T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

EVLİLİK MALLARINA UYGULANACAK HUKUK

DOKTORA TEZİ

Necla ÖZTÜRK YILMAZ

ANKARA-2006

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK)
ANABİLİM DALI

EVLİLİK MALLARINA UYGULANACAK HUKUK

DOKTORA TEZİ

Necla ÖZTÜRK YILMAZ

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Tuğrul ARAT

ANKARA-2006

İ Ç İ N D E K İ L E R

İ Ç İ N D E K İ L E R I
K I S A L T M A L A R VIII
G İ R İ Ş 1

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M
KARŞILAŞTIRMALI MADDÎ HUKUKTA EVLİLİK MALLARI

§ 1- TERMİNOLOJİ 7
§ 2- TARİHÇE..... 11
§ 3- *"COMMON LAW"* SİSTEMİ..... 13
I- AMERİKAN HUKUKU 13
A) GENEL OLARAK 13
B) SÖZLEŞME REJİMİ 16
C) YASAL REJİM 19
1- MAL ORTAKLIĞI REJİMİ (*COMMUNITY PROPERTY REGIME*) 19
2- MAL AYRILIĞI REJİMİ (*COMMON LAW REGIME*)..... 23
II- İNGİLİZ HUKUKU 28
A) GENEL OLARAK 28
B) SÖZLEŞME REJİMİ 30
C) YASAL REJİM 31
§ 4- *"CIVIL LAW"* SİSTEMİ 37
I- ALMAN HUKUKU 37
A) GENEL OLARAK 37
B) SÖZLEŞME REJİMİ. 41
C) YASAL REJİM 46
II- İSVİÇRE HUKUKU 49
A) GENEL OLARAK 49
B) SÖZLEŞME REJİMİ. 50
C) YASAL REJİM 51
III- AVUSTURYA HUKUKU 52
A) GENEL OLARAK 52

B) SÖZLEŞME REJİMİ. 55
C) YASAL REJİM 58
IV- FRANSIZ HUKUKU 63
A) GENEL OLARAK 63
B) SÖZLEŞME REJİMİ. 67
C) YASAL REJİM 71

İ K İ N C İ B Ö L Ü M
KARŞILAŞTIRMALI KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA VE MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERDE EVLİLİK MALLARI

§ 1- KARŞILAŞTIRMALI KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA EVLİLİK MALLARI 76
I- "*COMMON LAW*" SİSTEMİ 77
A) AMERİKAN HUKUKU 77
1- GENEL OLARAK 77
2- BAĞLAMA NOKTALARI 79
a) Sübjektif Bağlama 79
b) Objektif Bağlama..... 81
aa) Taşınmaz Mallar Bakımından 81
aaa) Evlilik Anında Mevcut Taşınmaz Mallar 81
bbb) Evlilikten Sonra Kazanılmış Taşınmaz Mallar 82
bb) Taşınır Mallar Bakımından 82
aaa) Evlilik Anında Mevcut Taşınır Mallar 83
bbb) Evlilikten Sonra Kazanılmış Taşınır Mallar 83
3- KURALIN UYGULAMA ALANI 84
4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 84
B) İNGİLİZ HUKUKU 88
1- GENEL OLARAK 88
2- BAĞLAMA NOKTALARI 89
a) Sübjektif Bağlama 89
b) Objektif Bağlama 90
aa) Taşınmaz Mallar Bakımından 91
bb) Taşınır Mallar Bakımından 92

3- KURALIN UYGULAMA ALANI 95
4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 96
II- "*CIVIL LAW*" SİSTEMİ 98
A) ALMAN HUKUKU 98
1- GENEL OLARAK 98
2- BAĞLAMA NOKTALARI 101
a) Sübjektif Bağlama 101
b) Objektif Bağlama 101
aa) Ortak Millî Hukuk 103
bb) Ortak Mutad Mesken Hukuku. 104
cc) En Yakın İrtibatlı Ülke Hukuku 105
3- KURALIN UYGULAMA ALANI 105
4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 107
B) İSVİÇRE HUKUKU 108
1- GENEL OLARAK 108
2- BAĞLAMA NOKTALARI 110
a) Sübjektif Bağlama 110
b) Objektif Bağlama 114
aa) Ortak İkametgâh Hukuku 114
bb) Son Ortak İkametgâh Hukuku 114
cc) Ortak Millî Hukuk 115
dd) İsviçre Hukuku. 115
3- KURALIN UYGULAMA ALANI 116
4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 117
C) AVUSTURYA HUKUKU 119
1- GENEL OLARAK 119
2- BAĞLAMA NOKTALARI 121
a) Sübjektif Bağlama 121
b) Objektif Bağlama 123
aa) Ortak Millî Hukuk 124
bb) Ortak Mutad Mesken Hukuku 126
cc) En Yakın İrtibatlı Ülke Hukuku 127
3- KURALIN UYGULAMA ALANI 127
4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 128
D) FRANSIZ HUKUKU 130

1- GENEL OLARAK 130
2- BAĞLAMA NOKTALARI 132
a) Sübjektif Bağlama 133
b) Objektif Bağlama 134
aa) Evlilik İkametgâhı Hukuku 135
bb) Millî Hukuk 135
3- KURALIN UYGULAMA ALANI 136
4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 137

§ 2- MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER REJİMİ 139
I- GENEL OLARAK. 139
II- 17 TEMMUZ 1905 TARİHLİ EVLİLİĞİN EŞLERİN ŞAHSÎ VE MALÎ İLİŞKİLERİNE ETKİLERİ VE HUKUK SEÇİMİ HAKKINDA *LA HAYE* SÖZLEŞMESİ 143
A) GENEL OLARAK 143
B) SÖZLEŞMENİN KONUSU 144
C) BAĞLAMA NOKTALARI 145
1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA 147
2- OBJEKTİF BAĞLAMA 148
D) SÖZLEŞMENİN UYGULAMA ALANI 149
E) STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 150
III- 14 MART 1978 TARİHLİ EVLİLİK MALLARINA UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA *LA HAYE* SÖZLEŞMESİ 151
A) GENEL OLARAK 151
B) SÖZLEŞMENİN KONUSU 154
C) BAĞLAMA NOKTALARI 154
1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA 155
a) Millî Hukuk 155
b) Mutad Mesken Hukuku. 156
c) Gelecekteki Mutad Mesken Hukuku 156
d) Taşınmaz Mallar Bakımından 157
2- OBJEKTİF BAĞLAMA 158
a) Ortak Mutad Mesken Hukuku. 159
b) Ortak Millî Hukuk 160
c) En Yakın İrtibatlı Hukuk 161

D) SÖZLEŞMENİN UYGULAMA ALANI 161
E) STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 163
1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA 163
2- OBJEKTİF BAĞLAMA 164
a) Değişmezlik İlkesi 164
b) İstisnalar 165
aa) Mutad Mesken Hukuku 165
bb) Belli Süre Devam Eden Mutad Mesken Hukuku 165
cc) Ortak Millî Hukuk Değişikliği 167

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M
TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK MALLARINA UYGULANACAK HUKUK

§ 1- MADDÎ HUKUK 168
I- GENEL OLARAK 168
II- 743 SAYILI TÜRK KANUN-U MEDENÎSİ DÖNEMİ..... 170
A) SÖZLEŞME REJİMİ 170
1- MAL BİRLİĞİ REJİMİ. 171
2- MAL ORTAKLIĞI REJİMİ. 173
B) YASAL REJİM 175
III- 4721 SAYILI TÜRK MEDENÎ KANUNU DÖNEMİ 176
A) SÖZLEŞME REJİMİ 177
1- SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI 177
a) Şekil Bakımından 177
b) Kapsam Bakımından 180
aa) Mal Ayrılığı Rejimi 181
bb) Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi 182
cc) Mal Ortaklığı Rejimi 184
2- EVLİLİK MAL REJİMİ SÖZLEŞME EHLİYETİ 186
B) YASAL REJİM 187
§ 2- KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKU..... 193
I- GENEL OLARAK 193
II- BAĞLAMA NOKTALARI 195
A) EHVK DÖNEMİ..... 195
1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA 195

2- OBJEKTİF BAĞLAMA 197
a) Ortak Vatandaşlık Durumunda 199
b) Farklı Vatandaşlık Durumunda. 200
B) MÖHUK DÖNEMİ 203
1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA 203
a) Genel Olarak 203
b) Sübjektif Bağlama Noktaları 208
aa) İkametgâh Hukuku 208
bb) Millî Hukuk 211
cc) Sonraki Ortak Hukuk..... 212
c) Kuralın Yerindeliği ve Değerlendirilmesi 214
2- OBJEKTİF BAĞLAMA 217
a) Genel Olarak 217
b) Objektif Bağlama Noktaları 218
aa) Ortak Millî Hukuk 218
bb) Ortak İkametgâh Hukuku..... 221
cc) Malın Bulunduğu Yer Hukuku 223
c) Kuralın Yerindeliği ve Değerlendirilmesi 225
III- KURALIN UYGULAMA ALANI 229
A) EHVK DÖNEMİ. 229
1- UYGULAMA ALANINA DAHİL KONULAR 229
2- UYGULAMA ALANI DIŞINDAKİ KONULAR 230
a) Ehliyet 230
b) Şekil 230
B) MÖHUK DÖNEMİ 231
1- UYGULAMA ALANINA DAHİL KONULAR 231
a) Genel Olarak 231
b) Boşanmanın Evlilik Malları Üzerindeki Etkisi..... 232
2- UYGULAMA ALANI DIŞINDAKİ KONULAR 233
a) Evlenmenin Genel Hükümleri 233
b) Mirasa İlişkin Sorunlar..... 233
c) Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri 235
d) Aynî Haklar..... 236
e) Ehliyet 236
b) Şekil 236

IV- KURALIN UYGULAMA ALANINI SINIRLAYAN DURUMLAR 238
A) KAMU DÜZENİ 238
B) DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR 241
V- UYGULANACAK HUKUK AÇISINDAN ÖZELLİK ARZEDEN DURUMLAR..... 243
A) VASIFLANDIRMA 243
B) NORM EKSİKLİĞİ – NORM KÜMELENMESİ..... 247
C) ATIF 250
1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA 250
2- OBJEKTİF BAĞLAMA 251
D) ÖN SORUN 252
E) KANUNA KARŞI HİLE 255
F) KAZANILMIŞ HAKLAR 259
1- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ 259
2- KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR 262
S O N U Ç 266
K A Y N A K Ç A 271
ÖZET
SUMMARY

K I S A L T M A L AR

ABGB.	**:**	Avusturya Medenî Yasası (Austrian Civil Code)
Am U. L. Rev.	**:**	American University Law Review
Am. J. Comp. L.	**:**	American Journal of Comparative Law
Any.	**:**	Anayasa
App.	**:**	Appeal (İstinaf Mahkemesi)
Ariz. L. Rev.	**:**	Arizona Law Review
aşa.	**:**	aşağıda
AÜHFD.	**:**	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Baylor L. Rev.	**:**	Baylor Law Review
B. C. Int'l & Comp. L. Rev.	**:**	Boston College International & Comparative Law Review
B.	**:**	Bası
B.U.L. Rev.	**:**	Boston University Law Review
BGB.	**:**	Bürgerliches Gesetzbuch (German Civil Code)
BGB1.	**:**	Avusturya Resmî Gazetesi
bkz.	**:**	Bakınız
Br.	**:**	Borçlar
Brl.		Birleşim
BVerfG.	**:**	Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court)
BVerfGE.	**:**	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Official Collection of Decision of the Federal Constitutional Court)
BYBIL.	**:**	The British Year Book of International Law
C.	**:**	Cilt
C.C.	**:**	Civil Code
Cal. L. Rev.	**:**	California Law Review

Cal. W. Int'l L. J.	**:**	California Western International Law Journal
Can. B. Rev.	**:**	Canadian Bar Review
Can. J. Fam. L.	**:**	Canadian Journal of Family Law
Çev.	**:**	Çeviren
Colo. Law.	**:**	Colorado Lawyer
Colombia L. Rev.	**:**	Colombia Law Review
Com. Prop. J.	**:**	Community Property Journal
Cornell L. Rev.	**:**	Cornell Law Review
CPIL.	**:**	İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu
Creighton L. Rev.	**:**	Creighton Law Review
D1	**:**	Edinilmiş Maldan Kişisel Mala Giden Değerler
D2	**:**	Kişisel Maldan Edinilmiş Mala Giden Değerler
Dalhousie L. J.	**:**	Dalhousie Law Journal
DAP.	**:**	Değer Artış Payı
Der.	**:**	Derleyen
D. Meclisi	**:**	Danışma Meclisi
dn.	**:**	dipnot
ED.	**:**	Eklenecek Değerler
EGBGB.	**:**	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Introductory Law to the German Civil Code)
EheG.	**:**	Ehegesetz
EHVK.	**:**	Mameleki Osmaniyede Bulunan Tebayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat
EM.	**:**	Edinilmiş Mallar
ETMK.	**:**	Eski Türk Medenî Kanunu
EVÜ.	**:**	Übereinkommen Über Das uf Vertragliche Schulderhältnisse Anzuwendende Recht
Fam. L.Q.	**:**	Family Law Quarterly
Ga. J. Int'l. & Comp.	**:**	Georgia Journal of International and Comparative Law

Harv. L. Rev.	**:**	Harvard Law Review
Hous. L. Rev.	**:**	Houston Law Review
I.C.L.Q.	**:**	International and Comparative Law Quarterly
Idaho L. Rev.	**:**	Idaho Law Review
IPRG.	**:**	Internationales Privatrechtgesetz (Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun)
La. L. Rev.	**:**	Louisiana Law Review
LDIP.	**:**	İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu
m.	**:**	madde
MCA.	**:**	Marital Causes Act (Evlilik Kanunu)
M.G. Konseyi	**:**	Millî Güvenlik Konseyi
Mich. L. Rev.	**:**	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	**:**	Minnesota Law Review
MÖHUK.	**:**	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
MWPA.	**:**	Married Women's Property Act
NILR.	**:**	Netherlands International Law Review
N.M.L. Rev.	**:**	New Mexico Law Review
N.Y.	**:**	New York
N.Y.U. L. Rev.	**:**	New York University Law Review
OGH.	**:**	Avusturya Temyiz Mahkemesi
Ohio N. U. L. Rev.	**:**	Ohio Northern University Law Review
Ohio St. L. J.	**:**	Ohio State Law Journal
Osgoode Hall L. J.	**:**	Osgoode Hall Law Journal
RabelsZ.	**:**	Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
Real Prop, Prob & Tr. J.	**:**	Real Property, Probate and Trust Journal
Rec. des Cours.	**:**	Receuil des Cours de l'Academie de Droit International
RG.	**:**	Resmî Gazete

RGZ.	**:**	(amtliche Sammlung der) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	**:**	Sayfa
S. African L. J.	**:**	South African Law Journal
S.	**:**	Sayı
S.D. L. Rev.	**:**	South Dakota Law Review
S. Sayısı	**:**	Sıra Sayısı
SÜHFD.	**:**	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
St.	**:**	State
Stan. L. Rev.	**:**	Stanford Law Review
Temp. L. Rev.	**:**	Temple Law Review
Tex. L. Rev.	**:**	Texas Law Review
Tex. Tech L. Rev	**:**	Texas Tech Law Review
TMK.	**:**	Türk Medenî Kanunu
Tul. L. Rev.	**:**	Tulane Law Review
U. W. Ontario L. Rev.	**:**	University of Western Ontario Law Review
U.S.	**:**	United States
UCLA. L. Rev.	**:**	University of California, Los Angeles Law Review / UCLA Law Review
UMPA.	**:**	Uniform Marital Property Act
UPAA.	**:**	The Uniform Premarital Agreement Act
US. News & World Rep	**:**	United States News and World Report
v.	**:**	versus
VAÜG.	**:**	Gesetz zur Überleitung des Versorgungsausgleichs auf das Beitrittsgebiet
vd.	**:**	ve devamı
Vol.	**:**	Volume
vs.	**:**	ve saire
Wash. L. Rev.	**:**	Washington Law Review

WEG.	**:**	Wohnungseigentumsgesetz – Housing Law
Whittier L. Rev.	**:**	Whittier Law Review
Wis. L. Rev.	**:**	Wisconsin Law Review
Yale L. J.	**:**	Yale Law Journal
Yön.	**:**	Yönetmelik
YTMK.	**:**	Yeni Türk Medenî Kanunu
yuk.	**:**	yukarıda
ZGB	**:**	İsviçre Medenî Kanunu

G İ R İ Ş

Evlilik, bir yanı ile duygusal, diğer yanı ile ekonomik bir birliktelik kurar. Gerçekten de, evliliği bir yaşam ortaklığı olarak kabul edersek, eşler, yaşamı hem kişisel, hem de ekonomik yönleri ile bir bütün olarak paylaşırlar. Evlilik birliği kurulurken üzerinde çok fazla düşünülmeyen ekonomik yönü; evliliğin, eşlerden birinin ölümü ya da boşanma nedeniyle sona ermesi halinde özellikle önem taşır. Bundan yüz yıl önce, evliliklerin hemen tamamı eşlerden birinin ölümü ile sona ermekteydi. Bu durumda ekonomik birlikteliğin sona erdirilmesi daha kolaydır ve sağ kalan eşin miras hakkını düzenleyen hükümler ile tasfiye gerçekleşir. Ancak, günümüzde, evliliğin eşlerden birinin ölümüne eş düzeyde boşanma ile sona erdiği[1] göz önüne alındığında, boşanma halinde ekonomik birliği tasfiye etmek – hem maddî hukukta, hem de milletlerarası özel hukukta- çözülmesi güç sorunları da beraberinde getirmektedir.

Boşanma halinde ekonomik birlik, taraflar arasında geçerli olan mal rejimine göre tasfiye edilir. Bu nedenle, eşler arasındaki ekonomik birliğin tasfiyesinde ortaya çıkan sorunların çözümü, asıl olarak, mal rejimleri konusunda yapılan tercih ile bağlantılıdır. Bu tercihte, 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başında yaşanan gelişmeler -kadının eğitim düzeyinin artması, iş yaşamına katılarak ekonomik zenginlikten pay almaya başlaması ve buna koşut olarak kadın

---

[1] **Bartke, W. Richard;** "*Community Property Law Reform in the United States and in Canada—A Comparison and Critique*", Tul. L. Rev., Vol. 50, 1976, s. 215.

erkek eşitliği düşüncesinin gelişimi-, dönüm noktası olarak kabul edilebilir. Bu dönemden itibaren, evlilik birliğinde genellikle kocaya ait olan malvarlığı değerleri, yasal düzenlemelerde reform niteliğinde gerçekleştirilen değişikliklerle[2] eşler arasında paylaşılmaya başlanmıştır.

Evlilik mal rejimleri konusunda yaşanan bu gelişimin ülkemizde de benzer bir gelişim izlediği söylenebilir. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanununda, yasal mal rejimi değiştirilmiş ve eski kanunda kabul edilmiş olan mal ayrılığı rejiminin yerini, -evlilikten sonra kazanılan mallarda eşit paylaşımı öngören- edinilmiş mallara katılma rejimi almıştır.

Bu gelişmeler sonucunda, evlilik mal rejimleri konusu literatürde ilgi görmeye başlamış[3] olmasına rağmen; yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusu, milletlerarası özel hukukta evlilik ve boşanma gibi konularla karşılaştırıldığında çok az ilgi görmüş ve literatürde ihmal edilmiş bir konu olarak

---

[2] Örneğin, Avusturya 15 Haziran 1978; Belçika, 14 Temmuz 1976; Fransa, 13 Temmuz 1965, 11 Temmuz 1975 ve 10 Temmuz 1982 tarihlerinde; Federal Alman Cumhuriyeti, 18 Haziran 1957, 14 Haziran 1976 tarihlerinde; Yunanistan, 16-18 Kasım 1983; İtalya, 19 Mayıs 1975, 10 Nisan 1981 tarihlerinde; Lüksemburg, 12 Aralık 1972 ve 4 Şubat 1974 tarihlerinde; Hollanda, 14 Haziran 1956, 1 Ocak 1970 ve 30 Ağustos 1984 tarihlerinde; Portekiz, 25 Kasım 1977; İspanya, 13 Mayıs 1981 ve İsviçre, 5 Ocak 1984 tarihinde yasalarında evlilik malları hukuku konusunda değişiklikler gerçekleştirmiştir. Görüldüğü gibi, bu değişikliklerin büyük çoğunluğu son yıllarda yapılmıştır: **Grossen, Jacques-Michel;** Eason-Weinmann Center for Comparative Law Symposium on Reflections on the Civil-Law Tradition in Louisiana: "*Agenda for the Twenty-First Century: Comperative Developments in the Law of Matrimonial Regimes*", Tul. L. Rev., Vol. 60, 1986, s. 1199.

[3] **Kılıçoğlu, M. Ahmet**: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi -Tartışmalar-Örnekli Açıklamalar-Formüller-Tablolar-İlgili Yasa Metinleri (Edinilmiş Mallar), Ankara 2002; **Kılıçoğlu, M. Ahmet**: Medenî Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler (Yenilikler), B. 2, Ankara 2004; **Zeytin, Zafer**: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2005; **Özuğur, Ali İhsan**: Mal Rejimleri, Ankara 2004; **Moroğlu, Nazan**: Medeni Kanun'da Mal Rejimleri (14 Soru 14 Cevap), İstanbul 2002; **Ateş, Turan**: Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2005.

kalmıştır. Bu nedenle, *evlilik mallarına uygulanacak hukuk*, yani yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına uygulanacak hukuk inceleme konusu olarak seçilmiştir. Bu konu, günümüzde yabancı unsur taşıyan evliliklere, -özellikle son çeyrek yüzyılda dünya nüfusundaki hareketliliğin ve göçlerin artması, teknolojinin hızla ilerlemesi sonucu ulaşım imkânlarının kolaylaşması sonucunda- daha sık rastlanması nedeniyle ayrıca önem taşımaktadır.

'Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk' konulu tez üç bölümden oluşmaktadır. Tezin konusunu, asıl olarak, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları oluşturmakla birlikte, konu bütünlüğünün sağlanabilmesi ve sorunların daha net ortaya konulabilmesi amacı ile, birinci bölümde iç maddî hukuktaki evlilik mal rejimlerinin ele alınması gerekmiştir. 'Karşılaştırmalı Maddî Hukukta Evlilik Malları' başlığını taşıyan bu bölümde, *common law* ve *civil law*[4]

[4] Batı hukukunda asıl olarak iki hukuk sisteminin olduğu söylenebilir. Bunlar; *common law* ve *civil law* sistemleridir. *Common law,* tarihsel gelişim süreci içinde, Ortaçağ İngiltere'sinin hukukundan doğmuştur. İngiliz hukukunda, '*common law*' kavramı, bazen Anglo – Amerikan hukuk sisteminin tümünü ifade etmek için, bazen de 'medenî hukuk' kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır: **Oğuz, Arzu:** Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 258. Bu çalışmada '*common law*' ilk anlamı ile kullanılacaktır ve bu anlamıyla *common law* (Anglo – Amerikan hukuk sistemi), kaynağını, anayasa veya yasalardan ziyade mahkeme kararlarının oluşturduğu hukuk sistemidir: **Garner, A. Bryan: Black's Law Dictionary**, B.8, Thomson West, 2004,s. 293. Bu nedenle, 'hakimin yarattığı hukuk' olarak da adlandırılır. *Common law* hukuk sisteminde önemli olan somut olaylara çözüm bulunması ve uygulamada işe yarayacak hukuk formüllerine ulaşılmasıdır; bu sistemde, kapsamlı ilkeler ve soyut genellemeler fazla itibar görmez: **Güriz, Adnan:** Hukuk Başlangıcı, B. 9, Ankara 2003, s. 3; İngiliz *common law* sisteminin tarihsel gelişimi ve özellikleri için bkz. **Oğuz,** s. 253 vd. Kıta Avrupası hukuku olarak da adlandırılan *civil law* ise, *common law*'dan oldukça farklıdır. Roma hukukundan etkilenmiş olan bu hukuk sistemi, geleneksel olarak kodifikasyon ve anayasaya dayanır ve teori ile pratik etkileşim halindedir. Hukuk, dar bir kavram olarak ele alınmaz, diğer sosyal bilimlerle ilgili araştırmalar da hukuku etkiler. Ayrıca, hukukçular sadece pozitif hukuk üzerinde durmazlar, 'olması gereken hukuk' ile de ilgilenirler: **Güriz,** s. 3; ayrıca, *common*

ülkelerinden bazılarının iç maddî hukuklarında benimsenmiş olan evlilik malları rejimi, -hukuk sistemlerindeki benzerlik ve farklılıkları ortaya koyabilmek amacıyla- seçimlik rejim ve yasal rejim alt başlıklarında incelenmiştir.

'Karşılaştırmalı Kanunlar İhtilâfı Hukukunda ve Milletlerarası Sözleşmelerde Evlilik Malları' başlığını taşıyan ikinci bölümde, karşılaştırmalı hukukta yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları ve konu ile ilgili milletlerarası sözleşmeler ele alınmıştır. İkinci bölümün ilk alt başlığı olan 'Karşılaştırmalı Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Malları'nda, iç maddî hukuk kuralları incelenen ülkelerin, bu kez yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunu nasıl düzenledikleri incelenmiştir.

İkinci bölümün ikinci alt başlığı ise, 'Milletlerarası Sözleşmeler Rejimi'dir. Bu başlık altında, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusundaki ilk düzenlemeyi içeren 17 Temmuz 1905 tarihli 'Evliliğin Eşlerin Şahsî ve Malî İlişkilerine Etkileri ve Hukuk Seçimi Hakkında *La Haye* Sözleşmesi' ve münhasıran yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunu düzenleyen 14 Mart 1978 tarihli 'Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi' incelenmiştir.

Evlilik malları konusunda karşılaştırmalı bir çalışmanın yapıldığı ilk iki bölümde, *civil law* ülkeleri yanında, *common law* ülkelerine de yer verilmesinin nedeni; özellikle, Amerikan kanunlar ihtilâfı teorilerinin, Avrupa milletlerarası özel hukukunu doğrudan ya da dolaylı yollarla etkilemesidir. Bu etkileşim, Amerikalı katılımcıların taslağını hazırlayıp, Avrupa ülkelerinde yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmeler yoluyla doğrudan; mahkeme kararlarına ilişkin yorum,

---

law ile *civil law* hukuk sistemlerinde kadının hukukî durumu konusunda bkz. aşa. Birinci Bölüm, § 2.

eleştiri ya da makaleler yoluyla dolaylı olarak gerçekleşmektedir[5]. Ayrıca, çağdaş toplumların ihtiyaçları ve adalet anlayışı birbirine yaklaşmış; özel hukukun pek çok alanında olduğu gibi evlilik mal rejimleri konusunda da karşılaştırmalı hukuk çalışmalarından yararlanılmaya başlanmıştır[6].

Gerek birinci bölümde, gerek ikinci bölümde konu başlıklarının oluşturulmasında, öncelik, sözleşme rejimine ve subjektif bağlama kurallarına verilmiştir. Çünkü iç maddî hukukta ve kanunlar ihtilafı hukukunda, eşler arasında bir sözleşme olmaması halinde yasal rejime ya da objektif bağlama kurallarına gidilmektedir.

Tezin üçüncü bölümü, Türk Hukukuna ayrılmıştır. Bu bölümde de, öncelikle, Türk iç maddî hukukunda evlilik mal rejimleri hakkında -yasal ve sözleşme rejimi ayrımı çerçevesinde- bilgi verilmiş; -yeni yasal düzenlemelerin esas olarak 2002'den sonraki evlilikleri kapsaması nedeniyle-, değişiklikten önceki düzenlemeye de değinilmiştir. Bu bölümde, ayrıca, ikinci alt başlık olarak, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusu ele alınmıştır. Burada da, EHVK. ve MÖHUK. dönemleri olmak üzere ikili bir ayrıma gidilerek konu incelenmiştir. Bu başlık altında, yabancı unsurlu evlilik malları konusunda pozitif düzenlemenin yerindeliği sorgulanmış ve mevcut kanun hükmündeki boşluklar belirlenerek, bu eksikliklerin giderilmesi amacıyla yapılabilecek değişiklikler üzerinde durulmuştur.

---

5 **Siehr, G. Kurt**: "*Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions*" (Domestic Relations), Am. J. Comp. L., Vol.30, 1982, s.38.

6 **Aksoy, Muammer**: Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı, Ankara 1964.

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusundaki bu çalışmanın kapsamı, artık günümüzde, 'geleneksel tipte evlilik' olarak adlandırılan[7] karşıt cinslerin evliliğindeki evlilik malları ile sınırlıdır. Bugün, bazı hukuk düzenleri, taraflar arasında evlilik sözleşmesinin bulunmadığı aynı ya da karşıt cinsten kişilerin beraberliklerine hukukî sonuçlar bağlamakta, bu bağlamda evlilik dışı birliktelikler için evlilik malları hususu ayrıca düzenlemektedir. Konu, bu çalışmanın sınırlarını aşan bir incelemeyi gerektirdiğinden kapsam dışı tutulmuştur. Ayrıca, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusu incelenirken, konu ile ilgili milletlerarası sözleşmelerdeki düzenlemelere paralel olarak, milletlerarası yargılama yetkisi ve evlilik mallarına ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konuları da inceleme kapsamına alınmamıştır.

Çalışmamız, araştırmamız neticesinde ulaşılan çıkarımlara yer verilen sonuç bölümü ile sona ermektedir.

[7] **Siehr, G. Kurt**: "*Family Unions in Private International Law*" (Family Unions), NILR., Vol. 50, 2003, s. 421.

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

KARŞILAŞTIRMALI MADDÎ HUKUKTA EVLİLİK MALLARI

§ 1- TERMİNOLOJİ

Hemen hemen her ülke hukuk sisteminde, evlilik mal rejimini, düzenlemiştir. Bu düzenlemelerde, genellikle, mal rejimi genel başlığı altında kabul edilen bir yasal rejim ve tarafların sözleşme ile kabul edebileceği sözleşme rejimi bulunmaktadır.

Yasal rejim olarak düzenlenen rejim, eşlerin evlilik malları konusunda ayrıca bir sözleşme yapmadıklarında, kendiliğinden taraflara uygulanacak olan rejimdir. Yani yasal rejim kavramındaki "yasal" kelimesinin anlamı, bu rejim türünün kanunda düzenlenmiş olması değil, kendiliğinden uygulanıyor olması demektir. Çünkü, sözleşme ile düzenlenebilecek rejim türleri de kanunda düzenlenmiştir ve çoğu kez, eşler ancak kanunda belirlenmiş bu rejim tiplerinden birini seçebilmektedir.

Evlilik mal rejimi, evli kişilerin birbirleri arasında veya üçüncü kişiler yönünden, evlilik mallarının mülkiyetini ve yönetimini idare edecek ilişkileri ve kuralları belirleyen sistemdir[1]. Evlilik mal rejiminin kapsamına giren veya girmeyen malları açıkça düzenler. Bu anlamda olmak üzere, genel olarak, ayrılmış mallardan

---

[1] **Rigby, Kenneth:** "*Matrimonial Regimes: Recent Developments*", La. L. Rev., Vol. 60., 2000, s. 443. Bunun yanında "rejim" Fransızca bir kelimedir ve kurallar sistemi veya düzenleme anlamına gelir: **Rigby**, s. 443. Ayrıca, Roma Hukukunda mal rejimleri konusunda özet bilgi için bkz. **Emiroğlu, Haluk**: Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003, s. 84-85.

ve ortak mallardan söz edilebilir. Ortak mallar da, her hukuk düzeninde farklı şekilde ifade edilir[2]. Bunun yanında, farklı evlilik mal rejimi sistemleri, evlilik süresince eşlerin malvarlığı ile ilgili kendi ehliyetlerini olduğu kadar, evlilik mallarının mülkiyetini ve evliliğin ölüm veya boşanma ile sona ermesi halinde malların paylaşımı hususunu da düzenler.

Farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde ifade edilmiş[3] olmasına rağmen, genel olarak evlilik malı kavramını, evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesi

---

[2] Amerika Birleşik Devletlerinde mal ortaklığı rejiminin kabul edildiği eyaletlerde kullanılan *community propery* terimi ortak malları ifade etmekte ve daha genel bir terim olarak da *marital property* ya da *matrimonial property* terimleri sıklıkla kullanılmaktadır. Bu terimleri "evliliğe ilişkin malvarlığı" veya daha kısa bir ifade ile "evlilik malı" olarak dilimize çevirmek mümkündür.

İngiliz hukukunda ise, evliliğin, eşlerin malvarlıkları üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle, İngiliz hukukunda ortak mal kavramı bulunmamaktadır. Amerikan hukukunda bir üst kavram olarak kullanılan *matrimonial property* veya *marital property* terimleri, mal rejimlerini ifade etmek üzere bu ülkede yaygın olarak kullanılmaktadır.

Alman hukukunda yasal mal rejimi olan kazançta ortaklık rejiminde ortak mallar bulunmamakta, evlilik birliği herhangi bir sebeple sona erdiğinde kazançtaki artış (*Zugewinn*) denkleştirilmektedir. Seçimlik rejimlerden birini oluşturan mal ortaklığı rejiminde ise ortak mallar *Gesamtgut* terimi ile ifade edilmektedir. Paylaştırmaya konu olması nedeniyle Alman hukukundaki kazançtaki artışın evlilik malını karşıladığı söylenebilir.

Avusturya hukukunda yasal mal rejimi kazanç paylaşmalı mal ayrılığıdır. Bu rejimde, ortak kullanıma özgülenen mallar (*das eheliche Gebrauchsvermögen*) ve ortak birikimler (*die ehelichen Ersparnisse*) paylaşımın konusunu oluşturur.

İsviçre hukukunda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, mallar, edinilmiş mallar (*Errungenschaft*) ve kişisel mallar (*Eigengut*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Eşler arasındaki yasal mal rejimi herhangi bir sebeple sona erdiğinde, edinilmiş malların yarısı üzerinde diğer eşin katılma alacağı bulunmaktadır. Katılma alacağı, evlilik nedeniyle gündeme gelen ve eşlerden birinin diğerine ödemekle yükümlü olduğu tutarı ifade ettiğinden evlilik malını karşılamaktadır.

[3] Örneğin bir tanıma göre, evlilik malı, evlilik ilişkisi nedeniyle, eşlerden birinin, diğerinin sahip olduğu ya da elde ettiği mallar üzerindeki herhangi bir menfaati, hakkı, yetki veya imtiyazı anlamına gelir. Bu menfaat, hak, yetki veya imtiyaz eşler arasında geçerli olan mal rejimine göre belirlenir: **Marsh, Harold:** Marital Property in Conflict of Laws, Seattle 1952, s.11.

halinde paylaşıma konu olacak mallar veya eşlerden birinin diğerinden talep etmeye yetkili olduğu haklar olarak tanımlamak mümkündür. Başka bir anlatımla, evlilik malları, mal rejimlerinin konusunu oluşturan her türlü malvarlığı değeridir.

Bu tanımların sonucunda, 'evlilik mal rejimi'nin daha üst bir kavram, 'evlilik malları'nın ise, mal rejimlerinin alt başlığını oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Evlilik yaşamındaki en önemli konulardan biri, daha genel bir anlam taşıması bakımından 'mal rejimleri' ve dolayısıyla mal rejimlerinin konusunu oluşturan 'evlilik malları' dır. Bu çalışmada, mal rejiminin konusunu oluşturan 'evlilik malları' kavramının kullanılması tercih edilmiştir; çünkü, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da konu 'evlilik malları' başlığı altında düzenlenmiştir. Bu nedenle de tezin adı "Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk" olarak belirlenmiştir.

'Yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları' kavramı ise, yabancı unsur içeren evliliklerdeki evlilik malları veya evlilik mal rejimleri için kullandığımız bir terimdir. Yabancı unsur, evlilik malları ile ilgili bir sorunun ortaya çıktığı millî hukuk düzeninden başka bir hukuk düzeniyle olan bağlantısına göre saptanmaktadır. Eşlerden birinin başka bir devlete tâbiiyet bağı ile bağlı olması, ikametgâhının veya mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması ya da evlilik mallarının yabancı bir ülkede bulunması halinde yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarından söz edilir.

Maddî hukuk anlamındaki, sözleşme rejimine göre, eşler, yasal rejim dışında, genellikle kanunun kendilerine sağladığı olanaklar çerçevesinde, istedikleri evlilik mal rejimini seçebilmektedir. Bu seçim, eşlerin bir sözleşme akdetmesi ile mümkün olmaktadır. Genellikle, doktrinde '*evlilik sözleşmesi*' olarak anılan bu sözleşmeler, evlenme akdinin yapılmasındaki sözleşmelerle karıştırılabileceğinden, maddî hukuk

anlamındaki, evlilik mal rejimi seçim sözleşmesini, ‘*evlilik mal rejimi sözleşmesi’* ya da kısaca *‘mal rejimi sözleşmesi’* olarak kullanacağız. Ancak, maddî hukuk kurallarını düzenleyen bu sözleşmelerle, sadece hukuk seçimini içeren sözleşmeleri, veya bu iki tip düzenlemeyi birleştiren sözleşmeleri birbirinden ayırt etmek gerekir. Eşlerin akdettikleri, evlilik mal rejimi sözleşmeleri -şüphesiz bu sözleşme hukuk seçimine ilişkin bir hüküm içermediği sürece- maddî hukuk anlamında bir sözleşmedir. Bu karışıklığı önlemek için, tarafların yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçtikleri sözleşmeler “*evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi*” olarak adlandırılacaktır. Bunun yanı sıra, taraflar bu iki tür düzenlemeyi bir araya getiren sözleşmeler de akdedilebilir. Yani bir sözleşme, hem maddî hukuktaki evlilik mal rejimini tercih edip, hem de ilişkinin daha sonra yabancı unsur içermesi halinde uygulanacak hukuk seçimine ilişkin bir hüküm içerebilir. Bu tür sözleşmeler de, -biraz uzun olmakla birlikte- “*evlilik mal rejimi ve hukuk seçimi sözleşmesi*” ya da daha da kısaltarak “*mal rejimi ve hukuk seçimi sözleşmesi*” olarak adlandırılacaktır. Ancak, evliliğin başlangıcında, yabancı unsur taşımayan bir durumda, eşlerin böyle bir sözleşme yapabilmeleri ihtimalinin çok düşük olduğu da bir gerçektir.

Son olarak şunu da belirtmekte fayda vardır, “eşler” terimi mümkün olduğunca evlilik töreni sonrasındaki eşleri anlatmak için kullanıldıysa da, bazen evlenmeyi düşünen müstakbel eşleri de kapsamaktadır.

§ 2- TARİHÇE

Tarihsel olarak *common law* ve *civil law* hukuk sistemlerine baktığımızda, evlilik malları konusunda[4], sistemler arasındaki ilk farkın kadının yasal durumu ile ilgili olduğu dikkati çekmektedir.

Common law sisteminde, kadının kocasından ayrı bir hukuksal kişiliği olmadığından, mal edinme ehliyeti de bulunmamaktaydı[5]. *Common-law* kuralları, koca ve kadını ayrı ayrı şahıslar olarak kabul etmiyor, bunlar hukuk önünde aynı kişi sayılıyordu. Evlenme ile kadın, "*feme covert*" (evli kadın) "kocanın koruması altındaki kadın" haline geliyordu. Evlenme ile birlikte koca, kadının taşınmaz mallarının yöneticisi, taşınır mallarının ise hem yöneticisi, hem de malîki oluyordu[6].

Common-law, eşin ölümü halinde, sağ kalan kadına "*dower*"[7]; sağ kalan kocaya da "*curtesy*"[8] hakkı veriyordu. *Dower* ve *curteys* hakları, ölen eşin mirasını,

---

4 Evlilik malları konusunda genel olarak bkz. **Rheinstein, Max – Glendon, Mary Ann:** Interspousal Relations, International Encyclopedia of Comparative Law, 1980, Vol. 4, Chap. 4.

5 **Younger, T. Judith**: "*Marital Regimes: A Story of Compromise and Demoralization, Together with Criticism and Suggestions for Reform*", (Marital Regimes), Cornell L. Rev., Vol. 67, 1981-1982, s. 48.

6 **Glendon, Marry Ann**: "*Marital Property: A Comperative Study of Law and Social Change*", Tul. L. Rev., Vol.49, 1974, s. 26; **Stumberg, Wilfred George**: Principles of Conflict of Laws, (Principles), B. 3, Brooklyn 1963, s. 312.

7 Tarihsel olarak, *common law* sistemi, çalışmayan ve dolayısı ile para kazanmayan eşi *dower* ve *curtesy* müesseseleri ile korumaya çalışmıştır. *Dower*, kocanın evlilik süresince edindiği bütün taşınmaz malları üzerinde kadına hayat boyu ⅓ hisse verir. Koca, kadının taşınmaz mal üzerindeki menfaatini serbestçe satamaz. Günümüzde *dower* hemen hemen tamamen yürürlükten kalkmıştır: **Norsigian, Hrant**: "*Community Property and the Problem of Migration*", Wash. U.L.Q., Vol. 66, 1988, s. 774, dn. 6.

8 *Curtesy*, müşterek çocukları olmak şartıyla kocaya kadının evlilik süresince edindiği bütün taşınmaz mallar üzerinde ömür boyu intifa hakkı (*life estate*) verir. Günümüzde artık uygulanmamaktadır: **Norsigian**, s. 774, dn. 6.

sağ kalan eşin temlik ve alacaklılarına karşı koruyordu[9]. Bu sistemde, kadın ve çocuklar, ancak, 1670 yılından sonra, kocanın malvarlığı üzerinde mirasçı olabilmişlerdir. Boşanma halinde ise, kadının taşınmaz mallar üzerindeki yönetim hakkı kendisine dönüyordu[10].

Civil law kuralları ise, kadın ve kocayı, ayrı kişi ve evliliği de kocanın yönetimi altında ekonomik bir ortaklık olarak kabul ediyordu. Eşler, "ayrılmış mallar" ve "ortak mallar" olmak üzere iki malvarlığına sahipti. Ayrılmış mallar, her bir eşin evlilikten önce kazanmış olduğu mallardan ve evlilikten sonra bağış veya miras yoluyla kazandığı mallardan oluşuyordu. Ortak mallar ise, bağış ve miras yoluyla elde edilen mallar hariç olmak üzere, eşlerin evlilik sırasında kazandığı mallardan oluşuyordu. Her bir eş, ayrılmış mallarının malîki ve yöneticisiydi. Ortak mallar ise, koca tarafından yönetiliyor ve bu mallar üzerinde eşler eşit hakka sahip oluyordu. Boşanma halinde, evlilik birliği sona eriyor ve ortak mallar eşler arasında paylaşılıyordu. Eşlerden birinin ölümü halinde, sağ kalan eş, -kadın veya koca olup olmadığına bakılmaksızın- ortak malların yarısını miras olarak alıyordu. Ölüme bağlı tasarruf yapmadan ölen bir eşin, ortak ve ayrılmış malları altsoyuna, altsoyu yoksa üstsoyuna, üstsoy da yoksa ortak üstsoydan gelen kişilere geçiyordu. Bu mirasçılardan hiçbirinin bulunmaması halinde ise, sağ kalan eş, ortak ve ayrılmış malların mirasçısı oluyordu[11].

19. yüzyıl başı itibariyle bakıldığında, -benimsedikleri sistemler birbirinden çok farklı olmasına rağmen- Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa ve Almanya'nın bazı bölgelerinde, evlilik malları rejimi konusunda, ortak iki temel

---

9 **Younger**, Marital Regimes, s. 51.

10 **Younger**, Marital Regimes, s. 52.

11 **Younger**, Marital Regimes, s. 49-50.

özelliğin bulunduğu görülmektedir: Kocanın, kadını da içine alacak şekilde aileyi yönetme yetkisine sahip olması ve bütün bu sistemlerin kadını (ve kadının kan bağı olan yakınlarını), kocanın yönetiminin sonuçlarından koruyan yasal yollar geliştirmiş olması. Bu geleneksel sistemler, sanayi devrimini izleyen sosyal ve ekonomik değişikliklere paralel olarak evlilik anlayışının ve kadının ekonomik ve sosyal rolünün değişmesi ile birlikte değişmiştir[12].

§ 3- *COMMON LAW* SİSTEMİ

I- AMERİKAN HUKUKU

A) GENEL OLARAK

Amerika Birleşik Devletleri'nde tarafların sözleşme yapmamış olması halinde, evlilik malları ile ilgili iki temel rejim bulunmaktadır. İspanyollar tarafından getirilen mal ortaklığı rejimini benimseyen dokuz eyalet dışında, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki eyaletlerin büyük bir çoğunluğu, İngiltere'nin mal ayrılığı rejimi[13] kabul etmiştir[14].

---

12 **Glendon,** s. 23.

13 Pek çok kaynakta, "*common law system*" veya "*common law marital property*" terimleri ile ifade edilen "mal ayrılığı rejimi"dir: Örnek için bkz. **Greene, Scott**: "*Comparision of the Property Aspects of the Community Property and Common Law Marital Property Systems and Their Relative Compatibility with the Current View of the Marriage Relationship and the Rights of Women*", Creighton L. Rev. Vol. 13, 1979-1980, *s.* 71 vd.; **Scoles, F. Eugene - Hay, Peter**: Conclict of Laws, B. 2, St. Paul, Minn. 1992, s. 465 vd.; **Marsh**, s.14 vd.; ayrıca, yazarın bu kitabının eleştirisi için bkz. **Cavers, F. David**: "*Marital Property in Conflict of Laws*" (Book Review), Harv. L. Rev., Vol. 66, 1953, s. 1327-1335; mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletler "*common law state*" veya "*common law property state*" olarak adlandırılır: Örnek için bkz. **Scoles - Hay**, s. 466 vd.; **Greene**, s. 99 vd.

14 **Chappell, Merrie**: "*A Uniform Resolution to the Problem a Migrating Spouse Encounters at Divorce and Death*", Idaho L. Rev., Vol. 28, 1991-1992, s. 993; **Stumberg, Wilfred George**: "*Marital Property and the Conflict of Laws*", (Marital Property), Tex. L. Rev., Vol. 11, 1932-

Mal ortaklığı rejimi[15], önce, Amerika'nın güneybatısında ve batısında tanınmış ve benimsenmiştir[16]. 1986 yılına kadar, sekiz eyalette mal ortaklığı rejimi kabul edilmişti. Bu eyaletler; İspanya[17], Meksika ve Fransa'dan ayrılarak Amerika Birleşik Devletleri'ne katılan[18] Arizona, California, Idaho, Louisiana[19], Nevada, New

---

1933, s. 53; **Leflar, A. Robert - McDougal, L. Luther - Felix, L. Robert**: American Conflict of Laws, B. 4, Virginia 1986, s. 643.

15 Mal ortaklığı rejimi (*community property*), "*marital property*" veya "*matrimonial property*" olarak da adlandırılır: **Scoles - Hay**, s. 466 vd.; **Hay, Peter**: Conflict of Laws (Conflict of Laws), B.3, Black Letter Series, 2000, s. 119; mal ayrılığı rejiminden çok daha eski bir geçmişe sahip olan, mal ortaklığı rejiminin, tarihsel gelişimi için bkz. **Younger, T. Judith**: "*Community Property, Women and the Law School Curriculum*" (Community Property), N.Y.U.L. Rev., Vol. 48, S.2, 1973, s. 214-223.

16 Bu, bazı Avrupa ülkelerinde uygulanan mal rejimidir: **Chappell**, s. 993. Avrupa ülkelerinde mal ortaklığı rejiminin ortaya çıkmasından önce, koca hem kişilik, hem de kadının malvarlığının yöneticisi olarak efendi ve ailenin reisiydi. Koca, bütün evlilik mallarının tek sahibiydi ve mallar üzerinde neredeyse sınırsız bir yönetim hakkına sahipti: **Huebner, Rudolph**: A History of Germanic Private Law, Boston 1918, s. 622. Yavaş yavaş Alman feodal beylikleri arasında gelenekler ve adetler gelişerek, kadına artan haklar ve evlilik malları konusunda koruma verdi. Her beylik, evlilik mallarını idare etmek için kendi yazılı olmayan kurallarını geliştirdi: **Hueber**, s. 627-646; ancak, koca malvarlığının tamamı üzerindeki mülkiyet hakkından ve yönetme gücünden asla vazgeçmedi: **Huebner**, s. 632.

17 Vizigotlar, Roma İmparatorluğu'nun çökmesinden sonra İspanya sistemini getirdiler. Mal ortaklığı rejimini de içeren, Vizigot yasal sistemi, mevcut Roma Hukukuna hâkim oldu ve aslında onun yerine geçti: **De Funiak, William - Vaughn, J. Michael**: Principles of Community Property, B. 2, Arizona 1971, s. 43-47. İspanya mal ortaklığı rejimi Amerika kıtasına, İspanyol koloniler yoluyla ithal edilmiştir: **De Funiak - Vaughn**, s. 52-54.

18 Amerika Birleşik Devletleri, doğrudan veya dolaylı olarak, İspanya'dan toprak aldığı için, günümüzde mal ortaklığı eyaletlerini oluşturan topraklardaki varolan veya benimsenen mal ortaklığı rejimi devam etti: **De Funiak - Vaughn**, s. 51-91.

19 Louisiana eyaletinde geçerli mal rejimi hakkında bkz. **Pascal, A. Robert:** "*Louisiana's 1978 Matrimonial Regimes Legislation*", Tul. L.Rev., Vol. 53, 1978-1979, s. 105-134; **Hargrave, Lee:** "*Matrimonial Regimes*", La. L. Rev., Vol. 52, 1991-1992, s. 655-676; **Rigby, Kenneth:** "*Matrimonial Regimes: Recent Developments*", La. L. Rev., Vol. 59, 1998-1999, s. 465-519; **Spaht, Katherine Shaw:** "*Matrimonial Regimes*", La. L. Rev., Vol. 51, 1990-1991, s. 321-333; ve ayrıca Legislative Symposium: Matrimonial Regimes, La. L. Rev., Vol. 39, 1978-1979, s. 129-165.

Mexico, Texas[20] ve Washington[21]'dur. Bunun yanında, 1986 yılında Wisconsin eyaleti[22], Wisconsin Evlilik Malları Hakkında Kanun'u benimseyerek, mal ortaklığını kabul eden eyaletler grubuna katılmıştır. Böylece, günümüzde Amerika Birleşik Devletlerinde dokuz eyalette mal ortaklığı rejimi geçerlidir[23].

Normandiya istilasından sonra İngiltere'de ortaya çıkan mal ayrılığı rejimi, Amerikan kolonilerince kabul edilmiştir. Günümüzde, Amerika Birleşik Devletleri'nde, 41 eyalette, Colombia bölgesinde ve Virgin adalarında mal ayrılığı rejimi uygulanır[24]. Genellikle, *common law* ülkeleri tarafından kabul edilen bu rejim, eşlerin malvarlığı haklarının evlilikten etkilenmeyeceği temel düşüncesine dayanır. Günümüzde mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletlerden bazıları, 1948 tarihli Vergi Kanunu'ndan (*Revenue Act*) önce, mal ortaklığı rejiminin uygulandığı

---

20 Teksas eyaleti mal ortaklığı rejimi için bkz. **Sampson, J. John**: "*Interstate Spouses, Interstate Property, and Divorce*", Tex. Tech. L. Rev., Vol. 13, 1982, s. 1285-1360. Kadının ve kocanın mallar üzerindeki yetkileri ve yönetim hakları hakkında, Amerika'da benimsenmiş olan mal ortaklığı rejimini yeniden düşünen ve reformlar yapan ilk eyalet, bu çalışmalara 1967 yılında başlayan, Teksas eyaletidir: Bu reformlar konusunda bkz. **Bartke**, s. 227-230.

21 Washington eyaletindeki mal ortaklığı rejiminin ayrıntılı incelemesi için bkz. **Cross, M. Harry**: "*The Community Property Law in Washington*", Wash. L. Rev., Vol. 49, 1973-1974, s. 729-844.

22 Wisconsin eyaletindeki evlilik malları rejiminin tarihsel gelişimi, mal ayrılığı rejiminden mal ortaklığı rejimine geçiş süreci ve nedenleri, evlilik mal rejimi sözleşmeleri gibi konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlanger, S. Howard - Weisberger, M. June**: "*From Common Law Property to Community Property: Wisconsin's Marital Property UMPA Four Years Later*", Wis. L. Rev., 1990, s. 769-806. Wisconsin eyaleti Evlilik Malları Kanunu, 1983'de ilân edilen *Uniform Marital Property Act*'e dayanır: **Taylor, J. Rick - Raabe, A. William**: "*Wisconsin's Uniform Marital Property UMPA: Community Property Moves East*", Com. Property J., Vol.12/2, 1985, s. 83-117. *Uniform Marital Property Act*, bundan böyle metinde UMPA olarak anılacaktır. Kanun metni ve yorumları için bkz. "*Uniform Marital Property UMPA*", Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Hous. L. Rev., Vol. 21, 1984, s. 601-667.

23 **Scoles - Hay**, s. 466, dn. 1; **Marsh**, s. 18.

24 **Davie, Michael**: "*Matrimonial Property in English and American Conflict of Laws*", ICLQ., Vol. 42, 1993, s. 856.

eyaletlerin sahip olduğu vergi avantajlarından yararlanmak için geçici olarak mal ortaklığı rejimini benimsemişler[25], ancak bu uzun süreli olmamıştır[26].

B) SÖZLEŞME REJİMİ

Amerika Birleşik Devletleri'nde, özellikle, evlilik öncesi mal rejimi sözleşmelerinin sayısında büyük artış görülmekte[27] ve ülkenin en önemli dergilerinden bazılarında[28] bu konuda makaleler yayınlanmaktadır. Ayrıca, Amerikan Barolar Birliği Dergisi'nde (*American Bar Association Journal*) de, evlilik öncesi mal rejimi sözleşmeleri konusunda makaleler yayımlanmış; bu makalelerde, bu tür sözleşmelerin icrasında en iyi metodun hangisi olduğu ve bu sözleşmelerin uygulama olanaklarının ne olduğu incelenmiştir[29].

---

25 **Green**, s. 71, dn. 2; **Scoles - Hay**, s. 467, dn. 2.

26 **Scoles - Hay**, s. 467, dn. 2.

27 Evlilik mal rejimi sözleşmelerine olan bu ilgi artışının nedenlerinden biri, ikinci evliliklerin sayısında giderek artış görülmesidir. İlk evliliğinde bu konuda canı yananlar, ikinci evliliklerinde malvarlığı konusunda kişisel olarak daha dikkatli davranmaktadırlar. Boşanma oranının yüksek oluşu, kişileri mal rejimi hakkında evlilik öncesinde planlama yapmaya ve evlilik süresince malvarlığı haklarına dikkat etmeye yöneltmektedir: **Henderson, H. Joann**: "*Marital Agreements and the Rights of Creditors*", Com. Prop. J., Vol. 11, 1984, s. 105; **Prager, Westerberg Susan**: "*Sharing Principles and the Future of Marital Property Law*", UCLA. L. Rev., Vol. 25, 1977-1978, s. 15; ayrıca, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde, alternatif yaşam tarzlarının kabul görmesi ve çiftlerin evliliğe daha temkinli yaklaşmalarıyla birlikte, son yıllarda evlilik kurumuna yüklenen yeni anlam ve evlilik sözleşmelerinin ortaya çıkış nedenleri konusundaki analiz ve bu konudaki öneriler için bkz**. Brown, Susan Vogt**: "*The Enforcement of Marital Contracts in the United States, Great Britain, France, and Quebec*", B. C. Int'l. and Comp. L. Rev., Vol. 6, 1983, s. 475-507.

28 Örneğin bkz. **Jimm, Smolowe**: "*What Price Love? Read Carefully*", TİME, 15 Ekim 1990, s. 94-95; **Lisa, J. Moore**: "*The Art of the (Marriage) Deal*", US. NEWS and WORLD REP., 5 Mart 1990, s. 68.

29 **Graham**, Premarital Agreement, s. 1038.

Mal rejimi sözleşmeleri, evlilik öncesinde veya evlilikten sonra yapılabilir. Bu sözleşmeler, mevcut ve/veya gelecekte kazanılacak bütün malvarlığını veya sadece özel bazı kalemleri etkileyebilir. Bu sözleşmeler, mal ortaklığı rejimini, mal ayrılığı rejimi olarak veya tam tersi şekilde değiştirebilir[30].

Mal rejimi sözleşmeleri alışılmış sözleşmelerden değildir. Sözleşmenin tarafları, amacı, konusu ve sözleşmenin ifası ve icrası arasındaki zaman faktörü bu sözleşmeyi diğerlerinden ayırır[31]. Mal rejimi sözleşmelerinin diğer sözleşme tiplerine göre temel özelliği, eşler arasında veya evliliği düşünen kişiler arasında, evlilik süresince, sözleşmenin taraflarının mallarının mülkiyet ve yönetimini idare edecek olan rejimin ilkelerini ve kurallarını göstermek için akdedilmiş bir sözleşme olmasıdır[32] ve bu sözleşmelerin amacı, eyalet hukukunun öngördüğü ve evlilik sona erdiğinde uygulanacak olan, evlilik mal rejimini değiştirmektir[33]. Mal rejimi sözleşmesinin konusu, evlilik mallarını yönetecek ilke ve kurallardır. Bu nedenle, evlilik süresince varolan rejimi değiştiren veya ortadan kaldıran, eşlerin menfaatlerine en iyi şekilde hizmet eden, uygulanacak ilke ve kuralları belirleyen bir mal rejimi sözleşmesi yasaldır. Eşler birbirleriyle sözleşme yapmada, kamu düzeni gibi, belirli birkaç sebebe dayalı istisnaî sınırlar dışında tam bir özgürlüğe sahiptirler[34].

---

30 **Henderson**, s. 105.

31 **Younger**, Antenuptial Agreements, s. 699; **Brown, S.**, s. 483-485.

32 **Rigby**, s. 443.

33 **Younger**, Antenuptial Agreements, s. 698.

34 **Rigby**, s. 443-444. *Gross v. Gross* dâvasında (11 Ohio St. 3d, 99, 464 N.E.2d, 500, 1984) mahkeme, kusurlu eşin zorlamasıyla yapılmış sözleşmelerin geçersiz olduğuna hükmetmiştir: Dâva hakkında bilgi için bkz. **Rabenold, L. Elizabeth**: Case Comment: "*Gross v. Gross: Antenuptial Agreements in Ohio - Enforcable Upon Divorce*", Ohio N. U. L. Rev., Vol. 12, 1985, s. 153-163.

Mal rejimi sözleşmeleri ile diğer sözleşmeler arasındaki farklılık hukukta bir ikilem yaratır. Elbette, eşlerin beklentisi, kendi aralarında anlaşarak bir yarar sağlamaktır. Eşler serbestçe pazarlık yapabilecekleri için, evlilik öncesi sözleşmeler teşvik edilmeli ve uygulanmalıdır. Ancak, eşlerin amacını aşan bir korumanın mümkün olup olmadığı, eyalet hukukunca sağlanan korumayı azaltan veya değiştiren veya haksızlığa neden olan bir sözleşmenin hükümleri incelenir ve bu tür sözleşmeler geçersiz kılınabilir. Bu tür sorunlar, evlilik öncesi mal rejimi sözleşmelerini, diğer sözleşmelerden daha az istikrarlı yapar. Eyaletten eyalete farklılıklar görülmesine rağmen, evlilik öncesi mal rejimi sözleşmelerinin geçerliliği sorunu ile karşılaşan mahkemeler, diğer sözleşmelere göre çok daha sıkı bir araştırma yapmaktadırlar. Bu araştırma sırasında mahkeme, sözleşme hükümlerinin adîl ve makul olup olmadığını ve daha varlıklı olan tarafın malî durumunu diğer tarafa açıkça bildirme zorunluluğunun yerine getirilip getirilmediğini inceler[35]. Mahkemeler bu araştırmayı yaparken hem şeklî, hem de maddî adaleti sağlamaya çalışmaktadırlar[36].

Şeklî adalet, tarafların her birinin malî durumunu açıklamasından sonra, sözleşmeyi kendi iradeleri ile yapmasını ifade eder. Mahkeme tarafların şartlarına, sahip oldukları deneyimlere, sözleşmenin imza edilme zamanı gibi hususları inceler. Açıklama yapma gerekliliği, tarafların sözleşmeyi iradeleriyle yapmış olmaları ile çok yakından ilgilidir. Pek çok sözleşme, evlilikte malvarlığı haklarından vazgeçmeyi içerir ki, eğer vazgeçen tarafın, diğerinin malvarlığı konusunda herhangi bir fikri yoksa ve neden vazgeçtiğini bilmiyorsa, bu adil ve iradî değildir[37].

---

35 Evlilik sözleşmesinin haksızlık, açıkça bildirmeme ve cebir gibi nedenlerle geçersiz sayılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. : **Brown, S.**, s. 486-493.

36 **Younger**, Antenuptial Agreements, s. 699.

37 **Younger**, Antenuptial Agreements, s. 700.

Maddî adaleti tanımlamak ise daha güçtür. Genellikle, "makûl", "adil", "insafsız olmayan" ve "adalete uygun" gibi ifadeler kullanılarak maddî adalet tanımlanmaya çalışılır. Sözleşmede kullanılan terimlere ve sözleşmenin içeriğine bakılır; ancak bu, mahkemenin fikrinin, tarafların iradelerinin yerine geçmesi demek değildir[38].

Common law eyaletlerinin birkaçı, evlilik öncesi mal rejimi sözleşmelerini açıkça kabul eden, Evlilik Öncesi Malvarlığı Sözleşmesi Kanunu'nu (*Premarital Property Agreement Act*) kabul etmişlerdir[39]. Ayrıca, son yıllarda, evlilik öncesi mal rejimi sözleşmelerine gösterilmeye başlayan ilgiye karşılık, bu sözleşmeleri düzenleyen kurallar artan ilgi karşısında yetersiz kalmaktadır. Eyalet Kanunlarını Yeknesaklaştırma Komisyonu Ulusal Konferansı, 1983 yılında, Yeknesaklaştırılmış Evlilik Öncesi Sözleşmeler Kanunu'nu (*The Uniform Premarital Agreement Act*-UPAA) kabul etmiştir[40].

C) YASAL REJİM

1- MAL ORTAKLIĞI REJİMİ (*COMMUNITY PROPERTY REGIME*)

Amerika Birleşik Devletleri'nde her eyaletin kendi yasaları bulunduğu için, eyaletler arasında, mal ortaklığı rejiminde farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıca, kanunlar mahkemelerce farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Buna rağmen, mal

---

[38] **Younger**, Antenuptial Agreements, s. 701; özellikle maddî adalet konusunda mahkemelerin verdikleri karar örnekleri için bkz. **Younger**, Antenuptial Agreements, s. 701 vd.

[39] Bu kanun 26 eyalet tarafından benimsenmiştir; diğer eyaletler, evlilik öncesi mal rejimi sözleşmelerini yargı kararıyla onaylamaktadırlar: **Graham**, UMPA, s. 466, dn. 43.

[40] Bu kanunun amacı ve hükümlerinin analizi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Graham**, Premarital Agreement, s. 1037-1061; **Younger**, Antenuptial Agreements, s. 716-717.

ortaklığı rejiminin temel ilkelerinin ve ana hatlarının, bu sisteminin uygulandığı tüm eyaletlerde birbirine benzediği söylenebilir[41].

Avrupa, -özellikle de Almanya- kaynaklı mal ortaklığı rejiminin temellerine baktığımızda, bu rejimin ortaya çıkışındaki asıl sebebin ekonomik olduğu görülür. Almanya'daki feodal yapıda, mal ortaklığı rejiminin ortaya çıkmasından önce, sadece, erkekler miras hakkına sahipti. Kadınların miras hakkı yoktu ve kadınlar, para kazanmak veya malvarlığı edinmek için çalışamazlardı. Bu durum, kadının, evlilikte malvarlığına katkısını güçleştiriyordu. Bunun sonucu, kocaya, karısı ve onun malvarlığı üzerinde, neredeyse sınırsız bir yönetim yetkisinin verilmesiydi[42]. Kadınlar, zamanla, malvarlıklarını ellerinde tutmaya ve miras hakkı elde etmeye başladılar. Bir süre sonra da, kadınların evliliklerinde malvarlığı edinmelerine izin verildi[43]. Kadınların evliliğe bu şekilde katkısı, ailede eşlerin konumlarını daha eşit hale getirdi. Sonuç olarak, eşlerce kazanılan mallar, ortak kazanılan mal olarak ele alındı ve mal ortaklığı sisteminin de temeli bu şekilde atılmış oldu[44].

Mal ortaklığı rejiminde, ayrılmış mallar[45] ve ortak mallar olmak üzere iki tür malvarlığı bulunur. Ayrılmış malların kapsamına genellikle, bir eşin evlilikten önce

---

41 **Dukeminier, Jesse - Johanson, M. Stanley**: Wills, Trusts and Estates, B. 4, Boston 1990, s. 369; **Greene**, s. 72.

42 **Hueber**, s. 629-632.

43 **Hueber**, s. 623.

44 **Greene**, s. 75.

45 Sadece Teksas Anayasası eşlerin ayrılmış mallarının tanımını yapmış, ancak, ortak malların tanımını yapmamıştır: Teksas Anayasası, Bölüm XV, m. 16. Teksas eyaleti Aile Hukuku Kanunu'nda da, ayrıca, ayrılmış malların ve ortak malların tanımları yapılmıştır: Teksas eyaletinde evlilik malları hukukunun ayrıntıları için bkz. **Heard, S. Oliver - Strieber, A. Richard - Orsinger, R. Richard**: "*Characterization of Marital Property*", Baylor L. Rev., Vol. 39, 1987, s. 909-944. Ayrılmış malın tanımının anlamsal bir sorun olduğuna ilişkin olarak bkz. **Marsh**, s. 224.

kazandığı mallar, evlilik sırasında aldığı bağışlar, miras yoluyla kalan mallar ve bu malların evlilik sırasında el değiştirmesi veya temlik edilmesinden elde edilen mallar girer[46]. Eşlerin ortak malları, evlilik süresince kazanılan diğer malları içerir. Böylece, evlilikte satın alınan mallar veya elde edilen kazançlar, genel olarak ortak mal sınıfına girer. Mal ortaklığı rejiminde, her eş ortak malların yönetimi ve ortak mallar üzerinde tasarruf konusunda eşit yetkiye sahiptir. Ayrılmış mallarda ise, her eş, kendi ayrılmış malları üzerinde, sınırsız yönetim ve tasarruf hakkına sahiptir. Bunun yanı sıra, her eş, ortak malların tamamı üzerinde ½ hisseye sahiptir[47]. Başka bir deyişle, malın kaynağına ve malı elde edenin eşlerden hangisi olduğuna bakılmaksızın, her bir eş ortak mal üzerinde hak sahibidir[48].

Mal ortaklığı rejiminde, eşlerin evlilik süresince, evliliğe ilişkin bir ortaklık, bir fon oluşturduğu kabul edilir[49]. Bu fonun kapsamı, mal ortaklığını kabul eden eyaletler arasında farklılık gösterir. Bazı eyaletlerde bu fon, sadece evlilik süresince

---

46 **Marsh**, s. 18; ayrıca, Idaho ve Louisiana gibi bazı eyaletlerde ayrılmış malların geliri, ortak mal olarak düşünülmesine rağmen, Arizona, Washington gibi eyaletlerde ayrılmış mal olarak kabul edilir: **Greene**, s. 72.

47 **Norsigian**, s. 775, **Greene**, s.73. Son yıllara kadar, mal ortaklığı rejimini benimseyen eyaletler, kocaya ortak malları yönetme konusunda neredeyse sınırsız bir yetki vermişti: **Norsigian**, 776. Ancak, son yıllarda mal ortaklığını benimsemiş bazı eyaletlerin, ortak malların yönetim ve idaresi konusundaki kanunları, eşlerin daha eşit muamele görmesi çabaları nedeniyle değiştirildi. Bununla birlikte, bu yasal eşitlik, gerçek ve uygulanabilir bir eşitliğe dönüştürülmemiştir. Mal kazanma için fırsatlar çok azsa, malları yönetim yetkisinin anlamı sınırlıdır veya yoktur. Bu çalışmayan veya az çalışan eşin, ki bu genellikle kadındır, tipik durumudur. Kadın çocukları, kocası ve ev ile ilgilenirken, onun mal edinmesi ve bu malvarlığını yönetmesi olanakları sınırlıdır ve bu yüzden kadın kocası karşısında dezavantajlı durumdadır: **Grenee**, s. 89.

48 **Greene**, s. 73.

49 **McClanahan, W. S.**: Community Property Law in the United States, Rochester, N.Y., 1982, s. 571.

kazanılan malları, bazılarında ise evlilikten önce ve evlilik süresince her bir eşin edindiği tüm malları kapsar[50].

Mal ortaklığı rejiminde, eşlerden birinin ölümü, sadece evliliği değil, eşlerin mal ortaklığı ilişkisini de sona erdirir[51]. Sağ kalan eşin ayrılmış malları ölümden etkilenmez. Sağ kalan eş, ortak mallar üzerindeki ½ hisseyi, ölen eşin mirasçısı olarak değil, mülkiyet hakkına sahip olduğu için alır[52].

Mal ortaklığı rejimini benimsemiş eyaletlerde, ölen kişinin yasal mirasçısı olmadığı gibi, sağ kalan eşin, ölen eşinin taşınmaz malları üzerindeki seçimlik payı da yoktur. Pek az istisna ile, miras bırakan, kendi ayrılmış mallarına ve mal ortaklığı üzerinde sahip olduğu ½ hisseye ilişkin vasiyetname yapma özgürlüğüne sahiptir[53]. Aslında mal ortaklığı rejiminin gerisindeki mantık, çalışmayan eşin aileye yaptığı katkının, çalışarak para kazanan eşin aileye yaptığı katkı kadar önemli olduğu görüşüdür. Çalışmayan eşi mirastan yoksun bırakmamak ve korumak, mal ortaklığı rejiminin temel fonksiyonudur. Böylece eşlerden birinin ölümü üzerine, ölen eşin ortak mallar üzerindeki yarı hissesi vasiyetname ile paylaştırılır. Diğer yarısı sadece sağ kalan eşe aittir [54].

Eşin ölümü aynı zamanda ortak malların yönetimini de etkiler. Eşlerden birinin ölümü halinde, sağ kalan eşin ortak mallar üzerindeki yönetim yetkisinin devam edip etmeyeceği konusunda farklı eyaletlerde farklı yaklaşımlar

---

50 **Davie**; s. 855.

51 **De Funiak - Vaughn**, s. 453.

52 **Greene**, s. 104.

53 **Greene**, s. 105.

54 **Norsigian**, s. 773-774.

görülmektedir. Pek çok eyalet, eğer yasal gereklilikler karşılanmışsa, sağ kalan eşe ortak malların tamamı üzerinde yönetim yetkisi vermektedir[55].

Kısacası, mal ortaklığı rejimini benimsemiş eyaletler, boşanan veya sağ kalan eşe, ortak malların yarısının mülkiyet hakkını verdiği için, ayrıca miras bırakanın malvarlığına karşı ek bir talepte bulunulamaz[56].

2- MAL AYRILIĞI REJİMİ (*COMMON LAW REGIME*)

İlk dönem mal ayrılığı rejimi[57], evlilikte geçerli iki temel ilkeyle açıklanabilir. Kadının evlenme ile birlikte yasal kimliğini yitirmiş olması ve kocanın karısı üzerinde tam bir hâkimiyete sahip olması. Koca, karısının taşınır malları üzerinde malîk haline gelir ve kadına taşınmaz mallar üzerinde tasarruf hakkı verilmez[58].

19. yüzyılın başlarında, Evli Kadının Malvarlığı Hakkında Kanun (*Married Women Property Act*) ile, mal ayrılığı kurallarındaki değişiklik yasal reformlarla gerçekleşmeye başlamıştır. Bu reformlar, Amerika Birleşik Devletleri'nde başlamış, İngiltere'de devam etmiş ve sonunda Kanada da bu reformları yapmıştır[59]. Bu reformların sonucunda, ekonomik alanda eşler tamamen ayrılmış ve evli kadının kendi malvarlığı üzerindeki hakları garanti altına almıştır. Bu malların kaynağı

---

55 Farklı eyaletlerdeki düzenlemeler için bkz. **Greene**, s. 106.

56 **Hay**: Conflict of Laws, s. 119; **McClanahan**, s. 573

57 Eski dönem mal ayrılığı rejiminde, evli kadının, mal edinme ve yönetme ehliyeti olmadığı için, genellikle, koca evlilik mallarının tamamının malîki olma ve yönetme hakkına sahipti: **Graham, T. Kathy**; "*The Uniform Marital Property Act: A Solution for Common Law Property System?*", (UMPA), S.D. L.Rev., Vol. 48, 2003, s. 457.

58 **Greene**, s. 77.

59 **Bartke, W. Richard - Zurvalec, A. Lori**; "*The Low, Middle and High Road to Marital Property Law Reform in Common Law Jurisdictions*", Com. Prop. J., 1980, s. 203; **McClanahan**, s. 571.

genellikle üçüncü şahıslar veya kadının kocası tarafından yapılan bağışlar veya kadının kendi ailesinden kalan miras olabilirdi. Bu dönemde, pek çok kadın, evde veya ailenin çiftliğinde çalıştığı ve bu çalışmanın karşılığı olmadığı ya da sadece bağış veya mirastan pay şeklinde bir beklentisi olabileceği için, bu reformların, esasen, kadınlar için çok da önemli bir gelişme sayılmayacağı söylenebilir[60].

1983 yılında Eyalet Yasalarını Yeknesaklaştırma Komisyonu Ulusal Konferansı (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*), Yeknesak Evlilik Malları Kanunu'nu (*Uniform Marital Property Act-UMPA*) benimsemiştir[61]. Bu kanunu kaleme alanlar, evlilik sırasında kazanılan mallar için, evliliğin her iki tarafınca yapılan katkıların derecesinin belirlenmesinin, evlilik malları sisteminin oluşturulması için gerekli olduğunun farkına varmıştır. UMPA, evlilik süresince biriktirilen malvarlığının paylaştırılmasında, malvarlığını kazananın hangi eş olduğuna bakmaksızın, her iki eşi hak sahibi yapmıştır. Bu kanun, pek çok yönden, mal ortaklığı sistemini örnek almamasına rağmen, ortak bir girişim oluşturan evliliğin, her iki eş tarafından biriktirilen malların paylaştırılması, yani, mal ortaklığı olduğunu öngörmektedir. Kanun, sadece, evlilik süresince edinilen malların mülkiyetini paylaştırmakla kalmamakta; ayrıca, evli çiftlerin ortak olarak edindikleri malların yönetiminin paylaştırılmasını da sağlamaktadır[62].

---

60 **Bartke - Zurvalec**, s. 203; reformların ekonomik ve sosyal alandaki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bartke - Zurvalec**, s. 204-206.

61 Kanun hükümlerinin açıklaması ve yorumu için bkz. **Reppy, A. William**: "*The Uniform Marital Property Act: Some Suggested Revisions for a Basically Sound* Act", Com. Prop. J., Vol. 21/3, 1985, s. 163-197; ayrıca bkz. **McClanahan, W. S**.: Community Property Law in the US, Cumulative Supplement, (Cumulative), 1991, s. 276-286.

62 **Graham**, UMPA, s. 455. Ancak, mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletlerden sadece Wisconsin eyaleti bu Kanunu benimsemiştir. Bazı eyaletlerde Kanunun benimsenmesi konusunda

Bu yasal düzenlemeler dışında, mal ayrılığı rejiminde genel olarak her bir eş, evlilikten önce sahip olduğu malların mülkiyetine sahip olmaya devam eder ve evlilik süresince kendi kazandığı malların da aynı şekilde malîki olur[63]. Bu sistem, evlilik süresince kazanılan mallar üzerinde diğer eşe mülkiyet hakkı tanımamaktadır. Mal ayrılığı rejiminde, mal ortaklığı rejiminin aksine, evlilik süresince edinilen malvarlığında, mal edinemeyen eşin, kazanılmış ve mevcut bir hakkı bulunmamaktadır. Malvarlığı bulunmayan eş, malı kazanan eşin daha önce ölmesi veya boşanma halinde, diğer eşin malvarlığının bir kısmı üzerinde tamamlanmamış bir hakka (beklenen hakka) sahiptir[64].

Mal ayrılığı rejimine göre, eşler, evlilik öncesi borçlarından dolayı kendi malvarlıkları ile sorumludurlar. Bazı istisnalar dışında, artık, kadının evlilik öncesi borçlarından, kocası sorumlu tutulmamaktadır [65].

Evlilikten sonra oluşturulan borçlar konusunda ise, Evli Kadının Malvarlığı Hakkında Kanun'ların kabul edilmesiyle değişen mal ayrılığı yaklaşımı oldukça basittir. Evli Kadının Malvarlığı Hakkında Kanun, kadının borçlarından, kocanın sorumluluğunu daraltmıştır[66].

çalışmalarda bulunulmuş, ancak, çeşitli nedenlerle bu proje terkedilmiştir: **Graham**: UMPA, s. 457.

63 **Dukeminier - Johanson**, s. 369; **Prager**, s. 2.

64 **Greene**, s.87.

65 Erken dönem mal ayrılığı rejimine göre, koca, sadece kendisinin evlilik öncesi borçlarından değil, eşinin borçlarından da sorumluydu. Kocanın, eşinin evlilik öncesi borçlarından sorumluluğu şeklindeki bu düzenleme, kocanın, kadının taşınır ve taşınmaz malları üzerindeki bazı haklarını kazanması ile uyumluydu. Ayrıca, kocanın bu sorumluluğu, ailedeki 'eşlerin birliği' kavramının da bir sonucuydu: **Greene**, s. 93-94.

66 Amerika Birleşik Devletlerinde mal ortaklığı ve mal ayrılığı rejimlerine göre, eşlerin borçları ve alacaklıları ile UMPA ilkelerine göre sorumluluğun paylaştırılması, borçlu olmayan eşin korunması gibi konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ross, D. Keith**: Note: "*Sharing Debts:*

Eğer tarafların her ikisi de çalışıyor ve gelir elde ediyorsa, her bir eş kendi geliri veya malı üzerinde borç sözleşmesi yapabilir. Eğer eşlerden sadece biri ev dışında çalışıyor, diğeri evde çalışıyorsa, evde çalışan eş diğer eşin onayı olmadan kredi ile mal satın alamaz[67].

Mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletler, boşanma halinde, malların paylaştırılması konusunda iki sınıfa ayrılabilir. Azınlığını oluşturan birinci grupta, eşlerden biri tarafından kazanılan malda, diğerinin eşit mülkiyet hakkına sahip olduğu kanıtlanmadıkça, sadece ortak mallar eşler arasında paylaşıma tâbi olurlar. Gelir elde etme olanağı olmayan veya çeşitli nedenlerle ancak kısa süreli çalışabilen eşlerin, mal edinme olanağı olmadığından, bu yaklaşım, ayrımcı bir yaklaşım olarak kabul edilmektedir[68]. Mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletlerin çoğunluğu ise -ki bunlar ikinci grubu oluşturmaktadır-, malı gerçekten kimin kazandığına bakmaksızın, evliliğin sona ermesi halinde, eşitlik ilkesine dayalı olarak, eşlerin mallarının paylaştırılmasını kabul etmektedir. Bu eyaletlerde, paylaştırma konusunda mahkemelere geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Malların eşit paylaştırılmasını sağlayan eyaletlerde, paylaştırılacak mallar konusunda mahkemelerin yaklaşımı üç grup altında sınıflandırılabilir. Bazı yargı çevrelerinde, eşler tarafından kazanılan bütün mallar, kazanma zamanı ve kaynağına bakılmaksızın, evliliğin sona ermesi üzerine mahkemece paylaştırma işlemlerine tâbi olur. Böylece, evlenmeden önce eşlerce kazanılan mallar gibi, evlilik süresince bağış veya miras yoluyla kazanılan mallar da paylaştırılır. İkinci grup yargı çevrelerinde, evlilik süresince kazanılan

---

Creditors and Debtors Under the Uniform Marital Property Act", Minn. L. Rev., Vol. 69, 1984, s. 111-139.

67 **Graham**, UMPA, s. 461.

68 **Greene**, s. 99.

bütün mallar boşanma halinde paylaşıma tâbidir. Ayrıca, bu yaklaşımda yasal paylaşıma, evlilik süresince bağış veya miras yoluyla kazanılan mallar da dahildir[69]. Üçüncü grup yargı çevreleri, bağış veya miras yoluyla kazanılan malları ve özellik arz eden bazı malları paylaşım dışı tutmaktadır. Mahkeme, sadece, evlilik süresince kazanılan malları paylaştırabilir[70].

Mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletlerde eşlerden birinin ölümü, mal ortaklığını benimsemiş eyaletlerde olduğunun aksine malvarlığı ilişkisini sona erdirmez. Eşlerden birinin ölümü, sağ kalan eşe, ölen eşin malvarlığı üzerinde bazı haklar verir. Yaratılan bu malvarlığı hakları üç ana kategoride toplanır: Muaf mallar ve yan ödemeler (nafaka / *allowances*), *dower* ve *curtesy* ve sağ kalan eşin seçimlik payı. Sağ kalan eşin bu haklara sahip olup olmadığı, eyalet hukukunun kapsamına bağlıdır[71].

Mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletlerde ölen eşin malvarlığı üzerinde sağ kalan eş için kabul edilmiş olan muaf mallar ve nafaka kategorisi, mal ortaklığını benimsemiş eyaletler tarafından da kabul edilmektedir. *Dower* ve *curtesy*'nin geçerliliği ise gittikçe azalmaktadır ve bu hakları tanımaya devam eden eyaletler, ayrıca sağ kalan eşe *dower* ile seçimlik pay arasında seçim yapma hakkı da vermektedirler[72]. Günümüzde eyaletlerin büyük çoğunluğunda seçimlik pay veya zorunlu pay sistemi uygulanmaktadır. Seçimlik pay sistemi, sağ kalan eşe, ölen eşin vasiyetnamesinden veya ölen eşin malvarlığı üzerinden yasal payını seçme hakkı

69 **Greene**, s. 99-100.

70 **Greene**, s. 100.

71 **Greene**, s. 106.

72 **Greene**, s. 107.

verir[73]. Bir kimsenin, sağ kalan eşini de içeren bir vasiyetname bırakmadan ölmesi halinde, bu sistem, ölenin malları üzerinde sağ kalan eşe bir payı garanti eder. Seçimlik payın oranı pek çok eyalette çeşitlilik göstermesine rağmen mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletlerin çoğunda ölen eşin mallarının ⅓'i sağ kalan eşin hakkı olarak garanti altına alınır[74]. Zorunlu pay ise, eşin vasiyetname bırakmadan ölmesi halinde gündeme gelir. Bütün mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletlerde hukuk, yasayla sağ kalan eşin gereksinimlerini karşılar. Genellikle, sağ kalan eş, ölen eşin çocukları veya ailesi ile birlikte, malların belli bir kısmını alır. Eğer, miras bırakanın sağ kalan çocuğu ve ailesi yoksa sağ kalan eş malvarlığının tamamını alabilir[75].

