

**T.C.**  
**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Betül KİRAZ**

**DANIŞMAN**  
**Prof. Dr. Zafer ZEYTİN**

**İSTANBUL, Haziran 2019**

**T.C.  
TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Betül KİRAZ  
(Enstitü No:1581031102)**

**DANIŞMAN  
Prof. Dr. Zafer ZEYTİN**

**İSTANBUL, Haziran 2019**

**T.C.**  
**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Betül KİRAZ**

**(Enstitü No:1581031102)**

Tezin Enstitüye Teslim Edildiği Tarih:

Tezin Savunulduğu Tarih :

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Zafer ZEYTİN .....

Diğer Jüri Üyeleri : .....

.....

.....

.....

**İSTANBUL, Haziran 2019**

## ÖNSÖZ

Hazırlamış olduğumuz tezde aile kurumunun iktisadi sonuçlarından biri olan, evlilik birliği öncesinde ve süresince edinilen malvarlığı değerlerinin aidiyeti hususunda, taraf iradelerine tanınan sınırlı serbesti sayesinde düzenlenebilecek mal rejimi sözleşmeleri irdelenmiştir.

Önceleri evliliğe adım atan çiftler her ne kadar manevi bir zorlanmayla mali hükümler içeren bir sözleşme yapmaktan kaçınırsalar da, nesnelere tek kullanımlık tasarımlarıyla sağlamlık ve sürekliliklerini yitirmesiyle birlikte günden güne yerleşen yeni tüketim alışkanlıklarımızın aşıladıkları, insan ilişkilerine de sirayet etmekten geri durmamış, başta aile olmak üzere tek mil insan ilişkileri bağıllık, devamlılık ve yükümlülüklerinden sıyrıldığı bir yörüngeye girmiştir. Bu sebeple her ne kadar günümüze kadar mal rejimi sözleşmesi akdedilmesi hususunun çiftler arasında zikredilmesi manevi engellere takılmış olsa da, ne yazık ki boşanmayla neticelenen evliliklerin sayısının arttığı nazara alındığında, mal rejimi sözleşmesi akdederek kendilerini iktisadi bir güvenceye almak isteyen eşlerin sayısının ilerleyen zamanlarda artacağı kanaatindeyiz. Öte yandan önceleri mal rejimi sözleşmesi akdedilme ihtiyacı duyulmamasının bir diğer nedeninin, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi olduğu da söylenebilir. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğüyle birlikte edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak benimsendiğinden, güvenin had safhada olduğu ilişkilere bağlanabilecek iktisadi sonuçların, kendi kırılğan ilişkilerine uygulamaması yönünde eğilim gösteren eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapma yoluna gidecekleri düşünülmektedir.

Bahsedilen gerekçelerle mal rejimi sözleşmeleri hakkında yaptığımız tafsilatlı incelemenin, günden güne öneminin artacağı kanaatindeyiz. Çalışmanın hazırlanması sürecinde yoğun ilgisiyle her daim bana yol gösteren ve desteğini hiçbir zaman esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Zafer Zeytin'e teşekkürlerimi sunuyorum. Hazırlamış olduğum yüksek lisans tez çalışmasının hukuk uygulayıcılarına katkı sağlaması temennilerimle.

Haziran 2019

Betül KİRAZ

# İÇİNDEKİLER

## SAYFA NO

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
KISALTMALAR.....	vii
BÖLÜM 1. GİRİŞ.....	1
1.1. İRADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SÖZLEŞME SERBESTİSİ.....	3
1.1.1. Genel Olarak.....	3
1.1.2. Farklı Hukuk Dallarında İrade Özgürlüğü.....	4
1.1.3. Taraf seçme, içerik belirleme, sona erdirme.....	6
1.1.4. İrade Özgürlüğü ve Sözleşme Serbestisinin Aile Hukukundaki Yeri Ve Sınırları.....	7
1.1.5. Mal Rejiminde Tarafların İrade Özgürlüğü.....	9
BÖLÜM 2. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE KONUSU.....	15
2.1. GENEL OLARAK.....	15
2.1.1. Kapsamı.....	17
2.2. TARAFLAR.....	21
2.3. EHLİYET.....	24
2.3.1. Ehliyetsizler.....	28
2.3.2. Ehliyetliler.....	35
2.4. ŞEKİL.....	36
2.4.1. Evlenmeden Önce.....	46
2.4.2. Evlenmeden Sonra.....	49
2.5. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	50
2.6. KURULMA ANI ve YÜRÜRLÜK SORUNU.....	52
2.6.1. Evlenmeden Önce.....	52
2.6.2. Evlenmeden Sonra.....	52
2.6.3. Evlenme Merasimi Sırasında.....	52
2.6.4. Geçmişe Etkili Olması.....	52
2.7. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	58

2.8. MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	60
2.9. ŞARTA VE SÜREYE BAĞLANMASI.....	61
2.10. SONA ERMESİ VE İPTALİ.....	63
<b>BÖLÜM 3. MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİNİN İÇERİĞİNİ BELİRLEME SERBESTİSİ VE SINIRLARI.....</b>	<b>67</b>
3.1. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ İLE DÜZENLENEMEYECEK HUSUSLAR.....	67
3.2. MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİNİN KONUSU.....	70
3.2.1. Mal Rejimi Seçimi.....	70
3.2.2. Envanter.....	72
3.3. İÇERİK DÜZENLEMELERİ.....	73
3.3.1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde İçerik Düzenlemeleri.....	73
3.3.2. Mal Ayrılığı Rejiminde İçerik Düzenlemeleri.....	91
3.3.3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde İçerik Düzenlemeleri.....	93
3.3.4. Mal Ortaklığı Rejiminde İçerik Düzenlemeleri.....	96
3.4. Mal Rejimine İlişkin İçeriğin Diğer Hukuki İşlemlerle Düzenlenmesi.....	99
3.5. Mal Rejimi Sözleşmesiyle Evliliğin Genel Hükümlerine İlişkin Düzenleme Yapılabilmesi.....	104
<b>BÖLÜM 4. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK, MİRAS HUKUKU İLİŞKİSİ VE SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ.</b>	<b>108</b>
4.1. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK İLİŞKİSİ.....	108
4.1.1. Genel Olarak.....	108
4.1.2. Hukuk Seçimi.....	109
4.1.3. Sözleşmenin Geçerliliği.....	110
4.2. MİRAS HUKUKU İLİŞKİSİ.....	110
4.2.1. Artık Değere Katılma.....	111
4.2.2. Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Aynı Hak Talebi.....	115
<b>BÖLÜM 5. SONUÇ.....</b>	<b>117</b>
<b>KAYNAKLAR.....</b>	<b>118</b>
<b>EKLER.....</b>	<b>122</b>
<b>EK.A. SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ.....</b>	<b>122</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>126</b>

# ÖZET

## MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİ

Mal rejimi sözleşmelerini konu alan yüksek lisans tezimiz dört ana başlık altında incelenmiştir. İlk bölümde tarihsel gelişim süreci içerisinde mal rejimi sözleşmesi kavramı irdelenmiş, ikinci bölümde kapsamı, tarafları, ehliyet ve şekil şartları ile hukuki niteliği hakkında bilgiler verilmiştir. Üçüncü bölüm ise mal rejimi sözleşmesinin içeriğinde yer alabilecek konulara ayrılırken, dördüncü bölümde mal rejimi sözleşmelerinin milletlerarası özel hukuk ve miras hukukundaki yansımalarına yer verilmiştir.

Çalışmamız oluşturulurken mal rejimi sözleşmeleri hakkında literatürde yayınlanmış hemen hemen bütün kaynaklar gözden geçirilmiş, doktrinde yer alan görüşler yanında, ihtilafli hususlar hakkında Yargıtay içtihatları yeri geldikçe paylaşılmıştır. Son olarak uygulama açısından yol gösterici olması amacıyla mal rejimi sözleşmesi örneklerine yer verilerek çalışmamız noktalanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:**mal rejimi sözleşmesi, şekil şartları, mal rejimi sözleşmesinin içeriği, milletlerarası özel hukuk ve miras hukuku etkisi

**Tarih:**14.06.2019

## ABSTRACT

This thesis was prepared as a postgraduate work in Turkish-German University of Social Science Institute. In our thesis, property regime has been explained in four main sections. In the first section, the concept of property regime was examined from the historical development perspective. Second section has included scope, capacity, form requirements and legal characteristics of property regime. Third section was devoted to the subjects that may be included in the content of the property regime contract. The last section comprised reflections of property regime contracts in the international private law and inheritance law.

In the creation process of this work, the property regime literature were profoundly reviewed. Also, the opinions of the jurisprudence of the court cassation about the disputed issues were shared, appropriately. Finally, in order to be guiding in the implementation, the study was concluded by giving examples of property regime contracts.

**Key Words:**property regime contract, form requirements, included in the content of the property regime contract, reflections of property regime contracts in the international private law and inheritance law

**Date:**14.06.2019



## KISALTMALAR

<b>age</b>	: adı geçen eser
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>Aufl.</b>	: Auflage
<b>b.</b>	: bent
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>E.</b>	: Esas
<b>EGBG</b>	: Einführungsgesetz Bürgerliches Gesetzbuch
<b>eMK</b>	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
<b>f.</b>	: fıkra
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>K.</b>	: Karar
<b>md.</b>	: madde
<b>MÖHUK</b>	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
<b>MüKoBGB</b>	: Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch
<b>s.</b>	: sayfa
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TAAD</b>	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<b>TBK</b>	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TMK</b>	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>TMKYUHK</b>	: Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve diğerleri
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>yy</b>	: yüzyıl
<b>ZGB</b>	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

## 1. GİRİŞ

Aile anne, baba ve çocuklardan oluşan toplumun çekirdeği niteliğindeki en küçük birimdir. Kadın ve erkeğin kurduğu manevi yönü ağır basan bu birliğe, çeşitli iktisadi sonuçlar da bağlanmıştır. Hatta doktrinde tüzel kişiliği bulunmayan evlilik birliğinin mali sonuçları açısından adi ortaklık kabul edilebileceği yönünde bir görüş dahi mevcuttur.<sup>1</sup>

Evlilik birliğinin kurulmasıyla eşlerin sahip oldukları mallara ait mülkiyet, yönetim ve yararlanma haklarının ne şekilde kullanılacağı ve bu mallar dolayısıyla doğan sorumlulukların hangi oranda ve kime ait olacağı, evlilik sona erdiği zaman malların nasıl paylaşılacağı soruları mal rejiminin konusunu oluşturur.<sup>2</sup> Yani mal rejimi hukuku sadece evlilik bittiğinde gerçekleştirilecek olan mal paylaşımını değil, eşlerin evlilik süresince kazandıkları malvarlıkları ve bunlara ilişkin hak ve yükümlüklerini de ifade eder.

17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilen 743 sayılı Türk Kanuni Medenîsi 4 Nisan 1926 tarihinden itibaren 31.12.2001 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. 1.1.2002 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK) yürürlüğe girmiştir. Sistematiği ve içerik olarak asıl kaynak İsviçre Medenî Kanunundan pek az farklılık gösteren TMK, özellikle aile hukukuna ilişkin getirdiği düzenlemelerle eMK'ye göre oldukça reformcudur. Kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerin yanında, eşler arasında yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini<sup>3</sup> kabul eden düzenlemeler aile hukukundaki reformların önemli kısmını oluşturmaktadır. Türk Medeni Kanunu ile hayatımıza giren edinilmiş mallara katılma rejimi, doktrin ve uygulamanın katkılarıyla kaynak İsviçre hukuk uygulamasından ayrılan kendine has özellikleri içeren bir yasal mal rejimi halini almıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun resepsiyonu aynı zamanda İsviçre Hukuku'nun da resepsiyonu anlamına gelmemektedir. Zira Türk Hukuku'nda farklı kanun yorumu ve farklı uygulama

1 ŞİPKA Şükran, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, Beta Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2004, s. 50

2 EMİROĞLU Haluk, Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde Mal Rejimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:50, Sayı:3, 2001 s. 175

3 Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ifadesi 1984 yılı ön tasarısında yer almıştır (bkz. HAYRAN Burhan Mal Rejimleri Şerhi, Ankara 2004, s. 2)

çözümleri görülebilmektedir. Mahkeme içtihatlarıyla gelişen Türk mal rejimi hukuku kendine has bir hukuk olma yolunda ilerlemektedir.

Mal rejimi sözleşmesinin prototipi sayılabilecek bir işleme, ilk olarak Roma klasik hukuk döneminde rastlanmaktadır. Evlilik Roma Hukuku'nda hukuki işlem niteliğinde olmayıp her iki tarafın birlikte yaşama iradesine bağlı, fiili bir birlik olarak kabul edilmiştir. Öte yandan tarım toplumu olan Roma'da aile, pater familias denilen aile babasının egemenliğinde çiftçilikle uğraşan, belirli bir toprak üzerinde ve aynı evde oturan geniş bir yapıyı ifade eder. Antik Roma'da evlilik kadının patria potestas egemenliği altına girdiği manus'lu yahut sui iuris olarak kaldığı manus'suz şekilde yapılabilmekteydi. Conventio in manum denilen hukuki işlemle evlilik manus'lu hale getirilerek kadın pater familias'ın egemenliği altına girmektedir. Bunun sonucu olarak kadın hak ve fiil ehliyetlerini, dolayısıyla tüm varlığını, hakimiyeti altına girdiği pater familias lehine kaybetmekteydi. Kadının malvarlığının tamamının kocasının ailesine ait olması sonucunu doğuran conventio in manum'un mal rejimini düzenleyen bir hukuki işlem niteliğinde olduğu söylenebilir.<sup>4</sup> Manus'suz evlilikte ise, sui iuris statüsünü koruyan kadın hak ve fiil ehliyetlerini koruduğundan mal varlığı üzerindeki mülkiyet, yararlanma ve yönetim haklarını kullanmaya devam etmekteydi. Bu halde eşler arasındaki rejim bir nevi mal ayrılığı esasına dayanmaktaydı.<sup>5</sup>

Osmanlı hukuk sisteminde ise kadın gerek hak gerekse fiil ehliyetini haizdi ve ferdi mülkiyet sahibi olabilmekteydi. Evlilik kadının fiil ehliyetine herhangi bir sınırlama getirmemekte, evlenen kadın malvarlığı üzerindeki yararlanma, yönetme ve tasarruf haklarını serbestçe kullanmaya devam etmekteydi. Bu sebeple Osmanlı Hukuku'nun eşler arasında mal ayrılığı esasını kabul ettiği söylenebilir. Karı ve koca birbirlerinin rızasını almadan malları üzerinde dilediğince tasarruf edebilirlerdi. Kadının hiçbir hukuki muamelesine, kocanın katılmak yahut engel olmak gibi hakkı da yoktu.<sup>6</sup>

4 ERİŞGİN Söğütlü Özlem, Roma Toplumunda Kadının Konumu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:4 Sayı:2, 2013, s. 5

5 EMİROĞLU, age, s. 178

6 AY Nuran, Günümüz ve İslam-Osmanlı Hukukunda Mal Rejimleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:1-2, 2003, s. 17

Osmanlı döneminde 1917 tarihli Hukûk-ı Âile Kararnâmesi de dahil olmak üzere mal rejimleriyle ilgili herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.<sup>7</sup> Türk Hukuku'nda eşlere ilk defa İsviçre'den iktibas edilen 1926 tarihli 743 sayılı eMK ile mal rejimi sözleşmesi yapılabilme imkânı tanınmıştır.

## **1.1. İRADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SÖZLEŞME SERBESTİSİ**

### **1.1.1. Genel Olarak**

Özgürlük, insanın hukuka aykırı dış etkilerden bağımsız olarak kendi istek ve iradesine göre düşünüp karar alması ve buna uygun davranabilmesidir. İrade özgürlüğü, kişinin seçim yapma serbestisine sahip olmasını ifade eder. Bu seçimi yaparken dış baskılardan uzak olmasını, özgür iradesiyle karar verebilmesini sağlayan ve bunu başka hukuk sùjeleri karşısında garanti altına alan yine hukuk kurallarıdır.

İnsanoğlunun özgür bir iradeye sahip olup olmadığı hususu ilk çağlardan bu yana felsefenin tartışma konularından birini oluşturmuştur. Determinizmin 17. yy'a damgasını vuran anlayışına göre insan iradesi özgür değildir. Kişinin tüm yaşamı, seçim ve kararları nedensellik bağlantısı içerisinde önceden belirlenmiştir. Buna tepki olarak doğan 20. yy akımı indeterminizm ise, insanın nedensellik bağlantısı dışında kalan serbest bir alana sahip olduğunu ve bu alan sayesinde iradesini önceden belirlenmiş olana aykırı yönde kullanabileceğini savunur.<sup>8</sup>

Günümüz hukuk sistemlerinde irade serbestisine sahip olduğu kabul edilen birey, dilediği sözleşmeyi kanunlarda belirlenen sınırlar çerçevesinde yapabilmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinden farklı olarak, Roma Hukuku'nda ise sözleşme özgürlüğü prensibi bulunmamaktaydı. Bunun temel sebebi, borcun doğumu için sadece taraf iradelerinin varlığının yeterli görülmemesiydi. Roma'nın paternalist devlet anlayışı, yurttaşlarını ergin ve özerk bireyler olarak görmemiş, özgür iradelerine aykırı olarak onlar adına hareket eden müdahaleci bir tavır takınmıştır. Buna en önemli örnek ise, sözleşmedeki edimler arası dengesizliklere uygulanan laesio enormis (adil sözleşme koşulları) ilkesidir. 19. yy'a gelindiğinde ise, Endüstri Devrimi ile yayılan liberal anlayışla günümüz modern hukukunun temelleri şekillenmeye başlamıştır. Bu sayede

7 YAZICI Abdurrahman, Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:19, Sayı:62, 2015, s. 574

8 ARAL Vecdi, İnsan Özgür Mü?, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2004, s. 278

sözleşmenin taraflarına sözleşme şartlarını serbest iradeleriyle kararlaştırabileceklerini öngören sözleşme özgürlüğü (freedom of contract) ilkesi kabul edilmiştir.<sup>9</sup>

Anayasamızın 48. maddesinde herkesin sözleşme hürriyetine sahip olduğu düzenlenerek sözleşme özgürlüğü prensibi anayasal koruma altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 2014/126 E. 2015/86 K. 08.10.2015 tarihli kararında, sözleşme özgürlüğünün, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin anayasa hukuku alanındaki yansıması olduğunu belirtilmiştir. Buna göre, anayasa açısından sözleşme özgürlüğü, devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belirli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Öte yandan bahsedilen sözleşme özgürlüğü prensibi, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içermektedir.

### **1.1.2. Farklı Hukuk Dallarında İrade Özgürlüğü**

Kökleri Roma Hukuku'na dayanan Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde biri kamu hukuku diğeri özel hukuk olmak üzere iki ayrı disiplin bulunmaktadır. Kamu Hukuku devletin yapısını ve bireylerin devletle olan ilişkilerini düzenlerken, özel hukuk ise bireyler arası ilişkileri düzenlemektedir. Söz konusu ayrım İngiliz Hukuku'nda bulunmamaktadır.

Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımında en önemli ölçüt irade özgürlüğüdür. Eşit olmayan, hiyerarşik statüdeki hukuk sùjelerinin ilişkilerinin, daha ziyade emredici hukuk kurallarıyla düzenlendiği alan kamu hukukunu, eşit hukuk sùjeleri arasındaki ilişkilerin tamamlayıcı nitelikteki hukuk kuralları ile düzenlendiği alan ise özel hukuku temsil etmektedir. Diğeri bir değışle, kamu hukuku kuralları ilke olarak emredici niteliktedir ve bireyler bu kuralların aksini serbestçe kararlaştıramazlar. Özel hukuk alanında ise, irade özgürlüğü ilkesi asıldır ve taraflar özgür iradeleriyle emredici olmayan hukuk kurallarının aksine anlaşma yapabilirler.<sup>10</sup> Kamu hukuku ve özel hukuk

9 KÜÇÜKYALÇIN Arzu, Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:53, Sayı:4, 2004, s. 106

10 GÖZÜBÜYÜK Şeref A., Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 27. Bası, Ankara, 2008, s. 24

ayrımı bu temel özellik farklılıklarına rağmen mutlak bir ayrım değildir. Kamu hukukuna ait ilke ve nitelikler özel hukuk alanında görüldüğü gibi, tersi de mümkündür.

#### **1.1.2.1. Kamu Hukuku**

Kamu hukuku alanında, özel hukuktan farklı olarak taraflar arasında eşitsizlik söz konusudur. Kamu gücünü elinde bulunduran tarafın, bilhassa idare hukukunda kamu yararı amacıyla iradesini zorla karşı tarafa kabul ettirme, düzenleyici işlemlerle hak ve borç yaratma imkânı vardır.<sup>11</sup> Dolayısıyla bu disiplinde bireyin iradesi kamu gücüyle sınırlandırıldığından, irade serbestisi kendine özel hukuktaki gibi geniş bir alan bulamaz. Öte yandan bir kamu hukuku süjesi ile özel hukuk süjesi arasında, özel hukuk alanında yer alan sözleşme ilişkilerinden birinin kurulması da mümkündür. Bu halde her ne kadar kamu hukuku süjesinin iradesinin oluşumu, sözleşmenin diğer tarafını seçimi ve sözleşmenin kurulması süreci özel hukuk kurallarına tabi değilse de, geçerli olarak kurulmuş olan sözleşme ilişkisinden doğan uyumsuzluklara özel hukuk kuralları uygulanacaktır.<sup>12</sup>

#### **1.1.2.2. Özel Hukuk**

Özel hukuk, kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini, eşitlik ve irade serbestisi esasına göre düzenleyen hukuk kurallarının bütünüdür. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir.

Özel hukukta kişiler arası ilişkiler eşitlik ve irade özgürlüğü ilkelerine dayanmaktadır. Taraflar karşılıklı olarak hukuki ilişki kurup kurmama yahut kurulan ilişkinin içeriğini belirleme serbestisine sahip olmaktadır.

Özel hukukta irade özgürlüğü asıl olmakla birlikte bunun sınırları yine hukuk kurallarıyla çizilmiştir. Hukuk kuralları emredici ve yedek hukuk kuralları olarak ayrılmaktadır. Emredici hukuk kurallarıyla düzenlenmiş bir alanda irade serbestisinden bahsedilemez. Bunlar çoğu kez kamu düzenine ilişkin ve zayıfların korunmasına yönelik kurallardır. Yedek hukuk kuralları ise tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kurallarından oluşmaktadır. Bu halde öncelik taraf iradelerindedir. Taraflarca başkaca düzenlemeler getirilmediği takdirde uygulanırlar.<sup>13</sup> Bunların yanında tanımlayıcı ve

11 GÖZÜBÜYÜK, age, s. 29

12 bkz. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu md. 36

13 OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, Arıkan Yayınevi, 13. Bası, İstanbul, 2006, s. 69

yetki verici hukuk kuralları da bulunmaktadır. Yetki verici hukuk kuralları ise kişiyi belli bir davranışı yapıp yapmama hususunda serbest bırakan kurallardır. Mirasçılarının mirası reddetme haklarının bulunması buna örnektir.

Özel hukuk disiplinleri arasında yer alan borçlar hukuku, bireyler arasındaki çeşitli borç ilişkilerini hem genel hükümlerle hem de özel hükümlerle düzenlemektedir. TBK'nun 646. hükmüne göre, Türk Borçlar Kanunu Türk Medeni Kanunu'nun 5. kitabı olarak onun tamamlayıcısıdır. Türk Medeni Kanunu md. 5 uyarınca da, Türk Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu genel nitelikteki hükümleri tüm özel hukuk borç ilişkilerinin yasal kaynağıdır. Bu yasal kaynağın yanında borç ilişkilerinin en önemli kaynağı da, emredici kanun hükümlerine aykırı olmayan sözleşmelerdir. Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi de tarafların sözleşme içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebileceğini düzenlemiştir. Böylelikle borçlar hukukunda bireylere geniş bir irade serbestisi tanınmıştır. Taraflar emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayan ve konusu imkânsız olmayan her türlü sözleşmeyi serbestçe kurabileceklerdir.

Sonuç olarak özel hukukta, kişiler arası ilişkiler eşitlik ve irade özgürlüğü ilkelerine dayandığından, taraflar karşılıklı olarak hukuki ilişki kurup kurmama yahut kurulan ilişkinin içeriğini belirleme serbestisine sahip olmaktadır. Ancak her ne kadar irade serbestisi ilkesi asıl olsa da, bilhassa sosyal ve ekonomik olarak daha güçsüz durumda bulunanın korunması amacıyla, kamu düzeni ve genel ahlak ilkelerine dayanarak bu prensibe emredici hukuk kurallarıyla ciddi sınırlamalar da getirilebilmektedir.<sup>14</sup>

### **1.1.3. Taraf seçme, içerik belirleme, sona erdirme**

Sözleşme hürriyeti, sözleşme yapıp yapmama serbestisini, sözleşmenin karşı tarafının serbestçe seçilmesini, kanundaki sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla içeriğinin belirlenebilmesini ve tarafların hür iradelerine dayanarak sözleşme ilişkisini sonlandırabilme imkânlarını da kapsar.

14 ASLAN Yılmaz/ŞENYÜZ Doğan, Hukuka Giriş, 9. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 74

Sözleşmelerin bağlayıcılığı, tarafların irade hürriyetine sahip olmasından ileri gelmektedir. Taraflar serbest iradeleri ile kurdukları sözleşmeler ile bağlı olmalarına rağmen irade özerkliği, sözleşmeyi feshetme özgürlüğünü de içerir. Çünkü fesih hakkından vazgeçme, söz gelimi hizmet sözleşmesinde süresiz hizmet yükümü altına girme anlamına girebileceğinden kişinin irade hürriyetinden, bunun sonucu olarak da kişilik haklarından vazgeçmesi anlamına gelebilir.<sup>15</sup> Bu halde gündeme gelen bir diğer husus “pacta sunt servanda” yani ahde vefa ilkesidir. Bu ilke çerçevesinde, söze bağlılığını ihlal ederek tek taraflı iradesiyle sözleşmeyi sonlandıran taraf, diğerinin zararlarını karşılamakla yükümlü olacaktır.

#### **1.1.4. İrade özgürlüğü ve sözleşme serbestisinin aile hukukundaki yeri ve sınırları**

Türk Medeni Kanunu anlamında aile, karı ve kocadan oluşan evlilik birliğini ve varsa çocukları da içine alan topluluğu ifade eder. Hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber, hakim görüş evlilik birliğini kuran taraf iradelerini esas alarak evlenmeyi bir aile hukuku sözleşmesi olarak kabul etmektedir.<sup>16</sup> Antik Roma’da ise aile, günümüzdekinden farklı olarak çok daha geniş bir topluluğu ifade ediyordu. XII Levha Kanunu’nun IV. ve V. levhaları aile hukukuyla ilgili düzenlemeler içermektedir. Buna göre, baba aile üyeleri üzerinde “patria potestas” denilen sınırsız ve mutlak bir hakimiyete sahipti. Ailenin tek hak ehliyetine sahip üyesi “sui iuris” kabul edilen aile babası “pater familias”dı.<sup>17</sup> Ailenin diğer üyeleri olan çocuklar, gelinler, torunlar, evlatlıklar ve eş “alieni iuris” kabul edildiklerinden hak sahibi olamazlar ve babanın iktidarına tabi olurlardı. Kadın eş hiçbir hak iktisap edemez, tüm malvarlığı değerleri doğrudan aile reisi babaya ait olurdu.<sup>18</sup>

Günümüz aile hukuku bireyin içinde yer aldığı ailenin üyeleriyle olan ilişkilerini düzenlemektedir. Anayasa’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlıklı bölümünde, ailenin korunmasına ilişkin 41. madde düzenlenmiştir. Buna göre aile Türk

15 GÜRİZ Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 1997, s. 155

16 ZEYTİN Zafer, Borç İçin Hapis Yasağı ve Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin İhlali, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD) 2005, Sayı 4, s. 190-196

17 UMUR Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayım, 1. Baskı, İstanbul, 1987, s. 84

18 TAHİROĞLU Bülent/ERDOĞMUŞ Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2005, s. 143-145



toplumunun temelidir. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır. Kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddeye göre de, kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlü kılınmış, bu maksatla alınan tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı yorumlanamayacağı belirtilmiştir.

Özel hukuk eşitler arası ilişkileri düzenleyen hukuk alanı olması sebebiyle irade serbestisi geniş bir yer tutar. Fakat her ne kadar özel hukuk alanına dahil olsa da, bu serbesti aile hukukunda bazı sınırlamalara tabi olmaktadır. Kanun koyucu toplumun çekirdeği olan aileye kamu düzenine ilişkin gerekçelerle, emredici ve şekilci hükümlerle müdahale etme gereği duymuştur. Bu müdahalelere rağmen evlilik birliğinin kurulmasında irade serbestisi esası güvenceye alınmıştır. Karşılıklı evlenme vaadinde bulunan nişanlılar, evliliğin gerçekleşmesi için zorlayıcı bir dava hakkına sahip olmadıkları gibi, evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemeyecek, ancak buna rağmen yapılan ödemeler de geri istenemeyecektir (TMK md.119).

Türk aile hukukuna konu işlemler “numerus clausus” yani sadece kanunda sayılanlardan ibarettir. Bu sebeple kanunda düzenlenmemiş bir ilişkiyi tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile kurmaları mümkün değildir. Dolayısıyla borçlar hukukundaki gibi geniş bir irade özgürlüğü ilkesi aile hukukunda geçerli değildir.<sup>19</sup>

Evlilik birliğinin kurulmasından, evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine, çocuklarına ilişkin yükümlülükleri ile evlilik birliğinin sona ermesinde eşlerin irade serbestisi sınırlıdır. Olumlu ve olumsuz evlenme şartlarını sağlayan eşler ancak resmi şekilde kıyılan bir nikahla, evlilik birliğini kurabilirler ve doğan hak ve borçlara sahip olurlar. Evlilik birliği sürerken eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan hak ve yükümlülükler üzerinde serbestçe tasarruf etmeleri de mümkün değildir. Eşlerden birinin çocukları üzerindeki velayet hakkını diğer eşe ve üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün değildir. Yine önceden boşanma davası açma ve nafaka isteme hakkından vazgeçmeye yönelik irade açıklamaları da, kişilik haklarına aykırılık teşkil edeceğinden hukuken bağlayıcı olmayacaktır. Geçerli şekilde kurulmuş olan evlilik birliği, kendiliğinden sona erdiği ölüm ve ölüm karinesi hali hariç, ancak eşlerin iradesine bağlı olarak kanunda yazılı sebeplerle ve usulüne uygun şekilde açılmış bir boşanma

19 GENÇCAN Ömer Uğur, Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 158

davasında verilen mahkeme kararı ile sona erdirilebilir. Geçerlilik şartlarına sahip olmayan bir evlilik, mahkeme kararı ile sona erdirilinceye kadar geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını tarafların iradesine bağlı olmadan doğurur.

Kural olarak Türk Hukuku'nda eşlerin birbirleriyle veya üçüncü kişilerle yapacakları hukuki işlemler bakımından sözleşme özgürlüğü prensibi benimsenmiştir. TMK'nın 193. maddesinde, “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir” denilerek, evli olmanın fiil ehliyetini sınırlayan bir neden olmadığı düzenlenmiştir. Eşler aralarındaki mali ilişkileri diledikleri gibi düzenleyebilirler. Ancak mal varlığı değerleri dışındaki konularda yasa koyucunun müdahalesiyle karşılaşılır. Eşler kural olarak mallarının yönetimine ilişkin olan bir mal rejimi seçme ve içeriğini belirleme hususunu, sözleşmeyle kararlaştırmakta tamamen serbesttirler.<sup>20</sup> Fakat mal rejimi hukukunda sosyo-ekonomik açıdan zayıf durumda olan tarafın, sosyo-ekonomik gücü elinde bulunduran taraf karşısında korunmasını sağlayabilmek için emredici hükümlerle kanun koyucu tarafından müdahaleler yapılmıştır. Buna göre eşlerin mal rejimi sözleşmesini, kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde yapmaları zorunludur. Dolayısıyla eşler kanunda yer alan mal rejimi türlerinden birini seçip, içeriğini de ancak kanunun cevaz verdiği ölçüde düzenleyebilirler. Söz gelimi taraflar kanunda öngörülmemiş bir mal rejimini seçemeyecekleri gibi, özel mal rejimi sözleşmesi de yapamayacaklardır. Bunun gibi tarafların karma bir mal rejimi de yaratmaları da mümkün değildir.<sup>21</sup> Ancak bu hususta milletlerarası özel hukukun verdiği imkânlar saklıdır. Buna göre evlilik birliği malları hakkında eşler evlenme anındaki mutata mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler (MÖHUK md. 15). Bu durumda seçilen hukuk yoluyla Türk Medeni Kanunu dışında kabul edilen bir mal rejiminin uygulama alanı bulması imkan dahilindedir.

#### **1.1.5. Mal Rejiminde Tarafların İrade Özgürlüğü**

Eşlerin evlenmeden önce ve sonra ivazlı veya ivazsız olarak edindikleri malvarlığı değerleri üzerindeki hak ve yükümlülükleri ile, evliliğin sona ermesi halinde bunların tabi olacakları paylaşım sistemini düzenleyen kurallar bütünü eşler arasındaki

20 AKINTÜRK Turgut, Aile Hukuku, Beta Basım, 9. Bası, İstanbul, 2004, s. 138

21 GENÇCAN, Aile Hukuku, s. 158

mal rejimini ifade eder.<sup>22</sup> Mal rejimi sözleşmesi de, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin düzenlemeleri içeren ve şekle bağlı olarak kurulan iki taraflı bir aile hukuku sözleşmesidir. Eşler bu sözleşmeyle yasa da yer alan mal rejimi türlerinden birini aynen veya kanunda öngörülen sınırlar içerisinde seçebilir, değiştirebilir veya kaldırabilirler.

Alman Medeni Kanunu BGB'nin 1408 ve devamı maddelerinde evlilik sözleşmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, eşler mal rejimine ilişkin şartları bir sözleşmeyle düzenleyebilir veya aralarında cari olan mal rejimini kaldırabilir yahut değiştirebilirler. Yine eşler evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamaya ne şekilde katılacakları konusundaki bir kararlaştırmayı da, evlilik sözleşmesi ile düzenleyebilirler (BGB Art. 1408). Alman hukukunda benimsenen sözleşme özgürlüğünün sınırlarına yine BGB'de yer verilmiştir. Buna göre eşler aralarında geçerli olacak mal rejimini, yürürlükte olmayan hukuk kurallarına veya yabancı bir hukuka yollama yaparak belirleyemezler.<sup>23</sup> Ancak hukuki güvenlik sağlama amacıyla getirilen bu sınırlama, eşlerin mal rejimi içeriğini düzenleme serbestisini sınırlamamaktadır. Yürürlükte olmayan veya bir yabancı hukuktaki mal rejimine ilişkin münferit bir hükmün eşler tarafından mal rejimi sözleşmesi içeriğine dahil edilmesi emredici hükümlerle bağdaştırıldığı ölçüde imkan dahilindedir.<sup>24</sup> Söz gelimi Alman mahkemeleri noterde yapılan bir mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırılması halinde, Alman hukukuna yabancı bir kurum olmasına rağmen, eşlerin birbirlerinden "mehir" talebinde bulunabileceğini sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde kabul etmektedir.<sup>25</sup>

Türk Medeni Kanunu tıpkı 743 sayılı eMK'da olduğu gibi, seçimlik mal rejimi türlerine yer vererek zorunlu bir mal rejimi uygulaması öngörmemiş ve bu anlamda sözleşme özgürlüğü prensibini benimsemiştir. Mal rejimi hukukundaki sözleşme serbestisi kuralı, kanunda belirlenmiş sözleşmesel mal rejimleri sayesinde gündeme gelir. Eşler gerek evlenmeden önce, gerekse evlendikten sonra, yasa da düzenlenmiş mal

22 GENÇCAN Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2017, s. 74; ZEYTİN, s. 10

23 KANZLEITER Rainer, Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage, 2017 BGB Art. 1409 pnr. 1

24 MüKoBGB/KANZLEITER, 7. Aufl. 2017, BGB § 1409 pnr. 1

25 DİLBİRLİĞİ Muhterem, Alman Mahkeme Kararları'ndaki Mehirin Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 31. Sayı, 2017, s. 582

rejimi türlerinden dilediklerini seçmekte özgürdürler. Ancak bu serbesti, kanunda düzenlenmiş mal rejimi türlerinden birinin tercihine yöneliktir. Yoksa eşlerin, aralarında yeni bir mal rejimi türü yaratmalarına cevaz verilmez. Mal rejimi türleri yasada “tahdidi” (sınırlı) bir şekilde sayılmıştır.<sup>26</sup>

Sözleşme serbestisi Türk mal rejimi hukukunda geçerli ilkelerden olmakla birlikte, aile hukukundaki serbesti borçlar hukukundakine oranla daha dardır. Borçlar hukukunda uygulama alanı bulan sözleşmenin karşı tarafını, şeklini, konusunu, tipini belirleme serbestisi mal rejimi hukukunda aynı genişlikte tanınmamıştır.<sup>27</sup> Mal rejimi hukukundaki serbestiden anlamamız gereken, eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapıp yapmamakta özgür oluşlarıdır. Yani eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapma konusunda sahip oldukları özgürlük, sözleşme yapmama özgürlüğünü de içermektedir. Sözleşme yapmamaları ihtimalinde eşler, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaklardır. Yani kanundaki yasal mal rejimine ilişkin hükümler, emredici değil tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindedir. Yine taraflar sözleşme yapmaları halinde, ancak kanunda öngörülen mal rejimi türlerinden birini seçebilmektedirler.<sup>28</sup> Öte yandan eşler evliliklerinin mal rejimsiz bir statüde devam edeceğini, yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştıramazlar. Şayet eşler arasında bu nitelikte bir anlaşma söz konusuysa, yasal mal rejimi kendiliğinden yürürlük kazanacaktır.<sup>29</sup>

Asıl olarak yasal mal rejimi adı altında edinilmiş mallara katılma rejiminin belirlenmesi bile, eşlerin iradelerine karşı kanunca getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir. Bu halde kanun mal rejimi sisteminden bihaber olan tarafların sessizliğine, TMK'nun 202. maddesi ile kendiliğinden yasal mal rejimine tabi olmaları sonucunu bağlamaktadır.<sup>30</sup> Kanun koyucu bu tercihi yaparken, edinilmiş mallara katılma rejiminin

26 AKINTÜRK, s. 138

27 ACAR Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2016, s. 98

28 MORTAŞ Süleyman, Yargısal Anlayışlar Işığında Eşler Arasında Mal Rejimleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 16

29 ACAR, age, s. 100

30 ACAR, s. 99

eşlerin çoğunluğunun ihtiyaçlarına hitap ettiği ve onların ortak çıkarlarını koruduğu varsayımından hareket etmiştir.<sup>31</sup>

Eski TMK döneminde, eşlerin yaptıkları bir sözleşmeyle mal rejimini belirlememeleri halinde aralarında, zamanın yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi cari olmaktadır. Bu dönemde sözleşmesel mal rejimleri olarak da mal ortaklığı ve mal birliği rejimleri düzenlenmişti. Böylelikle sınırlı da olsa taraf iradelerine diledikleri mal rejimini seçme hususunda serbesti tanınmıştı. Ancak uygulamada, eMK'nın yürürlükte kaldığı yetmiş beş yıl boyunca yasal mal rejimi olan mal ayrılığı yerine, sözleşmeyle mal ortaklığı yahut mal birliğini seçen eş sayısı yok denecek kadar azdı.<sup>32</sup>

Kanunda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi yanında sözleşmesel mal rejimlerinin de düzenlenmesi son derece isabetlidir. Böylelikle taraf iradeleri yok sayılmayarak onlara dar bir alanda da olsa tercih yapma imkânı tanınmıştır. Mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejilerinin seçimlik mal rejimi olarak düzenlenmelerinin bir diğer sebebi de, kanun koyucunun yasal mal rejimi olarak benimsediği edinilmiş mallara katılma rejiminin her evlilik için ideal olmayışdır. Yasa koyucu gerek ekonomik gerekse sosyolojik açıdan, günümüzün en ideal mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olduğu tespitinden yola çıkarak, onu yasal mal rejimimiz olarak düzenlemiştir.<sup>33</sup> Ancak tüm evliliklerde eşler arası ilişkiler tek tip değildir. Dolayısıyla edinilmiş mallara katılma rejiminin her evliliğe uygunluğundan bahsedilemez. Bu sebeple yasa koyucu isabetli bir tercihle yasal mal rejimi yanında, tarafların aralarında geçerli olacağını serbestçe kararlaştırabilecekleri sözleşmesel mal rejimlerine de yer vermiştir.

