Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 502 dn. 332.

⁵²¹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 651, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 500.

örneğin Türk mahkemesinden alınmış bir mal rejiminin tasfiyesi kararı varken, eşlerden biri başka bir devlet mahkemesinden aynı koya ilişkin bir karar alıp bu kararın Türkiye’de tenfizini talep ederse, söz konusu yabancı karar, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tenfiz edilmeyecektir. Her iki davanın aynı anda görülmesi durumunda ise, ilk önce karar veren mahkemenin kararı diğer dava bakımından kesin hüküm teşkil edecektir. Ancak herhangi bir şekilde kesin hüküm itirazında bulunulmıyorsa ve her iki davadan farklı kararlar çıktıysa yargılamanın yenilenmesi talep edilmelidir.

Bazı durumlarda ise tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının verildiği yabancı devlette yargılama aşamasında uygulanan usul hukuku kurallarının tenfiz talep edilen devletteki usul hukuku kurallarına aykırılığı söz konusu olabilir. Milletlerarası usul hukukunda temel ilke lex forinin uygulanmasıdır. Dolayısıyla yabancı mahkeme hakiminin uyuşmazlığı çözümlerken usul hukuku meselelerine kendi hukukunu uygulaması doğal olandır. Dolayısıyla iki devletin usul hukuku kurallarının birbirinden farklı olması, kural olarak, kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak bu farklılığın, AİHS m.6 ve Anayasanın 36. maddesi başta olmak üzere birçok antlaşma ve mevzuatla koruma altına alınan adil (düzgün⁵²²) yargılanma hakkını ihlal edecek derecede ciddi sonuçlar doğurması durumunda kamu düzenine aykırılığın var olduğunu kabul etmek gerekecektir⁵²³. Dolayısıyla örneğin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin yabancı bir mahkeme hükmünün, Türk hukukundaki uygulamanın aksine tefrik edilmeyerek⁵²⁴, yabancı boşanma kararının içerisinde yer alması bu kararın tenfizi bakımından tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü burada basit düzeyde bir usul farklılığı söz konusudur ve boşanma ile mal rejiminin tasfiyesi davalarının birbirinden ayrılmamış olması tarafların adil (düzgün) yargılanma hakkını ihlal eden bir durum olarak değerlendirilmemelidir.

⁵²² Aybay, AİHS m.6’da düzenlenen ve İngilizce metinde “right to a fair trial” olarak belirtilen kavramın Türkçe çevirisinde “düzgün yargılanma hakkı” ifadesini kullanmaktadır.

⁵²³ Demir- Gökayla, a.g.e., s. 219, Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 309.

⁵²⁴ Bkz. Birinci Bölüm, s. 45

4. Savunma Haklarına Uyulmuş Olması

MÖHUK m.54'te yer alan son koşulu ise ç bendinde yer alan “O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması” koşuludur.

Bu koşul da aşkın yetki koşulunda olduğu gibi, taraf itirazı üzerine tenfiz hakiminin incelemesi gereken bir koşuldur. Diğer bir deyişle tenfiz hakimi söz konusu koşulun varlığını re'sen araştırmaz.

Kendisine karşı tenfiz istenen kişinin savunma haklarının ihlal edildiğine ilişkin itirazları ancak hükümde belirtilen konularda olabilir. Tahdidi (numerus clauses) olarak sayılmış söz konusu koşullar şunlardır;

- 1-) Yabancı mahkeme kararını veren yer kanunları uyarınca mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış olması veya
- 2-) Uygun çağrı yapılmış veya yapılmamış olsun, yabancı kararı veren mahkemede temsil edilmemiş olması veya
- 3-) Yabancı mahkemeni kanunlarına aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olması.

Mal rejimine ilişkin yabancılik unsuru içeren bir uyuşmazlıkta kendisine karşı tenfiz istenen kişi söz konusu koşullar doğrultusunda savunma haklarını ihlal edildiğini iddia ediyorsa, bu hükme dayanarak yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddini talep edebilecektir. Ancak burada sayılanlar dışındaki her türlü savunma hakkının ihlali, bir üst başlıkta incelendiği üzere, adil (düzgün) yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilerek kamu düzeni müdahalesi kapsamında incelenebilecektir. Ancak unutmamak gerekir ki bu inceleme ancak tenfiz hakiminin re'sen yapacağı bir incelemedir.

B. Tenfiz Kararının Kesin Hüküm ve Kesin Delil Etkisinin Başlangıcı ile Mal Rejiminin Tasfiyesine İlişkin Davalarda Zamanaşımının Başlangıcı

2675 sayılı MÖHUK döneminde, tanıma- tenfiz konusu yapılan yabancı mahkeme kararlarının Türk Hukuku bakımından kesin hüküm ve kesin delil etkisinin ne zamandan itibaren doğacağına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Doktrinde baskın görüş, tenfiz edilen yabancı mahkeme kararının Türk Hukuku bakımından kesin hüküm ve kesin delil etkisinin, bu yabancı kararın verildiği yer hukukuna göre kesinleştiği andan itibaren doğacağı yönündeydi⁵²⁵. Ancak uygulamada Yargıtay'ın yabancı mahkeme kararının kesin hüküm ve kesin delil etkisini bu kararın Türk hukukuna göre tenfizinin kesinleştiği tarihten itibaren başlattığı kararlar da mevcuttu⁵²⁶.

Ancak 5718 sayılı MÖHUK'un 04.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte konu netlik kazanmış ve ilgili kanununun 59. maddesi uyarınca “*Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi (geçmişe etkili olarak) yabancı mahkeme kararının (verildiği yer hukukuna göre) kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceği*” açıkça belirtilmiştir.

Yargıtay'ın, 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonra konuya ilişkin verdiği kararlarda da, yabancı kararların kesin hüküm ve kesin delil etkisinin m.59 uyarınca bu kararın verildiği yerde kesinleştiği andan itibaren sonuç doğuracağı belirtilmiştir. Yargıtay 2. H.D.'nin 31.05.2012 tarihli 2011/17140E. 2012/14630K numaralı kararı⁵²⁷ bu uygulamaya örnek teşkil etmektedir. 24.02.2000 tarihinde Federal Almanya Kelpen Sulh Hukuk Mahkemesince verilen boşanma kararının o yer hukukuna göre kesinleşmesinden sonra, bu kararın Adana 1. Aile Mahkemesince 02.03.2010 tarihinde tanınmasının kesinleşmesi üzerine tarafların Türk Hukukuna göre hangi andan itibaren boşanmış sayılacaklarını tespit etmeye çalışan Yargıtay, MÖHUK m.59 uyarınca, tarafların, yabancı boşanma kararının kesinleştiği tarih olan 24.02.2000 tarihinde boşandıklarına hükmetmiştir.

⁵²⁵ Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 334vd. ve orada ismi zikredilen yazarlar.

⁵²⁶ Yargıtay 2. H.D.'nin 27.12.1994 tarihli 1994/11911E. 1994/13053K numaralı kararı bu uygulamaya örnektir. Karar için bkz. Nuray Ekşi, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul, 2007, s. 321-322.

⁵²⁷ Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi 23.12.2013)

Peki, yabancı boşanma kararlarının Türkiye’de tanınmasından sonra açılacak bir mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağına ilişkin davada zamanaşımı süresi ne olacak ve bu süre hangi andan itibaren işlemeye başlayacaktır? Konumuz bakımından açıklığa kavuşturulması önem taşıyan bu soruya cevap verebilmek için öncelikle, dava zamanaşımı süresinin hangi hukuka tabi olacağını tespit etmek gerekecektir. Bazı hukuk sistemlerinde dava zamanaşımı meselesi bir usul hukuku meselesi olarak vasıflandırılmakta ve bu nedenle hakimin hukukuna (lex fori) tabi kılınmaktadır. Ancak Türk milletlerarası özel hukukunda dava zamanaşımı meselesi bir maddi hukuk meselesi olarak vasıflandırılmakta ve bu nedenle de uyumsuzluğun esasına uygulanan hukuka (lex causae) tabi kılınmaktadır. Bu durum, MÖHUK m.8’de “Zamanaşımı, hukuki işlem veya ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabidir” ifadesi ile kanunda da belirtilmiştir. Dolayısıyla Türkiye’de açılan mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasında zamanaşımı süresi, MÖHUK m.15 uyarınca tespit edilen hukuka tabi olacaktır. MÖHUK m. 15 uyarınca tespit edilen hukukun Türk hukuku olduğu durumlarda, dava zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıç tarihi Türk hukukuna göre belirlenecektir. Türk hukukunda mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasına ilişkin zamanaşımı süresi öngören özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay’ın farklı tarihlerdeki farklı zamanaşımı sürelerini benimsediği kararlarına değinmekte fayda vardır.

Bilindiği üzere mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davalarında zamanaşımı süresinin ne olacağı gerek doktrinde gerekse uygulamada çok tartışılmıştır⁵²⁸. Yargıtay 8. H.D. MK m.178 uyarınca 1 yıllık zamanaşımı süresini öngördüğü kararlarında söz konusu süreyi boşanma kararının kesinleştiği andan itibaren başlatmaktaydı⁵²⁹. Bu dönemde, yabancı boşanma kararlarının tanınmasından sonra mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasının açılması söz konusu olduğunda zamanaşımı süresinin tanıma kararının kesinleşmesinden sonra başlayacağı dile

⁵²⁸ Bu konudaki tartışmalar ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.04.2013 tarihli kararı için bkz Birinci Bölüm s. 49.