Sonuç olarak, mal ayrılığı rejimini benimsemiş eyaletlerde de hukuk, boşanan eşe, destek yükümlülüğü yükleyerek veya sağ kalan eşe, diğerinin mallarından miras hakkı vererek korumalar sağlar[76]. Miras hakkıyla birlikte, *dower* ve *curtesy*, aile yardımı (*family allowance*), vasiyetnameye karşı alınan haklar ve malvarlığının belli bir yüzdesi gibi bir yasal payın alınması yasal talepler olarak bunların yerine geçmiştir[77]

---

73 **Norsigian**, s. 774, dn. 6.

74 **Graham**, UMPA, s. 476.

75 **Graham**, UMPA, s. 476-477

76 Sağlanan bu korumalarla, *common law* eyaletlerinde, *community property* ilkelerinin kabul edildiği söylenebilir. Daha ayrıntılı inceleme için bkz. **McClanahan**, s. 617-648.

77 **Hay**, Conflict of Laws, s. 118-119; **McClanahan**, s. 572-573.

II- İNGİLİZ HUKUKU

A) GENEL OLARAK

İngiltere'de evliî kadının malvarlığı ile ilgili 1870 yılında kabul edilen kanun, bu konuda atılmış ilk adım olarak nitelendirilmektedir. Bu kanun, evli kadının ayrılmış mallarını, kendi çalışması sonucu elde ettiği kazancını ve ayrıca bazı yatırımlarını koruyan bir kanundu[78]. Bu kanun ile sağlanmaya çalışılan dar kapsamlı güvenceye karşılık, 1882 yılına kadar evli kadın, kocası evlilik mallarının tek sahibi olduğu için, kendi malvarlığı üzerinde herhangi bir hakka sahip değildi[79]. 19. yüzyılın ortalarında bu kuralların reforma[80] ihtiyaç gösterdiği açık şekilde anlaşıldı. Çünkü, pek çok kadın, ya ticaret veya sanat yaparak ya da yazarlık ile gelir elde etmeye başlamıştı. Evli kadının kendi malvarlığı üzerindeki ehliyetsizliği, 1882 yılında, Evli Kadının Malvarlığı Hakkında Kanun (*Married Women's Property Act-MWPA-1882*)[81] ile ortadan kaldırılmış ve bu kanunla evlilik mal rejimi olarak 'mal ayrılığı sistemi'[82] kabul edilmiştir[83]. Tarihsel olarak bu kanun, kendi alanında, 19. yüzyılın en önemli reformlarından biri olarak kabul edilebilir, çünkü, MWPA-1882'nin 2. ve 5. maddelerine göre, 1882'den sonra evlenen her kadın, evlilik anında mevcut mallarının mülkiyetini ayrılmış mal olarak kazanır ve aynı zamanda ne

---

78 **Glendon**, s. 33-34.

79 **Farran, Sue**: "*What is the Matrimonial Property Regime in Vanuatu?*", Journal of South Pasific Law - Working Paper, Vol. 5, 2001, s. 2; **Parry, Clive**: İngiliz Hukuk Sistemi (Çev. Vakur Versan), İstanbul 1945, s.81-82.

80 Evliliğin eşlerin malvarlığı üzerindeki etkileri konusunda yapılan yasal reformlar ve konunun tarihi gelişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Lowe, Nigel - Douglas, Gillan**: Bromley's Family Law, B.9, London, 1998, s. 110-111.

81 Bundan böyle metinde MWPA-1882 olarak kullanılacaktır.

82 İngiltere'de mal ortaklığı sisteminin ortaya çıkmamasının nedenleri konusunda bkz. **Green**,, s. 76.

83 **Lowe - Douglas**, s. 110; **Aksoy**, s. 93.

zaman evlenmiş olursa olsun, 1882'den sonra evli bir kadın olarak kazandığı malların da malîkidir[84]. Böylelikle, bu kanun ile ilk kez kadın kendi malvarlığı üzerinde hak sahibi olmuştur.

1870 ve 1882 yıllarında yapılan genel reformlara rağmen, bazı eksiklikler ve kesinlik kazanmamış noktalar kalmış ve bunlar da 1884, 1893, 1907, 1908 ve 1935 yıllarında yapılan kanunlarla açıklığa kavuşmuştur. Ayrıca, 1969 yılında da bir parlamento üyesi, mal ortaklığı özelliklerini taşıyan 'yeknesaklaştırılmış evlilik malları sistemi' için bir kanun tasarısı sunmuş, ancak, bu tasarı daha sonra geri çekilmiştir[85].

B) SÖZLEŞME REJİMİ

İngiliz hukukunda, kural olarak evlilik öncesinde, bazı amaçlarla yapılan sözleşmelerden büyük ölçüde kaçınılmaktadır. Eşlerin, gelecekte muhtemel bir boşanmanın ekonomik sonuçları hakkında sözleşme yapamamaları tercih edildiği gibi, evlilik öncesi sözleşmeler, kamu düzenine aykırı da bulunabilmektedir. Ancak, hukukun bu gibi sözleşmeleri, ya bağlayıcı bir sözleşme veya en azından boşanma halinde mahkemenin takdir hakkının uygulaması olarak göz önünde bulundurması ve tanıması yönünde güçlü bir baskı da bulunmaktadır[86].

Evlilik malvarlığı sözleşmeleri, evlilik öncesi yapılan sözleşmeler (*primarital contracts*) ve ayrılık sözleşmeleri (*seperation agreements*) olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

---

84 **Lowe - Douglas**, s. 110.

85 **Glendon**, s. 34.

86 **Brown, S.**, s. 496; **Clarkson, Chris - Hill, Jonathan - Thompson, Mark**: Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law (National Report-United Kingdom-England), Asser Instituut, 2001, s. 6.

Evlilik öncesinde yapılan sözleşmeler, müstakbel eşlerin evlilik süresince malî ilişkilerini düzenleme veya boşanma olayının malî sonuçlarına karar vermeye yönelik sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeler, evlenme tarihinde kesinlikle İngiltere'de ikâmet eden taraflar için mümkündür[87]. MCA-1973, m.25'e göre, geleneksel olarak bu tür sözleşmeler, boşanma halinde mahkemelerin takdir hakkının uygulamasında konu dışı olarak göz önünde bulundurulur.

Ayrılık sözleşmelerine gelince, MCA-1973, m. 34/1'e göre, eşler ekonomik düzenlemelere ilişkin bağlayıcı bir ayrılık veya nafaka sözleşmesi (*maintenance agreement*) akdedebilirler. Böyle sözleşmeler, sözleşme hukukunun alışılagelmiş gerekliliklerini yerine getirmeli ve özellikle eşlerin yasal bir ilişki yaratma niyetlerini de göstermelidir. Eşlerden birinin başvurusu ile, mahkeme bu tip bir sözleşmeyi değiştirilebilir. Şöyle ki, MCA-1973, m. 35/2, sözleşmenin yapıldığı andaki şartlarda değişiklik olması veya çocuklar için uygun ekonomik düzenlemenin yapılmamış olması gibi hallerde, mahkemeye, böyle bir sözleşmeyi değiştirme yetkisi verir. Evlilik malları rejiminin değiştirilmesi, en azından İngiltere'de ikâmet edenler için olası değildir. Tarafların, bu tip sözleşmeler yapması günümüzde gittikçe azalmaktadır[88].

C) YASAL REJİM

Pek çok Kara Avrupa'sı ülkesinin aksine, İngiltere'de evlilik mallarıyla ilgili kanunda düzenlenmiş bir rejim bulunmamaktadır[89]. Gerçekten de, İngiltere'de, Kıta Avrupa'sında anlaşıldığı gibi bir "evlilik mal rejimi" yoktur. Bunun nedeni olarak da,

---

87 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 10-11.

88 **Cretney, Stephen**: Family Law, B.4, London, 2000, s. 145; **Lowe - Douglas**, s. 751.

89 **Farran**, s. 2; **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 5.

evlilikle birlikte, eşlerin sahip olduğu mallar üzerinde önemli bir mülkiyet geçişinin olmaması ileri sürülmektedir. Her bir eş, kendi malvarlığına ayrı ayrı sahiptir. Kişi kazandığı ve sahip olduğu malların gelirini elde etmeye devam eder; malları üzerinde tasarruf hakkına da sahiptir. Eşlerden birinden diğerine bir malın temliki de, aynı iki yabancı kişi arasındaki gibi gerçekleşir[90]. Görüldüğü gibi, açık bir düzenleme olmamasına rağmen, İngiltere'de mal ayrılığı rejiminin yasal rejim olarak kabul edildiği ve en saf şekliyle uygulandığı söylenebilir. Ancak, bu şekilde uygulanan 'mal ayrılığı' rejimi, eşleri birbirinden uzaklaştırdığı ve yabancılaştırdığı, bazı hallerde kadınların evlilik süresince edinilen mallardan hiç bir şey alamadan ayrıldığı gibi gerekçelerle eleştirilmektedir[91].

İngiliz hukukunda evlilik mal rejimi ile ilgili hükümler içeren temel kanun, boşanma halinde malların paylaşımı ile ilgili konuları düzenleyen, 1973 yılında kabul edilmiş olan, "Evlilik Kanunu" (*Matrimonial Causes Act-1973*) dur[92].

Evliliğin, eşlerin sahip olduğu malvarlığı üzerinde herhangi bir etkisi yoktur ve aile konutunun (*family home*)[93] mülkiyeti konusundaki kurallar, tarafların evli olup olmadığı dikkate alınmaksızın aynıdır. Bununla birlikte, evlilik konutu (*matrimonial home*)[94] üzerindeki haklarla ilgili olarak özel kurallar bulunmaktadır. Genellikle, evlilik konutu, evli kişilerin en değerli malvarlığı olduğu için, bu kurallar,

---

90 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 5.

91 **Temkin, Jennifer:** "*Property Relations During Marriage in England and Ontario*", I.C.L.Q., Vol. 30, 1981, s. 190-191.

92 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 5; ayrıca bu Kanunla ilgili olarak bkz. http://www.terry.co.uk/matcaus.html.

93 "*Family Home*", evlilik sırasında satın alınan ve eşlerin özellikle boşanmadan önce içinde oturdukları konuttur: **Black's Law Dictionary**, s. 638.

94 "*Matrimonial home*" ve "*matrimonial domicile*" veya "*marital domicile*" olarak adlandırılan ise, eşlerin, evli bir çift olarak yaşamayı düşündükleri ve yerleştikleri konuttur: **Black's Law Dictionary**, s. 524; ayrıca *matrimonial home* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Temkin,** s. 202 vd.

evlilik malları rejiminin bir parçası olarak göz önünde bulundurulur ve boşanma halinde pratik bir önem taşır. Çünkü, boşanma halinde, malvarlığı ile ilgili konuların pek çoğu hakkında karar verilir ve mahkeme bu kararı verirken tam bir takdir yetkisine sahiptir[95].

İngiliz hukukunda geçerli olan mal ayrılığı rejimine göre, kural olarak gelir, onu kazanan kişiye, miras kalan mal da mirasçıya aittir. Aynı şekilde, taşınır mallar, bu malın diğer eşe bir bağış olarak verildiğine ilişkin bir kanıt olmadıkça, o malı satın almak için para harcayan kişiye aittir. Bu şeklî bir durum olduğu için, gerçekte, pek çok taşınır mal müşterek olarak kazanılmıştır[96].

İngiliz hukukuna göre, bir taşınmaz malın yasal malîki, taşınmaz mal, malîk olarak adına tescil edilen kişidir veya taşınmaz malın tescil edilmediği durumlarda, mal sahibi, malın sözleşme ile kendisine temlik edildiği kişidir. Taşınmaz malın, her iki eşin adına müşterek olarak kayıtlı olması veya temlik edilmesi gittikçe yaygınlaşmaktadır. Bu durumlarda, aksine bir hüküm yoksa, malvarlığının genellikle (fakat kaçınılmaz şekilde değil), evli çiftlerce ortak mülkiyet olarak kazanıldığı kabul edilir. Ancak, eşlerden sadece birinin yasal malîk olduğu bazı durumlarda, eşin bu malı, diğer eş için, güvene dayalı bir işlemle elinde tuttuğu hakkaniyet gereği ileri sürülmekte, böylece, diğer eşin, malvarlığı üzerinde bir hakka (*equitable interest*) sahip olabileceği kabul edilmektedir[97]. Böyle bir işlem açık veya zımnî olabilir. Açık

---

95 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 6.

96 Eşlerin müşterek banka veya şirket hesabı varsa, normal olarak bütün fon üzerinde müşterek bir menfaate sahip olacaklardır ve onların ortak olarak kullandığı fondan satın alınan her malın da müşterek malîki olarak kabul edileceklerdir. Eğer hesap sadece eşlerden birinin adınaysa, mahkeme yine de fonun eşler tarafından ortaklaşa kullanılıp kullanılmadığını araştıracaktır. Kocanın evin geçim masrafları için verdiği paradan yapılan her türlü birikim, eşlerin eşit paylaşımına tâbidir: **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 8.

97 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 7.

şekilde olması halinde, eşlerin paylarının ayrı ayrı belirtilmesi gerekir. Zımnî olarak, bu işlem, çok çeşitli yoldan gerçekleştirilebilir[98].

Eşlerden birinin, diğer eşin, taşınır malları tehlikeye atabilecek işlemlerinden korunması da mümkündür. Şöyle ki, şahsî taşınır mallar üzerinde koruma sağlamak için, bir mahkeme emri alınabilir veya mal zaten satılmış ise, satıştan elde edilen gelirin yarısını geri almak için satış sözleşmesini yapmış olan eş zorlanabilir[99].

Evliliğin ölüm dışında bir nedenle sona ermesi halinde, malların paylaştırılması konusunda, öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, hem kocanın hem de kadının (ve yasal temsilcilerinin) sahip oldukları malların tamamını açıkça ifşa etme görevi vardır. Bütün gelirler ve mallar mahkemede doldurulan yeminli ifade ile

---

98 Bu yollardan birincisi, *resulting trust*, eşlerden birinin, evin satın alınabilmesi için yaptığı katkının dikkate alındığı ve bu katkı oranında hakka sahip olduğunun kabul edildiği karinedir. Bu karine, ancak yapılan katkının bağış olarak yapıldığının ispatı halinde çürütülebilir. İkinci yol, eşlerin mülkiyetin paylaşımını amaçladıkları, ancak, dâvacı tarafın bu paylaşıma olan güveninden zarar görmesi halidir (*constructive trust*): **Cretney,** s. 145; *Resulting trust* ve *Constructive trust* konusunda mahkemenin karar vermesine neden olan önemli bir dâva *Rathwell v. Rathwell* dâvasıdır. Bu dâvada çiftçilik yapan *Lloyd* ve *Helen Ratwell* çifti, 1944'de evlendikten sonra bütün yatırımlarını nakit olarak bankada tek bir hesapta toplamışlar ve taşınmaz mal satın almışlardır. Eşler evlendiklerinde 700$ sahibi iken, 1967'de ayrıldıklarında, *Rathwell's* ailesi, değeri 105.000$ olan taşınmaz mal ve değeri 50.000$ olan başka mallara sahipti ve bu mallar üzerinde tasarruf etme yetkisi bay *Rathwell*'e ait olduğu için herhangi bir mal satın alınacağı zaman bu para tarafların müşterek hesabından karşılanmıştı. Satın alınan malın bir miktar parası, mahsulün bir parçasından veya satış için bay *Rathwell*'in yaptığı işten karşılanırdı. Eşler, ayrıldıkları tarih olan 1967'den dört yıl sonra, koca taşınmaz malların satılmasını ister. Kadın daha önceki yıllarda yapılan arazi satışlarını da kapsayan tüm arazi satışlarından pay talebinde bulunur. Yüksek Mahkeme bayan *Rathwell* lehine karar vermiştir: **McCamus, D. John - Taman, Larry**: "*Rathwell v. Ratwell: Matrimonial Property, Resulting and Constructive Trust*", Osgoode Hall L. J., Vol. 16, 1978, s. 741 vd.; aynı dâva ile ilgili yorum için bkz. **Casenotes-Commentaires**: Constructive Trusts in Matrimonial Preperty Law-Rathwell v. Rathwell, Can. J. Fam. L., Vol. 1, 1978, s. 303-310.

99 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 10.

gözler önüne serilmektedir. Mahkeme ilgili belgelerin sunulmasını isteme yetkisine de sahiptir[100].

Paylaştırma ya bir mahkeme kararı ile veya diğer yasal yollarla yapılabilir. Mahkeme kararıyla paylaştırmada, eşler malvarlığı ve malî uyuşmazlıklarda bir anlaşmaya yapmaya teşvik edilir. Genellikle, böyle bir anlaşma mahkemeye sunulması zorunlu olan bir taslak önerisi şeklinde olur ve eğer uygun bulunursa bu mahkeme kararı ile kesinleşir[101].

İngiliz hukukuna göre, her bir eş kendi mallarının malîki olmakla birlikte, boşanma halinde, bu malların taksiminde mahkeme, MCA-1973 m. 25'e göre geniş bir takdir hakkına sahiptir[102] ve mahkemenin periyodik ödeme teklifi (nafaka), toptan nakit ödeme, emeklilikle ilgili teklifler ve malları düzenleme (temlikler, eşlerin mallarının bazılarının ödemelerinin yapılması veya satılması) gibi teklifler yapması da mümkündür[103]. Bunun yanı sıra, mahkemenin takdir hakkını kullanırken, önceliği 18 yaşın altındaki çocukların bakımına vermesi gerektiği, kanunun m. 25/1 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, m. 25/2'ye göre, mahkeme, sahip olduğu takdir hakkını kullanırken, eşlerin geliri, kazanma potansiyeli, malvarlığı ve finansal kaynakları, boşanma anında ve gelecekte eşlerden her birinin finansal ihtiyaçları, yükümlülükleri ve sorumlulukları, evliliğin sona ermesinden önce ailece yaşanan

---

100 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 12.

101 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 12

102 **Lowe - Douglas**, s. 113; **Glendon**, s.48; **Farran**, s. 5. Mahkemenin takdir hakkını kullanması ile ilgili en önemli dâva, Lordlar Kamarasının *White v. White* dâvasındaki kararıdır (P. 111, 1937). Adîl bir sonuca ulaşmak için dâvada bütün şartlar, karı ve kocanın kendi kişisel rolleri arasında ayrımcılık yapmadan dikkate alınmıştır. Bundan önceki dâvalarda, dâvacının malî ihtiyaçları ve makûl talepleri üzerinde durulmuştu. *White v White* dâvasında MCA-1973, m. 25'e göre, liste haline getirilen bütün unsurlara itibar edildi ve daha sonra eşit paylaşım kıstasına göre kontrol edildi: **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 13.

103 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 13.

hayat standardı, tarafların yaşı ve evliliğin süresi, ailenin geçimine katkı gibi konuları da dikkate almalıdır.

Eşlerden birinin ölümü halinde malların taksimin nasıl yapılacağı konusunu ise, üç ayrı açıdan ele almak gerekir..

Eşlerden birinin ölümü halinde aile konutunun paylaşımında, tarafların imtiyazlı ortak malîk (*beneficial joint tenants*) olarak aile konutuna sahip olmaları durumunda, miras bırakan tarafından yapılmış herhangi bir vasiyetnameye bakmaksızın ölen eşin yararlanma hakkı otomatik olarak sağ kalan eşe geçer. Ancak, eğer taraflar ortak mülkiyetlerini ayırmışlarsa, miras bırakanın mallarının payı ayrılmış olduğu için, vasiyetnameli ve vasiyetnamesiz miras kuralları uygulanır[104].

Eğer eş, bir vasiyetname yapmadan ölürse, sağ kalan eş, taşınır mallar ve yasal miras üzerinde hak kazanır. Miras bırakanın çocukları varsa, sağ kalan eş, mallarla dengeli hayat boyu intifa hakkı (*life interest*)[105] sahibi olur. Miras bırakanın çocuğu yok, fakat yakın akrabaları sağsa, malların yarısının sahibi olur. Eğer çocuk ve yakın akraba yoksa, sağ kalan eş, tüm malvarlığının varisi olur.

İngiliz hukukunda tam bir vasiyetname özgürlüğü vardır ve miras bırakan bir vasiyetname yaparak, sağ kalan eşi mirasın herhangi bir kısmından, tamamen veya kısmen mahrum bırakabilir. Ancak, bu şekilde mirastan mahrum bırakılan eş, 1975-Miras Kanunu'nda (*Inheritance Act-1975*) düzenlenmiş olan aile hükümlerine dayanarak mahkemeye başvurabilir. Böyle dâvalarda, mahkeme, vasiyetname bırakarak veya bırakmadan ölüm halinde sağ kalan eş için, makûl finansal

---

104 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 14.

105 Hayat boyunca faydalanma ve fiilen kullanma hakkı anlamına gelen "*life interest*" kavramı, İngiliz hukukunda, intifa hakkından daha da ileri giden ve adeta ön mirasçılık niteliğine yaklaşan bir kavramdır: **Aksoy**, s. 95 dn. 193.

hükümlerin (periyodik ödemeler, toptan ödeme, malların temliki şeklinde) bulunmadığı sonucuna varırsa, mirastan mahrum bırakılan sağ kalan eş için, doğrudan makûl hükümler getirebilir. Makûl hükümlerin ölçüsü, sadece bakım için gerekli şeyler değildir; daha ziyade sağ kalan eşin boşanma üzerine alabileceğini ümit ettiği şeylerdir.

Görüldüğü gibi, İngiltere'de mal ayrılığı rejimi kabul edilmiş olmasına rağmen, bu rejimin kadın aleyhine getirdiği sakıncalar, nafaka, sağ kalan eşe oldukça yüksek bir oranda miras hakkı verilmesi gibi müesseselerle giderilmeye çalışılmış ve sonuçta, özellikle miras hukukunun hükümleri ve mahkeme kararları ile mal ayrılığı rejimi yumuşatılmış ve mal ortaklığı rejimine yakınlaştırılmıştır[106].

§ 4- *"CIVIL LAW"* SİSTEMİ

I- ALMAN HUKUKU[107]

A) GENEL OLARAK

Geçmiş yüzyıllarda Alman aile hukuku kuralları kilisenin yoğun etkisi altında kalmıştır. Ortaçağ döneminde, Katolik Kilisesi, evlilik ve miras hukuku alanında, günümüzde de halâ uygulanan, tek eşlilik, eşlerin iradeleriyle evlenmesi, yakın akrabalar arasında evlilik yasağı gibi pek çok temel ilkenin yerleşmesinde rol oynamıştır. 18. yüzyıldan sonra, kilisenin karşısında, devletin öneminin artması ve aydınlanma çağında ortaya atılan görüşler, aile hukukunun kutsallığının

---

106 **Aksoy**, s. 93 vd.

107 Bu başlık ve bundan sonraki bazı başlıklar altında doğrudan Almanca kaynaklara gitme gereği hasıl olduğundan, kullanılan belirli kaynakların çevirilerinin yapılmasında yardımcı olan Dr. Fatma Tülay Karakaş'a teşekkür ederim.

zedelenmesine neden olmuş, evlilik ve aile hukuku konularında seküler yasal politika ilkelerine göre reformlar yapılmıştır[108].

19. yüzyılda, 18 Ağustos 1896 tarihinde kabul edilen ve 1900 yılında tüm hükümleri ile yürürlüğe giren Alman Medenî Kanununun (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) kabulünden önce, Alman imparatorluğunun her bir bölgesinin kendi evlilik malvarlığı hukuku vardı ve dolayısıyla Almanya'da yüzden fazla mal rejimi mevcut idi[109]. Başka bir anlatımla, Alman beylikleri farklı geleneksel hukuk sistemlerini benimsemişlerdi. Beylikler arasındaki bu çeşitliliğe rağmen, evlilik mallarına ilişkin düzenlemede yaygın olarak kullanılan yöntemler sınırlıydı. Şöyle ki, erken dönem evlilik mal rejimi sistemi "malların yönetimsel ortaklığı" (*Verwaltungsgemeinschaft*) dır. Buna göre, kocanın ve kadının malları ayrı olarak kalır; fakat, koca karısının mallarını da yönetir. Diğer yaygın rejim "mal ortaklığı" (*Gutergemeinschaft*) rejimidir. Bu rejime göre de, evlilikten önce ve evlilik süresince eşlerin edindiği bütün mallar ortak mallara dahil olur ve koca tarafından yönetilir[110]. 1900 tarihli Alman Medenî Kanunu ile aile hukuku kuralları yeknesaklaştırılmıştır[111]. Bu kod, yasal mal rejimini belirlemiş ve eğer isterlerse eşlerin, sözleşme ile başka tür bir rejimi seçmelerine de izin vermiştir. Bu Kanun ile benimsenen temel sistem yönetim ve yararlanma yetkilerinin kocaya ait olduğu mal rejimi (*Güterstand der Verwaltung*

---

108 **Gottwald, Peter - Schwab, Dieter - Buttner, Eva:** Family and Succession Law in Germany, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, s. 20.

109 **Thiele, K. Leslie;** "*The German Marital Property System: Conflict of Laws in a Dual-Nationality Marriage*", Cal. W. Int'l L. J., Vol. 12, 1982, s. 79.

110 Alman beyliklerinde uygulanan en yaygın evlilik malları rejimi bunlar olmakla birlikte "kazanç ortaklığı" (*Errungenschaftsgemeinschaft*), "taşınır malların ortaklığı" (*Fahrnisgemeinschaft*) ya da daha az tercih edilen ve Roma hukukundan geçmiş olan "Dotal sistemi" (*Dotal system*) gibi rejim türleri de vardı: Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Thiele**, s. 79-80.

111 **Gottwald - Schwab - Büttner**, s. 20.

und Nutzniessung) idi. Bu rejime göre, kadın, kendi mallarının malîki olsa da, bu mallar üzerinde yönetme ve tasarruf etme yetkisi bulunmuyordu. Yönetim yetkisi kocaya verilmişti; ancak, kocanın kadının taşınmaz malları üzerinde tasarruf yetkisi bulunmuyordu[112].

Günümüzdeki evlilik mal rejimleri konusundaki temel kurallar, 1900 tarihinde yürürlüğe giren bu Alman Medenî Kanununa (BGB) dayanmaktadır. BGB. yasal mal rejimi ve seçimlik rejimlere ilişkin kurallar yanında, hem yasal mal rejimine, hem de seçimlik rejimlere uygulanacak ortak kuralları da düzenlemiştir[113]. Buna göre, taraflar, beş tür mal rejiminden (malların yönetimsel ortaklığı, tam mal ortaklığı, kazanç ortaklığı, taşınırların ortaklığı ve mal ayrılığı) birini seçebilirler[114]. Böyle bir seçimin olmadığı hallerde, Almanya'daki evliliklerin büyük çoğunluğunu idare eden ve daha önceki dönemlerde yaygın olarak kullanılan, "malların yönetimsel ortaklığı", yasal rejim olarak uygulanacaktır[115]; ancak bu rejim, malların ortaklığı rejimi değildir. Malları yönetme ve kullanma hakkının ortaklığıdır. Her bir eş, evlilik süresince edindiği malların malîki olarak kalmaya devam eder ve kural olarak eşlerden birinin alacaklısının, diğer eşin malvarlığına el koyma yetkisi yoktur[116].

İkinci Dünya Savaşı'nda Batı Almanya'da hukuk alanında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bunlardan biri de, Alman Anayasasında kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğunun kabul edilmesidir (1949 tarihli Alman

---

112 **Glendon**, s. 28.

113 **Coester Waltjen, Dagmar - Coester, Micheal**: Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law (National Report-Germany), Asser Instituut, 2001, s. 2.

114 **Thiele**, s. 80.

115 **Thiele**, s. 80-81.

116 **Hahlo, R. H.:** "*Property Rights of Spouses and Succession Under the German Law*", S. African L. J., Vol. 54, 1937, s. 299.

Anayasası, m. 3). Bu anayasal eşitlik ilkesine (*Gleichheitsgrundsatz*) BGB'nin evlilik malları hükümleri ters düşmüş[117] ve eşitliği sağlamaya yönelik olarak, evlilikte yasal mal rejiminin değiştirilmesi gerekmiştir. 1 Temmuz 1958 tarihinde yürürlüğe giren Eşit Haklar Kanunu (*Gleichberechtigungsgesetz*) ile BGB. m. 1363-1413'de yapılan değişiklik sonucu kazanç ortaklığı, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir[118]. Bu düzenlemeden sonra, her iki eşin de eşit haklara sahip olmasını garanti altına almak için ek değişiklikler yapılmıştır[119]. 1977 yılında boşanma ile ilgili hükümlerde yapılan değişiklikler ve m. 1587 vd.nda düzenlenmiş olan emeklilik haklarının denkleştirilmesi buna örnek olarak gösterilebilir[120].

Günümüzde, Alman maddî hukukunda evlilik malları rejimi ile ilgili temel kaynaklar, Alman Medenî Kanunu (*German Civil Code*- BGB) (özellikle BGB. m. 1353 vd.), Emeklilik Haklarının Denkleştirilmesi Hakkında Kanun (*Gesetz zur Regelung von Haerten im Versorgungsausgleich*), Emeklilik Haklarının Katkı Alacağına Devri Hakkında Kanun (*Gesetz zur Überleitung des Versorgungsausgleichs auf das Beitrittsgebiet, VAÜG*)[121], Şiddet Eylemleri ve Takibe Karşı Medenî Hukuksal Koruma Hakkında Kanun (*Gesetz zum*

---

117 **Thiele**, s. 82.

118 **Kılıçoğlu**, s. 174; **Acarbey, M. Beşir**: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 109.

119 **Martiny, Dieter** (Çev. Nezih Pala) : "*Boşanma Hukuku ve Miras Hukuku Bakımından Kadının Durumu-Almanya ve Avrupa'daki Gelişmeler*", Sempozyum: Türk ve Alman Özel Hukukunda Kadın (*Die Stellung Der Frau Im Türkischen und Deutschen Zivilrecht*), Goethe Institut Inter Nationes – Başkent Üniversitesi, Ankara 2001, s. 135.

120 Doğu Almanya ile Batı Almanya'nın 1991 yılında birleşmelerinden sonra emeklilik hakları üzerinde denkleştirmeyi de içeren Batı Almanya evlilik malları hukuku tüm Almanya'da uygulanmaya başlamıştır: **Coester Waltjen - Coester**, s. 2. Denkleştirme ilkesi ve uygulama biçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Martiny,** s. 142 – 143.

121 Alman maddî hukukunda düzenlenmiş olan emeklilik haklarının denkleştirilmesi müessesesi hakkında bkz. **Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer:** Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul 2006, s. 171 vd.

zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen) ve Nakdî Kıymet Tüzüğü (*Barwertverordnung*)'dür.

Alman hukukunda mal rejimi (*Güterstände*) dendiğinde, malın eşlerden hangisinin mülkiyetinde olduğu veya eşlerin ortak mülkiyetinde olup olmadığı, malı kimin yöneteceği, eşlerin hukukî işlemlerindeki sınırlamalar, borçlardan dolayı sorumluluk, evlilik sona erdiğinde malların paylaşılması gibi sorunlar akla gelir. Nafaka konusu, emeklilik haklarının denkleştirilmesinde olduğu gibi evlilik malları rejimlerinin kapsamı dışındadır. Aile konutu ve konut eşyaları hakkında ise, Ev Eşyaları Tüzüğünde (*Hausratsverordnung*) düzenlenmiş, özel bir usûl uygulanır[122].

Eski Doğu Almanya'dan veya Doğu Avrupa'dan göç etmiş ve göç öncesinde yabancı bir evlilik malları rejimine tâbi olan mülteciler, Batı Almanya'da mutad bir meskene sahip olmaları halinde, Mültecilerin Yasal Mal Rejimi Hakkındaki Kanuna göre, tâbi oldukları rejimi devam ettirebilirler (*Gesetz über den gesetzlichen Güterstand der Vertriebenen,* m. 2). Aynı uygulama, iki Almanya'nın birleşmesinden önce, Doğu Almanya'da geçerli olan mal rejimine göre yaşamış eşler için de söz konusudur (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche,* m. 234)[123].

B) SÖZLEŞME REJİMİ

BGB. m. 1409'a göre, eşler, yasal mal rejimine tâbi olmak istemiyorlarsa, evlenmeden önce veya evlilik devam ederken, seçimlik rejimlerden birini -mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimini-, seçebilir veya yasal mal rejiminin kurallarını değiştiren bir sözleşme yapabilirler. Yabancı bir ülkede kabul edilmiş olan mal rejimi türlerinden birinin seçilmesine izin verilmediği gibi, yürürlükte olmayan bir rejimin

[122] **Coester Waltjen - Coester**, s. 3.

[123] **Coester Waltjen - Coester,** s. 5.

seçilmesi de mümkün değildir. Ancak, eşler evlilik anında ya da sözleşmenin yapıldığı anda, yabancı bir ülkede ikâmet ediyorlarsa, bu halde yabancı bir ülke hukukundaki mal rejiminin uygulanacağını, sözleşmede kararlaştırabilirler[124].

Alman hukukunda mal rejimi sözleşmeleri çok sık yapılmamakta, yapılan sözleşmelerin çoğu da, sadece yasal rejimi değiştirmekte veya mal ayrılığını tercih etmektedir. Evlilik mal rejimi sözleşmelerinin fazla tercih edilmemesinin, seçenekler hakkındaki bilgi eksikliğinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir[125].

Mahkemenin mal rejimlerine ilişkin geçerli bir sözleşmeyi iptal etmesi mümkün değildir. Ancak, özel şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmenin koşulları yeniden gözden geçirilebilir[126].

Alman Medenî Kanunu, mal rejimlerine ilişkin sözleşmeleri, tarafların acele karar vermelerini önlemek amacıyla özel şekle tâbi tutmuştur. Bu şekil şartları, BGB. m. 1410 ve 1378/III, (2) de düzenlenmiştir. Buna göre, mal rejimi sözleşmeleri, eşlere sözleşmenin anlamı, sonuçları, belirsiz hususların yorumu veya geçerliliği konusunda açıklamalarda bulunacak bir noter önünde yapılmalıdır. Noter, ek maddeler koyabilir veya müphem olan hususları açıklığa kavuşturmak için değişiklikler yapabilir. Eğer noter yanlış bir tavsiyede bulunursa bundan sorumludur.

Alman hukukunda, eşler boşandıklarında emeklilik haklarının denkleştirilmesi gündeme gelmektedir. BGB. m. 1587'e göre, eşlerden biri ya da her

---

124 **Thiele**, s. 100.

125 Zira, evlilik mal rejimi sözleşmeleri genellikle bu konularda deneyimli eşler arasında yapılmaktadır. Örneğin, her iki eşin de çok varlıklı olması veya eşlerden birinin işadamı olması halinde ya da eşlerden birinin daha önce boşanmış ve boşanmanın malî sonuçları ile ilgili sorunlar konusunda çok uğraşmış olması halinde, taraflar sözleşme yapmayı tercih etmektedirler. Mal ortaklığı rejimi çoğunlukla kırsal kesimde tercih edilmekte; boşanmış eşler ise, çok katı bir şekilde mal ayrılığını tercih etmektedirler: **Coester Waltjen - Coester**, s. 5.

126 **Coester Waltjen - Coester**, s. 9.

ikisi için, yaşlılık veya iş gücünün azalması nedeniyle evlilik devam ettiği sürece elde edilmiş olan emeklilik konusundaki beklenen haklar ve olanaklar denkleştirmeye tâbidir. Eşler, bu konudaki kanun hükümlerinin uygulanmaması veya kısmen uygulanması konusunda da sözleşme yapabilirler. Ancak, BGB. m. 1408'e göre, bu sözleşme boşanma başvurusundan bir yıl önce yapılmış ise geçerli değildir.

Alman hukukunda yasal mal rejimi olan kazanç ortaklığı yanında, seçimlik rejimler olarak mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri bulunmaktadır.

BGB. m. 1414'e göre, mal ayrılığı rejiminde her bir eş kendisine ait malvarlığını bağımsız olarak yönetir. Bu mallar ile ilgili olarak eşlerin tasarruf yetkisinde herhangi bir sınırlandırma yoktur. Evlilik sona erdiğinde malların veya kazancın paylaşılması söz konusu olmaz. Mal ayrılığı rejimine göre, eşler malları üzerinde, sanki evli değilmiş gibi, yönetim, tasarruf ve kullanma hakkına sahiptir ve birbirlerinin borçlarından da sorumlu değildirler. Eşler arasında da mal ortaklığı diye bir şey söz konusu olmaz. Mal ayrılığı rejiminin sona ermesi evlilik malvarlığı hukukunda düzenlenmez. Boşanma ile sona ermede, eşler boşanma hukuku kurallarına göre birbirlerine karşı sadece nafaka iddiasında bulunabilirler. Eşlerden birinin ölümü ile sona ermede, normal miras hukuku kuralları uygulanır[127].

Mal ayrılığı rejimi konusunda özel kurallar yoktur; her bir eş kendi mallarını yönetir, yönetimde herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. BGB. m. 1423'e göre, mal ortaklığı rejiminde, ortak malların yönetimi eşlerden biri tarafından gerçekleştiriliyorsa, yönetici eş, ancak diğer eşin onayı ile ortak malların tümü üzerinde tasarrufta bulunabilir. Aynı kural, ortak malvarlığına dahil taşınmaz mallar ve tescil edilmiş gemiler (BGB. m. 1424) ve ortak malvarlığından yapılacak bağışlar

[127] **Thiele**, s. 101; **Robbers, Gerhard**: An Introduction to German Law, Baden 1998, s. 276-277.

için de geçerlidir (BGB. m. 1425). Eğer diğer eş, geçerli bir sebep göstermeksizin onay vermezse veya diğer eşin hastalığı veya kendisine ulaşılamaması nedeniyle onayın alınması mümkün olmazsa ve ortak mallar üzerinde tasarrufta bulunulması, malvarlığının yönetimi için gerekli ise BGB. m. 1426 hükmüne dayanarak mahkemeye başvurulabilir.

Mal ortaklığı rejimi ise, mal ayrılığı rejiminin aksine ayrıntılı kurallar içermektedir[128]. Ortak malvarlığının eşlerden biri tarafından yönetimi ile (BGB. m. 1422-1449), eşler tarafından ortaklaşa yönetimi konusunda (BGB. m. 1450-1470) farklı düzenlemeler bulunmaktadır.

Mal ortaklığı rejiminde farklı mallar mevcuttur. Her bir eşin ayrılmış mallarının iki farklı türü yanında, ortaklık malları (*Gesamtgut*)[129] bulunmaktadır. Ayrılmış mallar, her bir eşin özel malları (*Sondergut*) ve kişisel-mahfuz mallarından oluşmaktadır (*Vorbehaltsgut*). BGB. m. 1417'e göre, özel mallar, hukukî işlemler yolu ile devredilemeyen mallardır. Mahfuz mallar ise, BGB. m. 1418'de düzenlenmiştir ve evlilik malı sözleşmesinde mahfuz mal olarak nitelendirilen mallar ve miras veya bağış yolu ile kazanılmış olan mallardır.

Mal ortaklığı rejimine göre, her bir eş kendisinin mahfuz (*Vorbehaltsgut,* BGB m. 1418) ve özel mallarını (*Sondergut*, BGB. m. 1417) yönetebilir ve üzerinde tasarruf edebilir. Ortak mallar (*Gesamtgut*) ya her iki eş tarafından veya eşlerden biri tarafından yönetilebilir. Eşler, mal ortaklığını kimin yöneteceğine ilişkin bir evlilik

---

[128] Yasal mal rejimi olan "kazanç ortaklığı rejimi" kanunda 27 madde halinde düzenlenmiş iken, sözleşme ile seçilebilecek bir rejim olan "mal ortaklığı rejimi" 103 maddede düzenlenmiştir. Bu kadar ayrıntılı düzenlenmiş olmasına rağmen, bu rejim göreceli olarak çok az çift tarafından seçilen önemsiz bir seçenektir: **Thiele**, s. 101-102 ve ayrıca dn. 128.

[129] Mal ortaklığı rejiminde, malların mal ortaklığına ait olduğu, eşlerden birinin özel ve mahfuz mallarından olmadığı karinesi vardır: RGZ 90, 288.

malları sözleşmesi yapmamışlarsa, mal ortaklığının ortak yöneticileri olarak dikkate alınırlar[130].

Mal ortaklığı rejiminde, malları yönetme yetkisi bulunmayan eş, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde, -özellikle yönetici eş aileye karşı olan malî yükümlülüklerini ihlal ediyorsa veya kötü yönetim söz konusu ise- mal ortaklığı rejiminin sona erdirilmesini BGB. m. 1447'ye göre mahkemeden talep edebilir.

Mal ortaklığı rejimi sona erdiğinde, ortak mallar eşlerin anlaşmasına göre paylaştırılır. Eğer eşler paylaşma konusunda anlaşamazlarsa, BGB. m. 1477-1478'e göre, bütün borçlar ödendikten sonra kalan miktar yasal kurallara göre paylaştırılır.

Yasal rejime tâbi olmak istemeyen eşler, mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birini seçebilmekle birlikte, yasal mal rejimi olan kazanç ortaklığı rejiminin uygulamasını da değiştirebilirler. Örneğin, kazançtaki artışın tamamının denkleştirilmesi hariç tutulabilir veya bazı mallar denkleştirme dışında bırakılabilir[131]. Dar anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilen bu gibi sözleşmeler, BGB. m. 1408'e göre, evlilikten önce veya evlilik süresince herhangi bir anda akdedilebilir. Eşlerin aralarında anlaşarak tâbi oldukları mal rejimine ilişkin değişikliklerin noterde yapılması gerekir. Genellikle, boşanma sırasında böyle bir sözleşme yapılmaz; ancak, boşanmanın bir anlaşmaya dayalı olarak gerçekleşmesi halinde, bu sözleşmeye, mal rejiminin sona ermesi nedeniyle eşlerden birinin diğerine ödemede bulunup bulunmayacağı konusunda hüküm konabilir (BGB. m. 1378/II, 2).

---

130 **Coester Waltjen - Coester**, s. 13.

131 **Coester Waltjen - Coester**, s. 9.

C) YASAL REJİM

Alman hukukunun evlilik mallarına ilişkin yasal hükümlerini kaleme alanlar, yeni düzenlemede, iki temel ihtiyacı karşılamak durumundaydılar. Bunlardan birincisi, Anayasa'daki eşitlik ilkesine uymak; ikincisi ise, evli kadına, eski sisteme veya mal ayrılığı sistemine göre, aile malları üzerinde daha fazla pay vermek[132]. Bu amacı gerçekleştirmek için yapılan düzenlemede, BGB. üç tip evlilik mal rejimini kabul etmiştir. Bunlar, yasal rejim olan kazanç ortaklığı (*Zugewinngemeinschaft*) ile seçimlik rejimler olan, mal ortaklığı (*Gütergemeinschaft*) ve mal ayrılığı (*Gütertrennung*) rejimleridir[133]. Alman hukukuna göre, eşler evlilik mal rejimi sözleşmesi ile mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birini seçmemişlerse, yasal rejim uygulanır. BGB. m. 1414'e göre, eşlerin kazançta veya emeklilik haklarında denkleştirmeyi hariç tutmaları halinde, mal ayrılığı rejimini seçtikleri varsayılır. Aynı kural, eşlerin yasal rejimi hariç tuttukları veya herhangi başka bir rejimi seçmeden yasal evlilik mal rejimini sınırlandırdıkları halde de uygulanır[134].

Alman hukukundaki yasal rejim, bir çeşit ertelenmiş kazanç ortaklığı veya kâr ortaklığıdır. Kazanç ortaklığı rejimi, evlilik süresince edinilen mallarda oluşan fazlalıkların denkleştirilmesi koşuluna bağlı bir mal ayrılığı rejimidir[135]. Zira, bu sistemde mal rejimi, evlilik süresince eşlerin mallarında meydana gelen artışlarda bir ortaklık değil, kazançların karşılıklı olarak denkleştirilmesi ve bunun sonucunda

---

132 **Thiele**, s. 83.

133 **Thiele**, s. 82.

134 **Coester Waltjen - Coester**, s. 7.

135 Yasal rejimi ifade etmek için kullanılan "kazanç ortaklığı" teriminin, aslında yanlış kullanılan bir terim olduğu ve yaratılanın gerçek bir ortaklık olmadığı konusundaki eleştiriler için bkz. **Aden, Menno**: "*The German Matrimonial Property Regime of Zugenwinngemeinschaft in South African Private International Law*", S. African L. J., Vol. 90, 1973, s. 161 ve **Thiele**, s.78, dn. 2 ve s. 84.

ortaya çıkan fazlalığın paylaşılması esasına dayanmaktadır. Kazanç ortaklığı rejimi devam ettiği sürece, eşlerden her birinin aynen mal ayrılığı rejiminde olduğu gibi, kendi malları üzerinde yönetim, yararlanma ve kullanma hakları devam etmektedir[136].

Alman hukukunda yasal rejim olarak kazanç ortaklığı rejiminin kabul edilmesinin arkasında yatan temel düşünce, aile rollerinin bağımsızlığıdır. Her iki eşin de ailenin zenginliğine eşit derecede katkıda bulunduğu varsayılır. Bunun bir sonucu olarak, kendisi kazanç sahibi olmayan eş, evlilik süresince elde edilen kazanç artışlarından evlilik sona erdiğinde pay almalıdır. Bu durum, kanun koyucunun, eşlerden birinin evin geçimini sağlayacağı, diğerinin ise ev işleri ile ilgileneceği düşüncesine sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu rol dağılımı bugün bile Almanya'daki evliliklerin en azından % 50'sinde görülebilir[137].

Kazanç ortaklığı rejimine göre eşler, evlilik süresince elde ettikleri kazanç artışını, evlilik sona erdiğinde diğer eş ile eşit olarak paylaşmak zorundadırlar[138]. Bununla beraber, bu rejimde, evlilik malları rejimi devam ettiği sürece, eşlerden her biri kendi mallarının mülkiyetini elinde bulundurur. Bu konudaki tek istisnaî düzenleme BGB.'nin ev eşyası ile ilgili 1370. maddesinde bulunmaktadır. Bu hükme göre, artık mevcut olmayan veya değersiz hale gelen ev eşyasının yerine alınan eşya, yeni malîkin hangi eş olduğuna bakılmaksızın önceki eşyanın malîki olan eşe aittir.

Kazanç ortaklığı rejiminin kapsamına giren mallar, eşlerin evlilik süresince emek karşılığı kazandığı mallardır. Bu nedenle, eşlerin evlilik sırasında miras veya bağış yoluyla kazandığı mallar paylaşıma konu olmazlar. Ancak, manevi tazminat ve

---

136 **Kılıçoğlu**, s. 174.

137 **Coester Waltjen - Coester**, s. 8. dn. 2 (Nachweis Statistiches Bundesamt).

138 **Coester Waltjen - Coester**, s. 8.

emek karşılığı olmayan ikramiyeden kazanılan malların paylaşıma tâbi olacağı kabul edilir[139].

Bu rejimde, BGB. m. 1006'ya göre, bir malın mülkiyetinin eşlerden hangisine ait olduğunun kesin olmadığı durumlarda, taşınırlar için genel karine, yani malın zilyedinin ona malîk olduğu karinesi uygulanır.

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, yasal rejim, malların paylaşılmasını gerektirmez. Her eşin evlilik süresince malvarlığında gerçekleşen artış hesaplanır ve bu artış aritmetiksel olarak bölünür. Böylece, rejim sona erdiğinde daha az birikime sahip olan eş, diğer eşe karşı bir talep hakkı elde eder. Hesaplamada ayrıntılı kurallar bulunmaktadır. Örneğin, borçlar, malvarlığı rejiminin başlangıcından sonuna kadar elde edilen malların değerinden düşülür; fakat, rakam hiç bir zaman sıfırın altında olamaz. Yasal rejim süresince miras yoluyla veya üçüncü kişilerden bağış yoluyla kazanılan mallar 'evlilik öncesi mal' (BGB. m. 1374) olarak dikkate alınır. BGB. m. 1375'ye göre, malvarlığındaki artışın hesaplanmasında, ahlakî bir yükümlülük olmaksızın veya ölçüsüz bir şekilde yapılan bağışlar ve müsrifçe veya diğer eşe zarar vermek kastıyla yapılan harcamalar hesaba dahil edilir ve BGB. m. 1380'e göre, eşlerden biri tarafından diğerine bağışlanan mallar, bağışlanan malın değeri, eşlerin yaşam koşullarına göre alışılmış olanın üzerinde ise, hesaplamada dikkate alınır. Paylaştırmayı, eşler kendi aralarında anlaşarak yapabilirler. Eşler, paylaşma konusunda anlaşamazlarsa, mahkeme tarafından karar verilir.

Bu kurallar, yasal mal rejiminin, başka bir mal rejimine geçiş ile sona ermesi halinde de uygulanır. Ayrıca, BGB. m. 1318'e göre, evlilik birliğinin evlenmenin

---

139 **Kılıçoğlu**, s. 174.

iptali nedeniyle sona ermesi halinde, yasal mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bu hükümler, ağır bir haksızlığa neden olmadığı sürece uygulanır.

1977 yılında boşanma hukukunda yapılan reformla değiştirilen hükümlere göre, eşler ayrı yaşıyorlarsa ve bu ayrılık üç yıldan beri devam ediyorsa, eşlerden biri, henüz boşanmanın gerçekleşmemiş olmasına rağmen, ortaklığın sona ermesi ve kazancın hesaplanması talebinde bulunabilir. Ortaklığın sona ermesinden sonra, eşler evliliğin resmî olarak sona ermesine kadar, evlilik mal rejimi olarak mal ayrılığının hükümlerine tâbi olurlar (BGB. m. 1385-1388).

Mal rejimi eşlerden birinin ölümü nedeniyle sona erdiğinde, sağ kalan eşin yasal miras payı, mirasın ¼ oranında artırılır. Bu yolla, kazançta denkleştirme gerçekleştirilmiş olur (BGB. m. 1371). Bu hükme göre, sağ kalan eş, çocuklarıyla birlikte mirasçı ise, malvarlığının ½ sini (¼ yasal pay artı ¼ kazanç payı), çiftin çocuklarının olmaması halinde, sağ kalan eş malvarlığının ¾ unu (½ yasal pay artı ¼ kazanç payı) alır, geri kalanı ise miras bırakanın ailesi alır[140]. Sağ kalan eş mirası reddederse, kazanç ortaklığı rejiminin tasfiye edilmesini ve ardından denkleştirme alacağını talep edebilir[141].

II- İSVİÇRE HUKUKU

A) GENEL OLARAK

İsviçre, dünyadaki diğer pek çok ülke gibi, aile hukuku konusunda, tam anlamı ile, geleneksellikle modernlik arasında gidip gelmektedir[142]. İsviçre Federal

---

140 **Robbers**, s. 277; **Thiele**, s. 95.

141 **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 177. Bu sistemin eleştirisi için bkz. **Thiele**, s. 95.

142 **Dessemontet, François - Ansay, Tuğrul - Grossen, J. M.**; Introduction of Swiss Law, Kluwer, 1995, s. 63.

Medenî Kanunu kabul edilinceye kadar, her kantonun kendi Medenî Kanunu vardı ve bazı kantonlarda edinilmiş mallarda ortaklık, bazı kantonlarda ise genel mal ortaklığı ya da sınırlı mal ortaklığı rejimi gibi, farklı mal rejimleri kabul edilmişti[143].

10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu'nun (ZGB) ilk halinde, yasal mal rejimi olarak mal birliği rejimi; seçimlik rejimler olarak ise mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri öngörülmüştü. ZGB'de 05 Ekim 1984[144] tarihinde önemli değişiklikler gerçekleştirilmiş; bu değişiklikler içinde mal rejimleri de yer almıştır[145].

B) SÖZLEŞME REJİMİ

Eşlerin kendilerine uygulanacak mal rejimini seçmeleri konusunda sahip oldukları seçim özgürlüğü, diğer bazı *civil law* ülkelerinde olduğu kadar ayrıntılı düzenlenmemiştir[146] ve eşler kanunda belirlenen modellerle sınırlı kalmak suretiyle mal rejimi ile ilgili sözleşme yapabilirler. Buna göre, 1988 yılında yürürlüğe giren değişikliklerden sonra da, sözleşme rejimi olarak hem mal ayrılığı rejimi, hem de -önemli değişiklikler yapılarak- mal ortaklığı rejimi korunmuştur. Yapılan değişiklikle, yasal mal rejimi olan mal birliği ise kanundan tamamen çıkarılmıştır[147].

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak yer alan 'edinilmiş mallara katılma rejimi' ve seçimlik rejimlerden 'mal ayrılığı' ve 'mal ortaklığı' rejimleri, kaynak İsviçre

---

143 **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 177, dn. 75.

144 5 Ekim 1984 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikler 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir: Bu tarihten önceki düzenlemeye ilişkin genel bilgi için bkz. **Dessemontet - Ansay - Grossen**, s. 67-68.

145 **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 178; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 2-3.

146 **Dessemontet - Ansay - Grossen**, s. 67.

147 **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 178; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 2-3.

Medenî Kanunu ile büyük benzerlikler göstermektedir. Sadece, Türk Medenî Kanunu'nda seçimlik rejimler olarak mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinin yanında, yine bir seçimlik rejim olan 'paylaşmalı mal ayrılığı rejimi'de yer almaktadır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, evliliğe ilişkin mal rejimleri Türk hukuku bakımından ayrıntılı olarak incelendiği için, İsviçre hukukunda düzenlenmiş olan mal rejimlerini tekrardan kaçınmak için, burada ele almaktan sarfı nazar etmeyi uygun gördük[148].

C) YASAL REJİM

1984 yılında yapılan değişiklikle, yasal mal rejimi olarak, edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir. ZGB m.201'e göre, eşlerden her biri, evlenmeden önce ve evlilikten sonra edindiği malların tek başına malîkidir ve diğer eşin iznine ihtiyaç olmaksızın malîki olduğu bu mallar üzerinde tasarruf etme ve yönetim yetkisine sahiptir. Bu rejiminde, mallar, edinilmiş mallar (ZGB m.198) ve kişisel mallar (ZGB m.197) olmak üzere ikiye ayrılır. Mal rejimi sona erdiğinde, eşlerin kişisel ve edinilmiş malları ayrılır; ZGB. m. 210'a göre, edinilmiş mallara ilişkin borçlar, bu malların değerinden düşüldükten sonra, geriye kalan miktar evlilikteki kazancı oluşturur. Bu şekilde belirlenen kazancın yarısı üzerinde her bir eşin alacak hakkı vardır. Bu alacaklar mahsup edildikten sonra, ZGB. m. 215'e göre, fazla kazanç sahibi olan eş, diğer eşe bu fark oranında borçlanmış olur.

148 Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, §1 - III.

III- AVUSTURYA HUKUKU

A) GENEL OLARAK

Evlilik kurumu, 1811 tarihli Avusturya Medenî Kanununda (*Austrian Civil Code*-ABGB-1811)[149] ataerkil özellikler taşıyan bir düzenlemeye sahipti. Kadın ve çocuklar, yasal olarak ailenin reisi olan kocaya veya babaya bağlıydı. Kocanın görevleri arasında aileyi geçindirmek ve yasal olarak temsil etmek de vardı. Evlilik dışı doğan çocukların hakları ise çok sınırlıydı[150]. ABGB-1811, m. 91'e göre, baba ailenin reisi olup, özellikle evi idare etme onun görevidir ve ayrıca karısının bakımını da sağlamaya mecburdur.

Bu kanundaki ilk kısmî değişiklik, 1914 yılında yapılmış ve bununla kadınların mahkemeye delil sunmalarına ve yasal vasi olabilmelerine izin verilmiş, ayrıca, evlilik dışı doğan çocukların ve bu çocukların annelerinin durumu da oldukça düzeltilmiştir. Savaş öncesi dönemde, aile hukuku konusundaki bazı reformlar, Hıristiyan Sosyalistler tarafından parlamentoda engellenmiş[151] ve bu nedenle o dönemde pek bir değişiklik yapılmamıştır. İkinci Dünya Savaşından sonra, aile hukuku konusundaki reformlar, çok sayıdaki küçük girişimlerle, 1960'lardan günümüze kadar devam etmiş, özellikle 1970'li yıllarda bu konuda çok sayıda reform niteliğinde kanun çıkartılmış ya da mevcut kanunlarda değişiklikler yapılmıştır[152]. Daha sonra bu kanunlar, Evlilik Kanunu dışında, ABGB. ile bir araya

---

149 Bundan böyle metinde ABGB-1881 olarak kullanılacaktır. Tarih belirtilmeden kullanılan ABGB. ise, Medenî Kanunun yürürlükteki metnini ifade etmek için kullanılmaktadır.

150 **Hausmaninger, H:** The Austrian Legal System, B. 2, Vienna, Manz 2002, s. 240.

151 **Hausmaninger**, s. 241.

152 Avusturya'da 1970'li yıllarda gerçekleştirilen reform yasalarının ayrıntıları konusunda bkz. **Hausmaninger**, s. 241, dn. 17.

getirilmiş ve tek bir kanun altında toplanmıştır[153]. Mal rejimi konusunu incelerken, hem ABGB., hem de Evlilik Kanunu hükümlerine ayrı ayrı başvurmamızın nedeni bu iki kanunun bu birleşmenin dışında kalmış olmasıdır. Konunun bütünlük içinde incelenebilmesi ve anlaşılabilmesi için, bir araya getirilmemiş olan bu iki kanunun ilgili hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

ABGB.'nin 1217 ilâ 1266 maddeleri, evliliğe ilişkin malvarlığı hükümlerini düzenlemektedir. Bunlar arasında evlilik mal rejimlerine ilişkin hükümler de yer almakta ve yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimi kabul edilmiş bulunmaktadır. Ayrıca ABGB. yanında, daha önce de bahsettiğimiz gibi, evliliğe ilişkin konuları düzenleyen Evlilik Kanunu adı altında özel bir kanun bulunmaktadır[154]. Avusturya Evlilik Kanunu'nun ilk hali de, ataerkil bir modele dayanmaktaydı. Bu kanuna göre de, koca ailenin maddî ihtiyaçlarını karşılamaktan, kadın ise ev işlerinden sorumluydu. Evlilikte eşitlik ilkesinin yaygınlaşması ve bu yaygınlaşmanın toplumdaki temel değerleri değiştirmesi üzerine, Avusturya Evlilik Kanunu 1975 yılında değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile, kocanın ailenin reisi olduğuna ilişkin ataerkil ilkeden vazgeçilmiş, her iki eşin de eşit olduğu ve aynı haklara sahip bulunduğu ilkesi benimsenmiştir[155].

---

153 **Hausmaninger**, s. 241.

154 Avusturya, Alman Evlilik Kanunu'nu (*German Matrimonial Act, Ehegesetz-EheG*) 1938'de kabul etmiş ve bu kanun ile medenî evlilik zorunluluğu getirilmiş ve boşanma da mümkün hale gelmiştir. Ancak, bu kanun kadının anne ve ev kadını olarak rol oynadığı, temel evlilik modelini değiştirmemiştir: **Hausmaninger**, s. 241.

155 . Evlilik Kanunu'nun Şahsî Etkileri Hakkında Yeni Düzenlemeler (*Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ahe*) adını taşıyan 1 Temmuz 1975 tarihli bu değişiklikle, "karı ve koca" terimi yerine "eş" terimi kullanılmıştır: **Rechberger, Walter**: Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law (National Report- Austria,), Asser Instituut, 2001, s. 6.

Evlilik Kanunu'nda ikinci önemli değişiklik, "Eşlerin Miras Hakkı, Mal Rejimleri ve Boşanma Hukuku'nda Değişiklik Hakkındaki Federal Kanun" (*Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts*)[156] ile, 15 Haziran 1978 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Eşlerin miras hakkında yapılan değişiklik ile sağ kalan eşin miras payı artırılmıştır. Sağ kalan eş, altsoy ile birlikte mirasçı olduğunda terekeden 1/3 miras payı, üstsoy ile birlikte mirasçı olduğunda 2/3 miras payı alır[157]. Mal rejimlerine ilişkin olarak ABGB. m. 1237/II yürürlükten kaldırılmış, Evlilik Kanunu'nda yapılan değişiklik ile, evliliğin son bulmasından sonra, evlilik mallarının eşler arasında paylaştırılması esası kabul edilmiştir (EheG. m. 81-97).

15 Haziran 1978 tarihinde yapılan bu değişiklikten sonra, mal rejimlerine ilişkin temel bir değişiklik yapılmamış ve yapılması da düşünülmemişti[158]; ancak 2002 yılının baharında, Adalet Bakanlığı'nda evlilik mallarının yeniden düzenlenmesine ilişkin bir reform komisyonu oluşturulmuş ve bu komisyon EheG.

---

156 BGBl 1978/280

157 **Rechberger**, Austria, s. 6. Daha liberal bir rejime doğru atılan ilk adım, yeni Konut Kanunu'nda (*Housing Law – Wohnungseigentumsgesetz* 2002 WEG-2002) yapılan değişikliktir. Eski Konut Kanunu'na göre, bir dairenin tek sahibi olabilirdi. Bunun tek istisnası, eşlerin bir daireye ortak malîk (*Ehegattenwohnungsegentum*) olabilmesiydi. Yeni düzenleme, eşlerin ortak malîkliğini, daire söz konusu olduğunda 'ortak mülkiyet' (*Eigentumergemeinschaft*) olarak daha liberal bir şekilde tekrar düzenlemiştir. Örneğin, iki kişi bir dairenin mülkiyetini paylaşabilirler (WEG-2002 m. 2). Bu Kanun Bakanlar Kurulunca 1 Ocak 2002 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiştir: **Rechberger**, Austria, s. 5.

158 **Rechberger**, Austria, s. 6.

m. 97 ve 87'de bazı değişiklikler önermiş; ancak, bu değişiklikler henüz kanunlaşmamıştır[159].

B) SÖZLEŞME REJİMİ

Mal rejimi sözleşmesi (*Ehepakt*), eşler arasında malvarlığı rejiminin düzenlenmesine yönelik bir sözleşmedir. Yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimini yinelemek veya değiştirmek için yapılır. Evlilik malvarlığı sözleşmeleri ABGB. m. 1217-1266'da düzenlenmiştir. Evlilik malvarlığı sözleşmelerinin çok farklı türleri bulunmakla birlikte, mal ortaklığı sözleşmesi en önemli ve en yaygın olanıdır. Bu nedenle burada inceleme konusu yapılacaktır.

Avusturya hukukunda eşler, kanunun onlara sağladığı mal rejimi sözleşmesi şekilleri ile bağlı değildir. Yani eşler, yasal rejim olan mal ayrılığı rejimine tâbi olmak istemiyorlarsa, yeni modeller geliştirmek veya mevcut yasal modeli değiştirmek konusunda özgürdür[160]. Mal rejimi sözleşmelerinin yararı, eşlere mallarıyla ilgili düzenlemeleri açıkça ortaya koyma olanağı vermesidir. Bu olanağa rağmen, Avusturya hukukunda mal rejimi sözleşmeleri çok yaygın değildir. Bunun nedeni olarak, eşlerin evliliği duygusal bir sözleşme şeklinde görmesi ve bu bağlılık içinde parasal konulara girmek istememeleri gösterilmektedir[161].

---

159 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Rechberger, Walter**: Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law (Addendum-Austria), Asser Instituut, 2001, s. 1

160 **Rechberger**, Austria, s. 9, dn. 17. Ancak, kazanç paylaşımı olmayan bir mal ayrılığı sözleşmesi, EheG m. 81 vd. hükümleri karşısında ortak kullanıma özgülenen mallar bakımından mümkün değildir: **Honsell, Heinrich**: "*Die Neuordnung des Gesetzlichen Güterrechts in Österreich*", FamRZ., S.2, 1980, s. 98.

161 **Rechberger**, Austria, s. 9.

Mal rejimine ilişkin sözleşme de, bir sözleşme olması nedeni ile, borçlar hukukundaki sözleşmelerin kurulması ve sona ermesine ilişkin sözleşme hukuku kurallarına (ABGB. m. 859-937) tâbidir. Mal rejimi sözleşmesi, miras hukukuna ilişkin hükümler içerse bile bu ilke uygulanır[162].

Mal rejimi sözleşmesi, eşlerin anlaşmasıyla evliliğin herhangi bir anında değiştirilebilir. Geçerli bir mal rejimi sözleşmesinin kurulması veya daha önceden yapılmış mal rejimi sözleşmesinin geçerli bir şekilde değiştirilmesi, noterde yapılmış olması halinde mümkündür (NotaktsG. m. 1). Bunun nedeni, alacaklıları korumak ve tarafların acele karar vermesinin önüne geçmektir[163].

Mal ortaklığı sözleşmesi, ABGB. m. 1233-1236'da düzenlenmiştir. Mal ortaklığı sözleşmeleri de kendi içinde farklı türlere ayrılır. Genel mal ortaklığı (*Allgemeine Gütergemeinschaft*)[164], sınırlı mal ortaklığı (*Beschraenkte Gütergemeinschaft*)[165], hayat boyu mal ortaklığı (*Gütergemeinschaft unter Lebenden*)[166] ve ölümden sonra mal ortaklığı (*Gütergemeinschaft auf den Todesfall*)[167] gibi.

---

162 **Rechberger**, Austria, s. 15.

163 **Rechberger**, Austria, s. 15.

164 Genel mal ortaklığı rejimi, eşlerin zaten sahip oldukları ve gelecekte sahip olacakları veya miras yoluyla kazanacakları tüm malvarlıklarını kapsar: **Rechberger**, Austria, s. 13.

165 Sınırlama farklı şekillerde olabilir. Bu yüzden mal ortaklığı farklı şeyleri ihtiva edebilir. Şöyle ki, mevcut malvarlığı, gelecekte edinilecek mallar, gelecekte miras yoluyla veya gelecekte kazanılacak olan tüm taşınır ve taşınmaz mallar gibi: **Rechberger**, Austria, s. 13.

166 Ortak mal (*Gesamtgut*), eşlerin üzerinde anlaştıkları orana göre her iki eşin ortak mülkiyetindedir. Nafaka hakkı, telif hakkı, özel şirket payları gibi kişisel haklar, ortak malın bir parçası olamaz: **Rechberger**, Austria, s. 14.

167 Bu durumda, eşlerin malvarlığı ilişkisi eşlerden biri olduğu zaman değişir. Hayatta oldukları sürece eşlerin malvarlığı ayrıdır. Örneğin, her bir eş, malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Eşlerden birinin ölümü anında, her iki eşin de malvarlığı bir araya gelir ve borçlar

Mal ortaklığı rejimini düzenleyen ABGB. m. 1233 hükmü, sadece evlilik anlaşmasının yapılması ile taraflar arasında mal ortaklığının kurulamayacağını, bunun için, kapsamı ve şeklî m. 1177 ve 1178'de öngörülmüş olan özel bir sözleşmenin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Eşler evlilik mallarına ilişkin böyle bir sözleşme yapmazlarsa, mal ayrılığı rejimi uygulanır.

Eşlerin ortak ve ortak olmayan mallarının yönetimi, kural olarak mal rejimi sözleşmesine tâbidir. Genellikle, genel mal ortaklığı durumunda, malların yönetimi eşler tarafından birlikte yürütülür. Sınırlı mal ortaklığı durumunda ise, eşler sınırlı mal ortaklığına dahil olan malları birlikte yönetirler. Her iki durumda da eşler, malların yönetimi konusunda üçüncü bir kişiye yetki verebilirler[168].

Eşler arasında mal ortaklığına ilişkin bir sözleşmenin bulunması ve evliliğin boşanma, iptal veya geçersizlik ile son bulması halinde, mal rejimi sözleşmesinin bundan nasıl etkileneceği hususu ABGB. m. 1265 vd.nda düzenlenmiştir. ABGB. m. 1265'e göre, evlenmenin geçersizliğine karar verilmesi durumunda mal rejimine ilişkin sözleşme ortadan kalkar ve eşlerin malvarlığı, evlenmeden önceki haline geri döner. ABGB. m. 1266'ya göre ise, evlenmenin iptali veya boşanma durumunda eşlerin kusur durumuna göre mal rejimi sözleşmesinin devam edip etmeyeceği karara bağlanır. Eğer eşler kusursuz ise veya her iki eş de aynı oranda kusurlu ise mal rejimi sözleşmesi feshedilmiş sayılır ve her iki eşin malvarlığı da evlenmeden önceki durumuna geri döner. Buna karşılık, eşlerden yalnızca biri kusurlu ise veya birinin kusuru diğerinden önemli ölçüde fazla ise, kusursuz olan taraf, mal rejimi

---

çıkarıldıktan sonra yine iki parçaya bölünür ve bir parçası sağ kalan eşe kalır, diğer parça ise miras hukuku kurallarına göre paylaştırılır: **Rechberger**, Austria, s. 14.

168 **Rechberger**, Austria, s. 17.

sözleşmesinde, ölüm hali için öngörülmüş olan hükümlerin uygulanmasını talep edebilir[169].

Mal ortaklığına ilişkin bir sözleşmenin yapılmış olması, ancak, ABGB. m. 1265 ve 1266'da öngörülen durumların gerçekleşmesi nedeniyle uygulanmasının mümkün olmaması halinde, EheG. m. 81 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda sorun ortaya çıkmaktadır. Zira, ABGB. m. 1265 ve 1266, malvarlığının eşlerin evlenmeden önceki haline döneceğini ifade etmekte, buradan da paylaşmanın söz konusu olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak, Avusturya hukukunda EheG. m. 81 vd. hükümlerinin özel hüküm olduğu ve bu nedenle ABGB. m. 1265 ve 1266'da öngörülen mal ortaklığına ilişkin sözleşmenin ortadan kalktığı hallerde de uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Mal ortaklığı rejiminin uygulandığı hallerde eşlerden birinin ölümü halinde, her iki eşin malvarlığı bir araya getirilir ve sözleşmede öngörülen orana göre paylaştırılır. Sağ kalan eşin payı verildikten sonra, miras hukuku kurallarına göre, tereke, mirasçılar arasında paylaştırılır[170].

C) YASAL REJİM

Evlilik malları ile ilgili olarak ABGB'de mal ayrılığı (*Gütertrennung*) ve mal ortaklığı (*Gütergemeinschaft*) olmak üzere iki tür rejim düzenlenmiştir. Yasal mal rejimi, ABGB. m. 1237'e göre mal ayrılığıdır. Bu nedenle, eğer eşler evlilik mallarına ilişkin herhangi bir sözleşme yapmamışlarsa, mal ayrılığı rejimi uygulanır.

---

169 **Honsell**, s. 98.

170 **Rechberger**, s. 23.

Eşler bir sözleşme yapmışlarsa, evlilik malları üzerindeki hak ve ödevleri, üzerinde anlaşmaya vardıkları mal rejimine tâbi olur[171].

Avusturya Evlilik Kanunu m. 81 ise, eşlerin ortak kullanımına özgülenen malların ve evlilik sırasında gerçekleştirilen birikimlerin evlilik son bulduğunda eşler arasında paylaştırılacağını öngörmektedir. Bu nedenle, ABGB'ye göre, yasal rejim mal ayrılığı olmakla birlikte, bu düzenleme Evlilik Kanunu m. 81 ile birlikte düşünülmelidir. Böylelikle, Avusturya hukukunda yasal rejimin kazanç paylaşmalı mal ayrılığı olduğu söylenebilir[172].

Avusturya hukukuna göre, evlilik süresince edinilen malların tümü paylaşıma konu olmazlar. Bu nedenle, evlilik süresince edinilen malları, paylaşımın konusu olan ve paylaşımın konusu olmayan mallar olmak üzere iki gruba ayırmak mümkündür. Evliliğin sona ermesinden sonra bazı malların paylaştırılması söz konusudur ve EheG m. 81'e göre paylaştırmaya konu olan mallar şunlardır:

- Evlilikte ortak kullanıma özgülenen mallar (*Eheliches Gebrauchsvermögen*). Bu grubun içine, evlilik süresince her iki eş tarafından kullanılan bütün taşınır ve taşınmaz mallar, özellikle ev eşyaları ve aile konutu girer.

- Evlilikteki birikimler (*Eheliche Ersparnisse*). Bu grubun içine evlilik süresince eşler tarafından yapılan birikimler girer. Örneğin, nakit para, bankadaki birikimler, hisse senetleri, taşınmaz mallar, hayat sigortaları, mücevherler vs.

---

171 **Rechberger**, Austria, s. 7.

172 **Honsell**, s. 93. Avusturya hukukunda 1978 değişikliği ile kabul edilen yasal mal rejimi, kazanç paylaşmalı mal ayrılığı olmakla birlikte, bu rejim Alman hukukundaki kazanç paylaşmalı mal ayrılığı rejiminden önemli ölçüde farklıdır. Avusturya hukukundaki kazanç paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, Alman hukukunda olduğunun aksine, ticarî işletmeye ilişkin değerler paylaştırmada dikkate alınmaz: **Honsell**, s. 93. Avusturya hukukundaki yasal mal rejimi ile Almanya ve Türk-İsviçre hukuklarındaki yasal mal rejimleri arasındaki farklılıklar için bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 178-179.

EheG m. 82'de ise, paylaşıma konu olmayan mallar düzenlenmiştir ve bu maddeye göre şu mallar paylaşıma konu olmazlar:

- Eşlerin evlilikten önce sahip oldukları mallar.

- Üçüncü kişiler tarafından bağışlanan mallar.

- Miras kalan mallar.

- Eşlerden birinin kişisel kullanımına veya mesleğini icra etmesine hizmet eden mallar.

- Şirket veya şirket payına ait olan mallar. Şirketin varlığı ve şirket çalışanlarının durumu tehlikeye atılmak istenmediği için, şirketler paylaştırmanın dışında tutulmuştur. Şirket, bağımsız bir şekilde organize edilmiş gelir kaynağı olarak nitelendirilmiştir. Şirketin büyüklüğü ve kârı çok önemli bir unsur değildir. Ayrıca, şirket evlilik birikimleriyle kurulmuş olsa bile paylaştırmaya tâbi olmaz. Ancak, şirket satılırsa, paylaştırma işlemleri yapılır. Şirketlerin paylaştırmanın dışında tutulması, evlilikteki ortaklık ilkesi ile çeliştiğinden tartışılmaktadır[173].

Yasal rejim, temelde mal ayrılığı olduğu için, her bir eş kendi gelirini ve mallarını idare etmek zorundadır. Eşlerden biri, diğer eşin giriştiği herhangi bir borçtan sorumlu değildir[174].

Mal ayrılığı rejimi, evliliğin boşanma veya geçersizlikle sona ermesine kadar varlığını sürdürür. Bu noktada evlilik süresince eşler tarafından kazanılan malların mülkiyetinin kime ait olduğu dikkate alınmaksızın EheG. m. 81 ilâ 99'da düzenlenmiş kurallarına göre mal paylaşımı yapılır.

---

173 **Rechberger**, Austria, s. 20.

174 **Rechberger**, Austria, s. 17.

Evliliğin geçersizlik[175], iptal veya boşanma ile sona ermesi halinde mallar eşlerin rızasıyla paylaşılır. Eşler paylaşma konusunda anlaşamazlarsa, mahkeme, hakkaniyet ilkesine (*Billigkeit*) göre eşlerin mallarını paylaştırır. EheG. m. 83, paylaştırmada yol gösterici bazı ilkeleri düzenlemektedir. Bu ilkelere göre, mahkeme, çocukların çıkarını olduğu kadar, her bir eşin mallara katkısını da dikkate almak zorundadır. Evin geçim masrafları, çocukların eğitimi ve meslekî yardımlar gibi harcamalar ve destekler de göz önünde tutulur. Paylaştırmada genel oran ½ olmakla birlikte, eşlerin ekonomik olanakları göz önüne alınarak bu oran ⅓ de olabilir; yani mahkeme hakkaniyet kuralları gereğince paylaştırmayı yapar.

Evlilikte ortak kullanıma özgülenen mallar veya evlilik birikimleri ile bağlantılı borçlar (EheG. m. 81) ve ortak yaşam harcamalarına ilişkin borçlar (EheG. m. 83) da evlilik mallarının paylaştırılmasında göz önünde tutulur. Paylaşmadan önce satın alınmış, ancak henüz borcu bitmemiş bir malın paylaşıma konu olması halinde, malı alan eş, o malın borcunu ödemek zorundadır. Ancak, borçlanan tarafın üçüncü kişilere karşı sorumluluğu devam eder[176].

Eşler arasında bir konutun ortak mülkiyeti söz konusu ise, paylaştırma, evliliğin sona ermesinden sonra müşterek mülkiyetin sona ermesine ilişkin kurallara göre mümkün olabilir [ABGB. m. 830 ve Kat Mülkiyeti Kanunu (*Wohnungseigentumsgesetz 2002*; WEG-2002) m. 15]. Evlilik süresince ortak mülkiyetin dâva yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir (WEG-2002 m. 13).

---

[175] Evliliğin geçersizliği, yasadaki şekil şartlarına uyulmamış olması veya ehliyetsizlik gibi hallerde mümkün olabilir (EheG. m. 21-25). Evlilikten itibaren 5 yıl geçtikten sonra artık eksiklik giderilmiş sayılır ve evliliğin geçersizliği ileri sürülemez: **Rechberger**, Austria, s. 19.

[176] **Rechberger**, Austria, s. 21.

EheG. m. 97'ye göre, evlilik mallarının paylaşımı konusunda eşler anlaşabilirler. Paylaşmanın tarafların anlaşması ile gerçekleşmesi halinde, bu anlaşmanın noterde yapılması konusunda görüş birliği vardır. Eşler bu konuda anlaşamazlarsa, paylaştırmayı mahkeme yapar. Mahkeme, ancak bir talebin varlığı halinde harekete geçebilir ve paylaştırmanın mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi halinde, çekişmesiz yargıya ilişkin kurallar uygulanır. Evlilik mallarının paylaştırılması, evlilik birliğinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde talep edilebilir (EheG. m. 95). EheG. m. 97'ye göre, evlilik mallarının paylaştırılması talebinden önceden vazgeçilemez. Evlilikteki birikimlerin paylaşılmasını düzenleyen ve evlilik sırasında yapılmış olan sözleşmelerin geçerli olabilmesi için noterde yapılmış olmaları gerekir (EheG. m. 97/I). Eşlerin; boşanma, evlenmenin iptali veya evlenmenin geçersizliği dâvası esnasında ortak kullanıma özgülenen malların ve birikimlerin paylaşılması hakkındaki anlaşmalarının geçerliliği için ise, böyle bir koşul bulunmamaktadır (EheG. m. 97/II).

Paylaştırma sonuçlandığında, eşler, genellikle mallar üzerinde aynen paylaşım (*Naturalteilung*) hakkını elde ederler. Hâkime, paylaştırmada âdil ve hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmak için bazı yetkiler verilmiştir. Örneğin, eşlerden birine ait olan taşınır veya taşınmaz malın diğer eşe temlik edilmesine karar verebilir. Buna ek olarak, eşlerden biri adına yapılmış kira sözleşmesinin diğer eşe devrine hükmedebilir. Ayrıca, paylaştırmada, her iki eşin ekonomik hayat standardını mümkün olduğunca korumak amaçlanır[177].

Aynen paylaştırma mümkün olamazsa, EheG. m. 94'e göre, mahkeme eşlerden birinin diğerine uygun bir denkleştirme bedeli ödemesine karar verir.

---

[177] **Rechberger**, Austria, s. 21.

Eşlerden birinin diğer eşe mesleğini yürütürken destek olması halinde de, denkleştirme EheG. m. 94'e göre mümkündür. Denkleştirme miktarı, yardımın türüne ve süresine bağlıdır.

EheG. m. 82'ye göre, ticarî işletmeler, paylaştırmanın dışında tutulur.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, paylaşma, evliliğin boşanma, evlenmenin iptali veya geçersizliği durumlarında gündeme gelir. Eşlerden birinin ölümü halinde ise, paylaşma gündeme gelmez. Ölen eşin malvarlığı miras hukuku hükümlerine göre mirasçılar arasında paylaştırılır. Mal ayrılığı rejimine göre, her bir eş evlilikten önce sahip olduğu mallar ile evlilik süresince elde edeceği veya miras yoluyla sahip olacağı her şeyin tek sahibidir. Bu nedenle, eşler, alacaklılarının tek borçlusu ve borçlularının tek alacaklısıdırlar. ABGB. m. 1237'ye göre, eşler birbirlerinin malları üzerinde herhangi bir hakka sahip olmayıp, özellikle eşlerden biri, diğerinin parasını yönetme yetkisine sahip değildir[178]. Bunun tek istisnası, AGBG. m. 96'da düzenlenmiş olan, eşin birliği temsil yetkisidir (*Schlüsselgewalt*). Bu hükme göre, ev işlerini yürüten ve geliri olmayan eş, eşlerin yaşam standardı ile örtüştüğü ölçüde, günlük yaşam ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik hukukî işlemlerde diğer eşi temsil eder. Bu halde sözleşmenin tarafı ailenin geçimini sağlayan ve gelir elde eden eştir.

IV- FRANSIZ HUKUKU

A) GENEL OLARAK

19. yüzyılda Fransa'da, geleneksel sistemin iki tipik modeli vardı. Fransa'nın kuzeyinde yaygın bir şekilde geçerli olan 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu (*Code*

[178] **Rechberger**, Austria, s. 8.

Civil – CC.)[179], mal rejimi sözleşmesinin yokluğu halinde uygulanacak bir sistem olarak kazançların ve taşınır malların ortaklığı sistemini benimsenmişti. Fransa'nın güneyinde ise, Roma hukukuna dayanan geleneksel sistem, yani drahoma sistemi (*dotal system*), Fransız Medenî Kanunu'nun benimsenmesinden sonra bile popüler olmaya devam etmiştir[180].

Fransız Medenî Kanunu, eşlere evliliklerinde uygulanacak evlilik mal rejimini belli sınırlar içinde seçme hakkı tanıyordu. Ancak, açıkça böyle bir seçimin yapılmadığı hallerde yasal rejim uygulanıyordu. Yasal rejim, kazancın ve taşınır malların ortaklığını içeriyordu ve koca bu rejime göre mevcut ortak mallarla, kadının ayrılmış malları ve kocanın kendi malları olarak adlandırılan bütün fonun yönetiminde tek yetki sahibiydi[181]. Kazançların ve taşınır malların ortaklığı sistemine göre, evlenme anında eşlerden biri tarafından kazanılmış taşınmaz malların tamamı, bu malı kazanan eşin ayrılmış malı olarak kalmaya devam ediyordu. Ne zaman kazanıldığının önemi olmaksızın, eşlerin taşınır malları ve miras veya bağış yoluyla kazanılan taşınmaz mallar hariç olmak üzere, evlilikten sonra kazanılan taşınır-taşınmaz bütün mallar ortak bir fon oluşturmaktaydı. Koca ve kadın bu fon üzerinde eşit hakka sahip malîk sıfatını taşıyor, ancak, koca tek başına zilyet olma, gelir elde etme, yönetme ve tasarruf yetkisine sahip oluyordu. Koca, karısının evlilik öncesi taşınmaz malları üzerinde bile idare yetkisine sahipti. Kadın malîk olarak kalmasına rağmen, kocanın onayını almaksızın yaptığı herhangi bir temlik işlemini, koca iptal

---

179 Fransız Medenî tarihsel gelişiminin genel bir özeti için bkz. **Crabb, H. John**: The French Code Civil, Revised Edition (as amended to 1 July 1994), Deventer, The Netherlands 1995, s. xx-xxv.

180 **Glendon**, s. 27.