TMK'nın 203. maddesinde yer aldığı üzere eşler istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilirler, kaldırabilir veya değiştirebilirler. Kanunda bulunmayan atipik veya kanunda yer alanlardan karma bir mal rejimi yaratarak bunu seçemeyecekleri gibi, yabancı ülkelerde geçerli olan mal rejimi türlerinden birini seçmeleri de milletler arası özel hukuk kuralları saklı kalmak kaydıyla mümkün

31 ZEYTİN Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 52

32 KILIÇOĞLU M. Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı Turhan Kitabevi6. Bası, Ankara, 2016, s. 78

33 ACAR, s. 99

değildir.<sup>34</sup> Yani eşler tipe bağıllık ilkesi uyarınca yasada yer almayan yeni bir mal rejimi türü oluşturamayacakları gibi, kanunda yer alan mal rejimi unsurlarını birleştirerek karma bir mal rejimi de elde edemezler.<sup>35</sup> Kanun koyucu mal rejimi sözleşmesine ilişkin bahsedilen sınırlamaları getirerek eşleri, eşlerin mirasçılarını ve üçüncü kişi konumundaki eşlerin alacaklılarını korumayı ve hukuki işlem güvenliğini sağlamayı hedeflemiştir.<sup>36</sup>

Mal rejimi sözleşmesine ilişkin bir diğer sınırlama da alacaklıların korunması saikiyle getirilmiştir. TMK'nın 213. hükmüne göre, mal rejimi sözleşmesiyle eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri mallar sorumluluk dışında bırakılamaz. Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumlu olacak, ancak söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği ölçüde sorumluluktan kurtarabilecektir. Yani sözleşmeyle mal eşlerden birine mülkiyet, intifa veya başkaca sınırlı bir ayni hak sahibi olma şeklinde geçmişse malı elde eden eş alacaklıya karşı kişisel olarak sorumlu olacaktır.<sup>37</sup>

Mal rejimi sözleşmesine ilişkin sınırlar kanunun emredici hükümleriyle belirlenmiş ve bu hususta taraf iradelerine oldukça dar bir özgürlük alanı bırakılmıştır. Yasaca getirilmiş emredici hükümlere aykırılık teşkil eden bir mal rejimi sözleşmesi, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Bu alanda kanun koyucunun emredici düzenlemeler getirmesinin öncelikli hedefi, toplumsal bir gerçek olarak ilişkinin zayıf tarafı konumundaki eşin korunmasıdır. Öte yandan bu sayede gerek mirasçılarının gerekse üçüncü kişilerin hakları da muhafaza edilebilmektedir.<sup>38</sup>

Sonuç olarak Borçlar Kanunumuzun sözleşme özgürlüğü başlıklı 26. maddesinde belirtildiği üzere, kural olarak taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Mal rejimleri hukukunda ise bu

34 ZEYTİN, age, s. 53

35 ACAR, s. 100

36 KARAKİMSELİ Ayşe, Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 82

37 ACAR Faruk, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı, s. 65

38 ACAR, s. 101

sınırlara Türk Medeni Kanunu'nun 203. maddesinde değinilmiştir. Bu sınırlar bakımından öncelikle belirtilmesi gereken tarafların mal rejimsiz bir statüde kalamayacaklarıdır. Yani taraflar aralarında hiçbir mal rejiminin geçerli olmayacağını kararlaştıramazlar. Şayet kanunen aralarında geçerli olan edinilmiş mallara katılma rejimine son vermek istiyorlarsa muhakkak sözleşmesel mal rejimlerinden birini seçmelidirler. Bir diğer husus, eşlerin kanunda öngörülme yen bir mal rejimi yaratıp bunun aralarında geçerli olacağını kararlaştıramayacaklarıdır. Eşler sınırlı sayı ilkesi gereğince ancak kanunda yer alan sözleşmesel mal rejimi türlerinden birini seçebilirler. Öte yandan eşler seçtikleri mal rejiminin içeriğini kanunun öngörmediği şekilde belirleyemezler. Bahsedilen sebeplerle, mal rejimi hukukunda sınırlı bir sözleşme serbestisinin var olduğu savunulabilecektir.<sup>39</sup>

39 ACAR, s. 99

## 2. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE KONUSU

### 2.1. GENEL OLARAK

Mal rejimi sözleşmesine ilişkin bir tanım kanun koyucu tarafından yapılmamıştır. Aile hukukuna ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun sistematığı incelendiğinde, aile hukukunun genel hükümleri arasında mali nitelikte hükümler yer aldığı gibi, boşanmanın hüküm ve sonuçları arasında, soybağına ilişkin hükümlerde de mali nitelikte hükümlere rastlanmaktadır. Bu bağlamda, eşlerin birbirine karşı evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğü, temsil hükümleri nedeniyle üçüncü kişilere karşı ve birbirine karşı sorumlulukları, eşlerin boşanma ve ayrılıkta birbirine ve çocuklara karşı nafaka yükümlülükleri ile maddi ve manevi tazminat yükümlülükleri, soybağı hükümleri kapsamında alt üst soy arasındaki nafaka yükümlülüğü ve benzeri mali yükümlülükler aile hukuku kapsamında düzenlenmekle beraber, mal rejimi hukukunun konusunu oluşturmamaktadır. Mal rejimine ilişkin hükümler incelendiğinde, eşlerin tek başına veya birlikte sahip oldukları malvarlıkları üzerindeki yararlanma, kullanma ve tasarruf etme hakları ile mal rejiminin sona ermesi halinde bu malvarlıkları üzerinde sahip olacakları hakların düzenlendiği görülmektedir. Eşlerin sözleşme serbestisi kapsamında ve yasal düzenlemelerin verdiği izinle anlaşmalı boşanmada boşanmanın fer'i olarak kabul edilen nafaka, maddi ve manevi tazminat şeklindeki mali konularda yaptığı anlaşmalar ile diğer hukuki ilişkiler kapsamında örneğin tüketim ödencü, kira akti gibi anlaşmalar mali nitelikli olsalar da, mal rejimi konusunda olmadıklarından, mal rejimi sözleşmesi kapsamında nitelendirilmemektedir.

Genel bir tanım vermek gerekirse, eşlerin kanunun izin verdiği sınırlar içerisinde mal rejimine ilişkin hükümler hakkında düzenlemeler getiren, resmi şekil şartına bağlı iki taraflı hukuki işleme, mal rejimi sözleşmesi denir. Mal rejimi sözleşmesi kural olarak resmi şekil şartına bağlanmıştır. Doktrinde kanunda öngörülen resmi şekil şartına uyularak yapılan mal rejimi sözleşmeleri dar anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılmaları şart koşulmayan, ancak mal rejiminin konusunu oluşturan kimi hususların şekle bağlı olmayan anlaşmalarla düzenlenmesi de, geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.<sup>40</sup> Biz de çalışmamızda mal rejimi sözleşmesiyle, resmi şekil şartına tabi olan mal rejimine ilişkin sözleşmeleri kastetmekteyiz. Geniş anlamda mal rejimi sözleşmesini, konulara



ilişkin ilgili açıklamalarımızda şekil şartına bağlı olmayan mal rejimi sözleşmesi şeklinde incelemeyi uygun bulduk.

Dar anlamda mal rejimi sözleşmesi, eşlerin veya evlenme vaadinde bulunmuş tarafların (nişanlıların) evlenmeden önce, yasada yer alan mal rejimlerinden birini yasanın düzenlendiği şekliyle veya izin verdiği değişikliklerle seçtikleri şekle bağlı bir aile hukuku sözleşmesidir.<sup>41</sup> Eşler mal rejimi sözleşmesiyle, kanunda seçimlik mal rejimleri olarak düzenlenmiş mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinden birinin aralarında geçerli olacağını kararlaştırabilir veya bunların yahut yasal mal rejiminin içeriğinde kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde değişiklik yapabilirler. Mal ayrılığı rejimi eşler arasında herhangi bir paylaşım öngörmez. Edinilmiş mallara katılma rejiminde malvarlığı değerleri alacak hakkı, mal ortaklığı ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerindeyse aynı hak tanıyan bir paylaşım konu olurlar.

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan 1 Ocak 1988 tarihli değişiklikle mal ayrılığı rejimi terk edilerek, yerine yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi olarak benimsenmiştir. ZGB'nin 196. maddesinde eşlerin edinilmiş veya kişisel mallar olmak üzere iki grup malı olduğu ve her iki gruptaki malları üzerinde mülkiyet haklarına istinaden yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkilerine haiz oldukları düzenlenmiştir (TMK 196. madde gerekçesi). 4721 sayılı Türk Medeni Kanun ile birlikte mehazdaki düzenlemeye benzer şekilde edinilmiş mallara katılma rejimi, eşler arasındaki yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Önceki yasa döneminde mal ayrılığı rejimi yasal mal rejimi olduğundan, evlilik süresince herhangi bir mal elde edildiğinde, edinilen mal kimin mülkiyetinde ise o kişiye ait kalmakta ve diğer eşin bu mal üzerinde evlilik birliğinden kaynaklanan aynı veya nispi nitelikte bir hak talep etmesi söz konusu olmamaktaydı. Mal ayrılığı sistemi esas olmasına rağmen, eşler dilerlerse mal rejimi sözleşmesi ile veya diğer hukuki işlemlerle mallarını ortak mülkiyet konusu yapabilecekleri gibi birbirlerine aynı veya nispi haklar tanıyabilirlerdi. Fakat evlenmeden önce veya evlilik birliği sürerken eşler arasında mal rejimi sözleşmesi yapmak çok rastlanan bir durum değildi ve dolayısıyla mal rejimi yasada düzenlendiği şekliyle, yani mal ayrılığı olarak devam etmekteydi. Bunun altında, eşlerin kendilerine ait mallara razı gelerek ayrılığa ilişkin sistemi haklı bulmaları yatmaktaydı. Bu sonucun

41 DOĞRU Ecem, İstanbul Barosu Dergisi, Mart/Nisan 2016, Cilt 90, Sayı 2016/2, s. 92

doğmasında, evliliğin manevi boyutu da nazara alındığında, diğer eşin malında hak iddia etmenin mümkün olmaması da etkiliydi.

Mal ayrılığının yasal mal rejimi olduğu dönemde, evlilik birliği sonlandığında eşler arasında büyük haksızlıkların meydana geldiği, bu rejimin bilhassa çalışan kocanın lehine işlediği ve ev işlerini yapan hatta kocasına mesleğinin icrasında yardımcı olan kadının göz ardı edildiği yönünde ağır eleştiriler getirilmiştir (TMK 202. madde gerekçesi). Bu sebeple eşlerin karşılıklı menfaatlerini dengeleyeceği fikriyle, edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Bu rejimi aleyhine addeden, ekonomik anlamda güçlü olan tarafta, kendini garanti altına almak istemiş, mal rejimi sözleşmesi yapmaktan yana olmuştur. Sonuç olarak yeni sistemde yapılan mal rejimi sözleşmesi sayısı artmaktadır. Ancak bu duruma daha ziyade evlenmeden önceki aşamada rastlanılmakta, evlendikten sonra mal rejimi sözleşmesi yapılması uygulamada istisna olarak kalmaktadır.

### **2.1.1. Kapsamı**

TMK 203. maddesine göre taraflar mal rejimi sözleşmesiyle istedikleri mal rejimini, ancak kanunda öngörülen sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir, değiştirebilir veya bazı hükümlerin kendilerine uygulanmamasını kararlaştırabilirler. Bu düzenleme hukuk güvenliğinin sağlanması için getirilmiştir<sup>42</sup>. Kanunda yazılı sınırlar ifadesinden öncelikle anlaşılması gereken, tarafların yasada tahdidi olarak sayılan yasal ve seçimlik mal rejimleri dışında başka bir mal rejimi türünü tercih edemeyecekleridir. Aile hukuku gibi kamusal yönü ağır basan bir alanda eşlere sınırsız bir seçim hakkı tanınmayarak, olası bir kargaşanın önüne geçilmek istenmiştir.<sup>43</sup>

Evlilik ilişkisinin kamusal yönü kabul edilmekle birlikte, eşlerin malları üzerinde tasarruf yetkisini aşırı sınırlandıran bir anlayışın çağdaş hukukta yeri olmayacaktır. Bu sebeple eşlerin aralarındaki mali ilişkileri serbestçe düzenlemelerine imkân sağlamak amacıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminin yanında seçimlik olarak üç farklı mal rejimi türü kabul edilmiştir.<sup>44</sup> Ancak eşler mal rejimi sözleşmesi ile yasal

42 YILDIRIM Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, 1. Bası, Ankara, 2014, s. 95; OY Osman/OY Gerçek Onur, Karı Kocanın Edinilmiş Mallara Katılma ve Miras Hakları, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul 2016, s. 5

43 ERGÜN Zafer, Boşanma Davaları, Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 2009, s. 1550

44 AKINTÜRK, s. 138

mal rejimine son vermiş ve sonrasında yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimine dönmeyi kararlaştırmışlarsa, bu halde edinilmiş mallara katılma rejimi de sözleşmesel mal rejimi sayılacaktır.<sup>45</sup>

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde mal birliği rejimi seçimlik mal rejimlerinden biri olarak sayılmıştı. Yürürlükteki TMK'da ise, gerek yasal gerekse de seçimlik mal rejimleri arasında mal birliği rejimine yer verilmemiştir. Dolayısıyla mal rejimleri kanundaki sınırlar çerçevesinde seçilip, değiştirilip, kaldırılabilirliğinden mevcut sistemde eşlerin aralarında mal birliği rejiminin geçerli olacağını, bir mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırmalarına imkân yoktur.

Eşler arasındaki her malvarlığı ilişkisini düzenleyen sözleşme mal rejimi kapsamında değildir. Örneğin eşlerin aralarında yaptıkları kira sözleşmesi veya bir satım sözleşmesi ilgili hükümlere tabi olup, mal rejimi hükümlerine doğrudan tabi olmaz. Bunun gibi evlilik birliğinin temsiline, eşin malvarlığının diğer eş tarafından yönetilmesine veya eşlerin malvarlıklarından yararlanmasına veya velayet altındaki çocukların mallarından yararlanmasına ilişkin sözleşmeler mal rejimi sözleşmesinin konusu değildir.

#### **2.1.1.1. Mal Rejiminin Seçilmesi**

Mal rejiminin seçilmesi, tarafların anlaşarak aralarında geçerli olan yasal mal rejiminin kendilerine uygulanmasından vazgeçmesi ve kanunda düzenlenen sözleşmesel mal rejimlerinden birini seçmelerini ifade eder. Bu seçim kural olarak her türlü yargısal müdahale ve kontrolden uzaktır.<sup>46</sup> Şayet eşler seçim yapmazlarsa, aralarında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olacaktır.

Mal rejiminin seçilmesinden kasıt kanunda sınırlı şekilde sayılmış olan üç mal rejiminden birinin sözleşme ile belirlenmesidir. Burada seçimle bahsedilen, tek taraflı bir irade beyanı ile istenilen hüküm ve sonucu doğuran dar ve teknik anlamda bir seçim hakkı değildir.<sup>47</sup>

45 DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Alper, Türk Özel Hukuku III.Cilt Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 196

46 GÜMÜŞ Alper Mustafa, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 219

47 KILIÇOĞLU M. Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 302

Tarafların mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırdıkları mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinin sözleşmesel mal rejimi oldukları açıktır. Ancak eşler seçimlik mal rejimlerinden birini sözleşmeyle kabul ettikten sonra, yapacakları yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle tekrar yasal mal rejimine dönmüşlerse, bu halde yasal mal rejimi sözleşmeyle kabul edilen mal rejimi niteliğini kazanacaktır ve sözleşmesel mal rejimlerine uygulanabilecek kurallar onun içinde geçerli hale gelecektir. Söz gelimi TMK'nın 180. maddesinde, ayrılığa karar verilirse mahkemenin, eşlerin durumlarına göre ayrılık süresince aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebileceği düzenlenmektedir. Şayet edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olmaktan çıkıp, yukarıda bahsettiğimiz gibi sözleşmeyle kabul edilen bir mal rejimi niteliği kazanmışsa, söz konusu hüküm onun hakkında da uygulama alanı bulacaktır.<sup>48</sup> Fakat fikrimizce bahsedilen maddenin amacı, eşlerin sözleşmesel mal rejimlerinden birine tabi olmaları durumunu ortadan kaldırarak, aralarında yeniden yasal mal rejiminin geçerli olmasını sağlamaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde edinilmiş mallara katılma rejimi her ne kadar teknik olarak sözleşmesel mal rejimi olarak addedilse de, taraflar arasında geçerli kalmaya devam etmelidir. Aksi halde kanunun en ideal mal rejimi türü olarak benimsediği edinilmiş mallara katılma rejimi yerine, eşler hakkında hangi mal rejiminin tercih edilmesi gerektiği hususu açık değildir. Kanımızca TMK 180'inci madde hükmü, ayrılık kararı verilince eşler arasında geçerli olan yasal mal rejiminin veya mal ayrılığı dışındaki diğer seçimlik rejimin kaldırılabilir olacağı şekilde anlaşılmalıdır.<sup>49</sup> Hükümün amacı buna uygundur. Bu durumda eşler arasında mal ayrılığı rejimi geçerli olacaktır, önceki rejim TMK md. 225 f. 2 hükmüne göre -ayrılık kararında verilen ayrılık süresi ile sınırlı olarak değil- sona ermiş olacaktır.<sup>50</sup> Hakim ayrılık kararında rejim değişikliği hakkında re'sen veya talep üzerine karar verebilir.<sup>51</sup>

TMK'nın 208. maddesine göre, olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına eşlerden birinin talebi üzerine hakim tarafından karar verilmişse, eşler aralarında yapacakları sözleşme ile her zaman eski mal rejimine dönebilecekleri gibi kanunda

48 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 103

49 ŞIPKA, s. 37; KILIÇOĞLU, s. 110; SARI, s. 95 vd.

50 GENÇCAN, s. 360

51 KARAMERCAN, s. 221

sayılmış olan diğer bir mal rejimi türünü de seçebilirler. Öte yandan TMK 211. maddede yer aldığı üzere, eşler şayet mal ortaklığı rejimini kabul etmiş ve bu rejim alacaklıların talebi veya kanun gereği olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı rejimine dönmüşse, eşler mal rejimi sözleşmesi ile ancak edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilirler. Bu halde eşler yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle, mal ortaklığı rejimine geri dönemezler. Bunun için tüm alacaklıların tatmin edilmesi ve sonrasında hakim kararı gerekir. Ancak eşlerin yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine geçebilmeleri için, 208. maddede olduğu gibi, alacaklıların tatmin edilmesi koşulu aranmamıştır. TMK 211. maddenin emredici hükmü karşısında eşlerin paylaşımlı mal ayrılığı rejimini seçmeleri de mümkün olmayacaktır. Zira bu rejim her ne kadar alacaklılar açısından sakıncalı kabul edilmeyecek de olsa, tasfiyede aynı paylaşımı esas aldığından olası menfaat uyuşmazlıklarının önüne geçilmesi amacıyla seçilmesine izin verilmemelidir.<sup>52</sup>

Eşlerden birinin Türk vatandaşı olmaması ihtimalinde, mal rejimi ilişkisinde yabancılık unsuru bulunduğundan MÖHUK uygulama alanı bulacaktır. Bu kanunun 15. maddesine göre eşler, evlilik malları hakkında evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler. Yani taraflar yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle, kendilerine hem hangi ülke hukukunun, hem de o hukuktaki hangi mal rejiminin uygulanacağını kararlaştırabileceklerdir.<sup>53</sup> Şayet eşler buna ilişkin bir seçim yapmazlarsa, evlilik malları hakkında sırasıyla eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanacaktır.

#### **2.1.1.2. Mal Rejiminin Kaldırılması**

Bu halde, taraflar arasında mevcut olan yasal mal rejiminin veya seçimlik mal rejiminin kaldırılarak, kanunda sayılmış başka bir mal rejiminin kabul edilmesi söz konusudur.

Yasal mal rejiminin kaldırılması tarafların ancak diğer üç mal rejiminden birini seçmeleri halinde söz konusu olabilir. Eşler üç seçimlik mal rejiminden birinin belirlenmesine ilişkin sözleşme yapmadan yasal mal rejimini kaldıran bir sözleşme yapamazlar. Şayet eşler seçimlik mal rejimini kaldıran bir sözleşme yapmışlar, fakat

52 ZEYİN, s. 56

53 ŞENSÖZ Ebru, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Milletlerarası Özel Hukukta Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk, s. 103

aralarında hangi mal rejiminin geçerli olacağını belirlememişlerse, yasal mal rejimine dönmek istedikleri kabul olunur.<sup>54</sup> Mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin veya seçimlik mal rejiminin sona ereceği bir tarihin belirlenmesi mümkün olduğu gibi, bu tarihten itibaren eşlerin arasında geçerli olacak mal rejimini belirlemek de mümkündür. Seçimlik rejimlerden birinin belirli bir vadeye kadar geçerli olduğunun kabul edildiği hallerde, sürenin dolması ile başka bir seçimlik rejim kabul edilmemişse yasal mal rejimi eşler arasında geçerli olmaya devam eder. Örneğin eşler mal ayrılığı rejimini seçmişler ve bunun evlilik tarihinden itibaren yedi yıl süreceğini kararlaştırmışlarsa, yedi yıl sonunda mal ayrılığı rejimi sona erer ve eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olur.

### **2.1.1.3. Mal Rejiminin Değiştirilmesi**

Kanun metninde mal rejimlerinin yasada yazılı sınırlar içerisinde değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Yasal veya seçimlik mal rejimlerinin içeriği kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere değiştirilebilir. Bu hususta yasada yazılı sınırlar çerçevesinde yeni düzenlemeler getirilerek mal rejimi sözleşmesinin konusuna dahil edilebilir. Bu konuda aşağıda daha ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

## **2.2. TARAFLAR**

Mal rejimi sözleşmesi evlenmeden önce ve sonra yapılabilmektedir. Evlenmeden sonra eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapabilecekleri açıktır. Evlenmeden önce ise nişanlılar da, evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini ilgili memura yazılı olarak bildirerek yahut noterde düzenleme ya da onaylama biçimindeki bir anlaşmayla mal rejimi sözleşmesinin tarafı olabilirler. Sonuç olarak eşler gibi nişanlılar da mal rejimi sözleşmesinin tarafı olabilmektedirler.<sup>55</sup>

Mehaz kanun ZGB’de mal rejimi sözleşmesinin eşler ve nişanlılar arasında yapabileceği düzenlenmiştir.<sup>56</sup> Alman Medeni Kanunu BGB’de ise, mal rejimi sözleşmesine ilişkin hükümlerde sadece eşlerden bahsedilmiştir.<sup>57</sup>

54 GÜMÜŞ, s. 220

55 KARAMERCAN Fatih, Katkı Değer Artış Payı Katılma Alacağı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 25; bkz. aksi yöndeki 8. HD. 01.10.2013 12481/13898 sayılı Yargıtay ilamı

56 ZGB Art. 182/2 “Die Brautleute oder Ehegatten können ihren Güterstand nur innerhalb der gesetzlichen Schranken wählen, aufheben oder ändern.”

Türk Hukuku'nda mal rejimi sözleşmesi kural olarak evlenmeden önce nişanlılar, evlenmeden sonra ise eşler tarafından yapılabilir. TMK'nın 118. maddesine göre, nişanlanma evlenme vaadiyle gerçekleşir. Dolayısıyla birbirlerine karşı evlenme iradelerini açıklamamış nişanlı olmayan çiftler, mal rejimi sözleşmesi de yapamayacaklardır. Çünkü mal rejimi sözleşmesi gelecekteki evlenme niyetine dayanılarak yapılan bir anlaşmadır. Ancak karşılıklı olarak ileriki bir tarihte evlenme amacını taşıyan çiftler, bahsedilen vaadin gerçekleşmesiyle hukuken nişanlı kabul edilecek ve mal rejimi sözleşmesi de yapabileceklerdir. Nişanlılık evlilik öncesi geçerli olan bir hukuki statü olup, en geç evlenme başvurusunda bulunan tarafların içinde buldukları hukuki statüyü ifade eder. Bu sebeple, nişanlı olmadıklarını iddia edenlerin teorik olarak mal rejimi sözleşmesi yapmalarına imkân yoktur.

Doktrinde mal rejimi sözleşmesi yapmak isteyen taraflar arasında nişanlılık statüsünün aranmayacağı da savunulmaktadır. Buna göre evlilik birliğinin geçerli bir şekilde kurulması, önceki nişanlılık ilişkisini şart koşmadığından, mal rejimi sözleşmesi bakımından da böyle bir zorunluluk söz konusu olmamalıdır.<sup>58</sup>

Kanaatimizce mal rejimi sözleşmesi, kural olarak aralarında geçerli bir nişanlılık ilişkisi bulunan kimselerce yapılabilir. TMK 118. madde uyarınca, nişanlanma evlenme vaadiyle olur. Dolayısıyla aralarında evlenme niyeti ortaya koyulmamış kimselerce mal rejimi sözleşmesi yapılması söz konusu olamayacaktır. Öte yandan taraflar arasında mevcut olan bir mal rejimi sözleşmesinin, nişanlılık ilişkisinin varlığı konusunda delil teşkil ettiği de savunulabilir. Çünkü hayatın olağan akışı, mal rejimi sözleşmesi yapmış olan taraflar arasında, evlenme vaadine ilişkin iradeyi ortaya koyan nişanlılık statüsünün var olduğunun kabulünü gerektirir.

Nişanlanmanın geçerlilik şartları, tarafların farklı cinsten ve ehil olması, evlenme vaadinin emredici hukuk kurallarına, ahlaka, adaba aykırı veya muvazaalı olmaması ve evlenmenin imkânsız olmamasıdır.<sup>59</sup> Aynı cinsten olanların ileride evlenmeleri imkânsız olduğundan, nişanlanmaları da mümkün olmayacaktır. Ayırt etme

57 BGB Art. 1408/1 "Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern."

58 ACAR, s. 104

59 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 17

gücü olmayanlar ile yasal temsilcilerinin rızasını almamış sınırlı ehliyetliler de nişanlanamayacaklardır. Aralarında evlenme engeli olan kimselerin nişanlanması da, emredici hukuk kurallarına aykırılıktan kaynaklanan hukuki imkânsızlık dolayısıyla kesin hükümsüzdür. Buna göre evlenmeye engel derecedeki hısımlık ile akıl hastalığı ve önceki evlilik nişanlanmaya da engeldir. Önceki mevcut nişanlılıkta hem ahlak ve adaba hem de emredici hukuk kurallarına aykırılıktan ötürü ikinci nişanlılığın kesin hükümsüz olmasına yol açacaktır. Sayılan hallerde yapılan mal rejimi sözleşmesi geçerli bir nişanlılık ilişkisinin kurulamaması sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır.<sup>60</sup>

Evliliğin tüm bu engellere rağmen gerçekleşmiş olması halinde, yapılmış bir mal rejimi sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı önemlidir. Evliliğin mutlak butlanla sakat olması halleri TMK 145. maddede sayılmıştır. Buna göre, evlenme sırasında evli olunması, sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunulması, evlenmeye engel derecede akıl hastalığının veya hısımlığın olması hallerinde evlilik batıl olacaktır. TMK 156. maddede batıl bir evliliğin ancak hakim kararıyla sona erdirilebileceği ve mutlak butlan halinde bile evlenmenin hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracağı düzenlenmektedir. Bununla örtüşür şekilde 158. maddede, batıl evliliğe eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı açısından boşanmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Diğer yandan TMK 225/f.2’de evliliğin mahkemece iptal yahut boşanma sebebiyle sona erdirilmesi veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi halinde mal rejiminin dava tarihinden itibaren sona ereceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla batıl evlilik iptaline karar verilen dava tarihine kadar mal rejimi hukukuna ilişkin sonuçlar da doğuracaktır. O halde butlan kararından önce yapılan mal rejimi sözleşmesinin (sözleşme ehliyeti yapma şartı saklı olarak) geçerli olacağı kabul edilmelidir. Şayet bu sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz sayılırsa, taraflar rejimsiz bir statüde kalamayacağından yasal mal rejimi devreye girecektir.<sup>61</sup> Ancak ayırt etme gücünden yoksunluk sebebiyle batıl olan evlilik içinde yapılmış mal rejimi sözleşmesi ise, ehliyet şartı gerçekleşmediğinden, her halükarda geçerli kabul edilemeyecektir.

60 ACAR, s. 104

61 ACAR, s. 112



### 2.3. EHLİYET

TMK'nın 204. maddesinde yer aldığı üzere, mal rejimi sözleşmesi, ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Küçükler ve kısıtlılar ise, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar. Mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için fiil ehliyeti aranmamış, ayırt etme gücüne sahip olunması yeterli görülmüştür. Bunun sebebi hukuk sistemimizde belirli koşulların varlığı halinde ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlıların da evlenebilmesine veya nişanlanabilmesine olanak tanınmasıdır.

Genel olarak ayırt etme gücüne sahip olma, TMK'nın 15. maddesi uyarınca tüm hukuki işlemlerin geçerlilik şartıdır. Ayırt etme gücü, kişinin akla uygun şekilde davranma ve fiillerinin sebep ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğini ifade eder. Nispi bir kavram olan ayırt etme gücünün varlığı, her somut olay için ayrıca değerlendirilmelidir. Söz gelimi kişinin bir hukuki işlem için ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenebilirken, diğer bir hukuki işlem için ayırt etme gücünün bulunmadığı saptanabilir. Dolayısıyla eşlerin hususi olarak mal rejimi sözleşmesi yapmak konusunda ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmadıkları araştırılmalıdır.<sup>62</sup> Şayet eşler veya nişanlılar, mal rejimi sözleşmesi yapmalarının sebep ve sonuçlarını algılayabilecek şekilde davranabilme yetisine sahiplerse, ayırt etme güçlerinin bulunduğu kabul edilir.<sup>63</sup>

Geçerli bir nişanlanma akdi kurulabilmesi için, tarafların ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekir. Küçük veya kısıtlılar ise, ancak yasal temsilcilerinin rızasının bulunması şartıyla nişanlanabilirler. Yine aynı şekilde nişanlı olan sınırlı ehliyetsizler geçerli bir mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için de, veli ya da vasilerinin rızasına ihtiyaç duyacaklardır. Yani nişanlanma için verilen rıza, nişanlıların yapabileceği bir hukuki işlem olan mal rejimi sözleşmesinin yapılabilmesi için de verilmiş sayılmaz. Bunun için ayrıca yasal temsilciden rıza alınması gerekecektir.

Mal rejimi sözleşmesi yapma, temsil düşmanı denilen kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Fakat ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler, karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir diyen TMK'nın 16. maddesinin aksine, küçük veya kısıtlının mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için yasal

62 HELVACI Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s. 57

63 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 112

temsilcisinin rızası gerekecektir. Yasal temsilci bu rızasını TMK'nın mal rejimi sözleşmesinin şekil şartını düzenleyen 205. maddesi gereğince sözleşmeyi bizzat imzalayarak gösterir. Bu açıdan genel hükümlerden ayrılarak yasal temsilci tarafından icazet gösterilinceye kadar sözleşmenin askıda hükümsüz kalacağı ve buna ilişkin eksiklik giderildiğindeyse sözleşmenin geçmişte etkili sonuç doğuracağı kabul edilmemiştir. Zira yasal temsilcinin imzası kanunda sözleşmenin şekli başlığı altında düzenlenmekle, bunun bir ehliyet değil, şekil şart olduğu kabul edilerek, bulunmamasına şekle aykırılıktan kesin hükümsüzlük sonucu bağlanmıştır. Sözleşmenin sadece yasal temsilci tarafından imzalanması da yeterli değildir. Çünkü yasal temsilci sözleşmeyi sınırlı ehliyetli eşin yerine geçerek değil, küçük veya kısıtlı olan eşle birlikte imzalar. Bu da mal rejimi sözleşmesi yapmanın, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu hususunu güçlendirir niteliktedir. Bunun sonucu olarak ise, iradi temsilcinin hiçbir şekilde sözleşmeye geçerli bir imza koyması mümkün değildir.<sup>64</sup> Eşler mal rejimi sözleşmesini iradi temsilcileri olan avukatları vasıtasıyla yapamayacakları gibi, iradi temsilcinin bu sözleşmeye katılımı da söz konusu olmayacaktır.

Evlendirme Yönetmeliği'nin 17. maddesine göre, evlenecek kişi müracaat işlemini vekil olarak atadığı kişi vasıtası ile de yürütebilir. Bunun için düzenlenecek özel vekaletnamede vekalet veren ile vekili ve evleneceği kişinin tam kimlikleri ile evlenme işlemlerinin yürütülmesi için verilmiş olduğunun açıkça belirtilmesi zorunludur. Kural olarak evlenme başvurusu sırasında memura yazılı bildirimle yapılacak mal rejimi seçimi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan, bizzat evlenecek kişilerce yapılmalıdır. Ancak yukarıdaki hüküm gereğince, şayet özel vekaletnamede evlenecek kişiler tarafından seçilen mal rejimi açıkça gösterilmişse, bu beyanın iradi vekilce evlendirme memuruna teslim edilmesi de mümkündür.<sup>65</sup> Mal rejimi seçimine ilişkin bu beyan, geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi niteliğindedir.

Yasal temsilcinin tek yapacağı ise mal rejimi sözleşmesine rıza vermek olacaktır. Yoksa yasal temsilcinin küçük veya kısıtlının yerine geçerek, onun adına ve hesabına bizzat mal rejimi sözleşmesi yapması mümkün değildir. Bu sebeptendir ki, kanunda yasal

64 AKINTÜRK, s. 139

65 ÖZDAMAR Demet/KAYIŞ Ferhat, Yasal Mal Rejimi Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 29

temsilcinin mal rejimi sözleşmesi yapmasından değil, yapılacak sözleşmeye rıza vererek katılmasından bahsedilmiştir. Eşler veya nişanlılar mal rejimi sözleşmesini bizzat yapmak zorundadırlar. Rıza, velayet altına alınmış eş için veli tarafından, kısıtlı ise vasi tarafından verilir. Mal rejimi sözleşmesinin ehliyetsizlik sebebiyle iptalinin istenebilmesi de mümkündür.<sup>66</sup>

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük veya kısıtlı eşin yapmış olduğu mal rejimi sözleşmesi ise mutlak butlanla batıldır. Bu halde kanuni temsilcinin rızası, temyiz kudreti eksikliğini giderip sözleşmeyi sıhhatli hale getirmez.<sup>67</sup> Sonuç olarak, gerek yasal gerekse iradi temsilci ayırt etme gücünden yoksun eş adına mal rejimi sözleşmesi yapamayacaktır.<sup>68</sup> Ancak buna TMK'nın 206. maddesinde bir istisna getirilmiştir. Buna göre, eşlerden biri evlilik sonrası sürekli olarak ayırt etme gücünü yitirirse, her iki eş de hakime başvurarak olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçilmesini talep edebilir. Bu halde gerekli başvurunun ayırt etme gücünü yitiren eşin yasal temsilcisi tarafından yapılacağı açıktır.<sup>69</sup> Öte yandan yasal temsilci, temsil ettiği ayırt etme gücünü yitirmiş eşin ancak lehine ise bahsedilen geçişi talep edebilecek ve bu yönde karar verilebilecektir.<sup>70</sup> Şayet ayırt etme gücünü yitiren tarafın yasal temsilcisi eşiyse, TMK 426/f.1/b.2'de öngörülen menfaat çatışması sebebiyle kendisine temsil kayyımı atanacaktır.

Doktrinde yasal temsilcinin rızasının sadece mal rejimi sözleşmesinin yapılmasında gündeme geleceği de savunulmaktadır. Buna anlamda yapılmış bir mal rejimi sözleşmesinin ortadan kaldırılarak önceki mal rejimine dönülmesinde yasal temsilcinin rızasının aramayacağından bahsedilmektedir. Ancak mal rejimi sözleşmesiyle seçilen mal rejiminin değiştirilerek yeni bir mal rejiminin kararlaştırılması için ise, yine yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyulacağı söylenmektedir.<sup>71</sup> Bu açıdan eşlerin seçtikleri mal rejimini, mal rejimi sözleşmesi

66 MORTAŞ, s. 17

67 ZEYTİN, s. 50

68 GÜMÜŞ, s. 222

69 ACAR, s. 111

70 ZEYTİN, s. 50

71 GÜMÜŞ, s. 222

dışındaki bir sözleşmeyle kaldırıp kaldıramayacakları sorusu önem kazanmaktadır. Şayet, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle seçtikleri yahut değiştirdikleri mal rejimini, ancak yine bir mal rejimi sözleşmesiyle kaldırabileceklerini söylersek doktrindeki görüş uygulama alanı bulmayacaktır. Fakat seçilen mal rejiminin kaldırılması için yeni bir mal rejimi sözleşmesi yapmaya ihtiyaç duyulmadığı savunulursa, doktrindeki görüş geçerlilik kazanacaktır. Mal rejiminin seçilmesi ve değiştirilmesi halinde yasal temsilcinin rızası aranırken, kaldırılmasında bundan ayrılarak yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyulmayacağını söylemek fikrimizce doğru olmaz.

Ehliyet bakımından benimsenen esaslar mal rejiminin değiştirilmesi ve kaldırılmasında da gündeme gelecektir.<sup>72</sup> Tarafların aralarındaki mal rejimi sözleşmesini kaldırmaları, tabi oldukları mal rejimini değiştirerek yasal mal rejimini seçmeleri anlamına geldiğinden, buna ilişkin anlaşmanın da mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılarak yasal temsilcilerce imzalanması gerekir. Hatta yeni sözleşmeyle aralarında tekrardan edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olacağını kararlaştırmışlarsa, artık edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olmaktan çıkıp sözleşme ile kabul edilen mal rejimi halini alacaktır.

Ehliyet açısından bir diğer hususta, eşlerin boşanmalarını göz önünde tutarak yaptıkları mal rejimi sözleşmesinde gündeme gelmektedir. Eşler mal rejimi sona ermeden önce boşanmalarını göz önüne alarak bir sözleşme yapmışlar ise, bu mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği kural olarak boşanma davasına bakan hakimin onayına tabi olmayacaktır. Çünkü mal rejimi sözleşmesi ve buna bağlı mal rejimi tasfiyesi boşanma davasının eki niteliğinde değildir, kural olarak boşanmayla birlikte karara bağlanması zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>73</sup> Ancak eşler evliliklerinin boşanmayla bitmesi ihtimalini hesaba katarak, mal rejimi sözleşmesinin içeriğine yabancı olan çocukla kişisel ilişki kurulması, velayet, iştirak ve yoksulluk nafakası, maddi veya manevi tazminat talebi gibi konuları mal rejimi sözleşmesiyle düzenlemiş olabilirler. Bu halde boşanma ve ayrılığa ilişkin ferî sonuçları içeren mal rejimi sözleşmesi, TMK 184/f.1/b.5 uyarınca hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmayacaktır.<sup>74</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, mal rejimi sözleşmesinin boşanmaya ilişkin ferî sonuçları

72 ACAR, s. 111

73 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 122; Yargıtay 8. HD 2014/24971 E., 2016/4701 K., 15.03.2016 T.

74 GÜMÜŞ, s. 222

düzenleyen hükümleri ile mal rejimine ilişkin hükümleri açısından geçerlilik konusunda bir ayrıma gidilmesi gereğidir. Boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarından olmayan mal rejimine ilişkin hükümler, hakim onayına ihtiyaç duyulmadan geçerli kabul edilecektir.<sup>75</sup>

### **2.3.1. Ehliyetsizler**

#### **2.3.1.1. Tam ehliyetsizler**

Mal rejimi sözleşmesi yapabilmenin en önemli şartlarından biri ayırt etme gücüne sahip olmaktır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri sebepler ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebeplerdir. Tam ehliyetsizler ayırt etme güçleri bulunmadığından kendi başlarına mal rejimi sözleşmesi yapamayacakları ve iradi temsilci de atayamayacakları gibi, yasal temsilcilerinin rızası da sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir. Mal rejimi sözleşmesi yapmak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, yasal temsilci tam ehliyetsizin yerine geçerek bu işlemin tarafı olamayacağı gibi işlemi onun adına da yapamaz.

Sürekli sebeple ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsiz hakkında kesin evlenme engeli mevcuttur ve mal rejimi sözleşmesi yapmasına da imkân yoktur. Fakat evlilik kamu düzenine ilişkin olduğundan, kanun tam ehliyetsizin yapmış olduğu mutlak butlanla sakat olan evliliğin ancak mahkeme kararıyla hükümsüz kılınabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, batıl evlilik hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracak ve hakim kararı evliliği ileriye etkili bir şekilde sona erdirecektir. Bu sebeple her ne kadar tam ehliyetsiz eşin batıl olan evliliğinde, geçerli bir mal rejimi sözleşmesi yapılması mümkün olmayacaksa da, eşlere yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır.