⁵²⁹ Bu kararlardan biri Yargıtay 8. H.D.’nin 08.05.2012 tarihli 2012/2056E 2012/3981K numaralı kararıdır. Söz konusu kararın özeti Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bahsi geçen 17.04.2013 tarihli 2013/8-375 E 2013/520 K numaralı kararında yer almaktadır.

getirilmişti. Yargıtay 8. H. D.'nin 08.06.2009 tarihli 2009/2030E 2009/2937K⁵³⁰ numaralı kararında bu durum şu şekilde dile getirilmiştir; “...Yabancı ilamla ilgili tanıma veya tenfiz kararı verilmedikçe veya bu yönde açılan dava reddedildiği takdirde, o ilam Türkiye’de hukuki sonuç doğurmaz ve taraflar boşanmış sayılmazlar. Bu nedenle mahkemece zamanaşımı süresinin tenfiz kararının kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanması gerekirken, yabancı mahkeme boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanması doğru değildir.....” Söz konusu ifade, MÖHUK m. 59’da yer alan yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi durumunda Türk Hukuku bakımından kesin hüküm ve kesin delil etkisini geçmişe etkili olarak yabancı kararın kesinleştiği andan itibaren doğuracağına ilişkin hükme aykırılık teşkil etmekteydi. Üstelik bu karar aynı zamanda, MK m.225 f.2’de yer alan evliliğin boşanmayla sona ermesi durumunda mal rejiminin geçmişe etkili olarak boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren sona ereceğine ilişkin hükme de aykırılık teşkil etmekteydi. Bilindiği üzere katılma alacağı tasfiye işleminin gerçekleşmesiyle birlikte muaccel hale gelmiş olur⁵³¹. Bu durumda tasfiye işleminin hangi anda gerçekleştiğinin dikkate alınması gerekecektir. Ancak uygulamada tasfiye ve katılma alacağı davaları birlikte açıldıkları için, tasfiye işleminin gerçekleştiği bağımsız bir an söz konusu değildir. Bu durumda 1 yıllık zamanaşımı süresini tasfiyenin talep edilebileceği andan başlatmak gerekecektir. Tasfiye ise mal rejiminin sona ermesiyle birlikte istenebilmektedir. Dolayısıyla 1 yıllık zamanaşımı süresi mal rejiminin sona erdiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır⁵³². MK m.225 f.2’de evliliğin boşanmayla sona erdiği durumlarda mal rejiminin sona erdiği tarih boşanma davasının açıldığı tarih olarak belirlenmiş olmasına rağmen, bu olayda Yargıtay, 1 yıllık zamanaşımı süresini yabancı boşanma kararına ilişkin tanıma kararının kesinleştiği tarihte başlatmıştır.

Oysa söz konusu olayda Yargıtay’ın, MK m.178 uyarınca mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasında öngördüğü 1 yıllık zamanaşımı süresini, tanınarak kesin

⁵³⁰ Söz konusu kararın tam metni için bkz. İzzettin Doğan, Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 444 vd. ve Şıpka, a.g.e., s. 362-362 dn.18 ve özeti için bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 679-680.

⁵³¹ Bkz. Birinci Bölüm s. 45.

⁵³² Bkz. Şıpka, a.g.e., 303, Sarı, a.g.e., s.104 ve 252.

hüküm kuvveti verildiği yer hukukuna göre kesinleştiği andan itibaren başlayan yabancı boşanma kararına ilişkin davanın başlangıç tarihinden başlatması gerekirdi. Diğer bir deyişle, yabancı devlet mahkemesinde görülen boşanma davasının açıldığı tarih zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olmalıydı. Ancak bu durumda da, söz konusu zamanaşımı süresinin kısalığı, yabancı mahkemede boşanma davası açarak boşanan çiftlerin Türkiye’de mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davası açma imkanlarını neredeyse imkansız hale getiriyordu. Çünkü yabancı mahkemeden kısa süre içerisinde bir boşanma kararı alınabilse dahi söz konusu kararın Türkiye’de tanınması, tanıma kararının kesinleşmesi ve bunun üzerine mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davası açılması çoğunlukla bir yıldan uzun bir süre almaktaydı. Bu durum ise söz konusu çiftler bakımında bir hak kaybına neden olabilmekteydi.

Ancak daha sonrasında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.04.2013 tarihli 2013/8-375 E 2013/520 K numaralı kararı ile zamanaşımı süresinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.146 uyarınca 10 yıl olduğu konusunda uygulamada açıklık sağlanmaya çalışılmıştır. 10 yıllık zamanaşımının hangi tarihten itibaren başlayacağı konusunda ise söz konusu kararda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Yine de MK m.225 f.2’de yer alan açık hüküm karşısında tasfiye ve katılma alacağına ilişkin dava bakımından 10 yıllık zamanaşımı süresinin, yabancı boşanma kararının Türkiye’de tanınmış olması koşuluyla, geçmişe etkili olarak söz konusu yabancı boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren başlayacağı açıktır⁵³³.

Yargıtay 8. H.D. de 20.10.2009 tarihli 2009/3620 E 2009/5010 K⁵³⁴ numaralı kararında mal rejiminin sona erme (ve dolayısıyla zamanaşımı süresinin başlama) anının yabancı boşanma davasının açıldığı tarih olduğunu belirtmiştir. Söz konusu kararda bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “...Taraflar 15.12.1965 tarihinde evlenmişler, 31.03.2002 tarihinde Almanya Minden Asliye Hukuk Mahkemesine açılan boşanma davasının kabulü yönündeki hükmün tenfizine ilişkin Ankara 1. Aile

⁵³³ Aynı yönde görüş için bkz. Zeytin, a.g.e., s. 88. Karşı görüş için bkz. Gençcan, a.g.e., s.417. Gençcan mal rejiminin sona erme ve dolayısıyla zamanaşımı süresinin başlangıç anını yabancı boşanma davasının açılma tarihinden değil söz konusu kararın tanıma kararının kesinleştiği andan başlatmaktadır.

⁵³⁴ Söz konusu kararın tam metni için bkz. Gençcan, a.g.e., s. 417.

Mahkemesinin verdiği hükmün kesinleştiği 16.07.2007 tarihinde boşanmışlardır. Eşler başka mal rejimini seçmediklerinden 1.1.2002 tarihine kadar 743 sayılı MK'nın 170. Maddesine göre mal ayrılığı, *bu tarihten mal rejiminin sona erdiği Almanya Minden Asliye Hukuk Mahkemesine boşanma davasının açıldığı tarihe kadar ise* 4721 sayılı MK'nın 202. Maddesi hükmü uyarınca yasal edinilmiş mallara katılma rejimine tabidirler...”

Aynı hukuk dairesi 19.10.2009 tarihli 2009/2342 E 2009/4941 K⁵³⁵ numaralı kararında da aynı ifadelerle yer vererek mal rejiminin sona erme ve dolayısıyla zamanaşımının başlangıç tarihini, yabancı boşanma davasının açıldığı tarih olarak belirtmiştir.

Ancak yine aynı hukuk dairesinin 13.07.2010 tarihli 2010/1855E. 2010/3896K. numaralı kararında⁵³⁶, tanınan yabancı boşanma kararının Türk Hukuku'na göre kesinleşme tarihi olarak, MÖHUK m.59 uyarınca, yabancı boşanma kararının verildiği yerde o yer hukukuna göre kesinleştiği tarih dikkate alınsa da, katkı payı alacağı davasındaki zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi, söz konusu yabancı boşanma davasının açıldığı tarih değil, yine bu kararın verildiği yerde kesinleştiği tarih olarak hesaplanmıştır. Dava konusu olayda, eşler 31.07.1980 tarihinde evlenmiş ve Russelsham Sulh hukuk Mahkemesinin 10.01.2006 tarihinde kesinleşen kararıyla boşanmıştır. Bu karar, Marmaris 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/354E. 2007/262K. numaralı kararı ile tanınmış ve tanıma kararı 14.04.2008 tarihinde kesinleşmiştir. Yargıtay katkı payı alacağı davasında zamanaşımı süresinin önceki kararlarında olduğu gibi, MK m.225 f.2 uyarınca yabancı boşanma davasının açıldığı tarihten başlatmak yerine, söz konusu kararın verildiği yer hukukuna göre kesinleştiği 10.01.2006 tarihinden başlatmıştır. Bu durum Yargıtay kararında şu ifadelerle dile getirilmiştir; “...Buna göre, zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak yabancı mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşme tarihinin esas alınmasında herhangi bir isabetsizlik yoktur.”

⁵³⁵ Kararın tam metni için bkz. Gençcan, a.g.e., s. 418.

⁵³⁶ Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi 22.12.2013)

Yukarıda incelemeye çalıştığımız kararlarda görüldüğü üzere, Yargıtay, mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davalarında zamanaşımı süresi konusunda verdiği çelişkili kararların yanı sıra bu davaların Türkiye’de tanınan bir yabancı boşanma kararına istinaden açıldığı durumlarda bu zamanaşımının başlangıcı konusunda da bir yeknesaklık oluşturamamıştır. Yargıtay’ın, söz konusu zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak 1-) Yabancı boşanma kararının o yer hukukuna göre kesinleştiği tarih, 2-) Yabancı boşanma kararına ilişkin tanıma kararının kesinleştiği tarih ve 3-) Yabancı mahkemede boşanma davasının açıldığı tarih olmak üzere her üç tarihe ilişkin kararı da mevcuttur.

Çalışmamızın birinci bölümünde daha detaylı açıklandığı üzere mal rejiminin boşanmanın ferî niteliğinde olmaması nedeniyle⁵³⁷ 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğine ilişkin katıldığımız görüşün benimsenmesinin, Türk hukukuna tabi tasfiye ve katılma alacağı davalarının, Türkiye’de tanınan yabancı boşanma kararına istinaden açıldığı durumlarda da, tarafların hak kaybına uğramaması bakımından, 1 yıllık zamanaşımı süresine kıyasla, daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca, MÖHUK m. 59 ile MK m.225 f.2 birlikte değerlendirildiğinde, tanıma işlemi ile kesin hüküm ve kesin delil kuvveti yabancı mahkemede o yer hukukuna göre kesinleştiği tarihte doğan yabancı boşanma kararının verildiği davanın açıldığı tarih 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak kabul edilmelidir.

⁵³⁷ Bkz. Birinci Bölüm s. 46-49.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Kadının mülkiyet hakkının varlığının kabulüyle anlam kazanmaya başlayan mal rejimi kavramının günümüzdeki değerine ulaşması, kadın-erkek eşitliğinin hukuksal düzenlemelere yansımalarıyla mümkün olmuştur.

Eşlerin evlenmeden önce sahip oldukları ve evlilik birliği devam ettiği sürece edindikleri mallar üzerindeki mülkiyet kullanma ve yararlanma haklarının sınırları, birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı borçlarından sorumlulukları ve evlilik birliği sona erdiğinde bu malların paylaşılması” yönündeki kurallar bütünü olarak tanımlanabilen mal rejimi kavramının temelinde evliliğin eşlerin mallarına etkisi meselesi yatmaktadır. Devletlerin mal rejimine ilişkin düzenlemelerindeki farklılık da işte bu etkinin yoğunluğuna ilişkindir. Evliliğin, eşlerin malları üzerinde hiçbir etkisinin olmaması gerektiğinden hareket eden “mal ayrılığı” rejiminden, bu etkiyi evlilik birliği devam ettiği sürece edinilen her mal için tanıyan “mal ortaklığı” rejimine kadar, her ülke kendi ekonomik, sosyal ve kültürel değerlerini dikkate alarak bu alanda düzenlemelerde bulunmuştur.