181 **Brown**, s. 308; **Baade, W. Hans**: "*Marriage Contracts in French and Spanish Louisiana: A Study in Notarial' Jusdictionce*", Tul. L. Rev., Vol. 53, 1978, s. 15.

ettirme yetkisine sahipti. Dahası, kadının ayrılmış mallarının geliri, kocanın idaresindeki ortak fona dahil olmaktaydı[182].

Drahoma sistemine göre ise, kadın yasal ehliyete sahip değildi; kadının sahibi olduğu fonla ilgili yetkisi olmadığı için, kocanın onayı gerekliydi. Mülkiyete, hangi malların ayrılmış mal ve hangilerinin kadının çeyizini (*dowry*) oluşturan mallar olduğunu gösteren evlilik sözleşmelerince karar verilirdi. Kadının çeyizi üzerinde, koca intifa ve yönetim hakkına sahipti; ancak, kocanın yetkisi, *common law*'daki yedieminlere benzer bir konumda olduğundan çok sınırlıydı[183].

Her iki geleneksel Fransız mal rejimi sisteminde de, kadını koruyucu yöntemler geliştirildi. Ortaklıktaki taşınır mallar ve kazanılan mallar, kadının, kocasının kötü yönetimine karşı dâva açma ve evlilik malları rejiminin sona ermesi halinde ortaklığı reddetme hakkıyla korundu. Kadın kendi taşınmaz mallarını ve belirli bazı eşyalarını borçsuz alma imkânına sahip oldu[184].

Fransız Medenî Kanunu ile kabul edilmiş olan kazançların ve taşınır malların ortaklığı rejimi yüz elli yıldan fazla sürdü. Ancak, yüzyılın değişmesinden sonra, sosyal ve ekonomik değişikliklerden habersiz olunduğu eleştirilerinin hedefi haline gelen Fransız Medenî Kanunu'nda, 13 Haziran 1907 tarihinde ilk değişiklik gerçekleşti [185]. Bunu, daha sonraki yıllarda yapılan bazı değişiklikler izledi ve 13 Temmuz 1965 tarihli[186], çok köklü değişiklikler yapan bir kanun tasarısı

---

182 **Glendon**, s. 27; **Baade**, s. 17.

183 **Glendon**, s. 27.

184 **Glendon**, s. 27-28.

185 **Brown**, s. 308-309.

186 1965 reformu 1 Şubat 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Eşler arasındaki yeni haklar ve yükümlülükler, eşlere evlenmeleriyle birlikte uygulanacaktır (CC. m. 9). Ancak, bu tarihten önce evlenen çiftler, evlilik malları rejimi olarak, yasal veya sözleşme rejimi olsun, eski kurallara tâbi olmaya devam edeceklerdir (CC. m. 10-11). Bu nedenle, taşınır malların ve kazançların ortaklığı

hazırlandı[187]. Bu değişiklik, yasal rejim olarak sadece kazançların ortaklığını tanımlamış, drohama sistemini ve rejimin değişmezliğine ilişkin temel ilkeyi[188] de yürürlükten kaldırmıştır[189]. 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu'ndaki bu değişiklik ile, Medenî Kanunun iki yüzden fazla maddesi yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamlı değişiklik, medenî hukukun en önemli konularından biri olan evlilik mal rejimlerinde kilit noktaların altının çizilmesini de gerektirmiştir[190]. 1965 yılında yapılan bu değişikliğe rağmen, evlilikte aileyi güçlendirme amacı taşıyan Fransız Medenî Kanunu, 4 Haziran 1970 yılına kadar aile otoritesinin bünyesine, ailenin reisi adı altında kocayı oturtmaya devam etmiştir[191]. Bu rolle, aile hayatının bütün

---

rejimi ve *dotal* rejim konusundaki eski hukuka ilişkin kuralların çoğu, uzun yıllar boyunca önemini korumaya devam edecektir. Fakat, bu genel kuralın bazı önemli istisnaları vardır. Örneğin, sözleşme yapmaksızın evlenen ve eski rejime tâbi olan çiftlere, ortaklığın yönetiminde ve tasarruf hakkında ve ayrılmış malların yönetiminde yeni kurallar uygulanır (CC. m. 10): Bu konuda ayrıntılar için bkz. **Brown**, s. 320-321.

187 Konunun tarihsel gelişiminin ayrıntıları için bkz. **Brown**, s. 308-311.

188 Belki de 1965 reformundaki en devrimci değişiklik, evlilik malları rejimindeki değişmezlik ilkesinin tamamıyla terkedilmiş olmasıdır. Geleneksel kökenli olan ve Fransız Medenî Kanununda somutlaşmış bulunan değişmezlik ilkesi, eşlerin işlemlerinden dolayı üçüncü kişileri ve kocasının etkisine ve onun yararına olan rejim değişikliğindeki yaptırımlara dayanamayan daha zayıf taraf olarak kadını kısmen korumayı amaçlıyordu: **Brown**, s. 319, dn. 96. Değişiklikle benimsenen sistem ise, mahkemelerce denetlenen değişebilirlik sistemidir ve CC. m. 1397'de düzenlenmiştir. Buna göre, evlilikten sonraki ilk iki yıl içinde değişikliğe izin verilmez; ancak, daha sonra, eşlerin başlangıçtaki evlilik malları rejiminin yasal veya sözleşmesel rejim olup olmadığına bakılmaksızın, eşler rejimlerini dönüştürmeye veya tamamen değiştirmeye karar verebilirler. Ancak bu değişiklik ailenin menfaatine bir değişiklik olmalıdır ve noter önünde yapılarak somutlaşan bu işlem, mahkemenin onayına sunulmak zorundadır.

189 **Brown**, s. 311.

190 **Brown**, s. 308.

191 **Bell, John - Boyron, Sophie - Whittaker, Simon;** Principles of French Law, Oxford 1998, s. 253, dn. 26.

yönlerini ilgilendiren kararları almada koca kesin bir yetkiye sahipti. Belki de en önemlisi kocanın ailenin malvarlığı üzerinde tam bir idare yetkisinin olmasıydı[192].

Parça parça yapılan reformlarla[193] eşler arasındaki eşitlik, karar alma, çocukların yetiştirilmesi ve malî konularda sonuçlar alınmış ve özellikle 1965 ve 1985 yıllarında yapılan iki temel reform, evlilik malları üzerinde, karı ve kocaya eşit şekilde tasarrufta bulunma ve yönetme yetkisi vermiştir[194].

B) SÖZLEŞME REJİMİ

Eşler kanunda düzenlenen rejimlerden birini seçerek, mal rejimi sözleşmesi yapabilirler. Bu konuda, genel bir özgürlüğe sahiptirler. Ancak, bu özgürlük mutlak bir özgürlük değildir; çünkü, eşler Fransız Medenî Kanunu m.1387-1388-1389'da düzenlenmiş olan genel hükümlere uymak zorundadırlar. Sözleşmeye dayalı ortaklık başlığını taşıyan Fransız Medenî Kanunu m. 1497'ye göre, eşler yasal rejimi, genel hükümlere aykırı olmamak şartıyla herhangi bir sözleşme türü ile değiştirebilirler. Eşler özellikle, ortaklığın taşınır malları ve kazançları içereceği, yönetime ilişkin kuralların değişebileceği, eşlerden birinin tazminat ödemesi şartıyla bazı malları ayırma yetkisine sahip olabileceği, eşlerin eşit olmayan paylar alabileceği, aralarında genel bir mal ortaklığı olacağı gibi konularda anlaşabilirler. Tarafların yaptığı evlilik malları sözleşmesinde düzenlenmemiş olan bütün sorunlar hakkında, yasal rejim kuralları uygulanmaya devam eder.

---

192 **Bell - Boyron - Whittaker**; s. 253.

193 1985 yılında yapılan kapsamlı değişiklikten önce, 1975 yılında da kanunda bazı değişiklikler yapılmıştı. Fransız Medenî Kanununda son değişiklik ise 1997 yılında yapılmıştır. Ancak, 1975 ve 1997 değişiklikleri, 1965 ve 1985 değişiklikleri kadar kapsamlı olmamıştır.

194 **Bell - Boyron - Whittaker**; s. 253.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, eşler mal rejimi sözleşmesini kanundaki bazı hükümlere uygun olmak şartı ile özgürce yapabilirler ya da kanunda belirtilmiş olan yasal rejim dışındaki malvarlığı rejimi türlerinden birini seçebilirler. Bunlar, mal ayrılığı, kazanç ortaklığı veya genel mal ortaklığı rejimleridir.

Mal ayrılığı rejimi (CC. m. 1536-1543), 1965 reformunda esaslı bir değişikliğe uğramamış, 1975 ve 1985 yıllarında yapılan değişikliklerde ise birer maddesi değiştirilmiştir[195].

Fransız Medenî Kanunu m. 1536'ya göre, eşler evlilik öncesinde yaptıkları bir sözleşme ile, sahip oldukları malvarlıklarının ayrılmış olacağına ilişkin bir şart koymaları halinde, kendi taşınır malları üzerinde, yönetim, tasarruf ve serbestçe temlik haklarına sahip olmaktadır. Ayrıca, eşlerin her biri, evlilikten önce veya evlilik süresince ortaya çıkan kendi borçlarından dolayı da tek başına sorumlu olmaya devam ederler. Eşlerin tek başına sorumluluklarını düzenleyen bu maddenin tek istisnası Fransız Medenî Kanunu'nun 220. maddesidir. Anılan maddeye göre, eşlerden her biri konutları veya çocukların eğitimiyle ilgili olarak tek başına sözleşme yapma yetkisine sahiptirler; böyle bir sözleşme ile ortaya çıkan borçlardan dolayı eşler müştereken ve münferîden sorumludur. Ancak müşterek ve münferit borç doğuran bu sözleşme, açıkça müsrif harcamalar içeriyorsa, sözleşmenin faydalı veya faydasız olmasına, sözleşmeyi yapan üçüncü kişilerin iyi veya kötü niyetli olmasına bakılmaksızın, diğer eşi bağlamaz.

Mal ayrılığı rejiminin ölümle veya boşanma ya da yasal ayrılık gibi nedenlerle sona ermesi halinde paylaştırmanın nasıl yapılacağı ise, Fransız Medenî Kanunu'nun 1542. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, eşlerden birinin ölümü ile

[195] 1975 yılında, Fransız Medenî Kanunu'nun 1542. maddesi; 1985 yılında ise 1543. maddesi değişikliğe uğramıştır.

evliliğin sona ermesi halinde, eşler arasındaki bölünmemiş malların paylaşımı, paylaşımla ilgili tüm şekil kuralları, bölünmemiş mülkiyetin muhafazası ve öncelikli hisseler-ödemeler, teminatlar ve bilanço gibi konular, miras[196] başlığı altında düzenlenmiş kurallara tâbidir.

Fransız hukukunda yasal miras konusunda öncelik sırası şöyledir: murisin çocukları ve torunları, annesi ve babası, erkek ve kız kardeşleri ve onların çocukları ve diğer üstsoy. Sağ kalan çocuklar, malvarlığı üzerinde eşit pay alırlar. Muristen önce ölen çocukların altsoyu ailesinin payını "temsilci olarak" alır. Sağ kalan eşin payı, miras bırakanın hangi akrabasının sağ kaldığına bağlıdır. Murisin çocukları varsa, sağ kalan eş sadece malların ¼'u üzerinde intifa hakkına sahiptir; murisin sağ kalan çocuğu yok, ancak annesi veya babası veya kardeşleri ya da kardeşlerinin çocukları varsa, sağ kalan eş malların ½'si üzerinde intifa hakkı alır; eğer murisin aynı çizgide hiç akrabası kalmamışsa (ana veya baba soyundan gelen), amcalar, dayılar, teyzeler, halalar ve kuzenler hariç, sağ kalan eş malvarlığının yarısı

[196] Tarihsel olarak, Fransız miras hukukunda öncelikli sorun, sağ kalan eşin ihtiyaçlarının karşılanmasından veya kişisel moral desteğinden çok, ailedeki malları alıkoyarak *patrimoine de famille* yi korumaktır. Bu yaklaşımın esası, hâlâ, ölüm halinde aile mallarının intikaline ilişkin günümüzdeki hükümlerin temelini oluşturur. Dikkat çekici şekilde *common law* hukukçuları için, mutlak bir tasarruf özgürlüğü yoktur; çünkü kişisel malların belirli bir oranı miras bırakanın sadece eşi için değil, alt ve üst soyundaki bazı mirasçıları için ayrılmıştır: **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 256-257. Fransız Medenî Kanunu m. 913'e göre, sağlar arasında veya vasiyetname ile yapılan karşılıksız kazandırmalar, tasarrufta bulunan kişinin malvarlığının ½'sini geçemez. Eğer miras bırakan öldüğünde bir çocuğu varsa, bu çocuk malvarlığının ½ sini alır; sağ kalan çocuk iki tane ise, bu çocuklar malvarlığının 2/3'ünü birlikte paylaşır; eğer sağ kalan çocuk sayısı üç ya da daha fazla ise, bu çocuklar malların ¾'ünü birlikte paylaşır. Eğer altsoy yoksa, üst soydaki sağ kalan akrabalar malların ¼'unu m. 914'e göre paylaşır.

üzerindeki mülkiyetin tamamını alır. Eğer murisin herhangi bir kan hısımı yoksa, sağ kalan eş malvarlığının tamamını alır[197].

Görüldüğü gibi, mal ayrılığı rejiminde ortak fon yoktur ve böylece *régime primaire* hükümlerinin konusu, kendi ayrılmış mallarının malîki ve yöneticisi, koca ve kadındır. Eşler, ev veya çocuklar için yapılan masraflar hariç, kendi borçlarından dolayı sorumludur. Eşlerden birinin kendi iş yerine sahip olduğu hallerde, ticarî alacaklılar tarafından yapılacak taleplerden diğerlerini korumak için sıklıkla seçilen bu rejim, evlilik malvarlığı sözleşmesi yapmayı seçen çiftlerin % 60'ından fazlası tarafından da benimsenmiştir. Bu rejimin ilkeleri, anlaşmanın en basit şartlarını içermesine rağmen, evliliğin son bulması üzerine, özellikle taşınır malların malîkine kolayca karar verilemediği için sorunlar ortaya çıkar. Ayrıca, evliliğin sona ermesi üzerine, eşlerden birinin diğerinin malvarlığına para veya başka bir şekilde katkısının ortaya çıkması halinde, bu rejim çok kötü bir şekilde etkilenebilir. Ancak, Fransız mahkemeleri sebepsiz zenginleşme hukukunda düzenlemiş olan tazminata ilişkin hükümlerle, bu kötü etkiyi hafifletme eğilimlidir. Örneğin, kadının kocasının işyerinde herhangi bir ücret almadan çalışması ihtimalinde olduğu gibi[198].

Fransız Medenî Kanunu tarafından düzenlenmiş diğer mal rejimleri çok az kullanılmaktadır. İskandinav hukukundan etkilenmiş olan ve 1965 yılında tecrübe edilmek için getirilen kazanç ortaklığı rejimi (CC. m. 1569-1581), evlilik süresince mal ayrılığı anlaşmasını ve evliliğin sona ermesi halinde malların paylaştırılmasını içerir. Evlilik malları sözleşmelerinin sadece % 3'ünde bu rejim kullanılmaktadır[199].

---

197 **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 257-258

198 **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 255-256.

199 **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 256.

Fransız Medenî Kanunu m. 1569'a göre, eşler kazanç ortaklığı rejimini seçtiklerini bildirirlerse, her biri kendi malları üzerinde yönetim, tasarruf ve serbestçe temlik haklarına, malların evlilik süresince kazanılmış veya miras, bağış veya satın alma yoluyla sonradan kazanılmış olması arasında fark gözetmeksizin sahiptir. Evlilik süresince bu rejim, eşler mal ayrılığı rejimine göre evlenmiş gibi işlev görür. Rejimin sona ermesi halinde, her bir eş, diğerinin malvarlığındaki net kazancın yarısı değerinde pay alma hakkına sahiptir ve başlangıçtaki ve sonuçtaki malvarlığının kıymeti takdir edilerek hesaplama yapılır.

Fransız Medenî Kanunu m. 1578'e göre, evlilik malları rejiminin sona ermesi üzerine, eşler sözleşmeye göre tasfiye yapılması konusunda fikir ayrılığına düşerlerse, eşlerden biri tasfiye işleminin mahkeme tarafından yapılması için yargı yoluna başvurabilir. Yine, aynı madde uyarınca, mahkemeden tasfiye talep edilebilmesi, evlilik malları rejiminin sona ermesinden itibaren 3 yıl içinde mümkün olabilir; daha sonra bu talep zamanaşımına uğrar.

Genel mal ortaklığı rejimi, tek bir maddede, Fransız Medenî Kanunu m. 1526'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, eşler mevcut ve gelecekteki taşınır ve taşınmaz malları üzerinde evlilik öncesi sözleşmeyle genel bir ortaklık tesis edebilirler. Ancak, aksine hüküm hariç, m. 1404'de belirtilen münferit mülkiyete tâbi mallar[200] bu ortaklığın doğasına aykırıdır. Genel mal ortaklığı, eşlerin mevcut ve gelecekteki borçlarının tamamını bütünüyle kapsamaktadır. Bu rejim, sıklıkla tercih

[200] Fransız Medenî Kanunu m. 1404'e göre, eşlerden sadece birinin şahsî kullanımına ait mallar, bedensel veya ruhsal zararı tazmine yönelik faaliyetler, devredilemez haklar ve emeklilik aylıkları, şahsî niteliğe sahip tüm mallar ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, evlilik süresince edinilmiş olsa bile, malın niteliği gereği ayrılmış malları oluşturur.

edilen bir rejim değildir; uzun yıllardan beri evli çiftler tarafından nadiren kabul edildiği gözlenmiştir[201].

C) YASAL REJİM

Fransız Medenî Kanunu, *régime primaire*[202] kuralları konusunda, kamu yararı ve miras hukukuna ilişkin bazı şartların dikte ettirilmesine, eşlerin serbestçe bir rejim seçmesine (CC. m. 1497) ve mal ayrılığı (*separation of property - separation des biens*, m. 1536 ilâ 1543), kazanç ortaklığı (*participation in acquisitions - participation aux acquêts,* CC. m. 1569 ilâ 1581), genel mal ortaklığı (*universal community property - communauté universelle,* CC. m. 1526) ve sonradan kazanılan mallarda ortaklık (*community of after-acquired property - communauté réduite aux acquêts,* CC. m. 1400 ilâ 1491) rejimlerini de içeren bazı rejim türlerinin uyarlanabilmesine veya bu tür bir sözleşmede özel hükümlerin düzenlenmesine olanak verir[203].

Bu rejimlerden sonuncusu, yani 'sonradan kazanılan mallarda ortaklık', yasal rejimdir[204] ve Fransız Medenî Kanununda çok ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunun 1400. maddesi uyarınca, eşler resmî bir mal rejimi sözleşmesi tasarlayıp

---

201 **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 256.

202 Fransız çiftler, evlenerek, şahsî davranışlarıyla ilgili kurallar, evlilikteki sorumlulukları ve mallarının mülkiyeti ve yönetiminde detaylarla bağımlı hale gelirler. Medenî Kanunun, 212 ilâ 226. maddeleri, ideal evlilik modeli ve aile hayatını düzenler ve eşlerin evli olmasından kaynaklanan hakların ve yükümlülüklerin çerçevesini belirler ve bu çerçeve *régime primaire* olarak adlandırılır. Buna göre, eşler birbirlerine karşı vefalı olmak, birbirlerini karşılıklı olarak desteklemek ve yardımcı olmak, birlikte yaşamak, çocukları birlikte yetiştirmek, birbirlerine moral vermek gibi yükümlülükler altındadırlar: Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 253.

203 **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 254.

204 **Bergmann - Ferid** – Chaussade-Klein, Bernadette: 142. Lieferung, s. 40b.

bunu noter tarafından onaylatarak farklı bir düzenlemeyi seçmedikçe, bu rejim kendiliğinden uygulanır. Fransız çiftlerin %10'u mal rejimi sözleşmesi yapmayı tercih etmektedirler[205].

Yasal rejim, kadının, kocanın ve ortaklığın fonu olmak üzere, üç malvarlığı fonu üzerine tesis edilmiştir. Ortaklığın fonu genellikle en geniş kapsamlısıdır. Evlilik anında aktif ve pasiflerle boş olan ortaklık fonu, bağış veya miras yoluyla kazanılan ve eşlerden her birinin alacaklısı tarafından iddiaya açık mallar (*le passif de la communauté*) hariç, evlilik süresince kazanılan tüm taşınır ve taşınmaz mallardan (*l'actif de la communauté*) oluşur. Diğer bütün mallar kazananın ayrılmış malı olarak kalır[206].

Fransız Medenî Kanunu, m. 1428'e göre, evlilik süresince, her bir eş kendi ayrılmış malları ve ayrıca ortak mallar üzerinde serbestçe yönetim ve tasarruf yetkisine sahiptir. Ancak Kanunun 1424 ve 1425. maddelerine göre, eşlerden biri, diğerinin onayı olmaksızın, taşınmaz mal, ticarî mal ve ortaklığa ait yatırımlar üzerinde veya şirket üzerindeki devredilemez haklar ve devredilirken kamu ilânı gerektiren taşınır mallar üzerinde ipotek veya devir işlemlerini yapamaz. Aynı şekilde, eşlerden birinin tarımsal bölgedeki veya ticaret veya endüstride kullanılan taşınmaz malları, diğerinin izni olmaksızın kiraya verilemez veya ortaklığa ait bir geminin kullanımına müsaade edemez. Ortaklığa ait diğer mallar üzerindeki kiralama işlemlerini eşlerden biri tek başına yapabilir. Ayrıca, aile konutu konusunda da özel hükümler bulunmaktadır.

1965 reformu ile eşi koruyan önemli bir düzenleme kabul edilmiştir. Bu düzenleme Kanunun 1429. maddesinde ifadesini bulmuştur. Buna göre, eşlerden

---

205 **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 254.

206 **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 255.

birinin isteklerini ifade etmede sürekli olarak ehliyetsiz hale gelmesi veya kendi ayrılmış mallarını telef ederek veya bu malların gelirini israf ederek ya da boşa harcayarak ailenin menfaatlerini tehlikeye atması halinde, diğer eşe mahkemeye başvurma ve ayrılmış mallarının yönetim yetkisinin kendisine verilmesini talep etme yetkisi verilmiştir. Bu durumda mahrum bırakılan eş, sadece kendi malları üzerinde çıplak mülkiyet hakkına sahip olur. Ancak, daha sonra, kendisinin mahrum bırakılmasına neden olan sebeplerin ortadan kalktığını ileri sürerek mahkemeden haklarının iadesini talep edebilir. Ayrıca, bu reformdan önce, uygulamada pek çok kadının, kocalarına kendi mallarının yönetimini bırakmayı memnunlukla karşıladığı fark edilmiş ve bu nedenle, yönetime ilişkin ama tasarruf etme hakkını içermeyen durumlarda, karısı tarafından kocaya zımnî temsil yetkisi verilmiş farz edileceği kabul edilmiştir (CC. m. 1432). Koca, davranışlarından dolayı temsilci olarak normal bir sorumluluğa tâbi olacaktır. Kendi mallarının yönetimini karısına bırakan koca veya açıkça verilmiş bir temsil yetkisinin olması halinde de bu ilkeler uygulanır (CC. m. 1431).

Fransız Medenî Kanunu, 1421-1440 maddeleri arasında düzenlenmiş olan, ortak ve ayrılmış malların yönetimi başlığını taşıyan Bölüm II, Kısım I ve Fasıl II, 1985 yılındaki değişiklikten sonra şöyle bir düzenleme getirmiştir[207]: Fransız Medenî

[207] 1965 yılında yapılan reformla getirilen yasal rejimle, cinsiyetler arasında eşitlik Fransız Parlamentosunda hatırı sayılır derecede desteklenmesine rağmen, ortaklığın yönetiminde eşler arasında müşterek bir yönetim sistemi benimsenmemiştir. Kocanın yönetim yetkisindeki geleneksel ilke büyük ölçüde korunmuş, ancak, bu ilke ortaklık mallarını etkileyen pek çok önemli işlemde kocanın, kadının iznine ihtiyaç duyması suretiyle aşılmıştır. Böylece, koca ortaklık malları üzerinde bağış yapabilmek (Eski CC. m. 1422) veya taşınmaz mülkiyetini devretmek veya ortaklığın bir kısmı üzerinde iktisadî veya ticarî bir kuruluş tesis edebilmek için (Eski CC. m. 1424) bu işlemleri yapmadan önce karısının iznine ihtiyaç duyar hale gelmişti: **Brown**, s. 313. Koca satım sözleşmesi yapamaz, hava aracı, deniz aracı gibi taşınmazları veya

Kanunu'nun 1421. maddesine göre, her bir eş, ortak malları tek başına yönetme ve bu mallar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Karı veya koca yönetimle ilgili hatalarından dolayı sorumludurlar. Kendi işine sahip olan eş, işiyle ilgili olarak da, tek başına yönetim yetkisine ve gerektiğinde temlik yetkisine sahiptir. Ayrıca, m.1422'ye göre, eşlerden biri diğerinin onayı olmaksızın, ortak mallar üzerinde sağlar arası bir işlemle karşılıksız tasarruflarda bulunamaz[208].

Evliliğin sona ermesi üzerine, her eş kendi ayrılmış mallarını alıkoyar. Ortaklık kendi içinde dağılır ve ortaklığın aktif ve pasifleri eşit olarak bölünür. Ortak fonun ayrı olarak kazanılmış taşınmaz malın muhafazası için kullanılması gibi, mallarda karışmanın olması halinde, tanzim kuralları, fonun ayrı ayrı yeniden düzenlenmesiyle olanaklı hale gelir[209].

Ortaklıkta sorumluluk konusuna gelince, bu konuda temel değişiklik ve sadeleştirme, eşlerden birinin evlilik öncesi borçlarının onun kişisel borcu olarak kalacağı ve ortaklığı bağlamayacağı kuralıdır (CC. m. 1410). Aynı kural, evlilik süresince eşlerden birine, mirasa bağlı olarak bırakılan borçlar için de uygulanır.

---

devredilemeyen payları borçlanamaz veya satamazdı. Kocanın kira yetkisi de kısıtlanmıştır: kocanın ortak mallar üzerinde ticarî veya tarımsal kira sözleşmesi yapabilmesi için karısının izni gerekirdi (Eski CC. m. 1424). Bütün bu durumlarda, üçüncü kişiler, tasarruf işlemi için kadının imzasının eklenmesi konusunda ısrar etmeliydiler. Kadının izninin gerekli olduğu yerde, bu izin yoksa dâvayla bu devir işlemi iptal edilebilirdi. Ancak, kadın bu ihlali öğrenmesinden itibaren 2 yıl içinde bu hakkını kullanmalıdır (Eski CC. m. 1427). Koca, ortak mallar üzerindeki yönetiminden kaynaklanan herhangi bir hatadan dolayı karısına karşı sorumludur (Eski CC. m. 1421).

208 1985 yılında yapılan değişiklikten önce bu madde, "Koca ortak mallar üzerinde, karısının izni olmadan sağlar arası bir işlemle karşılıksız tasarruflarda bulunamaz" şeklindeydi.

209 **Bell - Boyron - Whittaker**, s. 255.

İ K İ N C İ B Ö L Ü M

KARŞILAŞTIRMALI KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA VE MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERDE EVLİLİK MALLARI

§ 1- KARŞILAŞTIRMALI KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA EVLİLİK MALLARI

Milletlerarası özel hukukta, evlilik malları ile ilgili olarak, *civil law* ülkelerinin pek çoğunda tek bir yaklaşım benimsenmiştir. Şöyle ki, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak gösterilen hukuk; örneğin, tarafların millî hukuku veya ikametgâh hukuku, taşınır ve taşınmaz mallarla ilgili tüm uyuşmazlıklara uygulanır[1]. Oysa, *common law* dünyasındaki eğilim, evlilik malları ile ilgili kanunlar ihtilâfı sorunları söz konusu olduğunda, taşınır ve taşınmaz mal ayrımı yapmak ve bu mallar için ayrı bağlama kuralları benimsemektir[2].

Civil law ülkelerinde, taşınır ve taşınmaz mal ayrımı olmamasına rağmen, bir bütün olarak evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda farklı bağlama kuralları

---

j[1] **Scoles**, s. 22. Tek bir yaklaşımın benimsendiği ülkelerden biri de, İsrail'dir: **Shava, Menashe**: "*Israeli Conflict of Laws Relating to Matrimonial Property-A Comparative Commentary*", ICLQ., Vol. 31, 1982, s. 307.

[2] **Scoles**, s. 22.

kabul edilmiştir. Bazı yasal sistemler, konuyu, millî hukuk ilkesine bağlamışken[3], bazılarında da ikametgâh ilkesi[4] benimsenmiştir.

Bu başlık altında öncelikle bazı *common law* ülkelerinde (Amerika ve İngiltere), daha sonra da bazı *civil law* ülkelerinde (Almanya, Avusturya, İsviçre ve Fransa) evlilik mallarına uygulanacak hukukun nasıl düzenlendiği incelenecektir.

I- *"COMMON LAW"* SİSTEMİ

A) AMERİKAN HUKUKU

1- GENEL OLARAK

Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukunda, 1950'li yılların sonu, 1960'lı yılların başında köklü bir değişim gerçekleşmiştir. Pek çok Amerikan eyaleti, model alınan geleneksel İngiliz hukuk seçimi yaklaşımını terk etmiş ve menfaat analizini (*interest analysis*) benimsemiştir. Ancak, genellikle Amerika'da menfaat analizinin kabulü, sözleşme ve haksız fiillere ilişkindir. Başka bir anlatımla, Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukundaki bu değişim, borçlar hukuku alanı dışında küçük bir etkiye sahiptir. Bu konudaki tek istisna, yeni hukuk seçimi yaklaşımıyla, evlilik malları konusundaki hukuk seçimi alanındadır[5].

---

[3] Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, Belçika, Bulgaristan, Finlandiya, Mısır, Guatemala, Macaristan, İran, Japonya, Filipinler, Polonya, Portekiz, Romanya, İspanya, Yunanistan, İsveç, Suriye, Fas millî hukuk ilkesini benimsemiştir: **Shava**, s, 116, dn. 3.

[4] Anglo-Amerikan ülkeleri, Danimarka, Norveç, İsviçre, Arjantin, Paraguay, Peru, Brezilya ise ikametgâh hukuku ilkesini kabul etmiştir: **Shava**, s. 307, dn. 2.

[5] Menfaat analizinin evlilik mallarına ilişkin uyuşmazlıklarda çok büyük bir etkisi olmamasına rağmen, tamamen etkisiz de değildir. Evlilik malları konusunda menfaat analizinin uygulandığı, emsal dâva, 1967 yılında New York'da görülen *In re Estate of Crichton* dâvasıdır (228 N.E. 2d. 799, NY. 1967). Bu dâvada sorun, ölümünden 27 yıl önce ayrıldığı ikinci eşin, Louisiana hukukuna göre, taşınır malları üzerinde mal ortaklığı hakkı iddia edip edemeyeceği ve New York hukukunda kabul edildiği gibi, miras bırakanın vasiyetnamesinin sınırlandırılıp

Evlilik malları, eşler arasındaki sarih bir sözleşme tarafından idare edilebilir[6]. Geçerli, sarih bir sözleşme varsa, mevcut rejimi değiştirmek, bazı malları değişiklikten hariç tutmak gibi pek çok konuyu bu sözleşme idare eder. Böyle bir sözleşmenin yokluğunda ise, en yakın irtibatlı eyalet hukukuna tâbi olarak, Amerikan maddî hukukunda belirttiğimiz, mal rejimlerinden biri kabul edilir veya kabul edildiği farz edilir[7]. Pek çok davada, aile ve evlilikle ilgili konularda en yakın irtibatlı hukukunun tarafların ikametgâhı hukuku olduğu görülmüştür.[8].

Amerika Birleşik Devletleri'nde evlilik malları ile ilgili kanunlar ihtilâfı konusunda ortaya çıkabilecek sorunları şu örnek çok açık bir şekilde ortaya

---

sınırlandırılamayacağıdır. Miras bırakan koca, Louisiana'da doğmuş, fakat New York'da ikamet etmiş ve orada ölmüştü. İkinci evliliğinin evlilik ikametgâhı, New York'du. Mahkeme, hem evlilik malları ile ilgili soruna, hem de mirasla ilgili soruna New York hukuku uygulamıştır: **Davie**, s. 867. New York mahkemelerindeki bu ve buna benzer gelişmeler miras ve evlilik malları alanında menfaat analizinin etkisi üzerinde bazı soru işaretlerine neden oldu ve menfaat analizinin bu alanlardan uzaklaşma ihtimalini akla getirdi. Menfaat analizinin rolü üzerinde bazı şüphelerin ortaya çıktığı ilk dâva ise, 1981 yılında görülen *Estate of Renard* dâvasıdır (437 N.Y.S. 2d. 860; NY. 1981). Evlilik malları konusundaki uyuşmazlıklarda, menfaat analizi ile ilgili New York mahkemelerinde görülen bu dâvalar, menfaat analizi görüşünün kötüye kullanımının açık olduğunu göstermiştir. Dahası, menfaat analizi, evlilik malları uyuşmazlıkları alanında kullanıldığında, kullanıldığı diğer alanlarda olduğu gibi, gizli hukuk seçimi güdüsünde olan mahkemeler tarafından her zaman kendi hukuklarının uygulanması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanarak uygulanmasına elverişli bir kural olduğu dile getirilmektedir: **Davie**, 869-870. Menfaat analizine getirilen eleştiriler için bkz. **Weintraub, J. Russell**: Symposium on Interest Analysis in Conflict of Laws: "*A Defense of Interest Analysis in the Conflict of Laws and the Use of That Analysis in Products Liability Cases*", (Interest Analysis), Ohio St. L. J., Vol. 46, 1985, s. 493-503.

6 **De Funiak - Vaughn**, s. 217-218; **Siehr**, *Domestic Relations*, s. 51; **Graham**, Premarital Agreements, s. 1038; **Bix, H. Brian**: "*Choice of Law and Marriage: A Proposal*", Fam. L. Q., Vol. 36, s. 265.

7 **Burns, E. Darrell**: Case Comment: "*De Nicols v. Curlier Revisited*", 14 Osgoode Hall L. J., 1976, s. 797.

8 **Hay - Scoles**, s. 468.

koymaktadır. Farz edelim ki, evlilik malları rejiminde, mal ayrılığı rejimini kabul eden Georgia eyaletinde ikametgâh sahibi olan E, mal ortaklığı rejimini kabul eden California eyaletinde ikametgâh sahibi K ile evlenir, her biri kendi eyaletlerindeki mallarının maliki olan çift, Georgia'da yaşamlarına devam eder. Eşlerden birinin edindiği malda, diğerinin hakkı hangi hukukça belirlenecektir? Mallar bir eyaletten başka bir eyalete taşındığında ne olur? Eşlerin Georgia'da birkaç yıl yaşadıktan sonra ikametgâhlarını mal ortaklığının benimsendiği bir eyalet olan Teksas'a taşımışlarsa, bundan sonra kazanılan mallar veya yapılan yatırımlar ne olacaktır? Taşınma anında kazanılmış olan malların yer değiştirmesi, bu mallar üzerindeki hakları ne şekilde etkiler[9]? Bu soruların yanıtlanabilmesi için, Amerika Birleşik Devletleri'nde geçerli olan, evlilik mallarında taşınır ve taşınmaz mal ayrımı yapılması ve her bir mal türünün evlilikten önce veya sonra kazanılmış olmasına göre, hangi hukukun uygulanacağı meselesinin ele alınması gerekir.

2- BAĞLAMA NOKTALARI

a) Sübjektif Bağlama

Yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, taraflar evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçme imkânına sahiptir. Genellikle, Amerika Birleşik Devletleri'nde, hem mal ortaklığını, hem de mal ayrılığını benimsemiş eyaletlerde, eşler evlilik mallarına uygulanacak hukuku, evlilikten önce veya sonra[10] yapacakları sözleşme ile belirleyebilir veya yapılmış olan bir sözleşmeyi değiştirilebilir[11]. Eşler evlilik mallarına uygulanacak hukuku belirleyen

9 **Hay - Scoles**, s. 467-468.

10 **Scoles**, s. 30-31; **Leflar - McDougal - Felix**, s. 657-658.

11 **Hay - Scoles**, s. 489.

böyle bir sözleşme yapmışlarsa, objektif bağlama noktaları olan, taşınır mallar için evlilik ikametgâhı hukuku ve taşınmaz mallar için malın bulunduğu yer hukuku dışında başka bir hukuku seçebilirler veya sadece kendi haklarının ne olacağı konusunda düzenleme yapabilirler[12]. Evlilik mallarına uygulanacak hukuku belirleyen veya değiştiren sözleşme, taraflarca belirlenen hukuka göre geçerliyse, genellikle diğer eyaletlerde de geçerliliğini koruyacaktır ve bu sözleşme, bazı nedenlerle uygulanacak hukuk tarafından yasaklanmadıkça tarafların haklarını idare edecektir[13]. Bunun yanında, Amerikan mahkemeleri, kural olarak, "zımnî sözleşme" teorisini reddetmektedir[14].

Amerika Birleşik Devletleri'nde, eşlerin yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçme yetkisine sahip olduğu tartışmasız olmakla beraber, bu yetkinin ne kadar geniş olduğu çok açık değildir. Bu alanda açılmış dâva yoktur; tarafların hukuk seçimlerinin, makul şekilde sınırlandırılması muhtemeldir[15]. Genellikle, eşler tarafından seçilen hukukun uygulanması onaylanırken[16], eski dönem dâvalarda, tarafların niyetlerini ve beklentilerini karşılayacak hukukun uygulanması yönünde kararlar da verilmiştir[17]. Restatement II, kesinlikle en sıkı irtibatlı eyalet hukukunu gösterir[18].

---

12 **De Funiak - Vaughn**, s. 217-218. **Leflar - McDougal - Felix**, s. 658.

13 Second Restatement, Conflict of Laws, m. 235 ve m. 258; **Hay - Scoles**, s. 490; **Minor**, s. 179.

14 **Leflar - McDougal - Felix**, s. 658.

15 **Scoles**, s. 24.

16 **Spaht, S. Katherine - Symeonides, C. Symeon**: Symposium (Part II): "*Covenant Marriage and the Law of Conflict of Laws*", Creighton L. Rev., Vol. 32, 1999, s. 1112-1113.

17 Örnek dâvalar için bkz. **Neuner, Robert;** "*Marital Property and the Conflict of Law*", La. L. Rev., Vol. 5, 1943, s. 182, dn. 55.

18 Second Restatement, Conflict of Laws, m. 258.

b) Objektif Bağlama

aa) Taşınmaz Mallar Bakımından

aaa) Evlilik Anında Mevcut Taşınmaz Mallar

Amerika Birleşik Devletleri'nde, taşınmaz mallarla ilgili sorunların, malın bulunduğu yer hukukuna (*lex rei sitae*) tâbi olacağı görüşü yaygındır. Bu görüşe göre, evlilik ilişkisine bağlı olarak, eşlerden birinin evlilik anında mevcut taşınmaz malı üzerinde, diğer eşin nasıl bir menfaate sahip olduğuna malın bulunduğu yer hukuku cevap verir[19]. Ayrıca, malın bulunduğu yer hukuku, atfın mümkün olup olmayacağına da yanıt verecektir[20]. Evlilik anında mevcut olan mallar üzerinde, mal ortaklığı hakkı olmadığı için, taşınmaz mallarla ilgili konularda, sadece evlilik anında taşınmaz mal üzerindeki *dower* hakkı şeklinde mal ortaklığı ortaya çıkar. Son yıllarda, mal ayrılığını benimsemiş olan bütün eyaletler, *dower'*dan uzaklaşmakta ve bunun sonucu olarak da taşınmaz mallar konusunda kanunlar ihtilâfı sorununa pek az rastlanmaktadır[21]

---

19 Second Restatement, Conflict of Laws, m. 233; **Beale, H. Joseph**: A Treatise on the Conflict of Laws, B. 2, New York 1935, s. 952; **Leflar - McDougal - Felix**, s. 644; **Hay, Peter**: "*The Situs Rule in European and American Conflicts Law-Comperative Notes*", (The *Situs* Rule), Property Law and Legal Education, Essays in Honor of John E. Cribbet, 1988, s. 116-120; **Leflar, A. Robert**: "*Community Property and Conflict of Laws*", Cal. L. Rev., Vol. 21, 1932-1933, s. 221; **Hay - Scoles,** s. 470; **Minor, C. Raleigh**: Conflict of Laws, Boston 1901, s. 174. Malın bulunduğu yer hukukunun ilk uygulaması 1933'de *Hutchison v. Ross* dâvasında (187 N.E. 65, NY. 1933) görülmüştür: **Davie**, s. 865-866. Louisiana eyaletinde miras ve evlilik mallarına ilişkin olarak, malın bulunduğu yer hukuku kuralına getirilen istisnalar ve bu konuda yapılan yorumlar ve taslak metni için bkz. **Symeonides, Symeon**: "*Louisiana's Draft on Successions and Marital Property*", A.J.C.L., Vol. 35, 1987, s. 259-293.

20 Evlilik mallarına ilişkin konularda malın bulunduğu yer hukuku, ikametgâh hukukuna göre, daha fazla bir yarar sağladığı için, malın bulunduğu yer hukukunun tamamı göz önüne alınır: **Hay - Scoles**, s. 470.

21 **Hay - Scoles**, s. 470-471.

bbb) Evlilikten Sonra Kazanılmış Taşınmaz Mallar

Taşınmaz mallarla ilgili olarak önemli kanunlar ihtilâfı sorunları, evlilik süresince kazanılan taşınmaz mallarla ilgili olarak ortaya çıkar. Restatement II'de, evlilik süresince eşlerin herhangi biri tarafından kazanılmış taşınmaz mallar üzerinde evliliğin etkisinin, malın bulunduğu yer hukuku tarafından idare edileceği belirtilmiştir[22].

Gerçekten de, evliliğin taşınmaz mallar üzerindeki etkisi ile ilgili olarak, malın bulunduğu yer hukuku, literatürde kabul edilen[23] ve mahkemeler tarafından da ısrarla uygulanan hukuktur.

bb) Taşınır Mallar Bakımından

Amerika Birleşik Devletleri'nde, evliliğe ilişkin taşınır mallarla ilgili uyuşmazlıklarda, geleneksel kanunlar ihtilâfı kuralları hâlâ etkili olmaya devam etmektedir. Mahkemelerin benimsediği kurallar, bazı farklılıklar göstermekle

---

[22] Second Restatement, Conflict of Laws, m. 234; ayrıca dâva örnekleri için bkz. **Davie**, s. 870-872. Evlilikten sonra kazanılan malları idare edecek hukuk konusunda Restatement'in benimsediği yaklaşım ve bunun Louisiana eyaletinde benimsenen düzenleme ile karşılaştırması için bkz. **Mill, H. George**: "*Conflict of Laws: Property Acquired After Marriage*", La. L. Rev., Vol., 35, 1974-1975, s.125-133.

[23] **Goodrich, F. Herbert - Scholes, F. Eugene**: Handbook of the Conflict of Laws, B. 4, 1964, s. 245; **De Funiak - Vaughn**, s. 226-227; **Cook, Walter Wheeler**: The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, Cambridge, Mass (Harvard University Press), 1942, s. 252-283; **Goodrich, F. Herbert**: "*Marital Property and the Conflict of Laws*", (Matrimonial Property), W. Va. L. Q., Vol. 30, 1923-1924, s. 62-63; **Lintner, Mary Janice**: "*Marital Property Rights and Conflict of Laws When Spouses Reside in Different States*", (Marital Property), Comm. Prop. J., Vol. 11/4, 1984, s. 294-295; **Lintner, Mary Janice**: Notes: "*Marital Property Rights and Conflict of Laws When Spouses Reside in Different States*", (Notes), Journal of Family Law, Vol. 22, 1983-1984, s. 323-324; **Weintraub, J. Russell**: Commentary on the Conflict of Laws (Conflict of Laws), B. 4, New York 2001, s. 551; **Hay - Scoles**, s. 471-472.

birlikte, kural olarak, evlilikten önce kazanılmış taşınır mallarla ilgili olarak ortaya çıkan sorunlarda, ilk evlilik ikametgâhı hukukunun[24], evlilikten sonra kazanılan taşınır mallarla ilgili olarak da, malların kazanılma anındaki evlilik ikametgâhı hukukunun uygulanacağı şeklindedir[25].

aaa) Evlilik Anında Mevcut Taşınır Mallar

Günümüzde, Amerika Birleşik Devletleri'nde, evlilik anında mevcut taşınır mallarla ilgili bir sorun olması ihtimali yoktur; çünkü, evlenme ile, diğer eşin taşınır malları üzerinde, evliliğe ilişkin derhal bir hak sağlayan eyalet artık bulunmamaktadır[26].

bbb) Evlilikten Sonra Kazanılmış Taşınır Mallar

Amerika Birleşik Devletleri'nde, evlilikten sonra kazanılan taşınır mallar üzerinde ortaya çıkan sorunlara, ya malın kazanıldığı andaki evlilik ikametgâhı hukukunun, bazen de eşlerin evliliklerini takiben bağlı oldukları ortak ikametgâh hukukunun uygulandığı görülmektedir [27].

---

[24] **Marsh**, 184.

[25] **Cavers**, **F. David**: "*Contemporary Conflicts Law in American Perspective*" (American Perspective), Rec. Des. Cours, Vol. 131, 1970/III, s. 131.

[26] Günümüzde sorun olmayan bu konuyla ilgili, önemli sayıda eski dâva bulunmaktadır; 1800 ile 1900'lü yılların başında görülmüş olan bu dâva örnekleri için bkz. **Beale**, s. 1013, dn. 1; **Hay - Scoles**, s. 475, dn. 2; bu dâvalarda, genel olarak "ilk evlilik ikametgâhı", evlilik anında kocanın ikametgâhı olarak değerlendirilmiştir: **Goodrich**, Matrimonial Property, s. 63-64; **Goodrich - Scoles**, s. 248-249; **Harding, Leon Arthur**: "*Matrimonial Domicil and Marital Rights in Movables*", Mich. L. Rev., Vol. 30, 1931-1932, s. 867-868; **Leflar**, s. 221-222; **Stumber**, s. 54-55; **Stumberg**, Principles, s. 313; **Beale**, s. 1013; **Lintner**, Marital Property, s. 289-291; **Lintner**, Notes, s. 318-320.

[27] Örnek dâvalar için bkz. **Hay - Scoles**, s. 476-477, dn. 1.

3- KURALIN UYGULAMA ALANI

Taşınmaz malın bulunduğu yer hukukunun, taşınmaz malın temlikine ilişkin hükümlerin geçerliliği gibi konularda uygulanacağı kabul edilirken[28], taşınmaz mala ilişkin tasarruf işlemlerinin pek çoğunda, taşınmaz malın bulunduğu yer hukuku uygulanmaz. Ayrıca, taşınmaz malın el değiştirmesine neden olacak vasiyetin şeklî geçerliliği, taşınmaz mallarla ilgili vasiyetname düzenleyen kişinin ölüme bağlı tasarruf ehliyeti gibi konularda da malın bulunduğu yer hukuku uygun bağlama noktası değildir[29].

4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

Amerika Birleşik Devletleri'nde, eşlerin ikametgâh değişikliğinden, taşınır malların, etkilenip etkilenmeyeceği konusunda farklı görüşler etkili olmuştur. Bu görüşlerin ilki, tam değişmezlik (*full immutability*) doktrini[30] olarak bilinir. Bu

---

[28] **Hancock, Moffatt:** Studies in Modern Choice of Law: Torts, Insurance, Land Titles, Buffalo, New York 1984; s. 228-229, 328-329.

[29] **Ehrenzweig, A. Albert - Jayme, Erik**: Private International Law-A Comparative Treatise on American Interntional Conflicts Leaw, Including the Law of Admiralty, B. 2, Dobbs Ferry, N.Y. Oceana, 1973, s. 203

[30] Değişmezlik doktrini hakkında genel bilgi için bkz. **Ehrenzweig, A. Albert:** A Treatise on the Conflict of Laws, St. Paul 1962, s. 648; **Ehrenzweig - Jayme**, s. 207-208. Değişmezlik doktrininin teorik gerekçesi, tarafların evlenme anındaki evlilik ikametgâhı hukukunca, sınırlandırılmalarını kabul ettiklerine ilişkin zımnî bir sözleşme yaptıklarıdır: **Marsh**, s. 213; **Juenger, K. Friedrich:** "*Marital Property and the Conflict of Laws: A Tale of Two Countries*" (Two Countries), Col. L. Rev., Vol. 81, 1981, s. 1062-1064. Aslında, bu gerekçeden ziyade, evlilik mallarına ilişkin menfaatleri tek bir hukuk sisteminin idare etmesi şeklindeki bir gerekçe, çok daha ikna edici ve daha basit olacaktır: **Juenger,** Two Countries s. 1063. Değişmezlik doktrinine karşı çıkılan nokta, bu kuralın, evlilikten sonra sahip olunan ikametgâh eyaletini hesaba katmamasıdır. Ayrıca, böyle bir kural, eşlerin evlendikleri zaman tesadüfen ikamet ettikleri yerden ziyade, son ikametgâh hukukuyla ilişkide bulunan üçüncü şahısların çıkarlarına da aykırıdır: **Ehrenzweig - Jayme**, s. 208; **Marsh**, s. 105.

görüşe göre, evliliğin taşınır mallar üzerindeki etkisi konusu, eşlerin ilk ikametgâhı hukukuna tâbidir. Eşlerin yeni bir ikametgâh kazanmış olmasının hiç bir önemi ve anlamı yoktur. Bazı yasal sistemler[31], bu fikri benimsemişler; ancak, bazı Anglo-Amerikan ülkeleri, bu yöndeki görüşlerini, bu doktrininin esnek olmadığı, şartların değişmesi haline uyum sağlamadığı için başarısız olduğu gerekçesiyle değiştirmiştir[32].

Değişmezlik doktrinin sakıncaları görülmeye başladıktan sonra, evliliğin taşınır mallar üzerindeki etkisine uygulanacak hukukun, farklı evlilik ikametgâhı edinilmesi halinde otomatik olarak değişeceğine ilişkin tam değişebilirlik (*full mutability*) doktrini[33] kabul edilmiştir. Ancak bu görüş de, son ikametgâh hukukunun uygulanmasının, kazanılmış haklara zarar verebileceği nedeniyle eleştirilmiştir[34].

Günümüzde, Amerika Birleşik Devletleri'nde, tam değişebilirlik ve tam değişmezlik görüşleri dışında, bu iki görüşü birleştiren tercih yapılmıştır. Kısmî değişebilirlik *(partial mutability* veya *mutability of new acquisition)* doktrini olarak

---

31 Fransa, Almanya, Belçika gibi bazı Kıta Avrupası ülkeleri yanında Güney Afrika ülkeleri: **Shava**, s. 312; ayrıca değişmezlik doktrininin benimsenmiş olduğu ülkelerin tam bir listesi için bkz. **Shava**, s. 312, dn. 32. İsrail de, değişmezlik doktrinini benimsemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Shava**, s. 320.

32 **Hay - Scoles**, s. 479.

33 Değişmezlik doktrininin karşıtı olan bu yaklaşıma göre, ikametgâhtaki bu değişikliklerin, hem ikametgâh değişikliğinden önce, hem de ikametgâh değişikliğinden sonra edinilen malvarlığı haklarını etkilediği farz edilir: **Davie**, s. 859. Değişebilirliği destekleyen iddialar, genellikle değişmezliğe karşı kullanılanlardır; yani, eşlerin yeni ikametgâhlarının uygulanacağı yönündeki beklentilerini ve üçüncü şahısların menfaatlerini koruyacağını savunurlar: **Marsh**, s. 105; **Ehrenzweig**, s. 648.

34 **Scoles**, s. 29; bu nedenle günümüzde çok az sayıda ülke tarafından uygulanmaktadır: **Ehrenzweig - Jayme**, s. 208. Tam değişebilirlik ilkesini benimseyen bir kaç ülkeden biri İsviçre'dir. Bkz. **Samuel, Adam**: "*The New Swiss Private International Law Act*" , I.C.L.Q., Vol. 37, 1988, s. 681-695.

adlandırılan bu görüşe göre, evlilik ikametgâhındaki değişikliğin, sadece ikametgâh değişikliğinden sonra edinilen mallar üzerindeki hakları etkilediği varsayılır. Başka bir anlatımla, evliliğin taşınır mallar üzerindeki etkisi, eşlerin malı edinme anındaki ikametgâhı hukuku tarafından idare edilir[35]. Bu görüş yardımıyla, kazanılmış malvarlığı haklarına koruma da sağlanmıştır[36].

Taşınır malın bulunduğu yerin sonradan değişmesi, eşlerin mevcut malları üzerindeki haklarında herhangi bir etkiye sahip değildir. Eşlerin ikametgâhı, sonradan başka bir eyalet olarak değişse bile, Amerikan mahkeme kararları, eşlerden biri tarafından kazanılan mevcut hakları tanımaya devam eder[37]. Önceki evlilik ikametgâhı hukukunda edinilen taşınır mallar üzerindeki haklarının korunması, iki prensip tarafından daha güvence altına alınmıştır. Bunlardan ilki, taşınır malların bir

---

35 **Goodrich - Scoles**, s. 251. Bu konudaki emsal dâva 1827 yılında, *Louisiana*'da görülmüş olan, *Saul v. His Creditors* dâvasıdır (5 Mart. N.S. 569, 16 Am. Dec. 212 La., 1827). Bu dâvada taraflar, bir *common law* eyaleti olan Virginia'da evlenirler. Bu eyalet hukukuna göre, evlenme ile, kadının sahip olduğu taşınır mallara, koca malik olur. 1804 yılında, eşler, *Louisiana*'ya taşınırlar. Kadın, 1819 yılında öldüğünde, koca iflas etmiş ve alacaklılar kocanın mallarının tamamını talep etmekteydi. Çocuklar, malların, *community property* sistemini benimsemiş olan *Louisiana*'da kazanılmış olduğu iddiasında bulunurlar. Alacaklılar, ilk evlilik ikametgâhı olarak Virginia hukukunun, evlilik süresince kazanılan malları idare edeceğini iddia eder. Bu hukuka göre, bu mallar, kocanın ayrılmış mallarıdır. Değişmezlik doktrini, bu dâvada reddedilmiş ve *Louisiana*'da kazanılmış mallar için, malların kazanma anındaki ikametgâh hukukunun uygulanacağına karar verilmiştir. Bu dâvanın analizi için bkz. **Stumberg**, Marital Property, s. 57-59; **Brown, D. George**: "*Conflict of Laws Between Community Property and Common Law States in Division of Marital-Property on Divorce*", Mercer L. Rev., Vol. 12, 1960-1961, s. 288-289; **Ehrenzweig - Jayme**, s. 208; **Beale**, s. 1015.

36 **Davie**, s. 860. Ancak, Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyaletlerde, taraflardan biri tarafından kazanılmış mallar üzerindeki haklara daha sonra farklı bir eyalete taşınılarak ikametgâh değiştirilmiş olsa bile, boşanma anındaki evlilik ikametgâhı hukuku uygulanır. Bu konudaki emsal dâva, *Dawson-Austin v. Austin* dâvası [920 S.W. 2d 776 (Tex. App. 1996), 968 S.W. 2d 319 (Tex 1998)] olup, bunun tam tersi yönde kararlar da verilmiştir: **Hay - Scoles**, s. 479.

37 **Hay - Scoles**, s. 477.

eyaletten diğerine taşınması, bu malların niteliğini etkilemez ilkesidir[38]. İkincisi ise, yeni evlilik ikametgâhında satın alınan veya önceki evlilik ikametgâhında kazanılan malın herhangi bir nedenle elden çıkarılması sonucu, onun yerine kazanılan yeni malın, asıl malvarlığını idare eden evlilik malları rejimine tâbi olacağı şeklindeki *tracing* kuralıdır[39].

Eşler, evlilik ikametgâhını başka eyalete taşınarak değiştirirlerse[40], yeni eyalette de taşınır mallar kazanacaklardır. Bu durumda, üstün menfaate sahip eyalet olarak, bazı nedenlerle eşlerin ilk ikametgâhının üstünlüğü devam etmedikçe, taşınır malı kazanma anındaki ikametgâh hukukunun bu malları idare edeceği kabul edilir. Bu durum genellikle, tarafların evlilikten sonra evlilik malları rejimini değiştirmesi halinde de ortaya çıkar[41]. Ancak, bazı eyaletlerde, eşlerin ikametgâhlarını farklı bir eyalete taşımalarından sonra kazandıkları taşınır mallara, boşanma anındaki evlilik ikametgâhı hukukunun uygulandığı da görülür[42].

---

38 Second Restatement, Conflict of Laws, m. 259.

39 **Rabel**, s. 383.

40 *Common law* eyaletinden, *community property* eyaletine taşınılması halinde, ikametgâh değişikliği nedeniyle ortaya çıkacak sorunların belirlenmesi, çözüm yolları ve dâva örnekleri için bkz. **Funiak, De Q. William**: "*Conflict of Laws in the Community Property Field*", Ariz. L. Rev., Vol. 7, 1965-1966, s. 50-58; ayrıca, eşlerin *common law* eyaletinden, *community property* eyaletine taşınılması halinde, sağ kalan eşin malvarlığı haklarının, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki dokuz *community property* eyaletinde ne olacağı hakkında bilgi için bkz. **Clausnitzer, Martin**: "*Property Rights of Surviving Spouses and the Conflict of Laws*", Journal of Family Law, Vol. 18, 1979-1980, s. 476-487.

41 **Hay - Scoles**, s. 478; **Leflar - McDougal - Felix**, s.646-647. Eşlerin yeni ikametgâha taşınmalarından sonra edindikleri mallar üzerindeki hakları, yeni ikametgâhın mı yoksa eski ikametgâhın mi idare edeceği sorunu, mahkemelerin karşısına ilk kez 1900 yılında, *De Nicols v. Curlie*s dâvası (AC. 21, 1900) ile gelmiştir. Bu dâvanın ayrıntıları için bkz. İkinci Bölüm, § 1, I-B, 4.

42 Örnek olarak 1996 tarihli, Texas'da görülen *Dawson-Austin* dâvası (920 S.W. 2d 776, Tex. App. 1996) verilebilir. Bkz. **Hay - Scoles**, s. 479.

Konu ile ilgili olarak benimsenen bu yaklaşımın yanında, özellikle son yıllarda, *community property* eyaletlerince kabul edilmiş yasal düzenlemeler de bulunmaktadır: Şöyle ki, beş *community property* eyaletinin yasal düzenlemesinde, "*quasi-community*"[43] kavramı yer almaya başlamıştır: Buna göre, tarafların, bu eyaletlerde ikametgâh sahibi iken kazandığı bütün mallar, ortak mal olarak kabul edilir. Bu kavram, Texas ve Arizona eyaletlerinde evliliğin boşanma ile, California, Idaho ve Wisconsin eyaletlerinde ise, evliliğin boşanma veya ölüm ile sona ermesi halinde malların paylaştırılmasında uygulanır[44].

B) İNGİLİZ HUKUKU

1- GENEL OLARAK

İngiliz hukukunda 1973 yılında kabul edilmiş olan, Evlilik Kanunu (*Matrimonial Causes Act - 1973 MCA-1973*) ile Miras Kanunu [*Inheritance Act - 1975 (Provision for Family and Dependants)*] konu ile ilgili temel kaynakları oluştururken, özellikle, yürürlükteki hukuku anlamak için, şu üç faktörü göz önünde bulundurmak gerekir. İlk olarak, 1882 yılından önce, evli kadınlar, bazı mallara, -özellikle taşınmaz mallara- sahip olma hakkından yoksundu: Bu durum zengin ailelerin kadınlar lehine evlilik mal rejimi sözleşmesi yapma yoluna gitmelerini açıklamaktadır. 1882 yılından beri, evlilik mal rejimi sözleşmeleri giderek önemini yitirdi ve bu tip sözleşmelere artık İngiltere'de çok sık rastlanmamaktadır. İkinci

---

[43] Bu alanda kullanılan bir diğer kavram da, başka bir *common law* eyaletinde kazanılan malları ifade etmek için kullanılan "*quasi-marital property*" kavramıdır. Bu kavram, California'da benimsenmiş olan "*quasi-community property*" den etkilenilerek benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Leflar - McDougal - Felix**, s. 653-656.

[44] **Hay**, Conflict of Laws, s. 120-121

olarak, 1974 yılına kadar[45], birlikte yaşayıp yaşamadıklarına bakılmaksızın, evli kadınların ikametgâhı, kocalarına bağlı olarak belirlenmekteydi. Nihayet, son yüzyılda, mahkemelerin boşanma dâvaları sonunda nafakaya hükmetme yetkileri arttıkça (ki bu süreç 1973-MCA. ile son noktaya ulaşmıştır), nafakaya ilişkin bu tür kararlar, İngiliz hukukuna tâbi oldukları için, evlilik mallarının paylaşımına dair hukuk kuralları arasındaki çatışma da, önem kazanmıştır[46].

2- BAĞLAMA NOKTALARI

a) Sübjektif Bağlama

İngiliz hukukuna göre, eşler, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesiyle, evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçme serbestisine, bu sözleşme geçerli olduğu ve kamu düzenine aykırı düşmediği sürece sahiptirler[47]. Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi, açıkça yapılması gereken bir sözleşme olmakla birlikte, eşlerin mal ortaklığı rejimini benimsemiş bir ülkede evlenmeleri halinde, açık bir evlilik sözleşmesinin yokluğunda, tarafları zımnî bir evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış sayan eski kararlar[48] da bulunmaktadır.

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmelerine ilişkin bir kayıt içerebilir veya bu hakların neler

---

45 1 Ocak 1973 tarihinde, İkametgâh ve Evlilik Usulü Hakkında Kanun (*Domicile and Matrimonial Proceedings Act*) yürürlüğe girmiştir.

46 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 16.

47 **Wolff**, s. 365; **McLeod**, s. 372; **Shava**, s. 310; **Rafferty, Nicholas**: "*Matrimonial Property and the Conflict of Laws*", U. W. Ontario L. Rev., Vol. 20, 1982, s. 181. Tarafların yaptıkları sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmede özgür olduklarına ilişkin dâva örnekleri için bkz. **Rafferty**, s. 181-182.

48 Örneğin, *De Nicols v Curlier* ve *Chiwell v Carlyon* dâvaları.

olduğunu açıkça belirtebilir[49] ya da eşlerin malvarlığı haklarının detaylı bir açıklamasını içerebilir yahut basitçe, sadece evlilik malları rejiminin belirtilmesinden ibaret olabilir[50]. Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi, hem taşınır mallar, hem de taşınmaz mallarda etkili olur ve taraflarca ikametgâhta değişiklik yapılsa bile, tarafların evlilik mallarına sözleşme ile belirledikleri hukuk uygulanır[51].

Bir evlilik mal rejimi sözleşmesinin geçerliliğini ve etkisini, sözleşmeye uygulanacak hukuk idare eder. 1990 yılında, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun ile yürürlüğe giren, Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklere Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi (*EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations - Rome-1980*)[52] hükümleri uygulanamaz. Çünkü, Roma Sözleşmesi m. 1/2, (b) sözleşmenin kapsamını belirlerken, evlilik ilişkisinden kaynaklanan malvarlığı hakları ile ilgili sözleşmesel yükümlülükler; kapsam dışında bırakmıştır. Bu nedenle evlilikten mallarıyla ilgili sorunlara *common law* kuralları uygulanacaktır[53].

b) Objektif Bağlama

İngiliz hukukunda eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olması halinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuku, *common law* ülkelerinde kabul edildiği üzere, taşınmaz mallar ve taşınır mallar açısından ayrı ayrı incelemek gerekir.

---

49 **Schmitthoff, M. Clive**: A Textbook of the English Conflict of Laws, Private International Law, London, 1948, s. 247.

50 **Rafferty**, s. 180.

51 **Davie;** s. 879.

52 Sözleşme metni için bkz. http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html.

53 **Collier**, s. 277-278; **Dicey - Morris**, s. 1074; **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 22.

aa) Taşınmaz Mallar Bakımından

İngiliz hukukunda, taşınmaz mallarla ilgili olarak malın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı[54] genel kabul görmekle birlikte[55], evlilik ikametgâhı hukukunun[56] veya evlenme anında kocanın ikametgâhı hukukunun

---

[54] *Tezcan v Tezcan* dâvasında (38 R.F.L., 3d., 142 B.C.C.A, 1992), hayatlarının büyük bir kısmını Türkiye'de geçirmiş olan çift, Türkiye'de evlilik mal rejimi sözleşmesi yapmaksızın evlenirler. Türk hukukuna göre, yasal mal rejimi, mal ayrılığı rejimidir (Türk Medenî Kanunu'nda 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten önce, m. 170'e göre, yasal rejim olarak, 'mal ayrılığı' rejimi kabul edilmiştir). Evlendikten sonra eşler, British Columbia'da ikamet etmeye başlar ve koca burada taşınmaz mal satın alır. Daha sonra, koca Türkiye'ye döner ve taraflar Türkiye'de boşanırlar. Kadın, Aile İlişkileri Hakkında Kanun (*Family Relations* - 1979) hükümlerine dayanarak, British Columbia'daki taşınmaz malların paylaştırılması için yasal yollara başvurur. Koca ise, evlilik malvarlığı ilişkilerini, Türk hukukunun idare edeceği gerekçesiyle, bu kanunun uygulanamaz olduğu iddiasında bulunur. Ancak mahkeme, açık veya zımnî evlilik mal rejimi hukuk seçimi sözleşmesinin yokluğu halinde, taşınmaz mallarla ilgili olarak uygulanacak hukukun, malın bulunduğu yer hukuku olduğuna karar verir. Mahkemenin kararı şöyledir: "Türk hukukuna göre, açık bir evlilik mal rejimi sözleşmesinin yokluğu halinde, zımnî sözleşmeye dayanarak, varsayılan rejim uygulanmaz. Bu nedenle, British Columbia'daki taşınmaz mallar hakkında, çiftin evlilik malvarlığı hakları, British Columbia hukuku tarafından idare edilir": **Dicey, Albert Venn -Morris, John H. C.:** The Conflict of Laws, by Lawrence Collins and Specialist Editors, Fourth Cumulative Supplement to the Twelfth Edition (Cumulative Supplement), London, Sweet and Maxwell 1997, Chapter 28. Ayrıca, Kanada uygulaması için bkz. **Castel, J. G.**: Introduction to Conflict of Laws, B. 4, Markham, Ont. Butterworths 2002, s. 171-175.

[55] **Thomas, J. A. C.**: Private International Law, Connecticut, 1975, s. 52-53; **Wolff, Martin**: Private International Law. B. 2, Oxford, 1950, s. 359.

[56] *Chiwell v Carlyon* dâvasında (14 SC. 61, 1897), eşler, Güney Afrika'da mal ortaklığı rejimi altında evlenmiş ve daha sonra İngiltere'de taşınmaz mal sahibi olmuşlardı. Bu taşınmaz mallar üzerindeki haklarının, malın bulunduğu yer olan İngiliz hukukuna değil, Güney Afrika hukukuna tâbi olması gerektiğine karar verildi. Görüldüğü gibi, bu karar, evlilik ikametgâhı hukukunun uygulanmasını destekler niteliktedir.

uygulanabileceğine ilişkin mahkeme kararları da bulunmaktadır[57]. Malvarlığının "hukuken bölünmesini" engellemek amacıyla bu yaklaşımlar doktrinde de destek görmektedir[58]. Şöyle ki; eşler, birkaç farklı ülkede taşınmaz mal sahibi ise, her taşınmaz mal, ayrı bir mal rejimine tâbi olabilir. Böyle bir durum, eğer İngiliz bir çift, Fransa ya da İspanya'da yazlık ev sahibi ise, bu çiftin taşınmaz mallarının, mal ortaklığı rejimine dahil olacağı yönündeki beklentisiyle kesinlikle uyuşmaz. Bu nedenle, taşınmaz mallar bakımından, malın bulunduğu yer hukuku dışında bağlama noktaları da göz önüne alınmaktadır.

bb) Taşınır Mallar Bakımından

Evliliğin taşınır mallara etkisi konusundaki geleneksel kural, kocanın evlilik tarihindeki ikametgâh hukukunca idare edileceği kuralıdır[59]. Bu kuralın kabul edildiği dönemlerde, evlilik sonucunda, kadın kocasının ikametgâhını alıyordu ve böylece kadının ikametgâhıyla kocanın ikametgâhı aynı oluyordu. Eğer kadın mal ortaklığı rejiminin yürürlükte olduğu bir ülkede ikametgâh sahibiyken, koca evlilik

---

57 Örneğin, *Welch v Tennent* dâvasında (A.C. 639, 1891) mahkeme malın bulunduğu yer hukuku kuralını uygulamış; *Re De Nicols* dâvasında (2 Ch 410, 1900) ise, malın bulunduğu yer olan İngiliz hukukunu değil, Fransız hukukunu (evlenme anında kocanın ikametgâhı) uygulamıştır: **Dicey - Morris**, s. 1073; **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 25.

58 **Dicey - Morris**, s. 1073.

59 Koca merkezli bu kuralın iki muhtemel gerekçesi vardır: Birincisi, taraflar büyük ihtimalle kocanın evlilikten önceki ikametgâhının bulunduğu yere yerleşeceklerinden, bu ülke çok büyük bir ihtimalle onların evlilik ikametgâhı olacaktır. İkincisi, koca evlilik birliğinin baskın tarafı olduğundan, onun kişisel hukuku evlilik malvarlığı hakları sorunlarını idare etmelidir. Bu iddialar, çok uzun süre savunulma olanağı bulamamıştır. Kocanın ikametgâhının uygulanmasının bir diğer nedeni de, evlilik mallarını idare edecek hukukun tanımlanmasındaki basitlik ve kesinliktir. Ayrıca, bu kural, evliliğe ilişkin tüm hukuk seçimi sorunlarının cevaplanmasına izin verir: **Davie**, s. 874.

tarihinde mal ayrılığı rejiminin yürürlükte olduğu İngiltere'de ikamet ediyorsa, bu kurala göre, İngiliz hukuku uygulanıyordu[60].

Ancak, kocanın evlilik tarihindeki ikametgâhı hukukunun uygulanması şeklindeki bu geleneksel kuralı günümüzde uygulamak olası görülmemektedir[61]. Bunun iki nedeni vardır. Birincisi, bu geleneksel kural, evlilikle birlikte, kadının kocasına bağlı olarak ikametgâh kazandığı bir dönemde getirilmiş bir kuraldır. 1973

---

60 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 24.

61 Günümüzde, İngiliz hukukuna göre, ikametgâh şu şekilde tanımlanır: Herkesin bir (sadece bir) ikametgâhı olmak zorundadır. İkametgâh yasal olarak tanınmış "yasal konut" anlamına gelir. 16 yaşını geçmiş akıl sağlığı yerinde herkes *factum* (bir ülkede yerleşmek amacıyla gönüllü ve fiziksel olarak bulunma) ve *animus* (sınırsız bir zaman dilimi boyunca o ülkede/şehirde kalma niyeti) yoluyla ikamet sahibi olabilirler. Eğer bir kişi, yaptığı işin sona ermesi gibi, açıkça öngörülmüş ve mantıken beklenen bir olasılık nedeniyle ülkeden/şehirden ayrılacaksa, gerekli *animus* yok kabul edilir ve kişi ikametgâh sahibi olamaz: **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 17. Sonuç olarak, yıllarca bir ülkede yerleşmiş insanlar orada ikametgâh sahibi olmayabilirler. Eğer kişi ikametgâhını, dönme niyeti olmaksızın ülkeden ayrılmak gibi bir nedenle kaybederse ve yeni bir ikametgâh için gerekli şartlara sahip değilse, doğal ikametgâhı (kişiye doğumunda ebeveyn esası üzerinden verilen ikametgâh) yürürlüğe girer ve geçerli ikametgâh haline gelir: **Dicey - Morris**, s. 43. Ayrıca, ikametgâh bağlama noktası yerine, genellikle tercih edilmeye başlayan mutad mesken kavramı ise, İngiliz hukukunda şu şekilde ifade edilmektedir. Kişi, hiç mutad mesken sahibi olmayabilir ya da birden fazla mutad mesken sahibi olabilir. Mutad meskene, oturma ve yerleşme niyetinin bir araya gelmesiyle sahip olunur. Birkaç gün içinde değil, kabul edilebilir zaman dilimi içinde mutad mesken sahibi olunabilir. Kabul edilebilir zaman diliminin ne kadar süre demek olduğu konusunda İngiliz mahkemeleri karşılarına çıkan dâvalarda bir aylık bir süreyi tatmin edici bir zaman dilimi olarak kabul etmişlerdir. Ülkede geçirilmesi gereken zamanın süresi, yerleşme amacının derecesine bağlıdır. Yerleşme niyeti, o süre boyunca kişinin hayatının yerleşik düzenin bir parçası olarak o ülkede/şehirde kalmak olmalıdır. İkametgâh için aranan *animus* şartından farklı olarak bu şart kolaylıkla sağlanabilir. Örneğin, bir ülkede bir yıl boyunca eğitim görmek bu şartı yerine getirebilir. Birden fazla hukuk sistemine sahip olan ülkelerde, ikametgâh ve mutad mesken gibi bağlama kuralları dışında, başka sorunlar da yaşanabilir. Milletlerarası özel hukuk açısından, İngiltere ve Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda üç ayrı yasal bölgedir ve kişinin söz konusu yasal bölgede ikametgâh mı, yoksa mutad mesken sahibi mi olduğunun belirlemesi gerekir. Ayrıca bu yasal bölgeler arasında yargı yetkisi ve yargı kararlarının tanınmasıyla ilgili bazı özel hükümler de bulunmaktadır: **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 18.

yılında, İkamet ve Evlilik Usulü Hakkında Kanun'un kabulünden bu yana, durum böyle değildir. Dolayısıyla, evlilik tarihinde, kadın ve koca ayrı yerlerde ikametgâha sahiplerse, kocanın ikametgâhı hukukundan yana olmak için bir neden olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıca, bu geleneksel kurala bağlı kalmanın, her türlü ayrımcılığa karşı olan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (*European Convention on Human Rights*) 14. maddesine aykırılığı da ileri sürülebilir[62]. İkincisi, uzun zamandan beri, kocanın evlilik tarihindeki ikametgâhı hukukunun uygulanmasının, bazı durumlarda niyet edilen evlilik konutu (*intended matrimonial home*)[63] ile aşağı yukarı eş anlamlı olan, evlilik ikametgâhı lehine çürütülebilecek bir karine olduğu yönünde mahkeme kararları bulunmasıdır[64].

---

62 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 14'e göre; "Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırımcılık yapılmadan sağlanır". Sözleşme metni için bkz. http://www.hri.org/docs/ECHR50.html#Convention.

63 İngiltere'de niyet edilen evlilik konutu teorisi, evlilik anında tarafların evlilikten sonra yerleşmeye niyet ettikleri ve hemen sonrasında gerçekten oraya yerleştikleri yerdir. Bu teori, evlilik anında kocanın ikametgâhının uygulanması görüşünü savunan bazı hukukçulardan da, destek almış ve alternatif bir çözüm olarak da, niyet edilen evlilik ikametgâhı görüşü ileri sürülmüştür: **Cheshire, G. C. – North, P. M**: Private International Law, B. 13, London 1999, s. 1016-1017.

64 Bu konudaki temel içtihat *Re Egerton's Will Trust*s dâvasıdır (Ch. 593, 1956). Bu dâvada, İngiltere'de ikamet eden koca, Fransa'da ikamet eden eşiyle evlenir ve çift, Fransa'ya yerleşmek niyetindedirler. Ancak, evlenmelerinden itibaren iki yıl boyunca Fransa'ya taşınamazlar. Kocanın ölümü üzerine kadın, niyet edilen aile konutu olarak Fransız hukukundaki, mal ortaklığı rejimine tâbi olduklarını iddia eder. Mahkeme, evliliğin, kocanın evlilik tarihindeki ikametgâh hukuku olarak İngiliz hukuku tarafından idare edileceğine karar verir. Bununla birlikte, Yargıç Roxburgh J., bazı istisnaî durumlarda, tarafların ya açık ya da zımnî sözleşmelerinin sonucu olarak, kocanın ikametgâhı hukuku dışında, başka bir hukukun idare edebileceğini kabul etmiştir. Eğer, eşler evliliğin hemen sonrasında yeni bir ülkede ikamet etmeye başlarlarsa, bundan, malvarlığı haklarının o ülkenin hukuku tarafından idare edileceği anlamı çıkarılabilir; ancak, mutlaka böyle olması da gerekmez. Bu koşullara bağlıdır. Söz konusu dâvada taraflar Fransa'ya yerleşmek

Günümüzde değişen şartlar ve İngiltere'deki en etkili hukukçuların[65] evlilik ikametgâhı kavramına verdiği güçlü destek hesaba katılırsa, eşlerin farklı ülkelerde ikamet ettiği hallerde, evlilik mallarına uygulanacak hukukun, eşler ve evlilikle en yakın ilişkili hukuk olması gerektiği, niyet edilen aile konutu teorisinin ise, bazı pratik güçlükler taşıması nedeniyle evlilik malları uyuşmazlıklarında uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir[66].

3- KURALIN UYGULAMA ALANI

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk, evlilik mallarının kapsamı, evlilik malları üzerinde tasarrufta bulunma ve yönetme yetkisi gibi konulara uygulanır. Ancak, evlilik mallarına uygulanacak hukuk, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapma ehliyeti ve sözleşmenin şeklî geçerliliği konusunda uygulanmaz[67]. Evlilik mal rejimi sözleşmesinin şeklî geçerliliğine gelince; evlilik mal rejimi sözleşmesi, sözleşmeye uygulanacak hukuka veya sözleşmenin yapıldığı ülke hukukunun şekil şartlarına uygunsa, şeklen geçerlidir[68].

---

niyetinde idiyseler de, evliliklerinin, malvarlıkları üzerindeki etkisine, Fransız hukukunun uygulanmasını istediklerine dair bir kanıt yoktur. Bunun üzerine kocanın evlilik tarihindeki ikametgâhı hukukundan yana olan temel karine uygulanmıştır: **Graveson, H. R.**: The Conflict of Laws, B. 6, London 1969, s. 373-374; **Collier, G. J.**: Conflict of Laws, B. 3, Cambridge 2001, s. 281-282; **Dicey - Morris**, s. 1068-1069; **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 25.

65 **Dicey - Morris**, s. 1069-1071.

66 **Davie;** s. 875.

67 Ehliyet konusuna değinilmemiş olsa bile, kişinin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapma ehliyetinin olup olmadığı, sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından değil, o kişinin evlenme anındaki ikametgâhı hukuku tarafından belirlenir: **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 23; **Graveson**, s, 372; İngiliz mahkemelerinin bu yöndeki kararları için bkz. **Collier**, s, 278-280; aksi yönde görüş için bkz. **Dicey - Morris**, s. 1076-1078 ve **Cheshire - North**, s. 1025.

68 **Dicey - Morris**, s. 1076; **Graveson**, s. 372; **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 23.

Buna ek olarak, nafaka, malî hükümler, boşanma veya yasal ayrılık ya da evliliğin geçersizliğinden sonra malların paylaşımı gibi konular, evlilik mallarına uygulanacak hukukun uygulama alanı dışındadır[69].

4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

Evlilik anında, evlilik ikametgâhı hukukunca belirlenen, evlilik mal rejiminin, eşlerin ikametgâh değişikliklerinden nasıl etkileneceği sorunu, İngiliz hukukunda tartışmalı[70] ve istikrar bulmamış bir konudur[71].

Eşler, evlilik öncesinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda bir sözleşme yapmışlarsa, bu sözleşme hükümleri, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanır ve evlilik devam ederken gerçekleşen ikametgâh değişiklikleri dikkate alınmaz[72].

Bununla birlikte mahkeme kararları, evlilik mal rejimi sözleşmesinin bulunmadığı hallerde, değişebilirlik doktrininin mi, yoksa değişmezlik doktrininin mi uygulanacağı konusunda tam uyum içinde değildir[73]. Açık ya da zımnî bir mal

---

69 **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 26.

70 **Collier**, s. 282.

71 **Mann, F. A. (Çev. Tuğrul Arat):** "*Kanunlar İhtilâfinda Zaman Unsuru*", AÜHFD., 1972, C. XXVIII, S. 1-2'den ayrı bası, s. 376.

72 **Schmittoff**, s. 248-249; **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 28.

73 *De Nicols v Curlier* dâvasında (AC. 21, 1900), Fransa'da ikametgâh sahibi Fransız vatandaşı olan taraflar, evlilik mal rejimi sözleşmesi olmaksızın evlenirler. Eşler, evlendikten dokuz yıl sonra, ortak birikimleri olan 400£ ile birlikte, Londra'ya göç eder ve İngiltere'de ikametgâh sahibi olup, Londra'da küçük bir lokanta işletmeye başlarlar. Koca, İngiltere'de yaklaşık 600.000£ ve Fransa'da yaklaşık 100.000£ servet bırakarak, karısından önce ölür. Vasiyetnamesinde ise, karısı, kızı, kızının kocası ve torunlarına ilişkin hükümler ile, taşınır malların tamamı üzerinde tasarruf etmiştir. İngiliz hukukuna göre, buna izin verilmekteydi; ancak, Fransız hukukuna göre, koca taşınır mallarının yarısı üzerinde tasarruf edebilmekteydi. Fransız hukukunda, taşınır malların ortaklığı rejimi, yasal rejim olarak benimsenmişti. Kocanın ölümü üzerine, kadın, kocasının vasiyetnamesinin yalnızca malların ½'si için geçerli olması gerektiğini, taşınır malların ortaklığı rejimine dayanarak malların ½'sinin kendisine ait olduğunu

rejimi sözleşmesinin olmadığı hallerde, eşlerin beraberce ikametgâhlarını değiştirmelerinin, önceki rejim altında kazanılan hakları etkilemeyeceği görüşü en uygun görüş olarak kabul edilmektedir[74]. Fakat ikametgâhın değişmesinden sonra edinilen mallar, yeni ikametgâhça belirlenen rejime tâbi olmalıdır. Evlilik mal rejimindeki değişime, ancak, eşlerin yeni bir ülkeye birlikte taşınmaları durumunda ve yeni ülkenin hukukunun tarafların ve evliliğin en yakın irtibat içinde olduğu hukuk olması halinde izin verilmelidir. Bir eşin diğerini terk ettiği ve diğerinin başka bir yerde tek başına yeni ikametgâh edindiği durumlarda, evlilik malları rejimi

---

iddia etmiştir. Mahkeme, eşlerin ikametgâhı değişmiş olmasına rağmen, mal ortaklığı rejiminin devam ettiğine karar vermiştir. Dâva hakkında ayrıntılı bilgi ve dâvanın analizi için bkz. **Burns**, s. 797-807. Ayrıca bkz. **Stone, Julius**: "*The Law Governing Rights in Property Under a Pre-nuptial Contract, According to the English and American Cases*", B.U.L. Rev., Vol. 13, 1933, s. 219-222; **Thomas**, s. 55-56; **McLeod**, s. 373. Değişmezlik doktrininin benimsendiği diğer dâva örnekleri için bkz. **Collier**, s. 283; **Morris, J.H.C.**: The Conflict of Laws, by McClean, David, B. 5, London, 2000, s. 453-454. *Lashley v. Hogg* dâvasında (P. 581, 1804) ise, İskoç Yüksek Mahkemesi, evlilik mal rejimi üzerinde tarafların uzlaşmış olduğunun kabul edilemeyeceği hallerde, değişebilirlik doktrininin uygulanacağı yönünde karar vermiştir. İskoç ikametgâhına sahip, fakat sonradan İngiltere ikametgâhına geçen koca, İngiltere'de mukîm kadınla evlenir. Taraflar taşınmaz mallarının satış ve intikali ile ilgili bir evlilik mal rejimi sözleşmesi yapmışlardır; ancak, sözleşmede taşınır mallarla ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Eşler on beş yıl İngiltere'de yaşarlar ve daha sonra ikametgâhlarını İskoçya olarak değiştirirler. Kadın kocasından önce ölür. Kocanın da ölümünden sonra, kızları İskoç hukukuna dayanarak mirasa ilişkin bazı taleplerde bulunur. Bu talepler arasında, annenin ölümü üzerine, annenin payı üzerinden, annenin babası ile sahip olduğu İskoçya mal ortaklığı rejimine göre, miras hakkı olduğu iddiası da vardır. İngiliz hukukuna göre, bu tip bir mal ortaklığı bulunmamaktadır. Mahkeme, açık bir mal rejimi sözleşmesinin yokluğunda, taşınır mallar üzerinde evlilik malları haklarının, son evlilik ikametgâhı hukuku tarafından idare edilmesi gerektiğine karar verir: **Thomas**, s. 53.