Eşlerden biri, evlenme anında geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmişse evlilik nispi butlanla sakat olacaktır. Bu ihtimalde hak düşürücü süreler içerisinde evliliğin iptali için dava açılmazsa evlilik geçerli hale gelir. Dolayısıyla eşlerin yaptıkları mal rejimi sözleşmesi, hak düşürücü sürelerin dolarak evliliğin geçerlilik kazanması anından itibaren, evliliğin gerçekleştiği tarihe kadar geriye de etkili olacak şekilde hüküm ifade edecek ve bir anlamda geçerliliği etkileyen geciktirici şart gerçekleşmiş olacaktır. Bunun gibi nisbi butlanla batıl evlilik iptal edilse de, mahkeme kararı ile ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğuracağından yapılan mal rejimi sözleşmesi -bir irade sakatlığı nedeniyle iptal

75 ZEYTİN, s. 47

edilmediği veya ehliyetsizlik nedeniyle batıl olmadığı sürece- evlilik birliği ve dolayısıyla mal rejimi sona erinceye kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Sonuç olarak, evlenmeden sonra olduğu gibi evlenmeden önce de tam ehliyetsizin yasal temsilcisi onun adına mal rejimi sözleşmesi yapamaz.<sup>76</sup> Ayırt etme gücü bulunmayanlar iradi temsilci atamaya ehil olmadıkları gibi, mal rejimi sözleşmesinin zaten iradi temsilci vasıtasıyla da yapılması mümkün değildir. Sonuç olarak, tam ehliyetsizlerin mal rejimi sözleşmesine taraf olabilmeleri mümkün olmayacaktır. Ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsizce yapılan mal rejimi sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır.

Evlenme akdinin ve mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı sırada ayırt etme gücü bulunan eş sonradan tam ehliyetsiz hale de gelebilir. Bu halde, ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan eşin kanuni temsilcisi, TMK'nın 206. maddesi uyarınca, hakimden olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçilmesini talep edebilir. Bu durumda diğer eşin de, mal ayrılığına karar verilmesi için mahkemeye başvurma hakkı vardır.<sup>77</sup> Mal ayrılığına geçilmesi, temsil olunan ayırt etme gücünden sürekli yoksun eşin, ancak lehine haklı bir sebep varsa talep edilebilecek ve hakimce karar verilebilecektir.<sup>78</sup> Ancak doktrinde, diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması haklı nedeni davacı tarafından kanıtlanmışsa, aile mahkemesi hakiminin dönüştürme davasını kabul etmek zorunda olduğu da savunulmaktadır.<sup>79</sup> Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda ise olağanüstü mal rejimine geçiş için Türk hukukundan farklı olarak haklı sebep değil, önemli bir sebebin (ein wichtiger Grund) varlığı aranmıştır.<sup>80</sup> Ancak fikrimizce önemli sebep ve haklı sebep ifadeleri benzer işleve sahiptir, asıl olan talepte bulunanın menfaatinin bunu gerektirmesidir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, TMK madde 206 düzenlemesiyle yasal temsilciye mal rejimi sözleşmesi yapabilme yetkisi verilmediğidir. Yasal temsilciye tanınan, sadece mevcut mal rejimini mal ayrılığı ile değiştirebilme imknıdır ve bu da

76 HATEMİ/KALKAN OğUZTüRK, s. 100

77 ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 403

78 ZEYTİN, s. 50

79 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 112

80 ACAR Faruk, Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri, Milletlerarası Hukuk ve zel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, 2015, s. 146

ancak temsil ettiği eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması haklı sebebine münhasırdır. Çünkü mal rejimi sözleşmesi yapma kural olarak bir kişilik işlemi hakkı olduğundan, yasal temsilci tarafından yapılması mümkün değildir. Öte yandan doktrindeki bir görüş, TMK'nın 206. maddesinde olağanüstü mal rejimine geçiş için sayılan tüm haklı sebep hallerinde, yasal temsilciye mal ayrılığına geçişi hakimden talep etme imkânının tanınması gerektiği yönündedir.<sup>81</sup> Ancak bunun ön şartı, eşin ayırt etme gücünü kaybetmesi olmalıdır.

### **2.3.1.2. Sınırlı ehliyetsizler**

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar sınırlı ehliyetsizdir. Kural olarak fiil ehliyetine sahip olmamakla birlikte, karşılıksız kazandırmaları kabul edebilir, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabilir ve haksız fiillerinden sorumlu olurlar. Mal rejimi sözleşmesi yapma, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Kural olarak sınırlı ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcilerinin rızası veya katılımı olmadan kullanabilirler. Ancak kanun bir istisna öngörerek, geçerli bir mal rejimi sözleşmesi yapılabilmesi için yasal temsilcinin rızasını aramıştır. Yasal temsilci bu rızayı, mal rejimi sözleşmesini sınırlı ehliyetsizle birlikte bizzat imzalayarak gösterecektir. Aksi takdirde mal rejimi sözleşmesi TMK 205. maddede şart koşulan şekle aykırılıktan kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Ayrıca sonrasında verilen icazet de, batıl sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir.

#### **2.3.1.2.1. Küçükler**

Evlenme yaşının doldurulup kanuni rüşt olan 18 yaşın doldurulmaması halinde, küçüğün mal rejimi sözleşmesi yapması gündeme gelmektedir.<sup>82</sup> Çünkü mal rejimi sözleşmesi yapılabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olmak yeterli sayılmıştır. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi açısından, evlenmeden önce ve sonra olmak üzere ayrıma gidilmektedir. Kural olarak 18 yaşını doldurmuş, vesayet altına da alınmamış olan her erkek ve kadın başka bir kimsenin rızası veya iznine bağlı olmaksızın evlenebilir. TMK'nın 124. maddesine göre 17 yaşını dolduranlar da yasal temsilcilerinin izni ile evlenebilirler. Şayet yasal temsilci haklı sebep olmaksızın evlenmeye izin vermiyorsa, hakim yasal temsilciyi dinledikten sonra, bu konuda başvuran küçük ve kısıtlının evlenmesine izin verebilir. Yine hakim

81 HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 101

82 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 306

olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde 16 yaşını doldurmuş küçüklerin evlenmesine izin verebilecektir. Karardan önce olanak bulundukça velayet hakkına sahip ana ve/veya baba yahut küçük vesayet altına alınmışsa vasisi dinlenir.

TMK 11. maddesinde yer aldığı üzere evlenme kişiyi ergin kılar. Ergin kişi ise, şayet hakkında kısıtlılık kararı yoksa tam ehliyetlidir. Bu sebeple evlenmekle erginlik kazanan 18 yaşını doldurmamış küçüğün, mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için yasal temsilcisinin rızasına gerek yoktur.<sup>83</sup> Sonuç olarak her ne kadar on sekiz yaşını doldurmamış olsa da, evlendikten sonra, kişi mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için velisinin rızasına ihtiyaç duymayacaktır. Aslında evlilikle erginliğini kazanan eş, artık velayet altında olmadığından, zaten rıza verecek bir velinin varlığından da bahsedilemez.

Doktrindeki bir diğer görüş ise, küçükler ile kısıtlıların mal rejimi sözleşmesi yapabilmeleri için, yasal temsilcilerinin rızasını almalarını öngören TMK 204/II düzenlemesinin özel hüküm niteliğinde olduğu yönündedir. Buna göre evlilik her ne kadar kişiyi ergin kılsa da, evli küçük on sekiz yaşını doldurmadıkça, yasal temsilcisinin rızası olmadan mal rejimi sözleşmesi yapamayacaktır.<sup>84</sup> Ancak bu görüş ergin kişinin velayet altındaki küçük sayılması sonucunu doğuracağından isabetli değildir. Zira sınırlayıcı düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği de asıldır.<sup>85</sup>

Evlenmeden önce ise, nişanlı küçüğün mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için, anne ve babasının veya velayet hakkı bunlardan birine aitse onun rızası gerekmektedir. TMK'nın 336. maddesine göre, anne ve baba evli ise velayet hakkına birlikte sahiptirler. Yani kural olarak anne ile babanın birlikte rıza göstermesi ve imzalaması gerekir. Fakat üçüncü kişi konumundaki eş mal rejimi sözleşmesi yaparken iyi niyetliyse, velayet hakkına sahip anne babadan her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilir. Ancak bu yorum, mal rejimi sözleşmenin yapılmasına kanuni temsilcinin katılımı zorunluluğu nedeniyle geçerli olmamalıdır. Velayet anne veya babadan birinin ölümü halinde sağ kalan eşe, boşanma halinde ise çocuk kendisine bırakılan eşe aittir.

83 ZEYTİN, 51; ACAR, s. 110; AKINTÜRK, s. 139; ERGÜN, s. 1551; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 113; YETİK Nurten, Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008, s. 107

84 GÜMÜŞ, s. 221

85 ZEYTİN, 51



Anlaşmalı boşanmalarda ortak velayet talepleri kabul edilmektedir. Bu hallerde velayet hakkının hangi yetkileri içerdiği konusunda bir ayırım yapılmadan boşanan eşlerin birlikte kullanmalarına karar veriliyorsa, mal rejimi sözleşmesine boşanan eşlerin kanunu temsilci sıfatıyla birlikte katılmaları gerekir. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, hakim velayeti eşlerden birine de verebilir. Şayet anne ve baba evli değilse, velayet anneye aittir. Anne küçük, kısıtlı, ölmüş veya velayet kendisinden alınmış olursa, hakim çocuğun menfaatine göre velayeti babaya verir yahut vasi atar. Bu hallerde sadece velayet hakkına sahip olan anne veya babanın yahut vasinin rızası yani imzası, geçerli bir mal rejimi sözleşmesinin kurulabilmesi için yeterli olacaktır.<sup>86</sup> Öte yandan velayet hakkını birlikte kullanan anne ile baba, rızanın verilmesi konusunda bir anlaşmaya varamazlarsa, hakimin müdahalesi istenebilir.

TMK'nın 12. maddesine göre, on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. Şayet küçük vesayet altına alınmışsa, ergin kılınabilmesi için vesayet makamı yanında denetim makamının da izni gerekecektir. Bu sebeple kanun, karar verilmezden evvel vasinin dinlenilmesine lüzum görmemiştir. Türk Hukuku'nda, 15 yaşını dolduran küçüklerin mahkemece ergin kılınsalar dahi, kanunda öngörülen evlilik yaşını doldurmadan evlenebilmeleri mümkün değildir. Çünkü TMK madde 124'de evlenme için aranan asgari yaş sınırları özel hüküm niteliğindedir. Ancak nişanlanma için belirli bir yaşın doldurulması şartı aranmadığından, evlenme yaşını doldurmamış ergin kılınanlar nişanlanabilecektir. Ayırt etme gücüne sahip oldukları ve kaza-i rüşt sonrası ergin de sayıldıkları için tek başlarına mal rejimi sözleşmesi akdetmeleri mümkündür. Mahkemece ergin kılınan ayırt etme gücüne sahip küçük, 16 yaşını doldurmuşsa hakim izniyle, 17 yaşını doldurmuşsa yasal temsilcisinin rızasıyla evlenebilir. Yapılan mal rejimi sözleşmesi ise evlenme anına kadar askıda kalacaktır.

Sonuç olarak, geçerli bir mal rejimi sözleşmesinin yapılabilmesi için ayırt etme gücünün varlığı yeterli görülmüştür. Yani kural olarak ergin olma şartı yoktur. Ancak evlenmeden önce yapılacak mal rejimi sözleşmesinde, şayet nişanlı ergin değilse, yasal temsilcisinin rızası gerekir ve temsilci sözleşmeyi küçükle birlikte imzalar. Küçüğün yasal temsilcisi, velisi olan anne ve babasıdır. Dolayısıyla ergin olmayan eşin

düzenleyeceği mal rejimi sözleşmesinin geçerli olması için, anne ve babasının katılımı gerekecektir.

Vasinin sebepsiz yere mal rejimi sözleşmesine rıza göstermekten kaçınması halinde, TMK 461. maddede düzenlenen vesayet makamına şikayet ve denetim makamına itiraz yollarına başvurulabilecektir. Ancak TMK 342/f.3'de vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayette de uygulanacağı düzenlendiğinden, velinin mal rejimi sözleşmesine rıza vermektten kaçınması ihtimalinde TMK 461. maddedeki itiraz ve şikayet yollarına başvurulması mümkün değildir.<sup>87</sup>

### **2.3.1.2.2. Kısıtlılar**

Ayırt etme gücü bulunan kısıtlılar da sınırlı ehliyetsiz grubuna dahildirler. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet hallerinde ve yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı nedeniyle isteği üzerine kişi mahkeme kararıyla kısıtlanabilir.

Kısıtlıların mal rejimi sözleşmesi yapabilmeleri için gerek evlenmeden önce gerekse evlenmeden sonra, yasal temsilcilerinin rızalarının bulunması şarttır. Söz gelimi 18 yaşını doldurmuş ergin, evli veya nişanlı olan kısıtlının mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi yasal temsilcisinin rızasına bağlıdır. Söz konusu rıza tamamlayıcı niteliktedir. Yasal temsilci bu rızasını TMK'nın 205. maddesinin ikinci fıkrasına göre sözleşmeyi bizzat imzalayarak gösterir. Dolayısıyla söz konusu rızanın önceden veya sonradan icazet şeklinde verilmesi mümkün değildir.<sup>88</sup>

Doktrindeki diğer bir görüş, yasal temsilcinin rızasının, sonradan sözleşmeye icazet verilerek tamamlanabileceği yönündedir. Buna göre, rıza verilinceye kadar işlem askıda kalacaktır. Yasal temsilcinin icazet vermemesi durumunda sınırlı ehliyetsiz sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulacak, icazet verirse de sözleşme geçerli olacaktır. Fakat icazet verilmezden evvel taraflar yasal temsilcinin izni ile evlenirlerse, evlenme kişiyi ergin kılacağından, kısıtlı olmayan sınırlı ehliyetsiz küçüğün yaptığı mal rejimi sözleşmesi icazete gerek kalmadan geçerlilik kazanacaktır.<sup>89</sup> Sınırlı ehliyetsiz olan kısıtlı

87 ZEYTİN, s. 51

88 ZEYTİN, s. 52

89 ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 28

ise, yapacağı mal rejimi sözleşmesinde gerek evlenmeden önce gerekse evlenmeden sonra her zaman yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç duyacaktır.

Kısıtlı kişilerin mal rejimi sözleşmesi yapabilmeleri için tek başına yasal temsilcilerinin rızası da yeterli değildir. TMK'nın 462. maddesi vesayet makamının izninin gerekli olduğu halleri düzenlemiştir. Buna göre, sınırlı ehliyetsizlerin mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için aynı zamanda vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin de izni gerekmektedir. Söz konusu iznin, önceden yahut sonradan icazet şeklinde verilebilmesi mümkündür.<sup>90</sup> Yetkili vesayet makamı ise kısıtlının yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesi hakimliğidir. Sonuç olarak ayırt etme gücüne sahip kısıtlının, geçerli bir şekilde mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için yasal temsilcisi olan vasisinin rızası yanında, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin de izni gerekecektir.<sup>91</sup>

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlı ve diğer tüm ilgililere TMK 461. maddede, vasinin işlemlerine karşı öncelikle vesayet makamına şikayet, sonrasında onun da işlemine karşı denetim makamına itiraz hakkı tanınmıştır. Şayet vasi sebepsiz yere mal rejimi sözleşmesine rıza vermekten kaçınıyorsa, ilgililer bu husus hakkında vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinde şikayet yoluna başvurabilirler. Eğer vesayet makamı da işleme izin vermemekte ısrar ederse, onun da kararına karşı tebliğden itibaren on gün içinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine itiraz edilerek mal rejimi sözleşmesi için gerekli olan izin elde edilebilecektir.<sup>92</sup>

Velayet hakkı, kural olarak ergin olmayan çocuklar, istisnaen ise ergin çocuklar hakkında, soy bağına bağlı olarak ana ve babaya ait olur. Kişi, evlendikten veya ergin olduktan sonra da kısıtlanıp vesayet veya velayet altına alınabilir. TMK'nın 335/f.2 ve 419/f.3 maddelerinde yer aldığı üzere, hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar ana ve/veya babanın velayeti altında bırakılırlar. Bu halde ergin kısıtlının mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için, velayet hakkına sahip anne ve/veya babasının rızası gerekecektir.<sup>93</sup> Bu ihtimalde sadece yasal temsilci velinin rızası

90 ZEYTİN, s. 52

91 ERGÜN, s. 1551

92 ZEYTİN, s. 51

93 GÜMÜŞ, s. 222

yeterli olup, ergin çocuk vesayet altına alınmadığından, ayrıca vesayet makamının iznine ihtiyaç duyulmayacaktır.

Kısıtlının vasisi olarak eşi atanmışta olabilir. TMK 426/f.1/b.2'ye göre, küçük veya kısıtlının menfaati yasal temsilcinin menfaati ile çatışıyorsa vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi tarafından temsil kayyımı atanır. Bu halde geçerli bir mal rejimi sözleşmesinin yapılabilmesi için kayyımın rızası gerekecektir.<sup>94</sup>

### **2.3.2. Ehliyetliler**

#### **2.3.2.1. Tam Ehliyetliler**

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olmayan ve ergin olan kişiler tam ehliyetlidir. Kendi fiilleriyle hak kazanıp borç altına girebilmeye ehil olmalarının yanında, verdikleri tüm zararlardan da kusurları oranında sorumludurlar. Bunların hukuki fiil ehliyetlerine getirilmiş herhangi bir sınırlama bulunmadığından, mal rejimi sözleşmesini de serbestçe yapabilirler.

Mal rejimi sözleşmesi yapma, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Öte yandan kanun koyucu bu sözleşmenin, açıkça eşin kendi imzasını taşıması gerektiğini düzenlemiştir. Dolayısıyla tam ehliyetli eşin, mal rejimi sözleşmesini iradi temsilci vasıtasıyla yapamayacağını da belirtmek gerekir.

#### **2.3.2.2. Sınırlı Ehliyetliler**

Kısıtlanmaları için yeterli bir sebep bulunmamakla birlikte, menfaatlerinin korunabilmesi açısından kimi işlemlerinde başvurmak üzere, kendilerine yasal danışman atanmış kimseler sınırlı ehliyetlidir. Kural olarak fiil ehliyetleri vardır. Sadece kanunda sayılan sınırlı bazı işlemleri yapabilmek için kendilerine oy ya da yönetim danışmanı atanmıştır. Mal rejimi sözleşmesi kanunda sayılan ve yasal danışmanın onayını gerektiren işlemler arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla ayırt etme gücüne de sahip olduklarından, mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için herhangi bir izin yahut rızaya ihtiyaç duymayacaklardır. Kendilerine yasal danışman veya kayyım atanmış olan evli ya da nişanlı sınırlı ehliyetliler, tek başlarına geçerli bir şekilde mal rejimi sözleşmesi düzenleyebilirler. Oy ya da yönetim danışmanları, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımını niteliğindeki mal rejimi sözleşmesinin yapılmasına katılmayacaklardır.

94 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 197

## 2.4. ŞEKİL

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girdikten sonra evlenenler, evlenmeden önce evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirimle veya evlenmeden sonra noterde düzenleme yahut onaylama şeklinde yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle, yasada gösterilen sözleşmesel mal rejimlerinden birini seçebilirler.<sup>95</sup> Evlendirme memuruna beyanla yapılan mal rejimi seçimi, niteliği itibariyle dar anlamda bir mal rejimi sözleşmesi değildir. Nişanlılar sadece seçimlik mal rejimlerinden birini seçtiklerini beyan ederler. Bunun dışında bir beyanda bulunmaları söz konusu olamamalıdır. Aynı seçimin mal rejimi sözleşmesi ile yapılması da mümkündür, bu halde kanuni şekil şartının yerine getirilmesi gerekir.

Mal rejimi sözleşmesinin şekli evlenmeden önce ve sonra farklılık göstermemektedir. TMK'nın 205. hükmüne göre, mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılabilir. Mal rejimi sözleşmesinin taraflarca ve gerektiğinde yasal temsilcilerince bizzat imzalanması zorunludur. Fakat yasal temsilci tarafından sözleşmeye koyulan imza, onun iradi yahut yasal temsilci aracılığıyla yapılabileceğini göstermemektedir. Sözleşmenin tarafı eş veya nişanlı şahıs sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanarak sözleşmeyi bizzat imzalar, yasal temsilcinin yaptığı ise sadece sözleşmeyi imzalayarak rıza göstermekten ibarettir (TMK 205. madde gerekçesi).

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 184. maddesinde mal rejimi sözleşmesinin resmi şekle tabi olduğu düzenlenmiştir. Alman hukukundaysa evlilik sözleşmesi, her iki tarafın eş zamanlı olarak hazır bulunmasıyla noterde gerçekleştirilmektedir. Buna karşın Türk hukukundan farklı olarak gerek BGB gerekse ZGB'de, eşlere evlenme başvurusu sırasında memura sunacakları yazılı bildirimle mal rejimi seçme imkânı tanınmamıştır.<sup>96</sup>

Türk hukukunda mal rejimi sözleşmesi kural olarak resmi şekil şartına tabidir.<sup>97</sup> Evvelce kurulmuş olan bir mal rejimi sözleşmesinin, sonradan değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması da yine aynı resmi şekil şartına tabidir.<sup>98</sup> Söz konusu resmi şekil

95 MORTAŞ, s. 18

96 ACAR Faruk, Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, 2015, s. 145

97 YILDIRIM, s. 95

98 AKINTÜRK, s. 140

geçerlilik şekli olduğundan, buna aykırı sözleşmeler mutlak butlan ile sakat olacaktır.<sup>99</sup> Ancak evlendirme başvurusu sırasında mal rejimi türlerinden birinin seçimine yönelik yapılacak bildirim, adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Bu bildirimle sadece sözleşmesel mal rejimlerinden biri seçilebilir, bunun dışında seçilen mal rejimine ve mal rejimi sözleşmesi ile düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkin düzenleme yapılamaz. Eşler mal rejiminin içeriğinde kanunun izin verdiği değişiklikleri yapmak istiyorlarsa, mutlak surette noterde düzenleme veya onaylama şeklinde bir mal rejimi sözleşmesi yapmalıdırlar.

Mal rejimi sözleşmesi Türkiye’de bulunan herhangi bir noterde yapılabilir. Bu anlamda, sadece eşlerin yerleşim yerinin bulunduğu noter yetkili değildir.<sup>100</sup> Ancak noter dışında herhangi bir makam ya da merci mal rejimi sözleşmesini düzenleyemez, onaylayamaz veya tescil edemez. Dolayısıyla sulh hakimi, tapu memuru vb. bu işlemleri yapmaya yetkili değildir. Öte yandan Türk konsolosluklarının da noterlik yetkisi olduğundan, mal rejimi sözleşmesinin konsolosluklarda da yapılabileceği doktrinde kabul edilmektedir.<sup>101</sup> Evlenme başvurusu sırasında, tarafların mal rejimi seçimine ilişkin yazılı beyanının evlendirme memurları tarafından alınması evlendirme memurlarının mal rejimi sözleşmesi yapma yetkisi olduğu anlamına gelmemektedir. Onlar sadece mal rejimi seçimine ilişkin adi yazılı bildirim kabul etmektedirler. Evlendirme memuruna yapılacak yazılı bildirim, geçerli bir şekilde mal rejimi seçebilmenin kurucu unsuru olup buna ilişkin adi yazılı sözleşme teslim edilmeksizin ortaya konulan taraf iradeleri şekil şartlarını taşımadığından hüküm ifade etmeyecektir. Buna ilişkin bildirim, bir nevi eş zamanlı kullanılması gereken yenilik doğurucu hak olduğu da söylenebilecektir.

Evlendirme Yönetmeliği’nin 16. maddesine göre, birbirleriyle evlenecek olan kadın ve erkek, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte müracaat edeceklerdir. Dolayısıyla mal rejimi seçimine ilişkin bildirim almaya yetkili evlendirme memurluğu, nişanlılardan birinin oturduğu yer evlendirme memurluğu olacaktır.

99 KARAKİMSELİ, s. 84

100 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 106

101 ÖZTAN, s. 400

Noterlik Kanunu'nun 82. maddesine göre, noterde yapılan tüm işlemler resmi işlem niteliğindedir. Evlenmeden önce yapılacak olan mal rejimi seçimi, her ne kadar adi yazılı bir bildirimle gerçekleşse de, evlendirme memuruna yapılacağından resmi işlem niteliğindedir. Buradaki bildirim resmi değil, adi yazılı şekilde yapılmaktadır. Fakat bu, bildirim muhatabının evlendirme memuru olması dolayısıyla işlemin resmi bir işlem olmasını etkilememektedir. Gerek noterde gerekse de evlendirme memuruna yapılan yazılı bildirimle gerçekleşen mal rejimi seçimi, resmi bir işlem olmakla birlikte, doktrindeki yazarlardan birine göre, aralarında ispat açısından fark vardır. Bu görüş uyarınca, evlenme başvurusu sırasında yapılan bildirim memurca ne şekilde muhafaza edileceğine dair bir belirsizlik söz konusudur. Dolayısıyla taraflar arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta, yazılı bildirim aslının mahkeme önüne getirilmesinde sorunlar ortaya çıkabilecektir.<sup>102</sup> Fakat kanaatimizce Evlendirme Yönetmeliği ek madde 1 bahsi geçen kaygıları engelleyecek şekilde açık bir hüküm getirmektedir. Buna göre, evlenecek kişilerin evlendirme memurluğuna seçimlik mal rejimine ilişkin belge ibraz etmeleri veya evlendirme memurluğunda bu amaçla belge düzenlenmesi halinde, belgeyi düzenleyen veya onaylayan makamın adı ile tarih ve sayı bilgileri evlenme kütüğündeki ilgili alana yazılacak ve söz konusu belgeler ilgililerin evlenme dosyasında muhafaza edilecektir. Bu şekilde kayıt ve muhafaza altına alınan belgelerin mahkeme önüne getirilmesinde, herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Çünkü eşlerin evlenmek için hangi yer evlendirme memurluğuna başvuruda bulduklarının belirlenmesi ve oradan mal rejimi seçimine ilişkin yazılı başvurularına ulaşılması son derece basit bir işlemdir.<sup>103</sup> Eşlerin adi yazılı bildirim ile kütükte yer alan beyanın örtüşmemesi halinde ise, eşlerin beyanına üstünlük tanımak gerekir.

Türk Kanunu Medenisi'nden farklı olarak, yeni TMK'da mal rejimi sözleşmesinin onaylama şeklinde de yapılabileceği düzenlenmiştir. 743 sayılı eMK'nun 173. maddesinde ise, "Evlenme mukavelesinin akdi veya tadili ve feshi resmi şekilde olmak ve iki taraf ile kanuni mümessilleri tarafından imza edilmek lazımdır" denilerek mal rejimi sözleşmesinin sadece düzenleme şeklinde yapılabileceği öngörülmüştü. Bu hüküm mal rejimi sözleşmesinin taraflarca ve gerektiğinde yasal temsilcilerince imzalanmasını öngörmesi dolayısıyla, yeni TMK ile benzerlik göstermektedir.

102 ERGÜN, s. 1551

103 KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma Alacağı, s. 82

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 89. maddesinde evlenme mukavelesi noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler arasında zikredilmiştir. TMK sonraki tarihli genel, Noterlik Kanunu ise önceki tarihli özel kanundur. Bunların birbiriyle çelişen hükümler içermesi halinde hangi kanunun uygulanacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki yeni tarihli genel kanunun, özel olmasına rağmen eski tarihli kanunu yürürlükten kaldıracağı görüşüdür. Bir diğeri genel kanunun yeni tarihli olsa dahi genel düzenlemeler içermesi dolayısıyla, özel kanun hükümlerinin üstün tutulması fikridir. Son olarak doktrinde kanun koyucunun iradesinin araştırılması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, şayet kanun koyucunun genel kanunu kabul etmedeki amacı önceki tarihli özel kanun hükümlerini ortadan kaldırmaksa, o halde sonraki tarihli genel kanun uygulanmalıdır.<sup>104</sup> Kanaatimizce kanun koyucunun amacı, yeni TMK'nın yürürlüğe girmesiyle örtülü olarak eski tarihli özel kanunun hükümlerini değiştirilmesi ve noterlerin mal rejimi sözleşmelerini resen düzenleme zorunluluğunun kaldırılmasıdır. Noterlik Kanunu her ne kadar özel kanun niteliğinde olsa da, aralarında farklılık bulunan bu halde, sonraki tarihli TMK hükümleri geçerli olacaktır. Eski kanun döneminde, mal rejimi sözleşmesi noterlerce ancak resen düzenlenebilmekteydi.<sup>105</sup> 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mal rejimi sözleşmesi onaylama şeklinde de yapılabilir hale gelmiştir.

Düzenleme şeklindeki mal rejimi sözleşmesinde, tarafların iradeleri baştan sona noter tarafından düzenlenir. Okuma yazma bilmeyenler de mal rejimi sözleşmesini düzenleme şeklinde yapabileceklerdir.<sup>106</sup> Noterlik Kanunu'na göre düzenleme şeklindeki hukuki işlemler bir tutanak ile yapılır. Uygulamada ise noterler düzenleme şeklinde mal rejimi sözleşmesi yaparken, çoğu kez matbu şekilde hazırlanmış mal rejimi sözleşmesi örneklerini kullanmaktadırlar.<sup>107</sup> Onaylama şeklinde ise, tarafların önceden aralarında hazırladığı mal rejimi sözleşmesi metnindeki taraf imzalarını noter yalnızca onaylamaktadır. Onaylama hukuki işlemin altındaki imzanın, imzayı atan şahsa ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesinden ibarettir. Geçerli bir onaylama için, imzanın noter huzurunda atılması veya kendisine ait olduğunun ilgili tarafından kabulü gerekir.

104 SEZER Yasin, TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, 2011, s. 30

105 YETİK, s. 108

106 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 106

107 KARAMERCAN, s. 24



Öte yandan, noter onayladığı mal rejimi sözleşmesi içeriğinin, kanundaki sınırlamalar içinde olup olmadığını da inceler ve emredici hükümlere aykırı bir husus görürse sözleşmeyi onaylamaz.<sup>108</sup> Noterler hukuk eğitimi aldıklarından, mal rejimi sözleşmesinin içeriğini denetlemeye ehildirler.

Evlenme başvurusu sırasında memura yapılacak yazılı bildirimle de mal rejiminin seçilmesi mümkündür. Bu usule evlenmeden sonra veya evlilik hazırlıkları devam ederken evlenme başvurusundan önce ya da sonra başvurulamayacağına dikkat edilmelidir. Evlendirme Yönetmeliği'nin ek 1. maddesine göre, evlenmeden önce yapılacak mal rejimi seçimi için evlendirme memurunun, evlenecek olan kadın ve erkeği beyana davet etme zorunluluğu yoktur. Çünkü evlenecek olanların mal rejimine ilişkin seçimlerini bildirmemeleri, evlendirme işleminin yapılmasına engel teşkil etmediği gibi, kurulmuş evliliğin geçerliliğine de etki etmez. Ancak doktrinde mal rejimi bildirimine ilişkin yazılı evrakın, evlenme başvurusu sırasında verilmesi zorunlu olan belgelerden sayılması gerektiği de savunulmaktadır. Çünkü çiftlerin henüz evliliğin başlangıç aşamasında mal rejimi türlerini araştırıp öğrenmek zorunda kalmaları, onlar için faydalı olacaktır.<sup>109</sup> Öte yandan belirtilmelidir ki, evlendirme memurları evlenecek olan kişilerin, ancak yasal mal rejimi yerine sözleşmesel mal rejimlerden birini seçmelerine ilişkin beyanlarını kabul edebilirler. Seçimi aşan düzenlemeler için ise, çiftler muhakkak notere başvurmalıdırlar.

Evlendirme Yönetmeliği'nin 7. maddesine göre, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde ise muhtar evlendirme memurudur. Ancak bakanlıkça il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine veya ilgili dış temsilciliklere de evlendirme memurluğu görev ve yetkisi verilebilir. Eşlerden birinin yabancı olması halindeyse, belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri evlendirmeye yetkili olacaktır. Son olarak 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 22. maddesinde değişiklik yapılmış ve evlendirme memurları arasına il ve ilçe müftüleri de eklenmiştir.

Mal rejimi sözleşmesinin taraflarca -evlenmeden önce nişanlılar, evlenmeden sonra eşler- imzalanması gerekmektedir. Küçük veya kısıtlının yasal temsilcisinin rızasıyla mal rejimi sözleşmesi yapması halinde, sözleşme veli ya da vasi tarafından da

108 ÖZTAN, s. 403

109 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 109

imzalanacaktır. Bu halde yasal temsilci tarafından salt izin verilmesi, fakat imzalanmaması halinde geçerli bir sözleşmeden bahsedilemez.

Noterde yapılan mal rejimi sözleşmesinin yahut evlendirme memuruna yazılı bildirimün geçerliliği ne hakim onayına ne de herhangi bir tescil veya şerh şartına bağlanmıştır. Noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılan mal rejimi sözleşmesi, başkaca bir koşul aranmadan şeklen sıhhatli olacaktır. Ancak 743 sayılı eMK döneminde, “Evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukaveleleri mahkemenin de tasvibine iktiran etmek lazımdır. Evlenme mukavelesi, tesciline mütaallik hükümler dairesinde iki taraftan başkasına karşı müessir olur” denilerek mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği hakim onayına bağlanmasının yanında, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için de noterler tarafından tutulan özel bir sicile tescil ve ilan koşulu aranmıştır. Söz konusu tescil için de, kocanın yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki noterler yetkiliydi. Günümüzde ise mal rejimi sözleşmeleri herhangi bir tescil şartına bağlı olmadan, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmektedir.

Yeni TMK'nın öngördüğü üzere, noterde yapılan mal rejimi sözleşmesinin herhangi bir sicile tescili söz konusu olmayacaktır. Öğretideki bir görüş bu durumun evliliğin son bulması halinde, yapılmış bir mal rejimi sözleşmesinin varlığını ispat etmeyi zorlaştıracağı kanaatindedir. Yazara göre özellikle evliliğin ölümle sona ermesi halinde, mal rejimi sözleşmesini menfaatlerine aykırı bulan sağ kalan eş veya mirasçılar söz konusu sözleşmeyi imha ederek veya yapıldığını inkar ederek çıkarlarına uygun düşen edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını sağlayabileceklerdir.<sup>110</sup> Fakat kanaatimizce Noterlik Kanunu'nun 97. maddesi bahsedilen sakıncaları önlemektedir. Zira bu hüküm uyarınca, noterde yapılan işlemlere ilişkin örneklerden her biri ilgiliye imza ettirilerek noter dairesinde saklanır. Ayrıca ilgisine verilecek örneklere, bir örneğin dairede saklandığı yazılmakla beraber, geri verilen aslına da bu yolda ayrıca şerh düşülerek mühürlenir. Dolayısıyla evliliğin sona erme hallerinde, eşlerin elinde mal rejimi sözleşmesinin bir örneği bulunacak ve bunda da işlemin hangi noterde yapıldığına ilişkin ibare olacağından, mal rejimi sözleşmesinin yok edilmesi veya yapılmadığının iddia edilmesi mümkün olmayacaktır.

Noterlik Kanunu'nun 69. maddesinde, noterlerce düzenlenen resmi vasiyetnamelerin ölüme bağlı tasarrufla bulunanın kayıtlı olduğu nüfus müdürlüğüne

110 KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma Alacağı, s. 82

bildirileceği düzenlenmiştir. Bu sayede tasarrufta bulunan öldüğü takdirde, bu ilgili notere ihbar edilecek, noterde vasiyetnameyi Cumhuriyet Savcılığı'na tevdi ederek vasiyetnamenin muhafaza edilebilmesini sağlayacaktır. Doktrinde kanun koyucunun, benzer bir düzenlemeyi mal rejimi sözleşmeleri için de getirmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde yapılacak bir düzenleme sayesinde, nüfus müdürlüklerince notere yapılan ölüm bildirimini sonrasında, mal rejimi sözleşmesi noterce Cumhuriyet Savcılığı'na tevdi edilecek ve yok edilmesi önlenmiş olacaktır. Ancak vasiyetnamelerin bildirimini sadece ölüm halinde söz konusu olduğu halde, mal rejimi sözleşmesinin bildirimini evliliğin tüm sona erme hallerini kapsamalıdır. Öte yandan söz konusu düzenleme, sadece yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yapılacak mal rejimi sözleşmeleri için değil, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren yapılmış olan tüm mal rejimi sözleşmeleri için de geçerli olmalıdır.<sup>111</sup> Vasiyetname tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan, hakkında ihbar ve tevdiye yönelik bahsedilen düzenlemenin getirilmesi isabetli olmuştur. Ancak iki taraflı bir hukuki işlem niteliğindeki mal rejimi sözleşmesi, kanaatimizce benzer şekilde bir korunmaya ihtiyaç duymamaktadır. Zira mal rejimi sözleşmesi evliliğin ölümle sona ermesi halinde dahi, diğer eş tarafından muhafaza edilmeye devam etmektedir. Kanaatimizce sağ kalan eş ve mirasçıların menfaatlerinin bu korumayı sağlayacağı kabul edilmelidir.

Eşlerin evlenme başvurusu sırasında memura yapacakları yazılı bildirimle mal rejimi türlerinden birini seçmeleri halinde, yukarıda noterde yapılan mal rejimi sözleşmeleri için bahsedilen sorun doğmayacaktır. Çünkü eşlerin evlendikleri yer ve başvuruda buldukları evlendirme memurluğu bellidir ve buradan mal rejimi seçimine ilişkin başvurunun bulunması zor olmayacaktır. Zaten çiftlerin evlendirme memurluğuna sundukları mal rejimi seçimine ilişkin yazılı belge, tarih ve sayı bilgileriyle evlenme kütüğündeki ilgili alana da yazılmakta ve söz konusu belgeler eşlerin evlenme dosyasında muhafaza edilmektedir. Yine de doktrinde savunulduğu üzere, evlenme başvurusu sırasında mal rejimi seçimine ilişkin yapılan yazılı bildirimlerin, "mal rejimi sicili" adı altındaki bir sicilde toplanması daha isabetli olacaktır.<sup>112</sup>

111 KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma Alacağı, s. 83

112 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 111

Öğretide okuma yazma bilmeyenlerin veya görme engellilerin de mal rejimi sözleşmesi yapabileceği savunulmaktadır.<sup>113</sup> Bu ihtimalde resmi vasiyetnamede geçerli olan usuller kullanılmalıdır. Noter mal rejimi sözleşmesini iki tanığın önünde eşe okumalı ve bunun üzerine eş mal rejimi sözleşmesinin iradesine uygun olduğunu beyan etmelidir. Tanıklar, hem eşin beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve onu sözleşme yapmaya ehil gördüklerini hem de sözleşmenin kendi önlerinde noter tarafından eşe okunduğunu ve onun mal rejimi sözleşmesinin kendi iradesini içerdiğini beyan ettiğini sözleşmeye yazarak veya yazdırarak altını imzalamalıdır. Ancak söz konusu usulün kullanılması yani görme engellilerin ve okuma yazma bilmeyenlerin mal rejimi sözleşmesi yapabilmeleri için, bu yönde bahsettiğimiz usulde açık bir düzenleme bulunmalıdır.

Yukarıda bahsedilen nitelikli resmi şekil şartları ispat değil, geçerlilik şekli niteliğindedir.<sup>114</sup> Bu sebeple mal rejimi sözleşmesinin bahsedilen şekillerde yapılması zorunludur. Şekil şartı öngörülmesinin nedeni, tarafları daha iyi düşünmeye sevk etmek ve gerektiğinde başka fikirlere de başvurabilmelerini sağlayarak korumaktır.<sup>115</sup> Söz konusu şekil şartlarına uyulmaması, mal rejimi sözleşmesinin kesin hükümsüz hale gelmesine neden olacaktır. Öte yandan mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği için özel bir sicile tescil yahut ilan şartı aranmadığı gibi hakim kararı da gerekmemektedir. Ancak evliliğin boşanmayla son bulması haline yönelik yapılmış bir mal rejimi sözleşmesi, boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin hükümler içermekteyse geçerliliği hakim tarafından onaylanmasına bağlıdır. Fakat bu onay boşanmanın ferî sonuçlarının geçerliliği için gerekli olup, mal rejimine ilişkin anlaşmaları bağlamamaktadır. Aynı metin içerisinde hem mal rejimine hem de boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin hükümler olsa da, bunların birinden bağımsız değerlendirilmesi gerekir. Ancak eşler boşanmanın ferîne ilişkin hükme bağlı olarak mal rejimine ilişkin bir hükmü kabul etmişlerse, bu halde hakim onayı olmaması nedeniyle geçersiz olan boşanmanın ferîne ilişkin hüküm mal rejimine ilişkin anlaşmayı da, olmazsa olmaz niteliği nedeniyle geçersiz kılacaktır. Örneğin maddi ve manevi tazminat konusunda anlaşan eşler, karşılıklı olarak katılma

113 ÖZTAN, s. 403

114 GÜMÜŞ, s. 223

115 ÖZTAN, s. 404

alacaklarından vazgeçtiyseler, maddi ve manevi tazminat için hakim onay vermezse, karşılıklı vazgeçmeye ilişkin anlaşma da geçersiz hale gelecektir.