Anglo Sakson Hukuk Sistemi’ni benimseyen ülkelerde genellikle, yasal mal rejimi olarak “mal ayrılığı rejimi” benimsenmiştir. Bu rejimde, evlilik kurumunun eşlerin malvarlığı üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Eşler evlilikleri süresince kendi malları üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahip olmaya devam ederler. Evlilik birliğinin, boşanma, evliliğin feshi veya ölüm gibi nedenlerle sona ermesi durumunda da ortada tasfiyeyi gerektirecek bir malvarlığı değeri söz konusu olmamaktadır.

Mal ayrılığı rejiminin eşlerin ekonomik durumunda yaratabileceği adaletsizlikler, evlilik birliğinin boşanma veya evliliğin feshi nedenleriyle sona ermesi durumunda boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin düzenlemeler, evlilik birliğinin ölümle sona ermesi durumunda ise miras hukukuna ilişkin düzenlemeler eliyle giderilmeye çalışılmaktadır. Anglo Sakson Hukuku’nda Kıta Avrupası Hukuku’na kıyasla

hakimlerin takdir yetkilerinin daha geniş olması bu adaletsizliklerin azaltılabılmesinde önemli bir etken teşkil etmektedir.

Bu hukuk sisteminde, uzun yıllar boyunca eşlere mal rejimi sözleşmesi yapma yetkisi tanınmamıştır. Ancak, evlilik ve boşanma kurumlarına ilişkin bakış açısının yıllar içindeki değişimi günümüzde bu sözleşmeleri kabul edilebilir kılmıştır. Bugün hem İngiltere’de hem de Amerika Birleşik Devletleri’nde eşlere mal rejimi sözleşmesi yapma yetkisi tanınmaktadır. Hem de bu yetki, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde olduğu gibi sınırlandırılmış değildir. Dolayısıyla eşler aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile diledikleri mal rejiminin kendilerine uygulanmasını sağlayabilmektedirler. İngiliz Hukukunda bu mal rejimi sözleşmelerinin bağlayıcılık kazanabilmesi, hakim onayına bağlıyken Amerikan Hukuku’nda artık böyle bir onay aranmamaktadır.

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nde yer alan ülkelerin mal rejimine ilişkin medeni hukuk düzenlemeleri ise iki temel grup içinde incelenebilir. Bunlardan birincisi Fransa’nın başını çektiği ve genelde Rusya, İspanya, Çek Cumhuriyeti gibi Avrupa ülkelerinde görülen “mal ortaklığı” rejimi; ikincisi ise, Almanya ve Alman Hukuku’ndan etkilenen İsviçre, Türkiye, Avusturya ve Yunanistan gibi ülkelerde benimsenen, “mal ayrılığı” esasına dayanan ve kazancın paylaşılmasını öngören yasal mal rejimleridir.

Söz konusu rejimleri birbirinden ayıran temel farklılık ise eşlerin bu mallar üzerinde sahip oldukları hak ve yetkilere ilişkindir. “Mal ortaklığı” rejiminde eşler, evlilik birliği devam ederken edinilen ortaklık malları üzerinde müşterek olarak aynı hak ve yönetim hakkı sahibi olurken, “mal ayrılığı” rejiminde her eş sadece kendi malları üzerinde aynı hak ve yönetim hakkı sahibi olmaktadır. Dolayısıyla mal ayrılığı rejiminde, mal ortaklığı rejiminden farklı olarak, evlilik birliği nedeniyle, eşlerin ortak olarak üzerinde aynı hak sahibi oldukları ve birlikte yönetecekleri bir malvarlığı söz konusu değildir.

Eşlerin kendilerine uygulanacak mal rejimini seçebilmelerine ilişkin irade özgürlüğü konusunda ise bu iki rejim arasında temel ilkeler bakımından hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Kıta Avrupası Hukuk sistemi içerisinde yer alan bu ülkeler, yasal mal rejimi olarak hangi mal rejimini benimsemiş olursa olsun, eşlere kendilerine uygulanacak mal rejimini seçebilme yetkisi tanımışlardır. Ancak bu yetki Anglo Sakson Hukuk Sisteminde olduğu gibi sınırsız değildir. “Sınırlı sayı” ve “tipe bağlılık” ilkeleri ile sınırlandırılmış durumdadır. Sınırlı sayı ilkesi, eşlerin kendilerine uygulanacak mal rejimi konusunda ancak ilgili kanunda düzenlenmiş olan mal rejimlerinden birini seçebilmelerini ifade etmektedir. Dolayısıyla eşlerin iç hukuklarında düzenlenmiş bulunan mal rejimi türlerinden başka bir mal rejimini seçebilmeleri mümkün değildir. Tipe bağlılık ilkesi ise, eşlerin kanunda düzenlenmiş olan bu mal rejimi türlerinden karma bir mal rejimi yaratmalarını engellemektedir. Bu ilke gereği eşler seçtikleri mal rejimi türü üzerinde ancak kanunda izin verilen konularda bir takım değişiklikler yapabilmektedir.

Eşlerin irade özgürlüklerinin bu ilkeler doğrultusunda sınırlandırılmasının temel nedeni, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin emredici nitelik taşıdığına kabul edilmesidir. Dolayısıyla eşlere kendilerine uygulanacak mal rejimini seçmek konusunda verilen irade özgürlüğü istisnai niteliktedir ve ancak sınırlı sayı- tipe bağlılık ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla kullanılabilir. Bu ilkelerle işlem güvenliğinin sağlanmasının yanı sıra aile üyelerinin de menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, dönemin İsviçre Medeni Kanunu’ndan iktibas edilerek 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girdiğinde, İsviçre Medeni Kanunu’nda yasal mal rejimi olarak “mal birliği” rejimi düzenlenmiş olmasına rağmen Türk Kanunu Medenisi’nde yasal mal rejimi olarak “mal ayrılığı” rejimini benimsemişti. Başlangıçta, herkesin malının kendine ait olması esasına dayanan mal ayrılığı rejimi, kadın - erkek eşitliği bakımından en ideal rejim olarak görünse de zamanla bu rejimin özellikle ekonomik bir karşılık almadan ev içinde çalışan kadının aleyhine sonuçlar doğurduğu acı tecrübelerle öğrenilmeye başlandı. Bu adaletsiz durumun

giderilmesi için mevcut mal rejiminin değiştirilmesine yönelik çalışmalar 1980'li yılların başında başlamıştır.

Söz konusu olumsuzlukların ancak kazancın paylaşılması ile aşılacağı görüşü ağırlık kazanmış ve sonunda 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile, kazancın paylaşılmasını hedef alan mal rejimi türlerinden biri olan, “edinilmiş mallara katılma rejimi” yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Eşlerin kanunda belirlenen “mal ayrılığı”, “paylaşmalı mal ayrılığı” ve “mal ortaklığı” rejimlerinden birinin kendilerine uygulanması için aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları (sözleşmesel mal rejimi) veya yine kanunda belirlenen haklı bir durumun varlığı halinde eşlerden birinin hakim kararıyla aralarındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini (olağanüstü mal rejimi) talep etmediği takdirde, bütün evliliklerde yasal mal rejimi olarak “edinilmiş mallara katılma rejimi” uygulanmaktadır. Bu rejimde eşlerin malvarlıkları “edinilmiş mallar” ve “kişisel mallar” olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Sadece MK m.220, 228 f.2, 221’de yer alan mal türleri kişisel mal olarak kabul edilmektedir. Bunlar dışında kalan bütün mallar ise MK m.222 f.3’te yer alan karine gereği, aksi ispat edilmediği takdirde edinilmiş mal kabul edilerek tasfiye konusu yapılmaktadır. Bu rejime göre eşler evlilik birliği devam ettiği sürece, sanki aralarında mal ayrılığı rejimi geçerliymişçesine, kendi malvarlıkları üzerinde, bu mallar ister kişisel ister edinilmiş mal olsun, mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarına tek başlarına sahiptirler. Ancak, MK m.194 f.1 uyarınca aile konutuna ilişkin işlemlerde diğer eşin onayının gerekmesi, MK m.199 uyarınca ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde bir eşin tasarruf yetkisinin hakim kararıyla sınırlandırılması ve MK m.223 f.2 uyarınca paylı mülkiyet konusu malda tasarruf yetkisinin kullanılabilmesi için diğer eşin onayının gerekmesi durumlarında eşlerin kendi malları üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılabilir. Bu rejimde her bir eş kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur. Ancak evlilik birliğini temsil yetkisinden doğan borçlardan eşler müteselsilen sorumlu olurlar. Eşlerin birbirlerine karşı olan borçları konusunda ise MK m.217 uyarınca evlilik birliği devam ederken takip başlatabileceklerdir. Eşler arasındaki mal rejimini sona erdiren haller ve bu rejimin

sona erme zamanı konusu MK m. 225'te düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; “Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer.(f.1)Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer (f.2)”. Mal rejiminin sona ermesi ile birlikte tasfiye aşamasına geçilir. Tasfiye davasının sona ermesi ile birlikte, eşlerin birbirlerinden olan katılma alacakları muaccel hale gelmiş olur. Ancak uygulamada tasfiye ve katılma alacağı talepleri birlikte ve hatta boşanma davası içerisinde ileri sürülmektedir. Bu durumda tasfiye ve katılma alacağı talepleri boşanma davasından tefrik edilmekte ve bekletici mesele olarak boşanma davasının kesinleşmesi beklenmektedir. Anlaşmalı boşanma davalarında mal rejiminin tasfiyesinin taraflarca kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı meselesi de doktrinde tartışmalıdır. Uygulamada ise YHGK 27.05.2009 tarihli 2009/2-158 E. 2009/217 K. numaralı kararında mal rejiminin tasfiyesinin boşanmanın ferî niteliğinde olmadığını belirterek anlaşmalı boşanma davalarında da, çekişmeli boşanma davalarında olduğu gibi, mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı davasının anlaşmalı boşanma davasının kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava olarak açılabilmesine hükmetmiştir. Katılma alacağının talep edilmesi bakımından zamanaşımı meselesine ilişkin MK'da özel bir hüküm yer almaması nedeniyle, konu gerek doktrinde gerekse uygulamada çok tartışılmıştır. Mal rejiminin tasfiyesinin boşanmanın ferî niteliğinde olduğunu savunan yazarlar zamanaşımı süresi olarak MK m.178'deki 1 yıllık sürenin uygulanması gerektiğini savunurken, mal rejiminin boşanmanın ferî niteliğinde olmadığını savunan yazarlar ise BK m. 146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 17.04.2013 tarihli 2013/8-375 E 2013/520 K numaralı kararında katılma alacağı bakımından zamanaşımı süresinin BK m.146 uyarınca on yıl olması gerektiğini belirtmiştir.