74 Amerikan çözüm yolunun akla yatkın ve İngiliz hukuku tarafından kabul edilmeye elverişli olduğu yönünde görüş için bkz. **Mann,** s. 378.

değişmeden kalmalıdır[75]. Görüldüğü gibi, İngiliz hukukunda, kural olarak kısmî değişebilirlik ilkesi kabul edilmektedir.

II- *"CIVIL LAW"* SİSTEMİ

A) ALMAN HUKUKU

1- GENEL OLARAK

Geleneksel Alman kanunlar ihtilâfı kuralları pek çok kıta Avrupası ülkesininkinden farklı değildir[76]. 1 Eylül 1986 tarihinde, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde yeni kanunlar ihtilâfı hükümleri yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, 1900 yılında yürürlüğe girmiş olan, Alman Medenî Kanunu'nun kanunlaşmasından sonra, Alman Kanunlar İhtilâfı Kurallarındaki ilk kapsamlı revizyondur. Bu revizyon; Alman Federal Cumhuriyetinin, uluslararası ilişkilerdeki bağlantılarının yoğunlaşması, önceki kanunlar ihtilâfı kurallarının büyük bir bölümünün kadın üzerindeki ayrımcı etkilerinin anayasaya aykırılığı, kanundaki düzensiz ifadeler, bölgede gittikçe fazlalaşan yabancı gruplar nedeniyle uluslararası özel hukukun öneminin artması ve hukukçuların yoğun eleştirileri gibi nedenlerle zorunlu hale gelmişti[77].

1986 yılında yapılan değişiklikte, Alman Milletlerarası Özel Hukukunun aile hukuku alanında önemli bir adım atılmıştır. Eski kanunda, koca veya babanın

---

75 **Cheshire - North**, s. 1020-1021.

76 **Hay, Peter**: "*From Rule-Orientation to 'Approach' in German Conflicts Law the Effect of the 1986 and 1999 Codification*", (Codification), A.J.C.L., Vol. 47, 1999, s. 633.

77 **Gildeggen, Rainer - Langkeit, Jochen**: "*The New Conflict of Laws Code Provisions of the Federal Republic of Germany: Introductory Comment and Translation*" 17 Ga. J. Int'l. and Comp. L., 1987, s. 229. **Dickson, Brice**: "*The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany*", I.C.L.Q., 34, s. 231-235; ayrıca, reformun genel özellikleri ve revizyonun geçmişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dickson**, s. 231 vd.

vatandaşlığına gönderme yapan birkaç hüküm, kadın aleyhine ayrımcı nitelik taşımaktaydı. 1971 yılındaki Federal Anayasa Mahkemesinin ünlü kararını[78] takiben, uluslararası özel hukuk hükümlerinin Alman Federal Cumhuriyeti Anayasası ile uyumlu olmak zorunda olduğu yerleşik bir kural haline geldi[79]. Bu nedenle, önceki kanunun, aile hukuku hükümlerinin bazıları, cinslerin eşit haklara sahip olduğu ilkesini benimseyen, Alman Anayasası m. 3/II'nin ihlâli olarak görüldü. Bununla beraber, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku belirleyen, eski EGBGB. m. 15/I hükmünü[80], resmî olarak geçersiz kılması on yıldan fazla sürmüştür[81].

---

78 4 Mayıs 1971 tarihli bu davada (BVerfG 31, BVerfGE 58) İspanyol erkek, dul Alman bir kadınla evlenmek ister; ancak, evlenme ehliyetine sahip olduğunu ispatlayamaz. Ehliyet belgesinden muaf tutulmak için mahkemeye başvurur. Mahkeme talebi reddeder; ancak, Federal Anayasa Mahkemesi, muafiyet talebinin reddedilmesinin Anayasa'nın 6. maddesinin 1. fıkrasındaki, evlenmek için eş seçiminin temel hak olduğuna ilişkin hükmünü ihlâl ettiğine karar verir. Bu karardan sonra, Alman milletlerarası özel hukukunda, yabancı hukukun uygulanmasında temel haklara uyulmak zorunda olunduğu ilkesi, Federal Alman Anayasası tarafından desteklenmiş oldu: **Dickson**, s. 232-233; Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararının yorumu için bkz**. Juenger, K. Fredrick**: Comments: "*The German Constiritional Court and the Conflict of Laws*", AJCL., Vol. 20, 1981, s. 290-298.

79 BVerfGE 72-73. **Gildeggen - Langkeit**, s. 232 - 233.

80 Eski EGBGB. m.15/ I'e göre; "Evlenme anında koca Alman vatandaşı ise, evlilik mal rejimine Alman hukuku uygulanır". EGBGB. m.15/II ise şöyle düzenlenmişti: "Koca Alman vatandaşlığını evlilikten sonra kazanmışsa veya yabancı karı kocanın ikametgâhları bu ülkede (Almanya'da) ise, evlilik mal rejimini, evlilik anında kocanın tâbi olduğu ülkenin hukuku idare eder". Görüldüğü gibi bu maddeye göre, evlilik mallarına ilişkin sorunlara genellikle evlilik anında kocanın millî hukuku uygulanmaktaydı. Kadının vatandaşlığı ise tamamen konu dışı bırakılmıştır: **Drobnig, Ulrich**: American-German Private International Law, B. 2, New York, 1972, s. 94-95. Ayrıca eski EGBGB madde 7 ilâ 31 hükümlerinin İngilizce çevirisi için bkz. **Drobnig**, s. 401-404.

81 Şubat 1983'de Federal Anayasa Mahkemesi, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak EGBGB. m.15'de düzenlenmiş olan ve 'evlenme anında kocanın millî hukuku'nu gösteren hükmü, eşitliği koruyucu temel ilkelere aykırı bulmuştur (BVerfG 22 Şubat 1983). Bunun anlamı, evlilik malları konusundaki kanunlar ihtilâfı kurallarının, cinsler arasında ayrımcılık yaptığı ve bu

Eski EGBGB. ile, 1986 değişikliğinden sonraki EGBGB. arasındaki geçiş hükümleri EGBGB. m. 220'de düzenlenmiştir. Buna göre;

- 1 Nisan 1953 tarihinden önceki evlilikler için, EGBGB. m. 15'in eski metni geçerlidir; yani, kocanın millî hukuku uygulanır.

- 8 Nisan 1983 tarihinden sonraki evliliklerde, EGBGB. m. 15'in yeni metni geçerlidir.

- 1 Nisan 1953 ile 8 Nisan 1983 tarihleri arasındaki sürede, eşlerin ortak millî hukuku veya eşlerin seçtikleri hukuk ya da evlilik anında kocanın millî hukuku uygulanır[82].

Yeni kanunlar ihtilâfı kuralları, Alman Medenî Kanununa Giriş Hükümleri'nin (EGBGB., *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Introductory Statute to the German Civil Code*) 3 ilâ 38. maddelerinde düzenlenmiştir[83].

---

nedenle EGBGB. m.15'in sıkıntı yaratan kısmının 1 Nisan 1953 tarihinden itibaren hükümsüz olduğudur: **Dickson**, s.233; **Coester Waltjen - Coester**, s. 18-19.

82 EGBGB. m.220/III'nin Anayasaya uygun olup olmadığı konusunda doktrinde pek çok tartışma vardır. Ancak, bu konu, henüz Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanmamıştır: Bu tartışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Coester Waltjen - Coester**, s. 20, dn. 9'da adı geçen eserler: **S. Lorenz**: Das Intertemporale Internationale Ehegüterrecht nach Art. 220/III EGBGB und die Folgen eines Statutenwechsels, 1991; **Henrich**: Internationales Familienrecht, 1989, s. 73-83.

83 Bu kanunda, kanunlar ihtilâfı kuralları beş bölüme ayrılmıştır. 3 ilâ 6. maddeler genel hükümleri, 7 ilâ 12. maddeler kişiler hukuku ve hukukî işlemleri, 13 ilâ 24. maddeler aile hukuku hükümlerini, m. 25 ve 26 miras hukuku hükümlerini, 27 ilâ 38. maddeler borçlar hukuku hükümlerini düzenlemiştir. 1986 yılında yapılan değişiklik, vasıflandırma, ön mesele gibi, kanunlar ihtilâfının bazı genel prensiplerini ele almamıştır: **Gildeggen - Langkeit,** s. 230.

2- BAĞLAMA NOKTALARI

a) Sübjektif Bağlama

1986 yılında yapılan değişiklikle[84] ilk kez, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, irade muhtariyeti ilkesi kabul edilmiştir. Bu maddeye göre; eşler, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak, eşlerden birinin millî hukukunu veya eşlerden birinin mutad mesken hukukunu ya da taşınmaz mallar için, taşınmazın bulunduğu yer hukukunu[85] seçebilirler. Görüldüğü gibi, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda eşlerin sınırlı bir seçme serbestisi vardır.

Evlilikten önce veya evlilik süresince herhangi bir anda, EGBGB. m.15/II'ye göre hukuk seçimi sözleşmesi yapıldığında, bu seçim, izin verilen sınırlar içinde değiştirilebilir ve kaldırılabilir[86]. Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi açık veya zımnî olarak yapılabilir[87].

b) Objektif Bağlama

Evlenme ve evlenmenin kişisel etkileri gibi, mal rejimine ilişkin etkiler de, eşleri doğrudan ilgilendirir. Bu yüzden, mal rejimleri alanında, taraf menfaatleri ön

---

84 1986 yılındaki değişiklikten önce, kocanın evlenme anındaki millî hukuku, eşlerin, evlilik mal rejimi sözleşmesi yapmış olmaları halinde dahi uygulanırdı: **Drobnig**, s. 96.

85 Taşınmaz mallar konusunda, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasına ilişkin EGBGB. m. 15/II, 3 hükmü, hükûmet tasarısında yoktu ve yabancılar tarafından Alman taşınmaz mallarının kazanılmasında, uygulanacak hukuk sorununu kolaylıkla çözmek için, Meclis Hukuk Komisyonu tarafından eklenmiştir. Bununla birlikte, milletlerarası özel hukuk alanında, Alman Meclisi, birçok devletin, taşınmaz mal rejimini, taşınmaz malın bulunduğu yer hukukuna tâbi tuttuğunu da hesaba katmıştır: **Kegel, Gerhard - Schurig, Klaus**: Nachtrag Zu Internationales Privatrecht, B. 8, München, 2001, s. 728.

86 **Kegel - Schuring**, s. 728.

87 **Coester Waltjen - Coester**, s. 27.

plânda tutulmuş ve uygulanacak hukuk bağlamında şahsî statü esas alınmıştır[88]. Eşler, evlilik malları rejimine uygulanacak hukuk konusunda, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamışlarsa, EGBGB. m. 15'deki objektif bağlama kuralları uygulanır.

'Evlilik Mal Rejimi' başlığını taşıyan, EGBGB. m. 15/I'e göre; "evlilik malları, evliliğin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir". Görüldüğü gibi, evlilik mallarına uygulanacak hukukun tespit edilmesinde, EGBGB. m. 15, evliliğin genel hükümlerinin düzenlendiği m. 14'e gönderme yapmaktadır. Adı geçen maddeye göre, "evliliğin genel hükümlerine, eşlerin ortak millî hukuku veya evlilik devam ederken sahip oldukları son ortak millî hukuk; bunun olmadığı hallerde, eşlerin ortak mutad mesken hukuku veya eşlerden birinin hâlâ bu mutad meskeni koruyor olması şartıyla, evlilik devam ederken sahip oldukları son ortak mutad mesken hukuku; bunun da bulunamaması halinde, en yakın irtibatlı ülke hukuku uygulanır".

Evlilik mallarına uygulanacak hukuku düzenleyen EGBGB. m. 15'in, evliliğin genel hükümlerinin düzenlendiği m. 14'e gönderme yapmasının altında yatan neden, eşlerin, özellikle evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmedikleri hallerde, evlilik malları ve evliliğin genel hükümleri konusunda, vasıflandırma sorunlarını önlemek ve bu iki konuyu aynı hukuka tâbi tutmaktır. Ancak, evliliğin genel hükümlerini idare edecek hukuk, değişebilirlik ilkesine tâbi iken, evlilik malları rejimini idare edecek hukuk, eşlerin mutad meskeninin ya da vatandaşlıklarının değişmesiyle değil, sadece, eşlerin daha sonra uygulanacak hukuku seçme konusunda bir sözleşme yapmaları halinde değişebilir. Bu nedenle,

[88] **Kegel - Schuring**, s. 727.

evliliğin genel etkileri ve evlilik mal rejimiyle ilgili kanunlar ihtilâfı kuralları arasındaki yeknesaklık, evlilik süresince, her zaman, aynı yasal sistemin uygulanması şeklinde sonuçlanmayabilir. Fakat, pek çok dâvada, evliliğin genel hükümlerine ve evlilik mallarına aynı hukuk uygulanmaktadır[89].

Görüldüğü gibi, yeni EGBGB., çeşitli yönlerden farklılıklar göstermektedir. Öncelikle, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, eski kanunun kabul ettiği çözüm yolu değiştirilmiş ve basamaklı yaklaşımın kabul edildiği yeni çözüm yolu benimsenmiştir[90]. Ayrıca, bu değişikliğe ek olarak, EGBGB. m. 15/II ile, eşlerin, evlilik mal rejimine uygulanacak hukuku seçebilmesi olanağı getirilmiş olduğunu da görüyoruz. Böylece, yeni EGBGB. m. 15, en azından iki yönden, eski hukukun sınırını genişletmiştir. Birincisi, tamamen yeni bir düzenleme olan, evlilik mallarına uygulanacak hukukun seçilebilmesi olanağıdır ki, eski kanunda eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin seçim yapma özgürlüğü bulunmamaktaydı. İkincisi, bu madde ile, evlilik mal rejimine uygulanacak hukuk değişebilir kılınmıştır. Oysa, eski hukuka göre yerleşmiş prensip, evlilik mal rejimine uygulanacak olan hukukun, evliliğin sona erdiği ana kadar değişmez olduğuydu[91]. Eşlere, seçim yapma özgürlüğü getirilerek, dolaylı da olsa, evlilik mallarına uygulanacak hukuku değiştirebilme olanağı sağlanmıştır.

aa) Ortak Millî Hukuk

Daha önce de belirttiğimiz gibi, EGBGB. m. 14'de düzenlenen objektif bağlama, basamaklı bağlamadır. Buna göre, öncelikle ilk bağlama noktasına gidilir;

---

89 **Coester Waltjen - Coester**, s. 29.

90 **Gildeggen - Langkeit**, s. 233.

91 **Gildeggen - Langkeit,** s. 234; **Kegel,** s. 491.

ancak, bu bağlama noktasının mevcut olmaması halinde, diğer bağlama noktasının olup olmadığı araştırılır. Şöyle ki, EGBGB. m. 14/I, 1'e göre, öncelikle eşlerin ortak millî hukuku araştırılır. Eğer eşler ortak millî hukuka sahipse, evlilik mallarına eşlerin ortak millî hukuku uygulanır. Eşlerin ortak millî hukukunun olmadığı hallerde, eşlerden birinin hâlâ bu ülkenin vatandaşlığını koruyor olması şartıyla, eşlerin evlilik devam ederken sahip olduğu son ortak millî hukuk uygulanır. Örneğin, her ikisi de Türk vatandaşı olan K ve E'nin evlendiklerini farz edelim. K'nın, evlilikten bir süre sonra, Fransız vatandaşlığını kazanması halinde, eşlerin artık ortak bir millî hukuku olmayacaktır; ancak, E'nin hâlâ Türk vatandaşlığını koruyor olması halinde, eşlerin evlilik devam ederken sahip olduğu son ortak millî hukuk Türk hukukudur ve evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak tespit edilir.

bb) Ortak Mutad Mesken Hukuku

Eğer eşler, ortak millî hukuka sahip değillerse; eşlerden birinin hâlâ bu ülkenin vatandaşlığını koruyor olması şartıyla, eşlerin evlilik devam ederken sahip olduğu son ortak millî hukuk da yoksa, EGBGB. m. 14/I, 2'ye göre, eşlerin ortak mutad mesken hukuku[92] ikinci basamakta yer alan bağlama noktasıdır. Eşlerin ortak bir mutad meskeninin olmadığı hallerde, yine aynı madde uyarınca, eşlerden birinin, hâlâ bu mutad meskeni koruyor olması şartıyla, eşlerin evlilik devam ederken sahip oldukları son mutad mesken hukukuna gidilir.

---

92 Alman milletlerarası özel hukuku'na göre, kişinin ikametgâhı (*Wohnsitz*), uygulanacak hukukun belirlenmesinde kesinlik taşımamasına rağmen, usûl hukukunda önem arz eder: **Fisher, Howard**: The German Legal System and Legal Language: A General Survey Together with Notes and a German Vocabulary, B. 3, London 2002, s.196-197.

Alman doktrininde, mutad mesken, kişinin hayatının merkezi olarak düşündüğü ve kesin olmayan bir süre veya en azından uzun bir dönem için yerleşmeyi plânladığı yer diye kabul edilmektedir. Bu tanım yasal olmamakla birlikte, gerçekçi bir tanım olarak nitelendirilmektedir[93].

Alman hukukuna göre, bütün vatandaşlar, yabancılar, mülteciler ve vatansız kişiler aynı şekilde muamele görür. Ayrıca, EGBGB. m. 5/II'ye göre, mülteciler ve vatansızlar, kendi mutad meskenlerinin vatandaşlığına sahipmiş gibi muamele görürler. Eğer bu kişilerin mutad meskenleri de yoksa, mukîm oldukları yer hukuku uygulanır.

cc) En Yakın İrtibatlı Ülke Hukuku

Millî hukuk veya mutad mesken hukukunun yokluğunda uygulanacak hukuk konusunda doktrinde tartışmalar olmuş ve eşlerin ortak ikametgâh hukukunun uygulanması önerilmiştir[94]. Ancak, EGBGB. m. 14/l,(3) de konu açıkça düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, ortak millî hukuk veya ortak mutad mesken hukukunun uygulanması mümkün olmuyorsa, bu halde, üçüncü bağlama noktası olarak, eşlerin en yakın irtibatlı olduğu ülkenin hukukuna gidilecektir.

3- KURALIN UYGULAMA ALANI

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk, evlilik mallarının mahiyetini, mallar üzerindeki tasarruf ve idare yetkisini, eşlerin kendi malları üzerindeki tasarruf etme özgürlüğünün sınırlarını, özellikle evlilik malları rejiminin sona ermesi halinde bilgilendirme görevi gibi konuları idare eder. Dahası, eşlerden birinin, diğer eşin

---

93 **Coester Waltjen - Coester**, s. 22.

94 **Kegel, G.;** Internationales Privatrecht, B. 5, 1985, s. 491

borçlarından sorumluluğu, eşlerin ticarî ortaklığa sahip olup olmayacağı, böyle bir ortaklığa sahiplerse, bu ortaklıktaki şahsî payları, eşlerin mallar konusundaki karşılıklı hakları ve bu malların yönetimi de, açıkça EGBGB. m.15'in kapsamına girmektedir[95].

EGBGB. m. 15/III'e göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin, şeklî şartları konusunda EGBGB. m. 14/IV uygulanır. Anılan maddeye göre ise, evlilik mallarına ilişkin hukuk seçimi sözleşmesi, Almanya'da akdedilecekse, noter huzurunda yapılmalıdır. Sözleşmenin Almanya sınırları dışında akdedilmesi halinde ise, akdin yapıldığı yer hukukuna *(lex loci actus)* veya seçilen hukuka uygun olması yeterlidir.

Evliliğin geçerliliği sorunu, EGBGB. m. 13'e göre, her bir eşin millî hukukuna tâbidir. Ayrıca, EGBGB. m. 7'ye göre, evlilik sözleşmesi yapma ehliyeti konusunda da, her eşin millî hukuku uygulanır.

Evliliğin boşanma veya evliliğin iptali gibi nedenlerle sona ermesi halinde, evlilik malları, evlilik mallarına uygulanacak hukuka göre tasfiye edilir[96].

Evliliğin, eşlerden birinin ölümü nedeniyle sona ermesi halinde de, kural olarak, evlilik mallarına uygulanacak hukuk, malların paylaşımını idare eder. Ancak, vasıflandırma[97] konusunda bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Özellikle, evlilik malları ile

---

95 **Coester Waltjen - Coester**, s. 31.

96 **Coester Waltjen - Coester**, s. 33.

97 Alman hukukunda, vasıflandırma *lex fori*ye tâbidir. Bu husus, EGBGB'de belirtilmemiştir; ancak, bu konuda, örf ve adet hukuku uygulanmaktadır. Ancak *lex fori*, *lex fori*'nin pozitif kurallarıyla sınırlı değildir, daha geniş anlam taşır. Bu nedenle, Alman hukukuna göre izin verilmeyen evlilikler bile (çok evlilik, temsili evlilik, çocuk evlilikleri gibi) evlilik olarak vasıflandırılabilir. Vasıflandırma sorunu, Alman hukuku tarafından bilinmeyen; örneğin, İslam hukukundaki mehir gibi, yabancı yasal kurumlarla, bağlantılı olarak da ortaya çıkabilir (Mehir konusunda bkz. **Cin, Halil**: İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, B. 2, Konya 1988, s. 210 vd.). Böyle bir durumda

miras arasındaki sınırı belirlemek çok güçtür. Ancak, kural olarak şu şekilde bir saptama yapılabilir: Evlilik mal rejimi, sağ kalan eş ile miras bırakan arasında malların paylaştırılmasını idare eder. Örneğin, evlilik mal rejimi, miras bırakana ait olan malların hangileri olduğunu belirler ve daha sonra da, miras hukuku, miras bırakanın malı olarak tanımlanan bu malları kimin alacağını tayin eder. Paylaştırmanın bu fonksiyonu tek yasal sisteme sahip ülkelerde işe yarar. Evlilik mal rejimi hukuku ve miras hukuku birlikte ve birbiriyle uyum içinde düzenlenir ve böylece etkili sonuçlar alınır. Ancak, hukukun bu her iki alanı farklı hukuka tâbi olursa bu sistem işe yaramaz[98].

4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

Kural olarak, evlilik mallarına uygulanacak hukuka objektif olarak karar verilmesi halinde, eşlerin millî hukuklarını veya mutad meskenlerini değiştirmesi, onların evlilik mal rejimini kendiliğinden değiştirmez. Ancak, eşler, başka bir hukuku seçerek değişiklik yapabilirler; fakat bu onların anlaşmalarına bağlıdır. Başka bir anlatımla, kural olarak, evlenme anındaki evlilik mallarına uygulanacak hukuk, evlilik süresince uygulanacak hukuk olarak kalır. Buna karşılık, evliliğin genel hükümlerini idare edecek olan hukuk, evlilik süresince bağlama noktalarında meydana gelen değişiklik sonucunda değişebilir. Örneğin, evlilik sırasında, eşlerin her ikisinin de, ortak millî hukuka sahip olmaları halinde, bu hukuk, evliliğin genel

---

vasıflandırmada şu yöntem izlenir: Öncelikle yabancı kurumun, Alman ihtilâf kurallarında yer alan kategoriler karşısındaki fonksiyonu araştırılır; örneğin, boşanma, nafaka, evlilik malları gibi. Yabancı yasal kurumun fonksiyonu, evlilik malı niteliğine yakınsa, bu sorun evlilik malı sorunu olarak vasıflandırılabilecek ve buna göre ihtilâf kuralları uygulanabilecektir: **Coester Waltjen - Coester**, s. 20-21.

98 **Coester Waltjen - Coester**, s. 35.

hükümlerini idare eder; oysa, evlilik malları rejimini etkilemez; evlilik malları rejimini, eşlerin evlilik anındaki ortak mutad mesken hukuku idare ediyorsa, yine bu hukuk idare etmeye devam eder[99].

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda değişmezlik ilkesi benimsenmiştir ve evlilik mallarına uygulanacak hukukun tespitinde kabul edilen bağlama noktalarında meydana gelen değişiklikler, uygulanacak hukuk üzerinde herhangi bir etki yaratmayacaktır. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun değiştirilebilmesi, eşlerin uygulanacak hukuku EGBGB. m. 15/II'deki sınırlar dahilinde seçmeleri ile mümkün olabilir. Bu seçimin geçerliliği, asıl hukuk seçimindeki ilkelere tâbidir. Seçilen hukuk, sadece evlilik mal rejiminin gelecekteki tüm konularını değil, aynı zamanda, eski evlilik malları rejiminin nasıl yeni rejime dönüşeceği sorununa da cevap verir[100].

B) İSVİÇRE HUKUKU

1- GENEL OLARAK

İsviçre, Avrupa ülkeleri içinde dört dil konuşulan[101] ve nüfusunun %15'inden fazlası yabancılardan oluşan, milletlerarası alanda politikanın ve ekonominin merkezi bir ülke olarak, milletlerarası özel hukukta çağdaş sisteme ihtiyaç duymuş[102] ve yapılan hukukî düzenlemelerle, milletlerarası özel hukuk kurallarına sahip Avrupa ülkelerinden biri haline gelmiştir[103].

---

99 **Coester Waltjen - Coester**, s. 37.

100 **Coester Waltjen - Coester**, s. 37.

101 Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Romansch (İsviçre'deki Grison'ların dili olup, Latince'nin bozulmuş şeklidir) dillerinden sonuncusu, diğerlerinden farklı olarak, resmî dil olmayıp göreceli olarak pek az kişi tarafından kullanılmaktadır. Bununla birlikte, İsviçre'de akıcı bir şekilde İngilizce konuşan halkın yüzdesi de oldukça yüksektir: **Samuel**, s. 681, dn. 1.

102 **Samuel**, s. 681.

103 **McCaffrey**, s. 236.

19. yy.ın ortalarından sonra, İsviçre, demokratik hareketlerin etkisi sonucunda daha merkezîleşmiş ve bu eğilim, 1874 İsviçre Federal Anayasası'nın yeniden düzenlenmesinde açıkça kendini göstermiştir[104]. İsviçre'de milletlerarası özel hukukun değiştirilmesi çalışmaları oldukça uzun sürmüş; 1876 ve 1877 yıllarında başarısızlıkla sonuçlanan girişimlerinden sonra, 25 Haziran 1891 tarihli, kısaca NAG olarak bilinen, İkametgâh Sahiplerinin ve Geçici Olarak Oturanların Özel Hukuk Kanunu (*Statute on the Private Law Conditions of Domiciliaries and Sojourners*) kabul edilmiştir. Bu kanunda milletlerarası özel hukuka ilişkin pek az hüküm bulunmaktaydı[105].

İsviçre'de milletlerarası özel hukuk alanında kanun yapma çalışmalarına başlanması ise, 1920'li yıllara rastlar; ancak, ülkede baş gösteren ekonomik kriz ve II. Dünya Savaşının etkisi ile bu çalışmalar tamamlanamamıştır. 1973 yılında, İsviçre Adalet Bakanlığınca bir komisyon oluşturulmuş ve üç aşamalı bir çalışma yapılmıştır. 30 Haziran 1978 tarihinde, tamamen yeni ve kapsamlı Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun Tasarısı [*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz)]* uzman bir komisyon tarafından hazırlanmış[106] ve sonuçta 18 Aralık 1987

---

104 **Karen, A. Pierre - Arnold, Patocchi**: Switzerland's Private International Law, B. 2, Kluwer 1993, s. 5.

105 Bu kanun, 1912 tarihli İsviçre Medenî Kanunu tasarı halindeyken, milletlerarası özel hukuk konusunda yeni hükümleri de içine alması konusunda girişimde bulunulmuş; ancak, başarı sağlanamamıştır. 1912'den 1988 yılına kadar, milletlerarası özel hukuk alanında İsviçre'de bir kaç istisna dışında, hemen hiç değişmeden kalmıştır: **Karen - Arnold**, s. 6-7.

106 Bu kanun tasarısı, "*Swiss Studies in International Law*" serisinde iki kez yayınlanmıştır, hatta ikinci yayınlanmasında hem Fransızca, hem de Almanca olarak yayınlanmıştır: Bu tasarının oluşum süreci ve tasarıyı oluşturan hükümlerin yorumları hakkında bkz. **McCaffrey**, s. 235-285.

tarihinde, çok az bir değişiklikle parlamento tarafından kabul edilen ve yayımlanan bu kanun tasarısı, 1 Ocak 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir[107].

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nda (*Switzerland's Federal Code on Private International Law* - CPIL; *La loi Fédérale sur le Droit International Privé* - LDIP)[108], yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusu, kanunun 'Evlilik Hukuku' başlığını taşıyan üçüncü bölümünün üçüncü kısmında, 'Evlilik Mal Rejimi' başlığı altında 51 ilâ 58. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kanunun bütününe bakıldığında, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunun, diğer pek çok konuya göre daha kapsamlı düzenlendiği söylenebilir.

2- BAĞLAMA NOKTALARI

a) Sübjektif Bağlama

Yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda, eşlere hukuk seçimi yapabilme olanağının verilmesi, eşler arasındaki ilişkinin, evlilik malları hukuku ilişkisi olduğu düşüncesine dayanır. Böylece uygulanacak hukukun seçimi eşlerin iradesine bırakılabilir. İsviçre hukukunda, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda sübjektif bağlama kuralına yer verilmiş olmasının nedeni, pek çok ülkenin hukuk sisteminde ve 1978 - Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesinde konunun düzenlenmiş olmasıdır. Buna ek olarak, eşlere konu ile ilgili hukuk seçimi sözleşmesi yapma olanağının verilmesi, miras hukuku statüsü ile evlilik

---

[107] İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanun'un çıkarılma sürecinin ayrıntıları için bkz. **Karen - Arnold**, s. 8-10; **McCaffrey**, s. 237-240; **Samuel**, s. 681.

[108] Bundan böyle Kanun, tezde, İsviçre'de konuşulan resmî dillerden biri olan Fransızca'nın kısaltması olduğu için, LDIP olarak kullanılacaktır. Kanunun İngilizce metni için bkz. www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf.; ayrıca, bkz. **Karen - Arnold**, s. 31 vd.

malları hukuku statüsünü birleştirme imkânı sağlaması bakımından da isabetli görülmüştür[109].

İsviçre milletlerarası özel hukukunda, bazı Avrupa ülkelerindeki[110] düzenlemelerde olduğu gibi, eşlere sınırsız bir irade muhtariyeti tanınmamaktadır. LDIP. m. 52/II'ye göre, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinde seçebilecekleri bağlama noktaları açıkça belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, eşler, ortak ikametgâh hukukunu veya evlilikten sonraki ilk ortak ikametgâh hukukunu ya da eşlerden birinin millî hukukunu seçebilirler[111].

Görüldüğü üzere, objektif bağlama kuralında olduğu gibi, sübjektif bağlama kuralında da cinslerin eşitliği ilkesinden hareket edilmiş ve her iki eş için ortak ikametgâh hukukunun seçilebileceği hükme bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yaparak evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmeleri halinde dahi ortak ikametgâh şartı aranmıştır.

Eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi ile belirleyebilecekleri bir diğer sübjektif bağlama noktası, evlilikten sonra eşlerin ilk ikametgâh hukukudur ve bu halde de, ortak ikametgâh şartı aranmıştır. Eşler evlilikten sonra sahip olacakları ikametgâhlarının bulunduğu ülkenin hukukunu, uygulanacak hukuk olarak belirlemişler; ancak, daha sonra bu niyetlerini gerçekleştirememişlerse, bu hukukun uygulanması geçmişe etkili olarak geçersiz olacaktır; çünkü, bu durumda kanunun talep ettiği ilişki gerçekleşmemiş olmaktadır. Bu kuralın tek istisnasını, eşlerden birinin plânlanan ikametgâha sahip olamadan ölmesi ve eşlerin ikametgâh sahibi olmayı plânladıkları ülke hukukuna göre evlilik mallarına ilişkin işlemler yapması

---

109 **Keller, Max - Keller Heini, Anton**: Zürcher Kommentar zum IPRG, B. 2, Zürih 2004, s. 563.

110 Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 1- II - C/b.

111 **Keller - Heini**, s. 564.

halidir. Örneğin, eşler evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlarsa, onların bu güveninin korunması yerindedir[112].

LPID. m. 52/II'de düzenlenmiş olan son sübjektif bağlama noktası ise, eşlerden birinin millî hukukudur. Bu ihtimalde artık eşler için ortak bir hukuk olma şartından vazgeçilmiş ve eşlerden birinin millî hukukunun seçilebileceği hükmü benimsenmiştir.

Eşlerin kısmî hukuk seçimi yapmaları mümkün değildir. Başka bir anlatımla, eşler evlilik mallarının bir kısmına A ülkesinin hukukunun, diğer kısmına da B ülkesinin hukukunun uygulanmasını kararlaştıramazlar; çünkü kısmî hukuk seçimi, evlilik malları statüsünün parçalanmasına neden olabilir. Bu nedenle, hukuk seçimi sözleşmesi, evlilik mallarının tümünü -seçimin yapıldığı andaki ve sonrasında edinilecek taşınır ve taşınmaz malları- kapsayacak şekilde yapılmalıdır[113].

Eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yaparak bir hukuku seçmesi, onların bu hukuka olan güvenini ifade eder. Bu şekilde belirlenen hukukun değişmeyeceği kabul edilir. Ancak, bu şekilde bir hukuk seçiminin yapılması, daha sonra yine bir hukuk seçimi sözleşmesi ile değişiklik yapılmasını engellemez. Evlilik malları hukuk seçiminin, ilgili hukukun seçim anındaki hükümlerine göre yapılması, o hukukun emredici hükümlerine uygun olmak şartıyla mümkündür. Eşler, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi ile belirledikleri hukukun artık uygulanmamasını istiyorlarsa, ya yeni bir hukuk seçimi sözleşmesi akdetmeli, ya da yaptıkları hukuk seçimi sözleşmesinin uygulamadan kaldırılması ile ilgili yazılı bir sözleşme yapmalı ve bu hususu sözleşmede açıkça belirtmelidirler. Böyle bir durumda -yeni hukuk

---

112 **Keller - Heini**, s. 564.

113 **Keller - Heini**, s. 563.

seçimi sözleşmesi yapılmamışsa- sübjektif bağlama kuralları yerine uygulanacak yeni hukuk LDIP. m. 54'e göre, objektif bağlama kuralları ile belirlenecektir[114].

Eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinde, uygulanmasını istedikleri hukuku yanlış anlaşılmayacak şekilde belirtmeleri gerekmektedir. Eğer hukuk seçimi bir evlilik sözleşmesi dahilinde yapılmışsa, sözleşmenin hükümleri anlam kargaşası veya birden fazla anlama gelebilecek kavramlar içermeyecek şekilde net ve açık olmalı, herhangi bir şüpheye yer vermemelidir[115].

Sözleşme hukukunda olduğu gibi, eşler evlilik mallarına uygulanacak hukuk seçimini her zaman yapabilir ya da yapılmış olan bir hukuk seçimini istedikleri zaman değiştirebilirler. Eğer evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi, evlilikten sonra ilk kez yapılmışsa, LDIP. m. 53/II'ye göre, eşler aksini kararlaştırmadıkları sürece, evlilik anında yapılmış gibi etki doğurur, yani geçmişe etkili sonuçlar doğurur[116]. Ayrıca, LDIP. m. 53/III'e göre, eşlerin seçtikleri hukuk, eşler başka bir hukuk belirleyinceye ya da yaptıkları seçimi feshedinceye kadar geçerlidir.

Eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmaları halinde, seçilen hukukun iç maddî hukuk hükümleri uygulanır. Yani, evlilik mallarına uygulanacak hukukun sübjektif bağlama kuralları ile belirlenmesi halinde, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları kapsam dışında tutulur. Zaten seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını da kapsamına alan bir hukuk seçimi geçersiz olduğu gibi, mantıklı da değildir[117]. Görüldüğü gibi, evlilik mallarına uygulanacak hukukun sübjektif bağlama kurallarına göre belirlenmesi halinde atıf reddedilmiştir.

---

114 **Keller - Heini**, s. 567.

115 **Keller - Heini**, s. 566.

116 **Keller - Heini**, s. 566.

117 **Keller - Heini**, s. 564.

b) Objektif Bağlama

Eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olmaları halinde, evlilik mallarına hangi hukukun uygulanacağı LDIP. m. 54'de düzenlenmiştir. Bu maddede hem eşitlik ilkesini sağlamanın düşünülmesi, hem de eşler için "ortak" bağlama kurallarının tercih edilmesi nedeniyle, her iki eş için de ortak bağlama noktaları, basamaklı olarak benimsenmiştir[118]. Bu maddeye göre, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına eşlerin ortak ikametgâh hukuku; eşler aynı ülkede hiç bir zaman ortak ikametgâha sahip olmamışlarsa, eşlerin ortak millî hukuku uygulanır. Yine aynı maddeye göre, ne ortak ikametgâha, ne de ortak millî hukuka sahip olan eşlerin evlilik malları İsviçre hukukuna tâbidir.

aa) Ortak İkametgâh Hukuku

LDIP. m. 54/I (a) bendine göre, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olmaları halinde araştırılacak olan ilk bağlama noktası, eşlerin ortak ikametgâh hukukudur. İkametgâh, LDIP'nin anahtar kavramlarından biridir[119] ve ikametgâh, mutad mesken ve millî hukuk bağlama noktaları LDIP. m. 20 vd. da düzenlenmiştir. LDIP. m. 20'de ikametgâh, kişinin sürekli olarak yerleşmek niyetiyle mûkim olduğu ülke olarak tanımlanmıştır. Aynı maddeye göre, bir kişinin aynı anda birden fazla ikametgâhının olması da mümkün değildir.

bb) Son Ortak İkametgâh Hukuku

Eşlerin ortak bir ikametgâhının olmaması halinde, LDIP. m. 54/I (b) bendine göre, ikinci basamak olarak, eşlerin son ortak ikametgâh hukuku araştırılacaktır. Son

118 **Keller - Heini**, s. 570.

119 **Samuel**, s. 685.

ikametgâh hukuku olarak belirlenen bu bağlama noktası ile kanun koyucu, eşlerin son olarak birlikte yaşadıkları ülkenin evlilik mallarını idare etmesi fikrinden hareket ederek bu hukukun uygulanmasını tercih etmiştir. Eğer eşlerden biri ikametgâhını değiştirirse, bu evlilik mallarına uygulanacak hukuku etkilemeyecektir; çünkü, böylelikle terk edilen eşin menfaatinin korunacağı farz edilmektedir[120].

cc) Ortak Millî Hukuk

Eğer eşler hiç bir zaman ortak ikametgâha sahip olmamışlarsa, evlilik mallarına uygulanacak hukuk, LDIP. m. 54/II'ye göre, eşlerin ortak millî hukukudur.

Bir görüşe göre, ortak millî hukuk ile kastedilen, eşlerin evlilikten önce sahip oldukları ortak millî hukuktur. Kadının evlilik nedeniyle kocasının vatandaşlığını kazanması ile sahip olduğu ortak millî hukuka itibar edilmesi, erkeğin millî hukukuna öncelik tanınması anlamına gelir ki, bu da eşitlik ilkesine aykırılık doğurur. Başka bir görüşe göre ise, kanunun düzenlemesinde yer almayan böyle bir kısıtlamaya gidilmemelidir. Zira, eşlerin ortak millî hukukunun uygulanmaması halinde başvurulacak diğer bağlama noktası, LDIP. m. 54/III'de düzenlenmiştir ve bu hukuk, İsviçre hukukudur. Oysa, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına eşlerin ortak millî hukukunun uygulanması daha yerinde bir çözümdür. Eşlerin, birden fazla millî hukuka sahip olmaları halinde, daha etkin olan millî hukuk geçerli olmalıdır[121].

dd) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, LDIP. m. 54/III'e göre, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda belirlenen objektif bağlama noktalarının sonuncusu, belirtilen tüm

[120] **Keller - Heini**, s. 571.

[121] **Keller - Heini**, s. 572.

bağlama noktalarının tespit edilememesi halinde uygulanacak olan, İsviçre hukuku'dur. Bu bağlama noktası çok ender durumlara yönelik, acil çözüm olarak düşünülmüştür. Örneğin, eğer Norveç ve İsveçli eşlerden oluşan bir çift sadece eğitim amaçlı İsviçre'de oturuyorsa, İsveç ya da Norveç hukukunun ya da her iki hukukun uygulanması daha muhtemeldir; çünkü, İskandinav ülkelerinin hukukları birbiri ile büyük ölçüde benzerlik gösterir. Hatta, böyle bir durumda, doğrudan eşlerin ortak ikametgâhı hukukunun uygulanıp uygulanamayacağı da araştırılmalıdır[122].

3- KURALIN UYGULAMA ALANI

Objektif veya sübjektif bağlama kuralları ile belirlenen hukuk, evlilik mal rejiminin başlangıcından sona ermesine kadar evlilik malları ile ilgili konuları idare edecektir. Buna karşın, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin şekli, LDIP. m. 53'de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, hukuk seçimi sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Aynı maddeye göre, diğer şekil şartları ise, taraflarca seçilen hukuka tâbidir. Ayrıca, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olarak kabul edilmektedir; bu nedenle, sözleşmenin şekil şartları ile ilgili sorunlar -özellikle tarafların iradesi ile ilgili- seçilen hukuka göre değerlendirilir[123].

LDIP. m. 56'ya göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin şekli, tarafların seçtiği hukuka veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna uygun olmalıdır.

---

122 **Keller - Heini**, s. 572.

123 **Keller - Heini**, s. 566.

4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

LDIP. m. 55/I'de, evlilik malları statüsünün değişebilirliği ilkesi kabul edilmiştir. Anılan maddeye göre, eşler, ikametgâhlarını bir ülkeden başka bir ülkeye taşırlarsa, yeni ikametgâh evlilik anından geçerli olmak üzere uygulanır.

Yeni bir ikametgâhın oluşturulması ile evlilik malları statüsü değişir. Kanunun evlilik anına doğru geçmişe dönük etkiyi göstermesi, sonradan oluşacak birden çok ikametgâh nedeniyle, birden fazla uygulanacak hukukun ortaya çıkaracağı karışıklığı engellemek içindir[124]. Buna göre, ikametgâh hukuku "sanki evlilik anından beri geçerliymiş gibi" kabul edilmelidir. Örneğin; eşler Almanya'da yaşadılarsa ve oradaki "kazanç ortaklığı" rejimine tâbi oldularsa ve sonradan bu eşler mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu bir ülkeye taşındılarsa, Alman hukukuna göre eşlerin kazanç ortaklığı hakkı sona erer. Kuşkusuz, eşler arasında önceden yapılmış olan evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi varsa bu kural uygulanmayacaktır. Örneğin New York'ta eşler arasında yapılmış bir hukuk seçimi sözleşmesi, eşler sonradan nereye taşınırsa taşınsın geçerli olacaktır[125].

"İkametgâh Değiştirme ve İkametgâh Değişikliğinin Geçmişe Dönük Etkisi' başlığını taşıyan LDIP. m. 55/I'de değişebilirlik ilkesinin istisnası düzenlenmiştir. Buna göre, eşler, yazılı bir sözleşme yaparak, geçmişe dönük etkiyi uygulama dışı bırakabilirler. Anılan maddeye göre, eşlerin geçmişe dönük etkiyi ortadan kaldırmaya yönelik yapacağı sözleşme için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Sözleşmenin, ikametgâh değişikliğinden bir süre sonra yapılmış olması durumunda da sözleşme bu zaman noktasından itibaren etkili olacaktır[126].

---

124 **Keller - Heini**, s. 574-575.

125 **Keller - Heini**, s. 575.

126 **Keller - Heini**, s. 577.

LDIP. m. 55/II'ye göre ise, eğer eşler önceki hukukun uygulanmaya devam etmesi konusunda görüş birliği içindelerse ve bunu yazılı olarak da belirtmişlerse ya da evlilik sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm bulunuyorsa, bu hallerde de ikametgâh değişikliği, uygulanacak hukuka etki etmeyecektir.

Eşler sözleşme yaparak, önceki hukukun geçerli olmaya devam etmesini kararlaştırabilirler. Bu durumda ikametgâhın değiştirilmesi, uygulanacak hukuk üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmaz. Aynı şey eşler arasında bir evlilik sözleşmesinin yapılmış olması halinde de geçerli olur. Böylelikle eşler 52. maddede öngörülmüş olan seçim hakkı yanında, evlilik mal statüsünün değişmezliği yönünde tercih kullanabilecekleri bir imkân elde etmiş olmaktadırlar[127].

Eğer eşler daha önceden ikametgâha sahip oldukları yerde evlilik mallarına uygulanacak hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlarsa, "önceki hukuk" ile anlaşılması gereken, sözleşme hangi hukuka göre yapıldıysa o hukuktur[128]. Geçerli bir anlaşma için her iki eşin de "önceki hukuk" kavramından aynı anlamı çıkartmaları şarttır. Hukukî güvenlik "önceki hukukun" açıkça belirtilmesini ya da önceki hukukun sözleşme metninden ya da somut durumdan açıkça anlaşılmasını öngörür[129].

LDIP. m. 57'de, eşlerden birinin üçüncü kişiyle hukukî ilişkisinin evlilik mallarına etkisi düzenlenmiştir. Evlilik mal rejiminde farklı ihtimallerin olması nedeniyle eşlerden biri ile hukukî bir ilişkiye girecek olan üçüncü kişinin uygun bir korumaya ihtiyacı vardır. Kanun bu ihtiyacı özel bağlama kuralı ile sağlamıştır. Üçüncü şahıs evli kişinin tasarruf ehliyetine sahip olup olmadığı konusunda, LDIP. m.

---

127 **Keller - Heini**, s. 577.

128 **Keller - Heini**, s. 578.

129 **Keller - Heini**, s. 579.

57/1'deki özel bağlama kuralına güvenebilir[130]. Anılan maddeye göre, eşlerden biri ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkinin, evlilik malları rejimine etkisi, hukukî ilişkinin meydana gelmesi sırasında, eşin ikametgâha sahip olduğu ülkenin hukukunca belirlenir. Dolayısıyla sonradan yapılan ikametgâh değişikliklerinin önemi yoktur.

LDIP. m. 57/2'ye göre ise, hukukî ilişkiye giriştiğinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuku bilen ya da bilmesi gereken üçüncü kişilere bu hukuk uygulanacaktır.

C) AVUSTURYA HUKUKU

1- GENEL OLARAK

Avusturya'da milletlerarası özel hukuk alanında değişiklik yapma çalışmaları I. Dünya Savaşı'ndan önce başlamış olmakla birlikte[131], Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (*Internationales Privatrechtsgesetz* - IPRG)[132], 15 Haziran 1978 tarihinde kanunlaşmış, 1 Ocak 1979 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Kanuna, zayıf

---

130 **Keller - Heini**, s. 583.

131 Avusturya'da, milletlerarası özel hukukun düzenlenmesi konusundaki ilk girişim, I. Dünya Savaşından önceki taslak düzenlemedir ve "*Walker Tasarısı*" olarak anılır. Ancak, I. Dünya savaşının patlak vermesi nedeniyle bu girişim sonuçlanamamış, iki dünya savaşı arasındaki dönemde de bu konuda herhangi bir girişimde bulunulmamıştır: **Palmer, Edith**: "*The Austrian Codification of Conflicts Law*", AJCL., Vol. 28, 1980, s, 200-201. Adalet Bakanlığının girişimiyle, 1950'li yıllarda, milletlerarası özel hukukun kodifiye edilmesine ilişkin çalışmalara yeniden başlanmıştır. Viyana Üniversitesinden Prof. *Schwind*, konuyla ilgili olarak görevlendirilmiştir. Prof. *Schwind*, hazırladığı taslağı 1970 yılında tamamlamış ve bu taslak 1971 yılında yayımlanmış ve alternatif taslaklarla birlikte Bakanlıkta oluşturulan özel bir komisyon tarafından tartışmaya açılmıştır. 1978 yılının Şubat ayında ise, taslak parlamentonun onayına sunulmuş ve küçük birkaç değişiklikle, dört ay sonra kanunlaşmıştır: Konu ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Palmer**, s. 201-202.

132 BGBl 1978/304. Kanunun İngilizce ve Almanca metni için bkz. **Palmer**, s. 222-234.

tarafın korunması, cinslerin eşitliği gibi sosyal ve politik tercihler de yansımıştır[133]. Bu kanun, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, temel kaynağı teşkil etmektedir. Bunun dışında, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları sorunu ile doğrudan ilgili olmamakla birlikte, çok taraflı veya iki taraflı anlaşmalar[134] da, Avusturya milletlerarası özel hukukunun kaynağını oluştururlar. Şöyle ki, Avusturya, kanunlar ihtilâfı alanında çok sayıda, iki taraflı anlaşma akdetmiş olmakla birlikte, aile ve miras hukuku konularını içeren *La Haye* sözleşmeleri gibi, çoğu milletlerarası anlaşmayı da onaylamıştır[135]. Bu tür milletlerarası anlaşmalarının varlığı halinde, bu anlaşmalar, öncelikli olarak uygulanır. Bunun yanı sıra, doğrudan uygulanabilen Avrupa Birliği Hukuku ve Sözleşme İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Anlaşması (*European Agreement on the Applicable Law for Contractual Relations – EVU - Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht)*[136] da, Avusturya'daki kanunların ve dolayısı ile IPRG'nin önünde yer alır ve öncelikli olarak uygulanır[137]. Ayrıca, Avusturya'nın henüz 14

---

133 **Palmer**, s. 197.

134 Avusturya milletlerarası özel hukukunda, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarıyla ilgili iki taraflı, iki anlaşma mevcuttur. Bunlardan ilki, Avusturya ve İran Arasında Dostluk ve İşbirliği Anlaşması (BGB1 1966/45) dır ve bu Anlaşmanın 10. maddesine göre, her iki ülkenin vatandaşlarına, kendi ülkelerinin hukukunun uygulanması uygun bulunmuştur. İkinci anlaşma ise, Polonya ile Avusturya Arasında Yargısal İşbirliği Anlaşmasıdır (BGBl 1974/79) ve bu Anlaşma her iki devletin vatandaşları için anlaşmanın kurulduğu anda kendi ülkelerinin hukukunun geçerli olacağını öngörür (m. 26). Anlaşma her iki ülkenin hukukuna uygun olmalıdır: **Rechberger**, s. 26.

135 **Palmer**, s. 200.

136 BGB1 III, 1978/208.

137 **Schwimann, Michael**: Internationales Privatrecht, B. 3, Vienna, Manz 2001, s. 11.

Mart 1978 tarihli, Evlilik Malları Rejimine Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesini onaylamadığını da burada belirtmek gerekir[138].

Avusturya milletlerarası özel hukuk kuralları, 1979 yılına kadar, ABGB'de düzenlenmişti ve IPRG. kanunlaşıncaya kadar, bu konudaki diğer önemli kaynak, aile hukuku alanında milletlerarası özel hukuk kurallarını içeren 1938 yılında kabul edilmiş olan, Evlilik Hukuku Hakkında Dördüncü Uygulama Kanunu (*Fourth Implementing Order to the Matrimonial Law of 1938, Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz – 4. DVO - EheG*) olup, bu kanun, genel olarak milletlerarası özel hukuk konularına uygulanmıştı[139].

1979 yılından beri IPRG, Avrupa Birliğinin ve milletlerarası hukukun etkisiyle pek çok değişikliğe uğramıştır[140].

2- BAĞLAMA NOKTALARI

a) Sübjektif Bağlama

IPRG. m. 19, sübjektif bağlama kuralını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına ilişkin sorunlar, kural olarak, eşler tarafından açıkça seçilen hukuk tarafından idare edilir. Bu madde, taraflar arasında yapılmış olan sözleşmelere, yani irade muhtariyetine öncelik tanır[141]. Başka bir anlatımla, eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi yapmış olmaları halinde, bu sözleşme

---

138 **Rechberger**, s. 26.

139 **Schwind, Fritz**: Internationales Privatrecht, Vienna 1990, s. 51.

140 **Rechberger**, s. 33. Örneğin, 2001 yılında, Çocuk Haklarının Korunması Hakkında Sözleşme kabul edilmiş ve bu Sözleşme hükümleri IPRG'e yansıyarak gerekli değişiklikler yapılmıştır: **Schwimann**, s. 11.

141 **Schwind**, s. 153.

hükümleri öncelikle uygulanır. Objektif bağlama kuralları, ancak, böyle bir sözleşmenin olmaması halinde uygulanabilecek kurallardır.

IPRG. m. 19'a göre, uygulanacak hukuk konusunda sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi için, seçilen hukuk eşler tarafından açıkça belirtilmelidir. IPRG. m. 1/III'e göre, eşler bu hukuk seçimini -üçüncü kişiler üzerinde sonuç doğurmayacak hallerde- evlilik süresince herhangi bir anda veya evlilik öncesinde belirleyebilirler. Bu, eşlere, ikametgâh değişikliği gibi, yaşamlarındaki herhangi bir değişikliği, istedikleri anda, seçtikleri hukuka uyarlama olanağı verir[142]. Görüldüğü gibi, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin yapılması, belli bir zaman dilimiyle sınırlandırılmamıştır; evlilikten önce yapabileceği gibi, evlilikten sonra da yapabilir ve yine istenildiği anda değiştirilebilir veya iptal edilebilir[143]. Bu durumda yeni seçilen hukuk kendiliğinden (*ex nunc)* bir etkiye sahip olup, sadece hukuk değişikliğinden sonra kazanılan malvarlığı üzerinde etki doğurur. Çünkü, IPRG m. 11/III'e göre, sonradan yapılan sözleşmeler kısıtlı bir etkiye sahiptir. Maddenin bu hükmü, genel bir etkiye sahip olduğu için, sadece evlilik malları hukuk seçimi sözleşmeleri için değil, genel olarak bütün sözleşmeler için geçerlidir[144].

Taraflar, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin içeriğini belirleme konusunda serbesttirler. Yani, taraflar, tam irade muhtariyetine sahiptirler. Bu serbesti, tarafların, hukuk seçimini bazı mallarla sınırlandırması ya da bazı malların farklı hukuka tâbi tutulmasını da mümkün kılar[145]. Hukuk seçiminin etkileri,

---

142 **Rechberger**, s. 32; **Schwind**, s. 123.

143 **Schwind**, s. 123

144 **Schwimann**, s. 123.

145 **Schwimann**, s. 123.

malvarlığının belirli kısımları ile sınırlanabilir. Örneğin, (A) ülkesinin hukuku, malvarlığının yalnızca belirli bir kısmı için seçilebilir ya da malvarlığının farklı kısımları için, farklı hukukların uygulanması konusunda taraflar anlaşabilir[146].

Tarafların evlilik malları hukuk seçimindeki bu irade muhtariyeti, kamu düzeni kuralı ile sınırlıdır. IPRG. m. 6'ya göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi ile, Avusturya hukuk düzeninin temel değerleri ihlâl edilmez.

İrade muhtariyeti uyarınca, seçilen hukuk sadece tali hükümleri ile *(secondary provisions*) değil, aynı zamanda emredici hükümleri ile (*primary provisions*) evlilik mal rejimini idare eder. Fakat kamu düzenine ilişkin, fiyatlandırma, rekabet, işçilerin korunması gibi bazı hükümler, bunun dışında tutulmuştur[147].

b) Objektif Bağlama

Avusturya hukukunda, evlilik mallarına uygulanacak hukuka karar verilmesinde, "Evlilik Malları Hukuku" başlığını taşıyan IPRG. m. 19, evliliğin şahsî sonuçlarını düzenleyen m. 18'e gönderme yapar. IPRG. m.18'de düzenlenmiş objektif bağlama noktalarında da, basamaklı uygulama söz konusudur. IPRG. m.18/I (a)'ya göre, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına; eşlerin ortak şahsî statüsü, ortak şahsî statünün bulunmaması halinde son ortak şahsî statü hukuku uygulanır. IPRG. m.18/I (b)'de ise, son ortak şahsî statü hukukunun da bulunmaması halinde, eşlerin ortak mutad mesken hukukunun, bunun da bulunmaması halinde eşlerin son ortak mutad mesken hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, IPRG.

146 **Rechberger**, s. 32.

147 **Rechberger**, s. 32.

m.18/II'ye göre, eşler üçüncü bir ülke hukuku ile daha güçlü bağlara sahipse, bu ülke hukuku da uygulanabilecektir.

aa) Ortak Millî Hukuk

Eşlerin hukuk seçimi yapmadığı durumlarda, IPRG. m. 18/I (a) ya göre, evlilik mal rejimini, evlilik anında, evliliğin şahsî sonuçlarına uygulanacak hukuk belirleyecektir. Evliliğin şahsî sonuçlarını idare edecek hukukun belirlenmesinde ise, kanunda gösterilmiş bağlama noktaları üzerinde, her iki eşin ortak ilgilerinin bulunması gerekir. Şöyle ki, bu maddeye göre, evliliğin şahsî sonuçları, eşlerin ortak şahsî statülerine tâbidir. Eşlerin ortak şahsî statüsünün bulunmadığı hallerde, eşlerden birinin, hâlâ o statüyü koruyor olması şartıyla, eşlerin son ortak şahsî statüsü idare eder.

Maddede geçen, "şahsî statü" kavramının ne anlama geldiği, IPRG. m. 9'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, şahsî statü, kişinin vatandaşlık[148] bağıyla bağlı olduğu ülkenin hukukunu ifade eder. Buna göre, evlilik mallarına uygulanacak hukukun belirlenmesinde ilk aşama, millî hukuk gibi, kişinin ait olduğu hukuku ifade eden "ortak şahsî statü"dür. Görüldüğü gibi, Avusturya milletlerarası özel hukukunda, objektif bağlama noktaları tespit edilirken, eşlerden birinin millî hukukuna üstünlük tanınmamış ve ortak millî hukuk bağlama noktası tercih edilmiştir.

[148] Millî hukuk bağlama noktasının belirleyici özelliği, Avusturya'nın uzun hukukî geçmişine dayanır. 1979 yılında IPRG. yürürlüğe girerken de, bu bağlama noktasının değiştirilmesi için herhangi bir neden görülmemiştir. Ancak, günümüzde, Avusturya vatandaşlığını içeren ya da içermeyen, birden fazla ülke vatandaşlığına sahip kişilere yapılan farklı muameleler, artık daha fazla mazur görülmez hale gelmiş ve hatta EGV. m . 6 veya m. 52'nin ihlâli olarak değerlendirilmiştir: **Schwimann**, s. 31.

Eğer eşlerden biri, hem yabancı bir ülkenin, hem de Avusturya'nın vatandaşlığına sahip ise, Avusturya vatandaşlığı esas alınır[149]. Bununla birlikte eşlerden biri, ikiden fazla ülkenin vatandaşlığına sahip olup da, bu vatandaşlıklardan birinin Avusturya vatandaşlığı olmaması halinde, hangi ülkeyle bağları daha güçlü ise[150], o ülkenin vatandaşlığı esas alınır. Vatansızlar veya hangi ülkenin vatandaşlığında olduğu net olmayan kişiler hakkında, bu kişilerin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku onların şahsî statüsüdür. Mülteciler (milletlerarası anlaşmalara göre mülteci kabul edilenler) için şahsî statü, bu kişilerin ikametgâhının bulunduğu ülkenin hukukudur. Bir ikametgâhın dahi bulunmadığı durumlarda, mutad meskenin olduğu ülkenin hukuku, şahsî statü kabul edilir.

Ayrıca, yine maddede geçen, "evlilik anı" kavramının, daha geniş yorumlanabileceği ileri sürülmektedir. Buna göre, kadın evlenme anında, kocanın vatandaşlığını kazanamamış ise, vatandaşlığın kazanılabilmesi için, başka bir hukukî işlem ya da aleniyetin varlığı gerekecektir. Evlilikte, eşler arasındaki ilişkinin yoğunluğu, sürenin uzunluğundan daha önemlidir. Bu bağlamda, ortalama olarak, evlenme tarihi ile vatandaşlığın kazanılması arasındaki süre 1 yılı geçmemelidir[151].

---

149 Ancak, bu durum bazı sorunlara yol açabilir. Örneğin, Alman bir erkekle evlenen, Avusturyalı bir kadın, Alman vatandaşlığını kazanacak ve Avusturya'da, kocası ile ortak şahsî statüye sahip olmayacaktır: **Schwimann**, s. 31.

150 Eşlerin daha güçlü bağlarının bulunduğu ülke belirlenirken, çiftin yaşamında etkili ülkenin hangisi olduğu, ikametgâh veya mutad meskenlerinin nerede olduğu, vatandaşlığın kazanılma anı, ekonomik, meslekî, etnik, kültürel ve ailevî durumlar gibi, bütün unsurlar değerlendirilmelidir: **Schwimann**, s. 31.

151 **Rechberger**, s.32.

bb) Ortak Mutad Mesken Hukuku

Eşlerin, evlilik anında ortak millî hukukunun olmadığı hallerde, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına uygulanacak hukuk, IPRG. m. 18/I (b)'ye göre, eşlerin evlilik anında genellikle yaşadıkları yer, yani ortak mutad mesken[152] hukukudur. Eşlerin ortak mutad meskenin olmadığı hallerde ise, eşlerden birinin, hâlâ orada mutad meskene sahip olması koşuluyla, son ortak mutad mesken hukuku uygulanacaktır.

Eşlerin mutad meskeni, onların vatansız olduğu ya da vatandaşlığın net olmadığı durumlarda da geçerlidir. IPRG. m. 2'ye göre, vatansız kişinin mutad meskene sahip olduğu ülke hukuku uygulanır. Buna göre Avusturya'da mutad meskene sahip olan vatansızlara, Avusturya vatandaşı gibi muamele edilecektir[153].

Mülteciler için de, mutad meskene sahip oldukları ülkenin hukuku uygulanabilir. 28 Temmuz 1951 tarihli, Mültecilerin Statüleri Hakkında Cenevre

---

[152] Mutad mesken (*habitual residence-gewöhnlicher Aufenthalt*) için, belirli bir yerde uzunca bir süre yaşamak yeterlidir. Bir ülkede kısa süreli yaşamak; örneğin, bir ülkeden geçiş süresince kalmak, şüphesiz yeterli olmayacaktır: **Rechberger**, s.34; bu durumda, ikametgâh ve mutad mesken gibi yasal terimlerinin uyumlaştırılması konusunda Avrupa Konseyi'nin (*Resolution of the Council of Europe)* 72-1 nolu ve 18 Ocak 1972 tarihli kararının 9. maddesi geçerli olacaktır. Buna göre, "bir yerde kalıyor olmanın mutad mesken olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi sorununda, kişiyle, kişinin kaldığı yer arasındaki ilişkiyi gösteren şahsî ya da meslekî koşulların yanında, bu kalışın süresi ve devamlılığı da dikkate alınmalıdır". 'Ortak mutad mesken' kavramı ile ise, çiftin evlilik yaşamının merkezi olan yer ifade edilmektedir. Çiftin birden fazla birlikte yaşadığı yer bulunabilir. Ancak ortak mutad meskenin geçici bir özellik taşımaması gerekir: **Rechberger**, s. 30. Avusturya hukukunda, ikametgâh kavramı, karmaşık bir kavramdır ve bu nedenle, ancak, tâlî durumlarda bağlama noktası olarak kullanılır. JN. m. 66'ya göre, ikametgâh, kişinin uzun süreli olarak, açıkça yaşama niyetinin olduğu yerdir. Hukuk teorisi ve uygulamasına göre, bir yerde ikametgâh sahibi olabilmek için, o yerde uzun bir süre yaşama niyeti ve bu niyetin ciddî olması gereklidir. Ancak sürekli orada yaşama niyeti aranmaz: **Rechberger**, s.34.

[153] **Rechberger**, s.33.

Konvansiyonu (*Geneva Convention Relating to the Status of Refugees*)[154] ve 31 Ocak 1967 tarihli Mültecilerin Statüsü Hakkında Protokol (*Protocol Relating to the Status of Refugees*)[155] uyarınca, aile, miras ve kişi hukuku konularında, mülteciler hakkında, mutad mesken hukuku geçerli olacaktır. Aynı kurallar, bazı nedenlerden dolayı anavatanları ile bağlantılarını koparmış, ancak mülteci olmayan kişiler için de geçerlidir.

Burada yine 'evlilik anı' kavramının geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir: Örneğin, kadının, evlilik tarihinden birkaç gün sonra, kocasının mutad meskeninin olduğu yere taşınmış olması yeterlidir. Ancak genellikle, mutad meskenin değiştirilmesi plânları, altı aydan uzun bir zaman alırsa, böyle bir plânın ciddiyetinden kuşku duyulabilir. Başka bir deyişle, eşlerden biri, diğer eşin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye taşınmayı plânlıyorsa, bu plânın kabaca altı ay içinde gerçekleşmesi, burasının ortak mutad mesken olarak değerlendirilmesi için yeterli kabul edilmelidir[156].

cc) En Yakın İrtibatlı Ülke Hukuku

IPRG. m. 18/II'e göre, eşlerin üçüncü bir ülke ile daha güçlü bağları varsa, bu durumda daha sıkı ilişkide olunan üçüncü ülkenin hukuku uygulanır.

3- KURALIN UYGULAMA ALANI

IPRG. m. 19'a göre evlilik mallarına uygulanacak hukuk, evlilik malları ile ilgili her türlü konuyu idare eder.

---

154 Sözleşme metni için bkz. http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_c_ref.htm.

155 Protokol için bkz. http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_c_ref.htm.

156 **Schwimann**, JBI 1979, s. 153.

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmeleri, sözleşme hukuku kurallarına göre kurulur. Milletlerarası aile hukukunda, bu tip sözleşmeler için özel hükümler yoktur. Sözleşmenin geçerliliği ancak itiraz durumunda araştırılır. Avusturya hukukuna göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmeleri, noter onayına ihtiyaç duyan bir şekle tâbidir. Uygulamada, tarafların evlilik sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuku seçmesi veya yerine ikame edilebilecek bir şey varsa, başka bir ülkenin noter senedinin, Avusturya noter senedinin yerine geçmesi de mümkündür[157]. Ancak, eşlerin sözlü olarak (*schlüssig*) yaptıkları sözleşmeler, Avusturya Yüksek Temyiz Mahkemesi (*OGH*) tarafından geçersiz kabul edilmiştir[158].

IPRG. m. 12 ise, ehliyet hususunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre, sözleşme -dolayısıyla evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi- yapma ehliyeti, şahsî statüye tâbidir.

Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, evliliğin, evlilik mallarıyla ilgili olan ve olmayan sonuçları arasında ayrım yapmak zorunludur. Evlilik mal rejimi sözleşmeleri, evlilik mal rejimi statüsü tarafından idare edilir. 'Boşanmada kusur' gibi öncelikli sorunlar ise kapsam dışındadır ve boşanma statüsü tarafından idare edilir[159].

4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

IPRG., bağlama kurallarındaki değişikliğe ilişkin açık hüküm içeren ilk -ve belki de tek- kanundur. IPRG. m. 7'ye göre, bağlama kurallarında sonradan yapılan değişiklikler tamamlanmış işlemleri etkilemez. Bununla, eski ve yeni statünün

---

157 **Rechberger**, s. 30.

158 OGH'nin bu konudaki kararı (OGH1Ob 264/98z) için bkz. **Schwimann**, s. 154.

159 **Schwimann**, s. 151.

kapsamı tanımlanır. Bu hükmün nedeni, hukukî kesinliğin sağlanması ve kural olarak, kanun maddelerinin geçmişe etkili olmasını önlemektir. Ancak bu, sadece değişebilir statüyü sağlayan hukukun olduğu durumlarda uygulanır; örneğin, IPRG. m. 19'daki, evlilik malları statüsü gibi, değiştirilemez statülerde uygulanmaz[160].

Avusturya hukukunda, değişmezlik doktrini kabul edilmiştir. Millî hukuk, mutad mesken gibi bağlama noktalarının değişmesinden yıllar sonra ortaya çıkabilecek, evlilik malları ile ilgili uyuşmazlıkların, uygulamada güçlüklere neden olabileceği savunulmuş ve bu nedenle değişmezlik ilkesi kabul edilmiştir. Bu yüzden, bağlama noktasının belirleneceği an, evlenme anı olarak belirlenmiştir. Bağlama noktasındaki, evlilik anından sonra meydana gelecek bir değişiklik, evlilik mallarına uygulanacak hukuku etkilemez[161].

Evlilik süresince, uygulanacak hukukun, maddî hukuk hükümlerinde meydana gelecek değişiklikler, bağlama kurallarındaki değişiklikler olarak düşünülmez. Bu tür değişiklikler, geçiş hükümleri ile ele alınması gereken, zaman bakımından kanunlar ihtilâfına ilişkin (*intertemporal*) sorunlar olarak düşünülür. IPRG. bu gibi durumlarda uygulanmaz. IPRG. m. 5'e göre, geçiş hükümlerinin olmadığı hallerde, Avusturya'da geriye göndermeler (*repercussions*) yasaklanmıştır. IPRG., kendisi herhangi bir geçici hükme sahip değildir. Bu nedenle, IPRG'nin yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmış hukukî olaylara uygulanmaz.

---

160 **Rechberger**, s. 36.

161 **Rechberger**, s. 36.

D) FRANSIZ HUKUKU[162]

1- GENEL OLARAK

Ortaçağda, Fransa'da, evlilik mallarının, malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olduğu konusunda genel bir görüş bulunmaktaydı. Bu çözüm, malın bulunduğu yer hukukuna üstünlük tanıyan ilkeye de uygundu ve özellikle taşınmaz mallarla ilgili olarak ailelerin menfaatine en uygun çözümdü. Ancak, 16. yy.ın başında Ganey çiftinin yasal vekili Dumoulin, evlilik malları konusunda verdiği ünlü mütalâasında, evlilik mallarına uygulanacak hukukun birliğini sağlama yollarını aramıştır[163]. Ganey çifti, mukim oldukları yerde, yani Paris'te evlenir ve daha sonra Lyonnais'da taşınmaz mal satın alırlar. Paris Komününün teamûl hukukuna (*Coutume de Paris*) göre, evlilik sırasında kazanılan mallar 'mal ortaklığı' rejimine; buna karşın, Lyonnais'da egemen olan yazılı hukuka (*droit ecrit*) göre ise, 'mal ayrılığı' rejimine tâbidir. Ganey çifti, yasal vekilleri Dumoulin'den, Paris ve Lyonnais'da bulunan bütün mallarına, Paris'te geçerli olan 'mal ortaklığı rejimi' kurallarının uygulanmasını talep etmişti. Dumoulin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmadan evlenen çiftin zımnî iradesinin, Paris'te geçerli olan mal ortaklığı rejimini kabul etmeye yönelik olduğuna ilişkin bir fikir geliştirmiştir. Buna göre, çiftin bütün mallarının Paris hukukuna tâbi olması yönünde zımnî bir iradeye sahip olduğu ileri sürülmüştür. Bu çözüm, malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması yerine, eşlerin iradesinin esas alınması yönündeydi. 1525 yılında, Paris Mahkemesi *(Parlement de*

---

[162] Bu başlık altında doğrudan Fransızca kaynaklara gitme gereği hasıl olduğundan, belirli kaynakların çevirilerinin yapılmasında yardımcı olan Dr. Halit Yılmaz'a teşekkür ederim.

[163] **Batiffol, Henri - Lagarde, Paul**: Droit International Privé, C. 2, Paris 1983, s. 356.

Paris[164]*)* bu yönde karar vermiş ve bu görüş Paris Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve bu tarihten sonra, mahkemeler bu doğrultuda kararlar vermeye devam etmişlerdir[165]. Böylece, Fransız hukukunda, -eşlerin açık bir hukuk seçimi yapmamış olması halinde- zımnî iradenin evlilik mal rejimini idare edeceği kabul edilmiştir[166].

Fransız hukukunda, yargı kararlarında kural olarak, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda eşlerin iradesine önem verilmiştir. Eşlerin iradesi ise daha çok, evlilik anındaki evlilik ikametgâhı hukuku yönünde olmuştur[167]. Bu sistem genellikle onay görmesine rağmen, güçlü eleştirilerle de karşılaşmıştır. İrade muhtariyeti fikrine karşı olan bazı yazarlar gerek teorik, gerek pratik açılardan özellikle zımnî irade görüşünün reddedilmesi gerektiğini, bu görüş nedeniyle, bazen eşlerin iradesinin aksine bir rejimin uygulanmasının söz konusu olabildiğini ileri sürmüşlerdir[168].

19. yy.ın sonlarına doğru, Dumoulin'in irade muhtariyetinde zimnî iradenin kabulü anlamına gelen tezinin temyiz mahkemesi (*Cour de Cassation*) tarafından yeniden yorumlanması gerekmiştir. Eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapması, ancak, hukuk seçimine ilişkin açık bir hükmün bulunmaması halinde, eşlerin "zımnî iradeleri" nasıl anlaşılacaktır? Temyiz mahkemesine göre, zımnî iradeyi belirleme, hukukî bir sorundan ziyade maddî vakıa sorunudur ve tarafların ikametgâhı, millî hukuku, evliliğin yapıldığı yer, malların bulunduğu yer ve eşlerin meslekî faaliyetlerini de içeren çok farklı unsurlar göz önüne alınarak belirlenir.

---

164 O dönemde Fransa'da mahkemeler '*Parlement*' olarak adlandırılıyordu: Bu kullanım için bkz. **Batiffol - Lagarde**, s. 357 ; **Juenger**, Two Countries, s. 1062.

165 **Batiffol - Lagarde**, s. 357; **Juenger**, Two Countries, s. 1062.

166 **Juenger**, Two Countries, s. 1062-1063; **Rabel,** s. 344.

167 **Batiffol - Lagarde**, s. 357.

168 **Batiffol - Lagarde**, s. 358.

Temyiz mahkemesine göre, her somut olayda bu incelemeyi olayın özelliklerine göre yapmak gerekir. Eşlerin ortak millî hukuku, *lex loci celebrationis* ile çatıştığında, eşlerin ortak millî hukuku yararına görüş bildirilmiş ve ilk derece mahkemesinin aksi yöndeki kararları bozulmuştur. Bazı ilk derece mahkemeleri ise, ilk evlilik ikametgâhı dışında bir bağlama noktasını kabul edilebilir bulmamışlardır[169].

Fransız milletlerarası özel hukukunda, evlilikle ilgili sorunlar -buna evlilik malları da dahildir- Fransız Medenî Kanunu ile Fransız Usul Kanunu ve içtihat hukukunda yapılandırılmıştır[170].

2- BAĞLAMA NOKTALARI

Fransız hukuk sisteminde, diğer Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi, evlilik malları kural olarak tek bir hukuk tarafından idare edilmesi gereken bir bütün olarak düşünülmüştür; bu hukuk da, ya evlilik öncesi sözleşme ile seçilen hukuk veya böyle bir sözleşmenin olmaması halinde tarafların iradelerine göre belirlenen hukuktur[171].

---

169 **Juenger,** Two Countries, s. 1062-1063; **Lorenzen, G. Ernest:** *"The French Rules of the Conflict of Laws"*, Yale L. J., Vol. 38, 1928-1929, s. 177-178; **Delaume, R. Georges:** "*Marital Property and American-French Conflict of Laws*" (Marital Property), AJCL., Vol. 4, 1955, s. 42.

170 **Landauer, Von Donald**: "*Matrimanial Causes in French Law*", Int'l and Comp. L. Q., Vol. 13, 1964, s. 6. 1950'li yılların başlarında Fransa'da, yeni Fransız Medenî Kanununu da içeren Fransız Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı, Medenî Kanun Reform Komisyonu tarafından hazırlanmış ve yayımlanmıştır. Tasarı metni ve tartışmalar için bkz. Documents: Some Remarks on the Proposed Codification: The Draft of the Commission for the Reform of the Civil Code, AJCL., Vol. 1, 1952, s. 416-432. Bu kanun tasarısının maddelerinin yorumlanması hakkında bkz. **Loussouarn, Yvon**: "*The French Draft on Private International Law and the French Conference on Codification of Private International Law*", Int'l and Comp. L. Q., Vol. 5, 1956, s. 378-394.

171 **Delaume, R. Georges:** American-French Private International Law (American-French), B. 2,

a) Sübjektif Bağlama

Geleneksel Fransız hukuku, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesini herhangi bir sözleşme gibi ele alır ve borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerde olduğu gibi, irade muhtariyeti ilkesi bu sözleşmelerde de geçerli olur[172]. Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin, diğer sözleşmelerin dışında tutulmasının sebebi, sözleşmenin kurulması, uygulanması ve özellikle de evlilikten sonra evlilik mal rejimi değişikliği konusunda, tarafların bazı kısıtlamalara tâbi olmasından ibarettir[173].

Fransız hukukunda, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmesi konusunda getirilen ilk sınırlama, eşlerin, evlilik mallarını, bir bütün olarak uygulanacak hukuka tâbi tutmak zorunda olmaları bakımındandır. Buna göre, eşler, evlilik mallarını belirli mallar veya mal grupları şeklinde parçalara ayıramazlar[174]. İkinci sınırlama ise, değişmezlik doktrinin kabul edilmiş olması yönündendir.

Eşler, açık veya zımnî mal rejimi sözleşmesi ile, evlilik mallarına uygulanacak hukuku belirleyebilirler. Eşlerin, ekonomik durumlarını en iyi kendileri bileceği varsayımından hareket edilerek, kendilerine uygulanmasını istedikleri hukuku da en iyi şekilde seçecekleri düşünülmüş; böylece, evlilik mal rejimi sözleşmelerinde, irade muhtariyeti ilkesi kabul edilmiştir[175].

New York, 1961, s. 128.

172 **Lorenzen**, s. 175; **Batiffol - Lagarde**, s. 368.

173 **Batiffol - Lagarde**, s. 368.

174 **Juenger,** Two Countries, s. 1063.

175 **Batiffol - Lagarde**, s. 374.

Fransız hukuk sisteminde, evlilik mallarına uygulanacak hukuk seçimi, evlilikten sonra, eşler tarafından yapılacak bir sözleşme ile değiştirilirse, belirlenen bu yeni hukuk, evlilik mallarını idare edecektir[176].

b) Objektif Bağlama

Fransız irade muhtariyeti doktrinine göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin yokluğunda, uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukuk -genellikle eşlerin evlilikten sonraki ikametgâh hukuku veya millî hukuku olmasına rağmen- bu iki bağlama noktası ile sınırlı degildir. Eşlerin hem taşınır, hem de taşınmaz malları bu hukuka tâbidir[177].

aa) Evlilik İkametgâhı Hukuku

Mahkemeler, eşlerin menfaatlerine en iyi hizmet edecek olan hukukun, kural olarak, eşlerin evlilikten sonraki ikametgâh hukuku olduğunu kabul etmiştir[178]. Bu yaklaşım gelenekselleşmiş ve eşlerin evlilik ikametgâhı hukukunun uygulanması sanki kesin bir karineymiş gibi yorumlanmıştır[179]. Bu karine faydalı ve makuldür;

---

176 Bu konudaki emsal dâva, 17 Kasım 1932 tarihli, *Etchegoin v. Etchegoin* (Clunet 1935, 95) dâvasıdır. Fransız koca ile İspanyol kadın California'da evlenmiş ve evlilikten bir süre sonra, eşler, mal ayrılığı sözleşmesi yapmışlardır. Eşler, California'da mukim iken, koca ölmüş ve sağ kalan eş, kocasının Fransa'daki taşınmaz malları üzerinde hak iddia etmiş veya mal ayrılığı sözleşmesinin bu malları etkilememesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak, mahkeme, eşler arasındaki mal rejimi sözleşmesine dayanarak, sağ kalan eşin talebini reddedilmiştir: **Delaume**, Marital Property, s. 50; **Delaume**, American-French, s. 133.

177 **Delaume**, American-French, s. 129-130.

178 Fransız hukukunda 'ikametgâh' kavramının anlamı, önemi, ayrımları gibi konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Landauer**, s, 8-9.

179 **Batiffol - Lagarde**, s. 361. *Harral v. Harral* dâvasında, Amerikan vatandaşı koca, Fransız vatandaşı eşiyle evlendikleri yer olan Paris'te ikametgâh sahibiydi. Koca geçirdiği bir rahatsızlık

çünkü, bu geleneksel yaklaşım büyük ölçüde objektiflik ve öngörülebilirlik sağlamaktadır. Bununla birlikte birçok yargı kararında bu karineye eşlerin pozitif iradesinin sonucu olmak bakımından da değer atfedilmektedir[180]. Eşlerin 'evlilik ikametgâhı hukuku' temel uygulama yeridir; çünkü, mahkemeler eşlerin evlilik ikametgâhını eşlerin menfaatlerinin merkezi olarak kabul etmektedirler[181].

bb) Millî Hukuk

Fransız hukuk siteminde baskın olan evlilik ikametgâhı yönündeki kararlara karşın, kocanın millî hukukundan yana ve özellikle de eşlerin ortak millî hukuku lehine oldukça çok sayıda karar da bulunmaktadır. Yayımlanan hemen tüm mahkeme kararları, eşlerce seçilmiş gibi millî hukuku uygular. Ancak, Fransız Yargıtay'ı evlilik mal rejimini belirlemek için zorunlu olarak kocanın millî hukukunu uygulayan bir kararı geçersiz kılmış ve evlilik ikametgâhı yönündeki kuralı uygulamıştır[182].

Fransız hukukunda, eşlerin açıkça evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olmaları halinde, kabul edilen yaklaşım, tarafların menfaatlerine uygun

---

sonucu, akıl hastalıkları hastanesinde kısa bir süre kaldıktan sonra, ABD'ye döner ve orada vefat eder. Kocanın ikametgâhı Paris'te farz edilmekteydi ve dul eşi Fransız hukukundaki mal ortaklığı rejimine dayanarak, kocasının şahsi mallarının ½'sini talep etmiştir. Ayrıca, *Matter of Majot* dâvasında, Fransız vatandaşlığına sahip Fransız bir kadınla Fransa'da evlenen koca, New York'ta taşınmaz mallar edinmiştir, kocanın ölümü üzerine sağ kalan eş Fransız hukukuna göre malların ½' sini talep etmiştir. Kadının bu talebi, New York hukukuna göre, taşınmaz mallar miras bırakan kocanın ayrılmış malı olduğu için reddedilmiştir. Bu örnek özellikle Amerikan ve Fransız hukuk sistemlerine göre ulaşılan sonuçların birbirinin tam tersi olabileceğine güzel bir örnektir. Çünkü Fransız hukukunda taşınmaz malların da mal ortaklığı rejimine tâbi olduğu düşünülür: **Delaume**, American-French, s. 129; **Delaume**, Marital Property, s. 45.