TBK'nın 13. maddesi uyarınca, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Doktrinde bununla uyumlu olarak, resmi şekil zorunluluğunun eşlerin mal rejimi sözleşmesini değiştirmek veya kaldırmak istemeleri halinde de söz konusu olacağı savunulmaktadır.<sup>116</sup> Bu kuralın istisnası ise TMK 206. maddede düzenlenen olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçilmesi halleridir. Hükümde sayılan haklı sebeplerin veya başkaca bir haklı sebebin olması halinde eşlerden birinin istemi üzerine hakim mevcut mal rejimini mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilecektir.

Öte yandan eşlerin mal rejiminin konusuna giren hususlarda yaptıkları bazı anlaşmalar, mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılmassa da kanunca geçerli kabul edilmektedir. Bu tür anlaşmalar doktrinde geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bunlar adi yazılı şekilde olabileceği gibi, şekil şartına tabi olmadan da yapılabilirler.<sup>117</sup> Kanunun mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılmasını şart koşmadığı düzenlemeler, mal rejimi sözleşmesi bünyesinde yer almakla resmi şekil zorunluluğu kapsamına girmez.<sup>118</sup> Dolayısıyla bunlara ilişkin yapılacak değişiklik veya kaldırmalar, kanunda öngörülen adi yazılı şekle ya da şekil serbestisine tabi olmaya devam edecektir. Söz gelimi eşler değer artış payına ilişkin oranı mal rejimi sözleşmesiyle belirlemiş olsalar dahi, sonradan yapacakları adi yazılı bir anlaşmayla bu oranı değiştirebileceklerdir.

Değinilmesi gereken bir diğer husus, mal rejimi sona erdikten sonra mal rejimi ile ilgili yapılacak bir düzenlemenin hangi şekle tabi olacağıdır. Kural olarak mal rejiminin devamı süresince, mal rejimi ile ilgili yapılacak bütün anlaşmaların mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması zorunludur. Ancak mal rejimi sona erdikten sonra eşlerin yapacağı anlaşmalar, tasfiyeye ilişkin olduğundan mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmez. Tarafların yapacağı tasfiyeye yönelik bu tarz anlaşmalar şekle tabi olmayıp, fiili paylaşım şeklinde dahi yapılabilirler. Mal rejimi son bulduktan sonra yapılan bu tarz anlaşmalar, Borçlar Hukuku anlamında ibra, yenileme veya erteleme vb.

116 ACAR, s. 109

117 ZEYİN, s. 46

118 ACAR, s. 109

teşkil etmektedir. Doktrinde bu sözleşmeler geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak da nitelendirilmektedir.<sup>119</sup>

Eşlerin mal rejimi sona erinceye kadar yaptıkları mal rejimi sözleşmesine, mal rejiminin sona ermesinden itibaren yapacakları tasfiye anlaşmasıyla aykırı düzenlemeler getirmek istemeleri halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 13. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yine yazılı şekle uyulması zorunludur. Dolayısıyla bir işlemin kurulması hangi şekle tabi ise değiştirilmesi ve kaldırılmasına ilişkin işlemlerde aynı şekle tabi olacağı ilkesinden hareketle, bahsedilen içerikteki bir tasfiye sözleşmesinin mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması zorunludur. Buna göre söz gelimi eşler mal rejimi sözleşmesiyle katılma alacağını arttırmışlarsa, katılma alacağını kaldıran tasfiye anlaşmasının da mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekecektir.<sup>120</sup> Fakat daha önceden mal rejimi sözleşmesinde katılma alacağına yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişse, eşler şekle tabi olmayan bir tasfiye sözleşmesiyle katılma alacağına ilişkin, kaldırılması da dahil olmak üzere başkaca esaslar benimseyebileceklerdir. Kanımızca mal rejiminin sona ermesinden sonra tasfiye aşamasında taraflar bir şekil şartına bağlı olmadan anlaşma yapabilmelilerdir. Tasfiye anlaşmalarının resmi veya en azından yazılı olması ispat kolaylığı sağlayacaktır, ancak bir geçerlilik şartı değildir. Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile aksini, yani mal rejimi sona erdikten sonra tasfiyeye ilişkin anlaşmalar için şekil şartı, kabul etmelerinin önünde bir engel yoktur. Bu halde iradi resmi veya yazılı şekil şartından bahsedilir.

Son olarak kanun gereği resmi şekil şartına tabi bir sözleşmenin içeriğinde, mal rejimi sözleşmesinin konusunu oluşturan, söz gelimi katılma alacağına ilişkin bir hususa yer verilirse, bu anlaşmanın tahvil yoluyla mal rejimi sözleşmesi olarak kabulü mümkündür.<sup>121</sup> Örneğin evliliğin/mal rejiminin ölümle son bulması haline münhasır olmak üzere, katılma oranı miras sözleşmesiyle belirlenmişse bu anlaşma mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilebilecekti

119 ZEYTİN, s. 315

120 KARAKİMSELİ, s. 118

121 ACAR, s. 109

### 2.4.1. Evlenmeden Önce

Evlenmeden önce, nişanlılar noterde düzenleme veya onaylama şeklinde mal rejimi sözleşmesi yapabilecekleri gibi, evlenme başvurusu esnasında evlendirme memuruna yapacakları yazılı bir bildirimle de mal rejimini seçebilirler. Onaylama biçimindeki resmi şekilde, imzaların eş zamanlı olarak taraflar ve gerekiyorsa yasal temsilcileri tarafından atılması zorunlu değildir. Ancak düzenleme biçimindeki resmi şekilde, eşler ve yasal temsilcileri mal rejimi sözleşmesini eş zamanlı olarak noterde hazır bulunarak imzalamalıdır. Vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi kararına ihtiyaç duyulan hallerde ise, bu kararın notere yapılan başvuru sırasında bulunması gerekir. Fakat vasi mal rejimi sözleşmesini imzaladıktan sonra da vesayet makamının izni alınabilir.<sup>122</sup>

Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Ek madde 1, 3 ve 4. fıkralarında evlenecek kişilerin hangi mal rejimini seçtiklerini evlendirme memuruna yazılı olarak verebilecekleri düzenlenmiştir. Esasen bu düzenleme, mal rejimi sözleşmesinin yapılması hususunda noter dışında evlendirme memurunu da yetkili makam haline getirmek niyetiyle getirilmemiştir. Burada yapılmak istenen, evlilik öncesi tarafların seçimlik mal rejimi türlerinden birini seçebilmeleri konusunda kolaylık sağlamaktır.<sup>123</sup> Bu halde taraflar, bir mal rejimi sözleşmesi hazırlayarak bunu evlendirme memuruna sunamazlar. Çünkü evlendirme memurunun hukuki bilgisi bulunmadığından, sözleşmenin kanuna uygun olup olmadığını denetleme ve onaylama yetkisi yoktur. Bu hususta yetkili olan makam noterlerdir. Evlendirme memuru, kendisine sunulan ve mal rejimi seçiminden ibaret olmayan mal rejimi sözleşmesini reddetmelidir. Örneğin eşler mal rejimi seçimiyle sınırlı kalmayan ve kişisel mallarının gelirlerinin kişisel mal sayılacağını düzenleyen bir sözleşme yapmışlarsa, evlendirme memuru söz konusu anlaşmayı kabul etmeyerek bu hususta noterlerin yetkili olduğunu belirtmelidir. Memurun görevi, eşlerin seçtikleri mal rejiminin ne olduğunun kayda geçirilmesinden ibarettir.<sup>124</sup> Evlendirme memuru seçilen mal rejimini ne onaylar ne de düzenler. O sadece daha önce düzenlenmiş veya

122 GÜMÜŞ, s. 223

123 ACAR, s. 108

124 YETİK, s. 108

onaylanmış belgeyi alarak evlenme kütüğündeki ilgili alana yazar ve ilgili Nüfus Müdürlüğü'ne gönderir.<sup>125</sup>

Öte yandan evlendirme memurunun, taraflara mal rejimi türleri hakkında izahat yapma ve seçim hakkına sahip olduklarını hatırlatma gibi bir görevi bulunmamaktadır.<sup>126</sup> Bu da memurun sadece kabulle sınırlı pasif yetkisiyle bağdaşır niteliktedir.

Uygulamada evlendirme memurunun yetki sınırlarının saptanabilmesi için, İçişleri Bakanlığı'na bu hususta düzenleme yapma görevi düşmektedir. Bunun için yasal mal rejimine tabi olmak istemediklerini belirten eşlere, önceden matbu şekilde diğer üç mal rejiminin seçimine ilişkin hazırlanmış evraklar sunulmalı ve eşlerce, gerektiğinde yasal temsilince de imzalanmaları sağlanmalıdır. Öte yandan bu başvuruya ek olarak eşlerden istenmesi gereken belgeler düzenlenmeli ve evlenme siciline ne şekilde kayıt edilecekleri belirtilmelidir.<sup>127</sup>

Evlendirme memuruna yapılacak başvurunun yazılı olması gerekmekte, tarafların memura yapmış oldukları sözlü beyanlara geçerlilik tanınmamaktadır. Bu yazılı bildirim ise kanunda aksine herhangi ifade bulunmadığından, adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Mal rejiminin seçimine ilişkin yazılı beyanın evlenme başvurusu sırasında yapılması gerekmektedir. Bu nedenle evlenme başvurusu yapıldıktan sonra fakat evlenme gerçekleşmeden önce ya da evlilik hazırlıkları devam ederken evlenme başvurusundan önce yapılan bildirim, evlendirme başvurusu sırasında yapılmadığından evlendirmeye yetkili memurlarca kabul edilmemelidir. Taraflar evlenme başvurularını yaptıktan sonra veya bunun öncesinde mal rejimi seçiminde bulunmaya karar verirlerse, notere başvurmaları zorunludur.

Doktrindeki görüşlerden biri, evlenme merasimi sırasında da mal rejimi sözleşmesi yapılabileceği yönündedir.<sup>128</sup> Ancak mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği noterde düzenleme yahut onaylama şeklinde yapılmasına bağlanmıştır. Dolayısıyla resmi şekil şartı öngörülen bu sözleşmenin, evlenme merasimi sırasında yapılması mümkün değildir. Mal rejimi seçiminin evlenme başvurusu sırasında yapılması

125ÖZTAN, s. 405

126KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma Alacağı, s. 79

127 KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma Alacağı, s. 80

128 ERGÜN, s. 1549



gerektiğinden, evlenme başvurusu sonrasında gerçekleştirilecek olan merasim sırasında yapılan seçimin nikah memurunca kabul edilmemesi gerekir. Eşler bu aşamadan sonra mal rejimi sözleşmesi yapmak isterlerse, notere başvurmalıdırlar.

Doktrindeki bir diğer görüş ise, mal rejimi seçimi gibi önemli bir hususun evlendirme başvurusu sırasında memura yapılacak yazılı bir bildirimle gerçekleştirilebilmesini yerinde bulmamaktadır. Bu fikre göre, mal rejimi sözleşmesi her aşamada noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmalıdır. Sonrasında da noterde yapılan mal rejimine ilişkin seçim, evlendirme defterinde kendisine mahsus olarak açılacak bir sütuna kaydedilmeli ve başvuru dilekçesi de noterde saklanmalıdır.<sup>129</sup>

Taraflar evlenme başvurusu sırasında, yasal veya seçimlik mal rejimlerinin içeriğiyle ilgili konularda kanunun izin verdiği ölçüde farklı düzenlemeleri kararlaştırabilmelerine imkân yoktur.<sup>130</sup> Çünkü taraflar evlendirme memuruna bir mal rejimi sözleşmesi hazırlayıp vermezler. Nitekim Evlendirme Yönetmeliği ek madde 1’de “Evlendirme memurları evlenecek olan kişilerin yasal mal rejimi yerine seçimlik rejimlerden birini seçmiş olmaları halinde bu yöndeki seçimlerini kabul edebilirler. Evlendirme memurları, evlenecek kişilerin yasal mal rejimi ile ilgili yasadaki düzenlemelerden ya da seçimlik rejimlerden birini seçmelerine rağmen, seçimlik rejimde yasadaki düzenlemelerden farklı anlaşmaları kabul edemez. Evlenecek olan kişiler bu konularda ancak notere gidebilirler” denilmektedir. Sonuç olarak, kanundaki mal rejimi türlerinden birinin seçiminden ibaret olmayan, rejime ait esasların değiştirilmesine ilişkin düzenlemelerde yetkili makam sadece noterlerdir ve resmi şekil şartı gerektirir.<sup>131</sup> Ancak söz konusu değişiklik mal rejimine ilişkin olmakla birlikte, sadece mal rejimi sözleşmesiyle düzenlenebilecek hususlardan biri değilse, notere başvurulması şartı aranmadan, adi yazılı bir sözleşme ile mal rejiminin içeriğinde değişiklik yapabilmesi mümkündür.<sup>132</sup>

Kanun metninden anlaşıldığı üzere taraflar mal rejimini sadece seçebilirler. Evlenme başvurusundan önce noterde seçmiş oldukları mal rejimini, evlenme başvurusu sırasında yapacakları bildirimle değiştiremezler. Buna karşılık mal rejimine ilişkin

129 ERGÜN, s. 1551

130 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 401

131 ACAR, s. 109

132 ZEYTİN, s. 49

olmakla birlikte, mal rejimi sözleşmesiyle yapılması şart koşulmayan, adi yazılı şeklin yeterli görüldüğü hususlarda, evlenme başvurusu sırasında memura yapılacak yazılı bildirimle düzenleme yapılabilmesi mümkündür. Söz gelimi, eşler artık değere katılmada farklı bir esası benimsemek istiyorlarsa bunu noterde yapacakları düzenleme veya onaylama şeklindeki bir mal rejimi sözleşmesiyle yapmaları zorunludur. Fakat adi yazılı bir anlaşma ile eşlerin değer artış payından vazgeçebilecekleri yahut pay oranını değiştirebilecekleri öngörüldüğünden, eşler evlenme başvurusu sırasında memura yapacakları yazılı bildirimle değer artış payından vazgeçebileceklerdir.<sup>133</sup> Sonuç olarak, düzenlemenin geçerliliği için mal rejimi sözleşmesinin içeriğinde yer alması şart koşulmamış, yani yapılacak adi yazılı bir sözleşme yeterli kabul edilmişse, eşler evlenme başvurusu sırasında memura yapacakları bildirimle de bu hususu kararlaştırabilirler.

Nişanlıların evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini evlendirme memurluğuna yazılı olarak bildirmeleri seçimlik bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu sebeple söz konusu başvuru herhangi bir kayıt yahut şarta bağlanamaz. Taraflar sonradan evlendirme memurluğuna başvurup tek taraflı olarak bundan rücu ettiklerini de ileri süremezler.<sup>134</sup> Ancak bu seçimlik hakkın evlendirme memuru karşısında kullanılması, sonradan evlenmeden önce veya sonra tarafların noter karşısında yeni bir mal rejimi seçmelerini veya seçilmiş mal rejimini değiştirmelerini engellemez.

#### **2.4.2. Evlenmeden Sonra**

Evlenmeden sonra yapılacak mal rejimi sözleşmesi ise sadece noterde düzenleme yahut onaylama şeklinde yapılabilir.

Düzenleme biçimindeki mal rejimi sözleşmesinin içeriği başından sonuna kadar noterin katılımıyla düzenlenir. Onaylama biçimindeki mal rejimi sözleşmesinin metni ise taraflarca hazırlanır ve içeriği kanundaki sözleşme serbestisi sınırlarına uygun ve emredici hükümleri aykırı değilse noter tarafından onaylanır. Bu halde, evlenme başvurusu sırasında evlendirme memuruna yapılan yazılı başvurudan farklı olarak, noterin sözleşme içeriğini denetleme ve onaylamayı reddetme yetkisi vardır.

133 GÜMÜŞ, s. 224

134 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 402; YETİK, s. 108

BGB’de, mal rejimi sözleşmesinin ancak noterde yapılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca ilgili madde uyarınca, işlem sırasında sözleşmenin her iki tarafının da eş zamanlı olarak noterde hazır bulunması gerekmektedir.

Türk hukukunda tarafların noter önünde aynı anda bulunmalarının ve sözleşmeyi eş zamanlı imzalamalarının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Ancak sözleşme taraflarca bizzat imzalanacağı açıktır. Öte yandan küçük ya da kısıtlının taraf olduğu mal rejimi sözleşmesinde, yasal temsilciler bizzat noter önünde hazır bulunarak sözleşmeyi imzalamalıdır. Önceden verdikleri bir izin veya sonradan verecekleri bir icazet mal rejimi sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasına engeldir.<sup>135</sup>

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 173. maddesinde “Evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukaveleleri mahkemenin de tasvibine iktiran etmek lazımdır” denilerek eşlerin evlendikten sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği hakim onayına bağlanmıştı. Bundan farklı olarak yeni yasada ise, mal rejimi sözleşmesinin mahkemece onaylanması usulü öngörülmemiştir. Sonuç olarak, taraflar veya yasal temsilcilerince imzalanan mal rejimi sözleşmesi, ayrıca mahkemece onaylanması gerekmeksizin geçerlilik kazanacaktır.<sup>136</sup>

Yine 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde, mal rejimi sözleşmelerinin noterler tarafından tutulan özel bir sicile tescil ve ilan edilmesi şartı yer almaktaydı. Bu hususta, kocanın yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki noterler görevlendirilmişti. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda bu hükme de yer verilmemiştir.<sup>137</sup>

## 2.5. HUKUKİ NİTELİĞİ

Mal rejimi sözleşmesi, kanun koyucu tarafından özel şekil, ehliyet ve geçerlilik koşullarına bağlı kılınmış, evlilik birliği süresince geçerli olacak mal rejimine ilişkin düzenlemeleri içeren bir aile hukuku sözleşmesidir.<sup>138</sup> Ancak malvarlığına yaptığı etki bakımından borçlandırıcı bir işlem mi, yoksa tasarruf işlemi mi olduğu önemlidir.

Doktrinde ağır basan görüş, borçlandırıcı işlem değil, tasarruf işlemi niteliğinde olduğudur. Taşınmaz mülkiyetinin sicil dışı kazanımı mal rejimi sözleşmesiyle mümkün

135 ÖZTAN, s. 403

136 YETİK, s. 107

137 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 403

138 ALDEMİR Betül İpek, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak, 2018, s. 2

olduğundan, bu sözleşmenin tasarrufi bir etki gösterdiği açıktır. TMK'nın bir taşınmazın mülkiyetinde eşler arasındaki mal rejimi dolayısıyla meydana gelen değişikliklerin onlardan birinin istemiyle tapu kütüğüne doğrudan tescil edilebileceğini söyleyen 716/III hükmü bunu kanıtlar niteliktedir.<sup>139</sup> Söz konusu tescil hak sahibi eşin tek taraflı istemiyle yapılabildiğinden, ortada bir tescilsiz kazanım hali söz konusudur, tescil sadece açıklayıcı niteliktedir. Bu da taşınmaz mülkiyetinin sicil dışı kazanımını sağlayan mal rejimi sözleşmesinin aynı bir sözleşme olduğunu kanıtlamaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki bu durum, sadece aynı etki doğuran mal ortaklığı rejiminde söz konusu olacaktır.

Öğretideki diğer bir görüş uyarınca, mal rejimi sözleşmesinin içerdiği hükümlerin değerlendirilmesi sonucunda, borçlandırıcı işlem mi yoksa tasarruf işlemi mi olduğuna karar verilmelidir.<sup>140</sup> Kanımızca bu görüş, mal rejiminin doğrudan aynı veya nisbi etkili olup olmadığına bağlı olarak daha doğrudur. Söz gelimi mal ortaklığına geçiş veya mal ortaklığından başka mal rejimine geçiş hükmünü içeren mal rejimi sözleşmesi, tasarruf işlemi olarak nitelendirilmelidir. Çünkü mal ortaklığı rejiminde, eşlerin elbirliği mülkiyetinde olan ortaklık malları bulunmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminden mal ortaklığına geçilmesi ihtimalinde, eşlerin elbirliği mülkiyetinde bulunan bir malvarlığı grubu oluşacak ve eşlerin malvarlıklarında doğrudan bir değişiklik meydana gelmiş olacaktır. Yine aynı şekilde mal ortaklığından edinilmiş mallara katılma rejimine geçilmesi halinde de eşlerin ortaklık malları grubu ortadan kalkacağından, malvarlıklarında doğrudan bir değişiklik meydana gelmiş olacaktır. Fakat edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimleri arasındaki geçişlerde, eşlerin malvarlıklarında doğrudan veya dolaylı bir değişiklik meydana gelmediğinden, bu yöndeki mal rejimi sözleşmelerinin borçlandırıcı işlem olarak kabulü gerekir.

Doktrinde edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan alacakların, azaltılması ya da tamamen kaldırılmasına yönelik anlaşmaların da tasarruf işlemi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, katılma alacağının azaltılmasını ya da ortadan kaldırılmasını öngören bir mal rejimi sözleşmesi ile, alacaklı taraftaki eş gelecekteki bir hakkından vazgeçmektedir. Bu da borçlu eş lehine bir

139 ACAR, s. 102; GÜMÜŞ, s. 221

140 KARAKİMSELİ, s. 86

kazandırma teşkil ettiğinden, söz konusu mal rejimi sözleşmesi tasarruf işlemi olarak nitelendirilmelidir.<sup>141</sup> Ancak kanaatimizce katılma alacağından vazgeçmeye yahut oran değişikliğine ilişkin anlaşmalar, henüz alacağın var olup olmadığının dahi belli olmadığı bir aşamada tasarruf işlemi olarak nitelendirilmemelidir.

## **2.6. KURULMA ANI VE YÜRÜRLÜK SORUNU**

### **2.6.1. Evlenmeden Önce**

Evlenmeden önce nişanlılar mal rejimi sözleşmesi akdedebilirler. Evlenmenin gerçekleşmesi ile birlikte yapılan sözleşme ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu halde, geciktirici şarta bağlı bir sözleşme söz konusudur. Buradaki geciktirici şart, evliliğin gerçekleşmesi koşuludur. Evlenmenin gerçekleşmemesi halinde ise, geciktirici şart vuku bulmayacağından sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale gelecektir.

### **2.6.2. Evlenmeden Sonra**

Evlenmeden sonra eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapabilecekleri açıktır. Evlenmeden sonra yapılan mal rejimi sözleşmesi yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Fakat eşlerin bu sözleşmeyi şarta bağlamaları, geçmişe etkili olacağını düzenlemeleri, yürürlüğünü ileriki bir tarihe bırakmaları veya süreyle sınırlandırmaları mümkündür.<sup>142</sup>

### **2.6.3. Evlenme Merasimi Sırasında**

Doktrinde katılmadığımız azınlık görüşü oluşturan bir grup yazar ise, mal rejimi sözleşmesinin evlenme merasimi sırasında da yapılabileceği kanaatindedir.<sup>143</sup> Ancak bu ihtimalde, merasim sırasında yapılacak sözleşmenin hangi usule tabi olacağı hususunda belirsizlik gündeme gelmektedir. Zira kanun evlenme başvurusu sırasında memura yapılacak yazılı bildirimle yahut evlenmeden önce veya sonra noterin katılımıyla mal rejimi sözleşmesi düzenlenebileceğini öngörmektedir. Evlenme başvurusu yapıldıktan sonra gerçekleşecek olan evlenme merasimi sırasındaki mal rejimi seçimine ilişkin yazılı bildirim memur kabul etmemelidir. Bu esnada noterin merasime katılması ve taraf iradelerini düzenlemesi yahut onaylaması da söz konusu olamayacağından mal rejimi sözleşmesinin evlenme merasimi sırasında yapılabilmesi mümkün değildir. Eşler ancak

141 KARAKİMSELİ, s. 87

142 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 197

143 OY Osman/OY Onur, s. 5

evlenmeden önce ve sonra noterde yahut evlenmeden önce memura yapacakları adi yazılı şekildeki bir bildirimle mal rejimi sözleşmesi yapabilirler.

Evlendirme Yönetmeliği'nin 16. maddesi uyarınca, birbirleriyle evlenecek kadın ve erkeğin, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte müracaat etmeleri gerekir. İşte mal rejimi seçimine ilişkin yazılı beyanın da bu aşamada memura sunulması gerekmektedir. Yoksa merasim sırasında yapılan bildirim, evlendirme memurunca kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

#### **2.6.4. Geçmişe Etkili Olması**

4721 sayılı TMK'de dört ayrı mal rejimi türü yer almaktadır. Bunlardan edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi iken, mal ayrılığı, paylaşımlı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri ise seçimlik mal rejimleri olarak düzenlenmiştir. 743 sayılı eMK döneminde ise üç farklı mal rejimi türü bulunmaktaydı. Bu sistemde mal ayrılığı rejimi yasal mal rejimi olarak benimsenmiş, mal ortaklığı ve mal birliği rejimleri ise sözleşmesel mal rejimleri olarak düzenlenmişti. Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 10. maddesinde düzenlendiği üzere Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten itibaren aralarında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi cari olur. Yürürlük kanunu madde 10'da öngörülen bir yıllık süre dolduğundan, artık günümüzde 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğünden önce evlenmiş çiftlerin geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi yapabilmeleri imkânı kalmamıştır.

Kural olarak seçilen yeni mal rejimi, önceki mal rejimini uygulamadan kaldırarak düzenlendiği tarihten itibaren ileriye etkili olarak geçerlilik kazanır. Taraflar aralarındaki mal rejimi sözleşmesinin belirli bir süreyle sınırlı olarak geçerli olacağını kararlaştırarak bunun ileride değişeceğini de öngörebilirler. Söz gelimi eşler evliliklerinin beşinci yılını doldurduktan sonra veya çocuk sahibi olduktan sonra aralarında başka bir mal rejiminin geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Ancak doktrindeki bir görüş, öngörülen bu şart veya sürelerin geriye dönük olarak kararlaştırılamayacağı yönündedir. Yani uygulanacak yeni mal rejimi geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.<sup>144</sup>

144 ÖZTAN, s. 404

Doktrindeki bir diğerk görüş de, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi yapılamayacağı kanaatindedir. Bu görüş uyarınca, Yürürlük Kanunu'nun emredici nitelikteki 10. maddesi ile getirilen bir yıllık sınırlama bunu kanıtlar niteliktedir. Söz konusu kanun sadece 31 Aralık 2002 tarihine kadar, yeni yasal mal rejiminin geçmişe etkili şekilde kararlaştırılabilmesine cevaz vermiştir. Hukuki işlem güvenliği açısından, bu tarihten sonra geriye dönük mal rejimi sözleşmesi yapılabilmesine imkân tanımamıştır. Öte yandan bir yılla sınırlı olan geçmişe etkili düzenleme yapabilme fırsatı, sadece yasal mal rejimi için söz konusudur. Sözleşmesel mal rejimlerinin ise bu şekilde evlilik tarihine kadar geçmişe etkili olacak şekilde kararlaştırılmaları, hiçbir zaman mümkün değildir.<sup>145</sup>

Öğretideki diğerk görüşler, eşlerin mal rejimi sözleşmesini geçmişe etkili olacak şekilde yapabilecekleri yönündedir. Buna göre, eşlerin evlendikten sonra yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle, seçtikleri yeni mal rejiminin evlenme tarihinden veya daha sonraki bir tarihten itibaren geçmişe etkili olacağını kararlaştırabileceklerinin kabulü gerekir.<sup>146</sup> Öte yandan eşlerin yasal mal rejimini nişanlılık dönemlerini de kapsayacak şekilde geçmişe etkili kararlaştırmalarının geçerli kabul edilmeyeceği açıktır.<sup>147</sup> TMK'nın 203. maddesinde, mal rejimi sözleşmesinin kanunda yazılı sınırlar çerçevesinde düzenlenebileceği belirtilmiştir. Kanunda mal rejiminin geriye dönük olarak kararlaştırılmasını sınırlayan herhangi bir hüküm bulunmadığından, geçmişe etkili düzenlemenin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak seçilen mal rejimi, kanunda yer almadığı bir tarihe etkili olacak şekilde geriye yürütülemez. Bunun tek istisnası ise, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 10. maddesinde düzenlendiği üzere, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlükte olmadığı 01.01.2002 tarihinden öncesi için öngörülen bir yıllık süre içerisinde kararlaştırılabilmesidir.<sup>148</sup>

Doktrindeki bir diğerk görüş ise, Yürürlük Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen bir yıllık süre geçmesine rağmen, eşlerin yürürlükteki yeni yasal mal rejimini

145 ŞİPKA Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On iki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2011, s. 22-23

146 KILIÇOĞLU M. Ahmet, Aile Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 304

147 ALDEMİR, s. 79

148 ZEYTİN, s. 62

veya sözleşmesel mal rejimlerinden birini, evliliğin kurulduğu tarihe veya kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki bir tarihe kadar geçmişe etkili olacak şekilde kararlaştırabilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>149</sup>

Öğretideki başka bir fikre göre, lafzi yorum yapılacak olursa yürürlük kanunundaki bir yıllık süre sınırının sadece yasal mal rejimi hakkında getirildiği de söylenebilir. Bu halde sözleşmesel mal rejimlerinin bir yıllık süre sınırlamasına tabi olmadan evlilik tarihine kadar geçmişe yürütülebilmeleri mümkündür. Ancak yasal mal rejimi için getirilen bir yıllık sınırlamanın kanuna karşı hile sayılmayan bir yolla aşılması mümkündür. Eşler yapacakları bir sözleşme ile aralarındaki yasal mal rejimini kaldırarak sözleşmesel mal rejimlerden birini seçebilirler. Sonrasında yapacakları ikinci bir sözleşmeyle, eşlerin yeniden edinilmiş mallara katılma rejimini kararlaştırmaları halinde, bu rejim yasal mal rejimi olmaktan çıkıp artık sözleşmesel bir mal rejimi halini alacaktır. İşte bu ihtimalde, bir yıllık süre sınırlamasına tabi olmadan edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliğin başlangıcından itibaren kararlaştırılması mümkün olacaktır.<sup>150</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, her halükarda en geç evliliğin gerçekleştiği tarihe kadar geriye etkili olacak şekilde mal rejimi sözleşmesi düzenlenebileceğidir.<sup>151</sup>

Öğretideki bir diğer görüş, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi yapılabileceği, ancak bu hususta 4721 sayılı TMK ile 743 sayılı eMK dönemleri arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre, 1 Ocak 2002 tarihinden önce gerçekleşen evliliklerde, geçmişe etkili olarak evliliğin başlangıcından itibaren yasal mal rejiminin geçerli olacağına kararlaştırılabilmesi için, bir yıllık sınıra uyulması gerekir. 1 Ocak 2002 tarihinden sonra evlenmiş çiftlerin ise, süre sınırlamasına tabi olmadan her zaman yasal mal rejimi yerine, geçmişe etkili olarak sözleşmesel mal rejimlerinden birini kararlaştırılabilmeleri mümkündür.<sup>152</sup>

Doktrindeki başka bir görüş ise, yasaların geçmişe yürümeyeceği ilkesi uyarınca, edinilmiş mallara katılma rejiminin eMK döneminde evlenmiş eşler hakkında geçmişe etkili olacak şekilde kanun gücüyle getirilmemesini isabetli bulmaktadır. Ancak yazara 149 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 198

150 GÜMÜŞ, s. 226-227

151 GÜMÜŞ, s. 225

152 ACAR, s. 103; ZEYİN, s. 61-62



göre, kanun koyucu sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, bir yıllık geçiş süresiyle sınırlı kalmaksızın eşlerin edinilmiş mallara katılma rejimini evlilik tarihlerine kadar geçmişe etkili olacak şekilde kararlaştırmalarına her zaman için izin vermeliydi. Zira yeni yasal mal rejimi de mülkiyet açısından esas olarak mal ayrılığı temeline dayandığından, alacaklıların haklarını tehlikeye düşürecek nitelikte değildir.<sup>153</sup>

Yargıtay Yürürlük Kanunu'nun 10. maddesindeki şartları taşımadan yapılan geçmişe etkili bir mal rejimi sözleşmesinin yok hükmünde olacağı yönünde içtihatlarda bulunmaktadır. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 2010/6262 E., 2011/3497 K., 16.06.2011 tarihli ilamında "...eşler kanunun tanıdığı bir yıl içinde geçmişe etkili bir biçimde edinilmiş mallara katılma rejimi dışında yine kanunun tanıdığı başka bir mal rejimi (mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinden birini) evlenme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere seçemez ve belirleyemezler. Dolayısıyla varsa bile; böyle bir belirleme yok hükmündedir ve kamu düzenine ilişkin bu sınırlama sözleşme serbestisi kuralına dayanılarak aşılamaz..." denilmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğünden önce açılmış boşanma ve iptal davaları sonuçlanıncaya kadar eşler arasındaki mevcut mal rejimi devam eder. Evlilik boşanma veya iptal kararıyla sonlanırsa, bu mal rejimine ilişkin hükümler uygulanır. Dava ret ile sonuçlanırsa, eşler kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde başka bir mal rejimini seçemedikleri takdirde, aralarında kanunun yürürlük tarihinden itibaren yasal mal rejimi geçerli olur. Bu halde eşler sözleşmesel mal rejimlerinden birini ret kararının kesinleştiği tarihten, yasal mal rejimini ise evlilik tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde kabul edilebilmesi mümkündür. Şayet eşler buna ilişkin bir düzenleme yapmamışlarsa, yürürlük tarihinden itibaren haklarında yasal mal rejimi geçerli olacaktır.

Görüldüğü üzere, eşlere yeni yasal mal rejimini yürürlükte bulunduğu tarihten önceki bir zaman dilimine etkili olacak şekilde geriye dönük olarak kararlaştırabilme imkânı tanınmıştır. Bu durum kanunların geriye yürümezliği ilkesine yürürlük kanununca getirilmiş bir istisnadır. Geçmişe etkili bu tarz bir kararlaştırmanın sınırı ise evliliğin gerçekleştiği tarihtir. Yasal mal rejimi dışındaki seçimlik sözleşmesel mal rejimleri ise, ancak yürürlük tarihine kadar geçerli olacak şekilde geçmişe etkili kararlaştırılabilmektedir. Şayet eşler seçtikleri sözleşmesel mal rejiminin yürürlük değil, sözleşme tarihinden itibaren geçerli olacağını kabul etmişlerse, yürürlük ve sözleşme

tarifleri arasında, yeni yasayla getirilen edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak uygulanacaktır.

Geçmişe etkili olma sorunun çözümünde kanaatimizce, evliliğin yeni kanunun yürürlük tarihinden önce yahut sonra gerçekleşmiş olmasına göre ikili bir ayrıma gidilmelidir. 4722 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra evlenmiş çiftler, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın, en geç evlilik tarihlerine kadar geçmişe etkili olacak şekilde, serbestçe mal rejimi sözleşmesi düzenleyebilmelidirler. 743 sayılı eMK döneminde evlenmiş olan çiftlerse, ancak TMKYUHK'nın 10. maddesindeki sınırlamalara tabi olarak mal rejimlerini geçmişe etkili kararlaştırabileceklerdir. Çünkü yürürlük kanununun 10. maddesi sadece yeni TMK'nın yürürlüğünden önce evlenmiş eşler için, geçmişe etkili kararlaştırma konusunda sınırlamalar getirmiştir. Dolayısıyla bu hükmün kapsamı dışında kalan yürürlük tarihinden sonra evlenmiş çiftlerin, herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmadan serbestçe geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi gerekir. Zira kanunun özellikle yasaklamadığı bir hususa cevaz verdiği kabul edilir.

Doktrinde aksi kanaatte olan bir yazar, 01.01.2002 tarihinden sonra evlenmiş olsalar dahi eşlerin geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi yapamayacaklarını savunmaktadır. Buna göre TMKYUHK madde 10 geçmişe etkili düzenleme yapılabilme şartlarını sınırlı bir şekilde belirlemiştir ve bunun dışında mal rejimi sözleşmesini geçmişe dönük kararlaştırabilme imkânı yoktur.<sup>154</sup> Zira Yargıtay da benzer bir ifadeyle, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra yapılan evliliklerde, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi akdedilebilmesi önünde TMK 203. ve TMKYUHK 10. maddelerinin yasal engel oluşturduğu yönünde karar vermiştir (Yargıtay 8. HD 2012/13166 E., 2013/7003 K., 13.05.2013 T.).

Öte yandan kanunda öngörülen bir yıllık süre içerisinde sözleşme yapan eşlerin, yasal mal rejiminin sözleşme tarihinden itibaren geçerli olacağını kararlaştırma imkânı yoktur. Zira yeni MK'nın yürürlüğünden sonra sözleşme tarihine kadar, eski kanunda öngörülmüş mal rejimlerinden birinin uygulanmasına devam edilemez.<sup>155</sup> Görüldüğü üzere bu ihtimalde yasal mal rejimi açısından, yürürlük veya evlilik tarihine kadar

154 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 97

155 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 389

geçmişe etkili olma kabul edilmekte ve ileriye etkili kararlaştırma mümkün olmamaktadır.

Sonuç olarak Türk hukukunda doktrindeki ağırlıklı görüşler de dikkate alınarak, mal rejimi sözleşmesinin geciktirici veya bozucu şarta bağlanabileceği, geçmişe etkili olarak düzenlenebileceği ya da geçerlilik süresinin sınırlandırılabilmesi söylenebilir.<sup>156</sup>

## 2.7. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Mal rejimi sözleşmesinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi eMK Yürürlük Kanununun 11. maddesinde yer aldığı üzere tescil şartına bağlanmıştır. TMK ise, tescil koşulu olmaksızın sözleşmenin üçüncü kişilere karşı da etkili olacağını kabul etmiştir.<sup>157</sup>

Mal rejimi sözleşmesinde esas olan eşlerin menfaatleridir. Tarafların düzenlemeleri, ancak bir hakkın kötüye kullanılması niteliğine büründüğü takdirde, üçüncü kişilerin menfaatleri de dikkate alınır. Bu halde, eşlerden birisi lehine üstün bir menfaat sağlamaya hizmet eden, ancak üçüncü kişilere hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde zarar veren sözleşmeler geçersiz olacaktır.<sup>158</sup>

Eşler katılma alacağı hakkında, kanun tarafından kendilerine tanınan düzenleme yapma imkânını kötüye kullanabilmektedirler. Özellikle mirasçılara veya alacaklılara zarar vermek amacıyla, katılma alacağının bertaraf edilmesi veya son derece azaltılması şeklinde işlemler yapılabilmektedir. Bu sebeple TMK 237/II hükmünde, artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmesinde belirlenecek başka bir esasa, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarının zedelenemeyeceği düzenlenmiştir. Hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere ortak çocukların saklı paylarının ihlal edilmesi mümkündür. Eşlerin ortak altsoyu, diğer saklı paylı mirasçıları, saklı paylı olmayan mirasçıları ve alacaklıları hakkında herhangi bir koruma öngörülmemektedir.

Şayet eşler yaptıkları bir mal rejimi sözleşmesiyle ortak olmayan altsoylarının saklı paylarını zedelemişlerse, buna ilişkin anlaşmanın nasıl bir yaptırıma tabi olacağı doktrinde tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüş, katılma alacağını düzenleyen mal rejimi sözleşmesinin geçerli olmaya devam etmesi, ancak saklı payı ihlal ettiği oranda söz konusu kararlaştırmanın miras hukukundaki gibi tenkise tabi tutulması gerektiği

156 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 197

157 ZEYİN, s. 46

158 GÜMÜŞ, s. 220

yönündedir.<sup>159</sup> Tenkiste sıra bakımından da miras hükümleri kıyasen uygulanacak, ölüme bağlı tasarruflarla başlanılan tenkisi, en yeni tarihlisinden en eski tarihlisine doğru sağlar arası kazandırmalar saklı paylar tamamlanıncaya kadar takip edecektir. İsbetli bulmadığımız azınlık görüş ise, ortak olmayan altsoyun saklı payını zedeleyen artık değere katılmaya ilişkin anlaşmanın tamamıyla geçersiz olacağını savunmaktadır. Buna göre, ortak olmayan altsoyun saklı payını zedeleyen mal rejimi sözleşmesi, gerek hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan dürüstlük kuralı, gerekse de TMK 237/II hükmünün emrediciliği açısından batıl sayılmalıdır.<sup>160</sup>

Kanunun mal ortaklığı rejimine ilişkin 276. maddesine göre, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabul edilmesiyle mal ortaklığı rejimi sona ermişse, her eşe veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı verilir. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle başka bir oran da kararlaştırabilirler. Ancak bu tür anlaşmalar altsoyun saklı payını zedeleyemez. Burada ise, ortak olan olmayan şeklinde bir ayırım yapılmamış, tüm altsoyun saklı payının ihlal edilemeyeceği düzenlenmiştir.