Tasfiye işleminin başlayabilmesi için öncelikle üçüncü kişilere ait herhangi bir malvarlığı değeri varsa bu değer çıkarılır ve kalan malvarlığı değerinin hangi eşe ait olduğu tespit edilir. İkinci aşama olarak her bir eşin kişisel malları ve edinilmiş malları gruplandırılır. Eğer eşlerden biri, diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda

bulunmuş ve bu katkısı da o malın değerinde bir artış meydana getirmişse bu eş diğer eşten değer artış payı talebinde bulunur. MK m.229 uyarınca eklenecek değerler eklenir. Üçüncü aşamada ise, her bir eşin kendi kişisel malları ile edinilmiş malları arasında herhangi bir borçlanma söz konusu ise denkleştirme işlemi gerçekleştirilir. Bütün bu eklenecek ve çıkarılacak değerlerin her bir eşin edinilmiş malına eklenip çıkarılmasıyla birlikte tasfiye işlemi sona ermiş olur. Tasfiye sonucunda elde edilen değere ise “artık değer” denilmektedir. Her bir eşin artık değerinin yarısı diğer eşin katılma alacağını oluşturur ve bu alacaklar birbiriyle takas edilir. Katılma alacağı hakkı aynı bir hak olmayıp aile hukuku kaynaklı kanundan doğan bir alacak hakkıdır. Bu alacak hakkının konusunu parasal bir edimin ifası oluşturmaktadır. Dolayısıyla edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye, kural olarak “nakdi tasfiyedir”. Genel kural nakdi tasfiye olsa da, kanun koyucu iki istisnai durumda aynı tasfiyeyi öngörmüştür. Bunlardan birincisi MK m. 226 f.2 uyarınca paylı mülkiyet konusu eşya üzerinde ikincisi ise MK m.240 uyarınca aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynı hak talebinde bulunulmasına ilişkindir. Mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi halinde hem mal rejiminin hem de terekenin tasfiyesinin yapılması gerekecektir. Böyle bir durumda önce mal rejiminin tasfiyesi yapılacak ve böylece ölen eşin terekesi belirlenmiş olacak daha sonra ise ölen eşin terekesinin tasfiyesi gerçekleştirilecektir. Söz konusu rejim tasfiye aşamasının karmaşıklığı ve uzunluğu sebebiyle doktrin tarafından eleştirilmektedir.

Anglo Sakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde, mal rejimine ilişkin maddi hukuk kurallarında olduğu gibi, milletlerarası özel hukuk düzenlemelerindeki mal rejimine ilişkin kanunlar ihtilafî kurallarında da farklılıklar mevcuttur.

Anglo Sakson Hukuk Sistemi’nde günümüz itibarıyla eşlerin aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku seçme imkanları mevcuttur. Amerikan Hukukunda daha eski bir geçmişe sahip olan eşlerin mal rejimi uyumsuzluklarındaki irade özgürlüğü, İngiliz Hukuku bakımından daha yeni yeni kabul edilmeye başlanmıştır. Hatta günümüzde eşlerin aralarında yapmış oldukları mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesinin, tıpkı mal rejimi sözleşmesinde olduğu gibi, adil ve resmi belge gücü kazanarak bağlayıcı olması İngiliz hakimi tarafından bu sözleşmenin

onaylanmasına bağlıdır. Gerek İngiliz gerekse Amerikan Hukuklarında, eşler bu sözleşmelerle aralarındaki mal rejimi ilişkinin tabi olacağı hukuku seçebilecekleri gibi, bir hukuk seçmek yerine, doğrudan sahip oldukları malların tabi olacağı kuralları ve böylece bu mallar üzerindeki haklarını da tek tek belirleyebilirler.

Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde, eşlerin herhangi bir hukuk seçiminde bulunmaması durumunda, mal rejimine uygulanacak hukukun tespitini sağlayan objektif bağlama noktaları bakımından taşınır mal ve taşınmaz mal ayrımı yapılmaktadır. Diğer bir deyişle, malın niteliğine göre o mala uygulanacak objektif bağlama noktası da farklılık göstermektedir. Bu konudaki genel eğilimin taşınır mal için evlenme anındaki ikametgah hukuku, taşınmazlar için ise malın bulunduğu yer hukukunun (*lex rei sitae*) olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde de, Anglo Sakson Hukuk Sisteminde olduğu gibi, eşlere aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınmıştır. Ancak bu seçim Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde sınırlandırılmıştır. Çünkü aile hukuku karakterinin baskın olduğu kabul edilen mal rejimi uyumsuzluklarına ilişkin maddi hukuk kuralları genellikle emredici hükümlerden oluşmaktadır ve bu nedenle irade serbestisi istisnai bir özellik taşımaktadır. İrade serbestisinin istisnailiği sebebiyle eşler sadece milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında belirlenen sınırlı sayıdaki (*numerus clauses*) hukuklardan birini seçebilirler. Bu hukuklar ilgili kanunlar ihtilafı kurallarındaki subjektif bağlama noktaları uyarınca tespit edilmektedir.

Eşlerin mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olmaları durumunda uygulama imkanı bulacak objektif bağlama noktaları konusunda da Kıta Avrupası Hukuk Sistemi, Anglo Sakson Hukuk Sistemi ile örtüşmemektedir. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde objektif bağlama noktası tespit edilirken malların niteliği dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla hem taşınır hem de taşınmaz mallara bir bütün halinde tek bir bağlama noktası uygulanmaktadır. Buna doktrinde “malların birliği ilkesi” denilmektedir.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, mal rejimine ilişkin uyumsuzluklar, aile hukuku karakteri daha baskın uyumsuzluklar olarak vasıflandırıldığı için, gerek subjektif

gerek objektif bağlama noktaları bakımından kişisel statü esas alınmış ve bu nedenle milli hukuk, ikametgah hukuku veya mutad mesken hukuku bağlama noktaları olarak belirlenmiştir.

Bu çalışma kapsamında yabancılik unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarına ilişkin milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılmasını öngören uluslararası düzenlemelere de değinilmiştir. Söz konusu düzenlemeler sırasıyla; a-)1905 tarihli Evliliğin Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri ile Mallarına Etkisinden Doğan Kanunlar İhtilafına İlişkin La Haye Sözleşmesi b-) 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi ve c-) 2011 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanıma ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzük Tasarısıdır. 1905 tarihli La Haye Sözleşmesi sübjektif bağlama noktalarını düzenlememiş sadece eşlerin hukuk seçimi imkanının milli hukuklarına tabi olduğunu belirtmiştir. Objektif bağlama noktası olarak ise kocanın milli hukukunu benimsemiştir. Sadece altı devlet tarafından yürürlüğe giren ve kadın-erkek eşitliğine aykırı hükümler içeren bu sözleşme karşısında yeni bir uluslararası düzenleme yapma çalışmalarına başlayan La Haye Konferansı 1978 tarihli La Haye Sözleşmesini hazırlamıştır. Sübjektif bağlama noktası olarak hukuk seçiminin yapıldığı andaki kişisel statüyü esas alan bu sözleşme objektif bağlama noktası olarak da evlenme anındaki kişisel statüyü esas almıştır. Böylece değişmezlik doktrini benimsenerek bağlama noktaları bakımından bir zaman sabitlemesi oluşturulmuştur. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 2011 tarihli Tüzük Tasarısında da sübjektif ve objektif bağlama noktaları bakımından aynı zaman sabitlemesi tercih edilerek yine değişmezlik doktrini benimsenmiştir. Tüzük tasarısında 1-) malların birliği 2-)kanunlar ihtilafı kurallarının evrenselliği 3-) atfın reddi ilkeleri benimsenmiştir. Ayrıca uygulanacak hukukun uygulanmasını engelleyen doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzenine ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Yine 1905 ve 1978 tarihli La Haye Sözleşmelerinden farklı olarak yabancılik unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarında üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ile üye devlet mahkeme kararlarının, resmi belgelerin ve mahkeme içi sulh sözleşmelerinin tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Türk milletlerarası özel hukukunda mal rejimi uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuku tespit eden kanunlar ihtilafı kuralı MÖHUK m.15'te yer almaktadır. Söz konusu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır;

“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.

Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır.

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

MÖHUK m.15'in kapsamına giren konular ise doktrinde şu şekilde özetlenmiştir; 1-) Kanuni ve sözleşmesel mal rejiminin niteliği 2-) Malların türü (kişisel mal- evlilik malı) 3-) Eşlerin bu mallar üzerindeki mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf hakları 4-) Eşlerin birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı olan borçlarından sorumluluğu 5-) Mal rejimini sona erdiren nedenler 6-) Tasfiyenin şekli (nakdi veya ayni) 7-) Malların paylaşım oranı 8-) Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekli (MÖHUK m.7 uyarınca).

Ancak burada belirtilen konular tahdidi (numerus clauses) değil sadece örnek kabilindedir. Yine de çok kısaca belirtmek gerekirse, evliğin eşlerin malları üzerindeki etkisine ilişkin bütün meselelerin MÖHUK m.15 kapsamında değerlendirileceği söylenebilir. Ancak buradaki etkinin doğrudan bir etki olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, MK m. 186 f.3'te yer alan, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında malvarlıklarıyla katılma yükümlülüğünü yerine getirirken malvarlıklarını kullanmaları durumunda evliliğin mallar üzerindeki etkisi dolaylı etkidir, asıl etki eşler üzerindedir. Bu nedenle bu tür konular vasıflandırılırken evliliğin genel hükümleri kapsamında değerlendirilmeli ve MÖHUK m.13'e tabi olmalıdır. Benzer şekilde boşanma veya ayrılık davaları devam

ederken eşlerin mal rejimlerine ilişkin verilen tedbir kararları da, birer ihtiyati tedbir kararları olacakları için, burada da Türk hakim, usul hukukunun lex foriye tabi olması genel ilkesinden hareketle Türk hukukunu uygulayacaktır.