180 **Batiffol - Lagarde**, s. 361-362.

181 **Batiffol - Lagarde**, s. 369.

182 **Batiffol - Lagarde**, s. 365-366.

hukukun tespit edilmesi ve hâkimin de bu tespit sonucunda ortaya çıkan hukuku uygulamasıdır[183].

3- KURALIN UYGULAMA ALANI

Fransız hukukunda, evlilik mallarına uygulanacak hukuk, eşlerin evlilik anında veya daha sonra sahip oldukları mallar üzerindeki haklarını, ayrılmış ve ortak mallar üzerinde eşlerin yönetim ve temlik haklarını idare eder[184]. Evlilik mallarına uygulanacak hukuk, evlilik mal rejimini başlangıcından sona ermesine kadar, taşınır malların yer değiştirmesi, eşlerin ya da malların statülerinin değişmesi gibi, sonradan meydana gelen değişiklikler dikkate almaksızın uygulanır[185].

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk, eşlerin borçlarından dolayı sorumluluklarını, eşlerin kendilerine ait ya da ortak mallar üzerindeki yönetim haklarını da idare eder[186].

Fransız hukukunda, evlilik öncesi hukuk seçimi sözleşmesi yapmak için gerekli olan ehliyet, sözleşmenin yapıldığı anda her bir eşin kendi millî hukukuna tâbidir[187]. Medenî Kanundaki bu hükümler, Fransız vatandaşlarının ülke dışında yaptıkları evlilik malları hukuk seçimi sözleşmelerine de uygulanacaktır[188].

---

183 **Batiffol - Lagarde**, s. 358.

184 **Delaume**, Marital Property, s. 35.

185 **Delaume**, American-French, s. 128.

186 **Batiffol - Lagarde**, s. 379.

187 **Delaume**, Marital Property, s. 37; **Lorenzen**, s. 175.

188 **Lorenzen**, s. 175.

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin şeklî geçerliliği ise, *lex loci actus* tarafından idare edilir[189]. Buna göre, evlilik sözleşmesinin şekli yapıldığı yer hukukuna tâbidir.

4- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

Fransız hukukunda, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapılmamış olması halinde uygulanacak hukukun sürekliliği yani değişmezlik ilkesi benimsenmiştir[190]. Evlilik mallarına uygulanacak hukuk, eşlerin statülerindeki değişikliklerden etkilenmez. Bu nedenle; örneğin, evlilik ikametgâhı hukukuna göre, mal ayrılığı rejiminin uygulandığı bir ülkede yaşayan çiftin, mal ortaklığı rejimine tâbi olan Fransa'ya taşınmaları ve burada yeni bir ikametgâha sahip olmaları halinde, Fransa'ya taşınmalarından sonra eşlerden birinin edindiği taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde, diğer eşin herhangi bir ortaklık iddiası söz konusu olmaz[191].

Fransız doktrinindeki bir görüşe göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin yokluğu halinde; tarafların zimnî iradesi, mahkemece, sadece geçmişteki ve şimdiki şartlar değil, evlilikten sonra meydana gelen olaylar da dahil edilerek, tüm şartlar göz önüne alınarak değerlendirilir. Bu nedenle, statü değişikliği Fransız hukukundaki evlilik mal rejimi kavramının bütünselliğini bozmaz[192].

Bir diğer görüş ise, değişmezlik ilkesinin ciddi sakıncaları bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, değişmezlik ilkesi, eşlerin, yabancı ülkelerde mal edinmesi veya göç etmeye karar vermesi gibi, sonradan meydana gelen değişikliklere

---

189 **Delaume**, Marital Property, s. 37; **Lorenzen**, s. 176.

190 **Juenger,** Two Countries, s. 1063.

191 **Delaume**, Marital Property, s. 48; **Delaume**, American-French, s. 131.

192 **Delaume**, Marital Property, s. 48-49; **Delaume**, American-French, s. 131-132.

önem vermeyen bir ilkedir. Şöyle ki, göç ettikleri ülkeyi benimsemiş olan göçmenler, genellikle o ülkeye yerleştikten sonra edindikleri mallar üzerindeki haklarının, kendi ülkeleri hukuku tarafından idare edeceği beklentisinde değildirler. Dahası, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri gibi göç alan ülkelerde değişmezlik ilkesinin kabul edilmesi, yabancılarla ilgili zaman alan araştırmalar nedeniyle her zaman etkili olamamaktadır. Fransız mahkemelerinin evlilik mal rejimini tek bir hukukun idare etmesi fikrine gösterdiği bağlılık yerine, tarafların gerçek niyetini kanıtlayan, özellikle ikamet değişikliği gibi evlilik sonrası olayların dikkate alınması gerektiği, bu görüşü savunanlarca ileri sürülmektedir[193].

Bununla birlikte, Fransa, 14 Mart 1978 tarihli Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi'ni onaylamış ve sözleşme, 1 Eylül 1992 tarihinde yürürlüğe girerek[194] uygulanmaya başlamıştır[195]. Bu sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra, 28 Ekim 1997 tarihinde, Fransız Medenî Kanununa eklenen 1397-2[196], 1397-3[197] ve 1397-4[198] maddeleri ile, eşlerin *La Haye* Sözleşmesinde

---

193 **Juenger,** Two Countries, s. 1063-1064.

194 JO 25 Eylül 1992 (Journal Officie)

195 **Bergmann, Alexander - Ferid, Murad**: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht – Bearbeitet: Chaussade-Klein, Bernadette: 142. Lieferung, s. 37. Fransa'da 1958 Anayasası'nın 55. maddesine göre, milletlerarası sözleşmeler Anayasanın altında, ama kanunların üstünde bir yere sahiptir. Ancak, Fransa'da milletlerarası sözleşmeler ile Fransız Anayasası arasında bir çatışma çıkmasını önleyici bir mekanizma kurulmuştur. Fransız Anayasası'nın 54. maddesine göre, "Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis Başkanlarından biri veya 60 milletvekili veya senatörlerin başvurusu üzerine, Anayasa Konseyi bir milletlerarası sözleşmenin, Anayasaya aykırı bir hüküm taşıdığına karar verirse, sözleşmeyi onaylama veya onaylamayı uygun bulma yetkisi, ancak anayasa değişikliğinden sonra kullanılabilir".

196 Bu maddeye göre; eşler malvarlıklarına uygulanacak hukuku, Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında, *La Haye* Sözleşmesine göre belirlemişlerse, Fransız Medenî Kanunu 1397-3 ve 1397-4 hükümleri uygulanır.

197 Anılan maddeye göre, uygulanacak hukukun seçimi, evlilikten önce yapılmışsa, eşler ya içinde bu seçimin bulunduğu ya da bu belgeyi düzenleyen yetkili şahsın onayının bulunduğu belgeyi

belirtildiği gibi evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış olmaları halinde, bu sözleşmeye uygulanacak şeklî koşulları düzenlemiştir.

§ 2- MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER REJİMİ

I- GENEL OLARAK

Milletlerarası özel hukukun önemli kaynaklarından biri de, kanunlar ihtilâfı konusunda yapılmış olan milletlerarası anlaşmalardır ve bu anlaşmalar genellikle uygulanacak hukuku gösterirler. İkinci Dünya Savaşından sonra, özellikle Batı Avrupa'da bu sözleşmelerin sayısı ve önemi gittikçe artmış; milletlerarası özel hukukun bazı alanlarını tek bir hukuk düzenine tâbi tutan milletlerarası sözleşmelerden bazıları, düzenledikleri konularda, âkit devletlerin millî hukuklarından daha çok uygulanır hale gelmiştir[199].

Milletlerarası hukuk alanında yapılan sözleşmelerin başlıca kaynağını, Hollanda'nın *La Haye* kentinde toplanan *La Haye* Konferansları oluşturur[200]. *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, ilk kez 1893 yılında toplanmış ve aile

---

evlendirme memuruna verirler. Uygulanacak hukuk, evlilik sırasında belirlenmişse, eşlerin bunu, Fransız Medenî Usul Kanunu'nda öngörülen koşullara ve şekle uygun olarak ilân ettirmeleri gerekir.

198 Bu maddeye göre, uygulanacak hukukun seçimi, evlilik sırasında yapılmışsa, bu seçim eşler arasında, belgenin düzenlenmesinden ve üçüncü kişilere karşı 1397-3'de ilânı hakkında öngörülen şeklî koşulların yerine getirilmesinden itibaren üç ay sonra etkili olur.

199 **Nomer, Ergin - Şanlı, Cemal:** Devletler Hususî Hukuku, B. 12, İstanbul 2003, s. 69.

200 İlk kez Mancini tarafından ortaya atılan milletlerarası özel hukukun milletlerarası anlaşmalar yoluyla birleştirilmesi fikrinin sonucu olarak, 1874 ve 1881 yıllarında İtalyan hükûmeti milletlerarası konferanslar yapma teşebbüslerinde bulunmuş ancak başarı sağlanamamıştır. Buna karşılık, Hollanda hükûmetinin aynı amaçla 1893 yılında *La Haye*'de düzenlediği konferans büyük başarı kazanmış ve konferanslar sonraki tarihlerde de devam etmiştir. Bu konferansların sonucu olarak da ünlü *La Haye* sözleşmeleri ortaya çıkmıştır: **Nomer - Şanlı**, s. 70.

hukukunun bazı konularını gündemine almıştır. Çok kısa bir sürede, evlilik hukuku hakkında üç sözleşme tasarısı hazırlanmış ve imzaya açılmıştır[201]. Bu sözleşmelerden ilk ikisi, 12 Haziran 1902 tarihli, Evliliğe Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (*The Convention of Governing Conflict of Laws Concerning Marriage*)[202] ve Boşanma ve Ayrılık Konularında Kanunlar İhtilâfı ve Yargı Yetkisi Uyuşmazlıkları Hakkında Sözleşme (*The Convention of Governing Conflict of Laws and Conflict of Jurisdiction Concerning Divorce and Separation*)[203] dir. Bu sözleşmelerden ilki, evliliğin aslî ve şeklî şartlarına uygulanacak hukuk, evlenme engelleri, evlenme ehliyeti gibi konuları düzenlemiş olmakla birlikte, evlilik mallarına ilişkin hükümler içermemektedir. Evliliğe Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi, büyük ümitlerle yapılmış olmasına rağmen, bir süre sonra, Fransa, Belçika ve İsviçre tarafından feshedilmiştir[204]. Bu sözleşmelerden ikincisi ise, boşanma veya ayrılık dâvalarında yargı yetkisi ile uygulanacak hukuk konularını düzenlemektedir. Evlilik hukuku ile ilgili olarak yapılan üçüncü sözleşme ise, 17 Temmuz 1905 tarihli,

---

201 **Siehr,** Family Unions, s. 420.

202 Sözleşmenin Fransızca metni için bkz. http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.displayandtid=13 Bu Sözleşmeyi Belçika, Almanya, Fransa, İtalya, Lüksembourg, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, İsveç, İsviçre, Macaristan onaylamıştır. Avusturya ve İspanya sözleşmeyi imzalamışlar ama onaylamamışlardır: **Osnabrück, Christian**: *"Die Eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en)"*, RabelZ, Vol. 57, 1993, s. 66-67.

203 Sözleşmenin Fransızca metni için bkz. http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.displayandtid=14 12 Haziran 1902 tarihli *La Haye* Konferansında, bu iki sözleşme dışında bir üçüncü sözleşme olarak, Vesayete İlişkin Sözleşme de yapılmıştır. 5 Ekim 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Sözleşme (RG. 21 Şubat 1983-17966), bu sözleşmenin yerini almıştır: Bu sözleşmenin hükümleri ile ilgili açıklamalar için bkz. **Uluocak, Nihal**: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (MÖH. Dersleri), İstanbul 1989, s. 231 vd.

204 Bu sözleşme hükümlerine ilişkin açıklamalar için bkz. **Metya, Nusret**: Devletler Hususî Hukuku, Ders Notları, Ankara, 1939, s. 125-129.

Evliliğin, Eşlerin Şahsî ve Malî İlişkilerine Etkileri ile Hukuk Seçimi Hakkında Sözleşme (*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*)[205] olup, eşlerin birbirlerine karşı hak ve ödevleri yanında, evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin hükümler de içeren ilk sözleşme özelliğini taşımaktadır. Bu nedenle, aşağıda incelenecektir.

Milletlerarası Özel Hukuk alanında, *La Haye* Sözleşmelerinin yanı sıra, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu da, evlilik, nafaka, küçüklerin korunması, nesep gibi aile hukuku alanında pek çok sözleşme düzenlemektedir. Evlilik konusunun ele alındığı sözleşmelere örnek olarak, Yabancı Ülkelerde Yapılan Evlilik Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair Sözleşme[206], Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme verilebilir[207]. Ancak, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonunun, doğrudan evlilik mallarına uygulanacak hukuk ile ilgili ya da dolaylı olarak -başka konuda düzenlenmiş bir sözleşmede bu konuda hüküm konulması sureti ile- evlilik malları konusuna yer verilen herhangi bir düzenlemesi bulunmamaktadır.

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda da, TC.'nin katıldığı ve onayladığı milletlerarası sözleşmeler önemli kaynaklardan birini oluşturmaktadır. Türk hukukunda, her somut olayda, yasalardaki kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanmasından önce, önceki tarihli olsa dahi, ilgili milletlerarası sözleşmenin var

---

205 Sözleşmenin Fransızca metni için bkz. http://hcch.e-ision.nl/index_en.php?act=text.displayandtid=17.

206 RG. 22 Aralık 1967 – 12783: Bu sözleşme hükümleri hakkında açıklamalar için bkz. **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 236 vd.

207 RG. 14 Eylül 1975 – 15356: Bu sözleşme hükümleri hakkında açıklamalar için bkz. **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 241 vd.

olup olmadığı araştırılmalı ve MÖHUK. m. 1/II'ye göre, konu ile ilgili milletlerarası sözleşmenin varlığı halinde, bu sözleşme hükümleri öncelikle uygulanmalıdır[208].

Türkiye, 26 Ağustos 1955 tarihinden beri *La Haye* Konferanslarına üye olmakla birlikte, evlilik mallarına uygulanacak hukuk ile ilgili olarak inceleyeceğimiz iki *La Haye* Sözleşmesini onaylamamıştır[209]. Ancak, bu sözleşmelerin incelenmesi, milletlerarası sözleşmeler bakımından konunun tarihsel gelişiminin daha net anlaşılabilmesi için gerekli görülmüştür. Özellikle 1978 - Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi, konu ile ilgili en önemli sözleşme olması nedeniyle ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Öte yandan, Türkiye onaylamamış olsa bile, özellikle bu Sözleşme'nin onaylanmış olduğu ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarını ilgilendiren hükümleri nedeniyle Sözleşme, Türkiye'de dolaylı etkiye sahiptir. Sözleşme'nin karakteristik özelliklerinden biri, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde, kendiliğinden değişebilirlik ilkesini benimsemiş olmasıdır. Buna göre, Sözleşme'yi onaylayan ülkelerde, on yıldan fazla süredir mutad meskene sahip olan eşlerin evlilik mallarını, eşlerin ortak mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku idare edecektir. Örneğin, Hollanda'da, 1 Eylül

---

[208] Milletlerarası bir sözleşme, farklı safhalardan geçerek âkit devlet hukukunda etkinlik kazanır. Şöyle ki, öncelikle, üzerinde anlaşmaya varılan sözleşme metni, sözleşme çalışmalarına katılmış ülkelerce imzalanır, kesin ve belgelenmiş olarak tespit edilir ve bu şekilde milletlerarası sözleşmenin tarihi de ortaya çıkar. Bu aşamada, sözleşme imzacı ülkeler için bağlayıcı değildir. Sözleşmenin, imzacı ülke için bağlayıcılık kazanabilmesi için, imzacı ülkenin iç hukukunda yetkili kılınmış organı tarafından kabul edilmesi gerekir: **Nomer - Şanlı**, s. 69, dn. 107a. Türk hukukunda, milletlerarası bir sözleşmenin iç hukuk alanında kabul edilip yürürlüğe girebilmesi için, kural olarak onaylanmasının bir kanun ile uygun bulunması gerekir ki buna 'uygun bulma kanunu' denir ve bu husus TC. Anayasası m. 90/I'de açıkça düzenlenmiştir: **Nomer - Şanlı**, s. 69, dn. 107a. Bu kanunu takiben Bakanlar Kurulu Kararıyla anlaşma onaylanır ve Resmî Gazetede yayımlanarak iç hukukta yürürlüğe girer.

[209] Türkiye'nin katıldığı ve imzaladığı *La Haye* Sözleşmelerinin listesi ve üyelik bilgileri hakkında bilgi için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.detailsandsid=74.

1992 tarihinden bu yana yürürlükte olan Sözleşme, bu tarihten itibaren Hollanda'da yaşayan yabancı çiftler arasındaki mal rejimini, eşlerin noter huzurunda, aksini öngören bir sözleşme yapmaması halinde, re'sen Hollanda hukukuna tâbi kılar ve eşlerin evlilik mal rejimi kendiliğinden, Hollanda'da geçerli olan mal ortaklığı rejimine dönüşür. Böyle bir düzenleme, kuşkusuz, özellikle Hollanda ve Sözleşmeyi uygulayan diğer Avrupa ülkelerinde yaşayan Türk vatandaşlarını yakından ilgilendirmektedir.

II- 17 TEMMUZ 1905 TARİHLİ EVLİLİĞİN EŞLERİN ŞAHSÎ VE MALÎ İLİŞKİLERİNE ETKİLERİ VE HUKUK SEÇİMİ HAKKINDA *LA HAYE* SÖZLEŞMESİ

A) GENEL OLARAK

Aile hukukuna ilişkin olarak, 1902 yılında yapılan *La Haye* Sözleşmelerinden sonra akdedilen ve evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin hükümler içeren ilk *La Haye* Sözleşmesi, daha önce belirttiğimiz gibi, 17 Temmuz 1905 tarihli, Evliliğin, Eşlerin Şahsî ve Malî İlişkilerine Etkileri ile Hukuk Seçimi Hakkında Sözleşmedir[210]. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları 1904 yılında başlamış ve 1905 yılında imzalanmış ve üçü anlaşmayı sonradan feshedenler olmak üzere, dokuz devlet tarafından

[210] Çok uzun bir adı olan bu Sözleşme, kısaca 1905-Evlilik Sözleşmesi olarak adlandırılacaktır. Sözleşmenin Fransızca metni için bkz. http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.displayandtid=17.

onaylanmıştır[211]. 1928 yılında, *La Haye* Konferansında bu Sözleşme ile ilgili küçük değişiklikler yapılmış, fakat bu değişiklikler hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir[212].

1905 - Evlilik Sözleşmesi, toplam on beş maddeden ve dört bölümden oluşan bir sözleşmedir. Tek maddeden meydana gelen birinci bölüm, "Şahsî İlişkilerde Eşlerin Hak ve Yükümlülükleri" başlığını taşır ve Sözleşmenin ilk maddesinde düzenlenmiştir[213]. Sözleşmenin 2 ilâ 8. maddelerinde düzenlenmiş olan, "Eşlerin Malvarlığı' başlığını taşıyan ikinci bölümde, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda objektif ve sübjektif bağlama kuralları yer almaktadır. Üçüncü bölüm, "Genel Hükümler" başlığını taşır ve 9 ve 10. maddelerde düzenlenmiştir. 11 ilâ 15. maddelerde ise "Nihaî Hükümler" yer almaktadır.

B) SÖZLEŞMENİN KONUSU

Sözleşmenin uygulama alanının ne olduğu hususunda da, 1905 - Evlilik Sözleşmesinde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, sözleşme hükümleri incelendiğinde, eşlerin karşılıklı hak ve ödevlerine uygulanacak hukuk ile eşlerin malî ilişkilerine ve özellikle evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemenin yer aldığını görüyoruz. Dolayısı ile, sözleşmenin konusunun eşlerin karşılıklı hak ve ödevleri ile malî ilişkilere uygulanacak hukuk olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

---

[211] 1905-Evlilik Sözleşmesini onaylayan ülkeler; Belçika, Fransa, Almanya., İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, İsveç'tir: **Osnabrück,** s. 77; **Reese, L. M. Willis**: " *The Thirteenth Session of the Hague Conference*", AJCL., Vol. 25, 1977, s. 393.

[212] **Philip, Allan**: "*Hague Draft Convention on Matrimonial Property*", AJCL., Vol. 24, 1976, s. 307.

[213] 1905 - Evlilik Sözleşmesi m. 1'e göre, eşlerin şahsî ilişkileri, hak ve ödevleri millî hukuklarınca idare edilir.

C) BAĞLAMA NOKTALARI

1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA

1905 - Evlilik Sözleşmesi'nde eşlerin evlilik süresince, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapıp yapamayacakları veya böyle bir sözleşme yapılmışsa, bu sözleşmeyi değiştirip değiştirmeyecekleri ya da feshedip edemeyecekleri konuları 4. maddede düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, bu hususlar, eşlerin millî hukuku tarafında idare edilir. Başka bir anlatımla, eşler, millî hukuklarının izin verdiği ölçüde evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapabileceklerdir. Görüldüğü gibi bu madde, tam veya sınırlı irade muhtariyetine ilişkin açıkça düzenleme yapmaktan kaçınmakta; bunun yerine, eşlere irade muhtariyeti sağlanıp sağlanmaması konusunda millî hukuka göndermede bulunmaktadır. Eğer eşlerin millî hukuku, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapılmasına olanak tanıyorsa, sağlanan bu olanak çerçevesinde eşler, evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçebileceklerdir. Eşlerin millî hukukunun, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapma konusunda böyle bir imkân tanımadığı halde ise, eşler bu tür bir sözleşme yapamayacaklardır.

1905 - Evlilik Sözleşmesinde, eşlerin iradelerine önem veren bir yaklaşım benimsenmemiştir. Pek çok ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarında ve Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda öncelik, sübjektif bağlama kurallarına verilmiş iken, 1905 - Evlilik Sözleşmesinde, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına eşler tarafından seçilen hukukun uygulanmasına öncelik veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, Sözleşmede, bir hukuk seçiminin olmaması halinde, alternatif olarak objektif bağlama kurallarının uygulanacağı düzenlenmemiştir.

Ayrıca, 4. maddedeki ‘eşlerin millî hukuku’ ifadesinin de açık olmadığını görüyoruz. Şöyle ki, bu ifadeden eşlerin ortak millî hukuku mu, yoksa her birinin millî hukukunun mu anlaşılması gerektiği konusu da açık değildir. Eşlerin farklı vatandaşlığa sahip olmaları halinde bu husus önem kazanacaktır; çünkü, eşlerden birinin millî hukuku, hukuk seçimi sözleşmesi yapılmasına olanak tanırken, diğerinin millî hukuku böyle bir imkân sağlamıyor olabilir. Bu halde, eşlerden birinin millî hukukundaki düzenleme göz ardı edilerek, hukuk seçimi sözleşmesi yapma olanağı tanıyan ülkenin millî hukukunun sağladığı sınırlar çerçevesinde, eşlerin hukuk seçimi sözleşmesi yapıp yapamayacakları konusu tamamen mahkemelerin yorumuna bırakılmıştır.

Bununla birlikte, sübjektif bağlama kuralının düzenlendiği 4. maddede, eşlerin hangi andaki millî hukuklarının dikkate alınacağı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Örneğin, eşlerin evlilik anındaki millî hukukları, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapılması olanağı tanımıyor iken, evlilikten sonra eşlerin başka bir ülkenin vatandaşlığını kazanmaları halinde, tâbi oldukları yeni ülkenin hukuku, eşlere böyle bir olanak tanıyor olabilir. Bu halde, eşlerin evlilik anındaki mi, yoksa daha sonraki millî hukuklarına mı üstünlük tanınacağı konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Ancak, Sözleşme’nin ‘Genel Hükümler’ başlığını taşıyan bölümünde yer alan 9. maddeye göre, eşlerin evlilik süresince yeni ve ortak vatandaşlık kazanmaları halinde, m. 4’ün uygulama alanı bulması ile, yeni millî hukuk uygulanacaktır. Her iki madde birlikte değerlendirildiğinde, eşlerin evlilik süresince ortak bir millî hukuka tâbi olmaları durumunda, bu hukukun uygulanacağını söylemek yerinde olacaktır. Yine, aynı madde uyarınca, evlilik

süresince eşlerin farklı vatandaşlığa sahip olmaları halinde, eşlerin son ortak hukuku, millî hukukları olarak değerlendirilecektir.

Sübjektif bağlama kuralları ile ilgili olarak 1905 - Evlilik Sözleşmesine yöneltilebilecek bir diğer eleştiri de, objektif bağlama kurallarında olduğu gibi, tek bir bağlama noktasının benimsenmiş olması ve basamaklı bağlama kurallarının göz ardı edilmesidir. Gerçekten de, Sözleşmede sadece eşlerin millî hukuklarına göndermede bulunulmuş; eşlerin millî hukukunun hukuk seçimi sözleşmesi yapma olanağı tanımadığı halde, alternatif bir bağlama noktası belirlenmemiştir.

1905 - Evlilik Sözleşmesi, m. 3'de, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapabilmek için gerekli ehliyeti düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, eşlerin her birinin ehliyeti, evlilik anındaki millî hukuklarına tâbidir.

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin şekline gelince, bu husus, 1905 - Evlilik Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi, yapıldığı yer hukukuna veya evlenme anında eşlerden birinin millî hukukuna uygun olarak yapıldıysa, geçerlidir.

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin aslî şartları ve sonuçları ise ya evlenme anında kocanın millî hukukuna ya da bu tür bir sözleşme, evlilik anında yapılmışsa, sözleşmenin yapıldığı andaki eşlerin millî hukukuna tâbidir. 1905 - Evlilik Sözleşmesinin 5. maddesinde düzenlemiş olan bu hususun uygulanması sırasında, eşlerin farklı vatandaşlıklara sahip olmaları halinde, daha önce de belirttiğimiz gibi, Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca, eşlerin son ortak hukukları, millî hukuk olarak kabul edilecektir.

2- OBJEKTİF BAĞLAMA

Eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olmaları halinde uygulanacak hukuk, 1905 - Evlilik Sözleşmesi, m. 2'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, hem taşınır mal, hem de taşınmaz mallar bakımından, evlilik mallarına, evlilik anında kocanın millî hukuku uygulanır. Ayrıca, kocanın hangi andaki millî hukuku olduğu konusu 2. maddede düzenlenmiş ve evlilik anı esas alınmıştır.

Sözleşme'de, objektif bağlama kuralının belirlenmesinde, kocanın millî hukukuna üstünlük tanıyan geleneksel yaklaşımın benimsenmiş olduğunu görüyoruz. Bu düzenlemenin, sözleşmenin yapıldığı yıllarda pek çok ülkede geçerli olan ataerkil aile yapısının etkisi altında olduğu açıktır. Kocanın millî hukuku yararına düzenleme yapmış olan bu sözleşmenin en büyük eksikliği, şüphesiz cinslerin eşitliği ilkesine aykırı bir düzenleme getirmiş olması ve kadın aleyhine ayrımcı bir nitelik taşımasıdır.

Buna ek olarak, sözleşme sadece kocanın millî hukukunu objektif bağlama noktası olarak tercih etmiş, bu bağlama noktasının bulunmaması halinde alternatif bir bağlama noktası benimsememiştir. Kocanın evlilik anında vatansız olması halinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Örneğin, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuk seçimi sözleşmesi yapmadıklarını ve kocanın vatansız olduğunu farz edelim. Bu halde, objektif bağlama kuralı olarak hangi hukuk uygulanacaktır? Sözleşmede, alternatif bir bağlama kuralı olmadığı için, uygulanacak hukuku tespit etmek de mümkün değildir. Böyle bir durumda belki sözleşme hükümlerinin geniş yorumlanması ve örneğin, kocanın millî hukukunun olmaması halinde kadının millî hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi yoluna gidilebilir.

Objektif bağlama kuralı ile ilgili olarak sözleşmede belirtilen bir diğer husus da, evlilik mallarında taşınır ve taşınmaz mal ayrımının yapılmamış olmasıdır. 1905 - Evlilik Sözleşmesi, m. 2'de hem taşınır, hem de taşınmaz mallara ilişkin bir düzenleme yapılmış, dolayısıyla genellikle Kıta Avrupası ülkelerinde benimsenmiş olduğu gibi, ayrım yapılmadan evlilik malları bir bütün olarak değerlendirilmiştir.

D) SÖZLEŞMENİN UYGULAMA ALANI

1905 - Evlilik Sözleşmesi, Sözleşmenin uygulama alanı ile ilgili olarak açık bir hüküm içermemektedir. Sözleşme, m. 10'da, 'sözleşme hükümlerine göre belirlenen hukuk, âkit devlet hukuku değilse, sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır' şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu durumda örneğin, m. 2 uyarınca kocanın evlenme anındaki millî hukukunun uygulanması gerekiyor, ancak kocanın tâbi olduğu devlet *La Haye* Sözleşmesinin tarafı değilse, bu sözleşme uygulanmayacaktır[214].

---

[214] Konu ile ilgili Hollanda Temyiz Mahkemesi'nde görülmüş olan 27 Mart 1981 tarihli *Hague Italians* dâvasında (HR 27 Mart 1981, NJ 1981 No. 335), 1905-Evlilik Sözleşmesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu gündeme gelmiş ve bu dâvada, özellikle Sözleşme, m. 10'un yorumlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. *Hague Italians* dâvası, İtalyan vatandaşı koca ile 1964 yılında yapılan evlilik sonucunda İtalyan vatandaşlığını kazanan; ancak, kendi an'asıl vatandaşlığını da koruyan Hollanda vatandaşı kadın arasında çıkan uyuşmazlıkta Hollanda iç maddî hukukunun mu, yoksa 1905 - Evlilik Sözleşmesinin mi uygulanacağı ile ilgilidir. Eşlerin evlendikleri tarihte, yani 1964 yılında, hem Hollanda, hem de İtalya 1905 - Evlilik Sözleşmesinin tarafıydı. 1981 yılında görülen bu dâvada; sorun, Hollanda'da 1977 yılında yürürlükten kaldırılan, 1905-Evlilik Sözleşmesi'ne ilişkin hükümlerin mi; yoksa, Hollanda'da 20 Kasım 1991 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, Evlilik Malları Rejimine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun'nun (*The Act on the Conflict of Laws of Matrimonial Property Regimes*) ilgili hükümlerinin mi uygulanacağıydı. Hollanda Temyiz Mahkemesi, evlilik anında yani 1964 yılında yürürlükte olduğu için 1905-Evlilik Sözleşmesindeki hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde karar vermiş ve Sözleşme hükümleri uyuşmazlığa uygulanmıştır: Hollanda Temyiz Mahkemesinin konu ile ilgili dâva örnekleri, Hollanda Medenî Kanunu'nda kabul edilmiş olan yasal rejim ve

E) STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

1905 - Evlilik Sözleşmesinin 9. maddesinde, eşlerin evlilik süresince millî hukuklarında meydana gelen değişikliklerin nasıl etki doğuracağı düzenlemiştir. Anılan maddeye göre, eşlerin her ikisi de evlilik sırasında başka bir ülkenin vatandaşlığına sahip olmuşlarsa, bu halde, Sözleşmenin 1. maddesinde düzenlenmiş olan eşlerin şahsî ilişkilerindeki hak ve ödevleri; 2. maddesinde düzenlenmiş olan objektif bağlama kuralları ve 5. maddesinde düzenlenmiş olan aslî şartlara uygulanacak hukuk gibi konular, eşlerin yeni ortak millî hukuku tarafından idare edilir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, 1905 *La Haye* Sözleşmesi, bazı konularla sınırlı olmak üzere statü değişikliği halinde, değişebilirlik doktrinini kabul etmiştir.

Buna karşılık, Sözleşmenin 2. maddesinde, eşlerden birinin veya her ikisinin de millî hukuklarında meydana gelecek değişikliklerin, eşlerin malvarlığının yönetimini nasıl etkileyeceği konusu düzenlenirken, 'değişmezlik ilkesi' yönünde tercih yapıldığı görülmektedir. Buna göre, eşlerin her ikisinin ya da eşlerden birinin millî hukukunun değişimi, malların yönetimi konusuna herhangi bir etkide bulunmayacaktır.

1905 - Evlilik Sözleşmesinde tam değişmezlik ya da tam değişebilirlik ilkelerinin katı şekilde kabulünden ziyade, belli konularla sınırlı olmak üzere, değişebilirlik ve değişmezlik ilkesi birlikte uygulanmaktadır. Evlilik mallarının yönetimi bakımından millî hukukundaki herhangi bir değişiklik, evlilik mal rejimi üzerinde etki doğurmazken; daha önce ortak millî hukuka sahip olmayan eşlerin,

---

milletlerarası evlilik malları konusunda genel bilgi için bkz. **Boele-Woelki, K - Grosheide, F. W. - Hondius, E. H. - Steenhoff, G.J.W.**: Comparability an Evaluation, Essay on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration, in Honor of Dimitra Kokkini-Iatridou, Hensen, A.J.F.M.: "*Matrimonial Property Relations and Dutch Conflicts of Law*", The Asser Institut, The Hague, 1994, s. 201-211.

evlilik süresince ortak millî hukuka sahip olmaları halinde, bazı konuları yeni millî hukuk idare edecektir. Böylece, eşlerin vatandaşlıklarındaki değişiklik ile, ortak millî hukuka sahip olmaları durumuna, Sözleşmede özel bir önem verilmiş ve evlilikten sonra da olsa, ortak millî hukuka sahip olan eşlerin evlilik mallarına bu hukukun uygulanabilmesi için değişebilirlik ilkesinin kabul edilebileceğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, 1905 - Evlilik Sözleşmesi kaleme alındığı dönem dikkate alındığında -ki Sözleşmenin günümüzden tam yüz yıl önce yapıldığı dikkatlerden kaçmamalıdır- ihtiyaçlara cevap verebilecek nitelikte bir sözleşme olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, maddeleri yorumlarken de kısaca belirttiğimiz gibi özellikle objektif ve sübjektif bağlama kuralları konusunda pek çok noktada boşluk bulunduğunu ve bu boşlukları doldurma görevinin, Sözleşmeyi uygulamak durumunda olan mahkemelere düştüğünü belirtmek yerinde olacaktır.

III- 14 MART 1978 TARİHLİ EVLİLİK MALLARINA UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA *LA HAYE* SÖZLEŞMESİ

A) GENEL OLARAK

Yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusu, 1960'lı yıllarda hem milletlerarası kongrelerde, hem de millî hukuklardaki reform çalışmalarında gündeme gelmiş ve yeni kurallar için bir dizi öneri getirilmiştir[215].

1972 yılında, *La Haye* Konferansının on ikinci oturumunda, evlilik mallarına uygulanacak hukuk sorununun, bir sonraki oturumda tartışılması önerisi benimsenmiş; bunun üzerine, Özel Komisyon, Konferansın Genel Sekreter

[215] **Philip**, s. 307.

Yardımcısı G. Droz tarafından toplanan üye ülkelerin millî hukuklarındaki düzenlemeler ve geniş kapsamlı dokümanlarla, 1975 yılında iki kez toplanarak hazırlık çalışmalarına başlamıştır. Prof. A. E. van Overbeck'in raporu ile birlikte on üçüncü oturuma bir bildiri taslağı hazırlanmıştır[216].

Konferansın On üçüncü oturumu 4 Ekim - 26 Ekim 1976 tarihleri arasında yapılmıştır[217]. Taslak Sözleşme, karşı oy olmaksızın, 22 kabul oyu ve 2 çekimser oy ile, 21 Ekim 1976'da, Genel Kurul'da kabul edilmiştir. 23 Ekim 1976'da delegeler, Taslak Sözleşme'yi de içeren, on üçüncü oturumun sonuç metnini imzalamışlardır[218]. Konferansın on üçüncü oturumda, Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme'nin yanı sıra, Evlilik Merasimi ve Evliliğin Geçerliliğinin Tanınması Hakkında Sözleşme (*Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*)[219]

---

216 **Overbeck, E. Alfred**: Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, La Haye, 1978, s. 13-14; **Philip**, s. 307.

217 Bu oturum, yirmi sekiz üye ülkenin katılımcılarını bir araya getiren en geniş katılımlı oturum olmuştur. Kanunlar ihtilâfı konusunda, üç sözleşme tasarısını içeren oturumun gündemi oldukça kapsamlı olmakla birlikte, her zaman olduğu gibi Konferansın gelecekle ilgili çalışmaları üzerinde tartışmalar da yaşanmıştır: **Glenn, H. Patrick**: Comment: "*The 1976 Hague Conventions on Marriage and Matrimonial Property Regimes*", The Canadian Bar R., Vol. 55, 1977, s. 586.

218 Sözleşmeyi imzalayan ülkeler şunlardır: Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Brezilya, Kanada, Çekoslovakya, Danimarka, Mısır Arap Cumhuriyeti, Finlandiya, Fransa, Alman Federal Cumhuriyeti, Yunanistan, İrlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Yugoslavya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Amerika Birleşik Devletleri; ayrıca, Venezüella'da konferansa gözlemci göndermiş, ancak, imzalamamıştır: **Overbeck**, s. 14; **Philip**, s. 307.

219 Sözleşme metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.textandcid=88.; ayrıca, sözleşme hükümlerinin yorumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Glenn**, s. 588-595.

metni üzerinde de anlaşmaya varılmıştır. Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme, 1 Ekim 1977 tarihinde ülkelerin imzasına açılmıştır[220].

Sözleşmenin yürürlüğe girme koşulları, m. 24'de düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, sözleşme, m. 22 ve 23'e göre, onay, kabul ve uygun bulma koşullarına ilişkin üç dokümanın toplanmasından sonraki, üç takvim ayının ilk günü yürürlüğe girecektir. Görüldüğü gibi, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi için, üç ülke tarafından onaylanması, kabul edilmesi ve uygun bulunması gerekmektedir. Üçüncü ülkenin onay, kabul ve uygun bulma koşullarını gerçekleştirmesinden sonra geçecek olan üçüncü ayın ilk günü Sözleşme yürürlüğe girmiş sayılacaktır[221].

---

[220] **Overbeck**, s. 14; Sözleşmenin İngilizce ve Fransızca metin için bkz. **Overbeck**, s. 1-9; Sözleşmenin Almanca metni için bkz. **Bergmann, Alexander - Ferid, Murad**: Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht, Bearbeitet: Cieslar, Eve: Internationale Abkommen und Europäische Rechtsakte, Stand: 31.12.2003, 156. Lieferung, s. 39 vd.; Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. International Legal Materials, Vol. 16, 1977, s. 14-17; **Reese**, s. 394-399; http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.textandcid=87.

[221] Sözleşme Fransa tarafından, 26 Ekim 1978 tarihinde imzalanmış ve 26 Ekim 1979 tarihinde uygun bulunmuş; Lüksembourg tarafından, 14 Ekim 1982 tarihinde imzalanmış, 17 Haziran 1984 tarihinde uygun bulunmuş; Hollanda ise Sözleşmeyi, 14 Ekim 1988 tarihinde imzalamış, 25 Haziran 1992 tarihinde uygun bulmuştur: Sözleşmeyi imzalayan, onaylayan, kabul eden ve uygun bulan üye ülkelerin listesi için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.statusprintandcid=87. Sözleşmeyi uygun bulan üçüncü ülkenin, uygun bulma tarihinden sonraki üçüncü takvim ayının ilk günü olan 1 Eylül 1992 tarihinde de sözleşme yürürlüğe girmiştir. Başka bir anlatımla, 14 Mart 1978 tarihli sözleşme, akdedildiği tarihten on dört yıl sonra yürürlüğe girmiştir. *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, Daimi Bürosu tarafından yayınlanan 26 Haziran 2002 tarihli ve L. C. A No 1(02/ L. C. ON No 27 (02) sayılı belgede, Sözleşme'nin yürürlüğe girme tarihi, yanlışlıkla 1 Eylül 2002 olarak belirtilmiş ve bu hata, yine aynı makamın 22 Ağustos 2002 tarihli, L.C. A. No. 39 (02) / L.C. ON No 52 (02)] sayılı belgesi ile düzeltilmiş ve ilgili makamlara bildirilmiştir: TC. Dışişleri Bakanlığı, Konsolosluk Daire Başkanlığı, 11 Eylül 2002 tarihli, 347375 sayılı ve *La Haye* Sözleşmesi konulu yazısı ve ekleri.

B) SÖZLEŞMENİN KONUSU

Evlilik malları rejimi ile sınırlı olan bu sözleşme, mirasın tasfiyesi ile evlilik mallarının tasfiyesinin aynı hukuk tarafından idare edilmediği durumlarda ortaya çıkan bazı sorunları çözemeyebilir. Ancak, Sözleşme, evlilik malları rejimine uygulanacak hukukun seçimine, böyle bir seçimin olmadığı hallerde objektif bağlama kurallarının uygulanmasına ve bu kuralların miras hukuku ile birlikteliğine izin verir[222].

Sözleşme hükümleri, kural olarak, maddî hukuka değinmemekte, sadece kanunlar ihtilâfı kurallarını düzenlemektedir. Ancak, uygulanacak hukukun belirlenmesi ve evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin şekli bakımından, 12 ve 13. maddeler, sözleşmenin eşlerin her ikisi tarafından yazılması, tarih atılması ve imzalanması usullerini koyarak, maddî milletlerarası özel hukuk ek kuralları (*a subsidiary rule of substantive private international law*) getirir. Dahası, bazı delegelerin fikirleri doğrultusunda, madde 8 uyarınca, uygulanacak hukukun değiştirilmesinin etkisi, milletlerarası özel hukuk kurallarına göre değil, maddî hukuk kurallarına göre olacaktır[223].

C) BAĞLAMA NOKTALARI

Sözleşmenin 3 ilâ 14. maddelerinden oluşan ikinci bölüm, "Uygulanacak Hukuk" başlığını taşır ve konu ile ilgili olarak objektif ve sübjektif bağlama noktalarını düzenler.

---

222 **Overbeck**, s. 15.

223 **Overbeck**, s. 15.

1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA

Komisyon toplantıları boyunca cinsiyet eşitliği ilkesi farklı biçimlerde ortaya konmuş, Sözleşme hükümlerinin, eşitlik ilkesine uygun olması politik ve hukukî nedenlerden dolayı açıkça zorunlu görülmüştür[224]. Böylece, Sözleşmenin temel yeniliği olarak, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmesine izin verilmiş ve irade muhtariyeti ilkesi, delegelerin oybirliğiyle kabul edilmiştir[225]. Ancak, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda, eşlere tanınan irade muhtariyeti sınırsız değildir. Bu seçim özgürlüğünün sınırı, Sözleşme'de belirtilen bazı bağlama noktalarıyla belirlenmiştir

Sözleşme'nin 3. maddesinde, eşlerin yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına ilişkin olarak seçebilecekleri hukuklar; millî hukuk, mutad mesken hukuku, gelecekteki mutad mesken hukuku ve taşınmaz mallar bakımından, taşınmaz malın bulunduğu yer hukuku olarak sayılmıştır.

a) Millî Hukuk

Eşlerden birinin sahip olduğu herhangi bir ülkenin vatandaşlığı, o millî hukukun seçilebilmesi için yeterli bir bağ olarak göz önüne alınır. Bu nedenle, evlilik sırasında, eşlerin iradeleri dışında, vatandaşlıklarını kaybetmeleri veya tam aksine yeni bir vatandaşlık kazanmalarının hiçbir önemi yoktur. Eşlerden birinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması halinde, maddede 'bir ülkenin hukuku' şeklinde ifade

---

224 **Philip**, s. 309.

225 Gerçekten de, 1905 - Evlilik Sözleşmesinde irade muhtariyeti ilkesine yer verilmemiş, sadece eşlerin millî hukuklarına göndermede bulunulmuştur. Bu nedenle, 1978 - Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesinde temsil edilen bütün devletlerin, irade muhtariyeti ilkesinin benimsenmesi konusunda görüş birliğinde olmaları çok büyük bir önem ve anlam ifade etmektedir: **Philip**, s. 309; **Overbeck**, s. 19.

edildiği için, bu ülkelerden herhangi birinin hukuku seçilebilir. Diğer taraftan, eşlerin daha önceden sahip oldukları veya daha sonra sahip olmayı ümit ettikleri vatandaşlık ülkesi hukukunu seçebilmesi mümkün görülmemektedir.

b) Mutad Mesken Hukuku

Millî hukuktan farklı olarak, pek çok *La Haye* sözleşmesinde kullanılan bir kavram olan mutad mesken; bir kişi aynı anda birden fazla mutad meskene sahip olamayacağından, aslında sadece bir ülkenin hukukuna işaret eder. 'Millî hukuk' bağlama noktasında olduğu gibi, 'mutad mesken' bağlama noktasında da, bunun seçim anındaki mutad mesken olması zorunludur. Evlilikten önce yapılan hukuk seçimi sözleşmesinde, seçilen mutad meskenin evlilik öncesindeki veya evlenme anındaki mutad mesken olması arasında fark bulunmamaktadır[226]. Sözleşmenin 3. maddesinin (b) bendine göre, seçim anında, eşlerden birinin mutad mesken hukuku, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak seçilebilir.

c) Gelecekteki Mutad Mesken Hukuku

Sözleşme, eşlere, evlilik sonrasında mutad mesken olarak yerleşecekleri ülkenin hukukunu seçme ve böylece kendilerini, yaşayacakları ülkenin hukuku ile bağlı kılma olanağını da sunmuştur. Bu düzenleme, evlilikten önce, eşlerin, evlilik mallarına, evlendiklerinde yerleşecekleri ülkenin hukukunun uygulanabilmesine imkân tanıdığı için taraflarca yapılan seçimin açıkça belli bir hukuku işaret etmesi

[226] **Overbeck**, s. 43.

gerekir. Eşler, yerleşecekleri, fakat henüz karar vermedikleri bir ülkenin hukukunu seçtiklerine ilişkin bir hüküm koyamazlar[227].

Evlilikten sonra, ancak, mutad mesken olarak düşünülen yere henüz yerleşmeden önce ortaya çıkan evlilik malları rejimi sorunlarına hangi hukuk uygulanacaktır? Böyle bir durumda, seçimin etkili olmayacağı kabul edilmekte ve uygulanacak hukuk konusunda objektif bağlama kurallarına gidileceği belirtilmektedir[228].

d) Taşınmaz Mallar Bakımından

Eşler genel olarak evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçebilirler ve taşınmaz mallar için taşınmaz malın bulunduğu yer hukuku yararına bir istisna da getirebilirler. Bununla birlikte, bazı taşınmaz mallar, hukuk seçimi sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılıp, kapsam dışında kalan taşınmaz mallar için objektif bağlama kurallarına göre belirlenecek hukuk uygulanabilir. Ancak, eşler farklı ülkelerde bulunan taşınmaz mallarını, bu taşınmaz mallardan sadece birinin bulunduğu yer hukukunun iradesine bırakamazlar. Örneğin, eşlerin A, B ve C ülkelerinde taşınmaz mallarının bulunduğunu farz edelim. Bu taşınmaz malların tamamına ilişkin olarak C ülkesinin hukukunun uygulanacağı yönünde bir hukuk seçimi sözleşmesi geçersizdir [229].

Taşınmaz malın bulunduğu yer hukukunun seçimi, sadece arazi ve bina gibi taşınmaz mallar hakkında değil, taşınmaz mal olarak kabul edilen bütün mallar için yapılabilir. Bir malın taşınmaz mal mı, yoksa taşınır mal mı olduğundan şüphe

---

227 **Overbeck**, s. 43.

228 **Overbeck**, s. 43.

229 **Overbeck**, s. 44.

edilmesi halinde, hangi hukuka göre karar verilecektir? Bu sorunun taşınmaz malın bulunduğu yer hukukuna göre vasıflandırılması genel kabul görmüştür ve bu çözüm Sözleşmenin hükümlerine de uygundur[230].

Taşınmaz mallar için tayin edilen taşınmaz malın bulunduğu yer hukuku, eşler taşınmaz mal için başka bir hukuk tayin edinceye kadar uygulanacak hukuk olarak kalacaktır. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun herhangi bir nedenle değişmesi, taşınmaz malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olan taşınmaz mala uygulanacak hukuka etki etmeyecektir[231].

2- OBJEKTİF BAĞLAMA

Objektif bağlama kuralları bakımından, eşlerden birine üstünlük tanıyan bir yaklaşım yerine, her iki eş için ortak olan unsurların dikkate alınması yönündeki görüş, Komisyonda hiçbir tartışma yaşanmadan kabul görmüş; bu nedenle, Sözleşmenin kabul edildiği dönemde bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde geçerli olan, kocanın millî hukukuna üstünlük tanıyan geleneksel yaklaşım benimsenmemiştir. Dolayısı ile, objektif bağlama kurallarının belirlenmesinde, sadece kocanın kişisel statüsünün -millî hukuku veya ikametgâhı gibi- dikkate alınması, Komisyon tarafından kabul edilmemiştir[232]. Kadının statüsünün de önemsenmesi gerektiği, aksi bir yaklaşımın bazı ülkelerin anayasal düzenlemelerine aykırı olduğu ve pek çok ülkede de bunun politik sorunlara yol açacağı ileri sürülmüştür. Bunun yanında, çok sınırlı sayıda devlet, objektif bağlama kuralı olarak, malın bulunduğu yer hukukunu

230 **Overbeck**, s. 44.

231 **Overbeck**, s. 44.

232 **Overbeck**, s. 23.

tartışma gereği duymuştur[233]. İkametgâh hukuku, bağlama noktası olarak çok cazip olmasına rağmen[234], önemli bir çoğunluk, millî hukuk kriterini tercih etmiş[235] ve sonuçta bu hukuklar arasında bir uzlaşma sağlanmıştır[236].

Sözleşmenin 4. maddesine göre, eşler evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamışlarsa, evlilikten sonraki ilk ortak mutad mesken hukuku evlilik mallarını idare edecektir. Eğer eşlerin, evlilikten sonraki ilk mutad meskenleri aynı ülkede değilse, yani ortak mutad meskenleri yoksa; bu halde, madde 4/II, (3)'e göre, ortak millî hukuk, evlilik mallarını idare eder. Eşlerin ortak mutad meskene ya da ortak millî hukuka sahip olmadığı hallerde ise, m. 4/III'e göre mahkeme, en yakın irtibatlı hukuku araştırma yetkisine sahiptir. Görüldüğü gibi, 1978-Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi, objektif bağlama kuralı olarak basamaklı kanunlar ihtilâfı kurallarını benimseyerek her türlü ihtiyaca cevap vermek istemiştir.

a) Ortak Mutad Mesken Hukuku

Sözleşmede 'mutad mesken' kavramı diğer *La Haye* Sözleşmelerinde olduğu gibi tanımlanmamış, bu kavramı tanımlama görevi doktrine ve içtihat hukukuna bırakılmıştır.

---

233 **Philip**, s. 310.

234 **Philip**, s. 310-311.

235 **Philip**, s. 310.

236 Bu Sözleşme, evliliğe ilişkin hükümler içeren diğer sözleşmelerden çok daha karışık bir sözleşmedir. Sözleşmenin başarılı bir şekilde uygulamasında gerçek ve karmaşık engeller bulunması bir talihsizlik olmuştur. Ancak, bu karışıklık kaçınılmazdır; çünkü, sözleşmeyi hazırlayanlar bir yanda millî hukuk diğer yanda ikametgâh ve mutad mesken arasında etkili bir uzlaşma sağlamaya çalışmışlardır: **Glenn**, s. 597.

Sözleşmenin 4. maddesinin ilk fıkrasında[237], objektif bağlama noktası olarak, "eşlerin evlilikten sonraki ilk mutad meskeni" (*first habitual residence after marriage*) ibaresinin korunması, eşlerin yaşadıkları ülkenin hukukuna tâbi olmaları gerektiği fikrine dayanır. Buna ek olarak, "eşlerin her ikisinin de, ilk mutad meskeni olarak yerleştikleri ülke" (*State in which both spouses establish their first habitual residence*) ifadesi; eşlerin, evlilikten önce zaten mutad meskene sahip oldukları yer ülkesinde yaşamaya devam ediyor olmaları ve eşlerden birinin diğerine katılmasıyla, onun mutad meskenini devam ettirmesi ihtimalini de içerir.

Evlilikten hemen sonra, eşlerin aynı ülkede mutad meskenlerinin olması zorunlu değildir. Tam aksine, pratik nedenlerle, eşler evlilikten önce veya sonra mutad meskenlerini geçici olarak sürdürebilirler. Daha sonra, her iki eş de aynı ülkede mutad meskene sahip olmuşlarsa, birinci fıkra uygulanır[238].

b) Ortak Millî Hukuk

Sözleşmenin 15. maddesinde, 'ortak millî hukuk' ile ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca, her iki eşin de evlilikten önce aynı vatandaşlığa sahip olması veya eşlerden birinin evlilik anında ya da daha sonra diğerinin vatandaşlığını iradî olarak kazanması ya da evlilikten sonra her iki eşin de bir ülkenin vatandaşlığını iradî olarak kazanmaları hallerinde, eşlerin ortak millî hukuklarından bahsedilir[239].

---

[237] Sözleşme m. 4/I'e göre; "evlilikten önce eşler, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamışlarsa, evlilik mal rejimine her iki eşin evlilikten sonra ilk mutad mesken olarak yerleştikleri ülke hukukunun maddî hükümleri uygulanır".

[238] **Overbeck**, s. 46.

[239] **Overbeck**, s. 24.

c) En Yakın İrtibatlı Hukuk

Eşlerin, aynı ülkede mutad meskene veya ortak millî hukuka sahip olmadıkları ya da birden fazla ortak vatandaşlığa sahip oldukları hallerde hangi hukukun uygulanacağı hususu, Sözleşme'nin 4. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu sorunla çok nadir olarak karşılaşılsa da, çözülmesinin gerekli olduğu düşünülmüştür. Eşlerin eşitliği ilkesi, eşlerden biri yararına ek bir kural getirilmesini engellemiştir. Objektif bağlama kuralı olarak, eşlerden birinin millî hukukunun veya mutad mesken hukukunun benimsenmesi mümkünken, eşitlik ilkesini zedeleyeceği endişesi ile, bu ihtimaller göz önüne alınmamış, bunun yerine, çok esnek bir kural olan "en yakın irtibatlı hukuk" kuralı benimsenmiştir. Sözleşmede kullanılan 'en yakın irtibatlı hukuk' ifadesi, diğer pek çok terim gibi tanımlanmamıştır. Dolayısıyla, bu maddenin yorumu, hükmü uygulamak durumunda olan mahkemelere düşmektedir. Mahkemeler, dâvadaki bütün şartları göz önüne alarak, en yakın irtibatlı hukuku tespit edecektir[240].

D) SÖZLEŞMENİN UYGULAMA ALANI

Sözleşme, m. 1/I'e göre, bu Sözleşme, evlilik malları rejimine uygulanacak hukuku belirler; evlilik mallarına uygulanacak hukuk dışında, herhangi bir konunun Sözleşme hükümlerine dahil edilmesi söz konusu değildir. Sözleşme, ne mahkemelerin yargı yetkisi ile, ne de yabancı kararların tanıması ve tenfizi ile ilgilenir. Ayrıca, hem eşlerin birbirleri ile ilişkilerinde, hem de eşlerin üçüncü kişilerle ilişkilerinde, Sözleşme hükümlerinin uygulanması tercih edilmektedir ve buna ilişkin düzenlemeler Sözleşmede açıkça yapılmıştır.

---

[240] **Overbeck**, s. 48.

Sözleşme, m. 1/II'de, sözleşme kapsamı dışında tutulan haller düzenlenmiştir.

Sözleşmenin kapsamı dışında tutulan ilk istisna, eşler arasındaki nafaka yükümlülükleri konusundadır. Bu sorun, "Nafaka Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi"nce idare edileceği için kapsam dışında tutulmuştur. Genel olarak, nafaka yükümlülüklerini idare edecek hukukun hükümlerinin, evlilik mallarına uygulanacak hukukun hükümlerine üstün olduğu kabul edilir. Bu Sözleşme, böyle durumlarda daha geniş yükümlülükler getirir[241].

Sözleşme, m. 1/II, (2) de yer alan diğer istisna, sağ kalan eşin miras hakkıdır. Konferansta, sadece miras haklarıyla değil, evlilik malları sözleşmesinde hükme bağlananlara ek olarak, eşlerden birinin ölümü üzerine ortaya çıkan bütün hakları da kapsayacak şekilde, m. 4/II (2) nin kapsamının genişletilmesi düşünülmüş; ancak, bu şekilde istisnanın kapsamının çok genişleyeceği görülmüş ve istisna, sadece sağ kalan eşin miras hakkıyla sınırlı tutulmuştur[242].

Sözleşme, m.1/II, (3) de kabul edilen son istisna ise, ehliyete ilişkindir ve bu istisnanın amacı, evlilik malları sözleşmesinin akdedilmesinde, ehliyete işaret etmek veya evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yaparken ehliyet konusunda, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına ihtiyaç olmadığını belirtmektir. Evlilik mal rejimi sözleşmesi veya evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış olan çiftlerin, ehliyet sahibi olup olmadıkları, seçtikleri hukuka tâbidir. Eğer bu mümkün değilse, genel olarak ehliyeti idare eden hukuka tâbi olacaktır[243].

---

241 **Overbeck**, s. 39.

242 **Overbeck**, s. 17.

243 **Overbeck**, s. 40

E) STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

Eşlerin sürekli olarak aynı vatandaşlığı veya ikametgâhı muhafaza ettiği ve eşlerin malvarlığının tamamının ikametgâha sahip oldukları ülkede bulunması halinde uygulanacak hukuku belirlemek kolaydır. Eşlerin millî hukuklarında ya da ikametgâhlarında farklılıkların ortaya çıkması ile birlikte sorunlar da ortaya çıkmaktadır. Bu konuda ulaşılan çözümlerin bir uzlaşmanın sonucu olduğu görülmektedir.

1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA

Değişebilirlik ilkesine, sadece, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış olması halinde veya hukuk sistemi tarafından belirtilen sınırlar içinde ilişkilerini düzenledikleri evlilik mal rejimi sözleşmesi yaptıkları durumlarda izin verilir. Başka bir anlatımla, eşler evlilik mallarına uygulanacak hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlarsa, artık evlilik mallarına uygulanacak hukuku kendi iradelerine göre belirleme yönünde aktif bir iradeyi ortaya koymuşlardır ve eşler tarafından verilen karar, onların bilgisi dışında uygulanacak hukukun değiştirilmesi yoluyla bozulmamalıdır[244].

Eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış olması halinde; eşler, farklı bir hukukun uygulanması yönünde, başka bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmadıkları sürece, seçilen hukuk uygulanacaktır[245].

Bazı durumlarda eşler tarafından seçilen yeni hukuk geçmişe dönük olarak etki doğurur; ancak, uygulanacak hukukun değiştirilmesi, üçüncü kişilerin haklarına halel getirmemelidir.

---

[244] **Philip**, s. 312.

[245] **Overbeck**, s. 28-29.

2- OBJEKTİF BAĞLAMA

Değişmezlik ve değişebilirlik ilkeleri arasında sağlanmaya çalışılan uzlaşma zemini, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmedikleri yani evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmayıp, uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralları aracılığı ile belirlenmesi durumunda önem kazanır[246].

a) Değişmezlik İlkesi

Sözleşme, m. 7/I'de, kural olarak değişmezlik ilkesi kabul edilmiştir[247]. Anılan maddeye göre; Sözleşme hükümlerine göre belirlenen hukuk, eşler farklı bir hukuku tayin etmedikleri sürece, millî hukuk veya mutad meskendeki değişiklikler dikkate alınmaksızın uygulanmaya devam eder. Bu maddede, objektif bağlama kuralının sürekliliği ilkesi kabul edilmiş ve vatandaşlık ya da mutad meskendeki değişikliklerden dolayı uygulanacak hukukta herhangi bir değişikliğin söz konusu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Uygulanacak hukukunun değişebilmesi, ancak, eşlerin böyle bir değişikliği istemesi halinde mümkün olabilecektir. Nitekim Sözleşmenin, 6/I. maddesine göre, eşler evlilik süresince herhangi bir anda, evlilik mallarına uygulanacak yeni bir hukuku belirleyebileceğinden, eşlerce belirlenmiş olan hukuk, eşlerin niyetleri devam ettiği sürece uygulanır.

---

246 **Overbeck**, s. 29.

247 Değişmezlik ilkesi, uygulanacak hukukun eşlerin özgür iradesi dışında sona erdirilememesi ve eşlerin istedikleri zaman başka bir hukuku belirleyebilmeleri şeklindeki iki sonuç doğurur. Bu nedenle, değişmezlik ilkesi, eşlerin evlilik mallarının tamamını idare edecek bir hukuku tercih etmeleri veya genel olarak evlilik mallarına ve ayrıca taşınmaz malları idare edecek bir veya birden fazla uygulanacak hukuku ve hatta sadece taşınmaz mallara uygulanacak hukuku belirlemeleri ihtimalleri dikkate alınmaksızın uygulanır. Ayrıca eşler, her zaman, genel olarak evlilik mallarına veya sadece taşınmaz mallara ilişkin olarak, Sözleşme, m. 4'teki objektif bağlama kurallarına dayanarak belirlenen hukuku, hukuk seçimi sözleşmesi yapmak suretiyle değiştirebilir: **Overbeck**, s. 49.

b) İstisnalar

Sözleşme, m. 7/II'de ise değişmezlik kuralın istisnaları yani objektif bağlama noktalarının eşlerin iradesinden bağımsız olarak değişebileceği haller tek tek belirtilmiş ve böylece 1978-Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesinde, sınırlı istisnalarla değişmezlik ilkesi kabul edilmiştir. Bu istisnalar incelenirken de görüleceği gibi, yeni uygulanacak hukuk, daima eşlerin mutad meskene sahip oldukları ülkenin maddî hukuk kuralları yararına olabilmektedir.

aa) Mutad Mesken Hukuku

Sözleşme, m. 7/II, (1) bendi uyarınca, eşlerin ortak mutad meskene sahip oldukları ülke aynı zamanda eşlerin ortak vatandaşlığa sahip oldukları ülke ise, bu halde, ortak mutad mesken hukuku evlilik mallarını idare edecektir. Eşlerin hem mutad meskene, hem de vatandaşlığa sahip olduğu ülkenin tek bir ülke olması halinde, bu ülke hukukunun uygulanmasında eşlerin güçlü menfaatlerinin olduğu kabul edilmiştir.

bb) Belli Süre Devam Eden Mutad Mesken Hukuku

Sözleşmenin 7/II. maddesinin (2). bendinde düzenlenmiş olan kendiliğinden değişebilirlik olasılığı; yani, millî hukuk ya da mutad mesken hukuku olarak belirlenmiş uygulanacak hukukun, belli bir sürenin geçmesi ile, mutad mesken hukukuyla kendiliğinden yer değiştirmesi ile ilgilidir.

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk ister ortak millî hukuk, isterse ilk mutad mesken hukuku olsun, evlilikten sonra eşlerin mutad mesken edindikleri ülkede on

yıldan fazla bir süre yaşamaları halinde, mutad meskene sahip oldukları ülkenin hukuku, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak kendiliğinden değişebilir. Sözleşme, m. 7/II, (2)'de düzenlenen bu hüküm, böyle bir sürenin geçmesinden sonra eşlerin mutad meskene sahip oldukları ülke ile bütünleşmiş olacakları varsayımına ve bu nedenle, eşlerin evlilik mallarına bu ülkenin hukukunun uygulanmasının yerinde olacağı düşüncesine dayanmaktadır[248].

1 Eylül 2002 tarihinde, milletlerarası özel hukukun en karmaşık sorunlarından birini düzenlemiş olan 14 Mart 1978 tarihli Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi, sözleşmenin yürürlüğe girdigi

[248] Belli bir sürenin geçmesinden sonra, eşlerin mutad mesken hukukunun kendiliğinden evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak değişmesine ilişkin bu hüküm konusunda öncelikle eşlerin bilgilendirilmesi gereği açıktır. Bu nedenle, başta Sözleşme'ye taraf olan ülkelerin (Hollanda, Fransa ve Lüksemburg), Konferans üyesi ülkelerin ulusal makamlarını ve ilgili mercilerini bilgilendirmeleri gerekmektedir. Bu bilgilendirmeyi gerçekleştirmek üzere, *La Haye* Büyükelçiliği, Türk Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile Adalet Bakanlığına gönderdiği yazıda bu konuya değinmiştir: *La Haye* Büyükelçiliği'nin 27 Ağustos 2002 tarihli ve 44 faks sıra numarası ile Dışişleri Bakanlığına; Dışişleri Bakanlığının da, 'eşler arasındaki mal rejimi' konulu, 339188 sayılı ve 5 Eylül 2002 tarihli Adalet Bakanlığına gönderdiği yazı. Bu bilgilendirme yazısında, Hollanda basınında çıkan haberlerden de bahsedilmiştir. NRC Handelsblad gazetesinde, "Yabancı Çiftlerin Evlilik Statüleri Birdenbire Değişti" (For Foreign Couples: Status Marriage Suddenly Different) başlığıyla yayınlanan haberde, 1 Eylül 2002 tarihi itibariyle, yürürlüğe girmesinin onuncu yılını dolduracak olan 1978 - Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkındaki *La Haye* Sözleşmesi uyarınca, 1 Eylül 1992 tarihinden beri evli olan ve bu tarihten itibaren Hollanda'da yaşayan yabancı çiftlerin evlilik mallarına uygulanacak hukukun, eşlerin noter huzurunda aksini öngören bir sözleşme yapılmaması halinde, re'sen Hollanda hukukuna tâbi olacağı ve Hollanda hukukunda uygulanan mal ortaklığı rejimine dönüşeceği belirtilmiştir. Bu durumda özellikle, kendi millî hukukları farklı mal rejimini öngördüğü için, Türk ve Faslı eşlerin etkileneceği de ifade edilmektedir. Haberde ayrıca, konu ile ilgili olarak, Amsterdam Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukuk Profesörü *De Boer*'in görüşüne de yer verilmiştir. *Boer*'e göre, 1978 - Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesinden etkilenecek olan çiftler, evlilik mallarına uygulanacak hukukun, Hollanda'da kabul edilmiş olan mal ortaklığı rejimine dönüşmesini istemiyorlarsa, bunu engellemek üzere notere başvurmalı ve seçtikleri evlilik mal rejimini belirten bir sözleşme yapmalıdırlar.

üç ülkede -Fransa, Lüksembourg ve Hollanda- yürürlüğe girmesinin onuncu yılını doldurması nedeni ile somut olaylarla karşılaşılması kaçınılmazdır.

cc) Ortak Millî Hukuk Değişikliği

Sözleşme, m. 7/II, (3) bendinde, eşler aynı ülkede ortak mutad meskene sahip olur olmaz, ortak millî hukuk uygulamasının değişeceği hükmünü getirerek bir diğer istisnaya yer vermiştir.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK MALLARINA UYGULANACAK HUKUK

§ 1- MADDÎ HUKUK

I- GENEL OLARAK

İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilerek, 17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilen ve 4 Ekim 1926'da yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi, yürürlüğe girdiği tarihte, kadınlar açısından reform niteliğinde hükümler içeriyor olmasına rağmen, zaman içinde gerekli değişiklikler yapılmadığı için, ortaya çıkan gereksinimleri karşılamakta yetersiz kalmıştır[1]. Bu kanun, evlilik mal rejimleri konusunda, pek çok Batı ülkesinde olduğu gibi, sözleşme rejimi ve yasal rejim ayrımını yapmış; sözleşme rejimi olarak mal birliği ve mal ortaklığı rejimlerini -ve bunların alt türlerini-; yasal rejim olarak mal ayrılığını benimsemişti[2]. Ancak, özellikle yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimine yönelik olarak, bu rejiminin, evlilik sona erdikten sonra, eşler arasında herhangi bir paylaşıma yer vermediği ve bu nedenle kadın aleyhine sonuçlar yarattığı; herhangi bir işte çalışmayıp ev işleri ve çocukların bakımları ile ilgilenen ev hanımları açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu; kırsal kesimde çalışan kadının haklarını korumadığı; bu rejim nedeniyle

---

1 **Arat, Necla (Der.) - Moroğlu, Nazan**: Aydınlanmanın Kadınları, İstanbul 1998, s. 304.

2 Evlilik mal rejiminin tarihçesi hakkında bkz. **Acabey, M. Beşir**: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 7-22.

çalışan kadınların da ülkemizin aile yapısı ve gelenekleri dolayısıyla zarar gördüğü, yoğun biçimde öne sürülmüştür[3]. Kanundaki diğer bazı eksikliklerin de fark edilmesi üzerine, Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şeklî Hakkında Kanunun Genel Gerekçesinde[4] de belirtildiği üzere, milletlerarası mevzuatta meydana gelen gelişmeler de göz önüne alınarak, günün gelişen sosyal ve ekonomik koşullarına uygun yeni bir kanun ihtiyacının kaçınılmaz olduğu anlaşılmıştır. 1994 yılında[5], Medenî Kanun'da değişiklik yapılması için Adalet Bakanlığı tarafından bir komisyon oluşturulmuş ve bu komisyonun çalışmaları zaman zaman kesintilere uğrasa da[6], sonuçta, hazırlanan ön tasarı, Adalet Bakanlığınca benimsenmiş ve TBMM.'ne sunulan Türk Medenî Kanunu, 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilmiş, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

---

3 Mal ayrılığı rejimine getirilen eleştiriler hakkında bkz. **Zevkliler, Aydın**: Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1992, s. 734-739 ; **Acabey**, s. 71-76.

4 Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şeklî Hakkında Kanunun Genel Gerekçesi için bkz. http://www.belgenet.com/kanun/medenikanun/k4722.html.

5 1994 yılından önce de, Medenî Kanunun değiştirilmesi için Adalet Bakanlığı tarafından komisyonlar oluşturulmuştur. Bu komisyonların ilki, 1951 yılında Medenî Kanunun tekrar gözden geçirilmesi için oluşturulmuş ve bu komisyonun hazırladığı öntasarı ve gerekçesi 1971 yılında yayınlanmıştır: Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, No. 9, Ankara 1971. Ancak, bu tasarı kanunlaşmamıştır. Aynı şekilde, 1981 yılında oluşturulan komisyon, 1984 yılında çalışmalarını tamamlamış ve hazırlanan ön tasarı yayınlanmıştır: 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi, İstanbul 1984. Fakat bu tasarı da kanunlaşmamıştır: **Oğuzman, M. Kemal - Barlas, Nami**: Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, B. 10, İstanbul 2003, s. 22-23. 1994 yılında kurulan komisyonca hazırlanan ve 1998'de kamu oyuna açıklanan tasarı dışında, diğer iki tasarıda, evlilik mal rejimlerine ilişkin köklü bir değişiklik yapılmamıştı: **Arat - Moroğlu**, s. 305. Ayrıca, 17 Şubat 1998 tarihinde kamuoyuna açıklanmış olan bu kanun tasarısı hakkındaki görüş ve eleştiriler ve adı geçen kanun tasarısında kabul edilmiş olan 'paylaşmalı mal ayrılığı rejimi' hakkında bkz. **Arat - Moroğlu**, s. 305-314.

6 1994 yılında oluşturulan bu komisyonun çalışmalarının ayrıntıları için bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 180-186; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 3-10.

II- 743 SAYILI TÜRK KANUN-U MEDENÎSİ DÖNEMİ

ETMK. İkinci Kitap, Birinci Kısmında, 'Karı Koca Mallarının İdaresi' başlığını taşıyan 6. Bab, beş fasıldan oluşmaktaydı. Birinci fasıl, esaslar (m. 170-185); ikinci fasıl, mal ayrılığı (m. 186-190); üçüncü fasıl, mal birliği (m. 191-210); dördüncü fasıl, mal ortaklığı (m. 211-236); beşinci ve son fasıl ise, karı koca malları hakkında usule dair sicil (m. 237-240) konularını düzenlemekteydi. Kanundaki sıralamaya uygun olarak, öncelikle yasal rejim, daha sonra sözleşme rejimi ele alınacaktır[7].

A) SÖZLEŞME REJİMİ

Eşler evlilik mal rejimi konusunda bir sözleşme yapabilirler[8]. Ancak, eşler bu sözleşmeyi yaparken, tam bir özgürlüğe sahip olmayıp, kanunda belirtilen şekle ve içeriğe uygun yapabilirler[9]. Evlilik mal rejimi sözleşmelerinin şeklî, ETMK. m. 173'de düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, sözleşmenin geçerli olarak akdedilebilmesi, değiştirilmesi ya da feshedilebilmesi için, resmî şekilde yapılması

---

7 ETMK.'da 'yasal rejim' ve 'sözleşme rejimi' dışında bir de 'olağanüstü rejim' olarak adlandırılan ve m. 174 vd. düzenlenmiş olan bir rejim türü vardı. Buna göre, eşler sözleşme rejimini kabul etmiş olsalar bile, bazı olağanüstü durumlarda, eşlerden birinin ya da alacaklıların zarar görmesini önlemek amacıyla, kanun gereği veya yargıç kararıyla ya da eşlerden birinin talebi ile, sözleşme rejimi, yasal mal rejimine dönüşmekteydi: Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 33-34; **Zevkliler, Aydın - Acabey, M. Beşir - Gökyayla, K. Emre**: Medenî Hukuk –Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1999, s. 870 vd.

8 ETMK.da, bu sözleşmeler 'evlenme mukavelesi' olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. ETMK. m. 170 ve 171 gibi. Ancak bu kavram, evlilik birliğini kuran 'evlilik sözleşmesi' ile karıştırılma olasılığı nedeniyle eleştirilmiş ve nitekim 2001 yılındaki değişiklikten sonra kanunda 'mal rejimi sözleşmesi' olarak adlandırılmıştır: Bkz. TMK. m. 202, 203, 204 gibi.

9 Mal rejimi sözleşmesinde eşlere tam irade muhtariyeti verilmesinin yaratacağı sakıncalar, mal rejiminin emredici kurallarla düzenlenmesi ve kanunun benimsediği çözüm hakkında açıklamalar için bkz. **Acabey**, s. 22-28.

gerekir[10]. ETMK. m. 171'e göre, eşler bu sözleşmeyi evlilikten önce, evlilik sırasında ya da evlilikten sonra[11] yapabilirler. Evlilik mal rejimi sözleşmesi akdetmek veya değiştirmek ya da feshetmek isteyen kişilerin, ETMK. m. 172 uyarınca, temyiz kudretine sahip olması gerekir.

ETMK.'da eşlerin seçebilecekleri evlilik mal rejimi türleri ve genel özellikleri kısaca şu şekilde özetlenebilir.

1- MAL BİRLİĞİ REJİMİ[12]

ETMK. 191 ilâ 210. maddeleri arasında mal birliği rejimi düzenlenmiştir. Mal birliği rejiminde, eşlerin sahip olduğu bütün mallar birliğe girmez. Bu sistemde,

---

10 Görüldüğü gibi, kanun, sadece sözleşmenin akdedilmesini değil, değiştirilmesini ve feshini de resmî şekle tâbi tutmuştur. Resmî şekil ile kastedilen, sözleşmenin noter tarafından düzenlenecek bir senetle yapılmasıdır ve resmî şekil, bir geçerlilik koşuludur.

11 Kanun, evlilikten sonra yapılacak evlilik mal rejimi sözleşmesi için, ayrıca bir şekil şartı daha getirmiştir. ETMK. m.173/II'ye göre, bu sözleşmeler, evlilikten sonra yapılmışsa, sulh mahkemesince de onaylanmalıdır. Yeni TMK.'da bu hükme yer verilmemiş, eşlerin gerek birbirleriyle, gerek üçüncü kişilerle yapacakları hukukî işlemlerde, sözleşme özgürlüğü ilkesine yer verilmiştir. TMK. m. 193'e göre, yasada öngörülen haller dışında, eşler bu özgürlüğe sahiptir. Bunun sonucu olarak, eşlerin evlilikten sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesinde, mahkemenin onayı şartı yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle, eşler arasında mal rejiminin evlenmeden önce veya sonra yapılması arasındaki bu anlamdaki fark, yeni yasada, ortadan kalmış bulunmaktadır: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s.187. Evlilik mal rejimi sözleşmesi, ehliyet ve şekil koşullarına uygun olarak yapılmışsa geçerli olarak doğar. Ancak, sözleşmenin, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, ETMK. m. 173/III'e göre, noter tarafından tescil ve ilân edilmesi zorunludur.

12 Mal birliği rejimi, İsviçre'de 1984 yılında kabul edilerek, 1988 yılında yürürlüğe giren Medenî Kanun değişikliğinden önce, yasal mal rejimi olarak benimsenmişti. Eşler arasında eşitsizliğe neden olacak pek çok hüküm bulunan 'mal birliği rejimi'ne, YTMK.'da yer verilmemiştir. Bu mal rejim türü hakkında genel bilgi için bkz. **Öztan, Bilge**: Aile Hukuku, B. 3, Ankara, 2000, s. 201 vd.; **Oğuzman - Dural**, s. 179 vd.; **Zevkliler - Acabey - Gökyayla**, s. 888 vd.

birlik dışında tutulan ‘mahfuz mallar’[13] ve ‘birlik malları’[14] olmak üzere iki türlü mal vardır.

Mahfuz mallar birliğe girmez ve eşlerden her birinin, mahfuz malları üzerindeki mülkiyet, yönetim ve tasarruf etme yetkisi kendisine aittir. ETMK. m. 184’e göre, mahfuz mallar için, mal ayrılığı esasları geçerlidir. Birlik mallarına gelince, ETMK. m. 192’ye göre, eşlerin, birliğe giren şahsî mallarının mülkiyeti ve bunlar üzerindeki tasarruf yetkisi, eşlerin kendilerine aittir. Buna karşın, yine aynı maddeye göre, eşlerin şahsî malları dışındaki birlik mallarının (kazanılmış mallar) mülkiyeti, kocaya aittir ve ayrıca, birliğe giren tüm malların yönetimi de kocaya aittir. Yönetimi kendisine ait olmakla birlikte, koca, ETMK. m. 198’e göre, birliğe giren mallar üzerinde tasarrufta bulunamaz.

Mal birliği rejimi, eşlerin anlaşması, mal birliğinin yasal mal rejimine dönüşmesi, eşlerden birinin ölümü ya da gaipliğine karar verilmesi, boşanma, evliliğin iptali gibi nedenlerle sona erer. Ölüm ya da gaiplik nedeniyle rejimin sona

---

[13] Hangi malların, mahfuz mal olduğu ETMK. m. 182 ve 183’de düzenlenmiştir. ETMK. m. 182’ye göre, eşler yapacakları evlilik mal rejimi sözleşmesinde, birlik dışında tuttukları malları belirleyebilirler. Bazen, bunu, üçüncü kişiler de yapabilir. Örneğin, eşlerden birine bağışta bulunan üçüncü kişi, bağışladığı malın mal birliğine girmemesini ister ve bu halde, bağışlanan mal, mahfuz mal niteliğinde olacaktır. ETMK. m. 183’e göre, eşlerden her birinin kişisel eşyası, kadının meslek ve sanatını yürütmesine yarayan malları ve kadının ev işleri dışında çalışmasıyla elde ettiği mallar da mahfuz mal kapsamına girer.

[14] Eşlerin mahfuz mal dışındaki mallarının tümü, birlik mallarını meydana getirir. Birlik malları da, eşlerin şahsî malları ve eşlerin şahsî malı dışında kalıp da birliğe giren diğer mallar (kazanılmış mallar) olmak üzere iki türlüdür. ETMK. m. 192’ye göre, eşlerin birliğe giren şahsî mallarının mülkiyeti kendilerinde kaldığı için, bu mallara şahsî mal denmektedir. ETMK. m. 191 ve 192’ye göre, eşlerin, evlilik anında sahip oldukları mallar ve evlilik süresince miras ya da karşılıksız kazandırma yoluyla edindikleri mallar, onların şahsî mallarıdır. Ayrıca, ETMK. m. 193’e göre, eşlerin birliğe giren şahsî mallarının değiştirilmesi suretiyle, bu malların yerine geçen mallar da eşlerin şahsî malı sayılır.

ermesinde, ETMK. m. 208 gereğince, kadının ölümü halinde, kadının şahsî malları (kocanın miras hakkı saklı kalmak koşuluyla), kadının mirasçılarına geçer. Kocanın ölümü halinde ise, ETMK. m. 209'a göre, kadın, birlikteki şahsî mallarını geri alır ve bu mallarda meydana gelen zararları da kocanın mirasçılarına ödettirir. Ölümle sona erme durumuyla ilgili bu özel sonuçlar dışında, öteki sona erme hallerinde, iki taraf öncelikle şahsî mallarını ayırt ederler ve ortada bir fazlalık kalırsa, ETMK. m. 210'a göre, bu fazlalığın ⅓'i kadına ve alt soyuna, ⅔'i kocaya ve mirasçılarına kalır.

2- MAL ORTAKLIĞI REJİMİ

ETMK. 211 ilâ 224. maddelerinde, genel mal ortaklığı rejimi düzenlenmiş olup, 211. maddede bu rejimin tanımı şu şekilde yapılmıştır: Eşlerin bütün mallarına ve gelirlerine etkili olan mal ortaklığı usulüne, 'genel mal ortaklığı rejimi' denir. Ayrıca, ETMK. 225 ilâ 236. maddeleri arasında, mal ortaklığının diğer türlerine yer verilmiştir[15].

---

[15] Mal ortaklığı rejiminin diğer çeşitleri ise, 'uzatılmış mal ortaklığı' ve 'sınırlı mal ortaklığı' rejimidir. ETMK. m. 225 ilâ 232'de düzenlenmiş olan 'uzatılmış mal ortaklığı rejimi', eşlerden birinin ölümü halinde, sağ kalan eşin, ölen eşten olan çocukları ile mal ortaklığını sürdürmesi halinde söz konusu olur. ETMK. m. 233 ve 234'de düzenlenmiş olan 'sınırlı mal ortaklığı rejimi' de, kendi içinde ayrımları olan bir rejimdir. Şöyle ki, eşler bazı malların –özellikle taşınmaz malların- ortaklığa girmeyeceğini kararlaştırabilirler. Buna 'mal ayrılığı koşuluyla ortaklık rejimi' denir. Böylece, ortaklığa girmeyen mallar yönünden mal ayrılığı rejimine ilişkin hükümler uygulanır. 'Kazanılmış mallara özgü ortaklık rejimi'nde ise, eşler, evlilik süresince kazanacakları mallara ilişkin bir ortaklık kararlaştırabilirler: **Zevkliler**, s. 744-745. Ayrıca bkz. **Oğuzman - Dural**, s. 191 vd.; **Öztan**, s. 209 vd.; **Zevkliler - Acabey - Gökyayla**, s. 891 vd. ETMK.'nda mal ortaklığı rejimi başlığı altında, ETMK. m. 236'da, düzenlenmiş 'cihaz usulü' olarak adlandırılan bir evlilik mal rejimi türü daha bulunmaktadır. Cihaz usulü, kadının, kendi mallarının bir kısmını, aile giderlerine harcanmak üzere kocasına terk etmesi üzerine kurulmuş bir rejimdir: **Zevkliler**, s. 745; **Özdamar, Demet**: Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu, Ankara 2002, s. 323; **Oğuzman - Dural**, s. 193 vd.; **Öztan**, s. 211. ETMK'dan farklı olarak, yeni TMK.da 'cihaz usulü' ne yer verilmemiştir.