TMK'nın 224. maddesinde üçüncü kişileri koruyucu bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre eşlerden her biri kendi borçlarından ötürü üçüncü kişilere karşı bütün malvarlığı ile sorumludur. Mal rejimi eşlerin kişisel borçları üzerinde herhangi bir etki yapmamaktadır. Yani her eş alacaklılarına karşı gerek kişisel gerekse de edinilmiş malları ve diğer parayla ölçülebilen tüm hak ve alacaklarıyla sorumlu olmaya devam edecektir. Ancak TMK madde 189 uyarınca, eşlerden birinin evlilik birliğini temsilen ailenin ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla yaptığı borçlardan eşlerin müteselsilen sorumlu olacakları açıktır. Birliği temsil yetkisi bulunmadan yahut bu yetkiyi aşarak işlem yapan eş ise, kişisel olarak sorumlu tutulacaktır. Fakat temsil yetkisinin üçüncü kişi tarafından anlaşılmayacak şekilde aşılması halinde, eşler müteselsilen sorumlu olmaya devam edecektir. Yine borçlu eşin edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma ve değer artış payı alacakları da, mal rejiminin sona ererek tasfiyenin başlamış olması ve alacaklıların borçlu eşin diğer mallarından alacağını karşılayamamış olması

159 ACAR, s. 122; ZEYİN, s. 319

160 HAYRAN Burhan, 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu Mal Rejimleri Şerhi, Adil Yayınevi, 2004, s. 315

şartıyla, üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu malvarlığı değerleri arasında yer almalıdır.<sup>161</sup>

Evlenmeden sonra yapılacak mal rejimi sözleşmesi ile, üçüncü şahısların lehine doğmuş olan hakların, eşlerinse aleyhine doğmuş olan borçların ortadan kaldırılmasına izin verilemez. 743 sayılı eMK'nın 171. maddesinin son fıkrası "Evlenmeden sonra yapılan mukavele karı kocanın malları üzerinde başkalarının haiz olduğu hakları ihlal edemez" demektedir.<sup>162</sup> Üçüncü kişi konumundaki alacaklıların menfaatlerini korumak için yeni kanunda da bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre TMK'nın 213. maddesinde yer aldığı üzere, mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakamaz. Yani mal rejimindeki değişikliklerden üçüncü kişiler zarar görmeyeceği ve üçüncü kişilerin alacakları için başvuracakları malların, mal rejimi değişse bile mevcut alacaklılar için devam edeceği düzenlenmiştir. Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur. Burada diğer eşin de sorumluluğu kabul edilmiş ve alacaklı üçüncü kişiye zarar verilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Kesin hükümsüzlük gibi bir yaptırım getirilmemiştir. Ancak söz konusu anlaşma muvazaalı ise, bu halde kesin hükümsüzlük gündeme gelecektir.<sup>163</sup> Malların eşe geçmesinden anlaşılması gereken ise, mülkiyet veya onun dışında intifa yahut başkaca bir sınırlı ayni hak elde etmesidir.<sup>164</sup> Ancak, söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği takdirde ve bu ölçüde kendisini sorumluluktan kurtarabilir. Sonuç olarak bu düzenlemeyle de, eşlerin yaptıkları mal rejimi sözleşmesiyle, aralarında anlaşarak alacaklılarına zarar vermelerinin önüne geçilmek istenmiştir.

## **2.8. MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI**

Mal rejimi sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını, yasada öngörülen şekle uygun yapılması sonrasında evlenmeyle veya evli eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapmalarıyla doğurur. Taraflar arasında kurulan bu sözleşme, kural olarak evliliğin sona ermesine yahut yeni bir sözleşme yapılincaya kadar hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam

161 KARAKİMSELİ, s. 79

162 ERGÜN, s. 1549

163 ACAR, s. 115

164 ACAR, s. 102

eder. Yasal mal rejiminin sona ermesinden tasfiyenin tamamlanmasına kadar mal rejimi sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir.

Evlenmeden önce yapılmış mal rejimi sözleşmesi, nişanlıların evlilik şartına bağlanmış bir yapı arz eder. Evlilik gerçekleşmediği sürece askıdadır, hüküm ve sonuç doğurmaz. Şayet evliliğin gerçekleşmesi imkânsızlaşmışsa hükümden düşer, evliliğin gerçekleşmesi halinde ise, evlenme tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar.<sup>165</sup>

Mal rejimi sözleşmesinin batıl olması hususunda TMK'de herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Fakat TMK'nın 5. maddesi uyarınca, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan kesin hükümsüzlüğe ilişkin düzenlemeler, mal rejimi sözleşmeleri için de uygulama alanı bulacaktır. Muvazaalı, geçerlilik şekline, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan mal rejimi sözleşmeleri mutlak butlan yaptırımına tabi olur. Bu halde yapılan sözleşme en başından itibaren hukuk alanında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Geçersiz sözleşmenin varlığı halinde, yasal mal rejimi boşluğu doldurarak kendiliğinden yürürlükteki varlığını devam ettirecektir.<sup>166</sup> Mal rejimi sözleşmesi hakkındaki kesin hükümsüzlüğün tespiti ise, görevli aile mahkemesinden, aile mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinden istenebilecektir. Her ne kadar mal rejimi sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin TBK genel hükümleri uygulansa da, görev ve yetki konusunda aile mahkemesinin görevli olduğunun kabulü gerekir.

## **2.9. ŞARTA VE SÜREYE BAĞLANMASI**

Mal rejimi sözleşmesi Türk doktrinindeki baskın görüş uyarınca şarta yahut vadeye bağlanabilir.<sup>167</sup> Bu halde, şartın gerçekleştiği tarihte veya vade tarihinde mal rejimi sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Söz gelimi edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması, her iki eşin de çalışması koşuluna bağlanabilir. Yine mal rejimi sözleşmesinin süreye bağlı kılınarak, örneğin beş yıl süreyle sınırlı olmak üzere geçerli olacağına kararlaştırılması da mümkündür. Eşlerin ileriye etkili bir şekilde, süreye bağlı bir anlaşma yapmalarının önünde hiçbir hukuki engel yoktur.

165 ACAR, s. 103

166 ACAR, s. 114

167 GÜMÜŞ, s. 221; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 95; ALDEMİR, s. 78

Alman Hukuku'nda da Türk doktriniyle benzer bir görüş benimsenmiş ve evlilik sözleşmesinin şarta bağlanabileceği kabul edilmiştir. Söz gelimi eşler aralarında kural olarak mal ayrılığı rejiminin geçerli olacağını, ancak çocuk sahibi olmalarına ilişkin geciktirici şartın gerçekleşmesinden itibaren mal birliği rejimine tabi olacaklarını kararlaştırabilirler.<sup>168</sup>

Evlenmeden önce nişanlıların yaptığı mal rejimi sözleşmesi, kurucu olumlu iradi şarta bağlanmış olur.<sup>169</sup> Bu halde geciktirici koşul olan evlenmenin gerçekleşmesine kadar mal rejimi sözleşmesi askıda kalacaktır.<sup>170</sup> Sözleşme ancak evliliğin gerçekleşmesinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Evliliğin gerçekleşmesi imkânsız hale gelirse de, nişanlılar arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi geçmişe etkili olarak geçersiz sayılacaktır.<sup>171</sup> Yani bu ihtimalde mal rejimi sözleşmesi evliliğin gerçekleşmesi geciktirici şartına bağlanmaktadır.

Sözleşmede geciktirici şart belirlenebileceği gibi bozucu şart da öngörülebilir. Bu ihtimalde, sözleşme kurulduğu andan itibaren, bozucu şartın gerçekleştiği tarihe kadar hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. Söz gelimi eşler aralarında cari olan mal ayrılığı rejiminin, çocuk sahibi oldukları tarihten itibaren artık uygulanmayacağını kararlaştırabilirler.

Mal rejimi sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurması belirli bir zaman kesitiyle de sınırlandırılarak süreli de yapılabilmelidir. Söz gelimi, eşlerin aralarında 2015 yılından 2018 yılına kadar mal ayrılığı rejiminin cari olacağını belirlemeleri gibi. Eşler sadece her ikisinin çalıştığı dönemler için mal rejimi sözleşmesinin uygulanmasını da kararlaştırabileceklerdir. Bu halde karşımıza fasılalı bir tablo çıkabilir. Örneğin eşlerin her ikisinin de 2010-2012 ve 2014-2015 yılları arasında çalışmış ve mal rejiminin 2017 yılı itibariyle son bulmuş olduğunu düşünelim. Bu halde sadece 2010-2012 ve 2014-2015 yılları aralığı için mal rejimi sözleşmesi ve onunla seçilen mal rejimi türü uygulama alanı bulacakken, eşlerin herhangi bir düzenlemesinin bulunmaması dolayısıyla geri kalan dönemler için yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olacaktır.

168 GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 6. Auflage, München, 2010, s. 355

169 ZEYİN, s. 54

170 GENÇCAN, Aile Hukuku, s. 214

171 ACAR, s. 103; GENÇCAN, Aile Hukuku, s. 215

Eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle kanunda öngörülen mal rejimi türlerini kademeli olarak da kararlaştırabilirler. Söz gelimi eşler evliliklerinin ilk iki yılında mal ayrılığı rejiminin, takip eden iki yılında paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin, sonraki yıllarında ise mal ortaklığı rejiminin uygulanacağını kabul edebilirler.<sup>172</sup>

Kural olarak mal rejimi sözleşmesi, ileriye etkili olacak şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Fakat eşler mal rejimi sözleşmesini, geçmişe etkili olacak şekilde de yapabilirler. Ancak en geç evliliğin gerçekleştiği tarihe kadar geriye etkili olacak şekilde mal rejimi sözleşmesi düzenlenebilir.<sup>173</sup> Söz gelimi eşler seçtikleri mal ayrılığı rejiminin, evliliğin ilk beş yılından sonra ortadan kalkacağını ve yasal mal rejiminin evlilik birliğinin kurulduğu tarihten itibaren geçmişe etkili şekilde uygulanacağını kararlaştırabilirler.

Doktrindeki bir diğer görüş ise, mal rejimi sözleşmesinde öngörülen şart veya sürenin geriye dönük olarak kararlaştırılmayacağı ve mal rejiminin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuramayacağı yönündedir.<sup>174</sup> Bu fikri savunanlar, 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkındaki Kanun'un 10. Maddesini gerekçe göstermektedirler. Buna göre, bahsi geçen hüküm geçmişe etkili kararlaştırma yapabilmeyi bir yıllık süreyle sınırlandırmıştır. Bunun dışındaki geçmişe etkili mal rejimi sözleşmelerine ise, kanun cevaz vermemektedir.

Eşler yaptıkları mal rejimi sözleşmesinin uygulanmasını, evliliğin bitiş şekline göre de kararlaştırabilirler. Söz gelimi evliliğin ölümle sonuçlanması halinde mal rejimi sözleşmesinin geçerli olacağını, boşanma halinde ise uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. Öte yandan eşler boşanma sebeplerine göre de mal rejimi sözleşmesinin uygulanıp uygulanmayacağını belirleyebilirler. Söz gelimi boşanma zina veya hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebeplerinden biriyle gerçekleşmişse mal rejimi sözleşmesinin geçerli olmayacağını kararlaştırabilirler.

## **2.10. SONA ERMESİ VE İPTALİ**

Mal rejimi sözleşmesi kural olarak, evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesine kadar devam eder. Eşlerin anlaşarak başka bir mal rejimini seçmeleriyle veya olağanüstü mal rejiminin şartlarının ortaya çıkmasıyla ya da haklı sebepler varsa

172 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 96

173 GÜMÜŞ, s. 225

174 ÖZTAN, s. 404



eşlerden birinin mahkemedan talep etmesiyle mal rejimi sözleşmesi sona erebilir. Ancak mal rejiminin sona ermesi, yapılan mal rejimi sözleşmesinin sona ermesi anlamına gelmez, bilakis sona eren mal rejiminin tasfiyesine kadar mal rejimi sözleşmesi geçerlidir, hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu nedenle mal rejiminin sona ermesi ile mal rejimi sözleşmesinin sona ermesini birbirinden ayırmak gerekir. Mevcut mal rejimi sözleşmesinin sona ermesi ile eşler arasındaki mal rejimini ileri dönük olarak sona eren sözleşme ile düzenlemediği anlamına geldiği gibi, sona eren mal rejimini ilişkisinin ise ortadan kalkan mal rejimi sözleşmesi ile tasfiyeye kadar düzenlendiği anlamına da gelmektedir.

Olağanüstü mal rejimi mal ayrılığı rejimidir. Bu rejim, kanundan dolayı kendiliğinden veya eşlerden birinin talebi üzerine hakim kararıyla zuhur eder. Olağanüstü mal rejimini düzenleyen hükümler emredicidir. Bu sebeple olağanüstü mal rejimi talebinden önceden vazgeçmeye ilişkin olarak yapılacak anlaşmalar geçersiz olacaktır.<sup>175</sup> Fakat eşler mal olağanüstü mal rejimine geçişi haklı kılan sebeplerin ortadan kalkması halinde, mal ayrılığı rejiminden dönerek noterde yapacakları yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejimine veya diğer seçimlik mal rejimlerinden birine geçiş yapabilirler. Eşlerin olağanüstü mal rejimine geçebilmeleri için hakim kararı aranırken, bu rejimden dönebilmeleri sadece noterde yapılacak yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle mümkün olmaktadır.

Eşler belirli bir mal rejimine tabi olacaklarını mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırmışlarsa, artık bu sözleşmeden tek taraflı olarak dönemezler. Mevcut mal rejiminden dönmek ve yeni bir mal rejimi seçmek, eşlerin bu hususta anlaşarak yeni bir mal rejimi sözleşmesi yapmalarını gerektirir. Yapılan sözleşmenin taraflarca sona erdirilmesi de resmi şekle tabidir. Çünkü mevcut mal rejiminin kaldırılması kendiliğinden yasal mal rejimini yürürlüğe sokacağından, bir nevi yeni bir mal rejimi türünün benimsenmesi niteliğindedir.

Eşler mal rejimi sözleşmesinin yürürlüğünü süreye de bağlamış olabilirler. Şayet sözleşmenin geçerliliği belirli bir zaman dilimiyle sınırlandırılmışsa, öngörülen sürenin sona ermesinden itibaren anlaşma kendiliğinden ortadan kalkacak ve eşler arasında yasal mal rejimi cari olmaya başlayacaktır.

175 ÖZTAN, s. 408

Mal rejimi sözleşmesinin sona ermesi ile mal rejiminin sona ermesi birbirinden farklıdır. Mal rejimi sona erdiği zaman, mal rejimi sözleşmesinde karşılaştırılan hususlar uygulama alanı bulacaktır.<sup>176</sup> Taraflar mal rejimi sözleşmesini evlenmeden önce veya sonra ortadan kaldırabilirler. Evlenme başvurusu sırasında, memura yapılan yazılı bildirimle mal rejimlerinden biri seçilmişse, artık bunun değiştirilmesi noterde yapılacak bir mal rejimi sözleşmesiyle mümkündür. Fakat taraflar mal rejimi sözleşmesini noterde düzenleme yahut onaylama şeklinde de yapmış olabilirler. Bu halde ikale sözleşmelerindeki şekilsizlik kuralından ayrılarak, TMK 203'deki ifadeden de anlaşılacağı üzere kanun, mal rejimi sözleşmesinin resmi şekil şartıyla ortadan kaldırılabilmesi yönünde tercih yapmıştır.<sup>177</sup>

Mal rejimi sözleşmesinin iptal edilebilirliği hususunda TMK'de herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Fakat TMK'nın 5. maddesi uyarınca, Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinde yer alan iptal edilebilirliğe ilişkin düzenlemeler, mal rejimi sözleşmeleri için de uygulama alanı bulacaktır. Aşırı yaralanma ya da yanılma, aldatma, korkutma gibi irade bozukluğu hallerinden biri mevcutsa, mal rejimi sözleşmesinin iptali gündeme gelebilecektir. Doktrinde TBK 296'ya göre de mal rejimi sözleşmesinden dönmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir.<sup>178</sup> Yargıtay 8. HD'nin 2014/9332 E. 2015/17436 K. sayılı 05.10.2015 tarihli kararında "...davacı taraf düzenleme şeklinde yapılan taraflar arasındaki mal ayrılığı rejimi seçimi sözleşmesinin korkutma altında imzalandığından geçersiz olduğunu ileri sürdüğü halde, mahkemece gösterilen deliller 6100 sayılı HMK'nın 203/1-ç maddesi kapsamında incelenip, bu yönde bir değerlendirme yapılmadan, sözleşmenin geçmişe etkili olarak, evliliğin yapıldığı tarihten itibaren geçerli olduğunun kabul edilmesi doğru olmamıştır..." denilerek mal rejimi sözleşmesinin irade fesadı hallerinden biriyle iptal edilerek sona erdirilebileceği belirtilmiştir.

Mal rejimi sözleşmelerinin iptali hakkında görevli mahkeme aile mahkemesi olacaktır. Aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise, buna ilişkin davalara aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerinde bakılacaktır.<sup>179</sup>

176 ACAR, s. 118

177 GÜMÜŞ, s. 227

178 ZEYİN, s. 235

179 ACAR, s. 115

Taraflar arasındaki mal rejimi eşlerden birinin ölümüyle de sona erebilir. Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sonlandırılması yahut olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi halinde de mal rejimi dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere son bulacaktır.<sup>180</sup> Mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılan mal rejiminin sona ermesiyle birlikte, tasfiyeye ilişkin işlemlere başlanacaktır. Tasfiye sona eren mal rejimine ilişkin yasal ve sözleşmesel hükümlere göre yapılacaktır. Tasfiye aşamasında tarafların anlaşarak tamamlayıcı yasal hükümlere aykırı anlaşmaları mümkündür. Bu halde yapılan anlaşmalar geniş anlamda yasal mal rejimi sözleşmeleri olarak nitelendirilir.

Mal rejimi sona erdikten sonra, eşler aralarında mal rejiminin tasfiyesine yönelik sözleşmeler yapılabilirler. Eşlerin mal rejimi sona ermeden yaptıkları tasfiyeye yönelik anlaşmalar, şekil şartlarına uyulmadığı sürece mal rejimi sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir.<sup>181</sup> Mal rejimi son bulduktan sonra yapılan tasfiye anlaşmaları ise, mal rejimi sözleşmesi olmayıp onun şekil şartlarına da tabi değildirler.

180 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 117

181 MORTAŞ, s. 18

### 3.MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİNİ BELİRLEME SERBESTİSİ VE SINIRLARI

#### 3.1.Mal Rejimi Sözleşmesi ile Düzenlenemeyecek Hususlar

Kanunun mal rejimine ilişkin düzenlemelere yer verdiği hükümleri arasında emredici olanlar mevcuttur. Dolayısıyla bunların aksinin mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırılması imkânı bulunmamaktadır. TMK'nin 221. maddesinde kural olarak edinilmiş mallar arasında yer almakla birlikte, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mallara dahil olacağı kararlaştırılabilen iki ayrı mal grubu düzenlenmiştir. Eşler edinilmiş mal grubuna ait olan mallarının, bu iki örnekle sınırlı olmak üzere kişisel mal sayılacağını kararlaştırabilmektedirler. Ancak kanunda kişisel malların aleyhine edinilmiş mal statüsü yaratma imkânı tanınmamıştır. Yani eşler yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal grubuna ait olan mallarının, edinilmiş mal sayılacağını kararlaştıramayacakları gibi, bu iki sınırlı örnek dışında kişisel mal statüsü de yaratamazlar.<sup>182</sup>

TMK madde 229'da iki kalemde sayılan eklenecek değerlere ilişkin düzenleme de emredici niteliktedir. Buna göre eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde olağan hediyeler dışında, diğer eşin rızası olmadan yaptığı karşılıksız kazandırmalar edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir. Maddede öngörülen bir yıllık süre tenkise tabi sağlar arası kazandırmaları düzenleyen TMK 565/f.3'deki bir yıllık süreyle (ölümünden önceki bir yıl içinde adet üzerine verilen hediyeler dışında yapılmış olan bağışlamalar) de uyumludur. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda ise gerek eklenecek değer gerekse tenkise tabi sağlar arası tasarruf hakkında beş yıllık süre benimsenmiştir (ZGB Art. 208-527). Bir diğer eklenecek değer de diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılmış devirlerdir. Aynı şekilde bu düzenleme de, TMK 565/f.4'de öngörülen miras bırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan sağlar arası tenkise tabi kazandırmalarıyla benzer niteliktedir. Karşılıksız kazandırma üçüncü kişi lehine sağlanan ekonomik bir menfaat ya da edinilmiş mallar lehine olacak bir kazanımın engellenmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Ücretsiz hizmet sunumu ya da alacak hakkından feragat bu kapsamdadır. Diğer yandan eklenecek değer niteliğindeki karşılıksız kazandırmalar sağlar arası olanlardır. Ölümüne bağlı tasarrufla yapılan karşılıksız kazandırmalar ise mal rejiminin

182 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 124

tasfiyesi miras paylaşımından önce gerçekleştiğinden, sağ kalan eş ölüme bağlı karşılıksız kazandırma nedeniyle zarara uğramayacak ve ölüme bağlı tasarruflar edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmayacaklardır.<sup>183</sup> Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle bahsedilen bu esaslara aykırı düzenlemeler getiremeyeceklerinin kabulü gerekir.

Bir diğer örnek de TMK'nın 239. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, katılma alacağının ve değer artış payının derhal ödenmesi ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesinin isteyebilir. Doktrinde ağır basan görüşe göre, söz konusu hüküm emredici nitelikte olduğundan borçlu eşin önceden mal rejimi sözleşmesiyle katılma alacağı veya değer artış payının ödenmesi için süre talebinde bulunma hakkından feragat edebilmesi mümkün değildir.<sup>184</sup>

Mal rejimi sözleşmesiyle düzenlenemeyecek emredici hususlara ilişkin bir başka örnek de TMK'nın 241. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesinde bulunan gerek edinilmiş gerekse kişisel malları, katılma alacağını karşılamıyorsa, alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş malların hesabına katılması gereken karşılıksız kazandırmaları, bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir. Bu düzenleme katılma alacağının nisbiliği ilkesine getirilmiş önemli bir istisna niteliğindedir. Öğretide eksik katılma alacağı yahut mal rejimi hukukuna özgü tenkis davası olarak anılan bu dava sonucunda verilecek karar, üçüncü kişiyle yapılmış işlemin geçerliliğini etkilemeyecek ve aynı hak etkisi yaratmayacaktır. Üçüncü kişinin malı geri vermesi söz konusu olmayıp, eksik katılma alacağı karşılığı olan parayı ödemesine hükmedilir. Dava işlemin tarafı olan üçüncü kişiye açılır, yoksa ondan devralan bir diğer malike açılamaz.<sup>185</sup> Hükümde öngörülen bir ve beş yıllık hak düşürücü süreler geçtikten sonra, artık işlemin tarafı olan üçüncü kişiye de dava açılması mümkün değildir. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda ise bir ve on yıllık hak düşürücü süreler öngörülmüştür (ZGB Art. 220). Öte yandan üçüncü kişiye karşı mezkur davanın açılabilmesi, tasarrufun iptali

183 ZEYTİN, s. 238

184 KARAMERCAN, s. 35

185 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 1219

davasından farklı olarak borçlu eş hakkında takip başlatılması ve aciz belgesi alınması şartına da bağlanmamıştır.<sup>186</sup>

Öğretideki baskın görüş, eksik katılma alacağı hakkındaki hükmün emredici nitelikte olduğu yönündedir. Dolayısıyla eşlerin önceden yapacakları bir mal rejim sözleşmesiyle, üçüncü kişilere karşı olan dava haklarını kısıtlamaları veya bu haktan vazgeçmeleri mümkün olmayacaktır.<sup>187</sup> Ancak karşılıksız kazandırmaya diğer eşin belirli ve somut bir işlem için geçerli bir rıza verebileceği unutulmamalıdır. Bu halde kazandırmaya izin veren eş, TMK 241'deki imkândan da yararlanamaz. Mal rejimi sona erdikten sonra ise, gerek tasfiye öncesinde gerekse tasfiyeden sonra hak sahibi eşin dava hakkından üçüncü kişiye karşı vazgeçmesi her zaman için mümkündür.<sup>188</sup>

TMK'nın 216. maddesinde eşlerden her birinin, diğerinden mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını her zaman isteyebileceği düzenlenmiştir. Eşlerin para, mal ve diğer varlıklarını, aynı zamanda borçluluk ve alacaklılık durumlarını nicelikleriyle gösteren çizelgeye envanter denir. Eşler kanunda yer alan envantere ilişkin emredici düzenlemenin aksini mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştıramayacak ve bu haktan önceden vazgeçemeyeceklerdir.<sup>189</sup>

Boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarından olan çocukla kişisel ilişki kurulması, velayet, iştirak nafakası, yoksulluk nafakası, maddi tazminat, manevi tazminat gibi konular kural olarak mal rejimi sözleşmesi kapsamında düzenlenemezler. Taraflar mal rejiminin boşanmayla sona ermesi halinde uygulanmak üzere, kanunda öngörülen sınırları aşan farklı düzenlemeler içeren bir mal rejimi sözleşmesi yapmışlarsa, bunun geçerliliği için TMK'nın 184. maddesinin 5. bendi uyarınca hakim onayı gerekecektir. Burada dikkat edilmesi gereken aile hukukunun iktisadi sonuçlarına ilişkin olsa dahi, boşanmanın ferî niteliğinde kabul edilen nafaka ve tazminata ilişkin düzenlemelere mal rejimi sözleşmesinde yer verilemeyeceğidir.

Alman Hukuku'ndaki evlilik sözleşmesi, Türk Hukuku'ndaki mal rejimi sözleşmesinden daha geniş kapsamlıdır. BGB'de yer alan evlilik sözleşmesi (Ehevertrag), hem evlilik birliğine ilişkin düzenlemeleri, hem de boşanmanın

186 ZEYİN, s. 347

187 KARAMERCAN, s. 35

188 ZEYİN, s. 348

189 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 190

sonuçlarına ilişkin anlaşmaları içerebilir. Türk Hukuku'nda ise, boşanmanın sonuçlarını düzenleyen anlaşmalı boşanma protokolündeki hususların geçerlilik kazanabilmesi için hakim tarafından onaylanması şarttır. Öte yandan bir aile hukuku sözleşmesi olmasına rağmen Alman Hukuku'ndaki evlilik sözleşmesiyle, borçlar hukuku, eşya hukuku ya da şirketler hukukuna ilişkin kararlaştırmalar dahi geçerli bir şekilde yapılabilmektedir.<sup>190</sup>

Türk doktrininde ağırlıklı olarak mal rejiminin boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarından olmadığı savunulmaktadır. Buna göre, boşanma mal rejimini sona erdiren sebeplerden yalnızca biridir ve bunun haricinde de mal rejimine ilişkin talepler ileri sürülebilmektedir. Söz gelimi eşler evlilik birliğinin devamı süresince yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle yeni bir mal rejimi seçerlerse, önceki mal rejimi sona ereceğinden tasfiyesi istenebilecektir. TMK'nın 238. hükmü de bu fikri destekler niteliktedir. Buna göre, boşanma veya iptal davası ile evliliğin sonlanması hallerine açıkça sözleşmede yer verilmesi durumunda, artık değere katılmaya ilişkin anlaşma bu haller için de geçerli olacaktır. Yani ayrıca mahkeme onayına ihtiyaç duyulmayacaktır.<sup>191</sup>

Son olarak eşlerin aile hukukuna özgü kişisel ilişkilere yönelik düzenlemelere, mal rejimi sözleşmesinde yer veremeyeceklerinin kabulü gerekir. Zira mal rejimi sözleşmesi, evlilik birliğinin iktisadi sonuçlarını hedef tutan bir aile hukuku sözleşmesidir. Bu anlamda kadının soyadı, eşlerin ayrı yaşaması, velayet yetkisinin kullanılması, çocukla kişisel ilişki kurulması, tanıma gibi kişisel ilişkilere dair konuların mal rejimi sözleşmesinin bünyesine yabancı olduğu açıktır.<sup>192</sup>

### **3.2. MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİNİN KONUSU**

#### **3.2.1. Mal Rejimi Seçimi**

Eşler mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejimi dışındaki seçimlik mal rejimlerinden birini kabul edebilir, yasal veya seçilmiş mal rejimini kaldırabilir veya mevcut mal rejimini değiştirebilirler.

TMK madde 202/II'ye göre, eşler mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen seçimlik mal rejimlerinden birini kabul edebilirler. Yani eşler yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi yerine, aralarında mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birinin geçerli olacağını kararlaştırabileceklerdir.

190 LANGENFELD/MILZER, Eheverträge, 7. Aufl., 2015, Rn. 1-13

191 ZEYİN, s. 47

192 ZEYİN, s. 55

Tabi olunacak mal rejiminin seçimi, değiştirilmesi ve kaldırılmasına ilişkin anlaşmanın da mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması zorunludur.

Doktrindeki yazarlardan biri, mezkur seçimi hukuksal nitelik itibarıyla, seçimlik bir hakkın kullanılması olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla seçimi aşan düzenlemeler hukuki bilgisi, denetleme ve onay yetkisi olmayan evlendirme memurunca reddedilmelidir.<sup>193</sup> Bu görüş, evlendirme memurlarının evlenecek kişilerin mal rejimi seçimi dışındaki farklı anlaşmaları kabul edemeyeceklerini düzenleyen Evlendirme Yönetmeliği ek madde 1 ile de uyumludur. Buna göre, evlenecek kişiler buna ilişkin düzenlemeleri ancak noterde yapabilirler.

Bir diğer yazar da, evlendirme memurluğunun mal rejimi sözleşmesi düzenleme ve onaylama makamı olmadığı için, yazılı başvurunun içeriğini tartışmak ve reddetmek hakkından yoksun olduğunu savunmaktadır. Bu ihtimalde, yazılı bildirimde yer alan yasaya aykırı düzenlemeler geçersiz sayılacaktır.<sup>194</sup>

Öğretide evlendirme başvurusu sırasında yapılan seçimin geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, mal rejimine ilişkin içeriğin mal rejimi sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi şart koşulmayıp adi yazılı şekil öngörülmüş yahut herhangi bir şekil öngörülmemişse, eşler bunlara ilişkin düzenlemelere evlenme başvurusu sırasında yapacakları yazılı bildirimde geçerli bir şekilde yer verebilmelidirler.<sup>195</sup> Söz konusu geçerlilik, evlendirme memuruna yapılan tevdiiden bağımsız bir şekilde, zaten anlaşmanın geçerlilik şekline uygun düzenlenmesiyle sağlanmaktadır.

Benzer bir görüş de mal rejimi sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi şart koşulmayıp geçerliliği için yazılı bir anlaşmanın yeterli görüldüğü hususlara, evlenme başvurusu sırasındaki yazılı bildirimde yer verilebileceği kanaatindedir. Evlendirme başvurusu sırasında seçime ilişkin yazılı bildirim imkânı tanınması, kural olarak noterde yapılması gereken mal rejimi seçimini evlilik öncesi kolaylaştırma amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla geçerliliği için adi yazılı şeklin öngörüldüğü değer artış payı

193 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 402

194 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 110

195 ZEYİN, s. 48



oranını değiştirme yahut ondan feragat etme gibi konuların memura yapılacak yazılı bildirimde içeriğinde yer almasına herhangi bir engel yoktur.<sup>196</sup>

### 3.2.2. Envanter

Eşlerin para, mal ve diğer varlıklarını, aynı zamanda borçluluk ve alacaklılık durumlarını nicelikleriyle gösteren çizelgeye envanter denir. TMK'nın 216. maddesinde eşlerden her birinin, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmî senetle yapılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. HMK anlamında resmi senet, resmi bir makam veya memurun katılımıyla düzenlenen senettir. Resmi senetler kural olarak noterlerce düzenlenir. Ancak kanunda başka bir makam, merci yahut kişiye de resmi senet düzenleme yetkisi tanınmış olabilir. Noterlik Kanunu'nun 191-195. maddeleri uyarınca Türk konsolosluklarına tanınan yetki bu niteliktedir.<sup>197</sup>

Envanter için öngörülen resmi senetle düzenlenmesi koşulu, noterde düzenleme yahut onaylama şeklinde gerçekleştirilecek resmi senetle karşılanmaktadır.<sup>198</sup> Bahsedilen şekil şartı mal rejimi sözleşmesinin şekil şartıyla örtüştüğünden, eşlerin malvarlıklarına ilişkin envantere, mal rejimi sözleşmesi bünyesinde yer vermeleri geçerli kabul edilecektir.

Mal rejimi sözleşmesinde, için mahiyeti icabı fiili tespitlere de yer verilebilir. Söz gelimi mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı sırada eşlerin sahip oldukları malvarlıklarının envanteri çıkarılarak, hangi malların kişiisel, hangi malların edinilmiş mal grubuna dahil oldukları da envanterle saptanabilecektir.<sup>199</sup> Hatta eşler paylı mülkiyetlerinde olan malları da envanter vasıtasıyla belirleyebilirler. Malların getirilmesinden itibaren bir yıl içinde yapılmış bir envanterin, aksi ispatlanmadıkça doğru olduğu kabul edilir. Bu halde envanter resmi senet olmasına rağmen, etkisinin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nda ise, Türk kanun koyucusundan farklı olarak adi değil kesin karine kabul edilmiştir. Türk hukukundaki düzenlemeyle kesin karine yerine adi karine getirilmesi, uygulamada farklı bir sonuca yol açmayacaktır. Zira resmi senede konu

196 ACAR, s. 107

197 KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 394

198 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 192

199 ÖZTAN, s. 400

irade açıklamaları malın getirilmesinden itibaren bir yıl olup olmadığına bakılmaksızın resmi senedin ispat gücünden yararlanacaktır.<sup>200</sup> Öte yandan eşlerin hangisine ait olduğu ispatlanamayan bir mal TMK madde 222 gereği eşlerin paylı mülkiyetinde kabul edilirken, aksi ispat edilinceye kadar eşlerin tüm malları da edinilmiş mal sayılır. Yine TMK 230/2 uyarınca hangi mal kesimine ait olduğu anlaşılamayan borç edinilmiş mallara ilişkin sayılır. Dolayısıyla ispat hakkında getirilen bu adi karineleri bertaraf etmek isteyen eşler için en iyi çözüm yolu, mallarının, borçlarının ve alacaklarının envanterini resmi bir senetle düzenlemek olacaktır.

### **3.3. İÇERİK DÜZENLEMELERİ**

#### **3.3.1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde İçerik Düzenlemeleri**

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malları, edinilmiş ve kişisel olmak üzere iki ayrı mal grubunu oluşturmaktadır. Kural olarak edinilmiş ve kişisel mal gruplarının içeriğini belirleyen hükümler emredici niteliktedir. Mal gruplarının değişmezliği ilkesi gereğince eşlerin edinilmiş mal grubuna dahil olan bir malvarlığı değerinin kişisel mal, kişisel mal grubuna dahil olan bir malın ise edinilmiş mal grubuna dahil olacağını kararlaştırmaları kanunda öngörülmüş istisnalar dışında mümkün değildir.<sup>201</sup>

Edinilmiş mallara katılma rejimi mülkiyet hakkına sınırlama getirmediğinden, eşler evlilik süresince gerek edinilmiş gerekse kişisel malları üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkilerini serbestçe kullanabilmektedirler. Bu yönüyle mal ayrılığı rejimini çağrıştıran edinilmiş mallara katılma rejimi, sona erdiği vakit öngördüğü paylaşım dolayısıyla gevşek bir mal ortaklığı rejimi olma izlenimini de uyandırmaktadır. Zira bu rejim evlilik süresince edinilen mallar üzerinde aynı bir paylaşım öngörmemekte, nispi nitelikte bir alacak hakkı tanımaktadır. Yani edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi aynı hak sahipliğinde bir değişiklik yaratmamakta, malik olmayan eşe edinilmiş mal üzerinde (sözleşmeyle aksi kararlaştırılmamışsa) değerinin yarısı oranında bir alacak hakkı sağlamaktadır.<sup>202</sup>

Edinilmiş mallar TMK madde 219’da örnekleyici olarak sayılmışken, kişisel mallar 220. maddede sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Kural olarak edinilmiş mallara

200 ZEYİN, s. 92

201 ALDEMİR, s. 50

202 ACAR, s. 189

katılma rejimi süresince ivazlı olarak kazanılan tüm malvarlığı değerleri edinilmiş maldır. Bilhassa çalışmanın yani emeğin karşılığı olarak elde edilen değerler bunun başında gelir. Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, yardımlaşma sandıkları gibi sosyal güvenlik kurumlarınca ödenen tazminat ve bağlanan aylıklar yine bu kapsamdadır. Eş geçirmiş olduğu iş veya trafik kazası, ya da uğradığı haksız fiil dolayısıyla çalışma gücünü kısmen yahut tamamen kaybetmişse, bunun karşılığı olarak ödenen tazminatlarda edinilmiş mal sayılacaktır. Eşin kişisel mal grubuna ait bir değerden elde ettiği gelir de kanun koyucu tarafından edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir. Yine edinilmiş mal yerine geçen ikame değer, aynı mal grubuna ait olmaya devam edeceği açıktır. Bir malın hasara uğraması yahut yok olması halinde ödenen tazminatlar da bu niteliktedir.

Başlıca kişisel mallar, evlilik birliğinin kurulmasından önce mevcut olan veya evlilik süresince karşılıksız olarak kazanılmış malvarlığı değerlerdir. Eşlerden birinin sadece kişisel kullanımına yarayan eşyalar kişisel mal grubuna aittir. Kadının kişisel kullanımına hasredilmiş ziynet eşyaları bunların başında gelir. Ancak ziynet eşyalarının kadının kişisel kullanımı değil, yatırım amacıyla edinilmesi halinde durum değişecektir.<sup>203</sup> Öte yandan kişisel kullanıma özgülenen eşyanın kullanan eşin mülkiyetinde olması gerekir. Yoksa kocanın maliki olduğu bağış veya miras yoluyla kazanılmış ziynet eşyasının kadının fiili kullanımına özgülenmiş olması, onu kadının kişisel malı haline getirmez.<sup>204</sup> Kişisel kullanıma yarayan eşyanın karşılığının edinilmiş mallardan ödenmesi ise sonucu değiştirmeyecek, söz konusu eşya kişisel mal olarak kabul edilecektir. Bu anlamda kişisel kullanıma yarayan eşya, kaim değer yerine geçtiği malın grubuna dahil olacağı kuralının istisnasını oluşturmaktadır.<sup>205</sup> Ancak bu halde yaşam standartlarını, yöredeki örf adeti aşan ve tarafların ekonomik imkânlarıyla bağdaşmayan değerler hakkında diğer eşin tasfiye sırasında denkleştirme (tazminat alacağı) isteminde bulunabileceği açıktır.<sup>206</sup> Eşlerin acı, elem, ızdırap gibi kişisel nitelikteki zararlarının karşılığı olan manevi tazminat alacakları da, kanun koyucu tarafından kişisel mal kabul edilmiştir. Son olarak kişisel malların herhangi bir şekilde

203 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 241

204 ACAR, s. 242

205 ACAR, s. 237

206 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 241

el veya şekil değiştirmesi halinde onların yerine geçen ikame değerler de, kişisel mal grubu kapsamında yer alacaktır. Bu anlamda malın tahribi dolayısıyla ödenen sigorta tazminatı veya diğer tazminatlar yahut malın kamulaştırma bedeli kişisel malvarlığı değerleridir (TMK 220. madde gerekçesi).