Mal rejimine ilişkin uyumsuzluklarda en sık rastlanan yabancılık unsurları 1-) eşlerin vatandaşlıkları 2-) eşlerin ikametgahlarının veya mutad meskenlerinin bulunduğu yer 3-) eşlerin mallarının bulunduğu yer bakımından doğan yabancılık unsurları. Peki hiçbir şekilde yabancılık unsuru içermeyen bir mal rejimi ilişkisinde, eşlerin, yabancı bir hukuku seçerek ilişkiye yabancılık unsuru katmaları mümkün müdür? Bu sorunun cevabı MÖHUK m.15 kapsamında eşlere tanınan hukuk seçimi yetkisinin sınırlarında saklıdır. Eşler arasındaki mal rejimi ilişkisi, aile hukuku karakteri baskın olan bir ilişkidir ve bu vasfı nedeniyle devletlerin iç maddi hukuklarında çoğunlukla emredici kurallarla düzenlenmiştir. Bu nedenle mal rejimi ilişkisinde eşlere tanınan irade serbestisi istisnaidir. Dolayısıyla eşler ancak MÖHUK m.15'te yer alan sübjektif bağlama noktalarında belirtilen hukuklardan birini seçebilirler. Zaten aksi kabul edilse dahi, hiçbir şekilde yabancılık unsuru içermeyen bir mal rejimi ilişkisinde, eşlerin mutad mesken veya milli hukukları her zaman Türk hukukunu göstereceği için, pratikte ilişkiye yabancılık unsuru katmak mümkün olmayacaktır.

Eşlerin yapacakları mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri MÖHUK m. 7 uyarınca, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi yapıldığı yer hukukunun (Locus Regit Actum) veya mal rejimi ilişkisinin esasına uygulanacak hukukun (Lex causae) maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir. Türk milletlerarası özel hukukunda mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinin şekline ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığı için burada şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak, hukuk seçiminin ispatı bakımından bu sözleşmelerin yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır. Dolayısıyla MÖHUK m.7 uyarınca mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinin şeklinin Türk hukukuna tabi olduğu durumlarda, bu sözleşmeler bakımından herhangi bir şekil şartı aranmayacaktır. MÖHUK m.9 uyarınca ehliyetin Türk hukukuna tabi olduğu durumlarda ise MK m. 204'teki ehliyeteye ilişkin özel hüküm uygulanmalıdır.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinde ancak açık hukuk seçimi mümkündür. Örtülü, farazi ve kısmi hukuk seçimi mümkün değildir.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi ile seçilen yabancı hukukun mal rejimine ilişkin hangi hükümleri uygulanacaktır? Eşler bu sözleşmede seçtikleri ülke hukukunun sözleşmesel mal rejimi türlerinden birinin kendilerine uygulanmasını açıkça kararlaştırmışlarsa bu sözleşmesel mal rejimi türüne ilişkin hükümler eşlere uygulanacaktır. Aksi takdirde seçtikleri yabancı hukukta kabul edilen yasal mal rejimine ilişkin hükümlere tabi olacaklardır. Eşlerin kendilerine uygulanacak yabancı hukuku seçmeyip doğrudan bir mal rejimi türünü seçtiklerini veya Anglo Sakson Hukukunda kabul edildiği gibi malların tabi olacağı kuralları ve böylece eşlerin bu mallar üzerindeki haklarını tek tek belirledikleri bir durumda ortada açık bir hukuk seçimi olmadığı için Türk hakimi, olayda bir hukuk seçimi yapılmadığını kabul ederek objektif bağlama noktaları uyarınca uygulanacak hukuku tespit edecektir. Objektif bağlama noktaları uygulanarak tespit edilen hukukta eşlerin seçmiş olduğu mal rejimi türü mevcut ise, bu hukuktaki ilgili mal rejimi türü eşlere uygulanacaktır. Ancak uygulanacak yabancı hukukta böyle bir mal rejimi türü yoksa, söz konusu yabancı hukukta kabul edilen yasal mal rejimi eşlere uygulanacaktır. Eşlerin seçmiş olduğu mal rejimi türü veya tek tek belirledikleri malların tabi olacağı kuralların ise yabancı hukukta kabul edilen yasal mal rejimine ilişkin hükümlere aykırı olmadığı sürece birer sözleşme hükmü olarak uygulanabilir.

Mal rejimi uyumsuzluklarının aile hukuku karakteri baskın uyumsuzluklar olmasının bir sonucu da MÖHUK m.2 f.3 uyarınca objektif bağlama noktaları bakımından atfın kabul edilmesidir. Dolayısıyla objektif bağlama noktaları uyarınca tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının gönderdiği hukukun maddi hukuk hükümleri uyumsuzluğa uygulanacaktır. Ancak MÖHUK m. 2 f.4 uyarınca subjektif bağlama noktaları bakımından atfı reddedilmiştir.

Gerek subjektif gerek objektif bağlama noktaları uyarınca tespit edilen yabancı hukukun uygulanması MÖHUK m.5 uyarınca kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa bu hukuk uygulanmayacaktır. Bunun yerine gerekli görülen hallerde Türk

hukuku uygulanacaktır. Alman milletlerarası özel hukuku ve 2011 tarihli Tüzük Tasarısında kabul edildiği gibi Türk hukukunda da aile konutu ve ev eşyasına ilişkin MK hükümlerinin Anayasamızın 41. maddesi uyarınca ailenin devlet tarafından korunması gerekliliği karşısında doğrudan uygulanan kurallar olarak uygulanmaları gerektiği düşüncesindeyiz.

MÖHUK m.15 hükmü ile ilgili buraya kadar yapılan açıklama ve eleştiriler doğrultusunda, bu konuda yeni bir kanunlar ihtilafı kuralı hazırlanması gerekse idi, hükmün şu şekilde kaleme alınabileceği düşüncesindeyiz;

Mal Rejimi

“Eşler, aralarındaki mal rejimi ilişkisine, hukuk seçiminin yapıldığı andaki milli hukuk veya mutad mesken hukuklarından birini açık olarak seçebilirler. Aksine anlaşma yapılmadığı takdirde, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, seçilen hukuk hüküm ve sonuçlarını evlenme anından itibaren doğurur.

Geçerli bir hukuk seçiminin olmadığı hallerde, mal rejimi ilişkisi, evlenme anındaki müşterek milli hukuk, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde en sıkı ilişkili hukuka tabidir.

Malların aynı tasfiyesini gerektiren hallerde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır.”

Söz konusu öneride benimsenen ilk değişiklik madde başlığına ilişkindir. Burada, orijinal metindeki “Evlilik malları” ifadesi yerine, hem kişisel malları hem de evlilik mallarını kapsamına alan ve mallardan ziyade bu malların tabi olduğu kurallar bütününe vurgu yapan “Mal Rejimi” ifadesinin madde başlığı olarak kullanılmıştır.

İkinci değişiklik ise değişmezlik doktrinin benimsendiği sübjektif bağlama noktalarının sabitleme anına ilişkindir. Orijinal metinde yer alan “evlenme anı” yerini “hukuk seçiminin yapıldığı ana” bırakmıştır. Bunun temel sebebi, mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesi ile en sıkı ilişki içerisinde olan hukukun evlenme anındaki değil bu seçimin yapıldığı andaki hukuk olmasıdır. Gerçekten de aralarındaki mal rejimi ilişkisinin tabi olacağı hukuku seçmeye karar veren eşlerin bu yöndeki iradelerini açıkladıkları anda en iyi bildikleri, hüküm ve sonuçlarını en fazla

öngörebilecekleri hukukun evlenme anındaki değil, o sözleşmenin yapıldığı andaki hukuk olduğunu kabul etmek gerekir. Bu hukukun, hukuk seçiminden önce edinilmiş malları da kapsayarak, malların birliği ilkesini sağlaması bakımından geçmişe etkili (retroactive effect) olarak evlenme anından itibaren hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Ancak geçmişe etkinin eşlerle hukuki ilişkiye giren üçüncü kişileri haklarına hanel getirmemesi adına, hükme “üçüncü kişileri hakları saklı kalmak kaydıyla” ifadesi yerleştirilmiştir. Ayrıca bu şekildeki bir düzenleme ile, mevcut hükümde iki fıkrada (f.1 ve f.3) düzenlenen sübjektif bağlama noktası tek bir fıkraya indirilmiştir.

Üçüncü değişiklik ise objektif bağlama noktalarının üçüncü kademesine ilişkindir. Mevcut düzenlemede yer alan “Türk hukuku” yerine “en sıkı ilişkili hukuk” bağlama noktası tercih edilmiştir. Bu şekilde, boşanma ve miras hukuklarıyla organik bir bağ içerisinde yer alan mal rejiminin tasfiyesi davalarında, bütün bu meselelerin tek bir hukuk düzeni içerisinde çözümlenmesi imkanı sağlanmıştır. Her ülke hukukunda, boşanmanın mali sonuçları, mal rejiminin tasfiyesi ve miras payları konusunda kendi içerisinde uyumlu bir düzen mevcuttur. Örneğin Anglo Sakson Hukukunda mal rejimi olarak tasfiye gerektirmeyen mal ayrılığı sistemi benimsenirken evliliği sona erdiği için ekonomik olarak zor duruma düşen eş, boşanmada tazminat ve nafaka, ölümden miras hükümleriyle korunmaya çalışmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk Sistemini benimseyen ülkelerde ise daha etkin bir işleyişe sahip olan mal rejiminin tasfiyesi ile ekonomik durumu koruma altına alınan eşin nafaka, tazminat veya miras hükümleriyle desteklenmesine daha az ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu sebeple boşanma veya miras meselesine uygulanacak hukuk ile bunlardan kaynaklanan mal rejiminin tasfiyesine uygulanacak hukukun aynı olması adaletin sağlanması için önemli ve gereklidir. Türk milletlerarası özel hukukunda boşanma ve mal rejiminin tasfiyesindeki objektif bağlama noktaları, aralarındaki kademe ilişkisi de dahil olmak üzere, aynı olduğu için, burada mal rejimine ilişkin objektif bağlama noktalarının son kademesinde “Türk hukuku” yerine “en sıkı ilişkili hukukun” yer almasının, bir sakıncası olmamakla birlikte pratik anlamda bir önemi de yoktur. Sonuçta hem boşanma hem de mal rejiminin tasfiyesi davalarındaki objektif bağlama noktaları sırasıyla müşterek milli hukuk, yoksa müşterek mutad mesken hukuku bu da yoksa

Türk hukukudur. Dolayısıyla mal rejiminin boşanma nedeniyle sona erdiği durumlarda, bu iki meseleye aynı hukukun uygulanması mevcut düzenlemede de mümkündür. Asıl sorun mal rejiminin eşlerden birinin ölümü nedeniyle sonermesinde ortaya çıkmaktadır. MÖHUK m.20 f.1 uyarınca, sağ kalan eşin mirasçı olup olamayacağı olacaksa miras payını belirleyen hukuk, ölenin milli hukukudur. Böyle bir durumda ölen eş ile sağ kalan eşin aynı vatandaşlıkta olmaması durumunda, müşterek mutad meskenleri de yoksa mevcut düzenleme gereği Türk hukuku uygulanacağı için sağ kalan eşin miras hukukundan kaynaklanan hakları ile mal rejiminden kaynaklanan haklarına farklı hukuklar uygulanmış olacaktır. Bu da sağ kalan eşin haksız bir mahrumiyete (widow's famine) veya gereksiz bir mükafata (widow's feast) sahip olmasına neden olabilecektir. Oysa objektif bağlama noktasının son kademesinde "en sıkı ilişkili hukukun" yer alması durumunda hakimin sağ kalan eşin hem miras hem de mal rejiminden kaynaklanan haklarına ölenin milli hukukunu uygulaması mümkün olabilecektir.

Son değişiklik ise, malların birliği ilkesine aykırı olarak, taşınmazları bulunduğu yer hukukuna (lex rei sitae) tabi tutan istisna hükmünün uygulama alanının tam anlaşılmasını sağlamak adına hükümdeki "tasfiye" ifadesinin başına "ayni" ifadesinin eklenmesidir. Çünkü taşınmazların buldukları yer hukukuna tabi olması (lex rei sitae) genel kuralının temel sebebi taşınmaz üzerinde ancak bulunduğu yer resmi makamlarının doğrudan yetki kullanabilmesidir. Oysa mal rejiminin tasfiyesinin nakdi tasfiye şeklinde gerçekleştiği durumlarda taşınmazın bulunduğu yer resmi makamlarının bu taşınmaz üzerinde doğrudan yetki kullanması söz konusu olmayacaktır. Çünkü nakdi tasfiyede herhangi bir ayni hak devri söz konusu değildir. Sadece taşınmazın bedeli hesaplanarak diğer malların bedeliyle birlikte toplanacak ve yapılan tasfiye işlemi sonucunda eşlerin birbirinden olan alacak hakları belirlenmiş olacaktır. Mal rejiminin tasfiyesi davalarının genellikle nakdi tasfiyeyi içermesi, dolayısıyla ayni tasfiyenin istisna olması karşısında, söz konusu istisna kuralının uygulama alanı malların birliği ilkesi lehine daralmış olacaktır.

Yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis ederken açılacak davanın türüne göre, bazen MK m.207

(dönüştürme davalarında) ve MK m. 214 (mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı) uyarınca özel yetki, bazen HMK m. 6 (yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi ilişkisinde eşlere uygulanacak hukukun Türk Hukuku olduğu durumlarda, açılabilir değer artış payına, mal rejimine özgü tenkise (eksik katılma alacağına) veya alacaklı eşe karşı borcunu ödemek için süre isteyen borçlu eşin teminat göstermesine ilişkin davalarda, Aynı şekilde, yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkisinde eşlerin tabi olduğu hukukun yabancı bir hukuk olduğu durumlarda da bu hukukun öngördüğü mal rejimine ilişkin MK m.207 ve 214 kapsamı dışında kalan diğer dava türlerinde) uyarınca genel yetki, bazense HMK m.12 (ancak yabancılık unsuru içeren mal rejimi ilişkisinde eşlerin mallarının tasfiyesinde aynı tasfiyenin gerekli olduğu durumlarda, söz konusu taşınmaz Türkiye’de bulunuyorsa uygulama alanı bulabilecektir) uyarınca kesin yetki kuralına başvurmak gerekmektedir.

Yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin bir uyuşmazlığa Türk Hukukunun uygulanacağı durumlarda, açılacak davanın türünü tespit ederek bu dava türünde milletlerarası yetkiyi doğru yetki kuralını uygulayarak tesis etmenin uygulamada ciddi sıkıntılara yol açabileceği endişesi içindeyiz. Bir de söz konusu uyuşmazlığa, yabancı bir devlet hukukunun uygulanacağını düşünecek olursak, bu devletin mal rejimine ilişkin mevzuatından doğabilecek farklı dava türleri karşısında söz konusu yetki kuralları ile milletlerarası yetkiyi tesis etmenin daha da güçleşeceği inancındayız. Böyle bir olasılıkta, özel yetki kuralına tabi olan dönüştürme (olağanüstü mal rejimi), tasfiye ve katılma alacağı davaları ile kesin yetki kuralına tabi olan Türkiye’de bulunan bir taşınmazın aynı tasfiyesini gerektiren davalar dışında kalan bütün dava türlerine genel yetki kuralı uygulanmak zorunda kalacaktır. Bu ise, davalının dava tarihindeki yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması (MK m.20 ve HMK m.9 uyarınca da Türkiye’de bir yer tespit edilememesi) durumunda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilememesi sonucunu doğuracaktır.

Oysa günümüzde yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi ilişkisinde davalı eşin Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması sıklıkla karşılaşılabilecek bir durumdur. İlk aşamada bu olumsuzluğu, MK’daki özel yetki kurallarında olduğu gibi, davacı eşin yerleşim yeri mahkemesine de yetki tanıyarak aşmak düşünülebilir. Böylece

eşlerden birinin yerleşim yerinin dava tarihinde Türkiye’de bulunduğu durumlarda Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır. Bütün sıkıntıları aşmamakla birlikte böyle bir çözümün Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi bakımından tarafların menfaatine olacağı açıktır.

Ancak her iki eşin de Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmadığı, sadece taşınır-taşınmaz malların Türkiye’de bulunduğu uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi meselesi yine de çözümsüz kalmaktadır. HMK m.12’deki kesin yetki kuralı sadece Türkiye’de bulunan taşınmazların aynı tasfiyesini kapsadığı için, Türkiye’de bulunan ve aynı tasfiyeye konu olmayan taşınmazlar ile Türkiye’de bulunan taşınırlar bakımından günümüzdeki yetki kurallarıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmek mümkün görünmemektedir. Bu yetkinin tesis edilememesi durumunda ise, örneğin Türkiye’de bulunan mallarının nakdi tasfiyesini isteyen bir çiftin, yabancı bir devlet mahkemesinde açtıkları dava, Türkiye’deki malların bedellerinin tespitinin sağlanması için milletlerarası istinabeye⁵³⁸ başvurulmak zorunda kalacağı için, uzun sürede sonuçlanacaktır. Bu durumun ise taraf menfaatine aykırı olacağı tartışmasızdır.

Son olarak, eşlerden birinin ölmesi durumunda, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davaların sağ kalan eş ile ölen eşin mirasçılar arasında görüleceğini dikkate almak gerekmektedir. Dolayısıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden yetki kuralının davacı ve davalı olarak sadece eşleri öngörmeyecek şekilde kaleme alınması gerekirken, mevcut düzenlemede MK m.214 b.1 uyarınca sadece ölenin son yerleşim yeri mahkemesi yetkilendirilmiş, yetki tesisinde mirasçılar dikkate alınmamıştır.

Bütün bu olumsuzlukları gidermek adına, yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden özel

⁵³⁸ Bir devlette yürütülen yargısal faaliyet ile ilgili bazı işlemlerin diğer bir devlet ülkesinde yapılmasına olanak tanıyan uluslararası işbirliğini ifade eden milletlerarası istinabe (milletlerarası hukuki yardım) konusunda detaylı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 483- 490, Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe, a.g.e., s. 428-438.

bir kuralın MÖHUK kapsamında yer almasının doğru olacağı düşüncesindeyiz. Söz konusu hükmü şu şekilde kaleme almakta fayda olabilir;

“Mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalarda,

1-) taraflardan birinin Türkiye’deki yerleşim yeri, her ikisinin de burada yerleşim yeri yoksa 2-) taraflardan birinin Türkiye’deki mutad meskenin bulunduğu yer, her ikisinin de burada mutad meskeni yoksa,

3-) uyuşmazlık konusu malların bulunduğu yer Türk mahkemesi yetkilidir.

Türkiye’de bulunana taşınmazların aynı tasfiyesine ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer Türk mahkemesi münhasır yetkilidir.”

Böylece, yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarından dava türlerinin hepsi için uygulanabilecek tek bir milletlerarası yetki kuralı oluşturulmuş olacaktır. Söz konusu özel yetki kuralında, “eşler” yerine “taraflar” ifadesi kullanılarak, hem eşler hem de sağ kalan eş ile ölen eşin mirasçıları arasında doğabilecek mal rejiminin tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklar kapsama alınacaktır. Kademeli olarak üç bent halinde sıralanan milletlerarası yetki kuralında, uyuşmazlığın tarafı kişiler arasında eşitlik gözetilerek davalı- davacı ayrımı yapılmamış olacak ve her iki tarafın da Türkiye’de yerleşim yeri (yoksa mutad meskeni) bulunduğu durumlarda, davacıya dilediği yerde davasını açma imkanı tanınmış olacaktır. Üçüncü bentte ise tarafların ne yerleşim yeri ne de mutad meskeninin Türkiye’de bulunmadığı durumlarda, sadece uyuşmazlık konusu mallarla sınırlı olmak üzere malların bulunduğu yer Türk mahkemesinde dava açma imkanı tanınacaktır. Ancak örneğin bir dönüştürme (olağanüstü mal rejimi) davası, tarafların yerleşim yeri veya mutad meskeninin Türkiye’de bulunmadığı bir durumda, sırf tarafların Türkiye’de mallarının olduğu gerekçesiyle, burada açılmamış olacaktır. Böylece aşkın yetki engellenecektir. İkinci fıkrada ise, Türkiye’de bulunan taşınmazların aynı tasfiyesinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu açıklanarak HMK m. 12’nin yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarına yansımalarının sınırları çizilmiş olacaktır.

Türkiye’de bulunan taşınmazların aynı tasfiyesinde, yukarıda belirtildiği üzere, Türk mahkemelerinin yetkisi HMK m.12 uyarınca kesin yetkidir. Dolayısıyla bu tür

davalar son koşula aykırılık teşkil edecektir. İşte bu sebeplerle, yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi ilişkisinde yetkisiz bir Türk mahkemesine HMK kapsamında bir yetki sözleşmesi düzenleyerek münhasır yetki tanımak mümkün olmayacaktır.MÖHUK m.47 uyarınca bir yetki sözleşmesi ile tarafların aralarındaki uyuramazlığı zmlenerek bir yabancı devlet mahkemesine münhasır yetki tanınması meselesi mal rejimine ilişkin uyuramazlıklar bakımından, -tıpkı hukuk seçimi meselesinde olduğu gibi- sınırlı da olsa kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. şöyle ki; eşler kural olarak aralarındaki mal rejimi ilişkisinden doğan uyuramazlıklarda MÖHUK m.47 uyarınca yabancı bir devlet mahkemesine münhasır yetki tanıyabilmelidir. Ancak mal rejiminin aynı tasfiyesini gerektiren istisnai durumlarda şayet aynı tasfiyeye konu olan taşınmaz Türkiye’de ise, bu uyuramazlık hakkında MÖHUK m.47 uyarınca bir yetki sözleşmesi yaparak Türk mahkemelerinin HMK m.12’den kaynaklanan münhasır yetkisini bertaraf etmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla MÖHUK m.47 uyarınca yapılabilecek yetki sözleşmeleri ancak bunun dışında kalan mal rejimi uyuramazlıkları bakımından geçerli olacaktır. Mal rejimine ilişkin uyuramazlıklar tahkim ve arabuluculukla da zmlenemez. Bu çalışmanın konusunu oluşturan mal rejimine ilişkin bazı yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de kesin hüküm kuvvetinin kabul edilebilmesi için tanıma işlemine konu olması gerekmektedir. Örneğin dönüştürme (olağanüstü mal rejimi) davaları bu tür davalardandır. Söz konusu davada eşler arasındaki mal rejimi bir mahkeme kararıyla değiştirilmekte ve bu değişikliğin hukuk hayatında sonuç doğurabilmesi için herhangi bir icrai faaliyete gerek duyulmamaktadır. Yenilik doğurucu bir karar olan dönüştürme kararı ancak tanıma işleminden geçirildikten sonra Türk Hukukunda kesin hüküm kuvveti elde edebilecektir.

Yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuramazlıklarda sıklıkla rastlanan tasfiye davaları, genellikle bu malların bedelinin paylaştırılmasını öngören nakdi tasfiyeye ilişkin davalardır. Söz konusu nakdi tasfiye davaları birer alacak davası olarak eda davası niteliği taşımaktadır. Bu nedenle yabancı mahkeme tarafından verilmiş nakdi tasfiyeye ilişkin kararlar Türk Hukuku bakımından tenfiz işlemine konu olacaktır.

İstisnai olarak aynı tasfiyenin söz konusu olduğu bir davada ise devri talep edilen malın niteliğine göre tanıma veya tenfiz talep edilecektir. Böyle bir aynı tasfiye davasında bir taşınır üzerindeki aynı hakkın devri söz konusu ise, taşınırın devri ancak teslimle mümkün olduğu için, ortada bir eda davası olacak ve yine yabancı mahkeme kararının tenfizi gerekecektir. Ancak aynı tasfiyeye konu olan mal bir taşınmaz ise, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devri, ilgili tapu müdürlüğünde tescil işleminin gerçekleşmesiyle sağlandığı için, ortada yenilik doğurucu bir karar olacak ve kural olarak, yabancı mahkeme kararının tanınması gerekecektir. Ancak, böyle bir karar Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verildiği için Türkiye’de tanınmayacaktır.

Tenfiz Kararının Kesin Hüküm ve Kesin Delil Etkisinin Başlangıcı ile Mal Rejiminin Tasfiyesine İlişkin Davalarda Zamanaşımının Başlangıcı; üzere mal rejiminin boşanmanın ferî niteliğinde olmaması nedeniyle 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğine ilişkin katıldığımız görüşün benimsenmesinin, Türk hukukuna tabi tasfiye ve katılma alacağı davalarının, Türkiye’de tanınan yabancı boşanma kararına istinaden açıldığı durumlarda da, tarafların hak kaybına uğramaması bakımından, 1 yıllık zamanaşımı süresine kıyasla, daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca, MÖHUK m. 59 ile MK m.225 f.2 birlikte değerlendirildiğinde, tanıma işlemi ile kesin hüküm ve kesin delil kuvveti yabancı mahkemede o yer hukukuna göre kesinleştiği tarihte doğan yabancı boşanma kararının verildiği davanın açıldığı tarih 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak kabul edilmelidir.

BİBLİYOGRAFYA / KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- Acabey, M. Beşir: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:84, 1998.
- Acar, Faruk: **Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Acar, Faruk: **Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Akıncı, Ziya,
Cemile Demir Gökyayla: **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Aksoy, Muammer: **Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1964.
- Alangoya, H. Yavuz,
M. Kamil Yıldırım,
Nevhis Deren Yıldırım: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2011.
- Ansay, Sabri Şakir: **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Arslan, İlyas: **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2014.
- Aybay, Rona,
Esra Dardağan: **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

- Bell, John,
Sophie Boyron,
Simon Whittaker: **Principles of French Law**, Oxford University Press, 1998.
- Boecker, Hans Jochen: **Law and The Administration of Justice in The Old Testament and Ancient East** (translated into English- Jeremy Moiser), ABD, Augsburg Publishing House, 1980.
- Briggs, Adrian: **The Conflict of Laws**, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Brundage, James A.: **Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe**, University of Chicago Press, 1987.
- Ceylan, Ebru: **Türk ve İsviçre Hukuku'nda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006.
- Clarkson, C.M.V.,
Jonathan Hill: **The Conflict of Laws**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2011.
- Çelikel, Aysel,
Bahadır Erdem: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 13. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2014
- Dayınlarlı, Kemal: **Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni- Tahkime Etkileri ve Sonuçları**, 2. bs., Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2011.
- Dearle, Marcus,
Tina Dunn,
David Hodson vs: **International Aspects of Family Law**, Solicitors Family Law Association, 2. bs., 2004.
- Dearle, Marcus,
Tina Dunn,
Dicey, Morris&Collins: **Conflict of Laws**, Fifteenth Edition, Sweet and Maxwell Press, 2012.
- Doğan, İzzet: **Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

- Doğan, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Dural, Mustafa,
Tufan Öğüz,
Mustafa Alper Gümüş: **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- Dural, Mustafa,
Tufan Öğüz: **Türk Özel Hukuku Cilt II- Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.
- Ekşi, Nuray: **5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010.
- Ekşi, Nuray: **Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**, İstanbul, Arıkan, 2007.
- Ekşi, Nuray: **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. bs., İstanbul, 2000.
- Ekşi, Nuray: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.
- Erdemir, Gülfem: **Sağ Kalan Eşin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Kaynaklanan Hakları ve Miras Hakkı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin: **Aile Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986.
- Genca, Elif: **Eski Mezopotamya'da Hukuk Hareketleri ve Düzenlemeler (Sümer, Babil ve Eski İsrail Hukuku)**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Gençcan, Ömer Uğur: **Mal Rejimleri Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Gökyayla, Cemile Demir: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001.

- Gümüş, Mustafa Alper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Huysal, Burak: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Hüseyin, Hatemi: **Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
- Kayabaş, Ebru: **Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi- Hukuk-ı Aile Kararnamesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Medeni Kanunu'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Kocasakal, Hatice Özdemir: **Doğrudan Uygulanan Kararlar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Köteli, M. Argun: **Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No:95, 1991.
- Kuru, Baki,
Ramazan Arslan,
Ejder Yılmaz,: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 22. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Loeb, Isidor: **The Legal Property Relations of Married Parties- A Study In Comparative Legislation**, 2. bs., Faculty of Political Science of Columbia University, Vol. 13, No.1, 2004.
- Morris, John
Humphery Carlile,
Peter Machin North: **Cases and Materials on Private International Law**, Butterworths, 1984.

- Murphy, John: **International Dimensions in Family Law**, Manchester University Press, 2005.
- Nargül, Veysel: **İslam Aile Hukuku'na Göre Mal Rejimleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1997.
- Nomer, Ergin,
Nuray Ekşi,
Günseli Öztekin Gelgel: **Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I**, 4. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.
- Nomer, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, 20. bs., Beta Yayınevi, 2014.
- Oğuzman, Kemal,
Özer Seliçi,
Saibe Oktay Özdemir: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- Oğuzman, M. Kemal,
M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: **Medeni Hukuk Şahsın Hukuku - Aile Hukuku**, 4. bs, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1958.
- Özbek, Mustafa Serdar: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Öztürk Yılmaz, Necla: **Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.
- Pekcanitez, Hakan,
Oğuz Atalay,
Muhammet Özkes: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, 13. Bs, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012
- Peter Hay,
Russell J. Weintraub,
Patrick J. Borchers: **Conflict of Laws- Case and Materials**, Eleventh Edition, New York, Foundation Press, 2000.

- Sarı, Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2007.
- Seviğ, Vedat Raşit: **Kanunlar İhtilafı : (yasama ve yargılama çatışmaları)**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1974.
- Süral, Ceyda: **Avrupa Birliğinde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2007.
- Şanlı, Cemal,
Emre Esen,
İnci Ataman Figanmeşe: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, 5. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- Şıpka, Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, 2. bs., İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013.
- Tahiroğlu, Bülent,
Belgin Erdoğmuş: **Roma Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2010.
- Tahiroğlu, Bülent,
Belgin Erdoğmuş: **Roma Hukuku Meseleleri**, 5. bs., İstanbul, Der Yayınları, 5. Bası, 2010
- Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2010.
- Tekinalp, Gülören,
Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tekinay, Selahattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, 4 bs, İstanbul, Fakülteler Matbaası,1982.

- Uluocak, Nihal: **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku: Cilt II: Aile Hukuku**, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1965.
- Yasan, Candan: **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2013.
- Zeytin, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

MAKALELER

- Alvarez Torne, Maria: “The Dissolution of The Matrimonial Property Regime and The Succession Rights of the Surviving Spouse”, **Cornell Law Faculty Working Papers - Cornell Law Library**, 2007, s.1-15.
- Ataman Figanmeşe, İnci: “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, **MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan**, Yıl 19-20, 1999-2000, s. 95- 114.
- Bahadır, Erdem: “22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, **MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl 22 Sayı 2/2002, s. 149-181.

- Barlow, Anne, Grace James: “Regulating Marriage and Cohabitation in 21st Century Britain”, **The Modern Law Review**, Vol 67, No.2 , 2004, p. 154-170.
- Barlow, Anne, Grace James: “Regulating Marriage and Cohabitation in 21st Century Britain”, **The Modern Law Review**, Vol 67, No.2 , 2004, p. 143- 176.
- Berki, Osman Fazıl: “Mal Rejimleri ve Bunlardan Doğan Kanun İhtilafları”, **AÜHFD**, Yıl 1, Sayı 1, 1943, s. 146-162.
- Black, Vaughan: “Tezcan v.Tezcan: Choice of Law in Matrimonial Property”, **Canadian Child and Family Law Quarterly**, Vol. 9, 1993, p.293-302.
- Boele-Woelki, Katharina: “The Road Towards a European Family Law”, **Electronic Journal of Comparative Law**, Vol.1.1., 1997, p. 1-15.
- Boele-Woelki, Katharina: “Unification and Harmonization of Private International Law in Europe”, **Private Law in The International Arena- Liber Amicorum Kurt Siehr**, T.M.C. Asser Instituut, 2000, s. 61-77.
- Borchers, Patrick J.: “Courts and The Second Conflicts Restatement: Some Observations and an Empirical Note”, **Maryland Law Review**, Vol. 56, Issue 4, Article 5, 2012, s.1232-1247.
- Brown, L. Neville: “The Reform of French Matrimonial Property Law”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol.14, Issue 2, 1965-1966, p.308-322.
- Burcuoğlu, Haluk: “4721 sayılı Yeni Medeni Kanununun Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, **Antalya Barosu Dergisi**, Şubat 2004, Yıl 25, Sayı 5/51, s. 40-69.
- Clarkson, C.M.V.: “Matrimonial Property on Divorce: All Change in Europe”, **Journal of Private International Law**, Vol.4, No.3, 2008, s. 421- 442.
- Davie, Michael: “Matrimonial Property in English and American Conflict of Laws”, **The International and**

Comparative Law Quarterly, Vol.42, No.4, 1993, p. 855-881.

- Ekşi, Nuray: “Avrupa Birliği Brüksel II bis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkeme Kararlarının Milletlerarası Yetkisi”, **DEÜHFD**, Cilt 11, Özel Sayı, 2009, s.1139-1168.
- Emiroğlu, Haluk: “Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde Mal Rejimi”, **AÜHFD**, Cilt 50, Sayı 3, Yıl 2001, s.175-183.
- Erkan, Mustafa: “Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki”, **SÜHFD**, Cilt 20, Sayı 1, 2012, s.11-51
- Frantz, Carolyn J., Hanoch Dagan: “Properties of Marriage”, **Columbia Law Review**, Vol.104, No. 1, 2004, p. 75-133
- George H., Mills Jr.: “Conflict of Laws: Property Acquired After Marriage”, **Louisiana Law Review**, Volume 35, No.1, 1974, s. 125-133.
- Giray, Faruk Kerem: 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan “Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan**, yıl 23, 2003, s. 423-448.
- Glendon, Mary Ann: “Marriage and the State: The Withering Away of Marriage”, **Virginia Law Review**, Vol 62, No. 4, 1976, p. 663-720.
- Graue, Eugen Dietrich: “The Rights of Surviving Spouses under Private International Law”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 15, No.1/2, 1966-1967, p. 164-194.
- Graue, Eugen Dietrich: “The Rights of Surviving Spouses under Private International Law”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol.15, No.1/2, 1966-1967, p.164-194.
- Gümüş, Alper: “Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/1, s. 421-433.

- Harris, Joanne: “BLP Wins as CoA Looks to Russian Law in Key Matrimonial Case”, **The Lawyer** (<http://www.thelawyer.com/>), 05.03.2013.
- Hartley, Trevor: “Matrimonial Property Rights in Conflict of Laws: a Reconsideration Reform and Development of Private International Law” **Essays in Honour of Sir Peter North**, Oxford University Press, 2002, s. 215-235.
- Jayme, Erik: “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, **Yearbook of Private International Law**, Vol.XI-2009, p.1-10.
- Johnson, E. L.: Matrimonial Property in Soviet Law, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4, 1967, p. 1106- 1134.
- Khazova, Olga A.: “Family Law on Post- Soviet European Territory: A Comparative Overview of Some Recent Trends”, **Electronic Journal of Comparative Law**, Vol. 14, 2010, p.1- 17.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: “Katılma Alacağında Zamanaşımı”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 1289-1298.
- Klebanoff, Susan: “To Love and Obey ‘Til Graduation Day- The Professional Degree in Light of the Uniform Marital Property Act”, **The American University Law Review**, Vol.34: 839, 1985, p.839-879.
- Loussouarn, Yvon: “The French Draft on Private International Law and The French Conference on Codification of Private International Law”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol.5, 1956, s. 378-394.
- Macdonald, Alan: “The French Law of Marriage and Matrimonial Regimes”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol.1, Issue 3, p.313-324.
- Mann, Michael: **The Modern Law Review**, Vol.19 No.6, 1956, s.686-687.

- Martin, Claude, Irene Thery: “The Pacts and Marriage and Cohabitation in France”, **International Journal of Law- Policy and the Family**, Vol. 15, 2001, p.135-158.
- Michael J. Stegman, Kohnen&Patton: “Community Property for Separate Lawyers: The Problem of the Itinerant Couple”, 2012, p.1-27.
- Miller Weisberger, June: “Marital Property Discrimination: Reform for Legally Excluded Women”, **Elsevier Science Publishing**, 1986. p.206-217.
- Nadelmann, Kurt H., Arthur T. von Mehren: “A French Draft of a Law on Private International Law”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 18, 1970, p. 614-620.
- Nebioğlu Öner, Şebnem: “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, s. 117-154.
- Nomer, Ergin “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, **Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. bs., İstanbul, 2010.
- Odendahl, Hanswerner: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Alman Yasal Mal Rejimi ile Karşılaştırılması ve Alman Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimi”, **T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları**, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı-III. Dönem 17-18 Kasım 2006, s. 113-122
- Oğuzman, M. Kemal: “Evli Kadınların Kocaları Menfaatine Üçüncü Şahıslarla Yaptıkları Hukuki Muameleler ve Türk Yargıtayı ile İsviçre Federal Mahkemesinin Bu Husustaki İçtihatları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, cilt 26, sayı 5, 1952 (ayrı bası, İsmail Akgün Matbaası, 1952, s.1-22.
- Özbek, Mustafa Serdar: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, **DEÜHFD**, Cilt 7, Sayı 2, Yıl 2005, s.71-102.
- Öztekin Gelgel, Günseli: “Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements Within The Framework of The Application of The Supreme Court of Appeals”, **Tahir Çağa’nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000.

- Öztürk, Necla: “Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesinin Özellikleri ve Sözleşmenin Onaylandığı Ülkelerdeki Türk Vatandaşlarına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 71, 2007, s. 81-107.
- Pulfer, Philippe, Azadeh Djalili: “Acquiring Domicile in Switzerland: Consequences of the Matrimonial Property Regime”, **Trust and Trustees**, Vol 17, No.4, 2011, p. 323-327.
- Resetar, Branka: “Matrimonial Property in Europe: A Link Between Sociology and Family Law”, **Electronic Journal Of Comparative Law**, Vol.12.3, 2008, p.1-18.
- Sakmar, Ata, Nuray Ekşi: “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”, **MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl 22, Sayı 2/2002, s.721-743.
- Sanders, Anne: “Private Autonomy and Marital Property Agreements”, **International and Comparative Law Quarterly**, 2010, p.1-23.
- Stocquart, Emile: “Marriage in Roman Law” (translated into English Andrew T. Bierkan), **The Yale Law Journal**, Vol. XVI, No.5, March, 1907, p. 303-327
- Symeonides, Symeon C.: “Choice of Law in the American Courts in 2001: Fifteenth Annual Survey”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol.50 No.1, 2002 p. 1-95.
- Şanlı, Cemal: “Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi”, **MHB**, Sayı 1, 1986, s. 40-45
- Şensöz, Ebru: “27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **İTÜSBD**, Yıl 8, Sayı 16, Güz 2009, s.173-211

- Şıpka, Şükran: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 839-849.
- Verbeke, Alain: “Perspectives for an International Marital Contract”, **Maastricht Journal of International and Comparative Law**, Vol. 8., No:2, 2001, p. 189-200.
- von Landauer, Donald: “Matrimonial Causes in French Law”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol.13, 1964, p.6-38.
- Weitzman, Lenore J.: “Legal Regulation of Marriage, Tradition and Change: A Proposal for Individual Contracts and Contracts In Lieu of Marriage”, **California Law Review**, Vol. 62, No: 4, 1974, p.1169-1288

ELEKTRONİK KAYNAK

- <http://ceflonline.net>
- <http://digitalcommons.law>
- <http://ec.europa.eu/civiljustice>
- <http://ec.europa.eu/eurostat>
- <http://en.wikipedia.org>
- <http://eurlex.europa.eu>
- <http://services.bepress.com>
- <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler>
- <http://www.ankara.edu.tr>

<http://www.arabulucu.com>
<http://www.britannica.com>
<http://www.ejcl.org>
<http://www.familylawhub.co.uk>
<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch>
<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt35en.pdf>
<http://www.istanbul.edu.tr>
<http://www.jafbase.fr>
<http://www.jewishencyclopedia.com>
<http://www.kazanci.com>
<http://www.kohnenpatton.com>
<http://www.legifrance.gouv.fr/>
<http://www.legislation.gov.uk>
<http://www.selcuk.edu.tr>
<http://www.supremecourt.gov.uk>
<http://www.tbbergisi.barobirlik.org.tr>
<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>
<http://www.uniformlaws.org>

ÖZGEÇMİŞ

24 Mart 1982 tarihinde İstanbul'da doğan Gizem Ersen Perçin, ilköğrenimini Hamdullah Suphi Tanrıöver İlköğretim Okulu'nda, orta öğrenimini Kadıköy Anadolu Lisesi'nde tamamladı. 2001-2005 yılları arasında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans eğitimi aldı. 2005 güz döneminde aynı üniversitenin Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Hukuk Yüksek Lisans Programı'na kaydolan Ersen Perçin, Prof. Dr. Rona Aybay'ın danışmanlığında yazdığı "Yabancıların Evlenme Hakkı" isimli yüksek lisans tezini 2007 yılında tamamlayarak mezun oldu. 2008 güz döneminde ise, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora programına kaydoldu. Prof Dr. Günseli Öztekin Gelgel'in danışmanlığında yazdığı "Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri" isimli doktora tezinin hazırlık çalışmalarını Londra Üniversitesi'ne bağlı bulunan "Institute of Advanced Legal Studies"de tamamlayan Ersen Perçin, 2014 bahar döneminde tezini savunmak üzere tamamladı.

2007-2009 yılları arasında avukatlık yapan Ersen Perçin, 2009 güz döneminden bu yana Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. Evli ve bir kız çocuk annesidir.