Mal ortaklığı rejiminde, 'mahfuz mallar'[16] ve 'ortaklık malları'[17] olmak üzere iki tür mal vardır. Mahfuz mallar, ortaklığa girmez ve bu malların, mülkiyet, yönetim ve tasarruf hakkı malın sahibine aittir. Ortaklığa giren mallar üzerinde, eşlerin mülkiyet ve tasarruf yetkisi yoktur. Çünkü, mal ortaklığı rejiminde, ortaklık bağımsız bir bütün, bir malvarlığı niteliğindedir. Eşlere ait mallar, ortaklığa girmekle, onların malı olmaktan çıkar ve ortaklığın mülkiyetine girer ve kanun gereği iştirak halinde mülkiyet geçerli olur[18]. Mal ortaklığı rejiminde, ortaklığa giren malları yönetme yetkisi kocaya; yararlanma hakkı ise her iki eşe aittir. ETMK. m. 211/II'ye göre, eşler, ortaklığa giren mallar üzerindeki haklarında, bağımsız olarak tasarruf edemezler; ancak, birlikte tasarruf edebilirler.

Mal ortaklığı rejimi de, mal birliği rejimini sona erdiren nedenlerle sona erer. Ancak, mal ortaklığı rejiminin, eşlerden birinin ölümü ile sona ermesinin sonuçları, ETMK. m. 221 vd. da düzenlenmiştir ve bu mal birliğinden farklıdır. Buna göre, eşlerden birinin ölümü halinde, sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa, ortaklık mallarının yarısı sağ kalan eşe geçer. Bu eşin miras hakkı saklı kalmak üzere geri kalan yarı pay, mirasçılara geçer. Ayrıca, ETMK. m. 224'e göre, mal ortaklığı rejiminde, sağ kalan eş, tasfiye sonucunda ortaklıktan payına düşecek miktar karşılığında, ortaklığa girmiş olan kişisel mallarının geri verilmesini isteyebilir.

---

16 Mal birliği rejiminde belirtmiş olduğumuz mahfuz mallara ilişkin hükümler, ETMK. m. 182 gereğince, mal ortaklığı rejimindeki mahfuz mallar için de aynen geçerlidir.

17 Mahfuz mallar dışında kalan bütün mallar ortaklığa girer ve bunlara 'ortaklık malları' denir.

18 **Zevkliler**, s. 742.

B) YASAL REJİM

Mal ayrılığı rejimi[19], ETMK. 186 ilâ 190. maddelerinde düzenlenmiş ve m. 170 uyarınca, yasal rejim olarak kabul edilmiş olup, eşler sözleşme ile başka bir rejim seçmedikleri takdirde geçerli olacak rejimdir[20]. ETMK. m. 186'ya göre, eşlerin her birinin, kendi mallarının mülkiyet, yönetim ve yararlanma haklarına sahip olduğu rejim türüne, mal ayrılığı denir. Adından da anlaşılacağı üzere bu rejim, eşlerin mallarının ayrılığı esasına dayanır ve bu rejimde, kadının malları ve kocanın malları olmak üzere iki türlü mal vardır. Bunun dışında, mal birliği veya mal ortaklığı rejimlerinde olduğu gibi, eşlerin birlikte mülkiyetinde olan ortak bir mal grubu söz konusu değildir. Her eş, kendi malları üzerinde her türlü hakka tek başına ve bağımsız olarak sahiptir[21]. Bu rejimde, eşlerden her biri, mallarını bizzat kendisi yönetebileceği gibi, yönetim yetkisini diğer eşe, hatta üçüncü kişiye bırakabilir[22].

Mal ayrılığı rejiminde, evliliğin boşanma, evliliğin iptali veya ölümle sona ermesi halinde, mal paylaşımı söz konusu olmaz. Şöyle ki, evlenmenin boşanma

---

19 İsviçre Medenî Kanununda, yasal mal rejimi 'mal birliği rejimi' olmakla birlikte, Türk kanun koyucusu, yasal mal rejimi olarak, mal ayrılığı rejimini benimsemiştir: Bunun nedenleri ve İsviçre Medenî Kanunu hazırlanırken, hangi mal rejiminin yasal mal rejimi olacağı konusundaki görüş ve eleştiriler için bkz. **Acabey**, s. 31-33. Mal ayrılığı rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan,** s. 197 vd.

20 Bu nedenle doktrinde, 'yasal rejim' yerine, 'yedek rejim' terimi de kullanılmaktadır: Örnek için bkz. **Acabey**, s. 31; **Özdamar,** s. 303; yasal rejimin istisnaî bir durum, sözleşme rejiminin ise kural olması yönündeki tamamen katıldığımız görüşün gerekçeleri için bkz. **Acabey**, s. 47-49.

21 Mal ayrılığı rejiminde, malların mülkiyeti, yönetimi, yararlanma hakkı, eşlerin borçlardan sorumluluğu ve mal ayrılığı rejiminin sona ermesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 50-71; **Zevkliler - Acabey - Gökyayla**, s. 874 vd; aynı konuların, yeni TMK. ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi hakkında bkz. **Özdamar**, s. 303-312.

22 **Zevkliler**, s. 733.

veya evliliğin iptali ile sona ermesi halinde her eş kendi malını alır. Eşlerden birinin ölümü ile evliliğin sona ermesi halinde ise, sağ kalan eş, miras hakkına sahiptir[23].

III- 4721 SAYILI TÜRK MEDENÎ KANUNU DÖNEMİ

Adalet Bakanlığı tarafından 1994 yılında, Medenî Kanunda değişiklik çalışmaları yapmak üzere oluşturulan komisyon, Alman ve İsviçre Medenî Kanunlarını incelemiş[24] ve sonuçta, İsviçre modelini kabul edilmiştir. Böylelikle, 'edinilmiş mallara katılma rejimi' yasal rejim olarak benimsenmiş, ayrıca çeşitli tiplerdeki sözleşme rejimine de yer verilmiştir[25].

---

23 **Acabey**, s. 61-62.

24 **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 3. Komisyon, 1984 yılında kabul edilip, 1988 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanunu'ndaki düzenlemelerin benimsenmesinin daha uygun olacağına karar vererek, çalışmalarını bu yönde yoğunlaştırmıştır. Ancak İsviçre Medenî Kanunu'ndaki değişikliğin çok yeni olması nedeniyle, özellikle kaynak sıkıntısı yaşanmış, bu da Komisyonun çalışmalarında, hem güçlüklere, hem de bazı yanlış anlamalara neden olmuştur. Şöyle ki, önce, İsviçre Medenî Kanunu'nda yasal rejim olarak kabul edilmiş olan, edinilmiş mallara katılma rejiminin bazı sakıncalar yaratâbileceği gerekçesi ile, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi üzerinde yoğunlaşılmış, daha sonra ise, edinilmiş mallara katılma rejiminin, kendi içinde tutarlı ve ilkeli olduğu, oluşabilecek haksızlıkları önleyici hükümlere sahip olduğu görülmüş ve sonuç olarak, edinilmiş mallara katılma rejimi, yeni TMK.'da yasal rejim olarak kabul edilmiştir. Kanunun kabul edilmesinden önce Komisyonun çalışmalarının ve Kanunun kabulü sürecinin ayrıntıları için bkz. **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 3-10; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 180-186.

25 Yasal ve sözleşme rejimi türü dışında, TMK. m. 206'da olağanüstü mal rejimi de düzenlenmiştir. Anılan madde, haklı bir sebebin varlığı halinde, eşlerden birinin başvurusu üzerine, mahkemece, mevcut mal rejimi yerine, mal ayrılığına karar verilmesi olanağını getirmiştir. Kanunda haklı sebep kabul edilebilecek haller örnek mahiyetinde sayılmıştır. Buna göre, eşin borca batık olması, eşin, malvarlığı, geliri ve borçları hakkında diğer eşin talep ettiği bilgileri vermemesi, eşin sürekli olarak temyiz kudretinin olmaması, talepte bulunan eşin yararlarını tehlikeye düşürmesi gibi haller, haklı neden sayılabilecektir. Haklı sebebin var olup olmadığı, her somut olayda hâkim tarafından değerlendirilmelidir. TMK. m. 208, mal ayrılığına geçişe (yani olağanüstü mal rejimine geçişe) yol açan sebeplerin ortadan kalkması halinde, eşlerin önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilmeleri olanağını tanımıştır. Bu maddeye göre, "Eşler her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilirler". Burada, eşlerin birlikte

Yeni TMK.'nun İkinci Kitabında, "Eşler Arasındaki Mal Rejimi" başlığını taşıyan dördüncü bölümün, beş ayrım içermekte olduğunu görmekteyiz. Genel hükümler (m. 202-217) birinci ayrımda, edinilmiş mallara katılma rejimi (m. 218-241) ikinci ayrımda, mal ayrılığı (m. 242-243) üçüncü ayrımda, paylaşmalı mal ayrılığı (m. 244-255) dördüncü ayrımda ve mal ortaklığı ise (m. 256-281) beşinci ve son ayrımda düzenlenmiştir. Kanundaki sıralamaya uygun olarak bu rejim türlerini ve özelliklerini genel hatları ile inceleyeceğiz.

A) SÖZLEŞME REJİMİ

1-SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI

Evlilik mal rejimi sözleşmesi yaparak, yasal mal rejimi dışında bir mal rejimini belirlemek isteyen eşler tam bir özgürlüğe sahip değildirler. Hem evlilik mal rejimi sözleşmesinin şekli, hem de kapsamı bakımından belli sınırlara uymak durumundadırlar.

a) Şekil Bakımından[26]

Evlilik mal rejimi sözleşmesinin şekli bakımından, evlilikten önce yapılması ile evlilikten sonra yapılması açısından farklılıklar bulunmaktadır. Evlilikten önce

---

karar vererek, mal ayrılığı rejimi yerine bundan önceki ya da bunun dışındaki bir mal rejimi sözleşmesi yapmaları söz konusudur: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s.188; **Akıntürk, Turgut**: Türk Medenî Hukuku-Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. II, B. 6, Ankara 2002, s. 138-143; **Özuğur**, s. 29-34; ayrıca, olağanüstü mal rejimi kavramı, olağanüstü rejime geçiş, bu rejimin hükümleri ve sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Zeytin**, s. 49- 61; ETMK. ile yeni TMK.'daki olağanüstü mal rejiminin karsılaştırılması ile ilgili olarak bkz. **Özdamar**, s. 298-300.

[26] ETMK. m. 173'e göre, mal rejimi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, resmî şekilde yani noterde yapılması gerekiyordu. Noterlik Kanunu m. 89'a göre de, mal rejimi sözleşmesini yapacak olan noter, bunu düzenleme şeklinde yapmak zorundaydı. Kanun, sadece mal rejimi sözleşmenin akdedilmesini değil, feshini ve değiştirilmesini de resmî şekil şartına tâbi tutmuştu.

yapılan sözleşme, noterde veya evlendirme memuruna evlilik başvurusu sırasında yapılabilir.

TMK.m. 205/I'e göre, evlilik mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır. Bu hükümle, eşlere noterde düzenleme şeklinde[27] mal rejimi sözleşmesi yapabilme olanağı yanında, ETMK. m. 173'den farklı olarak, onaylama şeklinde[28] de sözleşme yapabilme olanağı getirilmiştir[29]. Bunun yanı sıra, TMK. m. 205'e göre, taraflar, evlenme başvurusu sırasında mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak da bildirebilirler[30]. Bu hüküm yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi dışındaki seçimlik mal rejimlerinden birini seçmek isteyen eşlere kolaylık sağlanmak amacıyla getirilmiştir. Ancak, evlilikten sonra mal rejimi sözleşmesi[31] yapmak isteyen eşler, bunu sadece, noterde düzenleme ya da onaylama

---

27 Düzenleme şeklindeki mal rejimi sözleşmesinde, taraflar sözleşmeye ilişkin iradelerini noter huzurunda açıklamakta ve sözleşme başından sonuna kadar noter tarafından düzenlenmektedir: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 189.

28 Onaylama şeklindeki mal rejimi sözleşmelerinde ise, eşler daha önce hazırlamış oldukları mal rejimi sözleşmesini onaylanmak üzere notere sunmaktadırlar. Burada, sözleşme metni taraflarca hazırlanmakta, noter tarafından tarafların serbest iradelerinin ürünü olarak huzurda onaylanmaktadır: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 189.

29 Bu düzenleme karşısında, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun, mal rejimi sözleşmelerinin noterler tarafından re'sen düzenlenecek olan işlemlerden olduğuna ilişkin 89. maddesi değiştirilmiş bulunmaktadır.

30 Kanun, eşlerin evlendirme memurluğuna beyan ettikleri mal rejimi ile ilgili anlaşmanın "evlenme başvurusu sırasında' yapılması ve yazılı olması koşullarını aramıştır. Bu nedenle, evlilik başvurusu yapıldıktan ya da eşler evlendikten sonra, artık evlendirme memurluklarının böyle bir anlaşmayı kabul etme yetkileri olmadığı gibi, eşlerin evlendirme memuruna bu konuda sözlü beyanları geçerli olmayacaktır: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 189.

31 Eşlerin evliliğin başlangıcında tâbi olduğu evlilik mal rejiminin değiştirilebileceği ya da değiştirilemeyeceği yönünde hukuk sistemlerinde ve doktrinde görüşler bulunmaktadır. Örneğin, Fransız Medenî Kanunu, eşlerin evlilik mal rejimini daha sonra değiştiremeyeceğini kabul etmiş olmasına karşılık, Alman Medenî Kanunu, evlilik mal rejiminin daha sonra değiştirilebileceği yönündedir. Ayrıca, eşlerin evliliğin başlangıcında tâbi olduğu evlilik mal rejiminin, daha sonra

şeklinde yapabilirler[32]. Noterler eşlerin evlilikten sonra mal rejimi sözleşmesiyle ilgili değişikliklerini de, düzenleme ya da onaylama şeklinde yapabilirler[33].

---

değiştirilebileceğini savunan görüşe göre, evlilik süresince şartlar esaslı şekilde değişebilir ve eşlerin tâbi olduğu rejim artık onların ihtiyaçlarına cevap vermiyor olabilir. Bu halde, eşlere tâbi oldukları rejimi değiştirebilme olanağı verilmelidir. Buna karşılık, eşlerin tâbi olduğu rejimin değiştirilemeyeceğini savunan görüşe göre, evlilik mal rejiminin değiştirilmesi, özellikle, üçüncü kişilerin haklarını zarara uğratabilir. Çünkü, evlilik mal rejimi türlerine göre eşlerin üçüncü kişilere karşı borçlarından dolayı sorumluluğu farklıdır. Eşler borçlarından dolayı, bazı hallerde tüm ortak mallarıyla birlikte sorumludurlar; bazen de sadece koca sorumlu olabilir. TMK., her iki görüşü birleştiren bir yol benimsemiş ve eşlerin evliliğin başlangıcında tâbi olduğu evlilik mal rejimini değiştirebileceğini kabul etmekle birlikte, üçüncü kişilerin bu değişiklikten herhangi bir zarar görmemesi için de gerekli önlemleri yasada düzenleme yapmak suretiyle almıştır: Bu konuda bkz. **Acabey**, s. 34-36; **Zevkliler - Acabey - Gökyayla**, s. 873 vd. Bu amacı gerçekleştirmek için düzenlenmiş olan, ETMK. m. 173/II' ye göre, evlendikten sonra eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapması halinde, noter tarafından düzenlenen bu sözleşmenin, ayrıca eşlerin ikametgâhı sulh mahkemesince de onaylanması gerekiyordu. Bu şekilde, sözleşmeye kabul edilmek istenen mal rejiminin, eşlerden birinin baskısıyla olup olmadığını ve eşlerin menfaatlerinin değerlendirilmesi görevi yargıca veriliyordu. Bununla birlikte, ETMK. m. 173/III'e göre, evlilikten sonra yapılan evlilik mal rejimi sözleşmesinin, üçüncü kişilere etki doğurabilmesi için, sadece resmî şekilde yapılmış olması yeterli değildi; ayrıca, yine noterce özel sicile tescil edilip, ilân edilmesi de gerekmekteydi. Ayrıca, ETMK. m. 180'e göre, evlilik mal rejiminin değiştirilmesi ya da tasfiye işlemleri sırasında söz konusu mallar kendisine kalan eş, üçüncü kişilere karşı, bu malların değerini geçmemek üzere sorumlu olmaya devam eder. YTMK.'da, eşlerin yeni evlilik mal rejimi sözleşmesini, ETMK. m. 172/II hükmü gereğince, ikametgâhları sulh mahkemesinde onaylatması yönündeki yükümlülük kaldırılmıştır.

[32] Bu hükme göre, noterler, eşler evlendikten sonra da düzenleme ya da onaylama şeklinde mal rejimi sözleşmesi yapmaya yetkili oldukları halde, evlendirme memurları sadece eşlerin evlilikten önce, evlenmek için başvurdukları sırada mal rejimi seçimine ilişkin yazılı anlaşmayı kabul etmekle yetkilidirler.

[33] Gerek noterde yapılan mal rejimi sözleşmesinin, gerek evlendirme memurluğuna bildirilen seçimin belirli bir yere tescili ya da şerhi konusuna gelince; evlilik malları rejimi sözleşmesi, eşler ve bunların mirasçıları hakkında hüküm doğurur. Sözleşmenin üçüncü kişilere karşı da hüküm doğurabilmesi için ETMK.'ne göre, noter tarafından tescil ve ilân edilmesi gerekiyordu. ETMK. m. 173/III'de ve ETMK'nun "Karı Kocanın Malları Hakkındaki Usule Dair Sicil" başlığını taşıyan 237 ilâ 240. maddelerinde, konu ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Buna göre, mal rejimi sözleşmelerinin tescil edileceği özel sicil, noterler tarafından tutulan "mal rejimi sicili" dir. ETMK. m.239'a göre, tescili yapacak noter, kocanın ikametgâhı noteridir ve ETMK.m.240'a göre

b) Kapsam Bakımından

Evlilik mal rejimi sözleşmesi yapabilme özgürlüğü, sadece şekil açısından değil, içerik açısından da sınırlandırılmıştır. Eşler, ancak, kanunda belirlenen evlilik mal rejimi türlerinden birini seçebilirler. Bu nedenle, eşlere tanınmış olan özgürlüğün bir "seçim özgürlüğü" olduğu söylenebilir[34]. Eşler, kanundaki mal rejimlerinden birini, bir bütün olarak seçmek zorundadırlar ve seçtikleri rejim üzerinde, kanunun izin verdiği sınırlar dışında bir değişiklik yapamazlar. Ayrıca, kanunda düzenlenmiş

---

de, tescil aleniyeti sağlamak işlevine sahiptir. İlgili her kişi, mal rejimi sicilini inceleyebilir ve tescil edilen kayıtların bir örneğini isteyebilir. ETMK. m. 239/II' ye göre, koca ikametgâhını değiştirirse, yeni ikametgâh tesis edildiği tarihten itibaren, üç ay içinde tescilin, o yer noterliğinde yenilenmesi gerekir. Çünkü ikametgâh değiştirildiği tarihten itibaren üç ay geçtikten sonra, eski tescilin hükmü kalmamaktadır. ETMK.m. 240'a göre ise, mal rejimi sözleşmesini tescil eden noter, ayrıca bunu ilân da etmelidir. Fakat yapılan ilânda, akdedilen mal rejimi sözleşmesinin tamamı, ayrıntısıyla yer almaz ve sadece sözleşmede kararlaştırılan mal rejimi tipinin hangisi olduğu ilân edilir. Ancak, Yeni TMK, eski yasanın 237 ilâ 240 maddelerini yasaya almamıştır. Bu düzenleme karsısında, TMK'nun yürürlüğe girmesinden itibaren noterlerde yapılan ve yapılacak olan mal rejimi sözleşmelerinde önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Eşler, noterde mal rejimi sözleşmesi yaptıkları halde, bu sözleşme herhangi bir yere tescil edilmediğinden, evliliğin sona ermesi halinde, bu sözleşmenin yapıldığının kanıtlanması güçlükler yaratâbilecektir. Evliliğin, özellikle ölüm nedeniyle son bulması halinde, mal rejimi sözleşmesini menfaatlerine uygun bulmayan sağ kalan eş ya da mirasçılar, eşler arasında böyle bir sözleşmenin yapılmadığı iddiası ile ya da mal rejimi sözleşmesini imha ederek yasal mal rejiminin uygulanmasını sağlayabileceklerdir. Eşlerin noterde mal rejimi sözleşmesi yapmayarak, evlenme sırasında evlendirme memurluğuna yazılı başvuru yoluyla seçimlik rejimlerini bildirmeleri halinde, böyle bir sorun yaşanmayacaktır. Zira, eşlerin nerede evlendiklerinin, hangi evlendirme memurluğuna başvuruda bulunduklarının saptanması, burada mal rejimi seçimine ilişkin yazılı başvurularının ortaya çıkarılması kolaydı (Nitekim, yeni kanunun yürürlüğe girmesini müteakip İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlığı yapılan bir genelgede, evlendirme memurluklarının, evlenme için başvuruda bulunan tarafların, seçimlik mal rejimi ile ilgili yazılı başvuruda bulunmalarının usul ve esasları ile bunların nasıl korunacakları hususları kurallara bağlanacaktır). Kanun koyucunun, noterde yapılan mal rejimi sözleşmelerinin tescil ve ilânına ilişkin eski 237 ilâ 240 maddelerini bilinçli olarak yeni yasaya almamış olduğu, düzenlemenin 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda yapılması gerektiği yönünde görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 195.

[34] **Özdamar**, s. 297.

farklı mal rejimlerinin bazı kısımlarını alıp, "karma bir rejimi" kabul edemeyecekleri gibi, başka bir ülkede uygulanan bir mal rejimini ya da kendi yaratacakları orijinal bir rejimi de kabul edemezler[35]. TMK. m. 203'e göre, eşler, evlilik mal rejimi sözleşmesini, evlilikten önce veya sonra akdedebilirler, feshedebilirler veya değiştirebilirler. TMK.'da eşlerin seçebilecekleri evlilik mal rejimi türleri ve genel özellikleri genel hatları ile ele alınacaktır.

aa) Mal Ayrılığı Rejimi

ETMK. da, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş iken, yeni TMK.'de sadece iki madde halinde (m. 242 ve 243) düzenlenmiş olan mal ayrılığı rejiminde[36], ispat, borçlardan sorumluluk ve paylı mülkün özgülenmesi konularında, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine gönderme yapılmıştır. Her eş kendi malının maliki olup, yasal sınırlar çerçevesinde kalmak şartıyla, malları üzerinde mülkiyet[37], yönetim[38], yararlanma[39] ve tasarruf haklarına[40] bizzat sahiptir. Aynı şekilde, eşler, TMK. m. 246'ya göre, kendi borçlarından da bütün malvarlıklarıyla sorumludurlar.

---

35 **Acabey**, s.28.

36 Mal ayrılığı rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özuğur**, s. 104-116.

37 TMK. m. 242'ye göre, eşlerden her biri kendi mal varlığına giren malların mülkiyet hakkına sahiptir. Buna göre, eşlerden birinin sahip olduğu malvarlığı, evlilik ile diğer eşe geçmez veya eşlerin malvarlıkları birleşerek tek bir malvarlığı haline dönüşmez, ayrı ayrı kalmaya devam eder.

38 TMK. m. 242'ye göre, eşlerden her biri kendi malvarlığında bulunan malları, bizzat yönetme hakkına sahiptir ve yönetim hakkının kullanılmasında diğer eşin rızasını almak zorunluluğu yoktur. Diğer eşin de, yönetim konusunda müdahalede bulunma ya da talimat verme yetkisi yoktur: **Akıntürk**, s. 168.

39 TMK. m. 242'ye göre, eşlerden her biri, maliki olduğu mallardan dilediği gibi yararlanır, diğer eş bu malların doğal ve hukukî ürünleri (semereleri, gelirleri) üzerinde herhangi bir hakka sahip değildir.

40 Kural olarak, eşlerden her biri, kendi malı üzerinde tasarruf hakkına sahip olmakla birlikte, Kanun'da evlilik birliğinin korunması amacı ile, bazı istisnalar getirilmiştir. TMK. m. 194/I'e

Mal ayrılığı rejiminde, her eşin mülkiyeti kendisine ait olan ayrılmış malları yanında, her iki eşe ait 'paylı mallar' da vardır. TMK. m. 245'e göre, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar, eşlerin paylı mülkiyetinden sayılır.

Mal ayrılığı rejimi, eşlerden birinin ölümü veya eşlerin başka bir mal rejimini kabul etmeleri ya da evliliğin boşanma veya iptal nedeniyle sona ermesiyle son bulur. Mal ayrılığı rejiminde, malların tasfiyesi oldukça kolaydır. Boşanma veya evliliğin iptali ile sona ermede, her eş kendi malını alır; eşlerden birinin ölümü ile sona erme halinde ise, sağ kalan eşin malları ayrıldıktan sonra, miras bırakanın malları tespit edilir ve bu mallar onun terekesini oluşturur. Bu tereke üzerinde sağ kalan eş, miras hakkına sahiptir[41].

bb) Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

TMK. 244 ilâ 255 maddelerinde düzenlenmiş olan, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin temelinde, adından da anlaşılacağı üzere, mal ayrılığı esası yatmaktadır[42].

---

göre, eşin, mülkiyeti kendisine ait olan aile konutu üzerinde tasarrufta bulunması; örneğin, üçüncü bir kişiye devretmesi veya üzerinde ayni bir hak kurması, ancak diğer eşin rızası ile mümkündür. Bir diğer istisna da TMK. m. 199 hükmü ile getirilmiştir. Buna göre, eşlerden birinin istemi üzerine, hâkim, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesi için, belirleyeceği malvarlıkları üzerinde ancak diğer eşin rızasıyla tasarrufta bulunabileceğine karar verebilir. Böylece, hâkimin belirleyeceği mal üzerinde, eşin tasarruf hakkı sınırlanmış olur. Diğer eşin rızası alınmadıkça yapılan hukukî tasarruf geçerli olmaz: **Akıntürk**, s. 160-170. Aile konutu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. **Özuğur**, s. 180 vd.

41 **Özdamar**, s. 304.

42 Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, 'mal ayrılığı rejimi' nin sakıncalarını gidermek amacıyla, kısmen 'edinilmiş mallara katılma rejimi' ne benzeyen yeni bir rejim türü olarak düzenlenmiştir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ile edinilmiş mallara katılma rejimi arasındaki farklar için bkz. **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 53-59; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 263-269. Ayrıca, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özuğur**, s. 117-134.

Eşlerden her biri, ister evlilik süresince, ister kişisel mal niteliğinde olsun, kendi malları üzerinde yasal sınırlar içinde mülkiyet hakkına sahiptir.

Bu mal rejiminde, paylaşıma konu olan mallar[43], paylaşım dışı kalan mallar[44] paylı mallar[45] olmak üzere üç türlü mal vardır.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, TMK. m. 244'e göre, eşlerden her biri, kendi malvarlığına giren mallar üzerinde, yasal sınırlar çerçevesinde kalmak şartıyla, mülkiyet, yönetim, yararlanma ve serbestçe tasarrufta bulunma hakkına sahiptir ve m. 246'ya göre, eşlerden her biri, kendi borçlarından dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur.

TMK. m. 247'ye göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, eşlerden birinin ölümü, eşlerin başka bir evlilik mal rejimini kabul etmeleri, evliliğin boşanma veya iptal sebebiyle sona ermesi ya da mevcut mal rejiminin hâkim kararıyla mal ayrılığına dönüştürülmesi hallerinde sona erer. Rejiminin sona ermesi üzerine, her eş, diğer eşte bulunan, paylaşıma tâbi olmayan mallarını, m. 248 uyarınca geri alır[46]. Paylaşıma konu olan mallar ise, eşler arasında eşit olarak paylaştırılır. Ayrıca, rejim sona erdiğinde, TMK. m. 248/II uyarınca, üstün yararı olduğunu ispat eden eş, diğer eşe payının ödeme günündeki karşılığını vermek suretiyle paylı mülkiyetteki malın

---

43 Mülkiyeti eşlerden birine ait olsa bile, rejim sona erip tasfiye edilirken eşler arasında yarı yarıya paylaşım konusu olacak mallardır. TMK. m. 250'ye göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup, ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar; ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almak amacına yönelik yatırımlar veya bu yatırımların yerine geçen değerler bu gruba girmektedir.

44 Tasfiyede eşler arasında paylaşma konusu olmayacak mallardır: **Akıntürk**, s. 172.

45 Her iki eşin paylı mülkiyetinde sayılan mallardır: **Akıntürk**, s. 172. TMK. m. 245'e göre, paylı mallar, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallardır.

46 Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, bir eş, kendi malları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olup, bu malların bazıları diğer eşin zilyetliğinde bulunuyor olabilir. Malların sahibi olan eş, onların kendisine geri verilmesini isteme hakkına sahiptir.

kendisine verilmesini isteyebilir. Eşlerden biri diğerine ait olmakla beraber paylaştırma dışında kalan bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, TMK. m. 249'a göre, mal rejiminin sona ermesi halinde, katkısı oranında hakkaniyete uygun bir bedel ödenmesini de isteyebilir.

Paylaştırma kural olarak ayın olarak yapılır; yani, eşlerin hakkı aynî haktır, alacak hakkı değildir. Ayrıca, kanun koyucu, aile konutu ve ev eşyasının tasfiyesini, evliliğin ölümle sona ermesi ile iptal ve boşanma ile sona ermesi hallerinde ayrı ayrı düzenlemiştir. Buna göre, ölümle sona ermede, paylaşma konusu mallar arasında aile konutu veya ev eşyası varsa, sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras ve paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek ve yetmezse bedel eklemek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Evliliğin boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi halinde ise, eşler paylaşma konusu olan aile konutunda kalma ve ev eşyasını kullanmaya hangi eşin devam edeceği konusunda anlaşabilirler, anlaşamazlarsa hâkim resen karar verecektir[47].

cc) Mal Ortaklığı Rejimi[48]

TMK. 256 ilâ 281. maddeler arasında düzenlenmiş olan, mal ortaklığı rejiminin, genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığı[49] olmak üzere iki türü vardır.

---

47 Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, malların paylaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıntürk**, s. 173-178.

48 İsviçre Medenî Kanunu'nda da, sözleşme rejimi olarak düzenlenmiş olan bu rejim türü, İsviçre Medenî Kanunu'ndan aynen alınmıştır.

49 Sınırlı mal ortaklığı da kendi içinde, 'edinilmiş mallarda ortaklık' ve 'diğer mal ortaklığı' olmak üzere ikiye ayrılır. TMK. m. 258'de düzenlenmiş olan, edinilmiş mallarda ortaklık rejiminde, eşler yapacakları bir evlilik mal rejimi sözleşmesi ile sadece edinilmiş malların ortaklığa dahil olacağını kabul ederler. TMK. m. 259'da düzenlenen diğer mal ortaklığı rejiminde ise, eşler

Mal ortaklığı rejiminde[50], başlıca iki tür mal söz konusudur: ortaklık malları[51] ve kişisel mallar[52]. Genel mal ortaklığında, eşlerin kişisel malları dışındaki malları ile gelirlerinin tümü, ortaklık mallarını oluşturur; yani bu mallar eşlerin mülkiyetinden çıkarak, hukukî ve malî anlamda bir bütün oluşturur ve bu mallar üzerinde kanun gereği, iştirak halinde mülkiyet ilişkisi kurulur. Başka bir anlatımla, eşler, TMK. m. 257 uyarınca, ortaklık mallarına, bölünmemiş bir bütün olarak malik olurlar ve eşlerden her biri, TMK. m. 262'ye göre, olağan yönetim sınırları içinde, ortaklığı yükümlülük altına sokabilir ve ortak mallarda tasarrufta bulunma hakkına sahiptir[53]. Bununla birlikte, TMK. m. 267'ye göre, eşler, kendi kişisel malları üzerinde yasal sınırlar içinde kalmak şartıyla yönetim ve tasarrufta bulunma hakkına sahiptir.

Yeni TMK. da mal ortaklığını sona erdiren nedenler tek tek sayılmıştır. TMK. m. 271'e göre, eşlerden birinin ölümü, diğer bir mal rejiminin kabul edilmesi, eşlerden biri hakkında iflasın açılmasıyla ya da mahkemece, evliliğin iptal veya boşanma nedeniyle sona ermesi veya mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verilmesi ile mal ortaklığı rejimi sona erer. Mal ortaklığı rejiminin sona ermesi

---

yapacakları bir evlilik mal rejimi sözleşmesi ile, belirli malvarlığı değerlerini veya türlerini (bu genellikle taşınmaz mallar, bir eşin kazancı veya bir meslek veya sanatı yürütmek için kullanılan mallar olabilmektedir) ortaklık dışında tutmak suretiyle bir mal ortaklığı oluştururlar. Yeni TMK., ETMK.'dan farklı olarak, 'uzatılmış mal ortaklığı rejimi' ne yer vermemiştir. Eski ve yeni TMK. hükümlerinin karşılaştırmalı olarak incelendiği bu konu hakkında bkz. **Özdamar**, s. 322-323.

50 Mal ortaklığı rejimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özuğur**, s. 135-154.

51 Genel mal ortaklığı rejiminde, ortaklık malları, kanun gereğince, kişisel mal sayılan mallar dışındaki bütün mal ve gelirlerden oluşur. Eşlerin kişisel malları dışında kalan bütün mal ve gelirleri bir bütün oluşturur: **Akıntürk**, s. 178-179.

52 Kişisel mallar, TMK. m. 261'de düzenlenmiş olup, anılan maddeye göre, evlilik mal rejimi sözleşmesi, üçüncü kişilerin karşılıksız kazandırmaları veya kanun ile belirlenen mallardan ve eşlerden her birinin kişisel kullanımına ayrılmış eşya, manevi tazminat alacaklarından oluşur.

53 Görüldüğü gibi, TMK. m. 262-263'e göre, ortaklık mallarını yönetme yetkisi, ETMK. m. 212'den farklı olarak, her iki eşe aittir.

halinde, paylaştırmanın nasıl yapılacağı TMK. 271 ilâ 281. maddelerinde düzenlenmiştir. TMK. m. 276'ya göre, evlilik mal rejiminin, ölüm veya diğer mal rejiminin kabulü ile sona ermesi halinde, her eşe veya mirasçılarına ortaklık mallarının yarısı verilir[54]. TMK. m. 277'ye göre ise, evlilik mal rejiminin; boşanma, evliliğin iptali ya da kanun veya mahkeme kararı ile mal ayrılığına geçişle sona ermesi halinde, her eş önce kendi kişisel mallarını alır, geriye kalan ortaklık malları, eşler sözleşme ile aksini kararlaştırmamışlarsa, yarı yarıya paylaşılır. Mal ortaklığı rejiminde, eşlerin paylaştırma sonunda sahip olacakları hak, aynî haktır, alacak hakkı değildir.

2- EVLİLİK MAL REJİMİ SÖZLEŞME EHLİYETİ

TMK. m. 204'e göre, mal rejimi sözleşmesi, eşlerin tam ehliyetli olmalarını gerektirir. Kişi ayırt etme gücüne sahip olup, ergin ve kısıtlı değilse, başkasının iznine ya da rızasına ihtiyaç olmaksızın bu sözleşmeyi akdedebilecektir. Kişi ayırt etme gücüne sahip olduğu halde, küçük ya da kısıtlı ise, kendi başına mal rejimi sözleşmesi akdetmesi mümkün değildir[55]. Ayırt etme gücüne sahip olan küçükler (mümeyyiz küçükler) ile ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılar (mümeyyiz kısıtlılar) mal rejimi sözleşmesi akdedebilmek için, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar. TMK. m. 205/II, "Mal rejimi sözleşmesinin taraflarca ve gerektiğinde

---

[54] TMK. m. 279'a göre, mal ortaklığı rejiminin, eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi halinde, eşlerin birlikte yasadıkları konut veya ev eşyası ortaklık mallarına girmekte ise, sağ kalan eş, payına mahsuben bunların mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebil ir. Aynı talep, eşlerden birinin üstün yararının varlığının ispati halinde, mal ortaklığı rejiminin ölüm dışında bir nedenle sona ermesi halinde de yapılabilir.

[55] **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 193.

yasal temsilcilerince imzalanması zorunludur"[56] hükmünü getirmiştir. Bu hükümle, mal rejimi sözleşmesi, eşler için şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilmiştir.

B) YASAL REJİM

TMK. m. 218 ilâ 241 maddelerinde yasal rejim olarak düzenlenmiş olan edinilmiş mallara katılma rejiminde; edinilmiş (ortak) mallar ve kişisel mallar olmak üzere iki tür mal vardır.

TMK. m. 219/I'de, edinilmiş mallara ilişkin genel kurala yer verilmiş[57], aynı maddenin II. fıkrasında edinilmiş mallar tek tek sayılmıştır. Ancak, bu sayma sınırlı değildir. TMK. m. 219/II'de, sayılan edinilmiş mallar şunlardır: Her eşin "çalışmasının karşılığı olan edimler"[58], sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin

---

[56] ETMK. m. 173'de de evlenme sözleşmesinin iki taraf ile kanunî mümessilleri tarafından imzalanması gerektiği yönünde bir düzenleme bulunmaktaydı.

[57] Bu maddeye göre, "edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir". Maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, her bir eşin çalışarak, emek karşılığı elde ettiği kazançlar "edinilmiş mal"dır ve paylaşıma tâbidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin temelinde, eşlerin evlilik süresince emek karşılığı edindikleri mallar üzerinde, diğer eşin de katkısının olduğu gerçeği yatar. Bu nedenle, bu rejimin emek verilerek elde edilen ürünlere diğer eşin katkısı olduğunu kabul edip, bunun karşılanmasını sağlayan bir rejim olduğu söylenebilir: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 221; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 20-21. Bu kuralın istisnasını ise, yaşam deneyimlerine göre, evlilik süresince olağan ve düzenli olmayan gelir kaynakları oluşturur. Örneğin, bir kimsenin emekliye ayrıldığında aldığı emekli ikramiyesi, herhangi bir yardım kurumunun yaptığı ödeme gibi: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 222; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 21. Edinilmiş mal kavramı ve unsurları ile kanunda örnek niteliğinde sayılmış olan edinilmiş mallar ve diğer örnekler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Zeytin**, s. 117.

[58] Buradaki "edim" ifadesi, çalışma karşılığında elde edilen her türlü iktisaplar (mal, para, hak, vs) anlamındadır: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 221; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 20-21.

yaptığı ödemeler[59], çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar[60], kişisel malların gelirleri[61], edinilmiş malların yerine geçen değerler[62].

Kanun, kişisel malları ikiye ayırmış, kanundan dolayı kişisel malları, 220. maddede, sözleşmeden doğan kişisel malları ise, 221. maddede düzenlemiştir[63].

TMK. m 220'e göre, kanun gereğince kişisel mal sayılan mallar şunlardır: Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya[64]; mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan[65] veya bir eşin sonradan miras yoluyla[66] ya da herhangi

---

59 Kanunun gerekçesine göre, Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, yardımlaşma sandıkları gibi sosyal güvenlik kurumlarınca bir eşe ödenen tazminatlar ya da bağlanan aylıklar edinilmiş mal grubuna girer.

60 Bir iş kazası veya trafik kazası sonucu çalışma gücünü tamamen veya kısmen kaybeden eşe ödenen tazminatlar bu bağlamda edinilmiş mal sayılacaktır: **TMK. Gerekçesi**.

61 Eşlerden birine miras yoluyla intikal eden ya da ikramiye olarak çıkan bir taşınmazın kira geliri bu anlamda edinilmiş maldır: **TMK. Gerekçesi**. Kişisel malın gelirinin, kişisel mal olarak kalması yönünde TBMM. Adalet Komisyonu ve Genel Kurul'daki itirazlara rağmen hüküm bu şekilde yasalaşmıştır. Kişisel malın gelirinin, kişisel mal olarak kalması yönündeki görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 223; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 21.

62 Edinilmiş malın, bedel karşılığında elden çıkarılarak başka bir mal edinilmesi halinde, bu mal edinilmiş mal sayılacaktır: **TMK. Gerekçesi.**

63 Kişisel mallar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Zeytin**, s. 117-132.

64 Bu eşya grubuna, her bir eşin yaşamasını devam ettirmesi için zorunlu olan giyim ve kullanım eşyaları girer. Örneğin, eşlerin giysileri, kozmetik eşyaları, spor gereçleri, kişisel bakım ve hobi ürünleri gibi eşyalar: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 224-225; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 22-23.

65 Eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejiminin başlamasından önce sahip olduğu mallar kişisel mal grubuna girer. Bu anlamda, eşlerin önceki evliliklerinden edindikleri, edinilmiş mallar da kişisel maldır: Bu konudaki ayrıntılar ve örnekler için bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 225; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 23.

66 Eşlerin, yasal miras ya da ölüme bağlı tasarruf yoluyla kazandığı tüm mallar bu gruba girer: Örnek için bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 225; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 23.

bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla[67] elde ettiği malvarlığı değerleri; manevi tazminat alacakları; kişisel mal yerine geçen değerler.

TMK. m. 221'e göre, eşler, evlilik mal rejimi sözleşmesi akdederek, bazı malları kişisel mal grubuna dahil edebilirler. Sözleşme ile kişisel mal grubuna girebilecek mallar ise şunlardır: Bir meslek icrası ya da işletme faaliyeti için gerekli olan ve edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri ile kişisel malların geliri. Şu halde, eşler, sözü edilen malları, bir sözleşme yaparak kişisel mal olarak kararlaştırabilirler.

Eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejiminin etkili olmaya başladığı tarihe kadar kazanmış olduğu mallar, kişisel mal; bu tarihten sonra kazanılan mallar ise, edinilmiş mal olduğu için, mal türlerinin belirlenmesinde, edinilmiş mallara katılma rejiminin başlama ve bitiş tarihinin bilinmesi büyük önem taşır[68].

Edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik veya eşlerin seçimlik rejimden vazgeçmeleri ile başlar. Eşler, evlilik mal rejimi sözleşmesi ile, sözleşme rejimlerinden birini seçmemişlerse, evlilik tarihinden itibaren, yasal mal rejimine tâbi olurlar. Aynı şekilde, eşlerin sözleşme rejiminden vazgeçip, başka bir seçimlik rejimi kabul etmemeleri halinde de, vazgeçmeye ilişkin sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren yasal mal rejimi geçerli olur[69].

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme tarihi de önemlidir; çünkü, katılma rejiminin sona erdiği tarihten sonra edinilen mallar, kişisel mal grubuna girmektedir. Örneğin, evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinde, boşanma

---

67 Eşlere yapılan bağışlar, talih oyunlarından kazanılan mal ve paralar bu gruba girer ve kişisel maldır: **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 225; **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 23.

68 **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 16; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 209; **Özuğur**, s. 25-26.

69 **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 17; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 209.

dâvasının açıldığı tarihten itibaren edinilen mallar eşlerin kişisel malı olup, bunlar üzerinde diğer eşin bir hakkı olmamaktadır[70]. Ayrıca, tasfiyede malların hangi tarihteki değerlerinin esas alınacağının belirlenmesi bakımından da, rejimin sona erme tarihi önem kazanır. TMK. m. 228'e göre, edinilmiş malların, rejimin sona erdiği tarihteki değerleri esas alınır. Aynı ilke, TMK. m. 235'te de kabul edilmiştir. Kısacası, tasfiye anı, rejimin sona erme tarihi olarak kabul edilmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, her eş, yasal sınırlar içinde kendi kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. TMK. m. 223'e göre, aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden birinin rızası olmadan, diğer eş paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.

Katılma rejiminin sona ermesi; eşlerden birinin ölümü, başka bir mal rejiminin kabulü, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma ile sona erdirilmesi ya da mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi ile mümkün olabilir. Eşlerden birinin ölümü ile evliliğin sona ermesinde, eşin ölüm tarihinde[71]; başka bir mal rejiminin

---

[70] Açılan dâva boşanma ile sonuçlandığında bir sorun yoktur. Boşanma dâvası reddedildiğinde, evlilik devam ettiğinden ve katılma rejiminde evlilik süresince edinilen mallarda tasfiyede eşlerin katılma alacakları doğacağından, boşanma dâvasının açılma tarihinden bunun reddedildiği tarihe kadarki geçen dönemde edinilen mallar da tasfiyede hesaba katılacaktır: **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 17-18; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 209-210.

[71] Eşlerden birinin ölümü ile evliliğin sona ermesi, en yaygın nedenlerden biridir. Miras hukukundaki mirasın açılmasına yol açan ölüm (TMK. m. 575) ve ölüme benzer sonuçlar doğuran haller (TMK. m. 31- 32) katılma rejiminin sona ermesi için da aynen geçerlidir. Ölüm anında, katılma rejimi de sona ermiş sayılır ve bu tarih itibariyle tasfiyeye konu olur. Tasfiye sonucunda, sağ kalan eşin, ölen eşinden katılma alacağı hakkına sahip ya da ona borçlu olup olmadığı ortaya çıkacaktır. Bu nedenle ölümü, sağ kalan eşin katılma alacağı hakkına sahip olması sonucunu doğuran bir sebep olarak algılamamak gerekir. Tasfiye sonunda, ölen eşin, sağ kalan eşten katılma alacağı hakkına sahip olduğu ortaya çıkabilir. Bu durumda, ölenin mirasçıları, sağ kalan eşten katılma alacağını talep edeceklerdir. Tasfiye sonunda, ölen eşin, sağ kalan eşe

seçilmesinde, noterde sözleşmenin yapıldığı tarihte; TMK. m. 225/II' ye göre, boşanma ve iptal dâvası ile evliliğin son bulması halinde, dâva tarihinde; hâkim kararıyla mal ayrılığına geçmede, dâvanın açıldığı tarihte, mal rejimi sona ermiş sayılır.

Edinilmiş malların tasfiyesinde, TMK. m. 228'e göre, kural olarak, mallar tasfiye anına göre değerlendirilir ve tasfiye anı, evlilik mal rejiminin sona erdiği andır. Eklenecek değerler ise, temlik edildiği tarihteki değerine göre hesaplanır. Ayrıca, TMK. m. 231/1'e göre, kural olarak malların sürüm değeri esas alınır. Ancak, m. 233'e göre, tarımsal işletmede gelir değeri, m. 234'e göre, bazı özel hallerde hakkaniyet değeri esas alınır.

Mal rejiminin tasfiyesinde[72] öncelikle, artık değerin (net değerin) hesap edilmesi gerekir. Bunun için, öncelikle, her iki eşin kişisel malları, edinilmiş mallardan ayrılır. Daha sonra, TMK. m. 231'e göre aktifler ve pasifler hesaplanır, aktiflerin pasiflerden çıkarılması suretiyle 'artık değeri' e ulaşılır. Aktiflerin hesabında, tasfiye sırasında mevcut edinilmiş mallar (EM), eklenecek değerler (ED)[73] ve edinilmiş maldan kişisel mala giden değerler (denkleştirme-D1)[74] dikkate

---

katılma alacağı nedeniyle borçlu olduğu durumu ortaya çıkabilir. Bu durumda ise sağ kalan eş, ölenin mirasçılarından bu alacağını talep edebilecektir: **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 18; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 210-211. Ölüme benzer sonuçlar doğuran, gaiplik veya ölüm karinesi gibi haller nedeniyle de, katılma rejimi son bulabilir. Yasada açıklık olmamakla birlikte, uzun süreden beri haber alınmama sebebine dayanan gaiplikte, son haber tarihinden itibaren; ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya dayalı gaiplikte ise, olayın meydana geldiği andan itibaren evliliğin son bulduğunun kabul edilmesi şeklinde görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 211.

72 Edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye konusunda ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. **Zeytin**, s. 181-254.

73 TKM. m. 229, katılma alacağı borcundan kurtulma ve hak sahibinin hakkını almasını engelleme amacına yönelik olan temlikleri önlemek amacıyla getirilen bir yaptırım niteliğindedir. TMK. m.229/1'e göre, mal rejiminin tasfiyesinden bir yıl önce, diğer eşin rızası alınmadan yapılan

alınır. Pasiflerin hesabında ise, değer artış payı (DAP)[75], kişisel maldan edinilmiş mala giden değerler (denkleştirme-D2) ve borçlar (Br), göz önüne alınır[76]. Bu şekilde ulaşılan artık değer, kural olarak, eşler arasında yarı yarıya paylaşılır[77].

Katılma alacağının hesaplanması (artık değerin paylaştırılması), eşler tarafından sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa, TMK. m. 236 hükmüne göre, her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değerin ½'si üzerinde hak sahibidir. Artık

---

karşılıksız kazandırma konusu temliklerin değerleri tasfiyede aktif olarak hesaba katılacaktır. Görüldüğü gibi, bu bentte bir yıllık süre sınırlaması vardır ve temlikte bulunan kişinin alacak kaçırma kastı aranmamıştır. Temlikte bulunan kişi tamamen iyi niyetli bir bağış yapmış dahi olabilir. TMK. m. 229/2 ise, süre koşuluna bağlı olmayan, tasfiyeden mal kaçırma amacına yönelik her türlü temliklerin değerlerinin aktif olarak hesaba katılmasını düzenlemiştir. Burada bir süre sınırlaması yoktur ve kanun koyucu, temlikte bulunan eşin, diğerinin katılma alacağını kaçırma kastına sahip olması şartını aramıştır. Bu maddede, yapılan temlikin iptalinden veya geçersizliğinden bahsedilmemiş olması dikkati çekmektedir. Buna göre, yapılan bu temlik geçerliliğini koruyacak, üçüncü kişiden temlik konusu malın iadesi talep edilmeyecektir. O halde, izlenecek yöntem; tasfiyenin, sanki bu mallar temlik edilmemiş gibi edinilmiş mal olarak göz önünde tutulması ve yapılan hesaplama sonunda, diğer eşin katılma alacağına sahip olduğu saptanırsa, bu alacağın ödenmesi istenecektir: **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 29-30; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 233-334.

74 TKM. m. 230, edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden birinin kişisel mallarıyla, edinilmiş mallardaki değer artışlarını veya azalmalarını (değer kaymalarını) önleyen adil bir hüküm getirmiştir. Örneğin, edinilmiş mala ait bir borcun, eşlerden birinin kişisel malı ile ödenmesi ya da, eşlerden birini kişisel mallarına ait bir borcun, edinilmiş mallardan ödemesinde olduğu gibi. Bu değer kaymalarının hesaba katılmamış olması haksızlığa neden olacağından Yasada düzenlenmiştir: **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 30; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 235.

75 Değer artış payı, bir eşin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıların ödenmesi için kullanılan bir kavramdır ve TMK. m. 227'de düzenlenmiştir. Katkıda bulunan eş bunu karşılık almaksızın yapmışsa, bu diğer eş için haksız zenginleşme oluşturacaktır. Ayrıca, değer artış payı alacağı ile denkleştirme alacağı arasındaki fark için bkz. **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 32-33; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s, 236-237.

76 Formülü: Artık değer (Net değer) = (EM+ED+D1) – (DAP+D2+Br).

77 TMK. m. 236/II'ye göre, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde, hâkim, kusurlu eşin artık değerindeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.

değer alacağının hesaplanması ise, artık değerin hesaplanması sırasında aktiflerden çıkarılmak suretiyle yapılır.

Katılma alacağından doğan borç, borçlar hukukundaki borç ilişkisinden doğan bir alacaktan farksızdır. Dolayısıyla bu borç, para borcudur ve BK.'nundaki para borçlarının ödenmesine ilişkin hükümler aynen uygulanır. TMK. m. 239'a göre, katılma alacağı ve değer artış payı, ayın[78] veya para olarak ödenebilir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşe tanınan hakkın, alacak hakkı olduğuna ilişkin kuralın tek istisnası, TMK. m. 240'da düzenlenmiştir. Buna göre, ölüm nedeniyle katılma rejiminin sona ermesi halinde, sağ kalan eşin katılma alacağı varsa, bu alacağı yerine, kendisine konut ve konut eşyasında aynî hak tanınmasını talep edebilir.

§ 2- KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKU

I- GENEL OLARAK

Bu alt başlıkta, Türk hukukunda evlilik malları ile ilgili bir uyuşmazlıkta, hangi hukukun uygulanacağı sorunu üzerinde durulacaktır. Bilindiği gibi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'dan (MÖHUK) önce yürürlükte olan 23 Şubat 1330 (1914) tarihli "Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanun" (EHVK) hükümleri, uzun yıllar Türk Milletlerarası Özel Hukukunun kaynağını oluşturmuştur[79]. Bu

[78] İsviçre Medenî Kanunu'nda olmayan ayın ile ödemeye ilişkin hüküm, TBMM. Adalet Komisyonu'nda tartışılarak, borçlunun, malı üçüncü kişilere satarak ödemesi yerine, alacaklı tarafa (eski eşe), bu borcun aynî olarak ödenmesi olanağının getirilmesi uygun görülmüştür. Böylece, borçlu, borcunu nakit ödemektense, ayın olarak ödeme olanağına sahiptir. Ancak, alacaklının, ayın olarak ödenmesini talep etme hakkı yoktur: **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 34-35; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 239-240.

[79] Kapitülasyonların geçerli olduğu dönemde, Türkiye'deki yabancılar, bağlı oldukları devletlerin yargı yetkisine tâbi olduklarından ve bu ülkelerin ülke hukuku uygulandığından kanunlar ihtilâfı

nedenle konu, öncelikle EHVK. hükümleri çerçevesinde ele alınacak ve o dönemde doktrindeki görüşler belirtilecek, daha sonra da, 22 Kasım 1982 tarihinde yürürlüğe giren, 2675 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun" hükümleri çerçevesinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuk hakkındaki düzenleme ayrıntılı olarak incelenecektir.

Adı 'Muvakkat Kanun' olmakla birlikte, altmış sekiz yıl yürürlükte kalan EHVK.'nın kanunlar ihtilâfına ilişkin iki maddesi bulunmaktaydı. Bunlar, esasa ilişkin hükümleri (teşriî salâhiyet)[80] içeren m. 2; ve hem esasa, hem de usule ilişkin hükümleri (kazaî salâhiyet)[81] içeren m. 4'tür. Toplam beş maddeden oluşan bu

---

sorunları ortaya çıkmamaktaydı. 1914 yılında, kapitülasyonların kalkması ile yabancılar Türk mahkemelerinin yargı yetkisine tâbi olmuşlardır. Yabancı tebaanın hukukî sorunları ile ilgili bu kanun, kapitülasyonların kaldırılması üzerine yabancıların hukukî görevlerini tayin eden hükümler ile kanunlar ihtilâfı hükümlerinden oluşmaktadır. EHVK. Dışişleri Bakanlığında görev yapan, Fransız hukuk müşavirine hazırlatıldığı için Fransız hukukundan alınmıştır: **Metya**, s.102.

80 Teşriî salâhiyet, bir uyuşmazlığa hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı konusunu belirler ve EHVK. m. 2'de düzenlenmiştir: **Berki, Osman Fazıl**: Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları, B.2, Ankara 1971, s. 1. Madde aynen şöyledir: "Emniyet ve asayişi memlekete taalluk eden kaffei kavanin ve nizamatı Devleti aliyye, Memaliki Osmaniyede bulunan bilcümle ecanip hakkında dahi mer'idir". Bu maddeye göre, emniyet ve asayiş kuralları (doğrudan uygulanan kurallar) ülkede oturan herkese uygulanır. Başka bir anlatımla, bu madde gereğince, doğrudan uygulanan kurallar, vatandaşlıkları ne olursa olsun ülkede yaşayan herkese uygulanan kurallardır ve bu madde 'mülkîlik esası'nın yasadaki yansımasıdır: EHVK. m.2 ile ilgili açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Seviğ, Muammer Raşit**: Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941, s. 29-32; **Berki, O. F**, s. 9-10; **Seviğ, Vedat Raşit**: Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), B. 2, İstanbul 1974, s. 41-42.

81 Kazaî salahiyet ise, usule ilişkin uyuşmazlıklarla ilgilidir. EHVK. m. 4'de hangi durumlarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olduğu belirtilmektedir. Madde aynen şöyledir: "Tebaayı ecnebiyeye müteallik ve emvali gayrimenkuleye ait bilcümle deâvi ile mevadi sairei hukukîye ve ticariye ve cezaiye dâvaları tebaayı Osmaniye alakâdar olmasa dahi mehâkimi âliyede kavanin ve nizamat ve usulü Osmaniyeye tevkifan rüyet olunur. Şu kadar ki, gayri müslim tebaayı ecnebiye ye müteallik olup da akit ve feshi nikah ve tefriki ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku âileye ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyete ve emvali menkuleye ait

kanunun içeriğinin, kanunlar ihtilâfı ile ilgili her türlü uyuşmazlığı çözecek nitelikte olduğunu söylemek, elbette çok güçtür. Bu kanun hükümleri incelendiğinde, pek çok konunun düzenlenmemiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, kanundaki boşluklar Kanunun yürürlükte olduğu süre içinde mahkeme kararları ve doktrin tarafından doldurulmuştur.

II- BAĞLAMA NOKTALARI

A) EHVK DÖNEMİ

1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA

EHVK'nın yürürlükte olduğu dönemde de, eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış olmaları halinde, sözleşmede seçtikleri hukukun evlilik mallarını idare edeceği genel kabul görmüştü. Ancak, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçerken sınırlı bir seçim imkânına mı sahip olduğu, yoksa

---

vasiyet ve terekelere müteallik bulunan dâvaların mehâkimi Osmaniyede rüyet edebilmesi tarafeynin birriza müracaatına veya tebaayı Osmaniyenin alakadar bulunmasına veyahut mehâkimi Osmaniyede derdesti rüyet deâviye muteferri olmasına mütevakkıftır. Ve bu suretle intizamı ammei devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadaranın hükümeti metbuılar kavaninine ve ihtilâfı kavanin halinde Hukuku Hususiyei Düvel kavaidine tevfikan muamele olunur". Bu maddenin birinci cümlesine göre, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallarla ilgili dâvalar ile ticaret ve ceza dâvaları, yabancılarla ilgili olsa bile Türk hukukunun uygulanmasını gerektirir. Böylece, EHVK. m 4'un ilk cümlesinde belirtilen konularda, mülkîlik esasının geçerli olduğunu görüyoruz. Buna karşılık, EHVK. m. 4'un ikinci cümlesinde belirtilen konularda ise, şahsîlik esasının benimsendiği görülmektedir. Kanunların şahsîliği ilkesi, o ülke hukukunun yabancı bir ülkeye de sirayet etmesidir. Başka bir anlatımla, bir ülkedeki hukukun, sadece o ülkede değil, yabancı ülkelerde, o ülke ile bağlantısı olan kişilere uygulanmasıdır: **Berki, O. F.**, s. 7. Bu maddede; rüşt, mezuniyet, hacir ve vesayet gibi ehliyete ilişkin konularla, evlilik ve evliliğin feshi, ayrılık, babalık, nesep ve evlat edinme ile menkul mallara ilişkin miras konuları, yani şahsın hukuku, aile hukuku ve menkul miras hukuku konularında millî hukukun yetkili olduğu ifade edilmektedir: **Berki, O. F.**, s. 13.; EHVK. m. 2 ile ilgili açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Seviğ, V. R.**, s. 42-43; **Seviğ, M. R.**, Sentez, s. 32-40.

sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda olduğu gibi sınırsız bir hukuk seçimi yapma imkânına mı sahip olduğu hususunda doktrinde görüş birliği yoktu. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun seçimi konusunda, tarafların, borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerde olduğu gibi, sınırsız seçme özgürlüğü bulunduğunu ileri süren görüşlerin yanı sıra, irade muhtariyetinin kapsamının, uygulanacak hukuka göre belirleneceğini öngören görüşler de bulunmaktaydı.

Eşlere, evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçme konusunda tam irade muhtariyeti sağlayan sistemler; eşlere, uygulanmasını istedikleri rejim ve hukuk konusunda tam bir serbesti tanınmıştır[82]. Eşler yaptıkları sözleşmede, evlilik mal rejimi ya da hukuk seçimini açık olarak belirtmemişlerse, karinelerden yola çıkılarak, tarafların zımnî iradesi tespit edilmeye çalışılır[83].

Yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda irade muhtariyetinin kapsamının uygulanacak hukuka göre belirleneceğini öngören sistemlerde ise, bu hukuk eşlerin sözleşme akdetmesini ve iradelerinin kapsamını belirler[84].

EHVK. döneminde, Türk hukukunda bu sistemlerden ikincisi benimsenmiştir. Buna göre, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi konusundaki irade muhtariyetinin kapsamı, eşlerin millî hukukuna, eşler farklı ülkelerin vatandaşlığına sahipse, kocanın millî hukukuna[85] veya müşterek ikametgâh hukukuna[86] tâbi olacaktır.

---

82 İrade muhtariyeti ilkesinin benimsendiği Amerika ve İngiltere örnekleri için bkz. yuk. İkinci Bölüm; §1-I-A ve §1-I-B.

83 Zımnî irade görüşünün Fransa'da kabulü hakkında bkz. yuk. İkinci Bölüm, §1-II-D.

84 **Uluocak, Nihal**: Kanunlar İhtilâfı-Yasama Yetkisi Kuralları (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul 1971, s. 82.

85 **Seviğ, V. R.**, s. 73.

86 **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı, s. 82.

2- OBJEKTİF BAĞLAMA

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, kişisel statüye uygulanan hukuk, kural olarak, millî hukuktur. Kişi hukukuna giren konularda, millî hukukun uygulanması konusunda doktrinde tam bir görüş birliği varken, aile hukukuna giren konularda doktrinde görüş birliği sağlanamamış, farklı görüşler ileri sürülmüştür[87].

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, EHVK.'da evlilik mal rejimleri konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. EHVK. m. 4'de sayılan müesseseler arasında evlilik mal rejimi konusuna ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı gibi, doktrinde de görüş birliği yoktu. Bazı yazarlar[88], evlilik mallarına ilişkin uyuşmazlıklarda, millî hukukun uygulanması gerektiğini savunmuşlardır. Bu görüşe göre, evlilik malları konusu, aile hukukunun, yani ahvali şahsîyenin kapsamına dahildir[89] ve bu nedenle EHVK. m. 4 gereğince millî hukuk uygulanmalıdır. Bu görüşü savunanlar, ahvali şahsîye konularında millî hukukun uygulanması ilkesinin, ayrıca, pek çok ülkenin kanunlarında kabul edildiğini ve *La Haye* Sözleşmelerinde de benimsenmiş bir ilke olduğunu belirtmişlerdir[90]. Buna ek olarak, Lozan

---

87 EHVK'nin yürürlükte olduğu dönemde, aile hukukunun konusuna giren ve doktrinde görüş farklılığı bulunan konular ve görüşlerin kısa bir özeti için bkz. **Özkan, Işıl**: Devletler Özel Hukukunda İkametgâh - Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 92-96.

88 **Seviğ, M. R.**, Sentez, s. 40; **Berki, O. F.**, s. 89.

89 Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda, ahkâmı şahsîyeye ilişkin geleneksel ihtilâf kuralının, "tâbiiyet" unsuru tercih edilerek, millî hukukun uygulanacağı sonucuna, EHVK. m. 4 gereği ulaşılmaktadır: **Arat, Tuğrul**: Evlat Edinmeye İlişkin Bağlama kuralları (Doçentlik Tezi, Çoğaltılmış Nüsha), Ankara 1982, s. 79-80; **Seviğ, M. R.**, Sentez, s. 38; **Uluocak,** Kanunlar İhtilâfı, s. 9 vd. ; **Seviğ, V. R.**, s. 123-126.

90 **Berki, O. F.**, s. 89.

Sözleşmesine ek İkamet ve Adli Salahiyet Mukavelenamesinde[91], eşlerin mallarının idaresi konusunda millî hukukun yetkili kılınmasına ilişkin 16. maddesinin uygulanabileceği de gerekçe olarak gösterilmişti.

Buna karşın, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına ilişkin hükümlerin, evliliğin malî sonuçları ile ilgili olduğu ve konusunun evlilik birliğindeki mallar olduğunu ileri süren bir başka görüş[92]; bağlama kuralları tespit edilirken hem eşler, hem de üçüncü kişiler açısından malî menfaatlerin en somut görüldüğü yer hukukunun uygulanmasının yerinde olacağını ileri sürmüştü. Bu görüşe göre, evlilik birliğinin ikametgâhı hukuku, bu amacı gerçekleştirecek olan hukuktur. Ayrıca, evlilik birliğinin ikametgâhı hukukunun uygulanması, mümkün olduğu ölçüde statü değişikliğine neden olmayacağı, üçüncü kişiler bakımından aleniyeti sağlayacağı ve eşlerin farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olmaları halinde, birinin hukukunun diğerine tercih edilmesini önleyeceği için tercih edilmeliydi.

Türk doktrininde, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusundaki bu görüş ayrılığının nedeninin, konunun, EHVK. m. 4 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündeki yorum farklılığından kaynaklandığı açıktır.

---

91 24 Temmuz 1923 tarihli, Lozan Muahedesine Merbut İkamet ve Adli Salahiyet Mukavelesi; ahkamı şahsîye, menkul tereke ve genel olarak aile hukuku olarak, üçlü bir ayrım kabul etmiş ve ahkamı şahsîyenin kapsamına giren konuları; evlenme, mal ortaklığı, boşanma, ayrılık, babalık, nesep, evlat edinme, şahsî ehliyet, rüşt, vesayet, kayyımlık ve hacir olarak belirlemiştir. Tek tek sayılmış olan bu konuların, millî kanuna tâbi olduğuna ilişkin bu düzenleme de göz önüne alınarak, evlilik mallarını idare edecek hukukun, millî hukuk olduğu sonucuna varılmıştır: **Berki, O. F.**, s. 89. Mal rejimlerinin, teknik anlamda ahvali şahsîyenin konusu olmadığı; bu nedenle, ahvali şahsîyeye hâkim olan millî hukuk ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanmasının mümkün olmayacağı yönünde görüş için bkz. **Nomer, Ergin**: Devletler Hususi Hukukunda Nafaka (Nafaka), İstanbul 1967, s. 27 vd.; ayrıca, EHVK. m. 4'deki sayma ile Lozan Muahedesine Merbut İkamet ve Adli Salahiyet Mukavelesi m. 16'nin kapsamının eşit kabul edilmesinin mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı, s. 10.

92 **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı, s. 80.

Bunun yanında, dar anlamda eşlerin, geniş anlamda cinslerin eşitliği gerekçesine dayanarak her iki eş için de ortak bir bağlama noktası bulma yönünde düşüncelerin o dönemde çok zayıf kaldığını görüyoruz.

Doktrinde, ehliyet, aile hukukuna ilişkin bazı hususlar ve menkul terekeye ait miras haklarına uygulanacak hukuk konusunda, millî hukuk ilkesinin uygulanması yönünde tam bir görüş birliği bulunmakla birlikte[93], özellikle nafaka[94] ve evlilik malları konusunda farklı görüşlerin olduğunu, ancak, baskın görüşün millî hukuk ilkesi yönünde olduğunu belirtmek yanıltıcı olmayacaktır.

Yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda millî hukukunun uygulanması gerektiği yönünde çoğunluk görüşünün tespit edilmesinden sonra, eşlerin aynı ülke vatandaşlığına sahip olmaları ile, farklı ülke vatandaşlığına sahip olmaları arasındaki ayrıma göre, uygulanacak millî hukukun hangisi olduğunun tespiti yoluna gidildiği görülmektedir.

a) Ortak Vatandaşlık Durumunda

Eşlerin, aynı ülkenin vatandaşlığına sahip olmaları halinde, evlilik mallarına uygulanacak hukukun ortak millî hukuk olduğu görüşü Türk doktrinde genel kabul görmüştü. Bu görüş, EHVK. m. 4'e dayanmaktaydı ve eşlerin ortak millî hukuku, hangi yasal rejimi kabul ediyorsa, o rejimin eşlerin evlilik mallarını idare edeceğini savunmaktaydı[95]. Örneğin, EHVK.'nın yürürlükte olduğu dönemde, eşlerin her ikisinin de Alman vatandaşı olduğunu ve Türkiye'de ikametgâh sahibi olduklarını farz edelim. Bu görüş uyarınca, evlilik mal rejiminin, boşanma veya ölüm ya da

93 **Berki, O. F.**, s. 89; **Seviğ, V.R.**, s. 73 ve 123.

94 Konunun nafaka ile ilgili yönünün incelemesi hakkında bkz. **Nomer**, Nafaka, s. 25 vd.

95 **Berki, O. F.**, s. 89; **Berki, Şakir**: Tatbiki Devletler Hususî Hukuku, Ankara, 1949, s. 55.

başka bir nedenle sona ermesi halinde, evlilik mallarına ilişkin uyuşmazlığı idare edecek hukuk, Alman hukuku olacaktır.

b) Farklı Vatandaşlık Durumunda

EHVK.'nın yürürlükte olduğu dönemde, eşlerin, farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olmaları halinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda da, EHVK.'da herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte, doktrinde görüş birliği de bulunmamaktaydı. Bu konuda, kocanın millî hukukunun, ikametgâh hukukunun, eşlerin müşterek ikametgâh hukukunun, en sıkı irtibatlı ülke hukukunun ya da eşlerin son ortak millî hukukunun uygulanması yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Eşlerin farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olmaları halinde, kocanın millî hukukunun uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre, eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olması halinde, evlilik mallarını, kocanın millî hukuku idare etmeliydi. Eğer, kocanın millî hukuku, eşlerin zımnî iradesi ile yasal rejimin tespit edilebileceğini kabul ediyorsa, bu halde, o hukukunun belirlediği karinelerle, eşlerin zımnî iradeleri araştırılarak, kabul etmiş oldukları yasal rejime ulaşılmalıydı[96].

İkametgâh hukukunun uygulanmasını savunan görüşe göre, ilgilinin en sıkı irtibatlı olduğu ülkenin tespit edilmesi gerekir ki, bu da ilgilinin ikametgâhının

---

[96] **Seviğ, V. R.**, s. 73-74 ve 79. Türk doktrininin etkisi altında kaldığı, kocanın millî hukukuna üstünlük tanıyan bu görüş, 1986 yılındaki değişikten önce Alman hukukunda (bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 1-II-A); zımnî irade görüşü ise, Fransız hukukunda mahkeme içtihatlarında (bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 1-II-D) kabul edilmişti.

olduğu ülkedir. İkametgâh sahibi olmayan ya da ikametgâhı tespit edilemeyen kişiler hakkında ise, bulundukları yer hukukunun uygulanması gerekir[97].

Evlilik mal rejimi sözleşmesinin, sözleşmenin niteliği göz önüne alınması ve sözleşmenin ifa yeri olması nedeni ile, eşlerin müşterek ikametgâh hukukunun uygulanması gerektiği de bir başka görüş olarak savunulmuştur[98].

İkametgâh hukukunun uygulanmasının, ancak, en sıkı irtibatlı ülke hukukunun tespitinin imkânsız olduğu hallerde mümkün olabileceğini savunan görüş de bulunmaktadır[99].

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapılmamış olması halinde, eşlerin, farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olmaları durumunda, evlilik mallarına ilişkin uyuşmazlıklarda, eşlerin son ortak millî hukukunun uygulanması gerektiği de ileri sürülmüştür[100].

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, Türk mahkemelerinden verilen çok sayıda karar yoktur. MÖHUK'un kabulünden önce, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 9.4.1974 tarihli kararında[101], eşlerin Türk vatandaşı olduğunu, bu nedenle, yurt dışında ikametgâh sahibi olsalar bile, Türk hukukunda geçerli olan yasal mal rejiminin Türkiye dışında da uygulanacağına karar vermiştir. Bu karardan, Yargıtay'ın ortak millî hukuku, objektif evlilik malları statüsü olarak kabul ettiği sonucuna varılabilir. Karar aynen şöyledir:

---

97 **Berki, O. F.**, s. 22; **Göğer, Erdoğan**: Devletler Hususî Hukuku, B. 4, Ankara 1977, s. 206.

98 **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı, s. 82.

99 **Berki, Ş.**, s. 43.

100 **Berki, Ş.**, s. 55.

101 Yargıtay 2. HD., 9.4.1974, E. 1974/1426, K. 1974/2166: **Ahmet Cemal Ruhi:** Gerekçeli – Açıklamalı – Yargıtay İçtihatlı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 2003, s. 112 – 113; **Gökkaya, Şevket**: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, Ankara 1996, s. 94.

"Yapılan soruşturmaya, toplanan delillere, kararın dayandığı kanunî gerektirici sebeplere, taraflar Türk olup Türkiye dışında dahi haklarında mal ayrılığı rejiminin cari olduğuna, kocanın karısını mutlak olarak infakla mükellef bulunduğuna (MK. m. 152[102]) olayda kadının ev masraflarına katılmasını öngören bir mahkeme ilâmının ibraz edilmemiş olmasına (MK. m. 190[103]), kadının Almanya'daki ücretlerinin kendisinin ihtiyacı dışında ve sırf Alman Kanunları gereğince koca hesabına yatırılması karşısında Medenî Kanunun 186. maddesinin[104] uygulanması mümkün olmadığından aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir".

Esasen, Yargıtay, bu kararında ilk derece mahkemesi kararını, alacak miktarı açısından incelenmiş ve ilk derece mahkemesi kararını bozarken mal rejimlerine uygulanacak hukuk konusuna doğrudan doğruya değinmemiştir. Ancak, kararda yer alan ifadeden Yargıtay'ın ortak ikametgâh hukuku yerine, eşlerin müşterek millî hukukunu mal rejimlerine uygulanacak hukuk olarak kabul ettiği sonucuna varmak mümkündür.

---

102 ETMK. m. 152'ye göre, "Koca birliğin reisidir. Evin intihabı, karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi, ona aittir".

103 ETMK. m. 190, 'Karı kocanın masrafa iştiraki' başlığını taşımaktadır ve aynen şöyledir: "Koca, karısının münasip derecede aile masrafına iştirakini isteyebilir. İştirakin miktarında ihtilâf ederlerse her biri iştirak miktarının tespit edilmesini, mahkemeden isteyebilir. Karının bu suretle iştiraki kocanın hiç bir vakitte iade ve tazmin mükellefiyetini icap etmez".

104 Mal ayrılığı üst başlığı altında, mülkiyet, idare ve intifa haklarını düzenleyen bu maddeye göre, "Karı kocadan her birinin bütün mallarının mülkiyet ve idare ve intifa haklarını muhafaza etmesine mal ayrılığı denir. Karı, mallarının idaresini kocasına bırakmış olduğu takdirde, evliliğin devamı müddetince hesap sormaktan vazgeçtiği ve mallarının bütün gelirini ev masrafına karşı kocasına bıraktığı farz olunur. Karı, kocasına bıraktığı idare hakkını her zaman geri alabilir ve geri almak hakkını iskat etmesi muteber değildir".

B) MÖHUK DÖNEMİ

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, 2675 sayılı MÖHUK.'un 1982 yılında, yürürlüğe girmesi ile, o tarihe kadar yürürlükte olan hükümlere göre biçimlenmiş bulunan kanunlar ihtilâfı sisteminin köklü şekilde değiştiği bir gerçektir. Yürürlüğe giren kanun ile, genel olarak karşılaştırmalı hukuktaki kurallarla uyum sağlayan bir düzenlemeye sahip olduğumuzu söylemek mümkün olmakla birlikte, kanunun bazı hükümleri yoruma ihtiyaç göstermekte, bazı konularda ise boşluk bulunduğu görülmektedir. Bu konulardan biri de MÖHUK. m. 14'de, düzenlenmiş olan 'Evlilik Malları' dır.

Anılan maddeye göre, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları öncelikle tarafların sınırlı da olsa, seçtiği hukuka tâbidir. Ancak, böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde objektif bağlama kuralı uygulanacaktır.

1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA

a) Genel Olarak

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, sübjektif bağlama kuralının söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce, eşlerin bu konuya ilişkin bir sözleşme yapmış olmaları gerekmektedir. Bu sözleşme, maddî hukuktaki, evlilik mal rejimi sözleşmesi olarak bilinen sözleşmelerden bazı yönleriyle farklılık göstermektedir.

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin konusu, tarafları ve şeklî konusunda MÖHUK.'da bir düzenleme bulunmamaktadır. TMK.'da da düzenlenmiş olan evlilik mal rejimi sözleşmeleridir. Ancak bu sözleşmeye ilişkin hükümler, genel olarak evlilik malları hukuk seçimi sözleşmelerine de uygulanabilir.

TMK. m. 203'e kıyasen, eşler evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesini, evlilik sırasında veya evlilik öncesinde yapabilecekleri gibi, evlilikten sonra da yapabilirler. Ayrıca, tarafların, yapmış oldukları sözleşmeyi, üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etmemek şartıyla, sonradan değiştirmelerine de bir engel yoktur[105]. Ancak, eşler, evlilik malları hukuk seçiminin değişimini, MÖHUK'da belirlenmiş olan irade muhtariyeti sınırları dahilinde gerçekleştirebilirler[106].

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin konusu, yabancı unsurlu evliliklerde malî ilişkilere uygulanacak hukukun seçimidir. Başka bir anlatımla, bu sözleşme bir hukuk seçimi sözleşmesidir. Bu bakımdan, maddî hukuktaki mal rejimi sözleşmelerinden farklıdır. Eşler bu sözleşmeyi, mal rejimi sözleşmelerinden tamamen bağımsız bir sözleşme şeklinde yapabilecekleri gibi, mal rejimi sözleşmesine bir hüküm koyarak da yapabilirler.

Doktrinde, evlilik malı hukuk seçimi sözleşmesinde, seçilen hukukun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerektiği[107], hatta, sözleşmede hangi hukukun ve o hukuktaki hangi sistemin seçildiğinin belirtilmesi gerektiğine ilişkin görüşlerin yanında[108], MÖHUK.'da bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığı; oysa, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen MÖHUK. m. 24'de, tarafların açıkça

---

[105] Aynı yönde bkz. **Çavuşoğlu,** s. 169.

[106] **Sadroleşrafi**, s. 298.

[107] Bu görüşü savunanlara göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmelerinde, taraflar hangi hukuku seçtiklerini isim vererek belirtmeleri gerekir. Örneğin, Alman hukuku, Fransız hukuku gibi. Aksi halde, sözleşme yapılmış olsa dahi, hukuk seçimi yapılmamış sayılacağından, sübjektif bağlama kuralının uygulama imkânı yoktur: **Sadroleşrafi**, s. 296; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı'na göre, 'm. 14/I'de düzenlenmiş olan evlilik mallarına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebilmesi imkânının ancak açık seçimle kullanılabileceği, maddeye konulan 'açık olarak' deyimi ile sağlanmıştır': MÖHUK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, m. 14.

[108] **Tekinalp**, s. 156.

seçtikleri hukukun uygulanacağına ilişkin düzenleme bulunduğunu, evlilik malları konusunda böyle açık bir düzenlemenin bulunmamasının, zımnî seçimi kabul etme anlamına geldiğini savunan görüşler de bulunmaktadır[109]. Gerçekten de, sözleşmedeki bazı kriterlerden, eşlerin hangi hukuku tercih ettikleri şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılabiliyorsa, eşlerin zımnî iradelerine etki tanınması yerinde olacaktır. Benzer şekilde, eşler, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış, hangi ülke hukukunun uygulanmasını istediklerini de açıkça belirtmiş olmakla birlikte, bu ülke hukukundaki hangi evlilik mal rejimini seçtiklerini belirtmemiş olabilirler. Örneğin, eşlerden birinin Avusturya vatandaşı olduğunu ve eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapıp, uygulanacak hukuk olarak, Avusturya hukukunu açıkça seçtiklerini; ancak, Avusturya maddî hukukundaki hangi mal rejimi türünü seçtiklerini belirtmediklerini farz edelim (Avusturya maddî hukukunda, yasal mal rejimi kazanç paylaşmalı mal ayrılığı rejimi olup; mal ortaklığı ve türleri ise sözleşme rejimidir). Böyle bir halde, hâkim, öncelikle eşlerin iradelerinin hangi mal rejiminin uygulanması yönünde olduğunu araştırmalı, eğer bir sonuç elde edemezse, seçilen ülkenin yasal mal rejimine etki tanımalıdır kanısındayız.

Türk Hukuku'nda, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmelerinin hukukî niteliği konusunda açık bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, bu sözleşmelerin, aile hukukunun konusuna giren *sui generis* sözleşmeler olduğuna ilişkin görüş bulunmaktadır[110].

---

109 **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s.. 72.

110 **Sadroleşrafi**, s. 297.

Bazı hukuk sistemlerinde, evlilik mallarını idare edecek hukukun seçiminde, taraflara tam bir irade muhtariyeti sağlanmış iken[111], bazı hukuk sistemlerinde de, sınırlı irade muhtariyetinin kabul edildiğini görmüştük[112]. Türk hukukunda da, evlilik mallarına uygulanacak hukuk seçiminde, ilişkinin aile hukuku karakterinin ağırlıklı olduğu gerekçesiyle, en yakın irtibatlı kabul edilen iki hukuktan birinin tercih edilebileceği, yani sınırlı irade muhtariyeti kabul edilmiştir. Tarafların seçebilecekleri hukuk olarak, MÖHUK.'da "ikametgâh hukuku" veya "evlenme anındaki millî hukuk" gösterilmiştir. Başka bir anlatımla, Türk hukukunda, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına ilişkin yasal düzenlemeyi içeren, MÖHUK.m. 14'de taraflara sınırlı irade muhtariyeti tanınmış; bu husus kanunun gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu seçimin sınırsız olmasının, müessesenin aile hukukunu da ilgilendirmesi nedeniyle, sakıncalı sonuçlar doğabileceği göz önünde bulundurularak, bu konuda seçim hakkının sınırlı olarak tanınması uygun görülmüştür"[113].

Eşlerin, kısmî hukuk seçimi sözleşmesi yapıp yapamayacakları konusuna gelince: Eşler, evlilik mallarının bir kısmına A ülkesi hukukunun, diğer kısmına da B ülkesi hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler mi? Bazı ülkelerin hukukunda kısmî hukuk seçimi, evlilik malları statüsünün parçalanmasına neden olacağı gerekçesi ile reddedilirken[114], 1978 – Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk

---

111 C*ommon law* ülkeleri için bkz. yuk. İkinci Bölüm; § 1-I-A ve § 1-I-B; Avusturya ve Fransa örnekleri için bkz. yuk. İkinci Bölüm; § 1-II-C ve § 1-II-D.

112 Almanya ve İsviçre örnekleri için bkz, yuk. İkinci Bölüm; § 1-II-A ve § 1-II-B.

113 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu (D. Meclisi 1/5; M.G. Konseyi: 1/367), S. Sayısı 408; Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. VII, Brl. 105-124, Ankara 1983, s. 5.

114 Bu yöndeki İsviçre ve Fransa örnekleri için bkz. İkinci Bölüm; §1- II-B ve §1- II-D.

Hakkında *La Haye* Sözleşmesinde ise, taşınmaz mallar yönünden istisnaî olarak kısmî hukuk seçimine izin verilmektedir[115].