#### **3.3.1.1. Mal grubu değişikliği**

Eşler edinilmiş mallara katılma rejimini oluşturan mal grupları arasında değişiklik yaparken farklı amaçlarla hareket edebilirler. Dikkat edilmesi gereken husus eşler hangi saikle buna ilişkin düzenlemeye gitmiş olurlarsa olsunlar, yapılan kararlaştırmanın geçerli kabul edileceğidir. Zira buna ilişkin yasayla sınırlı değişiklik yapma imkânı tanınırken, eşlerin altta yatan saiklerinin araştırılması gerektiği öngörülmemiştir.<sup>207</sup> Benzer Şekilde anlaşmalı boşanma protokolünü imzalayan eşlerin nasıl ki saiklerinin araştırılması yoluna gidilmeyecekse, aynı anlayış burada da söz konusudur. Ancak bahsi geçen kararlaştırmalar, İcra İflas Kanunu'nun madde 277 vd. maddelerinde yer alan tasarrufun iptali Şartlarını taşıyorsa alacaklılarca iptal davasına konu edilmeleri mümkündür.

#### **3.3.1.1.1. Meslek icrası veya işletme faaliyetine özgülenen mallar**

Kanun koyucu TMK'nın 221'inci maddesindeki tamamlayıcı hükümle mal gruplarının değişmezliği ilkesine iki istisna getirmiştir. Ancak bunlar da sadece kişisel mal statüsü yaratılabilmesine münhasır sayımlardır ve edinilmiş mallar kapsamının daralmasına yol açarlar. Bunlardan ilki, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan ve edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kararlaştıracak olmalarıdır. Kanun ifadesinde her ne kadar meslek icrası veya işletme faaliyetinden doğmuş mallardan bahsedilse de, burada anlatılmak istenen mesleğin icrası veya işletme faaliyetine özgülenen malvarlığı değerleridir. Şayet madde lafzi yorumlanırsa, eviri hatasından kaynaklanan isabetsiz bir sonuca varılması kaçınılmazdır. Çünkü bir mesleğin icrası veya işletme faaliyetinden doğan, çalışma karşılığı edinilmiş kazancın eşlerce kişisel mal olarak kararlaştırılmasına kanun cevaz vermemektedir. Benzer bir düzenlemenin yer aldığı mal ortaklığına ilişkin TMK'nın 259. maddesinde de, söylenenleri doğrular biçimde, bir meslek veya sanat icrası için kullanılan mallardan bahsedilmektedir. Öte yandan TMK 211/f.1 hükmünün karşılığını oluşturan, mehaz

İsviçre Medeni Kanunu'nun 199. maddesi "bir mesleğin veya işletmenin sürdürülmesi için belirlenmiş eşyadan" bahsetmektedir. Burada amaçlanan eşlerden birinin mesleğini sürdürebilmesinin veya sahip olduğu işletmenin faaliyetine devam edebilmesinin, mal rejiminin tasfiyesi sebebiyle zarar görmesini engellemektir. Yani amaç işletmenin faaliyetine devam edebilmesi için gerekli olan sermayenin tasfiye dışında kalması sağlanmaktadır.<sup>208</sup> Yoksa çalışma karşılığı olan edinimlerin kişisel mal sayılması hedeflenmemektedir. Aksi takdirde, çalışma karşılığı edinimler zaten ya mesleki faaliyetten ya da işletme faaliyetlerinden doğacağından, kazançlarını paylaşım dışında bırakmak isteyen eşler mal rejimi sözleşmesiyle mal ayrılığı rejimini seçmelidirler.

Sonuç olarak TMK 221/f.1'deki düzenleme, çeviri hatasından ibaret olup, mehz İsviçre Medeni Kanunu'ndaki anlamıyla yorumlanmalıdır.<sup>209</sup> Keza TMK 221. maddenin gerekçesinde, İsviçre Medeni Kanunu'nun 199. maddesinde olduğu gibi eşlere mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş malların kapsamının daraltılması olanağının tanındığından bahsedilmektedir. Dolayısıyla İsviçre Medeni Kanunu ekseninde yapılacak yorumla, eşlerden birinin evlilik birliğinin devamı sürecinde açmış olduğu avukatlık bürosu, dışçı kliniği veya fabrika ve bunlarda kullanılan malzemeler ya da makine ve teçhizatlar, her ne kadar edinilmiş mallara dahil olması gerekse de, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal olarak kararlaştırabileceği sonucuna varılacaktır. Ancak hiçbir şekilde söz konusu büro, klinik veya fabrikanın faaliyeti sebebiyle doğan çalışma karşılığı edinimlerin, kişisel mal sayılacağı düzenlenemeyecektir. Aksi meslek icrası ve işletme faaliyetinden doğan edinilmiş mal niteliğindeki gelirlerin kişisel mal sayılması sonucunu doğurarak, yasal mal rejiminin yapısını zedeleyecek ve rejimin adeta mal ayrılığına dönüşmesine yol açacaktır.<sup>210</sup> Fakat meslek veya işletmeden edinilen gelirin tekrar sermaye olarak özgülenmesi halinde, kişisel mal kabul edilebileceği de açıktır. Bu halde diğer mal grubunun denkleştirme alacağı hakkı saklıdır (TMK md. 230). Zira özgülenen malvarlığının, hangi mal grubunun ikame değerini teşkil ettiğinin hiçbir önemi yoktur. Öte yandan eşlerin aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle, her zaman mal ayrılığı rejimini seçmelerinin önünde de hiçbir engel bulunmadığını belirtmek gerekir.

208 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 278

209 ACABEY Beşir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı 2007, s. 525

210 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 277

Doktrinde mevcut ya da gelecekte meslek icrasına veya işletme faaliyetine özgülenecek malvarlığı değerlerinin kişisel mal kabul edilebileceği fikri benimsenmektedir. Planlanan mesleğin hiç icra edilmemesi yahut işletmenin faaliyete geçmemesi halinde, özgülenen malların tekrar edinilmiş mal grubuna geri dönmesi gerekir. Şayet meslek icrasına veya işletme faaliyetine başlanılıp bir süre sonra son verilmişse, bu halde de özgülenen malların yeniden edinilmiş mala dönüşeceği kabul edilmelidir.<sup>211</sup> Kanımızca hükmün getiriliş amacının aşılması, mal rejimi sözleşmesiyle bu hallerde dahi özgülenen malların kişisel mal olarak kalacağını kararlaştırılmaması gerekir.

### **3.3.1.1.2. Kişisel malların gelirleri**

Bir diğer kişisel mal sayılabilme imkânı, TMK 221/f.2’de yer almaktadır. Buna göre, eşler mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını da kararlaştırabilirler. TMK’nın 219/f.2’de edinilmiş mal kalemleri örnekleyici olarak sayılmıştır. Hükme göre kişisel malların gelirleri de edinilmiş mallardandır. Bu durumda kişisel malların tespiti gerekmektedir. Kanunun 220. maddesinde kişisel mallar sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Buna göre, eşlerden yalnız birinin kişisel kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait olan veya sonradan miras ya da diğer bir karşılıksız kazandırma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevi tazminat alacakları ve kişisel mallar yerine geçen değerler eşlerin kişisel malıdır. Söz gelimi eşlerden birine miras kalan ev kişisel mal olmasına rağmen bu evin kira geliri edinilmiş mal olacaktır. İşte bu halde taraflar bunun aksini kararlaştırarak söz konusu kira gelirinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler.

Dikkat edileceği üzere her iki düzenleme de, edinilmiş mal grubuna ait mal varlığı değerlerinin mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal sayılmasına yöneliktir. Eşler yasada öngörülmeleyen bir şekilde, kanunen kişisel mal kabul edilen malların edinilmiş mal sayılacağını kararlaştıramayacakları gibi, edinilmiş mallarının gelirlerinin kişisel mal olacağını da düzenleyemezler.<sup>212</sup>

Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, tüm kişisel mallarının gelirlerinin kişisel mal sayılacağı yönünde genel bir kararlaştırma yapmalarına herhangi bir engel yoktur. Öte yandan eşlerin, sadece belirli kişisel mallarının gelirlerinin kişisel mal sayılacağı

211 ZEYTİN, s. 174

212 KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma Alacağı, s. 77

konusunda da anlaşma yapabilecekleri açıktır. Aynı zamanda eşler bu kararlaştırmayı karşılıklı olarak her ikisinin kişisel mallarının gelirleri hakkında yapabilecekleri gibi, sadece eşlerden biri lehine de böyle bir anlaşmaya varabilirler. Eşler bu kapsamda kişisel mallarına ait doğmuş ve doğacak bütün gelirleri edinilmiş mallar alanından çıkarabilmektedirler.<sup>213</sup>

Yine eşler meslek icrası veya işletme faaliyetine özgülenen malvarlığı değerlerini kişisel mal olarak kararlaştırabileceklerinden, bunların TMK 219/f.1/b.4 kapsamındaki gelirlerinin de edinilmiş mal sayılmayacağını belirleyebilirler. Burada dikkat edilmesi gereken husus özgülenen sermayeden doğan, ama TMK 219/f.1/b.1 kapsamına girmeyen gelirlerin kişisel mal olarak kabul edilebileceğidir. Dolayısıyla eşler meslek veya işletme faaliyeti çerçevesinde edinilen çalışma karşılığı geliri kişisel mal olarak kararlaştıramayacak, fakat sermayeden kaynaklanan hukuki ve doğal ürünlerin kişisel mal sayılacağını benimseyebileceklerdir.<sup>214</sup>

Son olarak değinmek gerekir ki, TMK 221’de getirilen edinilmiş malları kişisel mal sayma imkânı, asıl olarak artık değere katılma alacağını etkiler nitelikte olup bir nevi TMK 237 hükmünü tamamlar niteliktedir. Fakat TMK 237’den farklı olarak burada, yapılan anlaşmanın ortak olmayan çocuklar ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelediği oranda tenkise tabi olacağı düzenlenmemiştir. Doktrinde kabul edilen fikre göre, kanun koyucu TMK 221 ekseninde yapılacak anlaşmaların ortak olmayan altsoyun saklı paylarını zedelemesini, hakkın kötüye kullanılması yasağı saklı kalmak kaydıyla kabul etmiştir.<sup>215</sup>

### **3.3.1.2. Paylı Mülkiyet Konusu Mal**

Eşlerin edinilmiş ve kişisel malları üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkileri TMK’nın 223. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde gerek edinilmiş mallarını gerekse de kişisel mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma haklarına sahiptir.

Eşler birlikte maddi olarak bölünmemiş bir malvarlığı değerinin tamamına belirli paylarla malikte olabilirler. Paylı mülkiyeti düzenleyen TMK 688/f.3’ye göre kural

213 KARAKİMSELİ, s. 106

214 ZEYTİN, s. 175

215 ZEYTİN, s. 171

olarak paydaşlardan her biri kendi payı üzerinde diğerlerinin katılımı yahut rızası olmadan serbestçe tasarruf edebilir.

TMK 223/f.2’de yer alan tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeye göre ise, eşler birlikte paylı mülkiyetlerine konu maldaki payları üzerinde, diğerinin rızası olmadan tasarrufta bulunamayacaktır. Burada kanun koyucu TMK madde 688’de yer alan genel esastan ayrılarak eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan mal hakkında farklı bir tercih yapmıştır. Ancak taraflar yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle bunun aksini kararlaştırarak, diğer eşin rızası ve katılımı olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki pay üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceklerini kabul edebilirler. Öte yandan söz konusu düzenlemenin mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması zorunluluğu da yoktur. Buna ilişkin aksi yöndeki düzenlemenin herhangi bir sözleşmeyle getirilebilmesi mümkündür.

Paylı mülkiyet konusu mala sadece eşlerin birlikte paydaş olması halinde değil, üçüncü kişi paydaşların varlığı halinde de tasarruf için diğer eşin rızası gerekecektir.<sup>216</sup> Ancak eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kendilerinden başka paydaşların da bulunduğu bir maldaki paylarında birbirlerinin rızası olmadan tasarrufta bulunabileceklerini kararlaştırmaları mümkündür.

Eşler karşılıklı olarak paylı mülkiyetteki payları üzerinde tasarruf edebileceklerini kararlaştırabilecekleri gibi, sadece birinin diğerine karşı bu hakka sahip olacağını da düzenleyebilirler. Bir diğer önemli husus da, tarafların yapacakları anlaşma ile müşterek mallarından sadece belirli biri ya da birkaçı üzerinde bu yetkiyi tanıyabilecek olmaları yanında, tüm müşterek malları hakkındaki paylarına ilişkin genel bir tasarruf serbestisi de kararlaştırabilecek olmalarıdır.<sup>217</sup>

Eşlerin paylı mülkiyetine konu olan malları hakkında bir diğer incelik arz eden husus TMK 226/f.2’de yer almaktadır. Mal rejiminin tasfiyesinde ilk adım karşılıklı olarak malların iadesidir. Buna göre malik eş diğer eşin zilyetliğinde bulunan mallarını geri alır. Eşlerin paylı mülkiyetinde olan bir mal söz konusu olduğunda da, kural olarak bunun taksimi gündeme gelecektir. Fakat TMK madde 226/f.2 ,eşlerden her birine daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle paylı mülkiyete konu malın tasfiye sırasında bölünmeden kendisine verilmesini talep

216 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 303; ZEYTİN, s. 102

217 KARAMERCAN, s. 34



edebilme imkânı tanımaktadır. Bu düzenlemenin üstün yarar sahibi olduğunu kanıtlayan eşe tanınmış bir yasal alım (iştirah) hakkı niteliğinde olduğu söylenebilir (TMK md. 248 gerekçesi). Doktrindeki baskın görüş bu hükmün emredici nitelikte olmadığı yönündedir. Dolayısıyla eşler paylı mülkiyet konusu mala ilişkin bu haklarından, önceden mal rejimi sözleşmesi veya başkaca bir anlaşmayla vazgeçebileceklerdir. Ancak belirtilmelidir ki, sadece mevcut mallarla sınırlı bir vazgeçme mümkün olup, gelecekte elde edilecek paylı mülkiyet konusu mallara yönelik bir vazgeçmeye geçerlilik tanınmamalıdır.<sup>218</sup>

### 3.3.1.3. Değer Artış Payı Alacağı

Evlilik birliği içerisinde eşlerin birbirlerine karşı manevi olduğu kadar maddi katkılarda da bulunmaları olağandır. Eşlerin ekonomik dayanışma amaçlı karşılıksız para, mal ve hizmet sunmaları bağışlama kastı içermemektedir. Dolayısıyla evlilik birliğinin gerektirdiği olağan katkıları aşan maddi veya işgücü katkıları değer artış payı alacağına yol açacaktır.<sup>219</sup> Eşlerin olağan katkıları ise, birbirlerinin artık değeri üzerinde sahip oldukları katılma alacağı ile yeterince karşılanmaktadır.

Katkı diğer eşin edinilmiş veya kişisel malının edinilmesi, iyileştirmesi veya korunması için yapılmış olabilir. Bu durumda katkıda bulunan eş tasfiye sırasında malda ortaya çıkan değer artışı için, katkısı oranında alacak hakkına sahip olacaktır. Şayet malda değer artışı değil, tasfiye anına göre değer kaybı söz konusuysa katkının başlangıçtaki değeri esas alınacaktır. Değer artış payı alacağına konu olan malın daha önce elden çıkarılması halindeyse, hakim diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak takdir edecektir.

Bahsedilen katkının tamamen karşılıksız olması gerekmemekte, uygun bir karşılık almadan yapılan katkı için de değer artış payı alacağı istenebilmektedir. Aynı zamanda olağanı aşan para, mal, emek veya borcun üstlenilmesi şeklinde yapılan katkının, bağışlama kastıyla yapılmaması gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları uyarınca evlilik birliği içinde eşlerin birbirlerine hiç veya uygun bir karşılık almaksızın yaptıkları kazandırmalar kural olarak bağışlama sayılmaz.<sup>220</sup> Ancak sadece eşlerden birinin kişisel kullanımına yarayan zinet eşyası gibi bir menkul mal söz

218 ZEYTİN, s. 274

219 ZEYTİN Zafer, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Değer Artış Payı Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı, s. 43

konusuysa, genel hayat tecrübelerinden bu kazandırmanın bağışlama kastıyla yapıldığı kabul edilebilir.<sup>221</sup>

Değer artış payını düzenleyen TMK'nın 227. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eşlerin, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçmeleri veya pay oranını değiştirebilmeleri mümkündür. Kanundaki değer artış payına ilişkin düzenleme emredici değil tamamlayıcı nitelikte olduğundan, taraflar aksini serbestçe kararlaştırabilmektedirler.

Değer artış payından vazgeçme veya farklı oran belirlemeye ilişkin anlaşmanın mal rejimi sözleşmesi ile yapılmasına gerek olmayıp, adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir ve bu şekil şartı geçerlilik şekli niteliğindedir.<sup>222</sup> Vazgeçme halinde, sadece değer artış payı alacağından vazgeçen eşin imzası geçerlilik için yeterlidir. Yine benzer şekilde değer artış payı oranı artırılıyorsa, sadece borç altına giren eşin imzası geçerlilik için yeterli olacaktır.<sup>223</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, kanun yalnızca vazgeçme veya farklı oran belirlemeye cevaz vermiştir. Yoksa eşlerin aralarında anlaşarak değer azalışlarına katılacaklarını kabul etmeleri mümkün olmayacaktır.<sup>224</sup> Malın tasfiye sırasındaki değerine göre bir değer kaybı söz konusuysa, katkının başlangıçtaki değeri esas alınacaktır.

Değer artış payı alacağından önceden genel ve soyut bir vazgeçmenin mümkün olup olmadığı da akıllara gelen bir diğer sorudur. Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığından, değer artış payı alacağından belirli ve somut bir malvarlığı değerine özgü olmayan genel bir vazgeçme mümkün olabilmelidir.<sup>225</sup> Belirli bir mala yapılan somut katkıya ilişkin değer artışından pay almaktan vazgeçilebileceği ise tartışmasızdır. Benzer şekilde değer artış payından vazgeçmeye ilişkin kararlaştırma aynı mala yönelik belirli katkılara hasredilebileceği gibi, o mala yapılan her türlü katkıyı kapsar şekilde de

220 Yargıtay 8. HD. 18.09.2012 T., 2012/875 E., 2012/7570 K.; Yargıtay 8. HD. 21.01.2014 T., 2013/18048 E., 2014/778 K.

221 ZEYTİN Zafer, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Bahar 2011, Cilt:10, Sayı:36, Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi, s. 307

222 ACAR, s. 116

223 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 993

224 ZEYTİN, Değer Artış Payı Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı, s. 49

225 ZEYTİN, s. 57

kabul edilebilir.<sup>226</sup> Öte yandan değer artış payından sonradan vazgeçme ise, genel hükümlere göre yapılacak ve herhangi bir şekil şartına tabi olmayacaktır.

#### **3.3.1.4. Eklenecek Değerler**

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda elde edilecek artık değere katılma alacağını güvence altına almak amacıyla, yasa koyucu belirli tasarrufların hiç yapılmamış gibi kabul edilerek tasfiyede dikkate alınmasına imkân sağlamıştır.

Kanunun 229. maddesinde yer alan eklenecek değerlerden ilki, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası alınmadan yapılan olağan hediyeler dışındaki karşılıksız kazandırmalardır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, karşılıksız kazandırmanın sağlar arası bir hukuki işlemle edinilmiş mal grubundan üçüncü kişi lehine yapılmış olmasıdır. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi miras paylaşımından daha önce gerçekleşeceğinden, ölüme bağlı tasarrufla yapılan karşılıksız kazandırmalar rejimin tasfiyesinde dikkate alınmayacaktır.<sup>227</sup>

Kanunda sayılan eklenecek değerlerden diğeri, mal rejiminin devamı süresince karşılıksız yahut karşılık alınarak yapılmış olsun diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan tüm devirlerdir.

Artık değere katılma alacağını koruma amacı güden eklenecek değerlere ilişkin emredici nitelikteki bu düzenlemenin, sağladığı güvenceden feragat ederek aksinin mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılabilmesi mümkün olmayacaktır.

#### **3.3.1.5. Artık Değere Katılma Alacağı**

Artık değer, edinilmiş mallara eklenecek değerlerin ve kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında yapılacak denkleştirmenin de hesaba katılmasından sonra, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçların çıkarılmasıyla bulunan miktardır.

Mal rejiminin sona erdiği anda, eşe ait edinilmiş malların toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra, geriye herhangi bir değer kalmıyor veyahut eksi bir değer ortaya çıkıyor olabilir. Yapılan hesaplama sonucunda şayet edinilmiş mallarla ilgili bir artık değer kalmamışsa, değer eksilmesi göz önüne alınmayacaktır. Öte yandan eşler TMK 231/f. 2 hükmünün emredici niteliği gereği, mal rejimi

226 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 992

227 ZEYTİN, s. 238

sözleşmesiyle negatif artık değere katılmayı taahhüt edemezler.<sup>228</sup> Bu yönde yapılan geçersiz bir düzenleme, kanunun emredici hükmü karşısında uygulama alanı bulmayacak ve davacı eşin değer eksilmesine katılması söz konusu olmayacaktır.

Mal rejimi sözleşmesinin içeriğinde yer alabilecek bir diğer husus da TMK'nın 237. maddesinde düzenlenmektedir. Hükme göre, eşler artık değere katılma hususunda sözleşmeyle farklı bir esas kabul edebileceklerdir. Kural olarak artık değere katılma oranı, TMK 236. maddede yer aldığı üzere  $\frac{1}{2}$ 'dir. Ancak eşlere tanınan yetki, kanunda belirlenen  $\frac{1}{2}$  oranının nispi bir şekilde değiştirilmesinden ibaret değildir. Eşler oransal bir kararlaştırma dışında, belirli bir miktar üzerinde anlaşarak da, katılma alacağına ilişkin farklı bir esas benimseyebilirler. Yani eşler farklı bir oran belirleyebilecekleri gibi, artık değere katılma alacağını nispi olarak kararlaştırmak yerine, asgari veya azami bir alacak miktarı yahut sabit bir miktar üzerinde de anlaşabilirler.

Tasarruf serbestisi ilkesi gereğince, eşler belirli malvarlığı değerleri üzerindeki katılma alacaklarından mal rejimi sözleşmesiyle feragat edebilirler. Bir diğer ifadeyle belirli ve somut bazı edinilmiş malları paylaşım dışında bırakılmaları geçerli kabul edilmelidir.<sup>229</sup> Zira bu kararlaştırma her şeyden önce katılma alacağına ilişkin farklı bir esasın benimsenmesi niteliğindedir. Mal rejiminin ölümle son bulması halinde ortak olmayan çocuklar ve onların altsoyu tarafından paylaşılacak tereke artmış olduğundan, bu durum onların aleyhlerine bir sonuç yaratmayacaktır. Dikkat edilmesi gereken husus, eşlerin TMK 237'ye başvurarak bir malın edinilmiş mal olma vasfını değiştirmeyecekleri, onu sadece tasfiyede paylaşım dışı bırakacaklarıdır. Diğer bir deyişle, yapılacak düzenleme mal gruplarının değişmezliği ilkesine aykırı olmayacaktır. Edinilmiş bir malın kişisel mal sayılabilmesi ise, TMK 221'de tanınan iki sınırlı imkândan ibarettir.<sup>230</sup>

Taraflardan biri diğerinin artık değerine katılma alacağından tamamen de feragat edebilir. Eşler birbirlerinin artık değerine karşılıklı olarak katılmayacaklarını düzenleyebilecekleri gibi, taraflardan birinin diğerinin artık değerinin tamamına sahip olacağını da kararlaştırabilirler. Ancak doktrindeki bir görüş, katılma alacağından sadece tek taraflı bir feragatin mümkün olabileceği yönündedir. Buna göre, eşlerin

228 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 1233; ZEYİN, s. 58

229 ZEYİN, s. 58

230 ZEYİN, s. 312

karşılıklı olarak katılma alacağından vazgeçme şeklindeki iradeleri mal ayrılığı rejimine geçmek istedikleri şeklinde yorumlanmalıdır.<sup>231</sup>

Kanımızca eşler mal rejimi sözleşmesiyle karşılıklı olarak artık değere katılma alacağından tamamen feragatte bulunabilmelidirler. Bu halde mal rejiminin mal ayrılığına dönüşeceği savunulabilecek olsa da, ortak olmayan altsoyun saklı paylarına ilişkin TMK 237, değer artış payı alacağına ilişkin TMK 227, paylı mülkiyet konusu maldaki tasarrufu diğer eşin rızasına bağlı tutan TMK 223 gibi yasal mal rejimine ilişkin hükümler saklı kalacağından edinilmiş mallara katılma rejiminin devam ettiğinin kabulü gerekir. Ancak eşlerin bu hükümlerin uygulanmasından da vazgeçmeleri halinde mal ayrılığı rejiminin geçerli olacağı söylenebilir.<sup>232</sup>

Mal rejimi eşlerden birinin ölümü, başka bir mal rejiminin kabulü, boşanma, evliliğin iptali yahut olağanüstü mal rejimine geçiş hallerinde mahkeme kararıyla dava tarihinden itibaren sona erer. Kural olarak eşlerin katılma alacağı ile ilgili mal rejimi sözleşmelerinin uygulanabilirliği, mal rejiminin dava yolu ile sona erme hali dışındaki durumlara özgüdür. Yani asıl olarak artık değere katılmaya ilişkin anlaşma, evliliğin ölümle sona ermesi veya eşlerin başka bir mal rejimini sözleşmeyle kabul etmeleri halinde geçerli olacaktır. Şayet eşler, mahkeme kararıyla evliliğin iptali, boşanma yahut olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına karar verilmesi hallerinden biriyle mal rejiminin sona ermesi durumlarında da farklı katılım oranının uygulanmasını istiyorlarsa, bu sona erme sebeplerini yaptıkları mal rejimi sözleşmesinde ayrıca ve açıkça düzenlemelidirler. Ancak doktrinde artık değere ilişkin anlaşmanın mal rejiminin bütün sona erme halleri için geçerli olacağı şeklindeki genel bir ifadenin de yeterli olacağı savunulmaktadır.<sup>233</sup> Mal rejimi sözleşmesiyle getirilen farklı paylaşım esasları eşlerden biri lehine sağlanan mükafat niteliğindedir. Dolayısıyla evliliğin boşanma, iptal ya da olağanüstü mal rejimine geçiş gibi mahkeme kararıyla sona erdiği hallerde de yararlanan eşin bu menfaatini sürdürmesi isteniyorsa, bahsedilen sona erme sebeplerinin eşlerce ayrıca ve açıkça düzenlenmesinin şart koşulması isabetlidir.

231 KARAKİMSELİ, s. 98

232 ŞENOCAK Zarife, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi, Kazancı Makale, s. 7

233 ŞENOCAK, s. 6

Eşler artık değere katılmaya ilişkin esası, mal rejiminin bitiş nedenine bağlı olarak farklı şekilde düzenleyebilirler. Söz gelimi eşler mal rejiminin ölümle yahut boşanmayla bitmesi ihtimallerinde farklı katılma oranları belirleyebilirler. Hatta eşler evliliği sonlandıracak olan boşanma sebeplerine göre, değişik katılma oranları kararlaştırabilirler. Ancak her ne kadar mal rejimi sözleşmesiyle artık değer hakkında boşanmaya ilişkin farklı bir esas benimsense de, mal rejimi ilişkisinden doğan katılma alacağı boşanmanın ferî niteliğinde kabul edilmeyecek ve TMK madde 178'in uygulanması söz konusu olmayacaktır.<sup>234</sup> Öte yandan belirlenen farklı katılım oranları değişik şartlara da bağlanabilir. Örneğin ½'lik katılma oranını, eşlerin evlilik süresince edindikleri aylık kazançları arasında %50'den fazla bir farkın olmaması koşuluna bağlamaları mümkündür. Ya da evliliğin tamamı süresince işsiz olan eşin, katılma alacağından vazgeçmiş sayılacağını kararlaştırabilirler.

TMK'de düzenlendiği üzere zina veya hayata kast nedenlerinden biriyle boşanmaya hükmeden hakim, kusurlu eşin artık değere katılma oranını hakkaniyete uygun olarak azaltabileceği gibi kaldırılmasına dahi karar verebilir. Halbuki katılma alacağı eşlerin evlilik birliği süresince edinilen malvarlığı değerlerine çeşitli vesilelerle yaptıkları katkının bir bedelidir. Yani eşin alacak hakkına ilişkin bu değer ivazlı olup, kendiliğinden tevarüs eden miras hakkındaki gibi karşılıksız değildir. Dolayısıyla eşin boşanma sebebi olan kusurlu eylemine ceza hukukundaki müsadereye benzer bir sonucun bağlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan eşlerin yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle, mirastan yoksunluk veya ıskat sebeplerinin bulunması halinde artık değer alacaklarının da ortadan kalkacağını serbestçe kararlaştırmalarının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Yine eşler boşanma sebeplerine göre farklı katılım oranları belirleyebilecek ya da boşanmada tam kusurlu olan tarafın katılma alacağını tamamen kaldırabileceklerdir.

Katılma alacağı hakkında mal rejimi sözleşmesiyle benimsenen farklı paylaşım esasının, bundan dönmeye imkân sağlayan bir iade şartıyla kabul edilmesi mümkündür. Söz gelimi eşlerin farklı paylaşım esasının geçerliliğini, sağ kalan eşin tekrar evlenmemesi şartına bağlamaları geçerli kabul edilmelidir.<sup>235</sup> Şayet eş yeniden evlenirse, kanunda öngörülen şekliyle artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olmaya devam

234 ZEYTİN, s. 365

235 ZEYTİN, s. 316

edecek, bunu aşan farklı esas ise geçersiz olacaktır. Dolayısıyla tekrar evlenmemeye ilişkin iade şartının kişilik haklarına, hukuka ve ahlaka aykırılık sebebiyle batıl olacağı söylenemez.

Eşler katılma alacağına ilişkin mal rejimi sözleşmesini, en geç mal rejimi sona erinceye kadar yapabileceklerdir. Mal rejimi sona erdikten sonra yapılacak bu tarz bir anlaşma, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin taraflarca yapılan bir kararlaştırma kabul edileceğinden, dar anlamda mal rejimi sözleşmesi niteliğinde olmayacaktır. Eşler üçüncü kişi konumundaki alacaklıların haklarını zedelememek şartıyla, mal rejimi sona ermeden evvel mal rejimi sözleşmesiyle veya mal rejimi sona erdikten sonra tasfiye anlaşmasıyla katılma alacağı hakkında feragat edebilirler. Dikkat edilecek olursa bu durum, edinilmiş mal grubuna dahil olması gereken bir malın, eşler tarafından yapılacak bir mal rejimi veya tasfiye sözleşmesiyle, paylaşım dışına çıkartılabilmesi sonucunu doğurmaktadır.<sup>236</sup>

TMK 237. maddenin devamında yer aldığı üzere, artık değere katılmaya ilişkin taraflarca getirilecek başka bir esas, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez. Düzenlemenin mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere eşler ortak olan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyebilirler. Eşlerin, birinin ölümü halinde edinilmiş mallarının tümünün diğer eşe kalacağını kararlaştırmaları örneğinde, ölen eşin edinilmiş mallarının tamamı üzerindeki katılma alacağı bir bütün olarak sağ kalan eşe kalır. Bu halde ölen eşin mirasçıları, ölen eşin kişisel malları ve sağ kalan eşin artık değerine katılma alacağı üzerinde hak sahibi olurlar. Ancak bu tür anlaşmalarla eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelenemeyecektir. Aynı düzenlemenin ortak çocuklar hakkında getirilmemesinin nedeni ise, her iki eşin de mirasçısı sıfatını taşımaları dolayısıyla, bu tarz bir kararlaştırmadan zarar görmeyecek olmalarıdır.<sup>237</sup>

Ortak olmayan altsoyun saklı payını zedeleyen mal rejimi sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı ise doktrinde cevap bulmaktadır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, saklı payı zedeleyen mal rejimi sözleşmesi geçerli olmaya devam edecek, hakkında iptal kararı verilmeyecektir. Bu ihtimalde yapılması gereken saklı payı zedelenenlerin miras hukukundaki TMK 560 vd. hükümler uyarınca tenkis davası

236 KARAMERCAN, s. 35

237 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 316

açmasıdır. Bu halde tenkiste sıra TMK 570'e göre, ölüme bağlı tasarruflardan başlayacak ve en yeni tarihlisinden en eskisine doğru sağlar arası kazandırmalarla devam edecektir.<sup>238</sup>

Artık değere katılmaya ilişkin taraflarca belirlenecek farklı esas, muhakkak mal rejimi sözleşmesi ile düzenlenmelidir. Resmi şekilde de olsa, başka bir sözleşme metniyle bu esasın değiştirilmesi imkânı yoktur. Çünkü kanun artık değere katılma oranının açıkça mal rejimi sözleşmesi ile değiştirilebileceğini öngörmüştür. Aksi takdirde kanunun öngördüğü ½'lik katılma oranı uygulanacaktır.

### **3.3.1.6. Aile Konutu ve Ev Eşyası**

Aile konutu, düzenli ve sürekli yerleşim amacıyla oturlan, müşterek aile yaşamına ilişkin faaliyetlerin yoğun olarak gerçekleştiği mekândır. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle, aile konutlarının kullanımıyla ilgili esasları benimseyebilirler. Kural olarak eşlerden biri TMK'nın 194. maddesine göre, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya üzerindeki hakları sınırlayamaz. İşte mal rejimi sözleşmesiyle kira sözleşmesinin tarafı veya malik olan eşe, sayılan işlemleri tek başına yapma imkânı sağlanabilecektir. Ancak madde metninde yer alan söz konusu "açık rıza" mal rejimi sözleşmesi dışındaki bir vasıtayla da verilebilir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma alacağı kural olarak belirli malların özgülenmesini talep imkânı tanımaz. Ancak TMK 240. maddeyle buna istisna getirilerek edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona ermesi halinde, aile konutu ve ev eşyası üzerinde, eşlerin katılma alacağına bağlı haklarına dair farklı düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, sağ kalan eş eski yaşantısını devam ettirebilmek için, sadece ölen eşe ait olup vefatından önce birlikte yaşadıkları aile konutu üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yeterli olmazsa bedel eklemek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir. Aynı şekilde sağ kalan eş, ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını da isteyebilecektir. Ancak eşler mal rejimi sözleşmesiyle buna ilişkin başkaca düzenlemeler getirebilirler. Söz gelimi eşler bu istem haklarından vazgeçebilirler. Yahut bu hakları tamamen kaldırmayıp kapsamını daraltabilir veya genişletebilirler. Örneğin aile konutundaki ev eşyalarından bir kısmını kapsam dışında bırakılabilir ya da aile konutu dışında yer alan kimi eşyalar hakkında da



bu imkândan yararlanılabileceği kabul edebilirler. Sağ kalan eşe tanınacak oturma veya intifa hakkı kural olarak ölünceye kadar devam edecek olmakla birlikte, eşlerin bu hakları mal rejimi sözleşmesiyle süreye bağlamaları da mümkündür.<sup>239</sup>

Öte yandan eşler, bu hakların katılma alacağına mahsup edilmeden ve bedelsiz olarak diğer eşe tanınmasını kararlaştırabilecekleri gibi, sağ kalan eşe aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı yerine doğrudan mülkiyet yahut başkaca bir ayni hak tanınmasını talep etme imkânını da düzenleyebilirler. Fakat katılma alacağına mahsup edilmeden sağ kalan eşe bu hakların karşılıksız olarak tanınmasını öngören mal rejimi sözleşmesi hakkında, ortak olamayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarının zedelenemeyeceği yönündeki TMK 237/2 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Zira burada bahis konusu olan katılma alacağının belirlenmesi değil, ödenme şeklidir.<sup>240</sup>

Eşler aile konutu ve ev eşyası üzerindeki ayni hakkın, sadece katılma değil, değer artış payı alacağına da mahsup edilerek tanınabileceğini mal rejimi sözleşmesinde düzenleyebilirler. Aynı şekilde söz konusu mahsubun mal rejimi dışındaki bir borç ilişkisinden kaynaklanan alaktan gerçekleştirilebileceği de, anlaşmayla kabul edilebilecektir. Fikrimizce katılma alacağından yapılacak mahsup yeterli gelmezse bedel eklenebilmesi imkânın kanunda tanınmış olması, değer artış payı alacağından yahut mal rejimi ilişkisi dışındaki bir borçtan mahsup yapılabilmesi seçeneğinin mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılabilmesine izin verir niteliktedir. Öte yandan sağ kalan eşin katılma alacağı yoksa, bahsedilen hakların kendisine kural olarak TMK'nın 652. maddesi uyarınca miras payına mahsuben de tanınmasını isteyebilir.<sup>241</sup>

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, evliliğin sadece ölüm değil boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi hallerinde de aile konutu ve ev eşyasını kimin kullanmaya devam edeceği konusunda anlaşılabilir. Edinilmiş mallara katılma rejimi hakkında getirilen TMK 240 hükmü ise, evliliğin sadece ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eşe bahsedilen imkânları talep hakkı tanımıştır. Ancak eşler yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin sadece ölümle sona ermesi halinde değil,

239 ZEYİN, s. 343

240 ZEYİN, s. 58

241 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 351

evliliğin mahkeme kararıyla son bulması hallerinde de bu imkânlarla sahip olacaklarını geçerli bir şekilde kabul edebilirler.<sup>242</sup>

TMK madde 240/f.4’de sağ kalan eşin aynı hak talep etme imkânına sınırlama getirilmiştir. Buna göre aynı hak tesisini talep hakkı, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin de aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde kullanılamaz. Kanaatimizce mal rejimi sözleşmesiyle sağ kalan eşin bu bölümler hakkında da aynı hak tesisi talebinde bulunabileceği kararlaştırılabilir. Zira ölen eşin altsoyun meslek veya sanat icra etmesini yapacağı bir tasarrufla geçerli bir şekilde engellemesi mümkündür.<sup>243</sup>

### **3.3.1.7. Diğer Düzenlemeler**

Eşlerin iktisadi ilişkilerine ilişkin anlaşmaları, her ne kadar mal rejimi sözleşmesi için öngörülen şekil şartına bağlı olarak yapmaları gerekmesede, mal rejimi sözleşmesiyle de yapabilirler. Söz gelimi eşler, evlilik birliğinin giderlerine ne şekilde katılacaklarına ilişkin bir düzenlemeyi, mal rejimi sözleşmesi içerisinde getirebilirler.

Yasal mal rejimi paylaşım sırasında rejim süresince edinilen mallar hakkında eşlere aynı değil, şahsi nitelikte bir alacak hakkı tanımaktadır. Ancak kanunun 239/f.1 hükmü borçlu eşe katılma alacağı ve değer artış payını ayın veya para olarak ödeyebilmesi hususunda seçimlik bir hak tanımıştır. Seçimlik hakkı olan eşin tercih ettiği aynı ödemeyi katılma ve değer artış payı alacağının doğduğu mal ile sınırlı olarak yapması da gerekmemektedir. Öte yandan İsviçre doktrininde, mal rejimi sözleşmesiyle eşlerin aynı ödemeyi kararlaştırılabilecekleri savunulmaktadır.<sup>244</sup> TMK 226/f.3 ile de eşlere, karşılıklı borçları hakkında düzenleme yapabilme imkânı tanınmıştır. Kanaatimizce Türk hukukunda katılma veya değer artış paylarının ayın şeklinde ödeneceğini, eşlerin mal rejimi sözleşmesi veya rejim sona erdikten sonra tasfiye anlaşmasıyla kararlaştırmaları geçerli kabul edilmelidir.

Mal rejimi doktrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere, boşanmanın ferî niteliğinde değildir. Ancak eşler mal rejiminin boşanma ile sona ermesi haline münhasır olmak üzere, boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin maddi, manevi tazminat, iştirak, yoksulluk nafakası gibi hususları mal rejimi sözleşmesiyle düzenleyebilirler. Ancak

242 ZEYTİN, s. 337

243 ZEYTİN, s. 345

244 ZEYTİN, s. 330

böyle bir anlaşmanın geçerliliği, TMK madde 184/b.5 gereği hakim onayına bağlamıştır.<sup>245</sup>

TMK'nın 232. ve 235. maddelerinde, mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olan edinilmiş malların, tasfiye anındaki sürüm değerleriyle hesaba katılacakları düzenlenmiştir. Tasfiye anı, mal rejiminin sona erme değil, mahkemenin karar verdiği andır. Fakat eşler mal rejimi sözleşmesiyle, söz konusu malların hangi andaki, hangi değerlerinin esas alınacağını serbestçe belirleyebilirler. Bu sebeple TMK'nın 232 ve 235. hükümleri tamamlayıcı bir nitelik arz etmektedir. Eşlerin anlaşamaması ihtimalinde sürüm değeri ve tasfiye anı uygulama alanı bulacaktır.<sup>246</sup> Ancak doktrinde, tarafların mal rejimini ancak kanundaki yazılı sınırlar içerisinde değiştirebilecekleri kuralından hareketle, mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş malların değerlendirme anının ve esas alınacak değerini değiştiremeyeceğini savunan aksi bir görüşte mevcuttur.<sup>247</sup> Öte yandan tarafların anlaşarak farklı bir değerlendirme anını ve tasfiyede dikkate alınacak değeri benimseyebilecekleri yönündeki baskın görüş, söz konusu anlaşmaların TMK 237/f.2 uyarınca ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği kanaatindedir.<sup>248</sup> Bahsedilen anlaşmalar önceden mal rejimi sözleşmesiyle yapılabilecekleri gibi, mal rejimi sona erdikten sonra şekle tabi olmadan tasfiye anlaşması niteliğinde serbestçe gerçekleştirilebilir.

Eşlerden birinin bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da altsoyun bir bütün olarak kendisine özgülenmesini istediği tarımsal işletme hakkındaki değer artış payı ve katılma alacağı gelir değeri üzerinden hesap edilir. Ancak kanunda tarımsal işletmenin malik veya mirasçılara diğer eşe karşı ileri sürecekleri değer artış payı ve katılma alacağının sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasını talep etme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla eşlerin tarımsal işletmenin gelir değil, sürüm değeri üzerinden hesaplamaya esas alınacağını mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırmaları mümkündür.

Doktrinde TMK 239/f.2'de yer alan borçlunun vade tanınması talebine ilişkin hükmün emredici nitelikte olduğu yönünde bir görüş mevcuttur. Buna göre eşler alacağı faiz yürütülmesi veya güvence verilmesi hususlarında da önceden yapacakları bir

245 ÖZTAN, s. 407

246 KARAMERCAN, s. 34

247 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 1253

248 ZEYTİN, s. 288

sözleşmeyle koruyucu nitelikteki bu hükmün sağladığı imkândan vazgeçemeyeceklerdir. Ayrıca henüz alacağın miktarının belirli olmadığı bir aşamada vade tanınmasının istendiği durumda faiz ve güvencenin tespiti de geçerli kabul edilmeyecektir.<sup>249</sup> Kanaatimizce eşlerin katılma ve değer artış payı alacağı hakkında, rejimin sona ermesinden itibaren şekle bağlı olmayan bir anlaşmayla faiz alacağından ve güvence verilmesinden vazgeçmeleri mümkündür. Fakat buna ilişkin kararlaştırmanın önceden mal rejimi sözleşmesiyle yapılması geçerli kabul edilmemelidir. TMK madde 217’de düzenlenen eşlerin birbirlerinden olan katılma ve değer artış payı alacağı dışındaki borçlarına yönelik, evlilik birliği ve mal rejimi süresince vade veya güvenceye ilişkin kararlaştırma yapılmasının önünde hiçbir engel yoktur.

Öğretideki yazarlardan bir kısmına göre, eşler mal rejimi sözleşmesiyle katılma ve değer artış payı alacakları hakkında faiz istenmeyeceğini kararlaştırabilecekleri gibi, istenecek faiz hakkında sözgelimi başlangıç tarihini değiştirmek gibi başkaca esaslar da benimseyebilirler.<sup>250</sup> Bu görüşteki yazarlar, TMK 239/f.3 hükmünün tamamlayıcı nitelikte olduğu kanaatindedir. Buna göre eşler mal rejimi sözleşmesiyle yasal faiz isteme haklarından vazgeçebilecek, farklı bir oran benimseyebilecek ya da faizin yürütülmeye başlanacağı tarihi kanunda öngörülenden önceki veya sonraki bir tarih olarak kararlaştırabileceklerdir.<sup>251</sup>

### **3.3.2. Mal Ayrılığı Rejiminde İçerik Düzenlemeleri**

Mal ayrılığı, paylaşma esasına dayanmayan mal rejimi türüdür. Eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim yararlanma ve tasarruf haklarını korur. 743 sayılı eMK’da bu rejim yasal mal rejimi olarak yer almışken, yeni Türk Medeni Kanunu’nda bu rejime yasal değil, sözleşmesel mal rejimi olarak yer verilmiştir. Eşler arasında mal ayrılığı rejimi cari ise, evlenmekle eşlerin malvarlıkları üzerinde yönetim ve yararlanma açısından bir değişiklik meydana gelmeyecek ve evliliğin sona ermesi halinde de herhangi bir paylaşım söz konusu olmayacaktır.<sup>252</sup>

249 ZEYİN, s. 333

250 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 121

251 ZEYİN, s. 368

252 KAÇAK Nazif, Açıklamalı İçtihatlı Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara, 2012, s. 64

Mülkiyet hakkı kimdeyse, karşı tarafın herhangi bir alacak hakkı doğmaksızın malvarlığı ona ait kalmaya devam edecektir. Yani rejim sona erdiğinde her bir eş üzerinde kayıtlı olan malvarlıklarına, diğer eşle herhangi bir paylaşıma tabi olmaksızın sahip olacaktır. Eşler arasında sanki hiç evlilik gerçekleşmemiş gibi bir mali ilişki söz konusu olacak ve malvarlıkları birbirinden bağımsız kalmaya devam edecektir.<sup>253</sup>

Eşlerden her birinin malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkilerini ancak kanunda öngörülen yasal sınırlar içinde kullanabilecekleri de unutulmamalıdır. Zira evlenmenin genel hükümlerinde öngörüldüğü üzere hakim TMK madde 196 uyarınca, istem üzerine eşlerden her birinin ailenin geçimi için yapması gereken katkıyı belirleyebileceği gibi ailenin korunması amacıyla eşlerin malvarlıkları üzerindeki tasarruf yetkisini de sınırlayabilir (TMK 242. madde gerekçesi).

Mal ayrılığı rejimi mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılabileceği gibi, hakim kararıyla yahut yasa gereği kendiliğinden yürürlük kazanabilir. Mal ayrılığı rejimi TMK madde 206'da olağanüstü mal rejimi olarak düzenlenmiştir. Eşler arasındaki yasal, paylaşmalı mal ayrılığı, mal ortaklığı rejimleri haklı bir sebep varsa eşlerin istemiyle ve hakim kararıyla; mal ortaklığı rejimi hacizde zarara uğrayan alacaklı istemiyle hakim kararıyla ve iflasta kendiliğinden olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına dönüşecektir. Ancak eşlerin mahkemeden istemiyle mal ayrılığına geçilmişse, TMK 208. madde uyarınca eşler yapacakları yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle her zaman önceki veya diğer bir mal rejimini kabul edebilirler. Mal ayrılığına dönüştürmenin kaldırılmasına ilişkin bu kararlaştırmanın, mal rejimi sözleşmesiyle yapılması zorunludur.

Aralarında mal ortaklığı rejimi bulunan eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı tatmin edilmişse, TMK'nın 211. maddesinde yer aldığı üzere eşler mal rejimi sözleşmesiyle dönüştürme davasından önceki mal rejimi olan mal ortaklığı rejimine geri dönebileceklerdir. Ancak kendiliğinden olağanüstü mal rejimine geçiş sebebi olan iflasın sonlanması, önceki mal rejimi olan mal ortaklığına dönüş için yeterli değildir. Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi ise, alacaklının tatmin edilmesi şartına bağlı olmadan her zaman yapılacak bir mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilebilir.<sup>254</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, eşlerin saydıklarımızın dışında kalan

253 ACAR, s. 393

254 ZEYTİN, s. 56

paylaşmalı mal ayrılığı rejimini, alacaklının açtığı dönüştürme davası veya kanun gereği kendiliğinden olağanüstü mal rejimine geçiş sonrasında sözleşmeyle kararlaştıramayacak olmalarıdır. Buna rağmen eşlerce edinilmiş mallara katılma rejimi dışında başka bir mal rejimi kabul edilmişse, yapılan sözleşme kanunun alacaklıları koruma amacı taşıyan emredici hükmü karşısında batıl olacaktır. Ancak edinilmiş mallara katılma rejimi ile mal ayrılığı rejimi arasında alacaklıların korunması anlamında bir fark bulunmadığından, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle mal ayrılığı rejimini seçmeleri mümkün olabilmelidir.<sup>255</sup> Bu halde mal ayrılığı rejimi olağanüstü mal rejimi olma niteliğinden sıyrılıp, sözleşmeyle kararlaştırılmış bir mal rejimi olma hüviyetini kazanacaktır.

Öte yandan olağanüstü mal rejimine ilişkin kanunda getirilen bahsedilen düzenlemeler, eşlerin korunması amacına yönelik olup emredici niteliktedir. Dolayısıyla akdedecekleri bir mal rejimi sözleşmesiyle, eşlerin bu haktan önceden vazgeçmeleri mümkün olmayacaktır.<sup>256</sup>

Mal ayrılığı rejiminin mal rejimi sözleşmesine konu olması, öncelikle taraflarca seçilmesi şeklinde karşımıza çıkar. Kural olarak mal ayrılığı rejimi hakkında kanunla getirilen düzenlemelerin mal rejimi sözleşmesiyle değiştirilemeyeceğinin kabulü gerekir. Çünkü mal ayrılığı rejiminin özünü zedeleyebilecek bir anlaşmanın taraflarca yapılmasına müsaade edilemez. Ancak eşlerin bu hususta başka hukuki işlemlerle tamamlayıcı düzenlemeler getirilmelerine imkân tanımak gerekir. Söz gelimi eşler belirli mal varlığı değerleri üzerinde paylı mülkiyet kurabileceklerdir.<sup>257</sup>

Son olarak TMK 243. maddede mal ayrılığı rejimindeki ispat, borçlardan sorumluluk, paylı mülkiyet karinesi ve paylı mülkün özgülemesi konuları açısından, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi için getirilen hükümlere yollama yapılmıştır.

### **3.3.3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde İçerik Düzenlemeleri**

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, rejimin başlangıcından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar yahut bunların yerine geçen değerler, rejimin son bulması halinde eşler arasında eşit ve ayın (bedel ekleyerek

255 ZEYİN, s. 56

256 ZEYİN, s. 63

257 ZEYİN, s. 59

denkleştirme) olarak paylaşılır.<sup>258</sup> Ancak aynen taksimin mümkün olmaması halinde, bölünmez mal vasiyeti hakkına getirilen TMK'nın 564. hükmü gibi malik eşe seçim hakkı tanınmıştır. Buna göre eş dilerse malı verip kendi payını bedel olarak isteyebilecek, dilerse de malı kendinde alıkoyarak istem sahibine bedel ödeyecektir. Bu düzenlemeye istinaden eşlerden biri paylaşmadan kaynaklanan alacağına mahsup edilmek, yetmezse bedel eklemek suretiyle birlikte yaşadıkları konutun kendisine bırakılmasını isteyebilecektir (TMK 253. madde gerekçesi).

Kural olarak bahsedilen denkleştirme bedeline tasfiyenin sona ermesinden başlayarak faiz yürütülecek ve koşullar gerektiriyorsa borçludan güvence istenebilecektir. Ancak TMK 253/f.3'de öngörüldüğü üzere, eşler mal rejimi sözleşmesi veya başkaca bir anlaşmayla denkleştirme bedeline faiz yürütülmeyeceğini veya borçludan güvence istenilmeyeceğini kararlaştırabilirler.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de tıpkı mal ayrılığı rejiminde olduğu gibi eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korumaya devam eder. Belirli bir malın eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilememişse, bu mal onların paylı mülkiyetinde sayılacaktır.

Mal rejimi sona erdiğinde, eşler birbirlerinde bulunan mallarını geri alacaktır. Ancak eşlerden biri üstün yararı olduğunu ispat etmek kaydıyla, diğer eşe ait payın ödeme günündeki karşılığını vermek suretiyle paylı mülkiyetlerinde olan malın kendisine teslimini isteyebilir.

Yine mal ayrılığı rejiminde de olduğu gibi, paylaşmalı mal rejiminde de eşlerden her biri, kendi borçlarından dolayı üçüncü şahıslara karşı bütün malvarlığıyla sorumlu olacaktır. Ancak eşlerden birinin TMK madde 189 uyarınca evlilik birliğini temsilen yaptığı borçlardan ötürü, üçüncü kişilere karşı eşlerin müteselsil sorumluluğunun doğacağı açıktır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde bulunan değer artış payı alacağının bir benzeri, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde düzenlenmiştir. Katkıdan doğan hak başlığı altında yapılan düzenlemeye göre, eşlerden biri diğerinin paylaşım dışında kalan bir malının edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almadan katkıda bulunmuşsa, mal rejimi sona erdiğinde kendisine katkısı oranında hakkaniyete uygun bir bedel ödenmesini isteyebilecektir. Paylaşım dışında kalan malın

yerine geçen mal ya da bedel üzerinden de katkıdan doğan hak isteminde bulunulabilir.<sup>259</sup> Öte yandan tıpkı edinilmiş mallara katılma rejimindeki değer artış payında olduğu gibi, eşlerin yapacakları yazılı bir anlaşmayla katkıdan doğan haktan vazgeçebileceklerinin veya buna ilişkin farklı bir esas benimseyebileceklerinin kabulü gerekir.

Ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenen mallar ile bu amaçla yapılan yatırımlara ilişkin getirilen düzenleme, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin adeta alametifarikası niteliğindedir ve bu hüküm dolayısıyla diğer mal rejimi türlerinden ayrılır. Eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejimi kurulduktan sonra edinilen ve ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar ya da mal rejimi devam ederken elden çıkarılmışlarsa bunların yerine geçen ikame değerler, mal rejiminin sona ermesiyle eşler arasında eşit olarak paylaşılacaktır. Ancak manevi tazminat alacakları, miras yoluyla veya karşılıksız kazandırma ile edinilen mallar kazandırmada bulunanın açık iradesinden aksi anlaşılmadıkça, ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş olsalar dahi eşlerin eşit paylaşımına konu olmaz.<sup>260</sup>

Tıpkı edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de, eşlere aile konutu ve ev eşyası hakkında anlaşma yapabilme imkânı verilmiştir. Ancak edinilmiş mallara katılma rejiminde evliliğin sadece ölümle sona ermesi halinde buna imkân tanınmışken, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde buna ilişkin anlaşma yapma imkânı evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona ermesi hallerinde de mümkündür. Buna göre eşler, mal rejiminin iptal veya boşanma kararıyla sona ermesi hallerinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit paylaşma konusu olan konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya kimin devam edeceği hususunda anlaşma yapabilirler. Söz konusu anlaşmanın mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması zorunlu değildir. Evliliğin ölümle sona ermesi ihtimali göz önüne alınarak yapılan mülkiyet, intifa yahut oturma hakkı tanıyan bu tarz bir sözleşme miras hukukundaki tenkis hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçerli olacaktır.

### **3.3.4. Mal Ortaklığı Rejiminde İçerik Düzenlemeleri**

259 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 1362

260 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 1366



Mal ortaklığı rejimi, ortaklık malları ile eşlerin kişisel mallarından oluşur. Ortaklık malları genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığında farklılık göstermektedir.

Eşlerin kişisel malları, mal rejimi sözleşmesiyle, üçüncü kişilerin karşılıksız kazandırmalarıyla yahut kanunla belirlenir. Kanundan doğan kişisel mallar eşlerden birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış eşyalar ve manevi tazminat alacaklarıdır.

Genel mal ortaklığında, eşlerin kanun gereği kişisel mal sayılanlar dışındaki malları ile onların gelirleri ortaklık mallarını oluşturur. Eşler ortaklık malları üzerinde elbirliği mülkiyetine sahiptirler ve ortaklık payları üzerinde tek başına tasarruf edemezler. Bir eş kişisel malı olduğunu ispatlayamadıkça, tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı sayılacaktır. Ancak eşin saklı pay olarak isteyebileceği malvarlığı değerleri, mal rejimi sözleşmesiyle ortaklık mallarının korunabilmesi için ortaklığa dahil edilmişse, artık miras bırakan tarafından kişisel mal olarak kazandırılmaz.<sup>261</sup>

Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, genel mal ortaklığı dışında sadece edinilmiş mallardan oluşan sınırlı bir mal ortaklığı kabul etme imkânları da vardır. Kanunun açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, buna ilişkin düzenleme ancak mal rejimi sözleşmesiyle yapılabilir. Bu halde kişisel mallarının gelirleri de, genel mal ortaklığından farklı olarak edinilmiş mallardan oluşan ortaklığa ait olacaktır.

Eşler bir diğer sınırlı mal ortaklığı türü olarak yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle belirli malvarlığı değerlerini veya türlerini, özellikle taşınmaz mallarını, bir eşin kazancını ya da meslek veya sanat icrası için kullandığı mallarını ortaklık dışında bırakabilirler. Bu halde, ortaklık dışında bırakılan malların gelirleri de ortaklığa dahil olmayacaktır.<sup>262</sup> Ancak eşler aksini mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırarak ortaklık dışında bırakılan bu malların gelirlerini ortaklığa dahil edebileceklerdir.

Sonuç olarak eşler mal ortaklığı rejiminde, ortaklık mallarının kapsamını genişletebilir yahut daraltabilirler. Ancak kişisel malvarlığının aleyhine edinilmiş mallarını çoğaltamazlar. Diğer yandan eşlerin TMK madde 260 uyarınca kişisel mallarının nelerden ibaret olduğunu mal rejimi sözleşmesiyle belirleyebilmeleri mümkündür. Üçüncü kişinin karşılıksız kazandırması, kişisel kullanıma özgülenen eşya ve manevi tazminat alacakları ise kanundan doğan kişisel mallardır.

261 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 1382

262 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 1381

Eşlerden her biri olağan yönetim sınırları içinde ortaklığı yükümlülük altına sokabilmekte ve ortak mallar hakkında tasarrufta bulunabilmektedir. Olağan yönetim sınırları dışında kalan konularda ise eşler, söz konusu işlemleri ancak birlikte veya diğerinin rızasını almak suretiyle yapabilirler.

Eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi hâlinde, kural olarak her eşe veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı verilir. Ancak eşler mal rejimi sözleşmesiyle, başka bir paylaşım oranı da kararlaştırabilirler. Yasal mal rejiminde farklı bir esas benimsenebileceği düzenlenmişken, mal ortaklığı rejiminde sadece orandan bahsedilmiştir.

Eşlerin paylaşım hakkında belirleyecekleri yeni oran altsoyun saklı payını zedeleyemez. Kanun koyucu burada da edinilmiş mallara katılma rejimindeki düzenlemeden ayrılmış ve sadece ortak olmayan değil, tüm altsoyun saklı paylarının ihlal edilemeyeceğini düzenlemiştir. Ortak altsoyun sağ kalan eşe de mirasçı olması dolayısıyla korunmaya ihtiyacı olmadığı söylenebilir. Ancak mal ortaklığı rejiminde kişisel mallar oldukça sınırlı tutulmuş ve bunlar dışındaki tüm malvarlığının sözleşmeyle ortaklık malı haline getirilebilmesine imkân tanınmıştır. Dolayısıyla mal rejimi sözleşmesiyle bunların sağ kalan eşe bırakılması sadece ortak olmayan değil ortak altsoyun da korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Eşlerin malvarlığının sadece ortak mallardan oluşması halinde, sağ kalan eşe bütün payın yahut önemli bir oranın bırakılması ortak altoya da zarar verebilecektir. Çünkü ortak altsoyun sağ olmama, yoksunluk, çıkarılma, malların sağ kalan eşe tüketilmesi gibi sebeplerle mirastan mahrum kalma riski her zaman bulunmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ise, kişisel mallar geniş tutulmakla kalmamış, bunların edinilmiş mala dönüştürülmesi de mal gruplarının değişmezliği ilkesi uyarınca engellenmiştir. Bu halde ortak olsun olmasın tüm altsoy kişisel mallar üzerinde miras hakkına sahip olacak, ortak altsoy da sağ kalan eşin mirasçısı sıfatıyla edinilmiş malları elde edebilecektir.<sup>263</sup> Öte yandan mal ortaklığı rejiminde aynı bir paylaşım benimsenmişken, edinilmiş mallara katılma rejiminin sadece alacak hakkı niteliğinde bir katılım öngörmesi de bahsedilen farklılığı açıklar niteliktedir.

Boşanma, evliliğin iptali, kanun veya mahkeme kararı gereğince mal ayrılığına geçilmesi suretiyle mal ortaklığı rejimi sona ermişse, eşlerden her biri edinilmiş mallara

katılma rejiminde kişisel malı sayılacak olan malları ortaklık mallarından geri alır. Bunun dışında kalan ortaklık malları da yarı yarıya paylaşılır. Ancak eşler yasal paylaşım oranının değiştirilmesine ilişkin anlaşmanın mal rejiminin mahkeme kararıyla yahut olağanüstü mal rejimine geçişle son bulması halleri için de geçerli olmasını istiyorlarsa, bu son bulma hallerini mal rejimi sözleşmesinde açıkça ve ayrıca öngörmüş olmalıdırlar. Edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esas getiren mal rejimi sözleşmesi için de benzer bir düzenleme mevcuttur.

Mal ortaklığı rejiminde, tıpkı yasal mal rejiminde olduğu gibi denkleştirme hakkında da düzenlemeye gidilmiştir. Ancak buradaki denkleştirme eşlerin kişisel malları ile ortaklık malları arasında olacaktır. Eşlerden birinin kişisel mallara ilişkin borçları ortaklık mallarından ya da ortaklık mallarına ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmişse, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilecektir.

Mal ortaklığı rejimi hakkında, kanunda değer artış payı alacağına da yer verilmiştir. Buna göre, eşlerden birinin kişisel veya ortaklık malıyla bir başka mal kesimine giren bir malvarlığı değerinin edinilmesi, iyileştirilmesi ya da korunmasına katkıda bulunulmuşsa, edinilmiş mallara katılma rejimindeki değer artış payı alacağına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla eşler yapacakları adi yazılı bir sözleşme ile değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi pay oranını da değiştirebileceklerdir. Yani değer artış payına ilişkin kararlaştırmaların, tıpkı yasal mal rejimi için getirilen maddede olduğu gibi, mal rejimi sözleşmesiyle yapılması zorunluluğu yoktur.

Eşlerin aile konutu ve ev eşyası hakkında TMK madde 279'da getirilen hükme yönelik düzenlemelere de, mal rejimi sözleşmesinde yer verilebileceklerinin kabulü gerekir.<sup>264</sup>

Eşlerden biri diğerinin rızasını almak koşuluyla ortaklığa dahil olan malları kullanmak suretiyle bir meslek yahut sanat icra edebilir. Bahsedilen rızanın mal rejimi sözleşmesiyle de verilebileceği açıktır.

Eşler yasal sınırlar içerisinde kişisel mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve üzerlerinde tasarrufta bulunma haklarına sahiptir. Kural olarak yönetim giderleri, kişisel malların gelirlerinden karşılanır. Ancak edinilmiş mallara katılma ortaklığında

olduğu gibi, kişisel malların gelirleri de ortaklığa dahilse, artık yönetim giderlerinin buradan karşılanamayacaktır.

Mal ortaklığı rejiminde eşlerin birbirlerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan mirası reddetmesi yasaklanmıştır. Yine borca batık olduğundan kanun gereği reddedilmiş sayılacak terekenin diğer eşin rızası olmaksızın kabul edilmesi de mümkün değildir. Ancak eşler mirası kabul yahut redde ilişkin serbestiyi önceden mal rejimi sözleşmesiyle birbirlerine tanyabilirler.

Yukarıda izin verilen hususlar dışında, mal rejimi sözleşmesiyle getirilen bir düzenleme kısmi butlanla batıl olacaktır. Söz gelimi eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallarının gelirlerinin kişisel mal olacağını kararlaştırmaları halinde, söz konusu hüküm batıl olacakken, mal rejimi sözleşmesi yasadaki sınırlamalara uyan hükümleriyle ayakta durmaya devam edecektir. Bu sayede gerek mirasçıların, gerek üçüncü kişilerin, gerekse de sosyolojik açıdan bakıldığında sözleşmenin zayıf tarafı sayılabilecek kadının korunması sağlanmış olacaktır.<sup>265</sup>

### **3.4. MAL REJİMİNE İLİŞKİN İÇERİĞİN DİĞER HUKUKİ İŞLEMLERLE DÜZENLENMESİ**

Esasen mal rejiminin konusuna ilişkin olup kanunda mal rejimi sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi şart koşulmayan hususlar da vardır. Bunlar adi yazılı sözleşmeyle düzenlenebilecekleri gibi, herhangi bir şekle tabi olmadan da kararlaştırılabilirler. Doktrinde geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak nitelendirilen anlaşmalar içinde yer alabilecek içerikler bu başlık altında incelenecektir.<sup>266</sup>

Mal rejiminin sona ermesi hallerinden biri de boşanmadır. TMK 166/f.3 hükmüne göre, eşler evliliklerinin en az bir yıl sürmüş olması kaydıyla, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların da durumunu düzenledikleri bir anlaşmalı boşanma protokolüyle hakime başvurabilirler. Hakim tarafları dinler, uygun gördüğu takdirde protokolü onaylar ve boşanmaya karar verir. Ancak boşanmanın mali sonuçlarından kabul edilmese de, eşler mal rejimine ilişkin bir düzenlemeye anlaşmalı boşanma protokolünün kapsamında yer verebilirler. Hatta söz konusu protokol hakim tarafından onaylanmasa bile, mal rejimine ilişkin hükümler tasfiye anlaşması niteliğinde

265 ACAR, s. 101

266 ZEYTİN, s. 46

olduklarından bahisle geçerli kabul edilmelidirler. Öte yandan anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesine yönelik düzenlemelere yer verilmişse, bunların mal rejiminin tasfiyesine ilişkin olduğunun tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir. Söz gelimi eşlerin “karşılıklı mal talebimiz yoktur” şeklindeki ifadesinden katılma ve değer artış payı alacaklarından vazgeçtikleri sonucuna varılmamalıdır.<sup>267</sup> Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta, anlaşmalı boşanma davası sırasında düzenlenen protokole yer alan “ tarafların mal talepleri yoktur” şeklindeki ifadenin, eşler arasında mal rejiminden kaynaklanan alacak isteklerini de kapsayacağı yönünde karar vermiştir.<sup>268</sup>

Boşanma kararı sonrasında hem evlilik birliği hem de eşler arasındaki mal rejimi, davanın açıldığı tarih itibarıyla son bulmaktadır. TMK 184/1-5 hükmüne göre eşler boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmalar yapabilmektedirler. Ancak bu anlaşmalar hakim tarafından onaylanıp karara geçirildiği takdirde hüküm ifade etmektedirler. Boşanmanın ferî sonuçları ise, nafaka, tazminat ve velayete ilişkin düzenlemelerdir. Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin kararlaştırmalara, her ne kadar bu anlaşmaların bünyesinde yer verilebilecek olsa da, boşanmanın ferî sonuçlarından sayılmazlar. Sonuç olarak boşanmanın ferîlerini düzenleyen anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmasa da, içerdiği mal rejimine ilişkin hükümler mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarihte sona ereceği için tasfiye anlaşması niteliğinde olduğundan geçerli kabul edilmelidir.<sup>269</sup>

Eşler TMK'nın 193. maddesi uyarınca birbirleriyle ve üçüncü kişilerle kanunda aksine hüküm bulunmadıkça her türlü işlemi yapabilirler. Sözleşme özgürlüğüne vurgu yapan bu hüküm, eşlerin yasal sınırlamalar dahilinde aralarında kural olarak her türlü işlemi yapmakta serbest olduklarını düzenlemektedir. Kanunda ayrıca ve açıkça mal rejimi sözleşmesiyle düzenlenmesi gerektiği belirtilmeyen hususlar hakkında, eşler farklı türde sözleşmeler yapabilirler.

Kanunun envanter düzenlenmesine ilişkin 216. maddesinde ise, eşlerden her birinin, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmî senetle yapılmasını isteyebileceği yer almaktadır. Hükümün ifadesinden de anlaşıldığı üzere, söz konusu

267 KARAKİMSELİ, s. 116

268 YHGK 2013/8-185 E., 2013/1601 K., 27.11.2013 T.

269 KARAKİMSELİ, s. 112

envanterin resmi senetle yapılması yeterlidir, mal rejimi sözleşmesi ile düzenlenmesi şart değildir.

Yönetim, yararlanma ve tasarruf başlıklı 223. maddenin ikinci fıkrasında “Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz” denilmektedir. Paylı mülkiyet konusu malda eşin tasarruf yapılabilmesine ilişkin izinden feragat dair yapılacak aksine anlaşmanın, mal rejimi sözleşmesiyle yapılması gerekmez. Paylı mülkiyette diğerinin rızası olmadan tasarrufta bulunulabileceğine ilişkin kararlaştırma, herhangi bir şekil şartına tabi olmadan açık hatta zımni bir şekilde yapılabilecektir.<sup>270</sup>

Kanunun 226. maddesinin ikinci fıkrasında paylı mülkiyete konu bir malı, tasfiye sırasında daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebileceği düzenlenmektedir. Diğer eşin bu talepten vazgeçmesini düzenleyen anlaşmanın mal rejimi sözleşmesiyle yapılması şartı yoktur.

Eşlerden biri, kendi malvarlığından diğer eşin malvarlığında bulunan bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına uygun bir karşılık almadan ve bağışlama kastı olmaksızın bir katkıda bulunmuşsa, malın değerinde meydana gelen tasfiye anındaki artış oranında değer artış payı alacağına sahip olur. Ancak eşler TMK'nın 227. maddesinin üçüncü fıkrasında yer aldığı üzere, yapacakları yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilir ya da buna ilişkin pay oranını değiştirebilirler. Yani yasanın değer artış payına ilişkin düzenlemesi emredici nitelikte olmadığından, taraflar aksini kararlaştırabileceklerdir. Eşler değer artış payı alacağından belirli bir mala özgü olarak feragatte bulunabilecekleri gibi, genel bir vazgeçmede bulunmalarında da engel yoktur.<sup>271</sup> Öte yandan eşlerin değer artış payı alacağına ilişkin oranı da değiştirebilecekleri açıktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, değer artış payı hakkındaki sözleşme serbestisinin sadece vazgeçme ve oranı değiştirmeye özgü olduğudur. Dolayısıyla katkı yapan eşin değer azalmasına ilişkin zarara katlanacağı yönünde bir anlaşma geçersiz olacaktır.<sup>272</sup> Şayet değer kaybı söz konusu olursa, kanunda

270 ZEYTİN, s. 60

271 ZEYTİN, s. 57

272 YENİARAS Cem Mustafa, Değer Artış Payı Alacağı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı:6, 2010, s. 3674

düzenlendiği üzere katkının başlangıçtaki değeri esas alınacaktır. Alacak hakkından vazgeçilebildiğine göre, zarara katlanılmasa da, başlangıçta yapılan katkıya tekabül eden değer artış payı alacağından da vazgeçilebilir.

Yasa metninde yazılı bir anlaşmayla, değer artış payından vazgeçilebileceği veya pay oranının değiştirilebileceği belirtilmektedir. Lafzi yorum yapılacak olursa, adi yazılı bir sözleşmeyle değer artış payına ilişkin farklı bir düzenleme getirebileceğini söyleyebiliriz. Diğer bir deyişle, buna ilişkin anlaşmaların mal rejimi sözleşmesiyle yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu hükmün uygulanması tasfiye tarihine kadar yapılacak anlaşmalar için geçerlidir. Yani eşler değer artış payından tasfiyeden sonra vazgeçmek isterlerse, buna ilişkin anlaşmayı şekle tabi olmayan bir ibra sözleşmesiyle gerçekleştirebileceklerdir.<sup>273</sup> TBK'nın 132. maddesinde belirtildiği üzere, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile, borç tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.

Eklenecek değerlerden bahsedilen 229. maddede, diğer eşin katılma alacağını azaltan bazı kazandırmaların tekrar edinilmiş mallar havuzuna geri dönmesinden bahsedilmektedir. Bunlar mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan karşılıksız kazandırmalar ve mal rejimi süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirlerdir. Eklenecek değer niteliğindeki kazandırmalar için verilecek tasarrufa ilişkin rızanın mal rejimi sözleşmesi dışındaki bir anlaşmayla yapılması mümkündür. Bu hususta verilecek rıza herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı gibi, açık ya da zımni olarak önceden veya işlemin sonrasında icazet şeklinde de verilebilir.<sup>274</sup> Ancak unutulmamalıdır ki söz konusu rıza, somut ve belirli malvarlığı değerleri hakkında yapılacak tasarruflara özgü olarak verilebilecektir.

Kanunun 239. maddesinde, katılma alacağı ve değer artış payı ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesi veya bu ödemelere borçlu tarafından güvence verilmesi düzenlenmektedir. Erteleme talebinden vazgeçmeye veya güvence verilmesine ilişkin bu tarz bir belirleme mal rejiminin içeriğine dahil olmakla birlikte, mal rejimi sözleşmesi dışındaki bir anlaşmayla da kararlaştırılabilir. Maddenin devamında yer aldığı üzere katılma alacağı ve değer artış payına tasfiyenin sona ermesinden itibaren

273 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 223

274 ZEYTİN, s. 239

faiz yürütülecektir. Ancak eşler faize ilişkin aksine bir kararlaştırmayı mal rejimi sözleşmesi dışında başka bir anlaşmayla da yapabileceklerdir.

Paylaştırmalı mal ayrılığı rejiminde de benzer bir düzenleme getirilmiştir. TMK madde 253'e göre, aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak denkleştirme bedeline faiz yürütülür ve koşullar gerektiriyorsa güvence istenebilir. Tarafların faiz almaktan ve güvenceden vazgeçerek aksini mal rejimi sözleşmesi dışında bir anlaşmayla kararlaştırmaları mümkündür.

Mal ortaklığı rejimindeki olağanüstü yönetimi düzenleyen 263. maddenin birinci fıkrasına göre, eşler olağan yönetim dışında kalan konularda, ancak birlikte veya diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya mallarda tasarrufta bulunabilirler. Eşlerden birinin diğerine vereceği bu rıza mal rejimi sözleşmesinde düzenlenebileceği gibi, başka bir anlaşmayla da belirlenebilir.

Mal ortaklığı rejimiyle ilgili diğer örneğe de kanununun 264. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, eşlerden biri, diğerinin rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak, tek başına bir meslek veya sanat icra edebilir ve icra ettiği bu meslek veya sanata ilişkin bütün hukukî işlemleri yapabilir. Eş tarafından verilecek bu rıza mal rejimi sözleşmesinin konusuna girmekle birlikte, başka bir anlaşmayla da verilebilir.

Eşlerden birinin diğerinin rızasına ihtiyaç duyduğu bir diğer konu ise, mal ortaklığı rejiminde mirasın kabulü veya reddidir. Kanununun 265. maddesine göre, eşler birbirlerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan mirası ret edemeyecekleri gibi, tereke borca batıksa mirası kabul de edemezler. Bahsedilen mirasın kabul veya reddine ilişkin rızanın muhakkak mal rejimi sözleşmesiyle verilmesi gerekmemektedir.

Mal ortaklığı rejimine ilişkin TMK 268. maddeye göre, eşler üçüncü kişilerle anlaşarak, onlara karşı kişisel malları yanında ortaklık mallarıyla da sorumlu olacaklarını kararlaştırabilirler. Buna ilişkin anlaşma için, kanunun ifadesinde şekil şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin, mal rejimi sözleşmesi dışında başkaca bir hukuki işlemle yapılmasına engel yoktur.<sup>275</sup>

Mal rejimine ilişkin içeriğin, başka hukuki işlemlerle düzenlenmesi hususunda akla gelen bir diğer konu tahvildir. Söz gelimi, katılma oranına ilişkin bir düzenlenmeye miras sözleşmesinde yer verilmesi ihtimalinde, doktrinde bu anlaşmanın tahvil kurumundan yararlanılarak mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün



görülmektedir.<sup>276</sup> Yani bu halde, miras sözleşmesi de mal rejimi sözleşmesi için getirilen geçerlilik şeklini taşıdığından, anlaşmanın tahvili için herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bu başlık altında bahsedilen hususlar hakkında, mal rejimi sözleşmesiyle de düzenleme yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu düzenlemelere mal rejimi sözleşmesinde yer verilmiş olsa bile, ondan bağımsızdırlar ve geçerlilikleri mal rejimi sözleşmesinin geçerliliğine bağlı değildir.<sup>277</sup> Yani söz gelimi mal rejimi sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz dahi olsa, değer artış payına ilişkin anlaşma adi yazılı şekil şartının karşılanması halinde geçerli olamaya devam edecektir.

### **3.5. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİYLE EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEME YAPILABİLMESİ**

Eşler mal rejimi sözleşmesinden farklı olarak, konusu şahıs ya da malvarlığı değerleri olan başka sözleşmeler de yapabilirler. Mal rejimi sözleşmesinin konusu ise, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin düzenlemelerdir. Eşlerin kişisel ilişkilerine yönelik, aile hukuku düzenlemeleri mal rejimi sözleşmesinin konusu olamaz. Buna karşılık, eşler mal rejimi dışında kalan iktisadi ilişkilerine ilişkin düzenlemelere mal rejimi sözleşmesinde yer verebilirler. Bu anlamda birlik giderlerine katılma payının tespitine, evlilik birliğinin temsiline, aile konutunun seçimi, devri, aynı hakla sınırlandırılması veya kira sözleşmesinin feshine ilişkin verilen rızaya yönelik anlaşmalar mal rejimi sözleşmesine konu olabilir.<sup>278</sup> Yine eşler arasında yapılan ölüme bağlı tasarruflar, mal rejimi sözleşmelerinden farklı olmakla birlikte, onun içeriğinde yer alabilirler.

Doktrindeki diğer bir görüş ise, evliliğin malvarlığına ilişkin genel hükümlerinin mal rejimi sözleşmesinin konusunu oluşturmayacağı yönündedir. Çünkü evliliğin malvarlığına ilişkin genel hükümlerinin bir bölümü zaten emredici niteliktedir ve bu sebeple mal rejimi sözleşmesinin içeriğinde yer alamaz. Emredici nitelikte olmayanların aksi ise, mal rejimi sözleşmesinin şekil şartlarını gerektirmeyen anlaşmalarla kararlaştırılabilmektedir. TMK'nın 188. maddesinde yer alan eşlerin evlilik birliğini

276 ACAR, s. 109

277 SARI Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 1. Bası, İstanbul, 2007, s. 19

278 ZEYTİN, s. 55

temsiline ve 194. maddesinde yer alan aile konutuna ilişkin düzenlemeler bunlara örnektir.<sup>279</sup> Fakat kanaatimizce bunların mal rejimi sözleşmesiyle de kararlaştırılabilmelerinin önünde hiçbir engel yoktur.

Fikrimizce eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle belirli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkilerini kısıtlayarak diğer eşin rızasına bağlı kılabilirler. Bu durumda evliliğin genel hükümleri başlığı altında düzenlenen TMK madde 199'daki ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi şartlarının varlığı da aranmayacaktır. Zira malik eş somut ve belirli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlama yönünde serbestçe taahhütte bulunmaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki, tasarruf yetkisini diğer eşin rızasıyla sınırlayan mal rejimi sözleşmesi tapuya şerh verilemeyeceğinden, teknik olarak malvarlığının üçüncü kişiye geçerli bir şekilde devredilmesi önlenemeyecektir. Bu durumda sadece sözleşmeye ve tasarrufta bulunmama borcuna aykırılıktan dolayı malik eşin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Kural olarak eşler oturacakları aile konutunu birlikte seçerler. Ancak mal rejimi sözleşmesiyle bu seçimin eşlerden yalnızca birine bırakılması da mümkündür. İlk bakışta çok da önem arz etmediği düşünülecek aile konutu seçimi özellikle eşlerin iş, sosyal ve akrabalık ilişkilerinin yoğunlaştığı şehirlerin farklı olması durumunda ehemmiyet kazanacaktır.

Evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir diğer iktisadi düzenleme eşlerin birliğin giderlerine ne oranda katılacaklarıdır. TMK gereği eşlerin giderlere güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılması asıldır. Ancak eşler mal rejimi sözleşmesiyle buna ilişkin başkaca esaslar benimseyebileceklerdir. Söz gelimi eşlerden birinin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması veya diğer eşin işinde karşılıksız çalışması şartıyla başkaca bir nakdi katkıda bulunmayacağı kararlaştırılabilir.

Eşlerden her biri, ortak yaşam devam ettiği müddetçe ailenin sadece sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder. Diğer ihtiyaçlar için temsil yetkisinin kullanılması, mal rejimi sözleşmesi veya başkaca bir anlaşmayla diğer eş tarafından yetkili kılınmayla mümkündür. Şayet eşler evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları için temsil yetkisini ancak birlikte kullanacaklarını kararlaştırmışlarsa, üçüncü kişilerce anlaşılması mümkün olmayan yetki aşımı gündeme gelecek ve müteselsilen sorumlu

olmaya devam edeceklerdir. Öte yandan eşlerden birinin temsil yetkisinin kaldırılması yahut sınırlandırılmasına dair bir düzenlemeye mal rejimi sözleşmesinde yer verilebilir. Ancak bu halde söz konusu düzenleme iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurmayacak, sadece eşler arasında nispi bir rücu ilişkisi inşa edecektir. Çünkü temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması diğer eşin istemi üzerine hakim kararıyla mümkündür. Bu kararın iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması da yine hakim kararıyla ilan edilmesine bağlıdır.

Kural olarak malik eş aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkını devredemeyeceği gibi, onu aynı hakla da sınırlayamaz. Kira sözleşmesinin tarafı olan eş de tek başına kira sözleşmesini feshedemez. Aile konutu hakkında bahsedilen bu işlemlerin her birinin yapılabilmesi için diğer eşin rızasının alınması zorunludur. İşte buna ilişkin rızanın mal rejimi sözleşmesiyle verilmesi de geçerli kabul edilecektir. Ancak rızanın önceden ve genel nitelikte değil, özel, belirli, somut bir işleme ve malvarlığı değerine ilişkin olması gerektiği unutulmamalıdır.<sup>280</sup>

Eşlerden biri TMK 215. maddeden anlaşıldığı üzere, mallarının yönetimini diğer eşe açık veya örtülü olarak bırakabilir. Eşler arasında yapılacak malvarlığı yönetimine ilişkin bu tip bir yetkilendirme, evliliğin genel hükümlerine ilişkin olmakla birlikte mal rejimi sözleşmesiyle de düzenlenebilecektir. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bu halde eşler arasında TBK'nın vekâlet hükümleri uygulanacaktır. Fakat eşlerin birbirlerine olan yardım yükümlükleri kapsamında, kural olarak malik olmayan eş bu vekalet görevi dolayısıyla ücret talep edemeyecektir. Ancak bunun aksinin de mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılmasının önünde hiçbir engel yoktur. Diğer taraftan malik eş mallarının yönetimini diğer eşe mal rejimi sözleşmesiyle bırakmak zorunda da değildir. Bir iş veya şirket sözleşmesiyle bu kararlaştırılabileceği gibi, örtülü olarak diğer eşin yaptığı işlemlere ses çıkarmamak suretiyle fiilen de yapılabilir.<sup>281</sup> Malların yönetimi diğer eşe iş veya şirket sözleşmesi yoluyla bırakılmışsa, bu halde aradaki ilişkiye vekalet değil, akdedilen sözleşme hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Mevaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 195. maddesinde de, eşlerden birinin mallarını yönetme yetkisini diğer eşe

280 ZEYİN, s. 55

281 GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 186

bırakması halinde, yönetim yetkisi kendisine bırakılan eş hakkında vekâlet hükümlerinin tatbik edileceği açıkça düzenlenmiştir.<sup>282</sup>

TMK'nın 217. maddesine göre, mal rejimi eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez. Eşlerin karşılıklı borç ve alacakları konusunda anlaşmazlık doğması halinde, bu hususta hakimin müdahalesini talep etmeleri imkânı da tanınmamıştır.<sup>283</sup> Ancak eşler borcun yerine getirilmesi, borçlu eşi evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa borcun ertelenmesine ya da teminattan vazgeçilmesine ilişkin bir sözleşme akdedebilirler. Her ne kadar evliliğin genel hükümlerine ilişkin olsa da, bu tarz bir kararlaştırmaya mal rejimi sözleşmesinde yer verilebilmesi mümkündür. Öte yandan eşlerin üçüncü kişilere karşı olan borçları hakkında da, mal rejimi sözleşmesiyle düzenlemeye varabilmeleri imkân dahilindedir.<sup>284</sup>

282 ACAR Faruk, Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, 2015, s. 146

283 ALDEMİR, s. 107

284 ALDEMİR, s. 107

## 4. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK, MİRAS HUKUKU İLİŞKİSİ

### 4.1. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK İLİŞKİSİ

#### 4.1.1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişkiye, hangi devletin maddi hukuk hükümlerinin tatbik edileceği sorunu kanunlar ihtilafı kurallarıyla çözülür. Mal rejimi ilişkisi aile hukuku karakterli olmasından ötürü, eşlerden birinin yabancı olması halinde devletler özel hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır.

Yabancılık unsuru içeren evlilikteki mal rejimine uygulanacak yetkili hukuka işaret eden kanunlar ihtilafı kuralı MÖHUK'un 15. maddesinde yer almaktadır. Buna göre eşler evlilik malları hakkında evlenme anındaki mutata mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebileceklerdir. Eşlerin buna ilişkin bir seçim yapmaması halinde ise sırasıyla evlenme anındaki müşterek milli hukukları, müşterek mutata mesken hukukları yahut bu da yoksa Türk hukuku uygulanacaktır. Şayet eşler evlenmeden sonra yeni müşterek bir hukuka sahip olurlarsa, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, aralarındaki mal rejimini bu müşterek hukuka tabi kılabilirler. Bu halde eşler müşterek milli hukuklarına, müşterek ikametgah hukuklarına veya müşterek mutata mesken hukuklarına yetki tanıyabileceklerdir.

Evlilik mallarının tasfiyesi yani paylaşılması sırasında ise, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanacaktır. Bu durumda Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında tasfiye Türk hukukuna göre yapılırken, yabancı ülkelerde bulunan taşınmazların tasfiyesi ise oranın hukukuna tabi olacaktır. Sonuç olarak tasfiyede esnasında taşınmazlar hakkında farklı ülke hukukları uygulanabilecektir.

Uyuşmazlık somut tek bir taşınmazdan kaynaklanıyorsa bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı açıktır. Ancak taşınır ve taşınmazlardan oluşan külli bir mal rejimi tasfiyesine yönelik uyuşmazlıkta, her bir malvarlığı değeri için ayrı hukuka tabi olunması garabetinden kurtulmak için, taşınmaza ilişkin davanın tefrik edilmesi isabetli olacaktır. Öte yandan taşınmaza ilişkin aynı hakka değil, onun değer olarak yer aldığı alacak hakkına dayanan davada taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanmamalıdır.<sup>285</sup>

#### 4.1.2. Hukuk Seçimi

Türk hukukunda mal rejimine uygulanacak hukuk açısından, tarafların seçmiş oldukları hukuka öncelik tanınmıştır. Ancak söz konusu seçim şahsi statü denilen mutat mesken hukuku ve milli hukuk ile sınırlanmıştır. Öte yandan eşlerin “evlenme anındaki” mutat mesken veya milli hukuklardan birini seçebilecekleri düzenlenerek, statü değişiklikleri önlenmiş, mala ilişkin statünün baştan itibaren belirli olması sağlanmıştır. Bu sebeple eşler gerek evlenmeden önce gerekse evlenmeden sonra evlilik birliğine uygulanacak mal rejimini seçen sözleşmeyi yapmış olsunlar, yalnızca evlenme anlarındaki mutat mesken veya milli hukuklarından birini seçebileceklerdir.<sup>286</sup> Aksi takdirde statü değişikliği tatbiki gereken maddi hukuk kurallarının değişmesine neden olabilecektir. Söz gelimi bir menkulün bulunduğu yerin, şahsın vatandaşlığının veya ikametgahının değişmesi kanunlar ihtilafı kuralları dairesinde bağlanma noktalarının, bu da tabi olunan hukukun, yani statünün değişmesine neden olmaktadır. Alman hukukunda mal rejimleri açısından statünün değişmezliği kabul edilmiştir.<sup>287</sup>

Eşlerin birden fazla vatandaşlığa sahip olması ihtimalindeyse, bu vatandaşlığa konu hukuklardan herhangi birinin kendilerine uygulanacağını kararlaştırabilmeleri mümkündür. Ancak söz konusu seçime konu hukuk, Türk kamu düzenine açıkça aykırı hükümler içermesi halinde uygulama alanı bulmayacaktır. Zira MÖHUK'un 5. maddesinde yer alan düzenleme emredici nitelikte olup Türk kamu düzenine aykırılık ihtiva eden hüküm yerine, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanacaktır. Bu sebeple milletlerarası özel hukuk anlamında, eşlere ancak sınırlı bir sözleşme özgürlüğü imkânı tanındığı savunulabilir.<sup>288</sup>

Eşler evlilik mallarına hangi hukukun ve bu hukuktaki hangi mal rejiminin uygulanacağını yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle seçebileceklerdir. Türk hukukunda mal rejimi ilişkisinin aile hukuku karakteri ağır bastığından evlenme ile irtibatlı olan kısıtlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Fransız ve Avusturya hukuklarında ise evlilik mallarına ilişkin hükümler aile hukuku bölümünde

286 ALDEMİR, s. 17

287 NOMER Ergin/ŞANLI Cemal, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Bası, İstanbul, 2009, s. 266

288 ALDEMİR, s. 17

düzenlenmesine rağmen, borçlar hukuku karakterli oldukları kabul edilerek çok daha geniş bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır.<sup>289</sup>

#### **4.1.3. Sözleşmenin Geçerliliği**

Yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi sözleşmesinin şekil ve ehliyet açısından geçerliliği öne gelen davada halli gereken bir ön sorundur. Ancak hakim bu ön sorunu re'sen gözetmeyecek, taraflarca ileri sürüldüğü takdirde dikkate alacaktır. Söz konusu ön sorunu çözümede hangi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı hususunda somut olayda hakkaniyetli bir sonuca ulaşılabilmesi açısından hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Buna göre hakim lex fori yani hakimın hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını veya lex causae yani mal rejiminin esasına uygulanan hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamakta serbesttir.<sup>290</sup> Şayet hakim lex fori yani kendi hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaya karar verirse, ön sorunu MÖHUK'un şekil ve ehliyetle ilişkin kurallarıyla çözecektir.

Mal rejimi sözleşmesinin şeklen geçerli olabilmesi için hangi ülke hukukuna uygun yapılması gerektiği saptanırken, MÖHUK'un genel şekil kuralını düzenleyen 6. maddesinden faydalanılacaktır. Buna göre hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılmakla geçerli kabul edileceklerdir.

MÖHUK'un 9. maddesi uyarınca hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Mal rejimi sözleşmesi her iki eşin de irade beyanları ile gerçekleşen, çok taraflı bir hukuki işlemdir. Dolayısıyla eşlerin her ikisinin de milli hukukları birlikte uygulanarak mal rejimi sözleşmesinin ehliyet açısından geçerli olup olmadığı saptanacaktır. Sonuç olarak mal rejimi sözleşmesi, her iki eşin de milli hukukuna göre ehliyetli sayılmaları halinde geçerli kabul edilecektir.

#### **4.2. MİRAS HUKUKU İLİŞKİSİ**

Mal rejimi sözleşmesinin miras hukukundaki sonuçları evliliğin ölümle sona ermesi halinde ortaya çıkacaktır. Bu halde sağ kalan eş hem mal rejiminin hem de terekenin tasfiyesinde taraf haline gelerek, katılma alacağı ve miras payına sahip olmaktadır.

289 ŞENSÖZ, s. 105

290 ŞENSÖZ, s. 106

#### 4.2.1. Artık Değere Katılma

Kural olarak her eş veya mirasçısı, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde pay sahibi olurlar. Ancak TMK 236. maddedeki bu düzenleme emredici nitelikte değildir. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılmayla ilgili başka bir esası belirleyebilirler. Bu hususta artık değer toplamına belirli bir miktar üzerinden katılımı öngörebilecekleri gibi, oransal bir paylaşım da kararlaştırabilirler. Söz gelimi eşler mal rejimi sözleşmesiyle eşlerden birinin ölümü halinde tüm edinilmiş malların diğer eşe kalacağını kararlaştırabilirler.<sup>291</sup> Bu ihtimalde ölen eşin edinilmiş mallarındaki katılma alacağının tümü bir bütün halinde sağ kalan eşin olacaktır. Sağ kalan eş ve diğer mirasçılar ise, ölen eşin kişisel malları ve varsa sağ kalan eşin artık değerine katılma alacağı üzerinde miras hakkına sahip olurlar.<sup>292</sup> Sonuç olarak sağ kalan eş lehine yapılan artık değere katılma anlaşması, murisin terekesinin dolayısıyla mirasçılarının miras paylarının azalmasına yol açacaktır.

Evliliğin ölümle sona ermesi halinde katılma alacağına ilişkin taraflarca benimsenecek esas, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların alt soylarının saklı paylarını zedeleyemez. TMK 237/f.2 hükmünün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere eşlerin ortak çocuklarının ve onların alt soylarının saklı payları ihlal edilebilir. Evliliğin ölüm dışındaki, boşanma veya evliliğin butlanı gibi bir sebeple sonlanması halinde ise, herhangi bir sınırlama söz konusu olmadan eşler artık değere katılma oranını belirleyebileceklerdir.

Ölüm halinde eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyen mal rejimi sözleşmesi geçerli olmaya devam edecek, ancak yapılan kazandırma ihlal oranında miras hükümleri uyarınca tenkise tabi tutulacaktır. Ortak çocuklar için aynı esasın benimsenmemesinin sebebi, onların artık değer üzerindeki miras beklentilerinin zaten kendi öz anne veya babaları olan diğer eşin ölümü halinde karşılanacak olmasındandır. Ancak sağ kalan eşin yeniden evlenmesi ihtimalinde ortak çocukların artık değer üzerindeki miras payları azalacaktır. Bu sebeple İsviçre hukuku uygulamasında artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmelerinde sağ kalan eşe evlenmeme şartı getirilmektedir. Söz konusu kayıtların TMK 23/f.2 çerçevesinde kişilik haklarına aykırı olduğu söylenebilir. Ancak ortak altsoyun korunması amacına hizmet

291 ŞENOCAK, s. 7

292 ZEYİN, s. 58



eden bu kayıtlar, sağ kalan eşi cezalandırma amacı gütmendiğinden geçerli sayılmalıdır.<sup>293</sup>

Doktrinde saklı payı ihlal eden mal rejimi sözleşmesinin, kanunun tenkise tabi sağlar arası ve ölüme bağlı tasarruflara ilişkin emredici hükümlerini dolanma amacı güttüğü ve bu sebeple kanuna karşı hile teşkil ettiği savunulmaktadır. Buna göre, kanuna karşı hileyle yapılan işlem dolanılan hükmün yaptırımına tabi olacağından, mal rejimi sözleşmesinin saklı payları ihlal ettiği oranda (tenkis) geçersizliğine hükmetmek gerekecektir.<sup>294</sup>

Ortak olmayan altsoya saklı pay koruması sağlayan TMK 237/f.2 hükmü, tüm saklı paylı mirasçılara koruma sağlayan TMK 565 hükmüne göre özel bir hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmesi ortak olmayan alt soyun saklı payını zedelemişse TMK 565'deki şartları içeren bir kazandırma olması gerekmezden tenkise tabi tutulacaktır.<sup>295</sup> Ortak olmayan çocuk için mal rejimi sözleşmesi yapılmamış olsaydı saklı payı ne olacaktıysa ona göre, ortak çocuk içinse mal rejimi sözleşmesinin varlığı durumundaki saklı pay hesaplanacaktır.<sup>296</sup>

Saklı payı ihlal eden mal rejimi sözleşmeleri hakkında, miras hukukundaki tenkiste tertip hükümleri gündeme gelmektedir. Bu hükümlere göre, öncelikle ölüme bağlı tasarruflar tenkise tabi olacak, saklı pay ihlali bunlarla giderilemezse, sağlar arası tasarrufların en yeni tarihlisinden başlanarak en eskisine doğru devam edilecektir. Bu durumda artık değere katılma oranını düzenleyen mal rejimi sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruf mu, yoksa sağlar arası tasarruf mu olduğunun cevaplanması gerekir.

Artık değere katılmaya ilişkin farklı bir kararlaştırma içeren mal rejimi sözleşmesi TMK 238 hükmüne göre, kural olarak evliliğin sadece ölümle sona ermesi halinde geçerli olur. Mahkemece evliliğin iptali, boşanma veya mal ayrılığına geçilmesi kararları verilmiş ve mal rejimi bu sebeplerden biriyle son bulmuşsa artık değere katılmaya ilişkin yasadakinden farklı bir oran içeren anlaşma, ancak sözleşme metninde açıkça bu hallerden biriyle son bulmanın da yer alması ihtimalinde geçerli olacaktır.

293 ŞENOCAK, s. 8

294 ACAR, s. 125

295 ŞENOCAK, s. 2

296 ACAR, s. 127

Artık değer özgülemesi ölüm dışındaki sona erme hallerinden biri için yapılmışsa, sağlar arası kazandırma teşkil ettiğinden şüphe yoktur. Evliliğin ölümle sona ermesi hali için kararlaştırılan artık değer özgülemesinin sağlar arası bir kazandırma mı, yoksa ölüme bağlı bir bağışlama mı niteliğinde olduğu tartışmalıdır. Ölümle sona ermede de bir ayırım yapılmakta, nadir de olsa önce ölen eş lehine (asıl olarak onun mirasçıları lehine) yapılan artık değer özgülemeleri sağlar arası kazandırma kabul edilmektedir. Çünkü bu halde mal rejimi sözleşmesi kazandırmada bulunanın sağlığında hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Sağ kalan eş lehine yapılan artık değer özgülemesinin hukuki niteliği hakkında ise fikir ayrılıkları bulunmaktadır.

Doktrindeki görüşlerden biri, bu tarz sözleşmeleri sağlar arası tasarruf olarak kabul etmektedir. Buna göre, bu anlaşmaları daha kolay ve çabuk tenkise tabi kılmak için, ölüme bağlı tasarruf saymanın kabul edilebilir bir gerekçesi yoktur. Zira öncelikle mal rejimi tasfiye edilmekte sonrasında mirasın tasfiyesine geçilmektedir. Çünkü mal rejimi tasfiyesi, miras bırakanın terekesinin belirlenmesi için mirasın tasfiyesinden önce kendine özgü kurallarla yapılması gereken bir işlemdir. Ölen eş mal rejimi sözleşmesiyle terekesinde değil, miras yoluyla geçmeye elverişli malvarlığı hakları üzerinde tasarrufta bulunmakta ve bunların terekesinin aktifinde yer almasını engellemektedir.<sup>297</sup> Sağ kalan eş lehine yapılan bu tarz bir kararlaştırma, eşlerden birinin ölümü olan erteleyici şarta bağlı sağlar arası karşılıksız bir kazandırma niteliğindedir. Mirası reddeden eşin katılma alacağı hakkının varlığını devam ettirmesi de bunu kanıtlar niteliktedir. Aksi takdirde mirası reddeden sağ kalan eşin ölüme bağlı tasarruf sayılan artık değere ilişkin kararlaştırmadan yararlanamayacağı kabul edilirdi. Sonuç olarak aile hukukuna ait mal rejimi sözleşmesi ve buna ilişkin kararlaştırmaları, miras hukukuna ilişkin ölüme bağlı tasarruflarla karıştırmamak gerekir.

Eşler aksini kararlaştırmamışlarsa, mal rejimi sözleşmesi anlaşmanın yapıldığı değil, evliliğin gerçekleştiği tarihten itibaren geçerlilik kazanacaktır. Tenkiste tertip kuralları gereği, en yeni tarihlisinden, en eski tarihli olan sağlar arası kazandırmaya doğru tenkis yapılmaktadır. Dolayısıyla tenkisteki sırası belirlenirken mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı tarihin değil, evlilik tarihinin esas alınacak olması gözden kaçırılmamalıdır. Ancak yapılan sözleşmenin mal rejiminin sona ermesi ile hüküm ifade

297 ŞENOCAK, s. 11

edeceği dikkate alındığında, tasfiye rejimi özelliği nedeniyle mal rejiminin sona erdiği tarihin dikkate alınması da düşünülebilir.

Öğretideki bir diğer görüş, katılma alacağını düzenleyen mal rejimi sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarruf olduğu kanaatindedir. Bu görüş uyarınca, ölen eşin katılma alacağı, tasfiyeden önce onun terekesine dahildir. Miras hukukundaki külli intikal prensibi bunu gerektirir. Yoksa mal rejiminin tasfiyesinin terekenin tasfiyesinden önce yapılıyor olması, katılma alacağının mal rejiminin tasfiyesinden önce terekede yer almadığı anlamına gelmez. Mal rejiminin tasfiyesi ölüm ile kendiliğinden doğarak terekede yer alan katılma alacağının, sadece belirli hale getirilmesine hizmet etmektedir.<sup>298</sup>

Kanaatimizce mal rejiminin ölümle son bulması halinde, sağ kalan eş lehine yapılmış ve onun katılma alacağını arttıran mal rejimi sözleşmesinin ölüme bağlı karşılıksız bir kazandırma niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

Artık değere katılmaya ilişkin başka bir esas getiren anlaşma kural olarak mal rejimi sözleşmesi şeklinde düzenlenmelidir. Ancak miras sözleşmesi şeklinde yapılan kararlaştırmalar da mal rejimi sözleşmesinin şekil şartlarını taşıdığından tahvil suretiyle geçerli kabul edilmelidir.<sup>299</sup> Öte yandan dikkat edilmelidir ki, buna ilişkin içeriğin salt miras sözleşmesi içerisinde yer alması onun ölüme bağlı tasarruf sayılmasına yol açmayacaktır. Vefat eden eş lehine yapılan artık değer özgülenmesine ilişkin anlaşma, sağlar arası bir kazandırma olma niteliğini devam ettirecektir.

Artık değere katılmaya ilişkin bir diğer hüküm ise, kanunun mal ortaklığı rejimini düzenleyen 276. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabul edilmesiyle mal ortaklığı rejimi sona ermişse, her eşe veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı verilir. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle başka bir oran da kararlaştırabilirler. Ancak bu tür anlaşmalar altsoyun saklı payını zedeleyemez. Burada ise ortak olan olmayan şeklinde bir ayırım yapılmamış, tüm altsoyun saklı payının ihlal edilemeyeceği düzenlenmiştir. Yine yapılan bu tarz bir sözleşmenin, evliliğin ölümle sona ermesi halinde tenkisi gündeme gelecektir. Tenkiste sıra açısından önem arz eden ölüme bağlı tasarruf veya sağlar arası kazandırma sayılma bakımından yukarıdaki açıklamalar geçerlidir.

298 ACAR, s. 123

299 ŞENOCAK, s. 6

#### 4.2.2. Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Aynı Hak Talebi

Mal rejiminin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi halinde, TMK'nın 240. maddesi sağ kalan eşe katılma alacağına mahsuben, yetmez ise bedel de ekleyerek aile konutu ve eve eşyası üzerinde kendi adına aynı hak tesisini talep edebilme imkânı tanımıştır.

Madde metninde sağ kalan eşin talep hakkına ilişkin başkaca düzenlemelerin mal rejimi sözleşmesiyle yapılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla ancak sözleşmeyle, aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynı hak tesisini talep imkânı ortadan kaldırılabilecektir. Yani eşler yaptıkları bir mal rejimi sözleşmesiyle TMK madde 240'ın kendilerine tanıdığı haklardan feragat etmemişlerse, bunu zedeleyen ölüme bağlı tasarrufların, TMK madde 557/f.3'e göre tasarrufun içeriğinin hukuka aykırı olduğundan bahisle iptali gerekir.<sup>300</sup>

Ölen eşin mülkiyetindeki aile konutu hakkında, sağlar arası bir tasarrufla üçüncü kişi lehine kazandırmada bulunması ise diğer eşin açık rızasına bağlıdır. Dolayısıyla bu ihtimalde rızası alınan sağ kalan eşin, sonradan TMK madde 240'a dayanarak aile konutu üzerinde kendisine aynı hak tanınmasını talep edemeyeceği açıktır.

300 ACAR, Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı, s. 77

## 5. SONUÇ

2002 yılında hukuk dünyamızda yerini alan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, edinilmiş mallara katılma rejimini yasal mal rejimi olarak düzenleyerek Anayasamızda öngörülen eşitlik ilkesinin, ekonomik anlamda da kadın ve erkek açısından yaşama geçirilmesine hizmet etmiştir. Bu rejimin yasal mal rejimi olarak kabulüyle, emeğini ev işlerine ve çocukların bakımına hasreden kadının, evlilik birliğine yapmış olduğu katkılar göz ardı edilmekten kurtulmuştur.

Edinilmiş mallara katılma rejimini en ideal rejim varsayıp yasal mal rejimi olarak kabul eden kanun koyucu, bunun yanında başkaca mal rejimi türlerine de yasada yer vermekten geri durmamıştır. Zira somut olayın özelliklerine göre, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşler için ideal olmadığı durumlar söz konusu olabilir. İşte bu hallerde eşlerin sınırlı irade serbestisi devreye girecek ve mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen başkaca bir mal rejimi türü eşler tarafından benimsenebilecektir.

Aile hukukuna ilişkin düzenlemelere kanun koyucu tarafından kamu düzeni gerekçesiyle emredici hükümlerle müdahale etme gereği duymuştur. Bu anlamda eşler tarafından düzenlenecek mal rejimi sözleşmelerinin, TBK’da yer alanın aksine sınırlı bir sözleşme özgürlüğü prensibine tabi olduğu söylenebilecektir.

Mal rejimi sözleşmeleri doktrinde dar ve geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Eşlerin tabi oldukları mal rejiminde yapmak istedikleri değişiklikleri mal rejimi sözleşmesinin şekil şartlarına uyarak gerçekleştirmeleri kural olmakla birlikte, kimi değişikliklerin geçerliliği mal rejimi sözleşmesinin şekil şartlarına bağlanmamıştır. Bu anlamda eşler ancak düzenleyecekleri bir dar anlamda mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası ve işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan ve edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri ile kişisel mallarının gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırarak kişisel mal statüsü yaratabilirler. Yine artık değere katılmaya ilişkin eşlerce benimsenecek kanunda öngörülenden farklı esasın geçerli olabilmesi dar anlamda mal rejimi sözleşmesi şeklinde düzenlenmesine bağlıdır.

Eşlerin dar anlamda mal rejimi sözleşmesinin şekil şartlarına uymadan geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilebilecek bir sözleşmeyle, kanunun izin verdiği ölçüde tabi oldukları mal rejiminde kazanacakları değerleri etkileyen düzenlemeler yapabilmeleri mümkündür. Kural olarak eşlerin paylı mülkiyetinde

bulunan malları üzerindeki payları hakkında tasarrufta bulunabilmeleri diğ erinin rızasına bağı lı olmakla birlikte, eşler birbirlerinin rızası bulunmadan paylı mülkiyetlerinde bulunan malları üzerindeki payları hakkında tasarrufta bulunabileceklerini geniş anlamda mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırabilirler. Eşlerden biri diğ erine ait bir malvarlığı değ erinin edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunmuşsa tasfiye sırasında malda ortaya çıkan değ er artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur. Ancak eşlerin geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi akdederek değ er artışından pay almaktan tamamen vazgeçmeleri ya da pay oranını değı ştirmeleri mümkündür.

Bahsedilen içerik düzenlemelerinin yanında, mal rejimi sözleşmesi kapsamında yer verilemikle geçerlilik kazanmayacak hususlar da bulunmaktadır. Öncelikle kanunda yer alan emredici hükümlerin aksine, taraflarca düzenleme yapılması mümkün değı ldir. Söz gelimi eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mal statüsü yaratmaları imkansızdır. Yine eşlerin boşanmanın ferî sonuçlarına yönelik yaptıkları anlaşmalar hakim tarafından onaylanmadıkça geçerlilik kazanamayacağından, çocukla kişisel ilişki kurulması, velayet, iştirak nafakası, yoksulluk nafakası ile mevcut veya beklenen menfaatlerin boşanma yüzünden zedelenmesi nedeniyle istenen maddi ve boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik haklarının saldırıya uğradığından bahisle istenen manevi tazminat taleplerinin mal rejimi sözleşmesi içerisinde kararlaştırılması hakim onayı olmadıkça hukuki sonuç ifade etmeyecektir.

## KAYNAKLAR

- ACABEY, M. Beşir** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı:2007
- ACAR, Faruk** Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2016
- ACAR, Faruk** Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, 2015
- ACAR, Faruk** Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı
- AKINTÜRK, Turgut** Aile Hukuku, Beta Basım, 9. Bası, İstanbul, 2004
- ALDEMİR, B. İpek** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak, 2018
- ARAL, Vecdi** İnsan Özgür Mü?, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım. İstanbul, 2004
- ASLAN, Yılmaz/ ŞENYÜZ, Doğan** Hukuka Giriş, 9. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016
- AY, Nuran** Günümüz ve İslam-Osmanlı Hukukunda Mal Rejimleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:1-2, 2003
- DOĞRU, Ecem** İstanbul Barosu Dergisi, Mart/Nisan 2016, Cilt 90, Sayı 2016/2
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper DİLBİRLİĞİ, Muhterem** Türk Özel Hukuku III.Cilt Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016
- Alman Mahkeme Kararlarındaki Mehirin Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 31. Sayı, 2017

- EMİROĞLU, Haluk** Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde Mal Rejimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:50, Sayı:3, 2001
- ERGÜN, Zafer** Boşanma Davaları, Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 2009
- ERİŞGİN, Özlem** Roma Toplumunda Kadının Konumu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4 Sayı:2, 2013
- GENÇCAN, Ömer Uğur** Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- GENÇCAN, Ömer Uğur** Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2017
- GERNHUBER/COESTER, Waltjen** Familienrecht, 6. Auflage, München, 2010, s. 355
- GÜMÜŞ, Alper Mustafa** Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008
- GÜRİZ, Adnan** Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 1997
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref** Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 27. Bası, Ankara, 2008
- HAYRAN, Burhan** 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu Mal Rejimleri Şerhi, Adil Yayınevi, 2004
- HELVACI, Serap** Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul, 2016
- KAÇAK, Nazif** Açıklamalı İchtihatlı Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara, 2012
- KANZLEITER, Rainer** Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage, 2017
- KARAKİMSELİ, Ayşe** Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017
- KARAMERCAN, Fatih** Katkı Değer Artış Payı Katılma Alacağı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet** Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet** Katkı-Katılma Alacağı, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2016



- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder KÜÇÜKYALÇIN, Arzu** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 22. Bası, Ankara, 2011  
Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:53, Sayı:4, 2004  
Eheverträge, 7. Aufl., 2015
- LANGENFELD, Milzer**
- MORTAŞ, Süleyman** Yargısal Anlayışlar Işığında Eşler Arasında Mal Rejimleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015
- NOMER, Ergin/ ŞANLI, Cemal** Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Basım, İstanbul, 2009
- OĞUZMAN, Barlas** Medeni Hukuk, Arıkan Yayınevi, 13. Bası, İstanbul, 2006
- OY, Osman/ GERÇEK, Onur** Karı Kocanın Edinilmiş Mallara Katılma ve Miras Hakları, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul 2016
- ÖZDAMAR, Demet/ KAYIŞ, Ferhat** Yasal Mal Rejimi Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2015
- ÖZTAN, Bilge** Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2015
- SEZER, Yasin** TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, 2011
- ŞENSÖZ, Ebru** Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Milletlerarası Özel Hukukta Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk
- ŞIPKA, Şükran** Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, 2013
- ŞIPKA, Şükran** Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, Beta Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, 2004
- TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin** Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2005

- YAZICI**, Abdurrahman Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:19, Sayı:62, 2015
- YENİARAS**, Cem Mustafa Değer Artış Payı Alacağı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı:6, 2010
- YETİK**, Nurten Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008
- YILDIRIM**, Abdülkerim Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, 1. Bası, Ankara, 2014
- ZEYTİN**, Zafer Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2017
- ZEYTİN**, Zafer Borç İçin Hapis Yasağı ve Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin İhlali, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), 2005, Sayı:4
- ZEYTİN**, Zafer Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Bahar 2011, Cilt:10, Sayı:36, Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi
- ZEYTİN**, Zafer Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Değer Artış Payı Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı

## **SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ**

### **OSMANGAZİ ... NOTERLİĞİ**

#### **MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ**

19.12.2007 tarihinde evlenen 1984 doğumlu Nizip nüfusuna kayıtlı Mustafa Karaca ile 1978 doğumlu Arhavi nüfusuna kayıtlı Esra Çakal Karaca aşağıdaki hükümler çerçevesinde paylaşımlı mal ayrılığı rejimine tabi olmak konusunda anlaşmışlardır.

1)Paylaşımlı mal ayrılığı rejimi 19.12.2007 olan evlilik tarihimizden itibaren geçmişe etkili olacak şekilde uygulanacaktır.

2)Evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona ermesi halinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve aramızda eşit olarak paylaşma konusu olan konutta kalma ve ev eşyasını kullanma hakkına Esra Çakal Karaca sahip olacaktır.

3)Ortak bir çocuk sahibi olmamız halinde, doğumdan itibaren aramızda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olmaya başlayacaktır.

4)İş bu sözleşme eşler arasında 24/08/2016 tarihinde düzenlenerek imza altına alınmıştır.

Mustafa KARACA

Esra Çakal KARACA

Osmangazi ... Noteri

Naci ŞENOZAN

### **ÇANKAYA ... NOTERLİĞİ**

#### **MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ**

27.04.2014 tarihinde evlenen 1989 doğumlu Beytüşşebap nüfusuna kayıtlı Ebubekir Pektemek ile 1994 doğumlu Seydişehir nüfusuna kayıtlı Büşra Yıldız Pektemek aşağıdaki hükümler çerçevesinde edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmak konusunda anlaşmışlardır.

1)Büşra Yıldız maliki olduğu Seydişehir İlçesi Akçalar Mahallesi Taraşçı mevkiinde bulunan 889 nolu parseldeki 12.050,00 metrekare yüzölçümlü şeker pancarı tarlası üzerinde evliklerinin devamı süresince tasarrufta bulunmayacaktır.

2)Büşra Yıldız ailenin sürekli ihtiyaçları dışındaki diğer ihtiyaçları için de ortak yaşamın devamı süresince birliği tek başına temsile yetkilidir.

3)Ebubekir Pektemek'in maliki olduğu Beytüşşebap ilçesi Elki Mahallesi Çığlıca Sokak 17 numarada yer alan 2 nolu daire mal rejiminin sona ermesi halinde paylaşım dışı kalacaktır.

4)Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde, Ebubekir Pektemek'in maliki olduğu Altındağ İlçesi Çinçin Mahallesi Tasasız Sokak 13 numarada yer alan 1 nolu bağımsız bölümdeki aile konutunun mülkiyeti karşılıksız olarak eş Büşra Yıldız Pektemek'e ait olacaktır.

5)Mal rejiminin ölümle son bulması halinde Büşra Yıldız Pektemek, eşi Ebubekir Pektemek'e ait artık değerin 4/5'i üzerinde hak sahibi olacaktır. Mezkur oran Büşra Yıldız'ın tekrar evlenmemesi şeklindeki iade şartına bağlı olarak uygulanacak, yeniden evlenmesi halinde kanunda öngörölen 1/2'lik oran geçerli olacaktır.

6)İş bu sözleşme eşler arasında 24/08/2017 tarihinde düzenlenerek imza altına alınmıştır.

Ebubekir Pektemek

Büşra Yıldız Pektemek

Çankaya ... Noteri

Musa ÖZGEN

## **KADIKÖY ... NOTERLİĞİ**

### **MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ**

1)24.12.1968 doğumlu Abdüsselam oğlu Hayri İrdal ve 04.08.1959 doğumlu Lütfullah kızı Emine İrdal birlikte söz alarak, 14.02.1996 tarihinde evlendik. 22.10.2001 tarihinde açtığımız boşanma davasının reddine ilişkin hüküm 16.11.2002 tarihinde kesinleşmiştir. Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında

Kanunun 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasının tarafımıza verdiği yetkiye dayanarak boşanma davasının reddi tarihinden itibaren geçerli olan 1 yıllık yasal süresi içerisinde evlenme tarihinden itibaren aramızda edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını kabul ediyoruz.

2) Evlenme tarihinden itibaren aramızda geçerli olacak olan edinilmiş mallara katılma rejimi eşlerden birinin geliri diğerinin gelirinin %50'sinden daha düşük olması halinde, bu tarihten itibaren uygulanmayacaktır. Bu halde taraflar arasında mal ayrılığı rejimi cari olmaya başlayacaktır.

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında;

a-Kemankeş Sokak Karadeniz Apt. Kuzguncuk/Üsküdar adresinde yer alan 4 nolu bağımsız bölüm üzerinde malik eş aile konutu hakkındaki sınırlamalara tabi olmaksızın ve diğer eşin rızası aranmaksızın dilediği gibi tasarrufta bulunabilecektir.

b-Evliliğin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi halinde diğer eş yukarıda bahsi geçen aile konutu niteliğindeki bağımsız bölüm üzerinde sükna ve içerisindeki ev eşyaları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olacaktır.

c-Eşler paylı mülkiyetlerindeki Giresun ili Bulancak ilçesi İsvintere Köyü 8 Pafta 990 Parsel'de yer alan 50 dönümlük fındık arazisindeki payları üzerinde diğerinin rızası olmaksızın serbestçe tasarrufta bulunabilirler.

d-Eş Emine İrdal'a ağabeyi Seyfettin Salih tarafından bağışlama sözleşmesi yoluyla kazandırılan Tekirdağ ili Malkara ilçesi Serkeş caddesi Kavala Apt.'nda yer alan 7 ve 8. bağımsız bölümlerin kiraları Emine İrdal'ın kişisel mallarından sayılacaktır.

e-Eş Hayri İrdal'a büyük dedesi Yunus İrdal tarafından ölüme bağlı tasarruf yoluyla kazandırılan İstanbul ili Fatih ilçesi Beyazıt mahallesi Muvakkat sokak 13 nolu adreste bulunan "Dizayt Saat İmalathanesi"ne, yapmış olduğu katkılarla alınan yeni alet edevat ve makineler ile imalathanenin bakım ve onarımı için yapılan giderler üzerinde diğer eş Emine İrdal'ın değer artış payı alacağı olmayacaktır.

d-Evliliğin boşanma kararı ile sonlanması halinde, boşanmada kusurlu olan tarafın katkı yaptığı mallardan değer artış payı alacağı olmayacaktır.

f-Eş Hayri İrdal'ın eşinin artık değerine katılma oranı %40, Emine İrdal'ın eş Hayri İrdal'ın artık değerine katılma oranı ise %60'dır. Evliliğin ölüm dışındaki sona erme hallerinde de bu oranlar uygulanacaktır.

g-Ancak boşanma ile sona erme halinde, kusuruyla boşanmaya neden olan eşin diğer eşin artık değeri üzerinde katılma alacağı doğmayacaktır. Boşanmada kusursuz olan eşin artık değere katılma oranı ise yukarıdaki oranlar %50 arttırılarak belirlenecektir.

Mal ayrılığı rejimi kapsamında;

a-Belirli bir malın kendisine ait olduğunu iddia eden, iddiasını ispatla yükümlü olacaktır. Aksi takdirde aidiyeti ispat edilemeyen mallar, eşlerin paylı mülkiyetinde sayılacaktır.

b-Yönetim giderleri ve evlilik birliğini temsilen yapılan masraflar her bir eşin ortak katılımıyla sağlanacaktır.

Son hükümler;

a-Eşlerden her biri, yasal sınırlar içinde, kendisine ait olan edinilmiş malları ile kişisel mallarını yönetmek, bunlardan yararlanmak ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunmak hakkına sahip olacaktır.

b-Eşler birbirlerinden olan karşılıklı borçlarımızı takas suretiyle ödeyeceklerdir.

c-Tasfiyenin sona erdiği tarihten başlayarak, katılma alacağına ve değer artış payına %10 oranında faiz uygulanacaktır.

d-Borçlu eşten güvence istenmeyecektir. 30/06/2003

Hayri İRDAL

Emine İRDAL  
Kadıköy ... Noteri  
İzzet ÇALIŞKAN

## ÖZGEÇMİŞ

19.12.1989 tarihinde Düzce’de ailemin ikinci çocuğu olarak dünyaya geldim. 2007 yılında Düzce Anadolu Öğretmen Lisesi’nden mezun olarak, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne başladım. Dört yıl süren üniversite öğrenimim sonrasında, Bursa Barosu nezdinde başladığım avukatlık stajımı, İstanbul Barosu’na kayıtlı olarak tamamladım.

Hukuk alanında yapmayı planladığım akademik çalışmalar için faydalı olması adına Almanca dil eğitimi almaya karar vererek, Goethe Enstitüsü’nde başladığım dil öğrenimine, Viyana Üniversitesi bünyesinde devam ettim. Viyana Üniversitesi Dil Merkezi’nde geçirdiğim bir yılın sonunda C.1.1 düzeyindeki Almanca dil yeterliliğini gösteren sertifikayı almaya hak kazandım.

Türkiye’ye döndükten sonra İstanbul Barosu’na kayıtlı olarak İş Hukuku alanında avukatlık mesleğini icra etmeye devam ettim. Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı’na kabul edildikten sonra, tez yazım aşamasında adli yargı hakimlik sınavını kazanarak mesleğe kabul edildim. Halen daha Uşak 1. Aile Mahkemesi Hakimi olarak görev yapmaktayım.