Türk hukukunda ise, MÖHUK.'da konu ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, evlilik mallarına uygulanacak hukuk, yabancı bir ülkenin hukuku ise, bu hukuk Türkiye'de bulunan taşınmaz mallara uygulanmamalıdır. Başka bir anlatımla, eşler, ancak, taşınır mallara ilişkin olarak bir hukuk seçimi sözleşmesi yapabilirler[116]. Türk hukukunda, *common law* ülkelerinde incelediğimiz gibi, evlilik malları konusunda, taşınır mal - taşınmaz mal ayrımı yapılmadığından, böyle bir ayrım esas alınarak kısmî hukuk seçiminin mümkün olup olmadığını söylemek isabetli değildir.

MÖHUK. m. 14'de tarafların seçebilecekleri hukuk, millî hukuk ve ikametgâh hukuku olmak üzere sınırlandırılmıştır. Dolayısı ile, çeşitli ihtimaller çerçevesinde tarafların seçebilecekleri hukuk sayısı sınırlıdır. Kısmî hukuk seçimi bu sınırlar içinde mümkün olabilmelidir. Örneğin, taraflar mallarının bir kısmı için ortak millî hukuklarını, kalan kısmı için ortak ikametgâh hukuklarını seçebilirler. Ya da mallarının bir kısmı için, eşler ortak millî hukuklarını seçebilirler; bu durumda kalan mallar için objektif bağlama kurallarının gösterdiği hukuk uygulanacağından kısmî hukuk seçimi ortaya çıkabilecektir. Sonuç olarak, ilk ihtimalde olduğu gibi, eşler, ister birden fazla hukuku seçsinler, ister ikinci ihtimalde olduğu gibi sadece evlilik mallarının bir kısmı için uygulanacak hukuk belirlesinler, kısmî hukuk seçimi ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce, bu konudaki tek sınırlama, kısmî hukuk seçimi sonucu evlilik mallarına uygulanan farklı hukukların birbirleriyle çelişen hükümler içermesidir. Evlilik mallarına uygulanan farklı hukukların birbiri ile çelişkili

[115] Bkz. İkinci Bölüm, § 2- III- C-2/d.

[116] **Çavuşoğlu,** s. 168.

hükümler içermesi halinde, bunlardan birinin tercih edilmesi zorunluluğu vardır. Doktrinde konu bu boyutu ile tartışılmadığı için, hangi hukukun tercih edileceği esasen mahkeme uygulamasına bağlı olacaktır. Bununla beraber, birden fazla hukukun uygulandığı ve bunların birbiri ile çelişkili hükümler içerdiği durumlarda, hukuk seçimi sözleşmesi akdederken daha ağır şartlar taşıyan hukukunun uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

b) Sübjektif Bağlama Noktaları

MÖHUK. m. 14'de "evlilik malları", şahsî statü ile ilgili bir kavram olarak ele alınmış, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi akdetmesi, genel akit statüsünden (MÖHUK. m. 24) ayrılarak, kişisel statüye ait *sui generis* sözleşme tipi olarak düzenlemiştir[117]. Bu nedenle, Kanunda, hukuk seçimi konusunda taraflara tanınan irade muhtariyeti, borç akitlerinde olduğu gibi sınırsız bir irade muhtariyeti değil, aksine kanun hükmünde belirtilen hukuklar ile sınırlandırılmış sınırlı irade muhtariyetidir[118].

MÖHUK. m. 14'e göre, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları hakkında eşler, ikametgâh ve evlenme anındaki millî hukuklarından birini seçebilirler.

aa) İkametgâh Hukuku

MÖHUK. m. 14'e göre, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi akdeden eşler, bu sözleşmede, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak, ikametgâh hukukunu seçebilirler.

---

117 **Sadroleşrafi**, s. 297.

118 **Sadroleşrafi**, s. 298.

Kanunun, sübjektif bağlama noktası olarak ikametgâh ile ilgili bu düzenlemesinde herhangi bir zaman diliminin belirtilmemiş olması dikkat çekicidir. Zira, kanun koyucu, millî hukuk bağlama noktası için, "evlilik anını" açıkça belirtmiş olmasına rağmen, ikametgâh bağlama noktası için herhangi bir ifade kullanmamıştır.

Doktrinde, Kanunun bu maddesini, 'evlenme anındaki' ikametgâh hukuku olarak yorumlayan görüş olmakla birlikte[119], bu görüş çeşitli noktalardan eleştirilebilir. Öncelikle, kanun koyucu, maddeyi kaleme alırken, "evlilik anında" ibaresini sıklıkla kullanmaktan çekinmemiştir (üç kez). İkametgâh bağlama noktası söz konusu olduğunda da, böyle bir çekince göstermeyip, 'evlenme anı' ibaresini, 'ikametgâh' kelimesinin başına getirerek, 'evlenme anının' hem ikametgâh, hem de millî hukuk için geçerli olduğunu düşünmemize yol açabilirdi[120]. Ayrıca, ikametgâh hukukunun, evlenme anındaki ikametgâh olarak kabul edilmesi; sadece, evlilik anında ya da evlilikten sonra akdedilen evlilik malları hukuk seçimi sözleşmeleri bakımından anlamlıdır. Aksi halde, eşlerden, evlilikten önce yaptıkları, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinde, evlilik anındaki ikametgâh hukukunu belirlemeleri beklenemez.

Eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinde seçebilecekleri ikametgâh hukukunun, hangi andaki ikametgâh olabileceği konusundaki olasılıklar şunlar olabilir. Öncelikle, zaman dilimi konusunda, açık bir düzenleme olmadığı için, MÖHUK. m. 3'deki, değişken ihtilâflar hükmüne dayanarak, dâva tarihindeki

---

119 **Sadroleşrafi**, s. 302.

120 Bu halde, madde hükmünün şu şekilde olması beklenirdi: "Evlilik malları hakkında, eşler, evlenme anındaki ikametgâh veya millî hukuklardan birini seçebilirler". Böyle bir düzenlemede, evlenme anının hem ikametgâh, hem de millî hukuk bağlama noktalarına birlikte işaret ettiği kabul edilebilirdi.

ikametgâh hukukunun esas alınacağı ileri sürülebilirse de, dava anının uygulanması eşyanın tabiatına aykırıdır. Zira, böyle bir öneri, evlilik mallarına eşlerden birinin ikametgâhı hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçerken, taraflardan, ileride bu hususta uyuşmazlık çıkması ihtimalini göz önüne almasını, bu uyuşmazlığın mahkeme önüne getirildiği sırada ilgili eşin ikametgâhının neresi olduğunu önceden bilmelerini beklemektedir. Taraflara irade muhtariyeti tanımakla, tarafların kendilerine uygulanmasını istedikleri bir hukuku seçme imkânı verilmektedir. Oysa dava anı esas alındığı zaman tarafların asla bilmedikleri bir hukuku seçtikleri varsayılmaktadır ki, bu durum irade muhtariyeti ile bağdaşmadığı gibi taraf iradelerine de aykırılık teşkil eder. Bunun dışında, taraflara, hangi andaki ikametgâh hukuklarını tercih ediyorlarsa, onu seçmelerine, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla olanak tanınabilir. Ayrıca, tarafların, sözleşmenin yapıldığı andaki ikametgâh hukukunu seçmeleri de düşünülebilir ve bu ihtimal kendi içinde, üç ihtimali beraberinde getirir. Şöyle ki; daha önce belirttiğimiz gibi, taraflar, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesini, evlilikten önce, evlilik sırasında ya da evlilikten sonra yapabilirler. Dolayısıyla, tarafların, sözleşmenin yapıldığı andaki ikametgâh hukukunu seçmeleri halinde, eşlerin, sözleşmeyi yaptıkları ana bağlı olarak, evlilikten önceki, evlilik sırasındaki ve evlilikten sonraki ikametgâhları ihtimalleri de kendiliğinden ortaya çıkar.

Bütün bu ihtimaller değerlendirildiğinde; olması gereken hukuk açısından, üçüncü kişilerin haklarına halel gelmemek şartıyla, tarafların istedikleri andaki ikametgâh hukukunu belirleyebilmeleri olanağının taraf menfaatine hizmet edeceği açıktır.

bb) Millî Hukuk

MÖHUK. m. 14'e göre, eşler evlenme anındaki millî hukuklarından birini de, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler.

Kanun koyucu, bu hükümde, millî hukukun, hangi andaki millî hukuk olması gerektiği konusunda açık bir düzenleme yapmayı tercih etmiş ve 'evlenme anındaki millî hukuk' ifadesi kullanılmıştır. Her ne kadar, madde çok açık ise de, objektif bağlama kurallarında da belirttiğimiz gibi, 'evlenme anı' çok dar yorumlanmamak gerekir. Eşlerin, evlilikten kısa bir süre sonra başka bir ülkenin vatandaşlığını kazanması kesinse ve bu ülke hukukunu eşler, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak seçmişlerse, hâkim bu millî hukuku, evlilik anındaki millî hukuk olarak değerlendirebilir.

Eşlerden birinin veya her ikisinin, evlenme anında vatansız olması halinde, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinde hangi hukuk seçilebilir? Öncelikle, eşlerden birinin evlenme anında vatansız olması halinde, diğer eşin millî hukukunun, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği açıktır. Ancak, eşlerin her ikisi de evlenme anında vatansız ise, evlilik anında bir millî hukukları yok demektir. Böyle bir durumda, örneğin, eşlerin daha önce vatandaşı oldukları ülkenin hukukunu seçtiklerini düşünelim. Hâkim, bu hukuka etki tanıyacak mıdır? MÖHUK m. 14.' ün açık hükmü karşında bu mümkün görünmemektedir. Ancak bu hususta kanunda değişiklik yapılırken, eşlerin sözleşmenin yapıldığı andan önce sahip olduğu vatandaşlık lehine bir imkâna da yer veren düzenleme tarzının tercih edilmesi isabetli olur.

cc) Sonraki Ortak Hukuk

‘Sonraki ortak hukuk’ başlığı altında inceleyeceğimiz bu bağlama kuralı, MÖHUK. m. 14/II’de kötü ifade edilmiş bir hükümle kabul edilmiştir. Öncelikle, bu hükmün, objektif bağlama kuralı mı, yoksa sübjektif bağlama kuralı mı olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Bu fıkra, özellikle eşlerin, evlilikten sonra ortak hukuka sahip olmaları ihtimali üzerine getirilmiş bir hüküm olduğu ve eşlerin ortak hukuklarına (ortak millî hukuk ve ortak ikametgâh hukuku) ilişkin düzenlemenin, objektif bağlama kuralları olarak belirlendiği düşünüldüğünde, bu fıkranın da bir objektif bağlama kuralı olduğu sonucu çıkarılabilir. Fakat, kanun metnindeki ifadeden, bu bağlama noktasının, sübjektif bağlama kuralları başlığı altında incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Şöyle ki, anılan fıkraya göre, evlilikten sonra, yeni ortak hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla, bu yeni hukuka tâbi olabilirler. Görüldüğü gibi, kanun maddesinin ifadesinden, bu hukukun uygulanmasının eşlerin iradesine tâbi olduğu, “olabilirler” tâbiri ile açıkça ortaya konmaktadır. Kanun koyucu, eşlerin, evlilik anında ortak bir hukuka sahip olmayıp, daha sonra ortak bir hukuka sahip olmaları halinde, bu hukuku seçebileceklerini hükme bağlamıştır. Böylece, eşlere tanınan seçim serbestisinin kapsamı da genişletilmiş olmaktadır. Taraflarca seçim imkânı bu fıkra ile tanındığına göre, bu seçim sınırlı da olsa böyle bir seçim yapıldığı anda objektif bağlama kuralları uygulanmaz.

MÖHUK. m. 14/II’de ifadesini bulmuş olan “ortak hukuk” ile kanun koyucunun neyi kastettiği de açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan biridir. Bu fıkradan, eşlerin ortak millî hukuk veya ortak ikametgâh hukuklarını mı anlamamız

gerekir; yoksa, eşlerin sahip olduğu herhangi bir ortak hukuk bu hüküm kapsamında değerlendirilebilecek midir? Örneğin, evlilikten sonra ortak mutad mesken hukukuna sahip olan eşler, evlilik mallarına bu hukukun uygulanması konusunda bir hukuk seçimi sözleşmesi yapabilecekler midir? MÖHUK. m. 14'deki düzenlemenin hiç bir yerinde 'mutad mesken hukuku'ndan bahsedilmediği, bu nedenle, bu ifadeden sadece ortak millî hukuk ve ortak ikametgâh hukukunu anlamak gerektiği; mutad mesken hukukunun kabul edilmesine olumlu yaklaşmanın, ihtilâf kuralımıza -hatta hukuk sistemimize- hâkim olan genel anlayış ve mantığa göre mümkün olmadığı savunulmakla birlikte[121], kanunda açıkça 'ortak hukuk' ifadesi kullanılmış ve herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle, ortak hukuk ifadesinin ortak mutad mesken hukukunu da kapsaması gerektiği kanısındayız.

Buna ek olarak, sonradan ortaya çıkan ortak hukukun hangi andan itibaren uygulanacağı da kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bu konuda üç ihtimal söz konusudur. Bunlar, diğer bağlama kurallarının çoğunda belirtildiği gibi evlenme anı veya ortak hukukun ortaya çıkma anı ya da tarafların iradelerine göre belirlenen bir zaman dilimi olabilir. Doktrinde, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarının, tek bir hukukça idare edilmesini sağlamak ve üçüncü kişilerin haklarını korumak amacı ile sahip olunan ortak hukukun evlilik anından itibaren uygulanması gerektiği savunulmaktadır[122]. Kanunda açıklık olmayan bu konuda, eşlerin hangi andan itibaren ortak hukukun uygulanabileceği konusunu açıkça düzenleyebilmelerine olanak tanınmalı; eşlerin böyle bir düzenleme yapmamaları halinde ise, sonradan ortaya çıkan ortak hukukunun evlenme anından itibaren uygulanması yerinde

---

121 **Sadroleşrafi**, s. 302.

122 **Tekinalp**, s. 160.

olacaktır kanısındayız. Zira bu düzenleme sınırlı da olsa tarafların iradesine dayanan bir düzenlemedir ve eşlerin iradelerine öncelik tanıyacak şekilde yorumlanmalıdır.

c) Kuralın Yerindeliği ve Değerlendirilmesi

Son yıllarda, özellikle ticarî işlemlerde, uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesinde artan bir etkinlik görülmektedir. Tarafların kendi ilişkilerini idare edecek başka bir hukuku seçmelerinin temel işlevi, bu hukukun tarafların menfaatlerine daha iyi hizmet edeceğine olan inançtır. Bu kural daha genel hale getirilebilir mi[123]? Bu sorudan hareketle, evlilik malları hukuk seçimi ile ilgili olarak neden taraf iradelerine tam bir muhtariyet verilmediği tartışılabilir.

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, evlilik mallarına uygulanacak hukuk seçiminde, eşlere, sınırlı irade muhtariyeti tanınmış olması; ilişkinin aile hukuku ağırlıklı olması ve ilişkinin en yakın irtibatlı hukuklardan biri tarafından (millî hukuk veya ikametgâh hukuku) idare edilmesinin yerinde olacağı gerekçelerine dayanmaktadır[124].

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmelerinin, iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu genellikle kabul edilmekle birlikte, özellikle aile hukuku ile yakın ilişkisi dolayısıyla, hukuk seçimi konusunda, genel borç sözleşmeleri gibi tam bir irade serbestisi tanınması, Türk doktrininde uygun görülmemektedir[125]. Ancak, karşılaştırmalı hukukta, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunu incelerken tespit ettiğimiz gibi, en azından incelediğimiz *common law* ülkeleri

---

123 Bu genelleştirme, evlilik mallarını aşarak, evliliğe ilişkin olarak yapılmak istenmektedir: **Bix**, s. 255.

124 **Çelikel, Aysel**: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 5, İstanbul, 1997, s. 200.

125 **Sadroleşrafi**, s. 297.

(Amerika ve İngiliz) ile *civil law* ülkelerinin bazıları (Avusturya ve Fransa örneklerinde olduğu gibi), hukuk sistemlerinde, eşlere bu konuda tam bir irade muhtariyeti tanımaktadır[126]. Türk pozitif hukuku açısından böyle bir uygulama mümkün görülmemekle birlikte, eşlere sınırsız sözleşme özgürlüğü verilmesinin taraf menfaatine hizmet eden bir yaklaşım olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Şöyle ki, eşlere tam irade muhtariyetinin verilmesi, evlilik mallarını idare edecek en uygun ve en irtibatlı hukukun hangisi olduğunu, en iyi eşler bilebileceği için, bu, taraf menfaatine hizmet eden çözüm olacaktır. Kanunda böyle bir sınırlamaya gidilmesinin nedeni, genellikle, zayıf tarafın (ki bu genellikle kadındır) korunması düşüncesidir. Ancak, hukuk seçimi sözleşmesinin akdedilmesinin şekil şartına tâbi tutularak, noterlere, sözleşme akdedilirken eşleri aydınlatma görevinin verilmesi ile bu sorunun çözülebileceği kanısındayız.

MÖHUK'da eşlerin, hangi ikametgâh hukukunu seçebileceği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Örneğin, eşler, ortak ikametgâhlarını, eşlerden birinin ikametgâhını ya da evlilikten sonraki muhtemel ikametgâhlarını seçebilirler mi? Bu konuda kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, eşlerin tercihlerine göre herhangi bir andaki ikametgâh hukukuna etki tanınması gerekir kanısındayız. Zaten, sınırlı irade muhtariyetine sahip eşlere, ayrıca bir de bu tür sınırlamalar getirmek onların menfaatlerini zedeleyecektir. MÖHUK'da, ikametgâh bağlama noktasında olduğu gibi, eşlerin hangi millî hukuku seçebileceği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Şöyle ki, eşler, ortak millî hukuklarını, eşlerin birden fazla vatandaşlığa sahip olması halinde, vatandaşı oldukları her bir ülkenin millî hukukunu

[126] C*ommon law* ülkeleri için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 1-I-A ve B; Avusturya ve Fransa örnekleri için bkz. İkinci Bölüm, § 1- II-C ve D.

seçebilecekler midir? Eşlerden birinin veya her ikisinin de, evlenme anında birden fazla ülke vatandaşlığına sahip olmaları mümkündür. Günümüzde, çifte vatandaşlığın, avantajları ve dezavantajları ile birlikte, çeşitli nedenlerle artış gösterdiği bir gerçektir. Kanun koyucunun, hem ikametgâh, hem de millî hukuk konusunda açık bir düzenlemeye gitmemiş olmasını bir tesadüf olarak yorumlamak çok güçtür. Aksine, böyle bir tercihin yapılmasından bilinçli olarak kaçınıldığı ve tercihin tarafların iradelerine bırakıldığını düşünmek daha uygundur. Zira, kanun maddesinin bu düzenlemesi, taraflara sınırlı da olsa irade muhtariyeti veren, yani tarafların iradelerine öncelik tanıyan bir düzenlemedir. Bu hususta, eşlerin en yakın irtibatlı oldukları ülke hukukunu seçmeleri gerekir gibi bir düşünce üretilebilirse de, eşler kendilerine uygulanmasını istedikleri hukuku, kendi menfaatlerini daha iyi bileceklerdir. Bu nedenle, irade muhtariyetinin anlamına uygun olarak, eşlerin seçim olanakları mümkün olduğunca geniş yorumlanmalıdır. Dolayısı ile, tarafların, eğer varsa, ortak millî hukuklarını, ya da eşlerin vatandaşı oldukları her bir ülkenin hukukunu seçmeleri konusunda tercih eşlere bırakılmalıdır. Eşleri bu konuda sınırlayan herhangi bir kanun hükmü olmadığına göre yasal bir engel bulunduğundan bahsedilemez, dolayısıyla bu sözleşmelere de etki tanımak gerekmektedir.

Kısacası, eşlerin hangi ikametgâh ve hangi millî hukuku seçebileceklerinin, açıkça düzenlenmediği MÖHUK. m. 14/I hükmünü; ortak ikametgâh veya ortak millî hukuk olarak sınırlandırmamak gerektir. Aksi halde, böyle bir sınırlama, sübjektif bağlama kuralları ile objektif bağlama kuralları arasındaki tek farkın, ilkinin alternatif, ikincisinin ise basamaklı ihtilâf kuralı olması sonucunu beraberinde getirir. Maddenin dar olarak yorumlanması halinde, sınırlı da olsa bir irade muhtariyetinden

bahsetmek çok güç olacaktır. Dolayısıyla, hükmün, eşlere irade muhtariyeti verilmesi amacına hizmet edecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kanısındayız.

Sonuç olarak, MÖHUK. m. 14'de düzenlenmiş olan sübjektif bağlama kurallarına göre, eşlerin kaç tane hukuku seçme imkânları olduğunu belirtmek gerekirse; eşlerin, farklı ikametgâhlara ve farklı millî hukuklara sahip olmaları halinde, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi ile seçebilecekleri hukuk sayısı dörttür[127]. Bu sayı, eşlerden birinin ya da her ikisinin de, birden fazla vatandaşlığa sahip olması halinde artacak, eşlerden birinin ya da her ikisinin de vatansız olması halinde ise azalacaktır. Ayrıca, eşlerin evlilikten sonraki muhtemel ikametgâhlarını seçebilmeleri görüşünün de kabul görmesi halinde, bu seçeneğin sayısı yine artacaktır. Bununla birlikte, eşlerin sonradan ortak bir hukuka sahip olmaları halinde, m. 14/II uyarınca, bu hukukları da seçebileceklerini düşünürsek, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri ülke hukuku sayısı daha da artabilecektir.

2- OBJEKTİF BAĞLAMA

a) Genel Olarak

Taraflar, evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmemişlerse, objektif bağlama kuralı ile uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılacaktır ve buna ilişkin düzenleme MÖHUK. m. 14' ün ikinci cümlesinde yer almaktadır. Buna göre, "... *böyle bir seçim yapılmamış olan hallerde, evlilik malları hakkında evlenme anındaki müşterek millî hukuk, müşterek millî hukukun bulunmadığı hallerde, evlenme*

[127] Aynı yönde görüş için bkz. **Tekinalp**, s. 159; **Sadroleşrafi**, s. 298.

anındaki müşterek ikametgâh hukuku, bu da bulunmadığı takdirde, malların bulunduğu yer hukuku uygulanır".

Kanunun bu hükmü ile ilgili olarak ilk dikkati çeken nokta, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda, objektif bağlama kurallarının basamaklı kurallar olmasıdır. Yani, öncelikle, ilk bağlama noktası tespit edilmeye çalışılır, ilk bağlama noktasının somut olayda gerçekleşmemiş olması halinde, ikinci bağlama noktasına müracaat edilir[128]. Ayrıca, kanun hükmünden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, geleneksel yaklaşıma uygun olarak, tâbiiyet ve ikametgâh kavramlarından hareketle bağlama noktalarını tespit etmiş ve MÖHUK.'da evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda öncelik, ikametgâha değil, eşlerin millî hukukuna verilmiştir[129].

b) Objektif Bağlama Noktaları

aa) Ortak Millî Hukuk

MÖHUK. m. 14'e göre, eşlerin evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmemiş olması halinde, öncelikle, eşlerin evlenme anındaki ortak millî hukuku araştırılır. Eşler ortak millî hukuka sahipse, evlilik mallarını bu hukuk idare eder.

---

[128] Bu tür bağlama kurallarına doktrinde 'kademeli bağlama kuralı' da denmektedir: **Tekinalp, Gülören**: Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, B. 7, İstanbul 2002, s. 18; **Nomer, Ergin - Şanlı, Cemal**: Devletler Hususî Hukuku, B. 12, İstanbul 2003, s. 94.

[129] Dünya hukuk sistemleri, şahsî statünün bağlama noktaları konusunda, tâbiiyet ile ikametgâh bağlama noktalarını öncelikli olarak tercih etme bakımından ikiye ayrılmışlardır. Tâbiiyet ilkesinin benimsenmesi, özellikle, fazla göç alan ülkelerde, daha fazla oranda yabancı hukukun uygulanması sonucunu doğurur. Bu nedenle, yabancıların çok olduğu ülkelerde, işlem güvenliği ve düzen menfaati, ikametgâh ilkesinin benimsenmesini gerektirmekte ve bu gruba giren ülkeler, öncelikle, ikametgâh ilkesini kabul etmektedirler. Buna karşın, yabancı ülkelere göçmen gönderen ülkelerde, öncelikli olarak tâbiiyet ilkesinin tercih edilmesinin nedeni, bu ülke devletinin, vatandaşlarına sahip çıkmak istemesinden kaynaklanır: **Nomer - Şanlı**, s. 115-116.

Millî hukuk, eşlerin tâbiiyetine sahip oldukları ülkenin hukuku demektir[130]. Eşlerin millî hukukunun tespit edilmesi, diğer pek çok bağlama noktasına göre çok daha kolaydır. Kanun koyucunun, önceliği eşlerin ortak millî hukukuna vermesinin nedenlerinden birinin de bu olduğunu düşünüyoruz[131].

Kanun koyucu, eşlerin ortak millî hukukunun, hangi andaki millî hukuk olduğu konusunu açıkça düzenlemiş ve bunu "evlenme anı" olarak belirlemiştir. Ancak, Kanundaki "evlenme anını" Batı ülkelerinde[132] ve 1978 - Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesinde olduğu gibi geniş yorumlamak yerinde olacaktır. Örneğin, evlendikleri anda, ortak vatandaşlığa sahip olmayan eşler, evlendikten makul bir süre sonra, evlilik veya başka bir nedenle, ortak bir vatandaşlığa sahip olabileceklerse, bu da evlenme anındaki ortak millî hukuk olarak değerlendirilebilir.

Ortak millî hukukun belirlenmesinde, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlardan biri, eşlerin, birden fazla vatandaşlığının olması halidir. Bu halde, MÖHUK.'un 'vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk' başlığını taşıyan 4. maddesinin

---

[130] Bir kişinin, belirli bir devletin vatandaşı olup olmadığı, bu devletin hukuk kurallarına göre belirlenir. Bu ilke, istisnasız kabul edilmiş bir ilke olup, devletlere, diğer devletlerin vatandaşlığını düzenlemeyi men etmektedir: **Nomer, Ergin**: Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1999, s.23-24.

[131] Tâbiiyet ve ikametgâh bağlama noktalarının öncelikli olarak tercih edilmesi yönünde öne sürülen görüşler hakkında bkz. **Metya**, s. 114-115; **Nomer - Şanlı**, s, 117; **Özkan**, s. 54-56; **Uluocak, Nihal**: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (MÖH Dersleri), İstanbul 1989, s. 14-15; **Tekinalp, Gülören:** "*Kişisel Statü - Millî Hukuk – İkametgâh Hukuku – Eğilimler – Düşünceler*", Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 891 vd.

[132] Örneğin, Avusturya milletlerarası özel hukukuna göre, evlenme ile vatandaşlığın kazanılması arasında geçen 1 yıllık süre "evlenme anında" ki ortak millî hukuk şartını yerine getirmede makul olarak kabul edilmektedir.

(b) ve (c) bentlerine göre hangi vatandaşlığın esas alınacağına karar verilecektir[133]. MÖHUK. m. 4/b uyarınca, eşlerin sahip olduğu birden fazla vatandaşlıktan birinin Türk vatandaşlığı olması halinde, Türk vatandaşlığı esas alınacaktır. Ancak, eşler, birden fazla vatandaşlığa sahip olmakla birlikte, bu vatandaşlıklardan hiçbiri Türk vatandaşlığı değilse, anılan maddenin (c) bendine göre, eşlerin sahip oldukları vatandaşlıklardan, daha sıkı irtibatlı oldukları ülkenin vatandaşlığı esas alınacaktır. Daha sıkı irtibatlı ülkenin tespitinde, çok veya çifte vatandaşlığı olan eşin ikametgâhının ve mutad meskeninin olduğu yer ile yaşamının merkezi olan ülkenin, ekonomik ve kültürel faktörlerin, vatandaşlıkların kazanılma anının göz önüne alınması yerinde olacaktır.

Eşlerden birinin hem Türk, hem de Alman vatandaşlığına sahip olduğunu, diğerinin ise sadece Alman vatandaşı olduğunu farz edelim. Böyle bir ihtimalde, Türk mahkemesi, sadece Türk vatandaşlığını esas alacağı için eşlerin ortak vatandaşlığı, dolayısıyla ortak millî hukukunun olmadığını söylemek mümkün müdür? Böyle bir halde, her ne kadar eşlerden birinin vatandaşlığı Türk vatandaşlığı olsa da, eşlerin ortak vatandaşlığı, dolayısıyla ortak millî hukuku bulunmaktadır ve bu Alman hukukudur.

Eşlerden birinin vatansız olması halinde, ortak bir millî hukuktan bahsedilemeyeceğinden bir sonraki bağlama noktasına müracaat etmek gerekecektir.

---

133 Evlilik mal rejimini düzenleyen MÖHUK. m. 14'deki sübjektif bağlama kuralının, MÖHUK. m. 4'e bir istisna getirdiği yönündeki bizim de katıldığımız görüş için bkz. **Ataman Figanmeşe, İnci:** "*Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c bentlerinin Uygulama Alanı*", MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999-2000, Yıl 19-20, S. 1-2, s. 100-101; ancak, bu istisnanın objektif bağlama kuralları için de uygulanacağı sonucu çıkarılamaz.

Eşlerin mülteci[134] olması ihtimali Kanun'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme'nin[135], 12. maddesine göre, her mültecinin şahsî statüsü, ikametgâh ülkesi hukukuna, ikametgâhı yoksa sakin olduğu ülke hukukuna tâbidir. Sözleşme, mülteciden kimlerin anlaşılması gerektiği de 1. maddesinde düzenlemiş olmasına rağmen, şahsî statüden ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir.

bb) Ortak İkametgâh Hukuku[136]

Eşlerin ortak millî hukukunun olmaması halinde, araştırılacak ikinci bağlama noktası, eşlerin evlenme anındaki ortak ikametgâh hukukudur.

İkametgâhın tam ve tek bir tanımı yapılamamıştır. Şöyle ki, ikametgâh, 'kişinin şahsî ve ticarî ilişkilerinin yer itibariyle merkezidir'[137] ya da 'şahsın hukuken bulunduğu yer, onun hukukî adresidir' şeklinde farklı tanımlara rastlamak mümkündür[138]. YTMK. m. 19 ilâ 22'de ikametgâh (yerleşim yeri) düzenlenmiştir. YTMK. m. 19'a göre, "yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu

---

134 14 Haziran 1934 tarihli, 2510 sayılı İskan Kanunu, m. 3'e göre, Türkiye'de yerleşmek maksadıyla olmayıp, bir zaruret dolayısıyla, geçici bir süre oturmak üzere sığınanlara mülteci denir.

135 Türkiye'nin katıldığı (RG. 5 Eylül 1961/10898) 28 Temmuz 1951 tarihli Sözleşme metni için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/179-199.pdf.

136 Dili sadeleştirilen YTMK.'da, 'ikametgâh' yerine 'yerleşim yeri' kavramı kullanılmaktadır. Bu çalışmada, MÖHUK.'da hâlâ 'ikametgâh' kavramı kullanıldığı için, 'ikametgâh' tercih edilmiş olmakla birlikte, yeni MÖHUK. Tasarısında Türk Medenî Kanunundaki kavram değişikliği de dikkate alınmış ve 'ikametgâh' yerine 'yerleşim yeri' kavramının benimsenmesi yoluna gidilmiştir. Ancak, tasarıda, 'yerleşim yeri' kavramının 'ikametgâhı' tam olarak karşılamadığı, özellikle çeviri ve yorum sorunlarına neden olacağı çekincesi de belirtilmiştir: MÖHUK. Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 4 (Yayımlanmamıştır).

137 **Tunçomağ, Kenan**: "*İkametgâh*", İÜHFM., 1961, C. XXVI, S. 1 – 4, s. 155.

138 **İmre, Zahit:** "*İkametgâh Kavramı ve Buna İlişkin Meseleler*", İÜHF. 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, s. 209 – 210.

yerdir". Bu kanunda, iradî (TMK. m. 19) ve kanunî ikametgâh (TMK. m. 22) olmak üzere iki tür ikametgâh kabul edilmiş olmakla birlikte, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla "kocanın ikametgâhı karının ikametgâhı addolunur" hükmüne yer verilmemiştir.

İkametgâh hukuku, eşlerin mukîm oldukları ülkenin hukukudur[139]. İkametgâh kavramının milletlerarası özel hukuktaki anlamı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür[140].

Bağlama noktası sıfatıyla ikametgâhın tespitinde *lex fori*, yani hâkimin hukukunun yetkili olduğu genel kabul görmüştür[141]. O halde, ikametgâh kavramı hangi hukuk düzenine ait ise, o hukuk düzeni bu kavram üzerinde karar verecektir. Buna göre, Türk hâkimi, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının kullandığı ikametgâh kavramını Türk hukukuna göre yorumlayacaktır.

Kanun koyucu, eşlerin ortak ikametgâh hukukunun, hangi andaki ikametgâh hukuku olacağı konusunu da, açıkça düzenlemiş ve bunu "evlenme anı" olarak belirlemiştir. Ancak, ortak millî hukukta olduğu gibi, kanundaki "evlenme anı" kavramını, yine aynı gerekçelerle geniş yorumlamak gerekir. Evlendikleri anda, farklı ülkelerde ikametgâh sahibi oldukları için, ortak ikametgâha sahip olmayan

---

139 **Özkan**, s. 65; ayrıca, ikametgâh hukukunun bağlama noktası olarak kabul edilmesinin faydaları ve sakıncaları hakkında bkz. **Tekinalp,** Makale, s. 893 vd.

140 Medenî Kanun'daki ikametgâh kavramının, milletlerarası özel hukuk alanında da uygulanabileceği veya milletlerarası özel hukuka özgü bir ikametgâh kavramının geliştirilmesi gerektiği ya da ikametgâh kavramının kişilerin milletlerarası alandaki hareketliliğine ve sanayi toplumunun ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte olması gerektiği yönündeki birbirinden farklı görüşler hakkında bilgi için bkz. **Özkan,** s. 65. Türk hukukunda gerçek kişilerin ikametgâhı, Medenî Hukuk, Medenî Usul Hukuku, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk anlamında ikametgâh olmak üzere farklı açılardan incelenebilir: Böyle bir inceleme için bkz. **Özkan**, s. 66-78.

141 **Seviğ, V.R.,** s. 148-149; **Nomer - Şanlı**, s. 109; **Ansay,** s. 685.

eşler, evlilikten makul bir süre sonra, eşlerden birinin, diğerinin ikametgâh sahibi olduğu ülkeye taşınması ile ortak ikametgâh sahibi olacaklarsa, bu da evlenme anındaki ortak ikametgâh olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, eşlerden birinin Almanya'da, diğerinin Türkiye'de ikametgâh sahibi olduğunu ve eşlerin Türkiye'de evlendiklerini farz edelim. Almanya'da ikametgâh sahibi olan eş, evlilikten bir süre sonra, Almanya'ya dönmüştür. Türkiye'de ikametgâh sahibi olan eşin ise, Almanya'ya taşınması ve orada ikametgâh sahibi olabilmesi için makul bir süreye ihtiyaç duyması doğaldır. Böyle bir halde, eşlerin ortak ikametgâh edinebilmeleri için altı ay gibi bir süre, makul bir süre olarak kabul edilerek, evlenme anında ortak ikametgâha sahip olma şeklinde değerlendirilebilir. Kısacası, evlenme anını, sadece evlilik töreninin yapıldığı an olarak yorumlamamak gerekir kanısındayız.

cc) Malın Bulunduğu Yer Hukuku

MÖHUK. m. 14'e göre, eşlerin ortak millî hukukunun ya da ortak ikametgâh hukukunun bulunmaması halinde, evlilik mallarına uygulanacak hukuk, malın bulunduğu yer hukukudur. Kanun hükmünde, eşlerin ortak millî hukuku ile ortak ikametgâh hukukuna ilişkin bağlama noktalarının aksine, malın bulunduğu yer hukukuna ilişkin olarak herhangi bir zaman dilimi belirtilmemiştir. Bir görüş uyarınca, kanun koyucu bilinçli olarak herhangi bir zaman dilimi belirlememiştir. İlk ve ikinci basamakta yer alan millî hukuk ve ikametgâh hukuku bağlama noktaları bakımından 'hangi anın' esas alınacağının belirtilmiş olması bu tercihin bilinçli olduğunu teyit etmektedir[142].

[142] **Sadroleşrafi, A. Hüseyin:** Şematik Devletler Özel Hukuku, İzmir 1991, s. 301; **Tekinalp,** 157.

MÖHUK. m. 3'de düzenlenen, değişken ihtilâflar başlığını taşıyan kuralda yer alan 'dâva anı'nı esas almak mümkün görünmemektedir; çünkü, söz konusu madde sadece vatandaşlık, ikametgâh veya mutad meskenin bağlama noktaları olarak kullanıldığı durumlarda uygulanabilmektedir.

Anılan görüşe göre, bu durumda kanun koyucunun gerek objektif bağlama, gerek sübjektif bağlama kurallarını düzenlerken benimsediği kriter ve açıkça ortaya koyduğu anlayıştan ayrılmak için haklı bir neden yoktur, malların 'evlenme anında' bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerekmektedir. Böylelikle, evlilik malları rejimine istikrar kazandırılmış olacak, ilgililerin haklı beklentileri statü değişikliklerinin etkilerinden de korunacaktır[143].

Evlilik anında, malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması belirtilen gerekçelerle, evlilik anında mevcut mallar bakımından zorunludur. Bununla birlikte, eşlerin taşınır malvarlığının evlilikten sonra edinildiği durumlarda, evlilikten sonra kazanılan malların bu malların evlenme anında bulundukları yerin esas alınması adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilmekle birlikte, MÖHUK. m. 3'deki düzenleme karşısında, 14. maddedeki malın bulunduğu yer hukukunu, dava anında malın bulunduğu yer olarak yorumlamak isabetli görünmemektedir. Dolayısıyla, yürürlükteki düzenleme karşısında ve statü değişikliğinin neden olabileceği olumsuz etkilerin önlenmesi bakımından 'evlenme anının' esas alınması gerekmektedir[144].

---

143 **Sadroleşrafi**, s. 301.

144 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı'nın evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunu düzenleyen 14. maddesinde, 'malın bulunduğu yer hukuku' bağlama noktasına yer verilmemiştir.

c) Kuralının Yerindeliği ve Değerlendirilmesi

Kanun, evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda objektif bağlama kurallarını belirlerken, eşlerin ortak olarak sahip olduğu bağlama noktalarını tercih etmiştir. Başka bir anlatımla, evlilikteki menfaat eşitliği dikkate alınarak, ortak bir hukukun belirlenmesine yönelik kriterlere öncelik verilmiştir. Özellikle, son yüzyılda önem ve ağırlık kazanan, cinslerin eşitliği ilkesinin, hemen bütün hukuk sistemlerinde kabul görmüş ve bazı Kara Avrupası ülkeleri[145] yasal düzenlemelerini bu şekilde değiştirmişlerdir.

Türk Milletlerarası Özel Hukuku da, bu modern yaklaşımdan etkilenmiştir. MÖHUK. m. 14'de, kanun koyucu, eşlerden birinin (kadının veya kocanın) millî hukukuna veya ikametgâhına üstünlük vermek yerine, eşlerin ortak olarak sahip olduğu millî hukuku veya ikametgâh hukukunu tercih etmiştir. Böyle bir düzenleme, hiç şüphesiz, hem bu alandaki milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri ile paralellik göstermekte, hem de milletlerarası sözleşmelerle uyum içinde bulunmaktadır.

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk konusunda, Kanundaki bu olumlu düzenlemenin yanında, bazı boşlukların ya da belirsizliklerin var olduğu da göz ardı edilemez. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun objektif olarak belirlenmesi halinde, yasal düzenlemeye ilişkin boşluklar ve belirsizlikler ile bunlarla ilgili önerilerimiz şöyle sıralanabilir:

MÖHUK'a göre, eşlerin ortak millî hukukunun tespit edilememesi halinde, derhal, ikinci bağlama noktası olarak, eşlerin ortak ikametgâh hukukunun tespitine çalışılır. Oysa, bazı Batı hukuk sistemlerinde kabul edildiği gibi[146], eşlerin ortak millî hukukunun olmadığı hallerde, eşlerden birinin, hâlâ o ülkenin vatandaşlığını koruyor

[145] Bkz. yuk. İkinci Bölüm; § 1-II-A-2/a; § 1-II-B-2/a; § 1-II-C-2/a.

[146] Örneğin, EGBGB. m. 14/I,1 ve IPR. m. 18/1 gibi.

olması şartı ile, eşlerin son ortak millî hukuku da, bağlama noktası olarak kabul edilebilir. Böyle bir hükmün kabulü, özellikle, eşlerin ortak millî hukuka sahipken, eşlerden birinin bu vatandaşlığını kaybederek, yeni bir vatandaşlık kazanması halinde önem kazanmaktadır. Örneğin, her ikisi de Türk vatandaşı olup, Avusturya'da yaşayan E ve K'nın evlendiklerini düşünelim. Ancak, evlilikten kısa bir süre önce, E, Avusturya vatandaşlığını kazandığı için, evlilik anında, eşlerin ortak bir millî hukuku bulunmamaktadır. Önerdiğimiz şekilde bir düzenlemenin getirilmesi, kuralın uygulanabilme olanağını arttıracaktır. Ayrıca, önerilen hükümde, "eşlerden birinin hâlâ bu vatandaşlığı koruyor olması şartı" ise, eşlerin –en azından birinin- hâlâ bu ülke hukuku ile irtibat halinde olduğunun kanıtıdır. Ortak vatandaşlığa sahip eşlerden birinin bu vatandaşlığı kaybetmeden, başka bir ülkenin vatandaşlığını kazanması halinde ise, eşler hâlâ ortak millî hukuka sahip oldukları için bu ortak millî hukukun uygulanacağı açıktır.

Ayrıca, eşlerin ortak millî hukukunun olmadığı halde, eşlerden birinin hâlâ bu vatandaşlığı koruyor olması şartı ile, son ortak millî hukukun uygulanabilir olması, vatansız kişiler bakımından da, uygulanabilir bir hukukun bulunması açısından olanak sağlayacaktır. Şöyle ki, böyle bir düzenleme ile, herhangi bir nedenle, vatandaşlığını kaybeden kişinin, bu kayıptan önceki millî hukukunun uygulanmasını mümkün hale getirecektir.

Kanunda ikinci objektif bağlama noktası olarak, kanun koyucunun, geleneksel yaklaşımın etkisi ile, mutad mesken yerine, ikametgâh hukukunu tercih ettiğini görüyoruz[147].

[147] Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı'nın evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin 14. madde hükmünde, hem objektif, hem de sübjektif bağlama noktası olarak 'ikametgâh' yerine 'mutad mesken' bağlama noktası kabul edilmiştir.

Tâbiiyet ile ikametgâh ilkelerinin sürekli olarak karşı karşıya olması ve bir türlü uzlaşılamaması[148] ve tâbiiyet ilkesine rakip olan ikametgâh ilkesinin tam bir memnuniyet sağlamaması, mutad mesken kavramının ortaya çıkmasının nedenleri olarak kabul edilmektedir. Yasalarda ve doktrinde, tâbiiyet ile ikametgâh ilkelerini uzlaştırma çabaları yıllardan beri süregelmiştir. Ancak son zamanlarda, ülkeler arasındaki sınırların kolaylıkla aşılması ve milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin her geçen gün artması nedeniyle, tâbiiyet ilkesinden uzaklaşma eğilimi göze çarpmaktadır[149].

Mutad mesken hukuku ile ikametgâh hukuku arasında tercih konusunda da benzer bir gelişim izlenmektedir. Mutad mesken hukukunun tercih edilmesinin en önemli nedenlerinden biri olarak, mutad meskenin hukukî bir kavram olmaması sebebiyle, ikametgâh kavramındaki hukukî yorum sorunlarına yol açmaması gösterilmektedir[150]. Ayrıca, ikametgâhın tespit edilmesinin yarattığı güçlükler de mutad meskenin tercih sebeplerinden biridir[151].

---

148 **Nomer - Şanlı**, s. 124.

149 Geçtiğimiz yüzyılda, tâbiiyet ilkesinden uzaklaşılmasının nedenleri şu şekilde özetlenebilir: İki dünya savaşının ardından, milyonlarca insan, atalarına ait evlerden sürekli şekilde uzaklaştırılmış ve vatansız olarak adlandırılan mutsuz insan grupları ortaya çıkmıştır. Vatansızların şahsî statüsünün belirlenmesindeki imkânsızlıklar, tâbiiyet ilkesinden uzaklaşılmasının ilk nedenlerinden biridir. Bununla birlikte, nüfustaki hareketliliğin artması yanında, kadınların statüsünde meydana gelen değişiklik de, tâbiiyet ilkesinden uzaklaşılmasının nedenlerinden biri olarak sayılabilir. Şöyle ki, artık, bir yabancı ile evlilik, kocanın ülkesinin vatandaşlığını kazansa bile, kadının kendi vatandaşlığını etkilememekte, bu yüzden, çifte vatandaşlık gün geçtikçe artmaktadır. Bu da tâbiiyet ilkesine olan ilginin azalmasına neden olmuştur. Tüm bunların yanında, çağımızda, ekonomik baskılar nedeniyle işçi göçlerinin arttığı bir gerçektir. Bu şekilde göç eden kişilerin belli bir oranı, göç ettikleri ülkede kalmakta ve kendilerine yeni bir hayat kurmaktadırlar: **Cavers**, Habitual Residence, s. 476-477.

150 **Nomer - Şanlı**, s. 123-124. Yabancı doktrin ve mahkeme uygulamalarında, mutad meskenin hukukî bir kavram olmadığı, bir vakıa olduğu genellikle kabul görmektedir: Bu konuda bilgi için bkz. **Cavers**, Habitual Residence, s. 487-488.

Özellikle, 19. yüzyılda, *La Haye* Konferansları[152] ile gelişmeye başlayan mutad mesken kavramı ilk kez, 1847 yılında Alman hukukunda kullanılmıştır. Ancak, bu kavram gelişip yaygınlaşmasını *La Haye* Sözleşmelerinde sıkça kullanılmasına borçludur[153].

MÖHUK. m. 9'da vesayet ve hacir; m. 12'de evlenme; m. 13'de boşanma ve ayrılık konularında, mutad mesken hukukuna yer vermiştir. Pek çok Kara Avrupası ülkesinde olduğu gibi, *La Haye* Sözleşmelerinde de uzun yıllardan beri benimsenmiş ve kullanılıyor olan mutad mesken bağlama noktasının, millî hukuk ve ikametgâh

---

151 **Özkan**, s. 29, dn. 118'de anılan eser: **Masmejan, Denis**: La Localisation, des Personnes Physiques en Droit International Privé, Etude Comparee des Notions de Domicile, de Residence Habituelle et d'Etablissement en Droit Suisse, Français, Allemand, Anglais, American et Dans Les Conventions de La Haye, Geneve, 1994, s. 84-85.

152 Mutad mesken kavramının kullanıldığı ilk *La Haye* Sözleşmesi, 12 Haziran 1902 tarihli Küçükler Hakkında Vesayet Sözleşmesi (*The Settlement of Guardianship of Minors*) ve 17 Temmuz 1905 tarihli Hacir ve Benzeri Tedbirler Sözleşmesi (*Deprivation of Civil Rights and Similar Measures of Protection*) dir: **Cavers**, Habitual Residence, s. 477. Mutad mesken'in kullanıldığı diğer *La Haye* Sözleşmeleri için bkz. **Cavers**, Habitual Residence, s. 477-479; **Özkan**, s. 29-30; ayrıca, mutad meskenin kullanıldığı diğer alanlar hakkında bkz. **Rogerson, Pippa**: "*Habitual Residence: The New Domicile*", Int. and Comp. L. Q, Vol. 49, 2000, s. 86-87.

153 Bu konuda ayrıntılı bilgi, farklı ülkelerdeki uygulamalar ve karşılaştırmalı hukukta mutad meskenin anlamı ve unsurları hakkında bkz. **Özkan**, s. 29-39. Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında *La Haye* Sözleşmesi'nde de, objektif ve sübjektif bağlama kuralları tespit edilirken, ikametgâh hukuku yerine mutad mesken hukukunun tercih edildiğini görüyoruz: Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 2-III-C-2-b. *La Haye* Sözleşmelerinin hiçbirinde mutad meskenin tanımı yapılmamış, aksine, bir tanım yapmaktan bilinçli olarak kaçınılmıştır. Aynı şekilde, milletlerarası alanda da, mutad mesken kavramının, kabul edilmiş ortak bir tanımı bulunmamaktadır: **Cavers**, Habitual Residence, s. 485; **Rogerson**, s. 87. İngiltere'de ve diğer *common law* ülkelerindeki içtihat hukukunda ortaya çıkan, genel mutad mesken, yetişkinlerin ve çocukların mutad meskeni hakkında özet bilgi için bkz. **Stone, Peter**: "*The Concept of Habitual Residence in Private International Law*", Anglo-Am. L. Rev., Vol. 29, 2000, s. 366-367; Amerikan mahkemelerinin mutad mesken hakkındaki yorumları hakkında bkz. **Hung, V. Katherine**: Recent Developments: "*There's no Place Like Home. Determining Habitual Residence: Feder v. Evans-Feder*", Ga. J. Int'l and Comp. L., Vol. 26, 1996-1997, s. 492 vd.

hukuku yanında, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi, hem modern anlayışa uygun olacak, hem de milletlerarası özel hukukta yeknesaklığı sağlama amacına hizmet edecektir.

Bununla birlikte, eşlerin ortak ikametgâh hukukunun olmadığı hallerde, yine bazı Avrupa ülkelerinin hukukunda kabul edildiği gibi[154], eşlerden birinin bu ikametgâhı koruyor olması şartı ile, son ortak ikametgâh hukukunun uygulanabilmesine ilişkin bir hükmün getirilmesi de yerinde olacaktır.

III- KURALIN UYGULAMA ALANI

A) EHVK DÖNEMİ

1- UYGULAMA ALANINA DAHİL KONULAR

EHVK döneminde, Kara Avrupası ülkelerindeki uygulama esas alınarak, doktrinde evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapma olanağını tespit edecek, sözleşmenin geçerliliğini ve hükümlerini idare edecek olan hukukun, evlilik mallarına uygulanacak hukuk olduğu kabul edilmişti. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun ise, eşlerin aynı ülkenin vatandaşlığına sahip olmaları halinde müşterek millî hukuk; farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olmaları halinde ikametgâh hukuku olduğu kabul edilmekteydi[155]. Eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinde, seçilen hukukta belirtilmiş olan evlilik mal rejimi türlerinden birini seçebilme

---

154 EGBGB. m. 14/I, 2 ve IPR. m. 18/2.

155 Eşlerin aynı ülke vatandaşlığına sahip olmaları halinde, ortak millî hukukun; farklı ülke vatandaşlıklarına sahip olmaları halinde ikametgâh hukukun uygulanması mutlak olmayıp kamu düzeni ile sınırlıydı: **Berki, O. F.**, s. 91. EHVK. m. 4'de, kamu düzenine giren konular tek tek sayılarak belirtilmemiş hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu maddenin son fıkrasında "… ve bu suretle intizamı ammeyi Devlete mugayir olmamak şartı ile alakadarının hükümeti metbuaları kavanınına tevfikan muamele olunur" şeklindeki ifade ile, kamu düzeninin istisnaî niteliği kabul edilmiştir.

olanağına da sahip olduğu kabul edilmişti. Evlilik mal rejimlerinin ne gibi hükümler doğuracağı da yine uygulanacak hukuka göre belirlenebilirdi. Örneğin, borçlardan sorumluluk, evlilik mal rejimini sona erdiren nedenler gibi konuların evlilik malları statüsüne tâbi olacağı da genel kabul görmüştü[156]. Ayrıca, eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesini değiştirme yetkilerinin olup olmadığı; değiştirebileceklerse, hangi nedenlerle değiştirebilecekleri gibi konuların da evlilik malları statüsünün kapsamına gireceği kabul edilmekteydi[157].

2- UYGULAMA ALANI DIŞINDAKİ KONULAR

a) Ehliyet

EHVK döneminde, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapabilmek için, eşlerin sahip olması gereken ehliyet konusunun, ahkamı şahsîyeyi ilgilendirmesi nedeniyle, millî hukuka tâbi olduğu kabul edilmekteydi[158]. Eşlerin, aynı ülkenin vatandaşlığına sahip olmaları halinde müşterek millî hukuk; farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olmaları halinde, her eşin kendi millî hukuku, ehliyet konusunu idare etmekteydi[159].

b) Şekil

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin şeklinin, hukukî işlemlerin şeklini idare edecek hukuka tâbi olacağı açıktır. Yani, bu konuda uygulanacak hukuk, "*locus*

156 **Berki, O. F.**, s. 90.

157 **Berki, O. F.**, s. 90.

158 **Seviğ, V. R.**, s. 78; **Berki, O. F.**, s. 90; **Göğer**, s. 209.

159 **Berki, O. F.**, s. 90; **Göğer**, s. 209.

regit actum" kuralı gereğince, sözleşmenin yapıldığı yer hukukudur[160]. Buna göre, Türkiye'de evlilik malları sözleşmesinin akdedilmesi, değiştirilmesi ya da feshi, ETMK. m. 173'e göre, resmî şekilde yapılmalı ve iki tarafın yasal temsilcileri tarafından imzalanmalıdır. Evlilik sırasında yapılan evlilik malları sözleşmeleri ise, mahkemenin onayına sunulmalıdır[161].

B) MÖHUK DÖNEMİ

1- UYGULAMA ALANINA DAHİL KONULAR

a) Genel Olarak

Yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları, eşlerce seçilen hukuka veya herhangi bir seçimin yapılmadığı hallerde objektif bağlama kurallarına göre belirlenen hukuka tâbi olur. Bu bağlamda olmak üzere, öncelikle, yasal ve seçimlik rejimin niteliği, evlilik malı kavramının kapsamına nelerin gireceği, hangi malların evlilik malı (yani edinilmiş mal ya da ortak mal), hangi malların kişisel mal olduğu gibi hususların tespiti, evlilik mallarını idare edecek hukuka göre belirlenecektir. Aynı şekilde, mal rejiminde yönetim, yararlanma ve tasarrufta bulunma hakkına hangi eşin sahip olduğu, eşlerin mallar üzerindeki mülkiyet, intifa, tasarruf ve idare yetkileri ile bu yetkinin kapsamı, bunların ne ölçüde diğer eşe veya üçüncü kişilere devredilebileceği, eşlerin borçlardan dolayı üçüncü kişilere karşı sorumluluğu, mal rejimi ile ilgili karineler ile mal rejiminin sona erme nedenleri ve mal rejiminin tasfiyesi gibi konular uygulanacak hukukun kapsamına girmektedir. Ayrıca, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin yapılabilme zamanı ile, taraflara irade

---

160 **Berki, O. F.**, s. 91; **Seviğ, V. R.**, s. 78.

161 **Berki, O. F.**, s. 91.

muhtariyeti tanınan hallerde, bu irade muhtariyetinin kapsamı gibi konular da yetkili hukuka tâbidir[162].

b) Boşanmanın Evlilik Malları Üzerindeki Etkisi

Evlilik mal rejimi, boşanma, evliliğin iptaline karar verilmesi, ölüm veya başka bir rejimin seçilmesi gibi nedenlerle sona erebilir. Evlilik mal rejimini sona erdiren bu tür hallerin ve benzeri sona erme nedenlerinin evlilik malları üzerindeki etkisi de MÖHUK. m. 14 uyarınca yetkili olan hukuka tâbidir.

Evlilik mal rejiminin, boşanma ile sona ermesi halinde, malların nasıl tasfiye edileceği konusu ile ilgili olarak; tasfiyede izlenecek yöntem, eşlerin pay oranları, bu oranın azaltılması ve kaldırılması nedenleri, ödemenin nasıl yapılabileceği, alacağa faiz yürütülüp yürütülemeyeceği, bu alacak için vadenin mümkün olup olmadığı, aile konutunun özel bir önemi olması halinde, aile konutu üzerinde talep edilebilecek hakların neler olduğu gibi konular mal rejimini ilgilendirmesi nedeniyle, evlilik malları rejimini idare edecek hukuka tâbi olacaktır[163].

Uygulamada sık karşılaşılabilecek hususlardan biri de, eşlerden birinin boşanmadan önce ya da boşanma dâvası sırasında, malların bir kısmı veya tamamı üzerinde muvazaalı işlemler yapması ihmali olabilir. Bu işlemlerin iptali ya da geçersizliğinin de mal rejimini idare edecek hukukun uygulama alanına girmesi gerektiği kanısındayız.

---

[162] **Çelikel**, MÖH, 1997, s. 201; **Tekinalp**, s. 159; **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 73; **Çavuşoğlu,** s. 171.

[163] **Çelikel**, MÖH, 1997, s. 201; **Tekinalp**, s. 159; **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı, s. 85; **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 74.

2- UYGULAMA ALANI DIŞINDAKİ KONULAR

a) Evlenmenin Genel Hükümleri

Bazı durumlarda, eşlerin evlilik birliği içindeki kişisel ilişkilerinin malvarlıkları üzerinde etki ettiği görülmektedir. Eşlerin, çocukların bakımına ve eğitimine beraberce özen göstermeleri (TMK. m. 185), evlilik birliğini ortaklaşa yönetmeleri, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmaları (TMK. m. 186), ailenin sürekli ihtiyaçları için eşlerden her birinin evlilik birliğini temsili (TMK. m. 188) gibi hak ve yükümlülükler buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durum, her ne kadar eşlerin malları üzerinde etki doğursa da, evlilik mallarına uygulanacak hukuk kapsamında olmayıp, evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuka tâbidir. Ancak, bazı hallerde, bir konunun evlilik mal rejiminin kapsamına girip girmediğinin tespiti çok kolay olmayabilir. Örneğin, kadının, evlilik birliği için, kendi malvarlığından harcama yapması halinde, harcama yaptığı miktarı kocaya rücu edip edemeyeceği konusunda evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk mu, yoksa evlilik mallarına uygulanacak hukuk mu yetkilidir? Esasen, burada vasıflandırma sorunu söz konusu olup, öncelikle vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağına karar vermek gerekir[164].

Türk hukukunda, bu konuda da evlilik mallarına uygulanacak hukukun yetkili olduğu ileri sürülmektedir[165].

b) Mirasa İlişkin Sorunlar

Evlilik mal rejiminin, eşlerden birini ölümü ile sona ermesi halinde, sağ kalan eşin sadece miras hakkına mı sahip olacağı, yoksa hem miras hakkına, hem de mal

[164] Bu konuda bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 2-V-A.

[165] **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 73.

rejimleri çerçevesinde bir hakka mı sahip olacağı meselesi, yine vasıflandırma sorunu olup, bu hususta geçerli olan kurallara göre çözülecektir. Vasıflandırmanın hâkimin hukuku sıfatıyla Türk hukukuna göre yapılması halinde, mirasa ilişkin sorunlar bakımından aşağıdaki sonuçlara varmak gerekir:

TMK. m. 226 vd. da düzenlenmiş olan hükümlere göre, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, ölüm, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme nedeni olup, bu tarih itibariyle tasfiye gerçekleşir. Tasfiye sonucunda, sağ kalan eşin, ölen eşinden katılma alacağı hakkına sahip olup olmadığı ya da sağ kalan eşin, borçlu olup olmadığı ortaya çıkacaktır.

TMK. m. 253/I'e göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, evliliğin ölümle son bulması halinde, sağ kalan eşin hakkı şahsî bir hak olmayıp aynî haktır ve eşler sadece iki grup mal[166] üzerinde hak sahibidir.

Mal ortaklığı rejiminde ise, eşlerden birinin ölümü halinde, ortaklık mallarının yarısı sağ kalan eşe geçer; diğer yarısı ise, sağ kalan eşin miras hakkı saklı kalmak üzere ölenin mirasçılarına geçer.

TMK. m. 240, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eşin bu rejimden kaynaklanan aynî hakkını düzenlemektedir. Bu madde uyarınca, sağ kalan eş, ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı, ölen eşiyle birlikte yaşadıkları konutta ise, intifa veya oturma hakkı talep edebilir.

Görüldüğü gibi, Türk kanun koyucusu bu tür konuları mal rejimleri içinde kabul etmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda, sağ kalan eşin mal rejiminden doğan hakları, evlilik mallarına uygulanacak hukukunun uygulama alanına girmektedir[167].

[166] Bu mallar, ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğinin güvence altına alınması amacına yönelik yatırımlar ve bunların yerine geçen değerlerdir.

c) Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri

TMK. m. 193, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her birinin diğeri ile hukukî işlem yapabilmesine olanak sağlamaktadır. Eşlerin, kendi aralarında borçlar hukukuna ilişkin işlemler yapmaları sonucunda, bu işlemlerin evlilik mallarını etkilediği durumlar da söz konusu olabilir. Eşler arasında yapılan sözleşmelere uygulanacak hukukun saptanmasında farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte[168], eşler arasında yapılan kira, bağışlama gibi sözleşmelerin, sözleşme statüsüne tâbi olacağı kabul edilmektedir[169].

Eşlerin kendi aralarında yaptığı sözleşmelerde, kişisel ya da ortak mallarından tasarruf etme yetkisinin kapsamı gibi, evlilik mal rejimini etkileyen hükümler, evlilik mallarına uygulanacak hukuka tâbi olacaktır. Eşlerin kendi aralarında ne tür hukukî işlemler yapabileceği konusu ise evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuka tâbi olmalıdır[170].

---

167 **Berki, Osman:** "*Mal Rejimleri ve Bunlardan Doğan Kanun İhtilâfları*", AÜHFD., Y. 1, 1943, S.1, s. 162.

168 Bu konuda iki görüş ileri sürülmüştür: Bunlardan birincisi, şekil şartları dışında sözleşmenin tek bir hukuka tâbi olmasıdır. İkincisi ise, sözleşmenin değişik yönleri göz önüne alınarak, birden fazla hukuka tâbi olabilmesidir. Bu görüşler ve yöneltilen eleştiriler için bkz. **Sayman,** s. 293 vd.

169 **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 74; **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı, s. 86. Fadlalah, Fransız mahkeme kararlarını inceledikten sonra, eşler arasındaki sözleşme tiplerini üç grupta toplamıştır. Yazara göre, birinci grupta, mal rejimine ilişkin sözleşmeler yer almaktadır ve bunlar, evlilik mallarına uygulanacak hukuka tâbidir. İkinci grupta, anlaşmalı boşanma, nafaka konusunda anlaşma gibi evlilik statüsünü ve bu statüye ilişkin sorunları konu alan sözleşmeler bulunmaktadır ve bu sözleşmeler boşanmaya veya nafakaya uygulanan hukuka tâbi olmalıdır. Borçlar hukukunun konusunu oluşturan ve herkesin yapabileceği sözleşmeler ise üçüncü grubu oluşturmaktadır ve bu sözleşmeler, evlenmenin genel hükümlerine tâbi olmakla birlikte, somut olayın özelliklerine göre, sözleşmeye uygulanacak hukuk da yetkili olabilir: **Fadlallah, I.:** La Famille légitime en Droit International Privé, Paris 1977, s. 239; **Sayman**, s. 296, dn. 637'de anılan eser.

170 **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 74; **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı, s. 86.

d) Aynî Haklar

Evlilik mal rejimi kapsamında aynî hakların tanımı ve kapsamı gibi konularda, MÖHUK. m. 23 gereğince, malların bulunduğu yer hukuku (*lex rei sitae*) uygulanır. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun, aynî bir hakkı, örneğin mülkiyet hakkını, tespit etmesi halinde de, mülkiyet hakkının tanımı, kapsamı, türleri konusunda da yine *lex rei sitae* uygulanacaktır[171].

e) Ehliyet

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmak için eşlerde aranan ehliyet koşulu, konunun ahkâmı şahsîyeye ilişkin olması nedeniyle, yetkili hukukun uygulama alanı dışındadır[172]. Dolayısı ile, ehliyet konusunda MÖHUK. m. 8'de yer alan kurallar uygulanacaktır. Türk hukukunda fiil ehliyeti hakkında şahsî statü olarak millî hukuk uygulanır. Buna göre, kişinin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapabilmek için fiil ehliyetine sahip olup olmadığı, millî hukukuna göre tespit edilecektir[173].

f) Şekil

Modern hukuk sistemlerinde, hukukî işlemlerin geçerli olarak yapılabilmesi kural olarak şekle tâbi değildir. Türk hukukunda BK. m. 11'de şekil serbestisi

---

171 **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 74-75; **Uluocak**, Kanunlar İhtilafı, s. 86-87.

172 **Berki, O. F.**, s. 90.

173 TMK. m. 204'e göre, mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için, eşlerin ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekir. Yine aynı maddeye göre, küçük ve kısıtlılar, ancak yasal temsilcilerinin rızasını alarak bu tür sözleşmeleri yapabilirler. Aksi halde sözleşme geçersiz olacaktır. Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, §1-III-2; ayrıca, gerçek kişilerin ehliyeti hakkında bkz. **Tekinalp**, s. 47-67; **Nomer - Şanlı**, s.208 vd.; **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 23-34.

düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tâbi değildir. Ancak, hukukumuzda, evlenme (TMK. m. 135 vd.), tanıma (TMK. m. 295 vd.), mal rejimi sözleşmesi (TMK. m. 205), evlât edinme (TMK. m. 309 vd.), miras sözleşmesi (TMK. m. 545), vasiyetname (TMK. m. 531 vd.) gibi, aile veya miras hukukuna ilişkin sözleşmelerin şekle tâbi olduğu görülmektedir ve bu bir geçerlilik koşuludur[174].

MÖHUK.'da, 'hukukî işlemlerde şekil', m. 6'da açıkça düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, hukukî işlemler, yapıldıkları yer hukukunun (*LRA*[175]) ya da o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (*lex causae*) belirlediği şekle uygun olarak yapılabilir. Görüldüğü gibi, Türk hukukunda hukukî işlemlerin şeklî bakımından alternatif bir bağlama sistemi tercih edilmiştir. Başka bir anlatımla, hukukî işlemin şeklen geçerli olması için, bu iki hukuktan birine uygun olarak yapılmış olması yeterlidir[176].

Evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin şeklî bakımından da aynı kurallar geçerlidir. Bu nedenle, böyle bir sözleşme, LRA veya *lex causae*'nın aradığı şekil şartlarından birine uygun olarak yapılabilir.

LRA prensibine göre, evlilik mallarına ilişkin sözleşmenin Türkiye'de yapılması veya *lex causae*'nın Türk hukuku olması halinde, sözleşmenin şeklinin

---

[174] **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 34.

[175] Milletlerarası özel hukukta LRA kuralının gelişimi, kuralın mecburî bir kural olmaktan çıkıp ihtiyarî hale gelmesi, LRA'nın sadece hukukî işlemlerin şekline uygulanması ve favor negotii ilkesi için bkz. **Erdener, Nihal:** Türk Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki, İstanbul 1958; **Doğangün, Temel:** Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996; **Berki, O. F.,** s. 46 vd; **Nomer - Şanlı**, s. 199 vd; **Tekinalp,** s. 84 vd; **Yörük,** s. 199 vd.; **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 34 vd.

[176] **Nomer - Şanlı**, s. 201.

TMK. m. 205'e uygun olması gerekir[177]. Bu maddeye göre, 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.

Eşlerin yabancı bir ülkede evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmaları veya yabancı bir hukuku uygulanacak hukuk olarak seçmeleri halinde, bu hukuklardan birinin aradığı şekil şartlarını yerine getirmek, sözleşmenin şeklen geçerliliği bakımından yeterli olacaktır.

IV- KURALIN UYGULAMA ALANINI SINIRLAYAN DURUMLAR

A) KAMU DÜZENİ

MÖHUK. m. 5'de düzenlenmiş olan kamu düzeni[178], yetkili yabancı hukukunun uygulanmasını önleyen istisnaî bir niteliğe sahiptir. Başka bir anlatımla, bu maddeye göre esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Uygulanacak

[177] **Berki, O.,** Mal Rejimleri, s. 168.

[178] MÖHUK. m. 5'e göre, "yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır". Kamu düzeninin müdahalesi hakkında geniş bilgi için bkz. **Nomer - Şanlı**, s. 159-179; **Çelikel**, s. 124-137; **Tekinalp**, s. 36-37; **Seviğ**, s. 160-163. Karşılaştırmalı milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı için bkz. **Ökçün, Gündüz**: Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, B. 2, Ankara 1997, s. 6 vd.; **Graveson, R. H.**: "*Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law*", Rec. des. Cours, Vol. 49, 1963/II, s. 37-48; ayrıca, bazı ülkelerde kamu düzenine ilişkin düzenlemeler için bkz. **Tanrıbilir, F. Bilge:** Kanunî Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 2000, s. 52. Kamu düzeni istisnası EHVK. m. 4'de açıkça düzenlenmişti ve Yargıtay tarafından da kabul edilmişti. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Metya**, s. 164-168; **Berki**, 23-29; **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı, s. 214-225. Konu ile ilgili EHVK dönemindeki örnek Yargıtay kararları için bkz. **Ökçün**, s. 48 vd.

yabancı hukukun kamu düzeni istisnası ile karşılaşabilmesi, yabancı hukukun olaya uygulanacak hükmünün Türk kamu düzenini tahammül edilmez şekilde ve açıkça ihlâl etmesi halinde mümkün olabilir[179].

Kamu düzeni kavramının sınırlarını çizmek ve yetkili hukukun uygulanmasına engel olabilecek halleri belirlemek her zaman çok kolay olmayabilir. Kamu düzeninin istisnaî nitelik taşıması nedeniyle, zaten buna gerek de yoktur. Dolayısıyla, her somut olayda kamu düzeni müdahalesinin mümkün olup olamayacağı hâkim tarafından değerlendirilmelidir[180].

Objektif veya sübjektif bağlama kuralları ile belirlenen evlilik malları statüsünün yabancı bir ülkenin hukuku olması halinde, bu hukukun olaya uygulanan hükümleri, mahkemenin mensup olduğu ülkenin kamu düzenini açıkça ihlâl ediyorsa söz konusu hükümler uygulanmayacaktır. Uygulanacak hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını takdir edecek olan hâkimdir. Takdir hakkını kullanan hâkim, yabancı hukukun uygulanmasının sonuçlarının açıkça ve tahammül edilmez bir şekilde kamu düzenine aykırılığını araştırırken, kamu düzeninin istisnaî nitelikte olduğunu ve mahkemenin mensup olduğu ülkenin emredici hükümlerine aykırılığın her zaman kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmayacağını da göz ardı etmemelidir.

Evlilik malları konusunda, genellikle, kamu düzeninin müdahalesi, uygulanacak hukukun, cinslerin eşitliği ilkesine aykırı hükümler içermesi ya da eşler

---

[179] "Ahlâk ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve yargılarını, adalet, ahlâk anlayışını, Anayasa'da yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlâl eden olgulardır". Bkz. Yargıtay HGK.'nun, 6.5.1998 tarih ve E. 12-287, K. 325 sayılı kararı: **Nomer - Şanlı**, s. 160. Ayrıca, Yargıtay kararlarından hareketle, kamu düzeninin kapsamının belirlendiği bir çalışma için bkz. **Ökçün**, s. 101 vd.

[180] **Nomer - Şanlı**, s. 163.

arasında etnik köken, din gibi nedenlerle ayrımcılık yapması halinde ortaya çıkabilir. Örneğin, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına uygulanacak hukuk, evlilik mal rejiminin sona ermesi halinde, kadının herhangi bir mal almasını yasaklayan hükümler içeriyorsa, bu kuralın kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşması, olayın Türkiye ile ilgisi olduğu ölçüde kuvvetli bir ihtimaldir. Çünkü, Türk hukukunda kadın ve erkeğin eşitliği Anayasal güvence altındadır (Any. m. 10) ve toplumun temeli olan aile, eşler arasındaki eşitlik temeline dayanır (Any. m. 41).

Bununla birlikte, mal rejimleri konusunda, uygulanacak yabancı hukuk kurallarının, Türk hukukundan farklı hükümler içermesi veya farklı bir sistem kabul etmiş olması kamu düzeni müdahalesini gerektirmez. Örneğin, uygulanacak hukukta, evliliğin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eşin evlilik mal rejiminden dolayı herhangi bir hak talep edemediği bir sistemin kabul edildiğini düşünelim. Ancak, sağ kalan eş, evlilik mal rejimine dayanarak hiçbir şey alamıyor olmasına rağmen, mirasçı olabiliyorsa, bu halde, kamu düzeni müdahalesinden bahsedilemez[181]. Zira, uygulanacak yabancı hukuk, eşe mal rejimi açısından herhangi bir olanak tanımamasına rağmen, miras hakkı vererek sağ kalan eşi korumakta ve böylece bir denge sağlamaktadır. Ancak, sağ kalan eş, cinsiyeti nedeniyle, ne mal rejiminden

[181] Bunun tam tersi bir durum da söz konusu olabilir. Nitekim, benzer bir durum, Yargıtay 2. HD. nin 15.10.1968 tarihli 5910 sayılı kararına konu olmuştur. Olayda, ölen kişi Musevi asıllı İran vatandaşı olup, terekesinin taksimi gerekmiştir. EHVK'ya göre, taşınır miras, ölenin millî hukukuna tâbidir. Ölenin millî hukuku, İran hukukudur ve İran hukuka göre, Musevi dinine mensup olanlar, bu dinin kurallarına tâbidirler. Musevi dini ise, sağ kalan eşe miras hakkı tanımayıp, konuyu mal rejimi içinde düzenlemiştir. Olayda, terekenin taksimine uygulanacak hukukun Türk kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülmüş; ancak, Yargıtay, millî hukuktaki sistem farklılığının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönündeki yerel mahkeme kararını onamıştır. Yargıtay'ın bu kararı, doktrin tarafından da onay görmüştür: **Berki, O. F.,** s. 126; **Göğer,** s. 278 vd.; **Uluocak,** MÖH. Dersleri, s. 153; ayrıca günümüzde böyle bir sorunun ortaya çıkması halinde, uyumlaştırma (intibak) yolunun araştırılabileceği yönünde bkz. **Tekinalp,** s. 240.

dolayı, ne de miras hakkı olarak malvarlığından herhangi bir şey alamıyorsa, bu durum, toplumun adalet ve hukuk anlayışını temelden sarsacağı için, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilmelidir.

Kamu düzeni istisnasına ilişkin olarak verilen bu örneklerin dışında, Türk doktrininde, TMK. m. 209 uyarınca, mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birinin iflasına karar verilmesi halinde, ortaklığın kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüştüğüne ilişkin hükmün, üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak için getirilmiş bir hüküm olduğu, bu nedenle bu hükme aykırı bir düzenlemenin Türkiye'de uygulanmasının kamu düzeni istisnası ile karşılaşacağı savunulmuş olmakla birlikte[182], bu anlayışın, kamu düzeninin istisnaî karakterine aykırı olduğu kanısındayız. Zira, yetkili yabancı hukukun olaya uygulanan hükmünün, hâkimin mensup olduğu devletin emredici kurallarına aykırı olması, bu kuralların hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenine de açıkça aykırı olduğu anlamına gelmez. Emredici hukuk kuralı, aynı zamanda doğrudan uygulanan kural ise, bu takdirde, kamu düzeni istisnasına başvurmaya da gerek kalmayacaktır.

B) DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

Evlilik mallarını ilgilendiren bazı konular, uygulama alanı ülkesel olarak belirlenen ve özel bir amaçla kabul edilen kanun veya kurallarla emredici olarak düzenlenebilir. Bu kanun veya kuralların uygulama alanı öyle belirlenmiştir ki, bunların kapsamına giren olay ve ilişkilere yabancı unsur taşısın ya da taşımasın bu

[182] **Göğer**, s. 210. Benzer şekilde, TMK'nun 210. maddesinde düzenlenmiş olan, eşlerden biri aleyhine yapılan hacizde alacaklının zarara uğraması halinde, hâkimden mal ayrılığına karar verilmesini isteyebileceğine ilişkin hükme aykırı bir düzenleme getiren yabancı hukukun da Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği ileri sürülmüştür: **Göğer**, s. 210.

kurallar uygulanmaktadır[183]. Doğrudan uygulanan kurallar[184] olarak adlandırdığımız bu kurallar, yetkili yabancı hukuka rağmen uygulanması gereken kurallardır. Doğrudan uygulanan kuralların, yetkili yabancı hukuka rağmen uygulanacağı hususu, birçok ülke mevzuatında[185] ve milletlerarası sözleşmede açık olarak düzenlenmiştir.

Türk hukukunda bulunan bu nitelikteki kuralların ya da kanunların, yetkili yabancı hukuka rağmen uygulanacağına dair pozitif bir kural bulunmamakla birlikte[186], bu tür kuralların uygulama alanından ve amacından, kanun koyucunun, kuralın kapsamına giren ve ülkede gerçekleşen her olaya yabancı unsur taşısın ya da taşımasın bu kuralın uygulanmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Evlenme statüsünde bulunan doğrudan uygulanan kuralların da hâkim tarafından uygulanacağı kabul edilmektedir[187]. Bu kuralların, yetkili yabancı hukukun bir parçası olarak hâkim tarafından uygulanacağı açıktır.

Öte yandan, olayla ilgili üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının da, mahkeme ülkesinin kamu düzenini ihlal etmediği sürece dikkate alınacağı doktrinde[188] ve bazı ülkelerin mevzuatında kabul görmüştür.

Türk hukukunda, evlilik mal rejimleri ile ilgili olarak, ETMK.'nın 237 ilâ 240. maddelerinde düzenlenmiş olan, yeni TMK.'da yer almayan, mal rejimi sicilinin

---

[183] Doğrudan uygulanan kurallar alanında izlenen yöntem hakkında bkz. **Tiryakioğlu, Bilgin**: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı (Rekabet), Ankara 1997, s. 30-39.

[184] 'Doğrudan uygulanan kurallar', bazen, 'emniyet ve asayiş kuralları' (EHVK. m. 2'de olduğu gibi), bazen de 'müdahaleci kurallar' ya da 'zorunlu uygulanan kurallar' gibi farklı isimlerle anılmaktadır.

[185] Örnek olarak bkz. EGBGB. m. 34; LDIP. m. 18.

[186] Ancak, EHVK. m. 2'de doğrudan uygulanan kuralların (emniyet ve asayiş kurallarının) uygulanacağı açıkça ve emredici şekilde düzenlenmişti.

[187] **Tekinalp,** s. 41.

[188] **Tiryakioğlu**, Rekabet, s. 38; **Nomer - Şanlı**, s. 300; **Tekinalp,** s. 300.

tutulması ve bu yolla üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasını sağlayan kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu savunulmuştur[189].

V- UYGULANACAK HUKUK AÇISINDAN ÖZELLİK ARZEDEN DURUMLAR

A) VASIFLANDIRMA

Yabancı unsur içeren hukukî olay veya ilişkiye uygulanacak hukuku tespit etmekle yükümlü olan mahkeme, öncelikle bu hukukî olay veya ilişkinin mahiyetini tespit etmelidir[190]. Dâva konusu hukukî olay veya ilişkinin, örneğin bir aile hukuku meselesi mi, yoksa haksız fiil meselesi mi olduğunun belirlenmesi, bağlama konusunu, dolayısıyla olaya uygulanacak bağlama kuralını etkileyecektir. İşte, bağlama kuralının, bağlama konusunun mahiyetini tespitten doğan ihtilâflara, vasıf ihtilâfı, bu ihtilâfın halli için yapılan işlem de vasıflandırma (*qualification, classification* veya *characterization*)[191] olarak adlandırılır ve mahkemenin olaya uygulanacak bağlama kuralını tespit etmesi için, öncelikle somut hukukî ilişkinin hukukî mahiyetini tespit etmesi gerekir[192].

Türk hukukunda vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağı hususunda ne EHVK.'da, ne de MÖHUK.'da herhangi bir pozitif hüküm bulunmaktadır. Doktrinde vasıflandırma sorununun çözümünde *lex fori*'nin, yani dâvanın açıldığı

---

[189] **Göğer**, s. 211.

[190] **Berki, O. F.,** s. 37 vd.

[191] Bazı yazarlar '*characterization*' kavramını tercih etmektedirler: **Robertson, A. H.:** Characterization in the Conflict of Laws, Cambridge-Massachusetts 1940; **Marsh**, s. 69; bazı yazarların ise, '*classification*' kavramını tercih ettiğini görüyoruz: **Graveson,** s. 38 vd.; ayrıca yazarların terminoloji tercihi konusunda bkz. **Robertson,** s. 23-24.

[192] **Marsh**, s. 69; **Göğer**, s. 83.

mahkemenin hukukunun uygulanması ilkesi genel kabul görmekle birlikte[193]; ilk aşamada vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre, daha sonraki aşamada ise *lex causae*'ya göre yapılması gerektiğini[194], ya da vasıflandırma alanında hukukî ilişkinin özelliği ve bu ilişki hakkındaki milletlerarası özel hukuk menfaatlerini göz önünde tutarak *lex fori* ya da *lex causae* esaslarından birinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır[195].

Özellikle aile hukuku konularına giren, evlilik malları, evliliğin kişisel etkileri, boşanmanın veya mirasın sonuçları gibi konularda, vasıflandırma sorunları

---

193 **Belgesay**, s. 67; **Şakir Berki**, s. 40; **İler**i, s. 235; **Seviğ, M. R**., s. 335; **Seviğ, M. R**., Miras, s. 96; **Yörük**, s. 130 vd.; **M.R. Seviğ - V.R. Seviğ**, s. 412; **Berki, O. F.**, s. 42; **Seviğ, V.R.**, s. 139-147. İngiliz hukukunda, vasıflandırma sorunu esasen, kişilerin evlenirken mal ortaklığı rejimine tâbi olduğu; daha sonra İngiliz ikametgâhına sahip olup, İngiltere'de ölmesi halinde sorun yaratmaktadır. İngiliz mahkemeleri, bazı istisnalar dışında (1954 ve 1945 tarihli bu istisnaî dâvalar için bkz. **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 16, dn. 47) *lex fori*'ye (yani İngiliz hukukuna) göre vasıflandırmayı kabul etmiştir. Dolayısıyla, sorunun evlilik malları ya da miras hukukuyla ilgili olup olmadığı İngiliz hukukuna tâbi tutulmaktadır. Bu konuda sorun yaratan tek özel durum, vasiyetname sahibinin, sonraki bir evlilikle yapmış olduğu vasiyetnamenin geçersiz kılındığına dair İngiliz kuralıdır. *Re Martin* dâvasında (P 211, 1900) bu sorun miras hukukuna değil, evlilik mallarına ilişkin bir konu olarak vasıflandırılmıştır. Bugün, bu karar eleştirilmekte ve bir vasiyetin, sonraki bir evlilik tarafından geçersiz kılınıp kılınmadığı sorununa, vasiyetname sahibinin evlilik tarihindeki ikametgâhının bulunduğu yer hukukuna göre vasıflandırılması gerektiği savunulmaktadır: **Dicey - Morris**, 2000, s. 43. Gerçekten de, bu durumda, yapılan vasıflandırmaya göre, sağ kalan eşin, malvarlığından alacağı miktar da değişmektedir. Bununla birlikte, bu noktada ortaya çıkabilecek bir adaletsizlik, 1975 yılında kabul edilen, Miras Kanunu - Aile ve Bakmakla Yükümlü Olunan Kişilere İlişkin Hükümler (*Inheritance - Provision for Family and Dependants - Act*) çerçevesinde düzeltilebilir: **Clarkson - Hill - Thompson**, s. 23.

194 **Uluocak,** Kanunlar İhtilâfı, s. 202.

195 Bu görüşe göre, her somut olay tek tek ele alınarak makul ve akla uygun çözümler üretme yoluna gidilmelidir. Bu amacı gerçekleştirirken de, kuralın içeriğinin işlevi ve ulaşılan sonucun hakkaniyete uygun ve makul olması gerektiği göz ardı edilmemelidir: **Neuner,** s. 189; **Göğer**, s. 88 vd.; **Çelikel,** s. 79.

bazı karışıklıklara neden olabilir[196]. Örneğin, milletlerarası özel hukukta, sağ kalan eşin miras hakkı ile mal rejimine dayanan hakkı arasında vasıf ihtilâflarına sıklıkla rastlanmaktadır. Şöyle ki, sağ kalan eşin miras hakkı, bazı hukuk sistemlerinde miras hukukuna giren bir konu olarak düzenlenmişken, bazı hukuk sistemlerinde, mal rejimine giren bir konu olarak düzenlenmiştir[197]. Durum böyle olunca, sağ kalan eşin terekedeki hakkının miras veya mal rejimi olarak vasıflandırılmasına göre uygulanacak hukuk değişecektir. Benzer bir şekilde, mal rejimleri bazı ülkelerde ahkamı şahsîyeden sayılır ve aile hukukunun konusuna girdiği kabul edilip, ahkamı şahsîyeyi idare eden hukuka tâbidir. Bazı ülkelerde ise, mal rejimi hukuk seçimi sözleşmelerinin, borçlar hukukunun konusuna girdiği kabul edilip, irade muhtariyeti ilkesine tâbi kılınır[198].

Vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağı, bağlama konusunun ve ilgili bağlama kuralının dolayısıyla uygulanacak hukukun belirlenmesinin de ilk adımıdır. Yukarıda verdiğimiz örneğe dönersek, hâkimin *lex fori*'ye göre vasıflandırma

---

196 **Siehr**, Domestic Relations, s. 64.

197 **Neuner,** s. 188. Bu konudaki emsal dava, Cezayir Temyiz Mahkemesinin 24 Aralık 1889 tarihli kararıdır. Cezayir'e yerleşen ve orada malvarlığı edinen Malta'lı eşlerden, koca bir süre ölür. Sağ kalan eş, evlenme anında Malta'da ikametgâh sahibi oldukları ve aralarında açık bir sözleşme olmaması nedeniyle, Malta hukukunda geçerli olan, evlilik malları rejimine göre malların paylaştırılmasını talep etmiştir. Aynı zamanda Fransız miras hukuku sağ kalan eşe malvarlığı üzerinde herhangi bir miras hakkı tanımamaktadır. Ancak, Fransız hukuku sağ kalan eşe evlilik mal rejimine dayanan bir hak tanımaktadır. Bu davada evlilik mallarını Malta hukuku, fakat miras haklarını Fransız hukukunun (O dönemde, Cezayir, Fransa'nın bir parçası olarak kabul edildiğinden, Fransız hukuku uygulanmaktaydı) idare edeceği açıktır. Burada sorun, konunun, davacının iddia ettiği gibi, evlilik malı olarak mı vasıflandırılacağı -ki bu şekilde vasıflandırılırsa, olaya Malta hukuku uygulanır-, yoksa, miras hakkı olarak mı vasıflandırılacağıdır -ki bu halde Fransız hukuku uygulanacaktır-. Mahkeme, Malta hukukunun sağ kalan eşe, mal rejimine ilişkin olarak verdiği hakları kabul etmiş ve sonuçta sağ kalan eşin talebini kabul etmiştir: **Robertson,** s. 158-159; benzer dava örneği için bkz. **Robertson,** s. 163-164.

198 **Berki, O. F.,** s. 39; **Berki, O. F.,** Kanunî Miras, s. 27.

yaptığını ve kendi hukukuna göre sağ kalan eşin, terekedeki hakkının, miras hukukundan doğan bir hak olduğu sonucuna vardığını farz edelim. Böylelikle, daha başlangıçta, bağlama kuralının tespiti sırasında, hukukî ilişkinin başka türlü vasıflandırılması nedeniyle, evlilik mallarına uygulanacak hukuk bertaraf edilmiş olacaktır[199].

Türk hukukunda, eşlerden birinin ölümü nedeniyle sona eren evlilikte, sağ kalan eşin, ortak mal sayılan malların taksim edilmesi söz konusu olduğunda, öncelikle talep edeceği hakkın, miras hakkı değil, mal rejiminden doğan bir hak olduğu kabul edilmektedir[200]. Zira, Türk hukukunda, evliliğin ölüm ile son bulması halinde, evlilik mallarına ilişkin kurallar uygulandıktan sonra, terekeye dahil olan mallar belirlenir. Bu şekilde belirlenen tereke malları hakkında da miras hukuku hükümleri uygulanır[201].

Modern hukuk sistemlerinde, evlilik mal rejiminin sağ kalan eşin miras hakkı ile ilişkisi, mal rejimi hukuku ile miras hukuku birbirini tamamlayacak şekilde düzenlenmektedir.

Genellikle sağ kalan eşin mahfuz hissesi, mal rejimi ile kendisine az veya çok imtiyazlı durum yaratılmış olmasıyla uyum içinde düzenlenmektedir. Türk hukukunda da, yukarıda belirtildiği üzere, sağ kalan eş hakkında, öncelikle mal rejiminin tasfiyesine gidilir ve bu husus mal rejimi hukukuna tâbidir. Başka bir anlatımla, sağ kalan eşin terekedeki alacağını tespit edebilmek için, öncelikle mal rejimine ilişkin ihtilâf çözülmelidir. Zira, ancak, mal rejimi tasfiye edildikten sonra,

---

199 **Tanrıbilir,** s. 45.

200 **Seviğ, V. R.,** Miras, s. 109.

201 **Tekinalp**, s. 159.

ölen eşin terekesi ortaya çıkmış olur ve daha sonra, sağ kalan eşin miras hissesi, MÖHUK. m. 22/I uyarınca, miras statüsüne göre saptanır[202].

B) NORM EKSİKLİĞİ - NORM KÜMELENMESİ

Hâkimin yaptığı vasıflandırma sonucunda ilgili bağlama kuralı ve dolayısıyla uygulanacak hukuk tespit edilir. Bu şekilde tespit edilen hukukta, bazen somut olaya ilişkin kural bulunmayabilir veya ilgili kurallar o hukuk sisteminde hâkimin iç maddî hukukundaki gibi vasıflandırılmamış olabilir. Bazen de, birbiriyle bağlantısı olan hayat ilişkileri için birden fazla hukukun uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin, Türk vatandaşı eşler, evlendikten bir süre sonra, Avusturya vatandaşlığına geçmişler, bir süre sonra koca ölmüştür. Karı koca arasındaki mal rejimi ilişkisine MÖHUK. m. 14 gereğince Türk hukuku, miras ilişkisine ise MÖHUK. m. 22 gereğince, Avusturya hukuku uygulanacaktır. Aynı hayat ilişkisinde, bu şekilde, birden fazla hukuk nizamının bir araya gelmesi, bazen normlar arasında bir uyuşmazlığa, yani norm çelişkilerine (norm eksikliği veya kümelenmesi) neden olmaktadır[203].

Görüldüğü gibi, eşlerin malvarlığına ilişkin kurallar çift yönlü bir fonksiyona sahiptir. Eşlerin evlilik mal rejimlerine ve miras hakkına ilişkin kurallar, aynı hukuk sistemine tabî ise, bunların birbiriyle uyumlu olması beklenir. Ancak, bu kurallar farklı hukuk sistemlerine ait ise, norm kümelenmeleri ve norm eksikliği dediğimiz norm çelişkileri ortaya çıkabilir[204]. Bu nedenle, norm eksikliği ya da norm kümelenmesinin en sık ortaya çıktığı hallerden biri, evlilik malları ile miras statüsünün yukarıdaki örnekte belirtildiği gibi farklı olması halidir. Evlilik malları ile

---

202 **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 74.

203 **Nomer - Şanlı**, s. 134; **Tekinalp,** s. 32; **Tanrıbilir,** s. 115.

204 **Neuner,** s. 189.

ölüm halinde sağ kalan eşin miras hakları arasında uygun bir sınır çizmek, uyuşmazlık kurallarının kapsamını belirlemek açısından önem taşımaktadır[205]. Evlilik mallarına uygulanacak hukuk ile mirasa uygulanacak hukukun farklı olması halinde, sağ kalan eşin zararına sonuçlar ortaya çıkabilir[206]. Şöyle ki, bazı hukuk sistemlerinde (Amerika'nın bazı eyaletleri, İsveç, Brezilya), evliliğin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eş, mal rejimi sistemi ile (zorunlu mal ortaklığı sistemi) tatmin edilir ve eşe miras hakkı tanınmaz. Bazı hukuk sistemlerinde ise (Türkiye, İsviçre, Kanada, İngiltere), sağ kalan eş, kanunî mirasçılık hakkını da haizdir. Brezilya'lı bir çiftin evlendikten sonra İngiliz vatandaşı olması halinde, sağ kalan eş, ortak millî hukuku (Brezilya) uyarınca, zorunlu mal ortaklığı rejimine göre mirasçı sıfatı göz önüne alınmaksızın bazı mallar kazanırken, miras statüsü olan İngiliz hukuka göre de terekeden pay alır. Böylece norm kümelenmesi sorunu ortaya çıkar. Bunun tam aksine, İngiliz bir çift evlenir, daha sonra Brezilya vatandaşlığını kazanırlarsa, Brezilya'da sağ kalan eşe miras hakkı tanınmadığı için ne miras statüsü olan Brezilya hukukuna göre, ne de mal rejimi statüsü olan İngiliz hukukuna dayanarak bir şey alabilir ve böylece norm eksikliği sorunu ortaya çıkar[207].

Norm kümelenmesi bazı hukuk sistemlerine aykırı düşmemektedir; ancak, neden olduğu haksızlık yüzünden, norm eksikliği mutlaka çözülmesi gerekli bir sorun teşkil etmektedir. Hâkimin hukukundaki kanunlar ihtilâfı kuralları nedeniyle, sağ kalan eşin bu şekilde mağdur edilmesinin önüne geçilmesi gerekir. Bu nedenle,

---

205 **Rabel,** s. 374-375.

206 **Doğan, Vahit:** "*Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı*", SÜHFD., C. 3, S. 1, 1990, s. 193.

207 **Tekinalp,** s. 32; **Göğer**, s. 91. Benzer örnek için bkz. **Nomer - Şanlı**, s. 135 - 136.

norm kümelenmesi veya norm eksikliği şeklinde ortaya çıkan norm çelişkisinin çözümü metotları geliştirilmiştir[208].

Norm çelişkilerinin çözümünde; intibak (*adaptation*) ve ikâme (*substitution*) olarak adlandırılan iki yöntem izlenmektedir. İntibak yönteminde, bir arada bulunan iki hukuk sisteminden birisinin maddî hukuk kuralları, olduğu şekliyle değil, anlamlı ve menfaatler dengesine uygun bir sonuç elde edecek biçimde yorumlanır. Norm kümelenmesine ilişkin olaylarda, çelişki teşkil eden hükümlerden kaçınmak için atıf dikkate alınmayabilir ya da norm eksikliğine ilişkin olaylarda atıf genişletilerek çözüm üretilebilir[209].

Sağ kalan eş, ne mal rejimi, ne de miras statüsüne dayanarak bir şey elde edemiyorsa, intibak metodu uygulanarak çözüme gidilmelidir.

İkâme yönteminde ise, hâkim ya uygulanacak hukuktaki kanunlar ihtilâfı kurallarını, ya da kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını, bu kurallar birbirini tamamlar şekilde yorumlar ve yeni bir kanunlar ihtilâfı kuralı oluşturur[210].

Kısacası, evlilik malları ve miras hukukunu ilgilendiren bir konuda, norm kümelenmesi ya da norm eksikliği sorunuyla karşılaşıldığında, konu ile ilgili hukuk sistemlerinin, iç maddî hukuk kurallarının, kendi içlerinde sağladığı denge, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları hakkında da sağlanmaya çalışılmalı ve hâkim, menfaat dengesini sağlayacak şekilde yorum yaparak sorunu çözmelidir.

---

208 **Tekinalp,** s. 32.

209 **Nomer - Şanlı**, s. 134vd; **Doğan,** s. 193.

210 **Tekinalp,** s. 32-33; **Tanrıbilir,** s. 117.

C) ATIF[211]

1- SÜBJEKTİF BAĞLAMA

Eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmaları halinde, seçilen hukukun maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağı genel kabul görmüştür. Böyle bir durumda, eşlerin, seçmiş oldukları hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının değil, konu ile ilgili maddî hukuk kurallarının uygulanmasını istedikleri açıktır. O halde, sözleşme ile hukuk seçimi yapmış olan eşlerin, o ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanmasını amaçladıkları ve iradelerini bu yönde açıkladıkları kabul edilmelidir. Eşlerin iradesini, aksi yönde düşünmeyi gerektirecek açık bir durum yoksa, başka türlü yorumlamak mümkün değildir. Eşlerin, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmalarının nedeni, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları uyuşmazlığına, bizzat, kendi seçtikleri hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanarak uyuşmazlığın çözülmesidir. Bağlama kuralının bu şekilde sübjektif olarak belirlendiği bir durumda, eşlerin iradelerine önem vermeyip, atfı kabul etmek, uyuşmazlığın, eşlerin hiç de istemedikleri bir hukuka göre çözülmesine yol açabilir. Bu ise -sınırlı bile olsa- irade muhtariyeti ilkesi ile bağdaşmaz. Dolayısıyla, sübjektif bağlamada yani uygulanacak hukukun taraflarca belirlendiği durumlarda, atfın kabul edilmemesi gerekir[212].

---

211 Atıf konusunda bkz. **Göğer**, s. 59-75. **Nomer - Şanlı**, s. 144-158; **Tekinalp**, s. 30-31; **Çelikel**, s. 96-114; **Aybay, Rona – Dardağan, Esra:** Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul 2005, s. 141-158. Milletlerarası aile hukuku atfın en önemli uygulama alanlarından biridir: **Siehr**, Domestic Relations, s.65.

212 Atfın irade muhtariyeti ile bağdaşmadığı yönünde görüş için bkz. **Göğer,** s. 70-71; ayrıca sözleşme hukuku alanında atfın kabul edilemez olduğu yönünde bkz. **Tiryakioğlu, Bilgin:** Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk (Taşınır Mal Satım Sözleşmesi), Ankara 1996, s. 273; **Çelikel,** s. 108.

2- OBJEKTİF BAĞLAMA

Objektif bağlama kuralı, yabancı bir hukukun uygulanmasını gösterdiğinde, bu yabancı hukukun olaya uygulanmak bakımından kendi iradesi dikkate alınır[213]. Türk hukukunda, MÖHUK. m. 2/III, atfı iki dereceye kadar kabul ettiği için[214], yetkili yabancı hukukun konu ile ilgili ihtilâf kuralı kendini yetkili görüyorsa, o hukukun maddî hukuk kuralları uygulanacaktır. Buna karşılık, yabancı hukuk, kendini yetkili görmüyor, sorunu başka bir hukuka gönderiyorsa, hâkim o hukukun evlilik mallarına ilişkin maddî hukuk kurallarını uygulayacaktır.

Örneğin, Türk hâkiminin önüne gelen evlilik mallarına ilişkin yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili yabancı hukukun B ülkesinin hukuku olduğunu farz edelim. MÖHUK. m. 2/III uyarınca, hâkim öncelikle B ülkesinin kanunlar ihtilâfı kurallarına başvuracaktır. Bu aşamadan sonra hâkim üç ihtimal ile karşı karşıyadır. İlk ihtimalde, B ülkesinin kanunlar

---

213 **Tiryakioğlu**, Rekabet, s. 155.

214 MÖHUK. m. 2/III'ye göre, "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddî hükümleri uygulanır". EHVK'da atfa ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı; ancak, söz konusu Kanun, "ihtilâfı kavanin halinde hukuku hususiyei düvel kavaidine" göre işlem yapılır demek suretiyle atfın kabulüne açık kapı bırakmıştı. Doktrinde de atıf ile ilgili fikir birliği bulunmamaktaydı. Bazı yazarlar atfı kabul etmekteydi: **Yörük**, s. 123; **Belgesay**, DHH.da Adliye, s. 47; **Göğer**, s. 71; **Berki, O. F.**, s. 34. Bazı yazarlar da atfı reddetmekteydi: **Seviğ, M. R.**, DHH, s. 234. Ayrıca TTK. 678, 690 ve 730. maddelerindeki atfın da sadece poliçe, bono ve çeklerde ehliyet konusuna münhasır olduğu, bunun dışında kalan diğer ahkamı şahsîye konularında ve diğer hukukî münasebetlerde de bu hükmün kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağı konusunda da doktrinde görüş farklılıkları vardı. Bir görüş, poliçe, bono ve çekler dışındaki ehliyet konularında atfa yer verilmeyeceğini ileri sürmüştür: **Yörük**, s. 125. Başka bir görüş ise, TTK hükümlerine kıyasen, bir dereceli atfı kabul etmek gerektiğini ileri sürmüştür: **Belgesay**, s. 47; **Şakir Berki**, s. 18. Bu konudaki bir diğer görüş de, TTK'daki atfa ilişkin hükmün diğer hususlarda uygulanamayacağına ilişkin bir düzenleme olmadığına göre, atfın sadece çek ve bonolarda ehliyet konusunda kabul edildiğini savunmanın isabetli olmadığını belirtmekteydi: **Berki, O. F.**, s. 36.

ihtilâfı kuralları da, B ülkesinin hukukunun uygulanmasını gösteriyor olabilir. Bu durumda, B ülkesinin hukuku da olayda kendisini yetkili gördüğünden B ülkesinin evlilik mallarına ilişkin maddî hukuk kuralları uygulanacaktır. İkinci ihtimal, B ülkesinin kanunlar ihtilâfı kurallarının hâkimin hukukuna atıfta bulunmasıdır. Bu durumda, hâkimin hukukunun mal rejimlerine ilişkin maddî hukuk kuralları uygulanacaktır. Üçüncü ihtimalde ise, B ülkesinin hukuku üçüncü bir ülke hukukunu yetkili kılmaktadır. Bu durumda ise iki dereceli atıf söz konusu olup, MÖHUK. m. 2/III uyarınca, Türk hâkimi üçüncü ülkenin mal rejimlerine ilişkin maddî hukuk kurallarını uygulayacaktır.

D) ÖN SORUN

Yabancı unsur taşıyan bir hukukî ilişkinin (ana sorunun), mahkemenin mensup olduğu devletin kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanarak tespit edilen hukukun maddî hukuk kurallarına göre çözülmesi, söz konusu olaya bağlı olarak, daha önce vuku bulmuş bir sorunun çözümüne bağlı olabilir[215]. Ana sorundan önce vuku bulan ve ana sorunun çözümünü doğrudan etkileyecek olan ön sorun (*preliminary question – vorfrage)* çözülmeden ana sorunun çözümü mümkün değildir.

Evlilik mallarının asıl sorun olduğu ve bunun çözümünün bir ön soruna bağlı olduğu örneklere uygulamada pek rastlanmamaktadır[216]. Buna karşılık, evlilik mallarının, miras gibi bir asıl sorunun çözümünde ön sorun olarak ortaya çıktığına daha sık rastlanmaktadır. Doktrinde ön sorunu açıklamak üzere verilen örneklerde ve

---

215 **Göğer,** s. 76.

216 Eşlerin birbirlerinden, ‘evlenmenin genel hükümlerine’ ya da ‘mal rejimine’ dayanan taleplerinin olması halinde, geçerli bir evliliğin varlığının, ana sorunun bir kısmını teşkil ettiği, ön sorun olarak kabul edilemeyeceği; aynı şekilde boşanma talebinde de, geçerli bir evliliğin varlığının ön sorun teşkil etmeyeceği yönündeki görüş için bkz. **Nomer,** Ön Mesele, s. 344 – 345.

mahkeme kararlarında, genellikle, miras asıl sorun, mal rejimleri de ön sorun olarak karşımıza çıkmakta ve vasıflandırma problemlerini de beraberinde getirmektedir. Bununla beraber, tez konumuz evlilik mal rejimleri olduğu için, mal rejimlerinin asıl sorun olarak ortaya çıktığı ve bu sorunun çözümünün de başka bir hukukî sorunun çözümüne bağlı olduğu örnekler üzerinde durmanın daha isabetli olacağını düşünüyoruz.

Bir Türk mahkemesinin eşler arasındaki mal rejimlerinden doğan yabancı unsurlu bir uyuşmazlığı çözerken, eşlerden birinin, evlilik mallarına dahil olan bir menkul malın mülkiyetinin, malın satış bedelinin henüz ödenmemiş olması sebebiyle, kendilerine geçmediğini, mülkiyetin halen üçüncü bir kişiye ait olduğunu iddia ettiğini varsayalım. Bu durumda, mahkemenin, mal rejimleri ile ilgili asıl sorunu çözmeden önce, söz konusu taşınır malın mülkiyeti ile ilgili sorunu çözmesi gerekmektedir.

Bir hukukî olay veya ilişkinin kanunlar ihtilâfı hukuku anlamında ön sorun teşkil etmesi için gerekli olan şartları, yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden somutlaştırarak şu şekilde ortaya koyabiliriz:

Her şeyden önce, ana soruna uygulanacak hukuk yabancı bir ülkenin hukuku olmalıdır. Örneğimizde, asıl sorun mal rejimlerine ilişkin bir sorundur ve MÖHUK, m. 14 uyarınca yetkili kılınan hukuka tâbidir. Eşlerin, mal rejimlerinden doğan uyuşmazlık için hukuk seçimi yaparak ortak millî hukukları olan (D) ülkesinin hukukunu seçtiklerini varsayalım. Burada, asıl soruna uygulanacak hukuk, MÖHUK, m. 14 uyarınca (D) ülkesinin hukukudur.

İkinci olarak, ana soruna uygulanacak olan yabancı hukukun, ön sorun teşkil eden hukukî olay veya ilişkiyi tâbi tuttuğu hukuk ile mahkemenin kanunlar ihtilâfı

kurallarının tâbi tuttuğu hukuk farklı olmalıdır. Ana soruna uygulanacak hukuk (evlilik malları statüsü), yani (D) ülkesinin hukuku, taşınır mallar üzerindeki ayni haklara uygulanacak hukuk olarak, ayni hakka konu olan işlemin yapıldığı anda, söz konusu malın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını öngörüyorsa ve işlemin yapıldığı anda taşınır mal (K) ülkesinde bulunuyorsa, (D) ülkesinin kanunlar ihtilâfına göre (K) ülkesinin hukuku uygulanacaktır. Buna karşılık, Türk hukuku *(lex fori)*, yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış ayni haklara malın son bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını öngörmektedir (MÖHUK, m. 23/III). Eğer mal son olarak (B) ülkesinde bulunuyor ise, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili hukuk (B) ülkesinin hukuku olacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse, esas soruna uygulanacak hukuk olarak, *lex causae*, (K) ülkesinin hukukunu, *lex fori* ise (B) ülkesinin hukukunu göstermektedir.

Üçüncü olarak, her iki devletin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan hukuk, muhteva bakımından farklı olmalıdır[217]. (D) ülkesinin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, hukuku yetkili olan (K) ülkesinin maddî hukuk kuralları, söz konusu malın mülkiyetinin satım bedelinin tamamının ödenmesi üzerine geçeceği öngörüyorsa ve malın bedelinin tamamı henüz ödenmemiş ise, söz konusu mal evlilik malvarlığına dahil kabul edilmeyecektir. Türk kanunlar ihtilâfına göre yetkili olan (B) ülkesinin maddî hukuk kuralları, malın mülkiyetinin satım sözleşmesinin yapıldığı anda geçeceğini öngörmekte ise, söz konusu mal evlilik malvarlığına dahil kabul edilecektir.

Yukarıdaki açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, burada asıl karar verilmesi gereken husus, ön sorunun hangi hukuk uygulanarak çözüleceğidir. MÖHUK.'da ön

[217] **Çelikel,** s. 116; **Sadroleşrafi**, s. 146.

sorunun çözümünde hangi hukukun yetkili olacağı konusunda pozitif bir hüküm bulunmadığı gibi, Türk mahkemelerinin, ön sorun ile ilgili sınırlı sayıdaki kararlarından da, hangi çözüm yolunun benimsendiğini tespit etmek mümkün değildir. Bununla beraber, doktrinde ön sorunun çözümü ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ön sorunun, hâkimin hukukuna göre hallinin (*lex fori*)[218] iç karar yeknesaklığına, ana soruna uygulanan hukuka göre hallinin (*lex causae*)[219] ise, dış karar yeknesaklığına hizmet edeceği savunulmaktadır. Ancak, bu görüşleri ileri sürenler, somut olayın özelliklerine göre esnek bir yaklaşımın kabul edilmesinin de söz konusu olabileceğini belirtmektedir[220].

Kanaatimizce, ön sorun hakkında *lex causae* veya *lex fori* çözümünden birini mutlak olarak tercih eden katı bir yaklaşım yerine, her olayı kendi şartları içinde değerlendiren ve olayın özelliklerine göre bazen *lex fori* bağlamayı, bazen de *lex causae* bağlamayı tercih eden esnek yaklaşımlar milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin gerçekleşmesine de hizmet edecektir.

E) KANUNA KARŞI HİLE

Milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile, ilgili taraf veya tarafların, ulaşmak istedikleri sonuca engel olan hukuk düzenini bertaraf ederek, başka bir hukuk düzenine tâbi olmalarını sağlayan bağlama noktaları tesis etmeleridir[221]. Başka bir anlatımla, kanuna karşı hile, bağlama noktasının hile ile değiştirilerek, belli

---

218 **Göğer,** s. 81.

219 **Nomer,** Ön Mesele, s. 349 – 350; **Seviğ**, s. 115 vd.

220 **Nomer - Şanlı**, s. 140; **Çelikel,** s. 123; **Tanrıbilir,** s. 58.

221 **Uluocak,** Kanunlar İhtilâfı, s. 225; **Nomer – Şanlı,** s. 125; **Göğer,** s. 104; **Çelikel,** s. 83.

bir hukukun emredici maddî hükümlerinden kaçma şeklinde ortaya çıkar[222]. Kanuna karşı hilede taraflar, kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince tâbi olmaları gereken hukukun –ki bu millî hukuk, ikametgâh hukuku veya mutad mesken hukuku olabilir- uygulanmasını önlemek için bu bağlama noktalarını değiştirmektedirler. Taraflar, bir başka devletin tâbiiyetine geçerek, bir başka devlette ikametgâh veya mutad mesken tesis ederek bu devletin hukukunun uygulanmasını sağlamaktadırlar.

Kanuna karşı hilenin unsurları; uygulanmasına engel olunan hukuk, uygulanmasından yararlanılan bir başka hukuk, hukuka aykırı olmayan bir araç ve hile kastının bulunmasıdır[223]. Bu unsurlardan birinin eksikliği halinde kanuna karşı hileden bahsedilemez.

Kanuna karşı hilenin, bazı hallerde 'hukuk seçimi', 'mahkeme seçimi', bazen de 'hukuk kavramlarından' yararlanarak gerçekleştirilebileceği öne sürülmüşse de[224] bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmış ise, seçilen hukuk emredici ve tamamlayıcı kuralları ile birlikte ilişkiye uygulanacaktır. Zaten hukuk seçiminin olduğu hallerde, hâkimin hukukunun emredici kurallarının uygulanması mecburiyeti de yoktur. Hem taraflara hukuk seçimi imkânı tanımak, hem de seçim yaptıkları için tarafların kanuna karşı hile yaparak hâkimin hukukundaki emredici kurallardan kaçtığını iddia etmek mantıklı görünmemektedir. Hâkimin hukukundaki emredici kurallar, doğrudan uygulanan

---

222 **Tekinalp,** s. 35.

223 **Berki, Osman Fazıl:** "*Devletler Hususî Hukukunda Kanuna Karşı Hile*" (Kanuna Karşı Hile), AÜHFD., 1944-1945, C. I, S. 3, s. 408-409; **Göğer,** s. 107 - 109; **Uluocak,** Kanunlar İhtilâfı, s. 227 – 228; **Nomer – Şanlı,** s. 126 – 126; **Çelikel,** s. 86; **Tekinalp,** s. 35.

224 **Tekinalp,** s. 35.

kural ise, hukuk seçimine rağmen bu kurallar uygulanacaktır. Hukuk seçiminde, kanuna karşı hileyi kabul etmek, irade muhtariyeti ile bağdaşmamaktadır[225].

Kanuna karşı hilenin tespit edilmesi çok güçtür ve hile teşkil eden olayların çeşitliliği nedeniyle, milletlerarası özel hukuk kanunlarının çoğunda kanuna karşı hile halinde uygulanacak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır[226]. Ancak, uygulanacak hukukun, hangi andaki hukuk olduğuna ilişkin düzenlemeler getiren kanunlar ihtilâfı kuralları ile, hileli bağlanmaları güçleştirmek mümkün olabilir. Mal rejimlerine uygulanacak hukukun tespitinde, 'evlenme anı' nın benimsenmiş olması buna örnek olarak verilebilir[227].

Milletlerarası özel hukukta, evlilik mal rejimleri hukukunda kanuna karşı hile, eşlerden birinin, diğerinin daha az mal almasını veya hiç almamasını sağlamak ya da üçüncü kişileri zarara uğratmak amacıyla bağlama noktasını değiştirmesi şeklinde görülebilir. Eşler, evlilik mallarına uygulanacak hukukun emredici kurallarından kaçınmak için hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlarsa, bu seçim hile kastı ile yapılmış olsa bile, bunun tespiti güçtür. Üstelik hile nedeniyle seçilen hukukun uygulanmasından vazgeçilmesi de mümkün görünmemektedir.

Türk hukukunda, kanuna karşı hile konusunda ne genel, ne de özel bir hüküm bulunmadığından, tek başına kanuna karşı hilenin varlığı bir yaptırıma tâbi değildir. Ancak, kanuna karşı hile ile elde edilen sonucun, kamu düzenimiz ile bağdaşmaması halinde, kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması[228]; milletlerarası özel hukukta

---

225 Benzer yönde görüş için bkz. **Sargın, Fügen:** Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 186.

226 **Tekinalp,** s. 36.

227 **Nomer – Şanlı,** s. 128.

228 **Nomer – Şanlı,** s. 133; **Çelikel,** s. 94 – 95.

kanuna karşı hilenin hakkın kötüye kullanılması yaptırımı ile karşılaşması[229]; kanuna karşı hile kastının çok zor da olsa tespit edildiği hallerde, hileli sonucun tanınmaması[230] yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Eşler arasında evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesinin olmadığı, yani objektif bağlama kurallarının uygulanacağı hallerde, eşlerden birinin, diğerini veya üçüncü kişileri zarara uğratmak amacıyla millî hukukunu veya ikametgâhını değiştirerek, hileli bağlanmayı sağlaması ihtimali, MÖHUK.'da 'evlenme anı' esas alındığı için oldukça zor bir olasılıktır. Yine de ikametgâh bakımından böyle bir olasılığın gerçekleşmesi ihtimali nadiren de olsa vardır. Bu durumda bile, ikametgâh bağlama noktasının değişmesi sonucunda olaya uygulanacak hukukun kuralları, Türk kamu düzenine açıkça aykırı değil ya da kendisinden kaçınılan kural doğrudan uygulanacak kural niteliğinde değilse yetkili hukukun uygulanması gerekir. Bununla beraber, hile kastı açıkça belli ise ve hileli bağlanma sonucu uygulanacak hukuk, diğer eşin çok az bir mal alması ya da hiç almaması sonucunu doğuruyor ve bu sonuç milletlerarası özel hukukun başka bir müessesesi ile de bertaraf edilemiyorsa, bağlama noktası hile ile değişmemiş olsaydı hangi hukuk uygulanacak idiyse o hukukun uygulanması yerinde olabilir.

MÖHUK, evlilik malları konusunda eşlere sınırlı da olsa irade muhtariyeti tanımıştır[231]. Eşler, bu haklarını kullanarak, evlilik mallarına uygulanacak hukukun emredici kurallarından kaçınmak amacıyla hukuk seçimi sözleşmesi yapmış olabilirler. Bu seçim hile kastı ile yapılmış olsa bile, bunun önüne geçilmesi çok

---

229 **Uluocak,** Kanunlar İhtilâfı, s.232.

230 **Tekinalp,** s. 36.

231 Eşlere tam irade muhtariyetinin sağlandığı sözleşmeler alanında, çeşitli ihtimaller dahilinde, kanuna karşı hilenin kabul edilip edilemeyeceği konusunda bkz. **Tiryakioğlu,** Taşınır Mal Satım Sözleşmesi, s. 91 vd.

güçtür. Seçilen hukukun hükümlerinin, mahkemenin mensup olduğu ülkenin kamu düzenini ihlal etmesi ya da doğrudan uygulanan kuralların varlığı halinde bu seçim bertaraf edilebilecektir. Aksi halde, hile kastı tespit edilmiş olsa bile, eşlerin seçtiği hukuk uygulanmalıdır.

F) KAZANILMIŞ HAKLAR

Milletlerarası özel hukukta, belli bir hukuka göre elde edilen bir hakkın, başka bir devletin ülkesinde ileri sürülebilmesinin hukukî dayanağını kazanılmış hak kavramı oluşturur[232]. Kazanılmış haklar, bir hukuk düzeninin uygulanmasıyla elde edilmiş ya da ortadan kaldırılmış olan hakların geçerliliği ile ilgilidir.

Kazanılmış hakların korunması, değişken ihtilaflar ya da kanunların zaman bakımından uygulanması nedeniyle hâkimin önüne gelebilir.

1- STATÜ DEĞİŞİKLİĞİ

Milletlerarası Özel Hukukta, evlilik mal rejimleri hukukunda, statü değişikliği sorunu büyük rol oynar. Evlilik mal rejimini, millî hukuk ilkesine bağlayan hukuk sistemleri bakımından, tâbiiyet değişikliğinin kolay olmaması, statü değişikliğinin önemini azaltmaktadır. Ancak, evlilik mal rejiminin, özellikle ikametgâh veya mutad mesken hukukuna tabî olması halinde, statü değişikliği sonucunda kazanılmış haklar meselesinin ortaya çıkması ihtimali daha kuvvetlidir[233].

---

232 **Uluocak,** Kanunlar İhtilâfı, s. 232-233.

233 Almanya, Avusturya gibi bazı hukuk sitemlerinde, evlilik mal rejimlerinin statüsünün değişmezliğinin kabul edilmiş olduğunu görmüştük: Bkz. yuk. İkinci Bölüm; § 1-II-A-4 ve § 1-II-C-4.

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, evlilik mal rejimleri, şahsî statüye ilişkin bir konu olarak değerlendirildiği ve uygulanacak hukukun belirlenmesinde millî hukuk ve ikametgâh gibi, şahsî statüye ilişkin bağlama noktaları kullanıldığı için, özellikle bağlama noktasının ikametgâh olarak belirtildiği durumda statü değişikliğinin ve ona bağlı sorunların ortaya çıkması söz konusu olabilirdi. Ancak, kanun koyucunun, statü değişikliğinin etkisini önlemek ve ortaya çıkabilecek sorunları engellemek için, maddede, hem ortak millî hukuk, hem de ikametgâh hukuku için, açıkça, "evlenme anını" esas alarak bu meseleyi hallettiği görülmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda, evlilik mallarına uygulanacak hukukun, bağlama noktası değişikliklerinden etkilenmediğini ve yasada kural olarak, değişmezlik yaklaşımının benimsendiğini söylemek yerinde olacaktır. Böyle bir düzenleme özellikle üçüncü kişilerin çıkarları açısından yerindedir[234].

Bununla birlikte, MÖHUK. m. 14'de düzenlenen objektif bağlama kuralları, eşlerin, evlenme anındaki millî hukukları ve ikametgâh hukukları ile sınırlı değildir. Bu bağlama noktalarının bulunmaması halinde uygulanacak olan bir diğer bağlama noktası da, malın bulunduğu yer hukukudur ve kanun koyucu, taşınır mallar bakımından, açıkça bir zaman dilimi belirtmemiştir[235]. Örneğin, ortak millî hukuku ve ortak ikametgâh hukuku bulunmayan Türk vatandaşı (K) ve Alman vatandaşı (E)'nin Avusturya'da evlendiklerini ve işleri dolayısıyla (E)'nin ikametgâhının Türkiye'de, (K)'nın ikametgâhının da Almanya'da bulunduğunu düşünelim. Eşler evlilik hayatları boyunca dönem dönem aynı ülkelerde yaşamış olmakla birlikte, ortak ikametgâhları olmamıştır. Bu şekilde, 10 yıl süren evliliğin ardından boşanmaya karar veren (K), Türkiye'de dâva açmıştır. Eşler, mal rejimlerine

234 **Uluocak**, MÖH. Dersleri, s. 71.

235 Bkz. Üçüncü Bölüm, § 2 - II - B – 1/cc.

uygulanacak hukuku MÖHUK. m. 14'deki sınırlara uygun şekilde seçebilirler; ancak, seçimin olmadığı hallerde, Türk hâkimi evlilik malları uyuşmazlıkları nedeniyle uygulanacak hukuku objektif bağlama kuralları aracılığı ile tespit etmeye çalışacaktır. MÖHUK. m. 14'e göre, hâkim, eşlerin, evlenme anındaki ortak millî hukuklarının ve ortak ikametgâh hukuklarının olmadığını tespit ettikten sonra, malların bulunduğu yer hukukunun uygulanmasına karar verecektir. Eşlerin, evlilikleri süresince farklı ülkelerde edindikleri mallarına, hâkimin 'evlenme anında' malların bulunduğu yer hukukunu uygulaması[236] bazı sıkıntılar yaratabilir.

MÖHUK. m. 14/II uyarınca, evlilikten sonra yeni bir ortak hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla, istedikleri takdirde bu yeni hukuku seçebilirler. Bu maddenin çok net kaleme alınmadığı yönündeki eleştirimiz[237] bir tarafa bırakılacak olursa, burada, kanun koyucunun, eşlerin sonradan sadece ortak bir hukuka sahip olmaları haliyle sınırlı da olsa üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını korumayı amaçladığı açıktır. Kanun koyucunun bu hüküm ile kazanılmış hakları koruma amacını güttüğünü, taşınır mallarda yer değişikliği halinde ise, bir düzenleme olmaması nedeniyle, kazanılmış hakların korumadığını söylemek mümkün değildir. Açıkça ifade edilmese de, malların bulunduğu yer hukukunun yetkili hukuk sıfatıyla uygulanması halinde de kazanılmış haklara saygı ilkesinin gözetilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

---

[236] Bu konudaki görüşler için bkz. Üçüncü Bölüm, § 2 - II - B - 1/cc.

[237] Bkz. Üçüncü Bölüm, § 2 - II - B – 2/cc.

2- KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR

Milletlerarası özel hukukta zaman itibariyle ihtilâflar olarak adlandırılan bu tür ihtilâflar, kanunlar ihtilâfının bir türünü meydana getirirler. Sorun, iç maddî hukuk kurallarının veya milletlerarası özel hukuk kurallarının zaman içinde değişmesi sonunda, eski ve yeni hukukların uygulama alanı nedeniyle doğmaktadır[238].

Uygulanacak hukukun iç maddî hukuk hükümlerinde meydana gelecek değişiklikler, statü değişikliği olarak düşünülmez ve bu tür değişiklikler, geçiş hükümleri ile düzenlenir[239]. İç maddî hukuk hükümlerinin değişmesiyle, bağlama kurallarında ve dolayısıyla uygulanacak hukukta değişiklik ortaya çıkabilir.

---

238 **Çelikel**, s. 138.

239 Türk maddî hukukunda, evlilik mal rejimleri ile ilgili olarak, 2002 yılında yürürlüğe giren bir değişiklik olmuştur. Türk Medenî Kanunu Tasarısının kamuoyuna sunulmasından sonra, en çok tartışılan konulardan biri de kanunun getirdiği yeni yasal mal rejiminin hangi tarihten itibaren uygulanacağı ve hangi evlilikleri kapsayacağı sorunu olmuştur. Yeni Türk Medenî Kanununun yürürlüğü ve uygulama şeklini belirlemek amacıyla başka bir kanun daha yürürlüğe konulmuştur. Bu kanun, kısaca "Yürürlük Kanunu" olarak bilinen, "Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şeklî Hakkında Kanun"dur. Taslak çalışmaları sırasında, yeni yasal mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanması gerektiği, yani bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki evlilikleri de evlenme tarihinden itibaren kapsaması gerektiği çözümü benimsenmişti. Ancak daha sonra Adalet Bakanlığındaki alt komisyonda, yasaların geçmişe etkili olamayacağı, geçmişe etkili hüküm getirmenin haksızlıklara ve içinden çıkılması güç sorunlara neden olacağı, geçmişe etkili kanun çıkarılmasını gerektirecek bir durum olmadığı ve konunun kamu düzenini ilgilendirmediği gibi gerekçelerle itiraz edilmiştir: **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 63-68. Yürürlük Kanunu ile ilgili tasarının TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında iki önerge verildi. Bunlardan ilki, eşlerin sözleşme yaparak, yasal mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren uygulanmasını kabul etmelerine ilişkin 10. maddeye ilave edilecek hüküm; ikincisi, yasal mal rejiminin mevcut evliliklere evlenme tarihinden itibaren uygulanmasına ilişkin olarak, aynı tartışmalarda yeniden basa dönmeyi ifade eden, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren değil, evlenme tarihinden itibaren uygulanması yönündeki önerge idi. TBMM Genel Kurulunun 3 Aralık 2001 tarihli

Evlilik malları bakımından, farklı ihtimaller üzerinde durarak ortaya çıkabilecek sorunları daha net olarak ele almanın uygun olduğunu düşünüyoruz.

Eşlerin, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda 2001 yılında evlenirken bir sözleşme yaptığını ve eşlerden birinin millî hukuku olan Türk hukukunun evlilik mallarını idare edecek olan hukuk olarak seçildiğini; evliliğin 2005 yılında boşanma ile sona erdiğini farz edelim. Bu halde, evlilik mal rejimi Türk iç maddî hukukunda yapılmış olan değişiklikten etkilenmeyecektir ve eşlerin iradesi doğrultusunda seçtikleri hukuk, yine eşlerin iradeleri ile değiştirilinceye kadar uygulanmaya devam edecektir.

Eşlerin herhangi bir evlilik mal rejimi hukuk seçimi sözleşmesi yapmadan 2001 yılında evlendiğini, evlilik anında ortak ikametgâh hukukunun Türkiye olması nedeniyle objektif bağlama kuralına göre, Türk hukukunun uygulanacak hukuk olarak tespit edildiğini ve evliliğin boşanma nedeniyle 2005 yılında sona erdiğini düşünelim. Bu halde, Türk iç maddî hukukunun hangi hükümleri uygulanacaktır? 2002 yılında yürürlüğe giren değişiklikten önceki ETMK hükümleri mi, yoksa, yeni TMK hükümleri mi? Türk iç maddî hukukunda geçerli olan hükümlere göre (Yürürlük Kanunu m. 10)[240], yeni TMK.'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar geçerli olan mal ayrılığı rejimi, bu

---

birleşiminde, mal rejimlerine ilişkin hükümlerin mevcut evliliklere evlenme tarihinden itibaren uygulanmasını öngören önerge reddedilmiştir. Mevcut evliliklerde, eşlerin dilerlerse yasal mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren uygulanmasını kabul etmelerine ilişkin önerge ise yapılan oylama sonunda kabul edilmiştir: Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, Katılma Rejimi, s. 62-69.

[240] Yürürlük Kanunu m. 10'a göre; "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".

tarihten sonra da -eğer eşler bu konuda yasada belirtilen sürede[241] sözleşme yapmamışlarsa- yeni TMK hükümleri geçerli olacaktır. Dolayısıyla, eşlerin mal rejimleri bu değişiklikten etkilenecektir.

Eşlerin, yine aynı tarihte evlendiklerini, evlenirken herhangi bir evlilik mal rejimi sözleşmesi yapmamış olmakla birlikte, iki yıl sonra yani 2003 yılında evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yaptıklarını ve ikametgâh hukukları olan Türk hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçtiklerini farz edelim. Bu halde, eşlerin evlilik anında geçerli olan iç maddî hukuk hükümleri mi, yoksa sözleşmeyi yaptıkları anda geçerli olan iç maddî hukuk hükümleri mi uygulanacaktır? Böyle bir ihtimalde, MÖHUK. m. 14'deki 'evlenme anındaki' ikametgâh hukuku ifadesini esas alarak, evlilik anında yürürlükte olan TMK hükümlerinin uygulanacağını iddia etmek, eşlerin sözleşme yapmadan önce, yani 2001 yılında Türk hukukunda yürürlükte olan hükümleri bilmelerini istemek anlamına gelir. Oysa, 2003 yılında sözleşme yapan ve Türk hukukunu tercih eden eşlerin iradelerinin 2003 yılında yürürlükte olan hükümlerin kendilerine uygulanması olduğu açıktır. Bu nedenle, tarafların iradelerine önem verilmesi ve sözleşmeyi yaptıkları anda yürürlükte olan hükümlerin uygulanmasının isabetli olacağı kanısındayız. Bu örnekte, eşlerin yaptıkları hukuk seçimi sözleşmesi, evlilik anından itibaren mi, yoksa sözleşmeyi yaptıkları tarihinden itibaren mi etkili olacaktır? Bu konuda da eşlerin iradesinin esas alınması gerekir kanısındayız. Eşler sözleşmede seçtikleri hukukun hangi andan itibaren uygulanacağını kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda, hangi hukuk

[241] Eşlerin kanunda belirtilen bir yıllık süre içinde rejim değişikliğine ilişkin sözleşme yapabilmesinin önemli bir eksiklik olduğu; özel hukukta geçerli irade serbestisi ilkesine uygun olarak konunun eşlerin iradesine bırakılması gerektiği yönünde, tamamen katıldığımız görüş için bkz. **Zeytin**, s. 256 vd.

uygulanacak ise, o hukukun iç maddî hükümlerinin esas alınmasının isabetli olacağı kanısındayız.

S O N U Ç

‘Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk’ konulu bu tez, doğası gereği, *-civil law* ve *common law* ülkelerinin incelendiği- karşılaştırmalı hukuk çalışmasını zorunlu kılmıştır. Türk hukuku yönünden ulaştığımız sonuçlara zemin hazırlayan bu karşılaştırmalı hukuk çalışmasında, karşılaştırılan hukuklar yönünden aşağıdaki tespitler yapılabilir:

—Karşılaştırmalı iç maddî hukukta –incelediğimiz altı ülke, yani Amerika, İngiltere, Fransa, Almanya, Avusturya ve İsviçre bağlamında- mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimi olmak üzere iki temel rejim bulunmaktadır. Farklı hukuk düzenlerinde, farklı isimler altında nitelendirilen tüm yasal veya seçimlik rejimler, bu iki temel rejimin alt türleridir. Bu ayrım temelinde, *common law* ülkelerinde mal ayrılığı rejiminin geniş bir uygulama alanı bulduğunu; *civil law* ülkelerinde ise mal ortaklığı rejiminin (Fransa’da) ve mal ayrılığı rejimi temeline dayanan ‘kazancın paylaşılmasına dayanan mal ayrılığı’ rejiminin (Alman hukukunun etkisinde kalan İsviçre, Avusturya ve Türkiye’de) kabul edildiğini söyleyebiliriz.

—Her iki sistem ele alındığında, -tercih edilen sistemin, o hukuk sisteminin evliliğe ve eşlere bakış açısını da yansıttığı ileri sürülebilirse de-, coğrafi ve hukuk sistemi olarak ‘komşu’ ülkelerin birbirlerini etkilediği de şüphesizdir.

—Hemen bütün ülkelerde iki tür rejim düzenlenmiştir. Bunlar, yasal rejim ve sözleşme rejimidir. Aslında sözleşme rejiminin olmaması halinde uygulama alanı bulacak olan yasal rejimin istisna; sözleşme rejiminin de kural olması gerekirken ne

yazık ki, henüz hem ülkemizde, hem de pek çok Batı ülkesinde bu noktaya ulaşılamadığı tespit edilmiştir.

—Yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik malları konusunda da, farklı sistemler benimsenmiştir. *Common law* ülkelerinde, evlilik malları, taşınır ve taşınmaz mal olarak ayrılmakta ve her bir mal türü için ayrı bağlama kuralları uygulanmakta; *civil law* dünyasında ise, böyle bir ayrımın yapılmamakta, evlilik malları bir bütün olarak düşünülmekte ve tek bir bağlama noktasına bağlanmaktadır.

—Karşılaştırılan ülkeler, evlilik malları konusunda maddî hukuklarında, eşlerin eşitliği düşüncesinden hareketle gerçekleştirdikleri değişikleri milletlerarası hukuk düzenlemelerine de yansıtmışlardır. Bu bağlamda, eşlerden birinin üstünlüğüne –ki bu genellikle kocadır- dayanan bağlama noktaları yerine, eşler arasında eşitlik ilkesini sağlamaya yönelik her iki eş için de ortak bağlama noktaları tercih edilmiştir. Bu bağlama noktaları da genellikle eşlerin ortak milli hukuku, ortak ikametgâh ya da ortak mutad mesken hukuku olabilmektedir.

—Karşılaştırılan ülkelerde, evlilik mallarına uygulanacak hukukun sübjektif olarak belirlendiği hallerde, eşlere tanınan irade muhtariyetinin sınırı değişmektedir. İncelediğimiz *common law* ülkelerinin tamamında ve bazı *civil law* ülkelerinde, bu konuda eşlere tam bir irade muhtariyeti tanınırken, *civil law* ülkelerinin bazılarında, yasa ile belirlenmiş sınırlar dahilinde irade muhtariyeti tanınmakta ve eşler ancak yasada belirtilmiş olan bağlama noktaları dahilinde hukuk seçimi yapabilmektedirler. Bu farklılık, yabancı unsurlu ilişkilerde evlilik mallarına ilişkin sözleşmenin niteliğine ilişkin belirlemeden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, bazı hukuk sistemlerinde, bu husus borçlar hukukuna ilişkin bir konu olup, genel borç statüsüne tâbi tutulmakta iken, bazı hukuk sistemlerinde, aile hukukunun konusu kabul

edilerek, şahsi statüye tâbi tutulmuştur. Bazı hukuk düzenlerinde ise, evlilik mallarına ilişkin hükümler aile hukuku hükümleri içinde düzenlenmiş olmasına rağmen, evlilik mallarına uygulanacak hukukun seçimine ilişkin sözleşme, -evliliğin malî sonuçlarını ilgilendirdiği gerekçesi ile- borçlar hukuku karakterli görülmekte ve tam bir irade muhtariyeti verilmektedir.

—İncelediğimiz tüm hukuk sistemlerinde, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmış olmaları halinde, öncelik bu hukuka verilmiş; böyle bir seçimin olmadığı hallerde objektif bağlama kurallarına başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Bu belirlemelerden sonra Türk Hukuku yönünden ulaştığımız sonuçları da şöyle özetleyebiliriz:

—Türk Milletlerarası Özel Hukukunda evlilik mallarının yönetimi ve kullanılması, bunlara ilişkin hak ve yükümlülüklere uygulanacak hukuk, bazı Batı ülkelerinde olduğu gibi, evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuka gönderme yapılarak değil, tamamen bağımsız bir şekilde, MÖHUK.'da açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemede öncelik sübjektif bağlama kuralına yer verilmiş; eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmamış olmaları halinde objektif kurallara başvurulabileceği kanunda açıkça belirtilmiştir.

—Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, evlilik mallarına uygulanacak hukukun objektif olarak belirlenmesinde; modern yaklaşımdan etkilenilmiş ve eşlerden biri diğerine üstün tutulmayarak, sahip olunan ortak hukuklar tercih edilmiştir. Çağdaş ülke düzenlemeleri ve milletlerarası sözleşmelerle paralellik gösteren bu düzenleme sevindirici olmakla beraber, ilgili maddenin kötü kaleme alınmış olması ve içerdiği boşluklar nedeniyle bazı sorunlara da yol açmaktadır.

Örneğin, Kanunda, objektif bağlama noktaları olarak gösterilmiş olan, eşlerin ortak millî hukukunun ya da ortak ikametgâh hukukunun bulunmadığı hallerde, diğer bağlama noktası olan malın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Oysa, eşlerin son ortak millî hukukunun ya da son ortak ikametgâh hukukunun -eşlerden birinin o ülkenin vatandaşlığını ya da sahip olduğu ikametgâhı hâlâ koruyor olması şartı ile- uygulanmasına imkan veren bir hüküm, "malın bulunduğu yer hukukuna" bağlanmanın, evlilik mallarının birden çok ülkede bulunduğu ya da malın yer değiştirmesi halinde ortaya çıkan problemlere yol açmayacağından daha isabetli olurdu. Ayrıca, objektif bağlama noktaları olarak, millî hukuk ve ikametgâh hukuku yanında pek çok Kara Avrupası ülkesinde ve *La Haye* Sözleşmelerinde uzun yıllardan beri benimsenmiş olan mutad mesken bağlama noktası kabul edilmiş olsaydı, MÖHUK.'daki düzenleme modern anlayışla uyum içinde olacağı gibi, milletlerarası özel hukukta yeknesaklığı sağlama amacına da hizmet etmiş olurdu. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısında, yukarıda sözü edilen hususların, büyük ölçüde göz önüne alındığı ve ayrıca ikametgah yerine mutad meskenin bağlama noktasının tercih edilmiş olması sevindiricidir.

―Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, evlilik malları hukuk seçimi sözleşmelerinin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu genellikle kabul edilmekle birlikte, bu sözleşmelerin aile hukuku yönünün ağır bastığı gerekçesi ile sınırlı irade muhtariyeti ilkesi kabul edilmiştir. Eşlere tam irade muhtariyetinin tanınması Türk pozitif hukuku açısından mümkün görülmemekle birlikte, tam irade muhtariyetinin taraf menfaatine hizmet edeceği de göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, sübjektif bağlama noktalarının yorumlanmasında ve bu konuda karşılaşılan uyuşmazlıkların çözümünde, -asıl olan eşlerin iradeleri olduğu için- kanunun

öngördüğü sınırlar içinde eşlerin iradeleri esas alınmalıdır. Özellikle, eşlerin iradelerinin rol oynadığı konularda, Kanunun ilgili hükmünün bu irade lehine yorumlanması gerektiği kanısındayız. Örneğin, eşlerin evlilik malları hukuk seçimi sözleşmesi yapmaları halinde, seçilen hukukun, hangi andaki hukuk olacağı ya da eşlerin hangi hukukları seçebilecekleri konusunda irade muhtariyetine üstünlük tanınması, taraf menfaatlerinin gerçekleştirilmesine de katkıda bulunacaktır. Kanunlar ihtilâfına ilişkin genel problemler bakımından da aynı yorum tarzının geçerli olması gerektiğini düşünüyoruz. Özellikle, norm çelişkileri, ön sorun, kanuna karşı hile, kazanılmış haklar gibi sorunların çözümünde, pozitif düzenlemenin izin verdiği ölçüde milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirecek esnek yaklaşımların benimsenerek yorum yapılması yerinde olacaktır.

K A Y N A K Ç A[*]

I- GENEL ESERLER - MONOGRAFİLER

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

Akıntürk, Turgut : Türk Medenî Hukuku-Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. II, B. 6, Ankara 2002.

Aksoy, Muammer : Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı, Ankara 1964.

Arat, Necla (Der.) Moroğlu, Nazan : Aydınlanmanın Kadınları, İstanbul 1998.

Arat, Tuğrul : Evlat Edinmeye İlişkin Bağlama kuralları (Doçentlik Tezi, Çoğaltılmış Nüsha), Ankara 1982.

Ateş, Turan : Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2005.

Aybay, Rona - Dardağan, Esra : Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul 2005.

Batiffol, Henri - Lagarde, Paul : Droit International Privé, C. II, Paris 1983.

Beale, H. Joseph : A Treatise on the Conflict of Laws, B. 2, New York 1935.

Bell, John - Boyron, Sophie - Whittaker, Simon : Principles of French Law, Oxford 1998.

[*] Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda ayrıca belirtilmiştir.

Bergmann, Alexander - Ferid, Murad : Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht – Bearbeitet: Chaussade-Klein, Bernadette: 142.

Berki, Osman Fazıl : Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları, B.2, Ankara 1971

Berki, Şakir : Tatbiki Devletler Hususî Hukuku, Ankara 1949.

Castel, J. G. : Introduction to Conflict of Laws, B. 4**,** Markham, Ont. Butterworths 2002.

Cheshire, G. C. – North, P. M. : Private International Law, B. 13, London 1999.

Cin, Halil : İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, B. 2, Konya 1988.

Collier, G. J. : Conflict of Laws, B. 3, Cambridge 2001.

Cook, Walter Wheeler : The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, Cambridge, Mass (Harvard University Press) 1942.

Crabb, H. John : The French Code Civil, Revised Edition (as amended to 1 July 1994), Deventer, The Netherlands 1995.

Cretney, Stephen : Family Law, B.4, London 2000.

Çelikel, Aysel : Milletlerarası Özel Hukuk, B. 5, İstanbul 1997.

De Funiak, William - Vaughn, J. Michael : Principles of Community Property, B. 2, Arizona 1971.

Delaume, R. Georges : American-French Private International Law, B. 2, New York 1961 (American-French).

Dessemontet, François – Ansay, Tuğrul – Grossen, J. M. : Introduction to Swiss Law, Kluwer Law International, The Hague 1995.

Dicey, Albert Venn – Morris, John H. C. : The Conflict of Laws, by Lawrence Collins and Specialist Editors, Fourth Cumulative Supplement to the Twelfth Edition, London, Sweet & Maxwell 1997 (Cumulative Supplement).

Dicey, Albert Venn – Morris, John H. C. : The Conflict of Laws, by Lawrence Collins and Specialist Editors, B. 13, Vol. 1, London, Sweet & Maxwell 2000.

Doğangün, Temel : Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

Drobnig, Ulrich : American-German Private International Law, B. 2, New York 1972.

Dukeminier, Jesse - Johanson, M. Stanley : Wills, Trusts and Estates, B. 4, Boston 1990.

Ehrenzweig, A. Albert : A Treatise on the Conflict of Laws, St. Paul 1962.

Ehrenzweig, A. Albert - Jayme, Erik : Private International Law-A Comparative Treatise on American Interntional Conflicts Law, Including the Law of Admiralty, B. 2, Dobbs Ferry, N.Y. Oceana 1973.

Erdener, Nihal : Türk Devletler Hususî Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki, İstanbul 1958.

Emiroğlu, Haluk : Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003.

Fisher, Howard : The German Legal System and Legal Language: A General Survey Together with Notes and a German Vocabulary, B. 3, London 2002.

Goodrich, F. Herbert - Scholes, F. Eugene : Handbook of the Conflict of Laws, B. 4, St. Paul 1964.

Gottwald, Peter - Schwab, Dieter - Buttner, Eva : Family and Succession Law in Germany, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 2001.

Göğer, Erdoğan : Devletler Hususî Hukuku, B. 4, Ankara 1977.

Gökkaya Şevket : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, Ankara 1996.

Graveson, H. R. : The Conflict of Laws, B. 6, London 1969.

Güriz, Adnan : Hukuk Başlangıcı, B. 9, Ankara 2003.

Hancock, Moffatt : Studies in Modern Choice of Law: Torts, Insurance, Land Titles, Buffalo, New York 1984.

Hausmaninger, H : The Austrian Legal System, B. 2, Vienna, Manz 2002.

Huebner, Rudolph : A History of Germanic Private Law, Boston 1918.

Karen, A. Pierre - Arnold, Patocchi : Switzerland's Private International Law, B. 2, Kluwer, Zurich 1993.

Kegel, Gerhard : Internationales Privatrecht, B. 5, München 1985.

Kegel, Gerhard - Schurig, Klaus : Nachtrag Zu Internationales Privatrecht, B. 8, München 2001.

Keller, Max - Heini, Anton : Zürcher Kommentar zum IPRG, B. 2, Zürih 2004.

Kılıçoğlu, M. Ahmet : Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Tartışmalar-Örnekli Açıklamalar-Formüller-Tablolar-İlgili Yasa Metinleri), Ankara 2002 (Edinilmiş Mallar).

Kılıçoğlu, M. Ahmet : Medenî Kanun'muzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, B. 2, Ankara 2004 (Yenilikler).

Leflar, A. Robert - McDougal, L. Luther - Felix, L. Robert : American Conflict of Laws, B. 4, Virginia 1986.

Lowe, Nigel - Douglas, Gillan - : Bromley's Family Law, B.9, London 1998.

Marsh, Harold : Marital Property in Conflict of Laws, Seattle 1952.

McClanahan, W. S. : Community Property Law in the United States, Cumulative Supplement, N. Y. 1991 (Cumulative).

McClanahan, W. S. : Community Property Law in the United States, Rochester, N.Y., 1982.

Metya, Nusret : Devletler Hususi Hukuku, Ders Notları, Ankara, 1939.

Minor, C. Raleigh : Conflict of Laws; or Private International Law, Boston 1901.

Moroğlu, Nazan : Medeni Kanun'da Mal Rejimleri (14 Soru 14 Cevap), İstanbul 2002.

Morris, J.H.C. : The Conflict of Laws, by McClean, David, B. 5, London, 2000.

Nomer, Ergin - Şanlı, Cemal : Devletler Hususî Hukuku, B. 12, İstanbul 2003.

Nomer, Ergin : Devletler Hususi Hukukunda Nafaka (Nafaka), İstanbul 1967.

Nomer, Ergin : Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1999.

Oğuz, Arzu : Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.

Oğuzman, M. Kemal - Barlas, Nami : Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, B. 10, İstanbul 2003.

Overbeck, E. Alfred : Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, La Haye, 1978.

Ökçün, Gündüz : Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, B. 2, Ankara 1997.

Özdamar, Demet : Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu, Ankara 2002.

Özkan, Işıl : Devletler Özel Hukukunda İkametgâh Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.

Öztan, Bilge : Aile Hukuku, B. 3, Ankara, 2000.

Özuğur, Ali İhsan : Mal Rejimleri, Ankara 2004.

Parry, Clive (Çev. Vakur Versan) : İngiliz Hukuk Sistemi, İstanbul 1945.

Peter, Hay : Conflict of Laws, B.3, Black Letter Series, St. Paul, Minn. 2000 (Conflict of Laws).

Robertson, A. H. : Characterization in the Conflict of Laws, Cambridge-Massachusetts 1940.

Robbers, Gerhard : An Introduction to German Law, Baden 1998.

Ruhi, Ahmet Cemal : Gerekçeli – Açıklamalı – Yargıtay İçtihatlı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 2003.

Sadroleşrafi, A. Hüseyin: Şematik Devletler Özel Hukuku, İzmir 1991.

Sargın, Fügen : Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.

Schmitthoff, M. Clive : A Textbook of the English Conflict of Laws, Private International Law, London, 1948.

Schwimann, Michael : Internationales Privatrecht, B. 3, Vienna, Manz 2001.

Schwind, Fritz : Internationales Privatrecht, Vienna 1990.

Scoles, F. Eugene - Hay, Peter : Conflict of Laws, B. 2, St. Paul, Minn. 1992.

Seviğ, Muammer Raşit : Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941.

Seviğ, Vedat Raşit : Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), B. 2, İstanbul 1974.

Story, Joseph : Commentaries on the Conflict of Laws, Boston 1865.

Stumberg, W. George : Principles of Conflict of Laws, B. 3, Brooklyn 1963 (Principles).

Tanrıbilir, F. Bilge : Kanunî Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 2000.

Tekinalp, Gülören : Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları, B. 7, İstanbul 2002.

Thomas, J. A. C. : Private International Law, Connecticut 1975.

Tiryakioğlu, Bilgin : Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 1997 (Rekabet).

Tiryakioğlu, Bilgin : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996 (Taşınır Mal Satım Sözleşmesi).

Uluocak, Nihal : Kanunlar İhtilâfı-Yasama Yetkisi Kuralları, İstanbul 1971 (Kanunlar İhtilâfı).

Uluocak, Nihal : Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989 (MÖH Dersleri).

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer : Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul 2006.

Weintraub, J. Russell : Commentary on the Conflict of Laws, B. 4, New York 2001 (Conflict of Laws).

Wolff, Martin : Private International Law. B. 2, Oxford 1950.

Yörük, A. Kemal : Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku, Kanunlar İhtilâfı Nazariyeleri ve Esasları, Teşriî Selâhiyet İhtilâfları, B. 2, İstanbul 1950.

Zevkliler, Aydın : Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1992.

Zevkliler, Aydın-Acabey, M. Beşir - Gökyayla, K. Emre : Medenî Hukuk –Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1999.

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

II- M A K A L E L E R

Aden, Menno : "*The German Matrimonial Property Regime of Zugewinngemeinschaft in South African Private International Law*", S. African L. J., Vol. 90, 1973, s. 160-169.

Ansay, Tuğrul : "*İkametgâhın Tayininden Doğan Kanunlar İhtilâfı*", HFD., 1953, C. 10, S. 1 – 4, s. 666 – 687.

Ataman Figanmeşe, İnci : "*Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c bentlerinin Uygulama Alanı*", MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999-2000, Yıl 19-20, S. 1-2, s. 95-114.

Baade, W. Hans : *"Mariage Contracts in French and Spanish Louisiana: A Study in 'Notarial' Jurisprudence"*, 53 Tul. L. Rev. 1978, s.1-92.

Bartke, W. Richard : *"Community Property Law Reform in the United States and in Canada—A Comparison and Critique"*, Tul. L. Rev., Vol. 50, 1976, s. 213-265.

Bartke, W. Richard - Zurvalec, A. Lori : "*The Low, Middle and High Road to Marital Property Law Reform in Common Law Jurisdictions*", Com Prop. J., Vol. 7, 1980, s. 200-233.

Berki, Osman Fazıl : "*Mal Rejimleri ve Bunlardan Doğan Kanun İhtilâfları*", AÜHFD., Y. 1, 1943, S.1, s. 146-162 (Mal Rejimleri).

Berki, Osman Fazıl : "*Devletler Hususî Hukukunda Kanuna Karşı Hile*", AÜHFD., 1944-1945, C. I, S. 3, s. 406-423 (Kanuna Karşı Hile).

Bix, H. Brian : "*Choice of Law and Marriage: A Proposal*", Fam. L.Q., Vol. 36, 2002, s. 255-271.

Brown, D. George : "*Conflict of Laws Between Community Property and Common Law States in Division of Marital–Property on Divorce*", Mercer L. Rev., Vol. 12, 1961, s. 287-299.

Brown, Susan Vogt : "*The Enforcement of Marital Contracts in the United States, Great Britain, France, and Quebec*", B. C. Int'l. & Comp. L. Rev., Vol. 6, 1983, s. 475-507.

Cavers, **F. David** : "*Contemporary Conflicts Law in American Perspective*", Rec. Des. Cours, Vol. 131, 1970/III, s. 75-308 (American Perspective).

Cavers, F. David : "*Marital Property in Conflict of Laws*' (Book Review), Harv. L. Rev., Vol. 66, 1953, s. 1327-1335.

Chappell, Merrie : "*A Uniform Resolution to the Problem a Migrating Spouse Encounters at Divorce and Death*", Idaho L. Rev., Vol. 28, 1992, s. 993-1019.

Clausnitzer, Martin : "*Property Rights of Surviving Spouses and the Conflict of Laws*", J. Fam. L., Vol. 18, 1979-80, s. 471-500.

Cross, M. Harry : "*The Community Property Law in Washington*", Wash. L. Rev., Vol.49, 1973-1974, s. 729-844.

Davie, Michael : **"***Matrimonial Property in English and American Conflict of Laws*", ICLQ., Vol. 42, 1993, s. 855-881.

Delaume, R. Georges : "*Marital Property and American-French Conflict of Laws*", Am. J. Comp. L., Vol. 4, 1955, s. 35-59 (Marital Property).

Dickson, Brice : "*The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany*", I.C.L.Q., Vol. 34, 1985, s. 231-266.

Doğan, Vahit : "*Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı*", SÜHFD., C. 3, S. 1, 1990, s. 180-214.

Farran, Sue : "*What is the Matrimonial Property Regime in Vanuatu?*", Journal of South Pasific Law- Working Paper, Vol. 5, 2001, s. 1-15.

Funiak, De Q. Willam : "*Conflict of Laws in the Community Property Field*", Ariz. L. Rev., Vol. 7, 1965. s. 50-58.

Gildeggen, Rainer - Langkeit, Jochen : "*The New Conflict of Laws Code Provisions of the Federal Republic of Germany: Introductory Comment and Translation*" Ga. J. Int'l. & Comp. L., Vol. 17, 1987, s. 229-259.

Glendon, Maryy Ann : "*Marital Property: A Comparative Study of Law and Social Change*", Tul. L. Rev., Vol.49, 1974, s. 21-83.

Goodrich, F. Herbert : "*Matrimonial Property and the Conflict of Laws*", W. Va. L. Q., Vol. 30, 1923-1924, s. 61-69.

Graham, T. Kathy : **"***The Uniform Marital Property Act: A Solution for Common Law Property Systems*", S.D.L. Rev., Vol. 48, 2003, s. 455-483 (UMPA).

Graveson, R. H. : "*Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law*", Rec. des. Cours, Vol. 49, 1963/II, s. 37-48.

Greene, Scott : **"***Comparison of the Property Aspects of the Community Property and Common–Law Marital Property Systems and Their Relative Compatibility With the Current View of the Marriage Relationship and the Rights of Women*", 13 Creighton L. Rev., Vol. 13, 1979, s. 71-119.

Hahlo, R. H. : " *Property Rights of Spouses and Succession Under the German Law*", S. African L. J., Vol. 54, 1937, s. 298-308.

Harding, Arthur Leon : "*Matrimonial Domicil and Marital Rights in Movables*", Mich. L. Rev., Vol. 30, 1932, s. 859-877.

Hargrave, Lee : "*Matrimonial Regimes*", La. L. Rev., Vol. 52, 1991-1992, s. 655-676.

Hay, Peter : "*The Situs Rule in European and American Conflicts Law-Comperative Notes*", Property Law and Legal Education, Essays in Honor of John E. Cribbet, 1988, s. 109-132 (The *Situs* Rule).

Hay, Peter : "*From Rule-Orientation to 'Approach' in German Conflicts Law the Effect of the 1986 and 1999 Codification*", A.J.C.L., Vol. 47, 1999, s. s. 633-652 (Codification).

Heard, Oliver - Striber, Richard - Orsinger, Richard : "*Characterization of Marital Property*", Baylor L. Rev., Vol. 39, 1987, s. 909-944.

Henderson, H. Joann : "*Marital Agreements and the Rights of Creditors*", Com. Prop. J., Vol. 11, 1984, s. 105-135.

Honsell, Heinrich : "*Die Neuordnung des Gesetzlichen Güterrechts in Österreich*", FamRZ., S.2, 1980,s. 93-99.

Hung, V. Katherine : Recent Developments: "*There's no Place Like Home. Determining Habitual Residence: Feder v. Evans-Feder*", Ga. J. Int'l and Comp. L., Vol. 26, 1996-1997, s. 487-504.

İmre, Zahit : "*İkametgâh Kavramı ve Buna İlişkin Meseleler*", İÜHF. 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, s. 205 – 231.

Jimm, Smolowe : "*What Price Love? Read Carefully*", TİME, 15 Ekim 1990, s. 94-95.

Juenger, K. Friedrich : "*Marital Property and the Conflict of Laws: A Tale of Two Countries*", Col. L. Rev., Vol. 81, 1981, s. 1061-1079 (Two Countries).

Landauer, Von Donald : "*Matrimonial Causes in French Law*", Int & Comp. L. Q., Vol. 13, 1964, s. 6-38.

Leflar, A. Robert : "*Community Property and Conflict of Laws*", Cal. L. Rev., Vol. 21, 1933, s. 221-238.

Lintner, Mary Janice : "*Marital Property Rights and Conflict of Laws When Spouses Reside in Different States*", Com. Prop. J., Vol. 11, 1984, s. 283-301 (Marital Property).

Lisa, J. Moore : "*The Art of the (Marriage) Deal*", US. NEWS & WORLD REP., 5 Mart 1990, s. 68.

Lorenzen, G. Ernest : "*The French Rules of the Conflict of Laws*", Yale L. J., Vol. 38, 1928-1929, s. 165-192.

Loussouarn, Yvon : "*The French Draft on Private International Law and the French Conference on Codification of Private International Law*", Int. & Comp. L.Q., Vol. 5, 1956, 378-394.

Mann, F. A.
(Çev. Tuğrul Arat) : "*Kanunlar İhtilâfinda Zaman Unsuru*", AÜHFD., 1972, C. XXVIII, S. 1-2 den ayrı bası, s. 365 – 412.

McCamus, D. John - Taman, Larry : "*Rathwell v. Ratwell: Matrimonial Property, Resulting and Constructive Trust*", Osgoode Hall L. J., Vol. 16, 1978, s. 741-760.

Neuner, Robert : "*Marital Property and the Conflict of Law*", La. L. Rev., Vol. 5, 1943, s. 167-192.

Norsigian, Hrant : "*Community Property and the Problem of Migration*", Wash. U.L.Q., Vol. 66, 1988, s. 773-785.

Osnabrück, Christian : "*Die Eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en)*, RabelZ, Vol. 57, 1993, s. 63-123.

Palmer, Edith : "*The Austrian Codification of Conflicts Law*", AJCL., Vol. 28, 1980, s. 197-234.

Pascal, A. Robert : "*Louisiana's 1978 Matrimonial Regimes Legislation*", Tul. L.Rev., Vol. 53, 1978-1979, s. 105-134.

Prager, Westerberg Susan : "*Sharing Principles and the Future of Marital Property Law*", UCLA. L. Rev., Vol. 25, 1977-1978, s. 1-22.

Rafferty, Nicholas : *"Matrimonial Property and the Conflict of Laws"*, U.W. Ont. L. Rev., Vol. 20, 1982, s. 177-213.

Reese, M. L. Willis : "*The Thirteenth Session of the Hague Conference*", Am. J. Comp. L., Vol. 25, 1977, s. 393-404.

Reppy, A. William : "*The Uniform Marital Property Act: Some Suggested Revisions for a Basically Sound Act*", 12 Com. Prop. J., Vol. 12, 1985, s. 163-197 (MPA).

Rigby, Kenneth : **"***Matrimonial Regimes: Recent Developments*", La. L. Rev., Vol. 60, 2000, s. 405-445.

Rigby, Kenneth : "*Matrimonial Regimes: Recent Developments*", La. L. Rev., Vol. 59, 1998-1999, s. 465-519.

Rogerson, Pippa : "*Habitual Residence: The New Domicile*", Int. and Comp. L. Q, Vol. 49, 2000, s. 86-107.

Sampson, J. John : "*Interstate Spouses, Interstate Property, and Divorce*", Tex. Tech. L. Rev., Vol. 13, 1982, s. 1285-1360.

Samuel, Adam : "*The New Swiss Private International Law Act*", ICLQ, Vol. 37, 1988, s. 681-695.

Schreter, Herma Hill : "*Quasi-Community Property in the Conflict of Laws*", Cal. L. Rev., Vol. 50, 1962, s. 206-244.

Shava, Menashe : "*Israeli Conflict of Laws Relatıng to Matrimonial Property-A Comparative Commentary*" ICLQ, Vol. 31, 1982, 307-330.

Siehr, G. Kurt : "*Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions*", Am. J. Comp. L., Vol.30, 1982, s. 37-71 (*Domestic Relations*).

Siehr, G. Kurt : "*Family Unions in Private International Law*" (*Family Unions)*, NILR., Vol. 50, 2003, s. 419-435.

Spaht, Katherine Shaw : "*Matrimonial Regimes*", La. L. Rev., Vol. 51, 1990-1991, s. 321-333.

Stone, Julius : "*The Law Governing Rights in Property Under a Prenuptial Contract, According to the English and American Cases*", Bost. U. L. Rev., Vol. 13, 1933, s. 219-233.

Stone, Peter : "*The Concept of Habitual Residence in Private International Law*", Anglo-Am. L. Rev., Vol. 29, 2000, s. 342-367.

Stumberg, G. Wilfred : **"***Marital Property and the Conflict of Laws*", Tex. L. Rev., Vol. 11, 1932, s. 53-66.

Symeonides, Symeon : "*Louisiana's Draft on Successions and Marital Property*", Am. J. Comp. L., Vol. 35, 1987, s. 259-293.

Taylor, J. Rick - Raabe, A. William : "*Wisconsin's Uniform Marital Property Act: Community Property Moves East*", Com. Prop. J., Vol. 12, 1985, s. 83-117.

Tekinalp, Gülören : "*Kişisel Statü - Millî Hukuk – İkametgâh Hukuku – Eğilimler – Düşünceler*", Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 889 – 912 (Makale).

Temkin, Jennifer : "*Property Relations During Marriage in England and Ontario*", I.C.L.Q., Vol. 30, 1981, s. 190-212.

Thiele, K. Leslie : "*The German Marital Property System: Conflict of Laws in a Dual-Nationality Marriage*", Cal. W. Int'l L. J., Vol. 12, 1982, s. 78-127.

Tunçomağ, Kenan : "*İkametgâh*", İÜHFM., C. XXVI, 1961, S. 1 – 4, s. 153 – 184.

Younger, T. Judith : "*Community Property, Women and the Law School Curriculum*", N.Y.U. L. Rev., Vol. 48, 1973, s. 211-260 (Community Property).

Younger,T. Judith : "*Marital Regimes: A Story of Compromise and Demoralization, Together With Criticism and Suggestions for Reform*", Cornell L.R., Vol. 67, 1981, s.45-102 (Marital Regimes).

III- SEMPOZYUM - ULUSAL RAPOR – DAVA YORUMLARI VE DİĞER BELGELER

Burns, E. Darrell : Comment: "*De Nichols v. Curlier Revisited*", Osgoode Hall L. J., Vol. 14, 1976, s. 797-807.

Casenotes - Commentaires : "*Constructive Trusts in Matrimonial Preperty Law- Rathwell v. Rathwell*", Can. J. Fam. L., Vol. 1, 1978, s. 303-310.

Clarkson, Chris - Hill, Jonathan - Thompson, Mark : Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law (National Report-United Kingdom-England), Asser Instituut, 2001.

Coester Waltjen, Dagmar -Coester, : Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law (National Report-Germany), Asser Instituut, 2001.

Erlanger, Howard Weisberger, M. June Micheal : Symposium: The Continuing Evolution of American Community Law: "*From Common Law Property to Community Property: Wisconsin's Marital Property Act Four Years Later*, Wis. L. Rev., Vol. 1990, 1990, s. 769-806.

Garner, A. Bryan : Black's Law Dictionary, B.8, Thomson West, 2004.

Glenn, H. Patrick : Comment: "*The 1976 Hague Conventions on Marriage and Matrimonial Property Regimes*", Can. B. Rev., Vol. 55, 1977, s. 586-605.

Grossen, Jacques-Michel : Eason-Weinmann Center for Comparative Law Symposium on Reflections on the Civil-Law Tradition in Louisiana: "*Agenda for the Twenty-First Century: Comperative Developments in the Law of Matrimonial Regimes*", Tul. L. Rev., Vol. 60, 1986, s. 1199-1208.

Juenger, K. Fredrick : Comments: "*The German Constiritional Court and the Conflict of Laws*", Am. J. Comp. L., Vol. 20, s. 290-298 (German).

Lintner, Mary Janice : Notes: "*Marital Property Rights of Separately Domiciled Spouses and Conflict of Laws*", J. Fam. L., Vol. 22, 1984, s. 311-331 (Notes).

Martiny, Dieter (Çev. Nezih Pala) : "*Boşanma Hukuku ve Miras Hukuku Bakımından Kadının Durumu-Almanya ve Avrupa'daki Gelişmeler*", Sempozyum: Türk ve Alman Özel Hukukunda Kadın (*Die Stellung Der Frau Im Türkischen und Deutschen Zivilrecht*), Goethe Institut Inter Nationes – Başkent Üniversitesi, Ankara 2001, s. 135 – 152.

Rheinstein, Max – Glendon, Mary Ann : Interspousal Relations, International Encyclopedia of Comparative Law, 1980, Vol. 4, Chap. 4.

Philip, Allan : Comments; **"***Hague Draft Convention on Matrimonial Property*", Am. J. Comp. L., Vol. 24, 1976, s. 307-318.

Rabenold, Elizabeth : Case Comment: "*Gross v. Gross: Antenuptial Agreements in Ohio*", Ohio N.U. L. Rev., Vol. 12, 1985, s. 153-163.

Rechberger, Walter : Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law (National Report-Austria,), Asser Instituut, 2001 (Austria).

Rechberger, Walter : Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law (Addendum-Austria), Asser Instituut, 2001.

Ross, D. Keith : Note: "Sharing Debts and Creditors and Debtors Under the Uniform Marital Property Act", Minn. L. Rev., Vol. 69, 1984, s. 111-139.

Spaht, K. Shaw - Symeonides, Symeon : Symposium (Part II): "*Covenant Marriage and the Law of Conflicts of Laws*", Creighton L. Rev., Vol. 32, 1999, s. 1085-1120.

Weintraub, J. Russell : Symposium on Interest Analysis in Conflict of Laws: An Inquiry into Fundamentals with a Side Glance at Products Liability: " *A Defense of Interest Analysis in the conflict of Laws and the Use of that Analysis in Products Liability Cases*" , Ohio St. L. J., Vol. 46, 1985, s. 493-508 (Interest Analysis).

Legislative Symposium : Matrimonial Regimes, La. L. Rev., Vol. 39, 1978-1979, s. 129-165.

Documents : Some Remarks on the Proposed Codification: The Draft of the Commission for the Reform of the Civil Code, Am. J. Comp. L., Vol. 1, 1952, s. 416-432.

International Legal Materials, Vol. 16, 1977, s. 14-17.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, Madde Gerekçeleri (Yayımlanmamıştır).

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu (D. Meclisi 1/5; M.G. Konseyi: 1/367), S. Sayısı 408; Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. VII, Brl. 105-124, Ankara 1983.

Second Restatement of the Law, Conflict of Laws, American Law Institute, St. Paul, Minn., 1971.

"*Uniform Marital Property UMPA*", Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Hous. L. Rev., Vol. 21, 1984, s. 601-667.

2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi, İstanbul 1984

Türk Medenî Kanunu Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Ön Tasarısı ve Gerekçesi, Seri, No. 9, Ankara 1971.

IV- I N T E R N E T A D R E S L E R İ

http://hcch.e-ision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=17

http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=87.

http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=13

http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=14

http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=17.

http://www.belgenet.com/yasa/medenikanun/k4722.html.

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.statusprint&cid=87

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=88

http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.details&sid=74

http://www.hri.org/docs/ECHR50.html#Convention.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/179-199.pdf

http://www.terry.co.uk/matcaus.html

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_c_ref.htm.

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_c_ref.htm.

www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf