

**EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE
TARAF İRADELERİNİN ETKİSİ**

İPEK BETÜL ALDEMİR

TARAFINDAN

**YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE
SUNULAN TEZ**

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

EYLÜL 2015

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

ÖZET

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE TARAF İRADELERİNİN ETKİSİ

Aldemir, İpek Betül

Yüksek Lisans, Özel Hukuk Bölümü

Tez Yöneticisi: Yrd. Doç. Dr. Zeynep Dönmez

Ağustos 2015, 179 sayfa

Bu çalışmada, mal rejimi sözleşmesi ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin yapabilecekleri değişiklikler incelenmiştir. Eşlerin yasal mal rejiminde yapabilecekleri değişiklikler, mal rejimi sözleşmesiyle ve mal rejimi sözleşmesi dışında yapılabilecek değişiklikler olarak ikiye ayrılarak ele alınmıştır. Ayrıca tasfiye sözleşmesi ve yasal mal rejiminin tasfiyesini etkileyen diğer sözleşmelerden uygulamada sık karşılaşılanlara da yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, Mal rejimi sözleşmesi, Tasfiye sözleşmesi.

ABSTRACT

THE EFFECT OF PARTIES WILL ON THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY

Aldemir, İpek Betül

Master, Private Law Department

Supervisor: Yrd. Doç. Dr. Zeynep Dönmez

August 2015, 179 pages

In this study, matrimonial property agreement and the changes that the spouses can make in the regime of participation in acquired property regime will be investigated. These changes are divided into two parts: changes that can be made with the matrimonial property agreement and via written agreement and without such an agreement. In addition to mentioned issues, liquidation agreements and other agreements that affect the liquidation of statutory matrimonial property regime are asserted.

Keywords: Regime of participation in acquired property, Matrimonial property agreement, Liquidation agreement.

TEŞEKKÜR

Tez danıőmanım Yrd. Doç. Dr. Zeynep Dönmez'e tüm araştırma boyunca ki rehberlikleri, tavsiyeleri, tenkitleri ve destekleri için sonsuz teşekkür ve Őükranlarımı sunarım. Ayrıca Yrd. Doç. Dr. Ünsal Dönmez'e yorum ve önerileri için teşekkür ederim.

Bu tez çalışması, TÜBİTAK 2211 Yurt İçi Lisansüstü Burs Programı tarafından desteklenmiştir.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xvi
GİRİŞ	1
BÖLÜM I	4
SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ	4
1. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ ve GEÇERLİLİK ŞARTLARI	4
1.1. GENEL OLARAK	4
1.2. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKI	5
1.3. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI	6
1.3.1. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ YAPMA HAK ve YETKİSİ	6
1.3.1.1. Sözleşmenin Tarafları	6
1.3.1.2. Sözleşme Ehliyeti	6
1.3.2. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ	10
2. AİLE HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	11
2.1. GENEL OLARAK	11
2.2. MAL REJİMİ HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ	15
2.2.1. MAL REJİMİ SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜ	15
2.2.1.1. Türk Medenî Kanunu Kapsamında Mal Rejimi Seçme Özgürlüğü	15
2.2.1.1.1. Seçimlik Mal Rejimlerinin Seçilmesi	15

2.2.1.1.2. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Seçilmesi	16
2.2.1.2. Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Mal Rejimi Seçme Özgürlüğü	17
2.2.2. MAL REJİMİNİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ	19
2.2.2.1. Genel Olarak	19
2.2.2.2. Seçimlik Mal Rejimlerinde Rejimin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü	24
2.2.2.2.1. Mal Ayrılığı Rejiminin İçeriğinin Düzenlenmesi	24
2.2.2.2.2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin İçeriğinin Düzenlenmesi	25
2.2.2.2.3. Mal Ortaklığı Rejiminin İçeriğinin Düzenlenmesi	25
2.2.2.3. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Rejimin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü	26
2.2.2.3.1. Genel Olarak	26
2.2.2.3.2. Mal Rejimi Sözleşmesi İle İçeriğinin Düzenlenmesi	27
2.2.2.3.3. Mal Rejimi Sözleşmesi Dışındaki Hukukî İşlemlerle İçeriğinin Düzenlenmesi	28
BİRİNCİ BÖLÜM ÖZETİ	30
BÖLÜM II	32
EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ ile YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER	32
1. EDİNİLMİŞ MALLARIN KAPSAMININ DARALTILMASI	32
1.1. EŞLERİN MALVARLIĞI TÜRLERİ	32
1.2. EDİNİLMİŞ MALLAR	33
1.2.1. GENEL OLARAK	33
1.2.2. EDİNİLMİŞ MALLARIN UNSURLARI	34
1.2.2.1. Mal Rejiminin Devamı Süresince Edinme	34
1.2.2.2. Karşılığını Vererek Elde Etme	35
1.2.2.3. Malvarlığı Değeri Olma	37
1.2.3. KANUNDA SAYILAN EDİNİLMİŞ MAL TÜRLERİ	38

1.2.3.1.	Çalışmanın Karşılığı Olan Edim _____	38
1.2.3.2.	Sosyal Güvenlik veya Sosyal Yardım Kurum ve Kuruluşlarının veya Personele Yardım Amacı ile Kurulan Sandık ve Benzerlerinin Yaptığı Ödemeler	39
1.2.3.3.	Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Ödenen Tazminatlar _____	41
1.2.3.4.	Kişisel Malların Gelirleri _____	41
1.2.3.5.	Edinilmiş Malların Yerine Geçen Değerler _____	43
1.3.	KİŞİSEL MALLAR _____	45
1.3.1.	GENEL OLARAK _____	45
1.3.2.	KANUNDA SAYILAN KİŞİSEL MALLAR _____	45
1.3.2.1.	Eşlerden Birinin Yalnız Kişisel Kullanımına Yarayan Eşya _____	45
1.3.2.2.	Mal Rejiminin Başlangıcında Eşlerden Birine Ait Bulunan Eşya _____	47
1.3.2.3.	Bir Eşin Sonradan Miras Yoluyla Elde Ettiği Malvarlığı Değerleri _____	48
1.3.2.4.	Karşılıksız Kazanma Yoluyla Elde Edilen Malvarlığı Değerleri _____	49
1.3.2.5.	Manevî Tazminat Alacakları _____	50
1.3.2.6.	Kişisel Malların Yerine Geçen Değerler _____	51
1.3.2.7.	TMK m. 228/2'ye göre Hesaplanan Sosyal Güvenlik veya Sosyal Yardım Kurumlarınca Yapılmış Ödemeler ile İş gücünün Kaybı Nedeniyle Ödenmiş Olan Tazminat _____	51
1.4.	EDİNİLMİŞ MALLARIN KAPSAMININ DARALTILMASI _____	52
1.4.1.	GENEL OLARAK _____	52
1.4.2.	KİŞİSEL MAL OLACAĞI KARARLAŞTIRILABİLEN MALVARLIĞI DEĞERLERİ _____	54
1.4.2.1.	Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyetine Özgülenen Malvarlığı Değerleri	54
1.4.2.1.1.	<i>TMK m. 221/1 Hükmünün Amacı</i> _____	54
1.4.2.1.2.	<i>TMK m. 221/1 Hükmünün Düzenleniş Biçimi</i> _____	55
1.4.2.1.3.	<i>Bir Mesleğin İcrasına veya İşletmenin Faaliyetine Özgülenen Malvarlığı Değerleri</i> _____	56

1.4.2.1.4. Denkleştirme	59
1.4.2.2. Kişisel Malların Gelirleri	59
1.4.2.2.1. Genel Olarak	59
1.4.2.2.2. Eşlerin Yapabilecekleri Düzenlemenin Kapsamı	60
2. ARTIK DEĞERE KATILMADA FARKLI BİR ESASIN BENİMSENMESİ	62
2.1. ARTIK DEĞERİN BELİRLENMESİ	62
2.1.1. GENEL OLARAK	62
2.1.2. ARTIK DEĞERİN HESAPLANMASI	63
2.1.2.1. Değerlendirmeye Alınacak Malvarlığı Değerinin Tespiti	63
2.1.2.2. Değerlendirme Ölçütü	65
2.1.2.3. Değerlendirme Ânı	67
2.1.2.3.1. Genel Olarak Değerlendirme Ânı	67
2.1.2.3.2. Sözleşme ile Değerlendirme Ânının Belirlenmesi	69
2.2. KATILMA ALACAĞININ BELİRLENMESİ	70
2.2.1. KATILMA ALACAĞININ HUKUKÎ NİTELİĞİ	70
2.2.2. KATILMA ALACAĞININ KANUN TARAFINDAN BELİRLENMESİ	70
2.2.3. KATILMA ALACAĞININ HÂKİM TARAFINDAN BELİRLENMESİ	71
2.3. KATILMA ALACAĞININ BELİRLENMESİNDE EŞLERİN MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ ile DÜZENLEME YAPMASI	73
2.3.1. GENEL OLARAK	73
2.3.2. BENİMSENE BİLECEK ESASLAR	74
2.3.2.1. Kanuni Katılım Oranının Değiştirilmesi	74
2.3.2.2. Katılma Alacağının Belirli Bir Miktar Olarak Belirlenmesi	75
2.3.2.3. Katılma Alacağından Vazgeçilmesi	76
2.3.2.4. Esasın Eşler Yönünden Farklı Belirlenmesi	77
2.3.2.5. Farklı Esasın Şarta Bağlı Olarak Yapılması	78
2.3.2.6. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Geçmiş Etkili Kılınması	79

2.3.3.	YAPILABİLECEK DÜZENLEMELERİN SINIRI	79
2.3.3.1.	Genel Olarak	79
2.3.3.2.	Koruma Altına Alınan Mirasçılar	80
2.3.3.3.	Koruma Yöntemi	81
3.	AİLE KONUTU HAKKINDA YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER	83
3.1.	GENEL OLARAK	83
3.2.	SAĞ KALAN EŞE AİLE KONUTU ve EV EŞYASININ ÖZGÜLENMESİ	84
3.2.1.	HÜKMÜN UYGULANMA KOŞULLARI	84
3.2.1.1.	Mal Rejiminin Ölümle Sona Ermesi	84
3.2.1.2.	Aile Konutu ve Ev Eşyasının Ölen Eşe Ait Olması	85
3.2.1.3.	Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağına Sahip Olması	87
3.2.1.4.	Sağ Kalan Eşin Eski Yaşantısını Devam Ettirmek İstemesi	88
3.2.1.5.	Talepte Bulunulması	89
3.2.1.5.1.	<i>Talep Hakkı Sahibi</i>	89
3.2.1.5.2.	<i>Talebin Kapsamı</i>	90
3.2.2.	AYNÎ HAK TALEBİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN SINIRI	90
3.3.	EŞLERİN EV EŞYASI ve AİLE KONUTU ÜZERİNDE DÜZENLEME YAPMASI	91
	İKİNCİ BÖLÜM ÖZETİ	94
	BÖLÜM III	97
	EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ DIŞINDA YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER	97
1.	PAYLI MÜLKİYET KONUSU PAYA İLİŞKİN TASARRUFTA AKSİNİN KARARLAŞTIRILMASI	97
1.1.	EŞLERİN MALVARLIKLARI ÜZERİNDEKİ YÖNETİM, YARARLANMA ve TASARRUF YETKİLERİ	97

1.2. EŞLERİN MALVARLIĞI DEĞERLERİ ÜZERİNDEKİ YÖNETİM, YARARLANMA ve TASARRUF ÖZGÜRLÜĞÜNÜN EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ KAPSAMINDA SINIRLANMASI	98
1.2.1. GENEL OLARAK	98
1.2.2. PAYLI MÜLKİYET KONUSU MALDA DİĞER EŞİN RIZASI	98
1.2.2.1. Paylı Mülkiyet Konusu Mallar	98
1.2.2.2. Eşlerin Paylı Mülkiyet Konusu Maldaki Payı Üzerinde Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf Yetkisi	99
1.2.2.2.1. Genel Olarak	99
1.2.2.2.2. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Paylı Mülkiyet Konusu Mal Üzerindeki Payda Tasarruf	100
1.2.2.2.2.1. Sınırlamanın Kapsamı	100
1.2.2.2.2.2. Diğer Eşin Rıza Göstermemesinin Sonuçları	101
1.2.3. EŞLERİN PAYLI MÜLKİYET KONUSU PAYA İLİŞKİN TASARRUF SINIRLAMASINI KALDIRMALARI	102
2. EŞLERİN BORÇLARI KONUSUNDA DÜZENLEME YAPMALARI	104
2.1. GENEL OLARAK EŞLER ARASINDAKİ BORÇLAR	104
2.1.1. EŞLER ARASINDAKİ BORÇLARIN TAKİBİ	105
2.1.2. EŞLER ARASINDAKİ BORÇLARIN ERTELENMESİ	105
2.2. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ KAPSAMINDA EŞLERİN BORÇLARI KONUSUNDA YAPABİLECEKLERİ DÜZENLEMELER	107
3. EŞLERİN DEĞER ARTIŞ PAYI ile İLGİLİ DÜZENLEME YAPMALARI	108
3.1. GENEL OLARAK DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI	108
3.1.1. DEĞER ARTIŞ PAYININ TANIMI ve HUKUKÎ NİTELİĞİ	108
3.1.2. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ KOŞULLARI	109
3.1.2.1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Süresi İçerisinde Diğer Eşin Malvarlığı Değerine Yapılmış Bir Katkı Olmalıdır	109
3.1.2.1.1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Yürürlükte Olmalıdır	109

3.1.2.1.2. Diğer Eşin Malvarlığı Değerine Yapılmış Bir Katkı Olmalıdır	110
3.1.2.2. Katkıda Bulunan Eş Bir Karşılık Almamış Olmalıdır	114
3.1.2.3. Katkı Bağışlama Kastı Olmaksızın Yapılmalıdır	115
3.1.2.4. Değer Artışı Olmalıdır	115
3.1.2.5. Mal Rejimi Sona Ermeli ve Tasfiye Talep Edilmelidir	116
3.1.3. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ HESAPLANMASI	117
3.1.4. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ KATILMA ALACAĞINA ETKİSİ	119
3.2. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI ile İLGİLİ YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER	121
3.2.1. GENEL OLARAK	121
3.2.2. DEĞER ARTIŞ PAYINDAN VAZGEÇİLEBİLİR	123
3.2.3. DEĞER ARTIŞ PAYI ORANI DEĞİŞTİRİLEBİLİR	124
3.2.4. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞINI ZAMANINDAN ÖNCE ÖDEMELERE İLİŞKİN EŞLERİN YAPACAKLARI ANLAŞMALAR	124
4. KATILMA ALACAĞI ve DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ ÖDENMESİNDE FAİZ DÜZENLEMESİ	125
4.1. GENEL OLARAK	125
4.2. ZAMANAŞIMI	126
4.3. ÖDEME, ERTELEME ve GÜVENCE TALEBİ	128
4.4. FAİZ ÖDENMESİNE İLİŞKİN ANLAŞMA	130
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ÖZETİ	132
BÖLÜM IV	134
MAL REJİMİNİN TASFİYESİNİ ETKİLEYEN DİĞER SÖZLEŞMELER	134
1. GENEL OLARAK	134
2. TASFİYE SÖZLEŞMESİ	134
2.1. GENEL OLARAK	134

2.2.	TASFİYE SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI _____	135
2.2.1.	TASFİYE SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ _____	135
2.2.2.	TASFİYE SÖZLEŞMESİ YAPMA HAK ve YETKİSİ _____	136
2.2.2.1.	Sözleşmenin Tarafları _____	136
2.2.2.2.	Sözleşme Yapma Ehliyeti _____	137
2.2.3.	TASFİYE SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ _____	138
2.2.3.1.	Tasfiye Sözleşmesinin Yokluğu _____	138
2.2.3.2.	Tasfiye Sözleşmesinin Geçersizliği _____	139
2.2.3.2.1.	<i>Noksanlık</i> _____	139
2.2.3.2.2.	<i>Kesin Hükümsüzlük</i> _____	139
2.2.3.2.3.	<i>İptal Edilebilirlik</i> _____	140
2.2.3.2.3.1.	<i>Yanılma</i> _____	140
2.2.3.2.3.2.	<i>Aldatma</i> _____	142
2.2.3.2.3.3.	<i>Korkutma</i> _____	143
2.2.3.2.3.4.	<i>Aşırı Yararlanma</i> _____	143
2.3.	BOŞANMA HÂLİNDE TASFİYE SÖZLEŞMESİ _____	144
2.3.1.	GENEL OLARAK _____	144
2.3.2.	ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA BOŞANMANIN SONUÇLARININ DÜZENLENMESİ _____	145
2.3.3.	ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASI HARİÇ BOŞANMA DAVALARINDA FER'Î SONUÇ SÖZLEŞMESİ _____	148
2.4.	TASFİYE SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ _____	149
2.4.1.	TALEP ve DAVA HAKKI _____	149
2.4.2.	ÜÇÜNCÜ KİŞİYE BAŞVURU HAKKI _____	149
2.4.3.	ZAMANAŞIMI _____	150
2.4.4.	ALACAKLILARIN KORUNMASI _____	151
2.5.	TASFİYE SÖZLEŞMESİNDE YER VERİLEBİLECEK DÜZENLEMELER	152

2.5.1. GENEL OLARAK _____	152
2.5.2. YASAL MAL REJİMİNDEN KAYNAKLANAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN DÜZENLENMESİ _____	152
2.5.2.1. Katılma Alacağının Düzenlenmesi _____	152
2.5.2.2. Değer Artış Payı Alacağının Düzenlenmesi _____	153
2.5.3. EVLİLİK BİRLİĞİNDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN DÜZENLENMESİ _____	154
2.5.4. TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER _____	155
3. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇERİSİNDE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN MAL REJİMİNİN TASFİYESİNE ETKİSİ _____	156
3.1. MUVAZAALI İŞLEM ile ELDE EDİLENLERİN İADESİ _____	156
3.1.1. GENEL OLARAK _____	156
3.1.2. YASAL MAL REJİMİNİN TASFİYESİNDE MUVAZAANIN İLERİ SÜRÜLMESİ _____	159
3.2. İNANÇLI İŞLEM ile DEVREDİLENLERİN İADESİ _____	163
3.2.1. GENEL OLARAK _____	163
3.2.2. YASAL MAL REJİMİNİN TASFİYESİNDE İNANÇLI İŞLEM ile DEVREDİLENLERİN İADESİ TALEBİ _____	164
3.3. TEMSİL YETKİSİ ile ELDE EDİLENLERİN İADESİ _____	166
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM ÖZETİ _____	168
SONUÇ _____	170
KAYNAKÇA _____	173

KISALTMALAR

Art.: Artikel

AYM: Anayasa Mahkemesi

AÜEHFD: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b.: bend

bkz./ Bkz. : bakınız

C.: Cilt

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.: Esas

eBK: 818 sayılı Borçlar Kanunu

eMK: 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi

EY: 1039 sayılı Evlendirme Yönetmeliği

GÜHFD: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD.: Hukuk Dairesi

HMK: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İMK: İsviçre Medenî Kanunu

İTÜSBD: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.: Karar

MÖHUK: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

m.: madde

NK: 1512 sayılı Noterlik Kanunu

Nr. : Numara

Örn.: Örneğin

RG.: Resmî Gazete

Sa.: Sayı

sh.: sayfa

T.: Tarih

TMK : 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

TBK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

vb.: ve benzeri

vd.: ve diğerleri

Y.: Yıl

Yarg.: Yargıtay

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

YUŞHK : 4722 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun

ZGB: Schweizerishes Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Eşlerden ve çocuklardan oluşan (dar anlamda) aile, toplumun temelini oluşturur. Bu nedenle de aile hukuku, aile bireylerini ve toplumun düzenini koruma amacıyla geniş ölçüde emredici hükümlere yer vermiş, ilişki tiplerini sınırlı sayıda belirlemiş ve devletin müdahalede bulunmasına imkân tanımıştır. Öyle ki, kanun koyucu, evlilik birliğinin kurulmasında veya sona erdirilmesinde, salt taraf iradelerine mutlak bir sonuç bağlamamış, aksine kamu otoritesine denetleme görevi vermiştir. Bu bağlamda, evlenme işlemi yalnızca yetkili devlet memuru önünde gerçekleştirilebilir (TMK m. 141); boşanma ise ancak mahkemenin bu yöndeki kararı ile olabilir.

Aile hukukuna ilişkin hükümlerin, kural olarak emredici nitelikte ve ilişki tiplerinin sınırlı sayıda olması nedeniyle eşler, kendi aralarında her türlü hukukî ilişkiyi kurma özgürlüğüne sahip değildirlir. Ancak kanun koyucu, Türk Medenî Kanunu'nda (TMK) yer vermiş olduğu bazı düzenlemeler ile eşlere, sınırlı da olsa serbestlik tanımış ve kanunda yer alan düzenlemeden farklı bir esası benimseme imkânı getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, eşlere tanınan bu özgürlüğün, Türk Borçlar Kanunu (TBK) anlamında, kişinin dilediği kişi ile dilediği konuda sözleşme yapmasını ifade eden sözleşme serbestisi olarak anlaşılması gerekmektedir. Zira kanun koyucu tarafından eşlere tanınan bu imkân, belirli bazı alanlarda ve kanunun izin verdiği ölçüde gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda, aile hukukunda sözleşme özgürlüğü kavramı, kendi içerisinde ayrıca değerlendirilmelidir.

Eşlerin mal varlığı değerleri üzerindeki hak ve yetkileri ile söz konusu değerlerin tasfiyedeki durumunu konu alan mal rejimi hukuku ise, eşlere aile hukuku alanında sınırlı da olsa sözleşme serbestisi tanındığı alanların başında gelmektedir. TMK'nin 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte, mal rejimi hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Mal ayrılığı rejimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimi TMK ile seçimlik mal rejimi hâline getirilmiş, edinilmiş mallara katılma rejimi ise yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Ancak yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi, evlilik birliğine edinilmiş mallara katılma rejiminin mutlak bir zorunluluk olarak uygulanmasını gerektirmez. Zira eşler, evlilik birliğine uygulanmak üzere seçimlik mal rejimlerinden

birini seçebilir veya evlilik birliğine uygulanacak olan mal rejiminin içeriğinde değişiklik yapabilirler (TMK m. 203).

Evlilik birliğine uygulanmak üzere, mal rejiminin seçilmesi ya da uygulanmakta olan mal rejiminin kaldırılması mal rejimi sözleşmesi ile gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle de, çalışmanın ilk bölümünde mal rejimi sözleşmesi incelenecektir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin içeriği ise mal rejimi sözleşmesi, yazılı şekil ya da şekle tâbi olmayan bir düzenleme ile değiştirilebilir. Eşler, söz konusu bu değişiklikler ile edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulamasını etkilemiş olur.

Çalışma kapsamında edinilmiş mallara katılma rejiminde yapılabilecek değişikliklerden, mal rejimi sözleşmesi ile yapılması zorunlu olanlar ikinci bölümde, mal rejimi sözleşmesi ile yapılması zorunlu olmayan değişiklikler ise üçüncü bölümde incelenecektir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin temelinde, evlilik birliği içerisinde eşin bir işte çalışırken kazandığı edimlerde, evde ev işlerini yapıp çocuklara bakan ya da dışarıda bir işte çalışan eşin katkısı olduğu düşüncesi yatar. Bu nedenle eş, tasfiyede diğer eşin evlilik birliği içerisinde edinmiş olduğu bazı malvarlığı değerleri üzerinde (TMK m. 219), kural olarak nispi bir alacak hakkı elde eder. Ancak eşler, edinilmiş mallara katılma rejimi süresince, malvarlığında bulunan tüm değerleri, yasal sınırlar içerisinde yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK m. 223/2). Diğer eşin söz konusu malvarlığı değerleri üzerinde alacak hakkına sahip olması ise önemini tasfiyede gösterir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasına ise mal rejiminin sona ermesi ile geçilir. Yasal mal rejiminin tasfiyesi, tasfiye anlaşması veya tasfiye davası ile gerçekleştirilebilir. Mal rejiminin tasfiyesinde esas olan, eşlerin bu konuda anlaşmasıdır. Eşlerin anlaşmaya varamaması hâlinde ise tasfiye işlemi, dava açmak suretiyle gerçekleşir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi, oldukça karmaşık hesaplamaları ve ispat sorunlarını bünyesinde barındırmakta olup Türk hukuk uygulamasında bilirkişiler tarafından gerçekleştirilir. Tarafların, tasfiyenin gerçekleşmesi hususunda uzlaşma içerisinde olmaları ise yargılamada önem arz eder. Aksi hâlde, eşlerin ispat, hesaplama ve katkı miktarı gibi yasal mal rejiminin temelini oluşturan konularda uzlaşmamaları, yolları ayrılmış olan eşleri ya da eş ile mirasçıları, uzun süren bir yargılama ile karşı karşıya bırakır. İşte söz konusu bu karmaşık tasfiye sürecinin kısa sürüp girdaplarından

uzaklaşması için kilit nokta, eşlerin yasal mal rejiminin tasfiyesi konusunda uzlaşmalarıdır. Eşler, tasfiye sözleşmesinde yasal mal rejiminden ve evlilik birliğinden doğan borç ilişkilerini veya TBK'den kaynaklanan borç ilişkilerini düzenleyebilirler. Eşlerin tasfiye sözleşmesinde yer verebilecekleri düzenlemeler ise dördüncü bölümde incelenecektir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde esas olan, eşlerin mal rejiminden doğan taleplerinin yerine getirilmesi ve katılma alacağının hesaplanmasıdır. Ancak eşlerin, evlilik birliği içerisinde çeşitli düşüncelerle birbirleri veya üçüncü kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler, yasal mal rejiminin tasfiyesini, dolayısıyla da katılma alacağını etkiler. Yasal mal rejiminin tasfiyesine etki edecek bu sözleşmelerin başında ise muvazaa veya inanlı işlem ile devir ve temsil ilişkisi gelir. Eşlerin gerek birbirleri gerekse de üçüncü kişilerle yapabilecekleri bu sözleşmelerin tasfiyeye etkisi ise yine dördüncü bölümde incelenecektir.

Bu çalışma kapsamında eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejiminin hükümlerinde yapabilecekleri değişiklikler, örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır. Edinilmiş mallara katılma rejiminin ilkeleri ve seçimlik mal rejimleri içerisindeki yerine konunun kapsamı nedeniyle değinilmemiştir. Yine tasfiyede eşlerin sahip oldukları malvarlıklarının tespitinde önem arz eden muvazaalı ve inanlı işlemler ile temsil ilişkisine uygulamada sık karşılaşılmaması nedeniyle yer verilmiş, tasfiyeyi etkileyebilecek diğer sözleşme örneklerine ise yer verilmemiştir. Tasfiye sözleşmesinin ise yalnızca geçerlilik şartları ve hükümleri ile bu sözleşmede yer verilebilecek düzenlemelere değinilmiştir. Çalışmanın, edinilmiş mallara katılma rejiminde değişiklik yapmak veya mal rejiminin tasfiyesini sözleşme ile gerçekleştirmek isteyen eşlere ve konuya ilgi duyan araştırmacılara faydalı olacağını umuyorum.

BÖLÜM I

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ

1. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ ve GEÇERLİLİK ŞARTLARI

1.1. GENEL OLARAK

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun mal rejimi hükümleri göz önünde bulundurulduğunda eşler, mal rejimine ilişkin birçok düzenlemeyi yapabilirler. Şöyle ki: Eşler, seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilir, evlilik birliğine uygulanmakta olan mal rejimini kaldırabilir veya bu rejimin içeriğini değiştirebilirler. Söz konusu bu düzenlemelerin bir kısmı mal rejimi sözleşmesi ile diğer bir kısmı ise mal rejimi sözleşmesi gerekmeksizin yapılabilir. Eşlerin başta yasal mal rejimi olmak üzere tüm mal rejimlerinde yapacakları bu değişiklikler göz önünde bulundurulduğunda öncelikle mal rejimi sözleşmesinin incelenmesi gerekir.

İhtiva ettiği özellikler dolayısıyla mal rejimi sözleşmesi, evlilik birliğine uygulanacak mal rejiminin seçimi, kaldırılması veya değiştirilmesine yönelik anlaşmaların, evlilik birliğinin kurulmasından önce nişanlılar, sonrasında ise eşler tarafından özel geçerlilik şartlarına uyularak yapılan sözleşme olarak tanımlanabilir¹.

¹ **Sarı**, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007, sh. 8; **Zeytin**, Zafer; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara, 2008, sh. 36; **Ozanemre Yayla**, H. Tolunay/ **Turan**, Gamze, Türk Medenî Kanunu'nda Mal Rejimi Sözleşmesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, sh. 1079-1092, Ankara, 2008, sh. 1080.

Evlilik birliği öncesinde nişanlılar tarafından yapılan mal rejimi sözleşmesi, hüküm ve sonuçlarını evlilik birliğinin kurulması ile doğurur. Bu bakımdan evlilik birliği kurulmadan önce yapılan mal rejimi sözleşmesi, geciktirici şarta bağlı işlem niteliğindedir².

Kanun koyucu, TMK’de mal rejimi sözleşmesine ehliyet, şekil ve kişi bakımından bazı sınırlamalar getirmiş ve mal rejimi sözleşmesini, geçerlilik şartlarına tâbi tutmuştur. Bu bağlamda mal rejimi sözleşmesi, özel ehliyet ve şekil şartlarına tâbi bir aile hukuku sözleşmesi olarak düzenlenmiştir³.

Mal rejimi sözleşmesine, öncelikle TMK’nin 203-205. maddeleri ve diğer ilgili maddeler uygulanmalıdır. Hüküm bulunmayan hâllerde ise TMK m. 5 atfı ile niteliğine uygun düştüğü ölçüde, TBK’nin genel hükümleri mal rejimi sözleşmesine uygulanabilir.

1.2. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

Eşler, evlilik birliği içerisinde kendi aralarında ya da üçüncü kişilerle, sözleşme özgürlüğü kapsamında farklı nitelikte birçok sözleşme yapabilir. Şüphesiz, eşlerin evlilik birliği içerisinde yapabildikleri sözleşmelerden biri de mal rejimi sözleşmesidir. Bu sözleşme, esasında eşlerin evlilik birliğine uygulanacak mal rejimini seçme veya bu rejimde değişiklik yapılmasına ilişkindir. Ancak mal rejimi süresince veya tasfiyede, eşlerin malvarlığı değerlerini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen sözleşmeleri, mal rejimi sözleşmesi ile sınırlı değildir.

Gerçekten de eşler, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, bir eşin malvarlığını diğer eşin yönetmesine, karşılıklı borçların düzenlenmesine, değer artış payından vazgeçmeye ilişkin benzer anlaşmaları mal rejimi süresince yapabilirler. Ancak söz konusu bu anlaşmalar, her ne kadar eşlerin malvarlığı değerlerini, dolayısıyla mal rejimini ilgilendirse de mal rejimi sözleşmesi niteliğinde değildir. Zira mal rejimi sözleşmesi, ağır şekil şartına tâbidir. Ayrıca mal rejimi sözleşmesi, kural olarak mal rejimi sona ermeden yapılmalıdır. Bu nedenle, eşlerin yasal mal rejimi süresince, mal rejimi

² **Şıpka**, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2012, sh. 17; **Kırmızı**, Mustafa, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, Ankara, 2014, sh. 70; **Ozanemre Yayla/ Turan**, sh. 1086.

³ **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, sh. 205.

sözleşmesi ile yapması gereken düzenlemeler, mal rejiminin sona ermesi ile birlikte şekle tâbi olmaksızın gerçekleştirilebilir.

1.3. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

1.3.1. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ YAPMA HAK ve YETKİSİ

1.3.1.1. Sözleşmenin Tarafları

Mal rejimi sözleşmesi, TBK'ye tâbi her sözleşme gibi tarafların belirli bir hukukî sonucu gerçekleştirmeye yönelmiş karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Ancak mal rejimi sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için sözleşmenin taraflarının hak ve fiil ehliyetine sahip olması yeterli değildir. Zira mal rejimi sözleşmesi, yalnızca eşler ya da nişanlı çiftler tarafından yapılabilir.

1.3.1.2. Sözleşme Ehliyeti

Mal rejimi sözleşmesinin geçerlilik kazanabilmesi için aranan ehliyet şartı, TMK m. 204'de düzenlenmiştir. Buna göre mal rejimi sözleşmesi, ayırt etme gücüne sahip eş ya da nişanlı çift tarafından yapılabilir (TMK m. 204/1). Ancak ayırt etme gücüne sahip olan küçük ya da kısıtlılar, yasal temsilcilerinin izni ile mal rejimi sözleşmesi yapabilirler (TMK m. 204/2). Bu bağlamda, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan eş veya nişanlı yalnızca kendi iradesi ile mal rejimi sözleşmesi yapabilir.

Ayırt etme gücü, kişilerin fiil ve işlemlerinin amacını, sonuçlarını, kapsam ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneğidir⁴. Mal rejimi sözleşmesi özelinde ise ayırt etme gücü, eşlerin veya nişanlıların mal rejimi sözleşmesi yapmanın ve mal rejiminin seçilmesi, kaldırılması ya da içeriğinin değiştirilmesinin sebep ve sonuçlarını anlayarak buna uygun davranabilme yeteneğini ifade eder.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan eşler ise bu sözleşmenin kurulması bakımından tam ehliyetsiz olup mal rejimi sözleşmesi yapamazlar (TMK m. 15)⁵. Aksi hâlde, mal rejimi

⁴ Erkan, Vehbi Umut/ Yücer, İpek, Ayırt Etme Gücü, AÜHFED, C. 60, Sa. 3, sh. 485-522, Ankara, 2011, sh. 488-489.

⁵ Her ne kadar ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin evlenmesine, TMK m. 125 hükmü engel olsa ve bu nedenle ayırt etme gücü olmayan kişilerin, mal rejimi sözleşmesi yapması mümkün gözükme de, bir kişinin evlendikten sonra ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde böyle bir ihtimal söz konusu olabilir.

sözleşmesi kesin hükümsüzdür⁶. Bununla birlikte, tam ehliyetsiz eşin yasal temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip olmayan eş adına mal rejimi sözleşmesi yapamaz. Zira mal rejimi sözleşmesi yapma hakkı, TMK m. 205'in gerekçesinde belirtildiği üzere kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin yasal temsilcisi, buna dayanarak mahkemeden evlilik birliğine mal ayrılığı rejiminin uygulanmasını talep edebilir (TMK m. 206/3).

Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlılar ise mal rejimi sözleşmesini, yasal temsilcilerinin rızası olmadan gerçekleştiremezler (TMK m. 204/2). Eşin, yalnızca kendi iradesi ile mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için önemli olan ayırt etme gücüne sahip bir ergin olmasıdır. Erginliğin yaş erginliği, evlenme ile elde edilen yasal erginlik veya mahkeme kararı ile kazanılan erginlik olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan TMK m. 124/2 hükmü uyarınca olağanüstü evlenme yaşına ulaşan küçük, evlenmekle ergin olacağı için, evlendikten sonra yasal temsilcinin izni gerekmeksizin mal rejimi sözleşmesi yapabilir (TMK m. 11/2)⁷. Ancak olağanüstü evlenme yaşına ulaşmış olsa dâhi küçük nişanlının, evlilik birliğinin kurulmasından önce mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için yasal temsilcisinin rızası gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki küçük, vesayet altında olsa dâhi evlenmek ile ergin olur ve mal rejimi sözleşmesini kendi iradesi ile yapabilir. Yine mahkeme kararı ile ergin kılınan on beş yaşını doldurmuş nişanlı, yasal temsilcisinin imzası gerekmeksizin mal rejimi sözleşmesi yapabilir. Kısıtlı eş ise ancak yasal temsilcisinin rızası ile mal rejimi sözleşmesi yapabilir.

Ayırt etme gücüne sahip küçük, velâyet altında olup yasal temsilcisi anne ve babasıdır (TMK m. 335). Velâyet hakkı, anne ve babanın evli olması hâlinde birlikte kullanılırken, bunlardan birinin ölümü hâlinde sağ kalan eş, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan eş tarafından kullanılır (TMK m. 336). Anne ve baba evli değilse velâyet hakkı, kural olarak anneye ait olup mal rejimi sözleşmesinin yalnızca anne tarafından imzalanması yeterlidir (TMK m. 337). Ancak evlilik birliği içerisinde eşlerin velâyet hakkını birlikte kullandığı

⁶ **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014, sh. 180-181; **Eren**, sh. 334; **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2015, sh. 71; **Erkan/Yücer**, sh. 501.

⁷ **Şıpka**, sh. 24; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Medenî Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2014, (*Kısaca: Yenilikler*), sh. 205; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Aile Hukuku, 2015, Ankara, (*Kısaca: Aile Hukuku*), sh. 306; **Hatemi**, Hüseyin/ **Oğuztürk-Kalkan**, Burcu, Aile Hukuku, İstanbul, 2014, sh. 101; **Kırmızı**, sh. 65; **Gençcan**, Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara, 2010, sh. 106; **Ozanemre Yayla/ Turan**, sh. 1088; **Oğuz**, Arzu, Die Errungenschaftsbeteiligung als der neue ordentliche Güterstand des türkischen Zivilgesetzbuchs, AÜHFD, C. 4, Sa. 2, sh. 131-176, Ankara, 2007, sh. 136.

düşünüldüğünde, mal rejimi sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için anne ve babanın ikisinin birden rıza göstermesi gerekir. Anne ve babanın mal rejimi sözleşmesinin imzalanması konusunda anlaşamamaları hâlinde ise nasıl bir yol izlenmesi gerektiği, kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Bu hâlde, evlilik birliğini koruma amacı taşıyan TMK m. 195 hükmünün uygulanması düşünülebilir⁸. Zira eşler, evlilik birliğine ilişkin kararları birlikte almak zorunda olup önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde hâkimin müdahalesini isteyebilir. Doktrinde hâkimin müdahalesinin istenebileceği konulara örnek olarak küçük çocuğun nişanlanması veya evlenmesine ilişkin anne-baba arasında yaşanan uyuşmazlıklar gösterilmektedir⁹. Yine eşlerin, ortak velâyetleri altındaki sınırlı ehliyetsizin, mal rejimi sözleşmesi yapmasına eşlerden birinin rıza göstermemesi hâlinde, eşlerden birinin ya da her ikisinin talebi ile hâkimin müdahalesi istenebilmelidir. Ancak bu hâlde hâkim, yalnızca eşleri dinleyerek uzlaşmalarını sağlayabilir, rıza göstermeyen eş adına rıza gösteremez.

Velâyet altına alınmayan küçük ile alkol, uyuşturucu madde bağımlılığı akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı gibi kanunda sayılan nedenlerle kısıtlanan kişi vesayet altındadır. Vesayet altına alınan kişinin ise mal rejimi sözleşmesini geçerli bir şekilde yapılabilmesi için vasinin rızası yeterli olmayıp TMK m. 462/b. 9 uyarınca vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesi tarafından da izin verilmesi gerekir. Vesayet altındaki küçük ya da kısıtlı eşin mal rejimi sözleşmesi yapmasına vasinin rıza göstermesi hâlinde, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine şikâyette bulunulabilir (TMK m. 461/1). Mal rejimi sözleşmesinin yapılmasına sulh hukuk mahkemesi izin vermezse, kararın tebliğinden başlayarak on gün içinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir (TMK m. 461/2). Öte yandan, kısıtlı eşe yasal temsilcisi olarak diğer eş atanmışsa, menfaat çatışması nedeniyle, kısıtlı olan eşe kayyım atanması gerekmektedir (TMK m. 426/b. 2)¹⁰.

Mal rejimi sözleşmesinde, yasal temsilcinin rızasının gerekli olduğu hâllerde, veli ya da vasi, mal rejimi sözleşmesini imzalayarak rıza göstermelidir (TMK m. 205/2). Bu nedenle, yasal temsilcinin göstermiş olduğu sözlü ya da yazılı rıza geçersizlikle sonuçlanır. Yasal temsilci, yazılı bildirim yapılacaksa bu belgeyi imzalamalı iken, noterde yapılacak mal

⁸ Sarı, sh. 22.

⁹ Gümüş, Mustafa Alper, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008, sh. 140-141.

¹⁰ Gümüş, sh. 222; Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2014, sh. 195; Gençcan, sh. 107.

rejimi sözleşmesinin, Noterlik Kanunu'nda (NK) belirtilen şekil şartlarına uyularak yapılması gerekir¹¹. Görüldüğü üzere, yasal temsilcinin mal rejimi sözleşmesi yapılmasına bizzat katılması gerekli olup önceden rıza göstermesi ya da mal rejimi sözleşmesinin yapılması sonrasında onay vermesi mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki, mal rejimi sözleşmesini imzalamış olması, yasal temsilciyi sözleşmenin tarafı hâline getirmemektedir¹². Zira yasal temsilci tarafından gösterilen rıza, küçük ya da kısıtlının ehliyet eksikliğini gidermeye yöneliktir.

Vesayet makamı, veli veya vasiden farklı olarak rızasını mal rejimi sözleşmesinin yapılmasından önce veya sonra verebilir. Bu bakımdan, sulh hukuk mahkemesinin mal rejimi sözleşmesinin düzenlenmesi aşamasında rıza göstermemiş olması, mal rejimi sözleşmesini geçersiz kılmaz¹³. Ancak mal rejimi sözleşmesinin bu hâlde hüküm doğurabilmesi için sonradan rıza gösterilmesi gerekir. Zira vasinin, vesayet makamının iznini almaksızın yaptığı işlemler, vesayet altındaki kişinin, vasinin izni olmaksızın yaptığı işlemler gibidir (TMK m. 465). Vesayet makamının izniyle de hüküm ve sonuçlarını doğurur (TMK m. 451).

Mal rejimi sözleşmesinin iradî temsilci aracılığı ile yapılması ise TMK m. 205/2 hükmü karşısında mümkün değildir¹⁴. Zira mal rejimi sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için, mal rejimi seçmek veya bu rejimde değişiklik yapmak isteyen eşlerin ve varsa yasal temsilcilerinin, noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılan mal rejimi sözleşmesini veya evlenme memuruna sunulacak yazılı belgeyi imzalanmaları gerekmektedir. Bu bakımdan işleme taraf olan eş veya nişanlı ile varsa yasal temsilcisi, işleme bizzat katılmalıdır.

¹¹ Bkz. Bölüm I, I, C, 2.

¹² **Hausheer**, Heinz/ **Reusser**, Ruth/ **Geiser**, Thomas, Berner Kommentar, zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Abteilung, Das Güterrecht Der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 196- 220, ZGB, Bern, 1992, Art. 182 Nr. 18; **Sarı**, sh. 24.

¹³ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 183 Nr. 11; **Hausheer**, Heinz, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, Basel 2002, Art. 183 Nr. 10; **Zeytin**, sh.40- 41; **Gümüş**, sh. 223.

¹⁴ **Hausheer**, Heinz/ **Geiser**, Thomas/ **Aebi- Müller**, Regina E., Das Familienrecht Des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag, 2014, sh. 215; **Nâf- Hofmann**, Marlies/ **Nâf- Hofmann**, Heinz, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das eheliche Güterrecht und das Erbrecht der Ehegatten, Zürich 1998, Nr. 490; **Gümüş**, sh. 222; **Şıpka**, sh. 25; **Zeytin**, sh. 39; **Sarı**, sh. 20; **Akıntürk**, sh. 148; **Gençcan**, sh. 105; **Anıl Y. Şahin/ Taner**, Yonca, Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, İstanbul, 2011, sh. 56; **Öztan**, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2004, sh. 235; **Kırmızı**, sh. 66; **Ozanemre Yayla/ Turan**, sh. 1084.

1.3.2. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Sözleşmeler hakkında şekil serbestisi esas olup (TBK m. 12) sözleşme tarafları şekle tâbi olduğu açıkça belirtilmemiş olan sözleşmeleri diledikleri şekilde yapabilirler. Bir aile hukuku sözleşmesi olan mal rejimi sözleşmesi için ise, kanunda açıkça bir şekil şartı öngörülür. Gerçekten de eşler, mal rejimi sözleşmesini evlilik birliği kurulmadan önce ya da kurulduktan sonra, TMK m. 205’de belirtildiği üzere noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapabilirler. Bununla birlikte taraflar, evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak da bildirebilirler. Yazılı bildirim evlendirme memuruna evlilik öncesi verilebileceği göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca nişanlılar tarafından yapılması mümkündür. Nişanlılar yazılı bildirim, içlerinden birinin oturduğu yer, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde ise muhtara vermelidirler (TMK m. 134).

Türk Medenî Kanunu, mal rejiminin şekline ilişkin esaslarda eMK’den farklılık içermektedir. Şöyle ki, TMK ile mal rejimi sözleşmesinin tescil ve ilanı zorunluluğu kaldırılmıştır (eMK m. 237-240). Öte yandan, evlilik birliği içerisinde yapılan mal rejimi sözleşmelerinde hâkimin onayını zorunlu gören eMK m. 173 hükmü de TMK’de yer almamaktadır. Bu hâlde, eşler hâkim onayına veya tescil ve ilâna gerek duymaksızın mal rejimi sözleşmesi yapabilirler.

Evlenmenin gerçekleştirilmesinden sonra, eşlerin evlendirme memuruna yazılı başvuruda bulunarak mal rejimi seçme imkânı ortadan kalkar. Bu açıdan eşlerin yalnızca mal rejimi sözleşmesi ile değişiklik yapabilecekleri söylenebilir. Noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılacak mal rejimi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ise Noterlik Kanunu’nun ilgili hükümlerine uyulması gerekir. Öyle ki, taraflar ve varsa yasal temsilcileri düzenleme şeklinde yapılan mal rejimi sözleşmesinin tüm safhalarına katılmalı ve mal rejimi sözleşmesini imzalamalıdır (NK m. 84-86). Onaylama şeklinde düzenlenecek mal rejimi sözleşmesi bakımından ise noter, sözleşmenin altındaki imzaları onaylar ve imzaların eşlere ve varsa yasal temsilciye ait olduğunu bir şerhle belgelendirir (NK m. 90).

Mal rejimi sözleşmesinin, eşler tarafından imzalanmasını şart koşan TMK m. 205/2 hükmü karşısında, acaba okuma yazma bilmeyen eşler, mal rejimi sözleşmesi yapabilir mi? Mal rejimi sözleşmesinin, TMK m. 205/2 uyarınca mutlak surette eşler tarafından imzalanmasının kabulü, okuma ve yazma bilmeyen eşlerin, hiçbir şekilde mal rejimi

sözleşmesi yapamamaları sonucunu doğurur. Bu kabul ile hem okuma yazma bilmeyen kişilerin hem de eşlerinin, kanunun tanıdığı imkândan yararlanmasının önüne geçilmiş olur. Ancak kanun koyucunun, evlenmeye ve mal rejimi sözleşmesi düzenlemeye ehil gördüğü eşlerin, sırf okuma ve yazma bilmediği için bu imkânı elinden almak istediği düşünülemez. Bu sebeplerle eşlerden birisi ya da her ikisinin, kanunda sayılan diğer şartları sağlamak ve Noterlik Kanunu'nda belirtilen şekle uymak koşulu ile mal rejimi sözleşmesi yapabilecekleri söylenmelidir¹⁵. Bu hâlde, okuma yazma bilmeyen eşler, seçimlik mal rejimlerinden birini seçmek istediklerini veya seçmiş oldukları mal rejiminde yapmak istedikleri değişiklikleri, notere iki tanık huzurunda beyan etmelidirler. Eşlerin ve tanıkların beyanının tutanağa geçirilmesinden sonra, tutanağı imzalamaları ile mal rejimi sözleşmesi düzenlenmiş olur (NK m. 87). Okuma yazma bilmeyen eşlerin, onaylama şeklinde mal rejimi sözleşmesi yapmaları hâlinde ise noter, eşlerin imzası yerine kullanmış oldukları mühür, parmak izi veya imza yerine geçen el işareti ile tarihi onaylamalıdır (NK m. 93). Bununla birlikte, herhangi bir fizikî engel nedeniyle imza atamayan eşlerin, imza yerine mühür, parmak izi veya imza yerine geçen el işareti kullanması mümkün olup (NK m. 75) düzenleme veya onaylama şeklinde mal rejimi sözleşmesi yapmalarına herhangi bir engel bulunmaz.

Okuma ve yazma bilmeyen ya da fizikî bir engeli bulunan nişanlıların ise evlendirme memuruna yazılı bildirim yapmaları mümkün değildir. Zira evlendirme memurundan, bildirimde yer alan iradenin, gerçekten nişanlıya ait olduğunu tespit etmesi beklenmemelidir. Bu hâlde yine okuma ve yazma bilmeyen nişanlı, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde mal rejimi sözleşmesi yapmalıdır.

2. AİLE HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

2.1. GENEL OLARAK

Taraflar, kanunda öngörülen sınırlamalar içerisinde istedikleri konuda, istedikleri kişi ile sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir (TBK m. 26). TBK'de sözleşme özgürlüğü ilkesi olarak anılan bu hükmün karşılığı, TMK'de aile hukuku kitabında yer alır. Gerçekten de eşlerden her biri, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğer eş veya üçüncü kişilerle her

¹⁵ Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 184 Nr. 13; Sarı, sh. 29; Gençcan, sh. 100.

türlü hukukî işlemi, diğer eşin izin ya da onayına tâbi olmadan yapabilir (TMK m. 193)¹⁶. Eşlere gerçekleştirecekleri bu sözleşmelerde serbestlik tanınmasının ardında, bireyin sırf evlenmiş olması nedeniyle, hukukî işlemlerinin genel bir sınırlandırmaya tâbi tutulmaması gerektiği düşüncesi yatar¹⁷. Bu bağlamda eşler, kural olarak birbirleri ile üçüncü kişilerle yapabilecekleri türden hukukî işlemler yapabilir, birbirlerine kefil olabilir, bir iş sözleşmesi ile belirli bir ücret karşılığında diğer eşin hizmetinde çalışabilir ya da diğer eşe karşı eser veya kira sözleşmesi ile borç altına girebilirler.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile seçimlik mal rejimini seçmeleri ya da uygulanacak olan mal rejiminde kanunun izin verdiği sınırlar içerisinde değişiklik yapabilmeleri de sözleşme özgürlüğü olarak deđerlendirilebilir¹⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, eşlerin aile hukukunda sahip oldukları sözleşme özgürlüğü, TBK’de yer alan tam ve sınırsız bir sözleşme özgürlüğünün aksine sınırlı olarak düzenlenmiřtir¹⁹. şöyle ki: Kanun koyucu, eşlerin gerek birbirleri ve gerekse üçüncü kişiler ile yaptıkları sözleşmeler bakımından bazı sınırlamalar getirmiştir. Zira aile hukuku, toplumun temeli olan ailenin korunması amacıyla emredici nitelikte düzenlenmiş olup eşler yalnızca izin verilen alanlarda sözleşme yapabilirler. Bu bağlamda eşlerin, ortak bir aile soyadı seçmesi ya da müşterek çocukların velâyeti konusunda anlaşmaları mümkün değilken, evlilik birliği içerisindeki mallarını konu alan mal rejimi hükümleri kapsamında kanunun izin verdiği sınırlar içerisinde tasarrufta bulunabilirler.

Eşlerin üçüncü kişi ile gerçekleştirecekleri hukukî işlemler ise esas itibariyle TBK m. 26’ya tâbidir. Ancak eşlere, evlilik birliğini ve aileyi koruma amacıyla evliliğin genel hükümlerine ilişkin bölümünde çeşitli sınırlamalar getirilmiştir (TMK m. 185 vd.). Bu sınırlamaların amacı, eşin serbestçe gerçekleştireceği tasarrufları ile aile birliğine ve birliğin ekonomik bütünlüğüne zarar vermesini önlemektir. Öyle ki, getirilmiş olan bu

¹⁶ TMK, eşlerin birbirleri ya da üçüncü kişilerle olan hukukî işlemleri bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir görüşü için bkz. **şahinci**, Ayšen, Eřlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması (TMK m. 199), AÜHFĐ, C. 59, Sa. 2, sh. 309-334, Ankara, 2010, sh. 311.

¹⁷ **Barlas**, Nami, Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri erevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusuyfpaşaoğlu İçin Armağan, sh. 115-143, Ankara, 2004, sh. 119. Eşler birbirleri ile yapacakları hukukî işlemler bakımından aynen evli olmayan kişi gibidir görüşü için bkz. **şıpka**, şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 184), İstanbul, 2004, (*Kısaca: Diğer Eşin Rızası*), sh. 26.

¹⁸ **Oğuz**, sh. 135.

¹⁹ Yarg. 8. HD. 13.05.2013 T., 2012/13166 E., 2013/7003 K. için bkz. **Uluç**, Yusuf, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara, 2014, sh. 458-460.

düzenlemeler ile yalnızca edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı evlilikler değil, hangi mal rejiminin uygulandığına bakılmaksızın tüm evlilik birlikleri korunmak istenmiştir.

Eşin tasarruf serbestisine, evliliğin genel hükümleri kapsamında getirilen sınırlamalardan ilki TMK m. 190'da düzenlenmiş olup hüküm, evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkindir. Kural olarak eşlerden her biri, ortak yaşam süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için, diğer eş ile birlikte müteselsilen sorumlu olarak evlilik birliğini temsil edebilir (TMK m. 188, 189). Ancak eşlerden biri, birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir. Hâkim kararıyla getirilen bu sınırlama sonrasında eş, kendi malvarlığı değerleri üzerinde evlilik birliğini temsilen serbestçe tasarruf edemez. Bununla birlikte, eşin temsil yetkisini aşarak ailenin ekonomik bütünlüğüne zarar vermesi önlenmiş olur (TMK m. 190).

Evliliğin genel hükümleri kapsamında, eşin tasarruf serbestisinin kısıtlandığı²⁰ bir diğer hâl ise eşin, TMK m. 194 kapsamında aile konutu üzerinde gerçekleştireceği tasarruflarıdır. Kanun koyucu bu korumayı, aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkının devri, sınırlanması veya kira sözleşmesinin feshi işlemlerinde, malik ya da kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin rızasının alınması ile sağlar²¹. Gerçekten de malik eş, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemeyeceği gibi, mülkiyet hakkını üçüncü kişiye ipotek, intifa gibi herhangi bir sınırlı aynî hak tanıyarak sınırlandıramaz²². Yine eş, taraf olduğu aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini, diğer eşin rızası olmaksızın feshedemez. Söz konusu

²⁰ Eşin aile konutu üzerindeki tasarruflarını, diğer eşin rızasına bağlayan TMK m. 194 hükmünün niteliği doktrinde tartışmalıdır. Öyle ki, doktrinde genel kabulün, TMK m. 194'deki sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönünde bkz. **Gümüş**, sh. 82; **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 49- 53; **Barlas**, sh. 121; **Doğan**, Murat, Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜHFD, C. 52, Sa. 4, sh. 93-130, Ankara, 2003, sh. 109. Ancak bazı yazarlar tarafından bu görüş eleştirilmiş ve farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, TMK m. 194 hükmünün, sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olduğu görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, Diğer Eşin Rızası, sh. 5. Fiil ehliyeti sınırlamasıdır görüşü için bkz. **Öztan**, sh. 206. TMK m. 194 hükmü ehliyeti ya da tasarruf yetkisini sınırlayan değil, yasak işlem niteliğinde bir kuraldır görüşü için bkz. **Hatemi/ Oğuztürk- Kalkan**, sh. 77.

²¹ Aile konutunun trampaya, şirkete aynî sermaye olarak konulmasına ya da üçüncü kişi lehine sınırlı aynî hak tanınması işlemlerine konu olması hâlinde, diğer eşin rızasının aranması gerektiği yönünde bkz. **Barlas**, sh. 127; **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 123.

²² Eş, tasarruf ve borçlandırıcı işlemleri gerçekleştirirken diğer eşin rızasını almalıdır görüşü için bkz. **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 52; **Öztan**, sh. 203. TMK m. 194'de öngörülen sınırlamanın borçlandırıcı işlemlerin gerçekleşmesini etkilemeyeceği yönünde bkz. **Gümüş**, sh. 82.

bu hüküm, aile konutu üzerinde üstün bir hakka sahip olan eşi ve evlilik birliğini koruma amacı taşır²³.

Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim onun borçlularına ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir (TMK m. 198). Bu hâlde diğer eşe ödenmesine karar verilen alacağın, hangi hukukî ilişkiden doğmuş olduğu önemli değildir. Ancak hâkim başkasına devredilmemiş veya haczedilmemiş alacakların, diğer eşe ödenmesine karar verebilir²⁴. Diğer eşin talebiyle hâkimin vereceği karar üzerine, borçlu eşin, alacaklılarından talep edebileceği alacak üzerinde tasarrufta bulunma hakkı engellenmiş olur. Yalnız söz konusu korumaya karar verilebilmesi için, evlilik birliği giderlerine ilişkin somut bir katılma alacağı muaccel olmalıdır²⁵.

Evliliğin genel hükümleri kapsamında eşin tasarruf yetkisinin kısıtlandığı bir diğer hâl de TMK m. 199'da düzenlenmiştir. Bu bağlamda, aile ekonomik varlığının korunması amacıyla evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğü yerine getirmeyen eşin tasarruf yetkisi, kısıtlanabilir. Ancak doktrinde hâkimin müdahalesini isteyen eşin, yakın gelecekte böyle bir tehlikenin ortaya çıkacağını ispatlamasının da yeterli olduğu ileri sürülmektedir²⁶. Hâkim, eşin hangi malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtladığını kararında belirtmelidir. Eş ise belirlenen malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarını ancak diğer eşin rızasıyla yapabilir. Hâkimin kararıyla eşin yalnızca tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur²⁷. Bu durumda hâkim gerekli önlemleri almalı (TMK m. 199/2) ve durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine re'sen karar vermelidir (TMK m. 199/3).

Bu hükümler her ne kadar evliliğin genel hükümleri kapsamında düzenlenmiş olsa da eşler, mal rejimlerinden doğan alacak haklarını da TMK m. 195 ve 199 hükmü kapsamında hâkimin müdahalesini isteyerek koruyabilir²⁸.

Eşin üçüncü kişi ile gerçekleştireceği hukukî işlemlerde diğer eşin rızasının arandığı bir diğer hâl ise TBK'de düzenlenmiştir. Gerçekten de eşlerden biri, mahkemece verilmiş bir

²³ Şıpka, sh. 130; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, sh. 49.

²⁴ Doğan, sh. 116-117.

²⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 182.

²⁶ Barlas, sh. 134. Eşin tasarruf yetkisi, her aile uyumsuzluğunda değil, yalnızca malvarlığı değerlerinin ağır ve ciddi tehlikede olduğu durumlarda kısıtlanmalıdır yönünde bkz. Şahinci, sh. 326.

²⁷ Şahinci, sh. 324; Barlas, sh. 133; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, sh. 48-49; Doğan, sh. 121-122.

²⁸ Şıpka, Şükran/ Demir, Pınar Özlem, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 'Edinilmiş Malların Tasfiyesi'ne İlişkin Bir Kararın İncelenmesi (BGE 118 II 27-31), Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, sh. 255-262, Ankara, 2004, sh. 260.

ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça ancak diğerinin rızasıyla kefil olabilir. Eş, diğer eşin üçüncü kişiye kefil olmasını istiyorsa sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması ânında yazılı rıza vermiş olmalıdır (TBK m. 584/1).

2.2. MAL REJİMİ HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ

2.2.1. MAL REJİMİ SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜ

2.2.1.1. Türk Medenî Kanunu Kapsamında Mal Rejimi Seçme Özgürlüğü

2.2.1.1.1. Seçimlik Mal Rejimlerinin Seçilmesi

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun mal rejimi hükümleri dikkate alındığında kanun koyucunun mal rejimlerini, yasal mal rejimi ve seçimlik mal rejimi olarak iki farklı şekilde ele aldığı görülür. Bunlardan yasal mal rejimi, eşlerin kanunun kendilerine tanıdığı sınırlar içerisinde seçimlik mal rejimlerinden birini seçmemiş olmaları hâlinde uygulanacak olan edinilmiş mallara katılma rejimidir. Gerçekten de, TMK m. 202 hükmü ile kanun koyucu, eşlere mal ayrılığı, paylaşımlı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birini seçme imkânı tanımış, bunlardan herhangi birinin seçilmemesi hâlinde ise evlilik birliğine kendiliğinden, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını esas kabul etmiştir²⁹. Dolayısıyla eşler arasındaki evlilik birliğine, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması zorunlu değildir. Eşlerin, TMK'nin ilgili hükümleri doğrultusunda yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile yasal mal rejimi yerine kanunda belirtilen seçimlik mal rejimlerinden birini, evlilik birliğine uygulama imkânı tanınmıştır.

Emredici nitelikteki TMK m. 202/2 hükmü ile eşlerin, yalnızca seçimlik mal rejimlerinden birini seçebileceği belirtilmiştir³⁰. Bu nedenle eşler, mal ayrılığı, paylaşımlı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinden başka kendi oluşturdukları bir rejimin, evlilik birliğine uygulanmasını kararlaştıramaz. Yine eşler, kanunda yer alan seçimlik veya yasal mal rejimlerinin belirli hükümlerinin karma surette uygulanmasına karar veremez. Örneğin

²⁹ Eşler seçimlik mal rejimlerinden birini ya da ikisini terditli olarak seçebilirler yönünde bkz. **Uluç**, sh. 458; **Gençcan**, sh. 94.

³⁰ Ancak mal rejimi hükümlerinin emredici şekilde düzenlenmesine rağmen, eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile hukuk seçimi yapabileceği ve seçilmiş olan hukukun, TMK'nin emredici hükümlerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği yönünde bkz. **Şensöz**, Ebru, Milletlerarası Özel Hukukta Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, sh. 102-111, 122-131, 17-18 Kasım 2006, İstanbul, sh. 123-124. Aksi görüş için bkz. **Uluç**, sh. 614.

yönetim, yararlanma ve tasarruf hakkında mal ortaklığı rejiminin, alacaklılara karşı sorumlulukta mal ayrılığı rejiminin, aile konutunun özgülmesinde, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin ve katılma alacağının tespitinde ise edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını kararlaştıramaz.

Nişanlılar, evlenme başvurusu sırasında yapacakları yazılı bildirim ile yalnızca seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilir. Yoksa nişanlıların mal rejimi seçiminde değişiklik yapmaya ilişkin düzenlemeleri için evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim yeterli değildir. Evlendirme Yönetmeliği'nin (EY) Ek m. 1/3 maddesine göre evlendirme memurları, yasadaki düzenlemelerden farklı anlaşmaları kabul edemezler. Bu hâlde nişanlıların notere giderek düzenleme veya onaylama şeklinde mal rejimi sözleşmesi yapmaları gerekir³¹.

Evlilik birliği içerisinde ise eşler, TMK'nin 202. maddesi kapsamında uygulanmakta olan mal rejimini kaldırarak evlilik birliğine seçimlik mal rejimlerinden birinin uygulanmasını kararlaştırabilir. Eşlerin bu seçimi mal rejimi sözleşmesi ile yapmaları gerekir.

2.2.1.1.2. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Seçilmesi

Eşler, seçimlik mal rejimini seçtikten sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile seçimlik mal rejiminin kaldırılması ve edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik birliğine uygulanmasına karar verebilirler. Bu hâlde, edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik birliğine yasa gereği kendiliğinden değil, mal rejimi sözleşmesi ile uygulanmış olur.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin, taraf iradeleri ile yürürlüğe gireceği bir diğer hâl ise hâkimin, TMK m. 206 uyarınca olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına geçiş kararı vermesi durumunda, mal ayrılığı rejiminden dönmeye ilişkindir. Bu hâlde, eşler yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile her zaman seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilecekleri gibi edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasına da karar verebilirler.

Mal ortaklığı rejimi uygulanmakta iken gerek eşlerden birinin iflâs etmesi ile TMK m. 209 hükmü gereği kendiliğinden mal ayrılığına geçişte, gerekse de haciz hâlinde haczin uygulanmasından zarara uğrayan alacaklının talebi üzerine, hâkim kararıyla mal ayrılığına geçiş kararı verilebilir (TMK m. 210). Alacaklının tatmin edilmesinden sonra, mahkeme

³¹ Bkz. Bölüm I, I, C, 2.

kararı ile mal ortaklığı rejimine dönülmesine karar verilebilir. Ancak eşler, yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile evlilik birliğine edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını kararlaştırabilirler (TMK m. 211). Bu hâllerde edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejimi sözleşmesi gereği uygulanmış olur. Hükmün emredici niteliği gereği eşlerin, diğer seçimlik mal rejimlerinden paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin uygulanmasına karar vermeleri mümkün değildir³². Zira paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin seçilmesi, her ne kadar eşlerin malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkilerine sahip olması (TMK m. 244) ve kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumluluğu nedeniyle (TMK m. 246), alacaklılar açısından bir sakınca doğurmamaktaysa da, tasfiyede aynî paylaşımı öngörmektedir. Öyle ki bu mal rejiminin tasfiyesinde, nispî değil aynî paylaşımın öngörülüyor olması, alacaklı ve eşler arasında menfaat çatışmasına neden olacağı için bu rejimin seçilmesi mümkün değildir³³.

2.2.1.2. Milletlerarası Özel Hukuk Kapsamında Mal Rejimi Seçme Özgürlüğü

Türk Medenî Kanunu'nun mal rejimi hükümleri ve bu bağlamda mal rejimi seçme özgürlüğü, Türk hukukuna tâbi evliliklerde uygulanırken, yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarında, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümleri uyarınca tespit edilen maddî hukuk, uygulama alanı bulacaktır. Yabancılık unsuru ise bir hukukî ilişkinin, birden çok hukuk sistemi ile ilişkili olmasını ifade eder. Söz konusu ilişki, taraflardan en az birinin ya da ikametgâh hukukunun yabancı olması, uyuşmazlığa konu durumun yabancı ülkede bulunması, icra edilmesi veya tarafların yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları hâlinde kendini gösterir³⁴.

Yabancılık unsuru içeren evlilik birliğinde, eşlere mal rejimi hukuku seçebilme imkânı MÖHUK m. 15 ile getirilmiştir. Söz konusu düzenlemede eşlerin seçebilecekleri hukuk, seçim yapmamış olmaları hâlinde ise, evlilik mallarına uygulanacak olan hukuk belirlenmiştir. Zira eşlerin mal rejimine uygulanacak olan hukuku seçmemeleri ya da

³² Ancak alacaklıların korunması açısından edinilmiş mallara katılma rejimi ve mal ayrılığı rejimi arasında bir fark bulunmadığı için eşlerin, mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejimi ile birlikte, mal ayrılığı rejiminin de uygulanmasını kararlaştırılabilecekleri yönünde bkz. **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 191 Nr. 30; **Zeytin**, sh. 43. Ancak belirtmek gerekir ki eşlerin her ne kadar edinilmiş mallara katılma rejimi ile birlikte mal ayrılığı rejimini seçmelerinde alacaklı menfaati bakımından bir sakınca bulunmasa da, alacaklının talebi doğrultusunda mahkeme tarafından zaten mal ayrılığı rejimine geçiş kararı verildiği göz önünde tutulursa, eşlerin bu düzenlemeyi yapmalarında menfaatleri de bulunmamaktadır.

³³ **Zeytin**, sh. 43.

³⁴ **Çelikel**, Aysel/ **Erdem**, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2014, sh. 8-10. Bu hâlde eşlerden birinin yabancı olması gerekir görüşü için bkz. **Şensöz**, sh. 102.

yapmış oldukları hukuk seçim sözleşmesinin, herhangi bir nedenle geçersiz olması hâlinde, evlilik mallarına, eşlerin evlenme ânındaki müşterek millî hukuku, bunun bulunmaması hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde ise Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 15/1).

Eşlerin, evlilik mallarına ilişkin hukuk seçimi yaparken uygulanmasını istedikleri hukuku, açık bir şekilde belirtmeleri yeterli olup ayrıca bir şekil şartı düzenlenmemiştir. Bu nedenle, MÖHUK bakımından, hukuk seçim sözleşmesinin yapıldığı yer hukukunun ya da seçilen hukukun şekil şartlarına uyulmuş olması yeterlidir (MÖHUK m. 7). Ehliyet bakımından ise eşlerin, millî hukuklarında ehil olmaları gerekir (MÖHUK m. 9).

Eşlerin milletlerarası özel hukuk alanında yapabilecekleri mal rejimi tercihi, süre bakımından sınırlanmamıştır³⁵. Bu nedenle eşlerin, evlilik birliği kurulmadan önce ya da evlilik birliği içerisinde her zaman, evlilik birliğine uygulanacak hukuku seçen sözleşmeyi yapmaları mümkündür. Ancak eşler, mal rejimine uygulanacak hukuku seçtikleri sözleşmeyi, evlilik birliği içerisinde yapsalar dâhi, yalnızca evlenme ânındaki mutad mesken ve millî hukuktan birini seçebilir (MÖHUK m. 15/1). Eşlerin yalnızca evlenme ânındaki hukuku seçebilmeleri, mal rejimine uygulanacak olan hukuku öngörmelerini sağlamakla birlikte, evlenmeden sonra ortaya çıkan sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına yönelik istekleri göz ardı edilmiş olur³⁶. Ancak kanun koyucu, evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşlere, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni müşterek hukuku evlilik mallarına uygulama imkânı getirmiştir (MÖHUK m. 15/3). Bu hâlde seçilen hukuk geçmişe etkili olarak uygulanır³⁷.

Eşler, evlilik malları hakkında evlenme ânındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini seçebilir (MÖHUK m. 15/1). Eşlerin, evlilik birliğindeki mal rejimine uygulanmasını kararlaştırabilecekleri hukuk, yalnızca mutad mesken veya millî hukuk olup sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Eşler birden fazla vatandaşlığa sahipse söz konusu bu vatandaşlık hukukundan herhangi birini, MÖHUK m. 15/1 kapsamında seçebilirler³⁸. Bu bağlamda,

³⁵ **Ersen Perçin**, Gizem, Milletler Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, Uygulanacak Hukuk-Milletlerarası Yetki-Tanıma ve Tenfiz, İstanbul, 2015, sh. 177.

³⁶ **Şensöz**, sh. 105; **Ersen Perçin**, sh. 175.

³⁷ **Şensöz**, Evlilik Malları, sh. 181.

³⁸ **Ersen Perçin**, sh. 172; **Şensöz**, Ebru, 27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk, İTÜSBD, Y. 8, Sa.16, sh. 173-211, İstanbul, Güz 2009, (*Kısaca: Evlilik Malları*), sh. 183.

milletlerarası özel hukuk alanında, eşlere sınırlı bir sözleşme özgürlüğü tanındığı söylenebilir³⁹. Aynı şekilde eşlerin seçmiş oldukları hukukun uygulanması, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, söz konusu hukuk uygulanmaz (MÖHUK m. 5).

Eşler, evlilik mallarına uygulanacak hukukun yasal veya seçimlik mal rejimi düzenlemelerinden birini seçebilirler. Bu hâlde, önemli olan eşlerin uygulanmasını istedikleri mal rejimini açıkça belirtmeleridir. Eşlerin yalnızca evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçtikleri, ancak türünü belirtmedikleri durumlarda ise yasal mal rejiminin uygulanması uygun olur⁴⁰. Diğer bir ihtimal ise, eşlerin evlilik mallarına uygulanmasını istedikleri mal rejimini seçmiş olmalarına rağmen, uygulanacak hukuku belirtmemiş olmalarıdır. Bu durumda eşlerin, açık bir hukuk seçimi yapmamış olmaları nedeniyle evlilik mallarına, evlenme ânındaki müşterek millî hukuk, bunun bulunmaması hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 15/1). Tespit edilen hukukta, eşlerin seçmiş oldukları mal rejimi düzenlenmişse, seçilen bu rejimin hükümleri evlilik mallarına uygulanmalıdır. Aksi hâlde, eşlerin seçmiş oldukları mal rejimi, uygulanacak hukuka uygun düştüğü ölçüde bir sözleşme hükmü olarak uygulanabilir⁴¹.

Eşlerin, evlilik birliğindeki malları kısımlara ayırıp farklı hukuklara tâbi tutmaları, yani kısmî hukuk seçimi yapmaları ise mümkün değildir⁴². Eşlerin seçtikleri hukuk, tüm evlilik mallarına uygulanmalıdır. Ancak eşler hukuk seçimi yapmış olsalar dâhi malların tasfiyesinde taşınmazlar, içinde buldukları ülke hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 15/2)⁴³.

2.2.2. MAL REJİMİNİN İÇERİĞİNİ DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜ

2.2.2.1. Genel Olarak

Eşler veya nişanlılar, mal rejimi sözleşmesi ile kanunda yer alan mal rejimlerinden birini seçebilir, kaldırabilir veya bu rejimin hükümlerini değiştirebilirler (TMK m. 203)⁴⁴. Ancak eşlere tanınan bu imkân sınırsız değildir. Eşler veya nişanlılar, yalnızca kanunda yazılı

³⁹ Şensöz, sh. 105; Ersen Perçin, sh. 170; Şensöz, Evlilik Malları, sh. 180-181.

⁴⁰ Ersen Perçin, sh. 182; Şensöz, Evlilik Malları, sh. 187-188.

⁴¹ Çelikel/ Erdem, sh. 252-253.

⁴² Ersen Perçin, sh. 181-182.

⁴³ Hükmün gerekçesinde söz konusu düzenlemenin uygulamaya açıklık getirme amacı taşıdığı ifade edilmiş, ancak bu husus doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. Şensöz, Evlilik Malları, sh. 200-201.

⁴⁴ Mal rejimlerinin içeriğinde değişiklik yapan bu sözleşmeler, 'Ayrıntı Sözleşmeleri'dir yönünde bkz. Anıl/ Taner, sh. 34.

sınırlar içerisinde değişiklik yapabilirler. Kanunda belirtilen sınırı aşan bir düzenleme, eşler tarafından benimsenmek istenirse, noter bu anlaşmanın onaylanmasını reddetmelidir⁴⁵.

*Mal rejimi sözleşmesinin şarta bağlanması*⁴⁶: Doktrinde, bazı yazarlar tarafından eşler veya nişanlıların yapacakları düzenlemelerin yer aldığı mal rejimi sözleşmesinin, şarta bağlanamayacağı ileri sürülmektedir⁴⁷. Diğer bir görüş ise, eşlerin yalnızca mülkiyet değişikliği yaratmayan mal rejimi sözleşmelerinin, şarta bağlanacağını ileri sürmektedir⁴⁸. Diğer birkısım yazar ise, eşler veya nişanlıların, mal rejimi sözleşmesini bozucu veya kurucu şarta bağlayabileceğini ileri sürer⁴⁹. Bu duruma örnek olarak belirlenen mal rejimi sözleşmesinin, yalnızca eşlerin her ikisinin de çalışıyor olması ya da belirli bir miktar kazancın elde edilmesi hâlinde uygulanmasının kararlaştırılması gösterilebilir. Yalnız, eşlerin mal rejimi sözleşmesi için kararlaştıracakları bozucu ya da kurucu şartın, TBK kapsamında sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açacak bir nitelikte olmaması gerekir. Ayrıca mal rejimi sözleşmesi içerisindeki değişikliği, bozucu veya kurucu şarta bağlayan taraf iradeleri, sonradan yapılan mal rejimi sözleşmesinde de yer alabilir. Bu hâlde eşler, yapmış oldukları mal rejimi sözleşmesini değiştirmektedirler. Ancak eşlerin getirmek istedikleri şartı, mal rejimi sözleşmesi dışında, yazılı bir sözleşme ya da şekle tâbi olmadan gerçekleştirecekleri bir anlaşma ile yapmaları mümkün değildir. Zira mal rejimi sözleşmesini değiştiren ya da ortadan kaldıran anlaşmalar yine mal rejimi sözleşmesi ile yapılmalıdır.

Mal rejimi sözleşmesinin süreye bağlanması: Eşlerin mal rejimi sözleşmesi için süre kararlaştırmaları da mümkündür⁵⁰. Bu bağlamda mal rejimi sözleşmesinin, hangi süre içerisinde uygulamada olacağı açıkça belirlenebilir. Örneğin eşler, evlilik birliğinin ilk on yılında mal ayrılığı rejiminin uygulanmasını kararlaştırılabilir. Mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırılan bu süre belirli olabileceği gibi, belirlenebilir nitelikte de olabilir. Mal ayrılığını kabul etmiş olan eşlerin, hukuk fakültesi öğrencisi olan eşin üniversiteyi bitirip

⁴⁵ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 201.

⁴⁶ Edinilmiş mallara katılma rejiminin mal rejimi sözleşmesi ile şarta bağlanması konusu için bkz. Bölüm II, II, C, 2, e.

⁴⁷ **Öztan**, sh. 235; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 204; **Ozanemre Yayla/ Turan**, sh. 1085.

⁴⁸ **Anıl/ Taner**, sh. 47.

⁴⁹ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 182 Nr. 55; **Sarı**, sh. 43; **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, sh. 195; **Gümüş**, sh. 225; **Zeytin**, sh. 42; **Gençcan**, sh. 94.

⁵⁰ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 182 Nr. 54; **Zeytin**, sh. 42; **Sarı**, sh. 43; **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, sh. 195; **Gümüş**, sh. 225; **Gençcan**, sh. 94; **Anıl/ Taner**, sh. 47.

avukatlık ruhsatını aldıktan sonra mal ortaklığı rejiminin uygulanmasını kararlaştırmaları mümkündür. Eşlerin, mal rejimi sözleşmesini süreye bağladıkları düzenlemeleri de, mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılmalıdır.

Eşler tarafından belirlenen süre boyunca mal rejimi sözleşmesinde yer verilen yasal ya da seçimlik mal rejimi uygulanmalı, hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır. Söz konusu sürenin sona ermesi ile evlilik birliğine hangi mal rejimi hükümlerinin uygulanacağı konusunda ise, eşlerin iradelerine öncelik vermek gerekir. Eğer ki eşler, söz konusu sürenin sona ermesi hâlinde yasal veya seçimlik mal rejiminin hangisinin uygulanacağını, mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırmışlarsa, bu rejim evlilik birliğine uygulanmalıdır. Eşlerin bu konuda bir belirleme yapmamaları hâlinde ise evlilik birliğine, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması gerekir (TMK m. 202/1).

Mal rejimi sözleşmesinde farklı düzenlemelere yer verilmesi: Mal rejimi sözleşmesinde, mal rejimine ilişkin hükümlerin yer alması esastır. Mal rejimi hükümleri dışında başka düzenlemelere yer verilmesi konusunda ise, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, mal rejimi sözleşmesi ile yalnızca mal rejimine ilişkin düzenlemelerin yapılması gerektiği ve velâyet yetkisinin nasıl kullanılacağı ya da kadının soyadı gibi aile hukukuna özgü kişisel düzenlemelere yer verilmemesi gerektiği yönündedir⁵¹. Buna karşın doktrinde bazı yazarlar, eşlerin mal rejimi dışındaki diğer ekonomik ilişkilerine yönelik hükümlere de mal rejimi sözleşmesinde yer verebileceklerini ileri sürer⁵². Bu görüşe göre, eşlerin evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğü kapsamında yapacakları ödemeler (TMK m. 186) ile çocuğun bakım, eğitim ve koruma giderleri (TMK m. 327/1) hakkında yapılacak anlaşmalar, mal rejimi sözleşmesinde yer alabilir. Kanaatimizce bu hükümler, evlilik birliği içerisindeki ekonomik ilişkileri ilgilendirse de, mal rejimi düzenlemeleri gibi şekle tâbi değildir. Ancak bu ekonomik ilişkilerin, mal rejimi sözleşmesi gibi ağır şekil şartına tâbi bir sözleşme ile yapılmasında da bir sakınca yoktur. Belirtmek gerekir ki, eşlerin mal rejimi sözleşmesinde yer verdikleri ekonomik ilişkiler, kanunda ayrıca bir şekil şartına tâbi tutulmuş ise mal rejimi sözleşmesi ile değil, bu şekil şartına uyularak yapılmalıdır.

⁵¹ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 182 Nr. 8; **Zeytin**, sh. 42. Yine evliliğin malvarlığına ilişkin genel hükümlerinin mal rejimi sözleşmesi ile düzenlenemeyeceği yönünde bkz. **Öztaş**, sh. 244.

⁵² **Zeytin**, sh. 43; **Gençcan**, sh. 111-114.

Mal rejimi sözleşmesinin geçmişe etkili kılınması: Nişanlılar tarafından yapılan mal rejimi sözleşmesi, hükümlerini evlilik birliğinin kurulması ile doğurur. Bu niteliği itibarıyla da mal rejimi sözleşmesinin ileriye etkili kılındığı söylenebilir. Bununla birlikte acaba mal rejimi sözleşmesi geçmişe etkili olarak yapılabilir mi? Öncelikle hukukî soruna seçimlik mal rejimleri açısından yaklaşmak gerekirse, bu konuda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay ise uygulamada seçimlik mal rejimlerinin geçmişe etkili kılınamayacağını kabul etmektedir⁵³. Doktrinde ise Yargıtay'ın bu kararı eleştirilmiş ve seçimlik mal rejimlerinin geçmişe etkili kılınabileceği ileri sürülmüştür⁵⁴. Diğer bir görüş ise seçimlik mal rejiminin geçmişe etkili kılınmasını, nispi geçerlilik veya nispi geçersizlik nedeni olarak göstermektedir⁵⁵. Bu görüşe göre, edinilmiş mallara katılma rejiminin, seçimlik mal rejimlerinden birinin seçilerek bertaraf edilmesi hâlinde eşlerden birinin alacaklısı zarara uğruyorsa, söz konusu mal rejimi sözleşmesi, taraflar arasında geçerli olacakken, alacaklıya karşı geçersiz olmalıdır. Kanaatimizce, eşin alacaklılarının haklarını koruma altına alan TMK m. 213 hükmü karşısında, bu tür bir geçersizliğe gerek kalmaz. Zira mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesinde eşler, alacaklıların üzerinden haklarını alabilecekleri malları, sorumluluk dışında bırakamazlar. Aksi hâlde kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumlu olur (TMK m. 213/2).

Edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından ise kanun koyucu, 2002 tarihi öncesinde evlenen eşler için TMK'nin Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (YUŞHK) 10. maddesi⁵⁶ ile yasal mal rejiminin geçmişe etkili uygulanmasını kararlaştırma imkânı getirmiştir. Ancak geçiş dönemine özgü olan bu düzenleme süre ile sınırlanmıştır⁵⁷. Doktrinde ise bazı yazarlar, bir yıl geçtikten sonra dâhi, edinilmiş mallara katılma rejiminin, yürürlüğünden önceki bir tarihe kadar geçmişe etkili kılınabileceğini ileri sürmektedir⁵⁸. Bu görüşe göre, TMK'nin YUŞHK m. 10'un amacı, yeni yasal mal

⁵³ Yarg. 8. HD. 13.05.2013 T., 2012/13166 E., 2013/7003 K. için bkz. **Uluç**, sh. 458-460.

⁵⁴ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 196; **Gümüş**, sh. 225- 227; **Kırmızı**, sh. 70, 71.

⁵⁵ **Hatemi/ Oğuztürk- Kalkan**, sh. 81.

⁵⁶ TMK'nin YUŞHK m. 10 hükmü, Anayasa'nın 2, 10 ve 41. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptale konu olmuş, ancak Anayasa Mahkemesi oy çokluğu ile vermiş olduğu kararında, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir. Karar için bkz. AYM, 2006/ 37 E., 2008/ 141 K., 18.09.2008 T., R.G. T. 23.12.2008, Sa. 27089.

⁵⁷ Edinilmiş mallara katılma rejiminin, TMK' nin yürürlüğünden sonraki dönemde geçmişe etkili kılınması konusu için bkz. Bölüm II, II, C, 2, f.

⁵⁸ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 196; **Gümüş**, sh. 225- 227; **Kırmızı**, sh. 70, 71; **Zeytin**, sh. 222.

rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanabileceğini açıklamaktır. Diğer bazı yazarlar ise bu görüşün aksine, TMK'nin YUŞHK'nin 10. maddesine dayanarak kanun koyucunun bir yıllık süre dışında, mal rejimi sözleşmesinin geçmişe kılınmasını istemediğini ileri sürer⁵⁹. Gerçekten de, kanunda kendilerine izin verilen sınırlar içerisinde düzenleme yapma imkânına sahip olan eşlerin, emredici niteliği haiz TMK'nin YUŞHK m. 10 karşısında, söz konusu bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra, edinilmiş mallara katılma rejimini, geçmişe etkili kılmaları mümkün olmamalıdır.

Mal rejimi sözleşmesi ile yapılması mümkün olan bazı düzenlemeler ise niteliği gereği geçmişe etkili olarak uygulanır. Şöyle ki, bir mesleğin icrasına veya işletmenin faaliyetine özgülenen malvarlığı değerlerinin, sözleşme ile kişisel mal olması kararlaştırıldığında, özgülenen mal rejimi sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleşmesi aranmadığı sürece, bu düzenleme ile mesleğin icrasına veya işletmenin faaliyetine geçmişte özgülenmiş olan malvarlığı değerleri kişisel mal niteliğinde olur (TMK m. 221). Yine mal rejimi sözleşmesi ile yapılması gerekmesi dâhi eşlerin değer artış payı alacağından vazgeçmeye veya değer artış payı oranını değiştirmeye yönelik anlaşmaları da niteliği gereği geçmişe etkili olarak uygulanır (TMK m. 227). Öte yandan, eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile gerçekleştirecekleri bazı düzenlemeler niteliği gereği, geçmişe etkili kılınmaz. Yine artık değere katılmada başka bir esasın kabul edilmesi (TMK m. 237/1) veya aile konutu ve eşyası üzerinde sağ kalan eşin sahip olacağı haklara ilişkin (TMK m. 240) yapılacak mal rejimi sözleşmesinin geçmişe etkili kılınması mümkün değildir.

Mal rejimi sözleşmesinde şekil şartı: Değerlendirilmesi gereken hususlardan biri de, mal rejimi sözleşmesinde yapılacak düzenlemelerin kanun koyucu tarafından getirilen şekil şartına ilişkindir. Acaba eşler, kanun koyucunun mal rejimi sözleşmesi ile yapılmasını şart koştuğu bir değişikliğin, adi yazılı sözleşme ile yapılacağını düzenleyebilirler mi? Bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Zira TBK kapsamında, şekil serbestisi esas olsa da, belirli bir şekil öngörülmüş olan düzenlemeler bakımından şekil serbestisinden bahsedilemez. Yine kanun koyucunun mal rejiminde değişiklik yapılmasına ilişkin benimsediği şekil şartı, geçerlilik şekli olup ispat için değildir. Ayrıca eşlerin yapacakları

⁵⁹ **Sarı**, sh. 39-40; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Eşlerin Birbirinden Alacakları, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, sh. 395- 414, Ankara, 2009, (*Kısaca: Eşlerin Birbirinden Alacakları*), sh. 408; **Anıl/ Taner**, sh. 30, 47; **Şipka**, sh. 22-23; **Gençcan**, sh. 95; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Katkı-Katılma Alacağı, Ankara, 2014, (*Kısaca: Katkı - Katılma Alacağı*), sh. 204-205.

düzenlemeler ile mal rejimi sözleşmesinin tâbi olduğu şekil şartıyla hedeflenen amaç ve yöntemleri, geçersiz kılacak biçimde farklı esaslar benimsenemez⁶⁰.

Kanun koyucu, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminde ve seçimlik mal rejimlerinde, eşlere iradelerini ortaya koyabilecekleri düzenlemeler yapmaları için farklı imkânlar tanır. Bu düzenlemelerin genel sınırını, söz konusu mal rejiminin genel düzenleme biçimi ve ruhu oluşturur. Zira eşler, mal rejimlerinde yapabilecekleri bu değişiklikler ile sözleşmelerin uygulanacağı, mal rejiminin esas ve amacına aykırı kural koyamazlar⁶¹.

2.2.2.2. Seçimlik Mal Rejimlerinde Rejimin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü

2.2.2.2.1. Mal Ayrılığı Rejiminin İçeriğinin Düzenlenmesi

Mal ayrılığı rejiminde eşlerden her biri, malvarlığı üzerinde yönetim ve yararlanma hakkını korumakta olup malvarlığı değerleri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Doktrinde eşlerin, bu rejimin uygulanmasını mal rejimi sözleşmesi ile değiştiremeyecekleri ileri sürülmektedir⁶². Bu görüşe göre, eşlerin mal ayrılığı rejimine ilişkin düzenlemeleri, rejimin özüne zarar verir. Örneğin, mal ayrılığı rejiminin tasfiyesinde, evlilik birliği içerisinde edinmiş oldukları malvarlığı değerleri üzerinden eşlerin, katılma alacağına hak kazanacağı yönündeki belirleme, mal rejiminin özünü zedeleyecek niteliktedir. Zira bu hâlde, mal ayrılığı rejimi -Yargıtay uygulaması ile katkı tazminatının ödeneceği de göz önünde tutulursa- edinilmiş mallara katılma rejimi ile benzerlik arz eder. Ancak mal ayrılığı rejimini seçen eşler tarafından yapılan her düzenlemenin, mutlak olarak mal ayrılığı rejiminin özüne zarar vereceği sonucu çıkarılmamalıdır. Şöyle ki, eşler her ikisinin paydaş olduğu paylı mülkiyet konusu pay üzerinde, diğer eşin rızası olmaksızın tasarrufta bulunamayacağını kararlaştırabilmelidir (TMK m. 223). Yine eşlerin, mal rejimi düzenlemeleri dışında TBK kapsamında düzenleme yapmalarının önünde bir engel yoktur. Eşin, diğer eşe ait bir malvarlığı değerini, vekâlet hükümleri doğrultusunda yönetileceğinin kararlaştırılması genel hükümler kapsamında mümkün olmalıdır (TMK m. 215).

⁶⁰ Anıl/ Taner, sh. 45.

⁶¹ Anıl/ Taner, sh. 45.

⁶² Zeytin, sh. 46.

2.2.2.2.2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin İçeriğinin Düzenlenmesi

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin içeriğinde, eşler kanuni sınırlar içerisinde çeşitli değişiklikler yapabilirler. Bunlardan ilki, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak denkleştirme bedeline faiz yürütülmeyeceğinin kararlaştırılmasıdır (TMK m. 253/3). Denkleştirme bedeline tasfiyenin sona ermesinden başlayarak faiz işlemesi kural olup eşler faiz ödenmesini istemiyorlarsa şekle tâbi olmayan bir düzenleme yapılmalıdır. Hükümde görüldüğü üzere, kanun koyucu eşlere paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, denkleştirme bedeline faiz uygulanıp uygulanmaması konusunda takdir hakkı tanır. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, eşlerin üzerinde düzenleme yapabilecekleri diğer bir husus ise TMK m. 254/1’de düzenlenmiş olan aile konutu ve ev eşyası üzerindeki kullanım hakkıdır. Şöyle ki, evliliğin iptal veya boşanmayla sona erdirilmesi hâlinde, eşler ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit olarak paylaşım konusu olan konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangisinin devam edeceği konusunda anlaşabilirler. Eşlerin yapacakları bu düzenleme şekle tâbi değildir.

2.2.2.2.3. Mal Ortaklığı Rejiminin İçeriğinin Düzenlenmesi

Diğer bir seçimlik mal rejimi olan mal ortaklığı rejiminde de kanun koyucu eşlere TMK’nin 258, 259, 260 ve 274, 276, 277, 279. maddeleri ile rejimin içeriğinde değişiklik yapma hakkı tanır. Bu bağlamda eşler, mal rejimi sözleşmesiyle sadece edinilmiş mallardan oluşan bir ortaklık kabul edebilirler (TMK m. 258). Ya da eşler mal rejimi sözleşmesiyle belirli malvarlığı değerlerini veya türlerini, özellikle taşınmaz malları, bir eşin kazancını, bir meslek veya sanatın icrası için kullanılan malları ortaklık dışında tutabilirler (TMK m. 259/1). Öte yandan, bu malların gelirlerinin ortaklığa dâhil olacağını (TMK m. 259/2) ya da eşler kişisel malların kapsamına hangi malvarlığı değerlerinin gireceğini mal rejimi sözleşmesi ile belirleme hakkına sahiptirler (TMK m. 260).

Eşlerin tasarrufta bulunabileceği bir diğer alan, bir eşin kişisel malı veya ortaklık malıyla bir başka mal kesimine giren malvarlığı değerinin edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunmasına katkıda bulunulması hâlinde bu katkıya, edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artış payına ilişkin hükümlerin uygulanmasını söyleyen TMK m. 274 hükmüdür. Edinilmiş mallara katılma rejimine yapılan atıf uyarınca eşler, değer artış payı alacağı üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Bu hâlde, mal ortaklığını seçen eşler, kişisel veya ortaklık malıyla bir başka mal kesimine giren malvarlığı değerinin edinilmesine,

iyileştirilmesine veya korunmasına bulunduğu katkı nedeniyle doğan değer artış payı alacağından vazgeçebilir veya değer artış payı oranını değiştirebilirler. Eşlerin yapacağı bu düzenlemenin ise mal rejimi sözleşmesi ile gerçekleştirilmesi gerekir.

Mal ortaklığı rejiminin, eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle sona ermesi hâlinde, eşler veya mirasçılar ortaklık mallarının yarısı üzerinde hak sahibi olur (TMK m. 276/1). Ancak eşler, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı kararlaştırılabilirler (TMK m. 276/2). Eşler boşanma, evliliğin iptali veya kanun ya da mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş hâllerinde yasal paylaşım oranının değiştirilmesini istiyorlarsa, bu hususu mal rejimi sözleşmesinde açıkça düzenlemelidirler (TMK m. 277/3).

Sağ kalan eş, eşlerin birlikte yaşadıkları konut veya ev eşyası ortaklık mallarına dâhil ise TMK m. 279 kapsamında, payına mahsuben bunların mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir. Ancak haklı sebep söz konusu ise, sağ kalan eş veya ölen eşin diğer yasal mirasçılarının istemiyle, bu malvarlığı değerleri üzerinde mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınabilir. Yine mal ortaklığı rejiminin ölüm dışındaki bir sebeple son bulması hâlinde, eşlerden her biri, üstün bir yararının varlığını ispat etmek suretiyle aynı istemleri ileri sürebilir. Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile başka bir paylaşım oranının kararlaştırılabileceğini düzenleyen TMK m. 276/2 hükmü gereği, eşlerin aile konutu ve ev eşyasına ilişkin düzenleme yapmaları mümkündür⁶³.

2.2.2.3. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Rejimin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü

2.2.2.3.1. Genel Olarak

Kanun koyucunun, eşlerin mal rejimi seçimi yapmamaları hâlinde edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması esas kabul ederek (TMK m. 202/1) evlilik birliğinde mal rejimi hukuku bakımından boşluk oluşmasını önlemek istediği söylenebilir. Ancak, mal rejimi seçimi yapmamış eşler için evlilik birliğine edinilmiş mallara katılma rejiminin bir bütün olarak uygulanması, mutlak zorunluluk olarak görülmemiştir. Bu bağlamda eşler, kanunda belirtilen sınırlar içerisinde yasal mal rejiminde değişiklik yapabilirler (TMK m. 203).

⁶³ Zeytin, sh. 47.

Eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejiminin içeriğinde yapabilecekleri bu değişikliklerin bazıları, özel şekil şartına tâbi iken, bazıları için yazılı şekil şartı aranmış olup diğer bazıları için ise şekil şartı öngörülmemiştir. Tüm bu değişiklikler, gerek bu başlık altında gerekse de tez kapsamında mal rejimi sözleşmesi ve mal rejimi sözleşmesi dışındaki hukukî işlemlerle, mal rejiminin içeriğini düzenleme olarak iki başlıkta incelenecektir.

2.2.2.3.2. Mal Rejimi Sözleşmesi İle İçeriğin Düzenlenmesi

Evlilik birliğine edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmakta olan eşler, kanunda aranan şekil şartlarına uyarak bazı değişikliklerde bulunabilirler. Eşlerin, mal rejimi sözleşmesi ile yapılabilecekleri bu değişiklikler, edinilmiş malların kapsamının daraltılması, artık değere katılmada farklı bir esasın kabul edilmesiyle aile konutu ve ev eşyası hakkında düzenleme yapılmasıdır⁶⁴. Bu bağlamda eşler, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan, edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin ve kişisel malların gelirlerinin kişisel mal olacağını kararlaştırabilirler (TMK m. 221).

Eşler, artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilirler (TMK m. 237). Mahkemece evliliğin iptaline veya boşanmayla sona erdirilmesine ya da seçimsiz mal rejimine geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması hâlinde geçerli olur. Ancak bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelememelidir (TMK m. 238).

Son olarak mal rejimi sözleşmesi ile eşler, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında aile konutu ve ev eşyası üzerinde değişiklik yapabilirler (TMK m. 240/1). Şöyle ki, yasal mal rejiminin sona ermesi ile tasfiyede sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmek için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde gerekli şartları sağlayarak intifa veya oturma hakkı; haklı sebebin varlığı hâlinde ise mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Ancak eşler, söz konusu düzenlemeden ayrılarak mal rejimi sözleşmesi ile farklı anlaşmalar yapabilirler.

⁶⁴ Bkz. Bölüm II.

2.2.2.3.3. Mal Rejimi Sözleşmesi Dışındaki Hukukî İşlemlerle İçeriğin Düzenlenmesi

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında, eşlerin yapabilecekleri değişiklikler, yalnızca mal rejimi sözleşmesi ile yapılması zorunlu olanlarla sınırlı değildir. Öyle ki, eşler bazı değişiklikleri, kanunda düzenleniş şekline göre yazılı şekilde ya da şekle tâbi olmaksızın gerçekleştirebilirler⁶⁵.

Nişanlıların ise kanun koyucunun mal rejimi sözleşmesi ile yapılmasını zorunlu kılmadığı düzenlemeleri, evlenme başvurusu sırasında yapacakları yazılı bir beyan ile vermelerinde sakınca bulunmamalıdır⁶⁶. Bu hâlde, evlendirme memuru, edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal rejimi sözleşmesi ile yapılması zorunlu olmayan değişiklikleri içeren yazılı beyanı dikkate alarak kayda geçirmelidir⁶⁷. Ancak nişanlıların yapmak istedikleri değişikliklerin, mal rejimi sözleşmesi ile yapılması zorunlu ise (Örn. TMK m. 221, m. 237) bu değişikliğin mal rejiminin seçiminde olduğu gibi yazılı bir bildirim ile evlendirme memuruna verilmesi yeterli olmamalı, eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapmaları gerekmektedir.

Eşin, paylı mülkiyet konusu mal üzerinde tasarrufta bulunma hakkı, kural olarak diğer eşin rızasına bağlıdır. Ancak eşler, şekle tâbi olmayan bir sözleşme ile aksini kararlaştırarak eşin, diğer eşin rızası olmadan tasarrufta bulunmasını sağlayabilirler (TMK m. 223/2). Yine eşler, karşılıklı borçları ile ilgili şekle tâbi olmaksızın düzenleme yapabilirler (TMK m. 226/3).

Eşlerden biri diğer eşe ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur. Bu alacak, o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır. Ancak eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirme imkânına sahiptirler (TMK m. 227/3).

⁶⁵ Bkz. Bölüm III.

⁶⁶ **Zeytin**, sh. 38; **Gümüş**, sh. 224.

⁶⁷ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 190; **Gençcan**, sh. 104. Eşler, evlendirme memuruna bir sayfayı aşan şekilde mal rejimi seçimi ve değişiklik içeren yazılı beyan vermişlerse, evlendirme memurunun bu beyanı almaktan çekinmemesi gerektiği ancak aksinin de sınırlı yetkisi nedeniyle yanlış olmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Zeytin**, sh. 38.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ile hesaplanan katılma ve değer artış payı alacağına, tasfiyenin sona ermesinden itibaren faiz yürütölür (TMK m. 239/2). Ancak eşler şekle tâbi olmayan bir anlaşma yaparak faizin yürütölüleceği tarihi, faiz oranını belirleyebilir ya da başka bir esası kabul edebilirler (TMK m. 239/3).

BİRİNCİ BÖLÜM ÖZETİ

Mal rejimi sözleşmesi, bir aile hukuku sözleşmesi niteliğinde olup, evlilik birliğine uygulanacak mal rejiminin seçimine, kaldırılmasına veya değiştirilmesine yönelik anlaşmaların, evlilik birliği kurulmadan önce nişanlılar, sonrasında ise eşler tarafından özel geçerlilik şartlarına uyularak yapılan sözleşmedir. Öyle ki, mal rejimi sözleşmesi, ehliyet, şekil ve süre bakımından sınırlayıcı hükümlere tâbi olup ancak bu şartlara uyulması ile hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Mal rejimi sözleşmesi, ayırt etme gücüne sahip eş ya da nişanlı tarafından yapılabilir (TMK m. 204/1). Ancak ayırt etme gücüne sahip olan küçük ya da kısıtlı, yasal temsilcilerinin izni ile mal rejimi sözleşmesi yapabilirler (TMK m. 204/2). Tam ehliyetsiz eş veya yasal temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip olmayan eş adına mal rejimi sözleşmesi yapamaz.

Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlüğü döneminde, mal rejimi sözleşmesinin tescil ve ilanı zorunluluğu (eMK m. 237-240) ile evlilik birliği içerisinde yapılan mal rejimi sözleşmelerinin hâkim tarafından onaylaması gerekliliğini içeren düzenlemeler (eMK m. 173) kaldırılmıştır. O hâlde eşler, mal rejimi sözleşmesini evlilik birliği kurulmadan önce ya da kurulduktan sonra, TMK m. 205'de belirtildiği üzere noterde düzenleme veya onaylama şeklinde ya da evlenme sırasında evlendirme memuruna verecekleri yazılı bildirimle yapabilirler. Öte yandan, okuma yazma bilmediği için ya da her hangi bir fizikî engeli nedeni ile imza atamayan eşler de, NK'de aranan şartları sağlamak koşulu ile mal rejimi sözleşmesi yapabilirler.

Eşlerden her biri, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğer eş veya üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi, diğer eşin izin ya da onayına tâbi olmadan yapabilir (TMK m. 193). Ancak eşlere, evlilik birliğini koruma amacıyla TMK'nin evliliğin genel hükümlerine ilişkin bölümünde TMK m. 190, 194, 198 ve TMK m. 199 ile çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Yine TBK'de düzenlenmiş olmasına rağmen eşlerin tasarruf serbestisini kısıtlayan bir diğer düzenleme TBK m. 584/1 hükmüdür.

Aile hukuku kapsamında eşlere sözleşme özgürlüğünün tanındığı bir diğer alan ise mal rejimi seçimi ve mal rejiminin içeriğinin değiştirilmesidir. Eşler, TMK'nin ilgili hükümleri doğrultusunda yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile yasal mal rejimi yerine, kanunda

belirtilen seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilir veya kanunda belirtilen sınırlar içerisinde değişiklik yapabilirler. Eşlere tanınan bu imkân, kanunun belirlediği alanlarda, sınırlı sayıda ve tipe bağlı olarak yapılabilen düzenlemelerdir. Öyle ki, eşler yalnızca mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejiminin evlilik birliğine uygulanmasına karar verebilir (TMK m. 202) veya yalnızca bu rejimler için kanunda belirtilen değişiklikleri yapabilirler. Yabancılık unsuru içeren evlilik birliğinde ise eşler, evlilik malları hakkında evlenme ânındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini seçebilirler (MÖHUK m. 15/1). Ancak kanun koyucu, müşterek hukukunu evlilik birliği içerisinde değiştiren eşlere, değişen müşterek hukukun uygulanmasını kararlaştırabilme imkânı da getirmiştir (MÖHUK m. 15/3).

Eşlerin, seçmiş oldukları mal rejiminin uygulanmasını, TBK kapsamında sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açmayacak bir bozucu ya da kurucu şarta bağlamaları veya mal rejimi sözleşmesi için belirli bir süre kararlaştırmaları mümkündür. Yine eşler, evlilik birliği içerisindeki ekonomik ilişkileri ilgilendiren ve ayrıca bir şekil şartına tâbi olmayan düzenlemelere mal rejimi sözleşmesi içerisinde yer verebilirler. Ancak mal rejimi sözleşmesi ile eşlerin, emredici niteliği haiz TMK'nin YUŞHK m. 10 hükümde düzenlenmiş olan bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra gerek yasal mal rejimini gerekse de seçmiş oldukları mal rejimini, geçmişe etkili kılmaları mümkün değildir.

BÖLÜM II

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ ile YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER

1. EDİNİLMİŞ MALLARIN KAPSAMININ DARALTILMASI

1.1. EŞLERİN MALVARLIĞI TÜRLERİ

Eşler arasında uygulanmakta olan edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdiğinde, eşlerin malvarlığında yer alan haklar ve borçlar, mal rejiminin sona erme ânındaki durumuna göre değerlendirilir. Bu değerlendirme yapılırken eşlerin tüm malvarlığı değerleri, edinilmiş ve kişisel olarak sınıflandırılır. Katılma alacağının hesaplanmasında önem arz eden bu ayrımın temelini, herhangi bir malvarlığı değerinin kazanılmasında, evlilik birliğinde varlığı kabul edilen iş bölümü ve iş birliği esası oluşturur⁶⁸. Bu bakımdan, kural olarak bir malvarlığı değerinin kazanılmasında, diğer eşin evlilik birliğinden doğan iş bölümü ve iş birliğinin etkisi bulunmakta ise bu malvarlığı değeri, katılma alacağının hesaplanmasında edinilmiş mal olarak tasfiyede dikkate alınır.

TMK m. 228’de eşlerden her birinin mallarının, edinilmiş ve kişisel mal olarak ayrılacağı düzenlenmiş olup başka bir malvarlığı grubundan bahsedilmemektedir. Bu nedenle, edinilmiş mallara katılma rejiminde, kadın eşin edinilmiş ve kişisel malları ile erkek eşin edinilmiş ve kişisel malları olmak üzere dört malvarlığı grubu bulunur⁶⁹. Ancak bunun aksine öğretilde, edinilmiş mal ve kişisel mal ayrımının yanında bir de ‘paylı mallar’ grubunun varlığından söz edilir⁷⁰. Bu görüşe göre, yasal mal rejimi her bir eşin edinilmiş,

⁶⁸ Sarı, sh. 133; Şıpka, sh. 271.

⁶⁹ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 230; Oğuz, sh. 141; Şıpka, sh. 88; Gümüş, sh. 253; Zeytin, sh. 89; Sarı, sh. 132-133.

⁷⁰ Şıpka, sh. 90; Başpınar, Veysel, Türk Medenî Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFD, C. 52, Sa. 3, sh. 79-101, Ankara, 2003, sh. 89; Akıntürk, Turgut/ Karaman- Ateş, Derya, Aile Hukuku, Ankara, 2014, sh. 159; Ateş, Turan, Türk Medenî Kanunu’nda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2013, sh. 111-112; Ceylan, sh. 1028. Bir malın

kişisel ve paylı mallarından oluşur. Ancak edinilmiş mallara katılma rejiminde, her ne kadar eşlerin paylı mülkiyetindeki mallara ilişkin hükümler bulunsa da (Örn. TMK m. 222/2, m. 223/2 ve m. 226/2), bu tür paylı mülkiyet konusu mallar bir malvarlığı grubu oluşturmaz. Her pay ilgili olduğu malvarlığı kesimine dâhil olur⁷¹. Bu kapsamda, eşler arasında birlikte mülkiyet söz konusu ise, paylı mülkiyete konu her bir pay veya elbirliği mülkiyetindeki ortaklık payı, eşlerin kendi malvarlığı içerisinde, finansmanlarında kullanılan kaynağa göre eşlerin edinilmiş veya kişisel mal grubuna dâhil edilir.

TMK m. 221’de yer alan malvarlığı değerleri ise ayrı bir malvarlığı grubunu oluşturmaz. Bu hüküm ile eşlere kanunda yer alan malvarlığı değerlerinin niteliğinin aksini belirleme imkânı tanınmıştır.

1.2. EDİNİLMİŞ MALLAR

1.2.1. GENEL OLARAK

Edinilmiş mallar, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince, karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olarak tanımlanır (TMK m. 219/1). Bu tanım içerisinde genel olarak edinilmiş malların taşınması gereken unsurlar bulunmaktadır⁷². TMK m. 219/2’de ise kanunen edinilmiş olduğu belirlenen malvarlığı değerlerine örnek olarak yer verilir. Bu bağlamda kanunda her ne kadar belirtilmemiş olsa da edinilmiş malların gelirleri, şeref ve haysiyetin ihlâli nedeniyle ödenen maddî tazminatlar da edinilmiş malvarlığı grubuna dâhil edilmelidir. Yine birlik giderlerine katılma amacıyla yapılan ödemeler (TMK m. 186/3, m. 196/1, m. 197/2, 3) ve çocuğun bakımına ilişkin ödemeler (TMK m. 327/1 vd.) kanunda sayılmayıp edinilmiş mal türleridir⁷³.

kime ait olduğu belirlenemiyorsa, söz konusu malın TMK m. 222/2 dolayısıyla eşlerin paylı mülkiyet grubunda olduğu kabul edilir. Bu nedenle de eşler, katılma alacağı yerine mülkiyet hakkına sahip olur, görüşü için bkz. **Acar**, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, Ankara, 2014, sh. 149.

⁷¹ **Gümüş**, sh. 253¹¹⁷. Ancak bir malvarlığı değerinin kısmen edinilmiş mal kısmen de kişisel mal olabileceği yönünde bkz. **Piotet**, Paul, Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1987, sh. 72-73.

⁷² Yasal mal rejiminde edinilmiş malların kapsamının çok geniş tutulduğu yönündeki eleştiri için bkz. **Acabey**, M. Beşir, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları – İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, sh. 491-534, İzmir, 2007, sh. 787.

⁷³ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 205.

Kanun koyucu, TMK m. 219’da edinilmiş malların tanımını verip örneklemiş olsa da, bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal grubuna dâhil olduğunu belirlemek için TMK m. 219 tek başına yeterli değildir. Zira bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal olarak kabul edilebilmesi için aynı zamanda TMK m. 220’de sayılan kişisel mallardan da olmaması gerekir⁷⁴. Bu bağlamda edinilmiş mallar, TMK m. 220’nin kapsamına girmeyen ve TMK m. 219’da sayılan özellikleri taşıyan malvarlığı değerleri olarak tanımlanabilir.

1.2.2. EDİNİLMİŞ MALLARIN UNSURLARI

1.2.2.1. Mal Rejiminin Devamı Süresince Edinme

Yasal mal rejiminin sona ermesi ânında malvarlığında bulunan bir değer, edinilmiş mal olarak artık değer hesabında dikkate alınabilmesi için eşin, söz konusu malvarlığı değerini, mal rejiminin devamı süresince edinmiş olması gerekir. Bu bakımdan bir malvarlığı değerinin, edinilmiş veya kişisel mal olarak nitelendirilmesi için kazanma anı önem arz eder. Doktrinde kazanma anının tespitinde, ilgili malvarlığı değerinin kazanılmasını sağlayan hukukî işlem ya da hukukî fiillerin gerçekleştiği anın esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁵. Bu görüşe göre borçlandırıcı işlem, yasal mal rejimi süresi içerisinde yapılırsa dâhi tasarruf işlemi, mal rejiminin sona ermesinden sonraki dönemde yapılmışsa kazandırma, mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmaz. Öyle ki eşin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini edinilmiş mallara katılma rejimi döneminde, devir işlemi ise mal rejiminin sona ermesinden sonra yapmış olması halinde, söz konusu kazandırma tasfiyede dikkate alınmaz.

Malvarlığı değeri, aslen kazanılmakta ise malvarlığının edinildiği an kazanma anıdır. Devren kazanımda ise yapılacak tescilin kurucu etkiye sahip olup olmaması önem taşır. Tescil kurucu etkiye sahipse tescilin gerçekleştiği an, kurucu nitelikte değilse hakkın doğduğu an kazanma anıdır⁷⁶. Ancak eşin sürekli edim yükümlülüğü altına girdiği durumlarda kazanma anı, edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlüğü öncesinde gerçekleşmiş olsa da, eş edimini mal rejiminin yürürlüğü döneminde yerine getirmiş olabilir. Kanaatimizce bu hâlde, eşin yasal mal rejiminin süresi içerisinde edinilmiş

⁷⁴ **Sarı**, sh. 134- 135.

⁷⁵ **Sarı**, sh. 137.

⁷⁶ **Zeytin**, sh. 96-97.

mallarından karşılamaş olduğu edim miktarınca, tasfiyede edinilmiş mallar lehine denkleştirme alacağı doğmalıdır.

Eşlerin mahkeme kararı olmaksızın fiilen ayrı yaşadığı dönem içerisinde edinilen bir malvarlığı değeri, kural olarak edinilmiş mal niteliğindedir⁷⁷. Meğerki hâkim, fiili ayrılığı diğer şartların gerçekleşmesi ile birlikte haklı sebep olarak görüp mal ayrılığına geçiş kararı vermiş olsun (TMK m. 206). Bu hâlde hâkimin vermiş olduğu mal ayrılığına geçiş kararı ile edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulaması son bulur. Aksi hâlde eş, bu süre içerisinde edinmiş olduğu malvarlığı değerinin kanunen yarısını, hiçbir katkısı olmayan ve fiilen ayrı yaşadığı diğer eşe vermek zorunda kalır.

Mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmesi, İsviçre Medenî Kanunu'ndan farklı olarak, TMK'de yasal mal rejimini sona erdiren bir sebep olarak düzenlenmemiştir⁷⁸. Bu nedenle eşler hakkında ayrılık kararı verilmiş olması, yasal mal rejimini kendiliğinden sona erdirmez. Öte yandan eşler arasında ayrılık kararı bulunmakta ise TMK m. 180'e göre ayrılığa karar veren mahkeme, hükümde her ne kadar yalnızca sözleşmeyle kabul edilen mal rejiminin kaldırılmasından bahsedilmiş olsa da, yasal mal rejiminin kaldırılmasına da karar verebilmelidir⁷⁹. Aksi hâlde, hükmün lafzı ile bağlı kalınırsa, evlilik birliğine uygulanmakta olan edinilmiş mallara katılma rejimi, kanun gereği kendiliğinden uygulanıyor ise hâkim, mal rejimini kaldırma yetkisini kullanamaz.

1.2.2.2. Karşılığını Vererek Elde Etme

Bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal olarak kabul edilebilmesi için karşılık vererek elde edilmiş olması gerekir. Karşılık ise her zaman eşin fiziksel çalışması sonucu ortaya çıkmayıp farklı görünümlere sahip olabilir. Eşin kişisel emeğinde, bir malın devrinde, bir hakkın tanınmasında, sınırlanmasında veya sona erdirilmesinde ya da fikrî faaliyetlerde karşılık kavramını görebiliriz⁸⁰. Bu bağlamda karşılık, eşin fikrî çalışma, bedensel veya

⁷⁷ Aynı yönde Yarg. 8. HD. 11.06.2013 T., 2012/10180 E., 2013/8878 karar için bkz. **Kırmızı**, sh. 604-606.

⁷⁸ **Şeker**, Muzaffer, Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, sh. 133-158, İstanbul, 2006, sh. 135.

⁷⁹ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 134; **Zeytin**, sh. 55; **Şeker**, sh. 137; **Sarı**, sh. 94-95; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 227. Bu hâlde hâkimin yasal mal rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşmesine karar veremeyeceği, bu konuda boşluk olduğu yönünde bkz. **Özüğür**, Ali İhsan, Mal Rejimleri, Ankara, 2013, sh. 72.

⁸⁰ **Zeytin**, sh. 98; **Acabey**, sh. 498; **Sarı**, sh. 139.

herhangi bir şekilde emek sarf etmesi sonucu bir malvarlığı değeri elde etmesi olarak tanımlanabilir.

Eşin evlilik birliği içerisinde yapmış olduğu hukukî işleme konu kazandırmalar, karşılığında herhangi bir maddî menfaat elde edilmiş olup olmamasına göre karşılıklı veya karşılıksız kazandırma olarak ikiye ayrılabilir. Eşin, iki tarafa borç yükleyen satım, trampa, istisna, vekâlet, hizmet sözleşmeleri ile elde ettiği karşılıklar edinilmiş maldır. Buna karşılık ücretsiz vekâlet ve faizsiz ödünç para verme ilişkisi eksik iki tarafa borç yükleyen hukukî ilişkiler olup burada tarafların üstlendikleri borçlar karşılıklı değildir. Zira ücretsiz vekâlet sözleşmesinde, vekâlet hizmeti alanın ödeyecek olduğu masraflar ve faizsiz ödünç para alanın, parayı geri ödeyecek olması bu sözleşmeleri karşılıklı hâle getirmez⁸¹. Dolayısıyla edinilmiş malvarlığı değerinden bahsedilemez. Ayrıca eşin karşılık beklemeksizin sosyal bir ilişkide elde ettiği kazanımlar⁸² edinilmiş malvarlığı değeri olamaz. Bu hâlde, tatilde olan arkadaşının evcil hayvanına bir haftalığına bakan eşe, arkadaşının almış olduğu hediye, edinilmiş mal niteliğinde olmamalıdır.

Bir malvarlığı değerinin edinilmesinde, karşılığın hangi malvarlığı değerinden sağlandığı, söz konusu malvarlığı değerinin edinilmiş mal sayılıp sayılmaması bakımından belirleyicidir. Zira edinilmiş malların yerine geçen değerler edinilmiş mal (TMK m. 219/2 b. 5), kişisel malların yerine geçen değerler ise kişisel mal olarak gruplandırılır (TMK m. 220/b. 4). Bu sebeple bir malvarlığı değerinin edinilmesi için edinilmiş mallardan karşılık verilmişse edinilmiş mal, kişisel mallardan karşılık verilmişse kişisel mal olduğu kabul edilir. Neticede, bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal olarak kabul edilebilmesi için yalnızca karşılık verilmek suretiyle elde edilmesi yeterli olmayıp verilen bu karşılığın edinilmiş mallardan da karşılanması gerekir.

Karşılıksız kazandırma sonrasında eş üzerinde bazı yükümlülüklerin ortaya çıkması, kazandırmayı karşılıklı hâle getirmez. Diğer bir deyişle, söz konusu malvarlığının vergi borcunun ortaya çıkması ya da bazı masrafları gerektirmesi yapılan kazandırmayı karşılıklı hâle getirmez⁸³.

⁸¹ Faizsiz ödünç alınması durumunda, alınan para ile vadesinde yapılan ödemenin birbirinin karşılığını oluşturduğu yönündeki görüşü için bkz. **Acar**, sh. 159.

⁸² **Zeytin**, sh. 98.

⁸³ **Sarı**, sh. 140.

Kısmen karşılıksız bir şekilde kısmen de karşılık verilerek elde edilen malvarlığı değerlerinin, hangi malvarlığı grubuna dâhil edileceği ayrıca değerlendirilmelidir. Bu sebeple malvarlığı değerinin edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğunu tespit etmek için karşılıksız kazanmanın mı yoksa karşılığın mı daha çok olduğuna bakmak gerekir. Eğer kazandırma için verilen karşılık, karşılıksız kısma göre daha fazla ise malvarlığı değeri edinilmiş mal, karşılıksız kazanma oranı karşılığa göre daha fazla ise kişisel mal olarak nitelendirilmelidir⁸⁴. Ancak nitelendirmenin aleyhine olan malvarlığı grubu yönünden katkı miktarınca denkleştirme yapılmalıdır⁸⁵. Kazandırmadaki karşılıklı ve karşılıksız kısımlarının eşitliği hâlinde ise edinilmiş mal karanesi doğrultusunda malvarlığı değeri, edinilmiş mal olarak kabul edilir ve karşılıksız kısım yönünden denkleştirme yapılır⁸⁶.

1.2.2.3. Malvarlığı Değeri Olma

Edinilmiş malların ilk unsuru, yasal mal rejimi süresince karşılığını vererek edinilenin bir malvarlığı değeri olmasıdır. Malvarlığı değerleri, malvarlığının aktif veya pasif kısmında yer alan haklardır. Bu haklar genel olarak ekonomik bir değer taşıyan ve para ile ölçülebilen değerlerdir⁸⁷.

Kanun koyucu, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından hangi malvarlığı değerlerinin, edinilmiş mal olduğunu belirlememiştir. Bu nedenle genel hükümler kapsamında taşınır ve taşınmaz mallar, bunlar üzerinde kurulan sınırlı aynî haklar, alacak hakları, maddî bir değer taşıyan yenilik doğuran haklar ve fikrî haklar malvarlığı değeri⁸⁸ olduğu için edinilmiş mal niteliği taşıyabilir. Ancak malvarlığı değeri olmayan kişi varlığına ilişkin haklar, edinilmiş mal olarak kabul edilemez⁸⁹. Bu bağlamda, eşe diğer eş veya üçüncü kişi tarafından gönderilen mektuplar, edinilmiş mal olarak nitelendirilemez. Aynı şekilde söz konusu mektubun çalınması ve basılması nedeniyle eşin elde ettiği maddi ve manevî tazminatta edinilmiş mal olmaz.

⁸⁴ **Zeytin**, sh. 100.

⁸⁵ **Sarı**, sh. 141; **Gümüş**, sh. 254.

⁸⁶ **Sarı**, sh. 141.

⁸⁷ **Dural**, Mustafa/ **Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2014, sh. 153.

⁸⁸ **Dural/ Sarı**, sh. 151. Beklenen haklarında malvarlığı değeri olduğu yönünde bkz. **Piotet**, sh. 13-14.

⁸⁹ **Sarı**, sh. 136.

1.2.3. KANUNDA SAYILAN EDİNİLMİŞ MAL TÜRLERİ

1.2.3.1. Çalışmanın Karşılığı Olan Edim

Bir eşin çalışmasının karşılığı olarak elde ettiği edimler, TMK m. 219/2 b.1'e göre edinilmiş maldır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşin çalışmasının karşılığı olarak elde ettiği edimler üzerinde, diğer eşe katılma alacağı tanınmasında yatan sebep evlilik birliğinin, eşler arasında işbirliği ve iş bölümü yaratmasıdır⁹⁰. Bu bakımdan eş kendi iş yerinde veya başka bir iş yerinde çalışırken; diğer eş, ya dışarıda işte çalışmakta ya da evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri kapsamında ev işlerini görüp çocuğa bakarak evlilik birliğinin sürdürülmesine katkıda bulunmakta ve diğer eşe destek olmaktadır.

Eşlerin çalışmasının karşılığı olan edimlerin maaş, ücret, prim, kıdem tazminatı, alacak veya malvarlığı değeri⁹¹ olarak isimlendirilmesinin ise bir önemi yoktur⁹². Aynı şekilde çalışma karşılığı olan edimler, değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Bu bağlamda eş, fikrî ya da bedensel çalışma gerçekleştirebilir veya özel hukuk ya da kamu hukuku kapsamında bir iş sözleşmesiyle veya kendi işyerinde çalışabilir. Doktrinde ise çalışmanın karşılığı olarak elde edilmiş olsa dâhi yemek ve barınma imkânı gibi para dışındaki edimlerin, edinilmiş mal sayılamayacağı ileri sürülmektedir⁹³. Bu görüşün kabulü halinde, her ne kadar parasal bir karşılık ifade etmiş ya da eşin maaşının hesaplanmasında dikkate alınmış olsa da, eşe tanınan lojman veya yol ile yemek masrafı, edinilmiş mal sayılamaz.

Eşin meslekî faaliyetini, sahip olduğu bir miktar sermaye ya da ticarî işletmeyle yürüttüğü takdirde elde edilen kazancın niteliği önem arz eder. Zira eş, her ne kadar bu sermaye ya da ticarî işletme aracılığıyla meslekî faaliyetini yerine getirmiş olsa da, bu malvarlığı değerlerinin eşin çalışmasından bağımsız olarak gelir getirmesi mümkündür. Bu durumda eşin faaliyeti ile elde edilen işletme kazancı ve faaliyetin yürütülmesinde araç konumunda olan işletmenin veya sermayenin gelirinin ayrı değerlendirilmesi gerekir⁹⁴. Bu kapsamda eşin çalışmasının geliri niteliğinde olan endüstriyel artış⁹⁵, edinilmiş mal sayılmalıdır. Ancak eşin çalışmasının karşılığını oluşturmayan piyasada arz ve talep sonucu elde edilen

⁹⁰ Şıpka, sh. 271; Sarı, sh. 133.

⁹¹ Çalışma karşılığı elde edilen malvarlığı değeri bütünleyici parça niteliğinde ise çalışmanın karşılığı niteliğinde olan edim kadar denkleştirme yapılmalıdır yönünde bkz. Sarı, sh. 146.

⁹² Piotet, sh. 123; Acabey, sh. 502; Sarı, sh. 144; Zeytin, sh. 102; Gençcan, sh. 207.

⁹³ Acabey, sh. 502; Zeytin, sh. 103.

⁹⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 198-199; Piotet, sh. 124; Sarı, sh. 145.

⁹⁵ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 232; Zeytin, sh. 145; Gümüş, sh. 257.

konjonktürel artış⁹⁶ ise söz konusu malvarlığının niteliğine göre ayrıma tâbi tutulmalıdır⁹⁷. Kişisel malların geliri ve edinilmiş malların geliri, TMK m. 219/2 b. 4 ve b. 5 kapsamında edinilmiş olarak kabul edileceği için neticede konjonktürel değer artışı, edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan yapılan ayırım, teorik gibi görünse de önemini, eşlerin kişisel malın gelirlerinin, edinilmiş mal değil, kişisel mal olması konusunda anlaşmaları hâlinde gösterir (TMK m. 221/2)⁹⁸.

Eşin gerek kendisine gerekse de diğer eşe ait malvarlığı unsurunu, olağan yönetiminden kaynaklanan değer artışları, yönetimde bulunan eşin çalışmasının karşılığı olarak edinilmiş malları arasında yer almaz. Zira eşlerin gerek kendi gerekse de diğer eşin malvarlığını olağan bir şekilde yönetmesi evlilik birliğinin getirmiş olduğu işbirliği nedeniyle kendisinden beklenmektedir. Ancak eş, diğer eşin malvarlığını profesyonel bir şekilde yönetirse, ortaya çıkan değer artışı, edinilmiş mal sayılmalıdır⁹⁹.

1.2.3.2.Sosyal Güvenlik veya Sosyal Yardım Kurum ve Kuruluşlarının veya Personele Yardım Amacı ile Kurulan Sandık ve Benzerlerinin Yaptığı Ödemeler

TMK m. 219/2 b. 2, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaşlılık, hastalık, sakatlık veya benzeri sebeplerle eşe yaptığı ödemeleri edinilmiş mal olarak sınıflandırmıştır¹⁰⁰. Eşin, söz konusu riskin gerçekleşmesi ile iş gücünü hiç kullanamaması veya gereğinden az kullanmak zorunda kalması nedeniyle elde edeceği kazanç, tamamen ortadan kalkacak ya da azalacaktır. TMK m. 219/2 b. 2’de ise bu kazanç kaybı göz önünde bulundurulmuş ve bu amaçla eşe yapılan ödemelerin edinilmiş mal olacağı düzenlenmiştir.

Sosyal yardım kurumları tarafından eşe ödenen sağlık yardımları, ilgilinin sağlığını koruma veya bozulan sağlığı yerine getirme amacı taşımakta olup eşin malvarlığında herhangi bir artış meydana getirmediği için söz konusu bu ödemeler edinilmiş mal olarak

⁹⁶ **Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller**, sh. 232; **Zeytin**, Zafer, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch der Ehegatten im türkischen Familienrecht, Türkisch-Deutscher Familienrechtskongress, 23-25. Mai 2013, (Kısaca: Zuwendungs- und Mehrwertanspruch), sh. 160; **Zeytin**, sh. 145; **Gümüş**, sh. 257.

⁹⁷ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 197 Nr. 94; **Gençcan**, sh. 206; **Gümüş**, sh. 261; **Acabey**, sh. 503.

⁹⁸ **Sarı**, sh. 145-146.

⁹⁹ **Gümüş**, sh. 257; **Zeytin**, sh. 106.

¹⁰⁰ Eşlerin kamusal veya özel organizasyonlar aracılığıyla, ihtiyaç hâlleriyle bağlantılı olarak bir karşılık ödemeksizin aldıkları sosyal yardıma yönelik edimler (kadın sığınma evlerinden alınanlar gibi) ile eşlerin önceki evlilikleri nedeniyle sermaye olarak ödenen yoksulluk nafakası alacakları, TMK m. 219/2 b. 2 kapsamında edinilmiş mal sayılmaz yönünde bkz. **Gümüş**, sh. 259; **Acabey**, sh. 505.

kabul edilmemelidir¹⁰¹. Ancak sağlık yardımlarının aksine eşe yaşlılık, hastalık, sakatlık gibi sebeplerle yapılan ödemeler, TMK m. 219/2 b. 2 kapsamında edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir¹⁰².

Yalnız sosyal güvenlik veya yardım kurumu ile yardım amacı ile kurulan diğer sandık ve benzerlerinin yapmış olduğu ödemelerin edinilmiş mal olarak kabulü, bu ödemelere mal rejiminin devamı süresince, hakkın kazanılmış olmasına bağlıdır (TMK m. 219/1 ve TMK m. 228/2). Bu nedenle mal rejimi süresince hak kazanılan ödemenin, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılması, ödemenin edinilmiş mal kapsamında değerlendirilmesine engel teşkil etmez.

Yasal mal rejiminin yürürlüğü döneminde hak kazanılmış olan ödemelerden ne kadarının tasfiye sırasında edinilmiş mal olarak dikkate alınacağına tespitinde, ödemenin yapılaş şekli önem arz eder. Zira ödeme, irat şeklinde yapılmış ise, eşe bağlanan irat gelirinin yalnızca yasal mal rejiminin devamı süresince ödenen kısmı edinilmiş mal; bu süre sonrasında yapılan ödemeler ise kişisel mal niteliğindedir. Bununla birlikte ödeme, toptan gerçekleşmiş ise ödemenin mal rejiminin sona ermesinden sonraki dönemi kapsayan kısmının, kişisel mal olduğunun kabulü gerekir. Toptan ödemelerde ne kadarlık bir miktarın kişisel mal olduğunu tespitinde ise TMK m. 228/2'den yararlanılmalıdır¹⁰³.

Sosyal güvenlik ödemelerinin edinilmiş mal olarak kabulü için bu ödemelere olanak sağlayan primlerin, hangi malvarlığı grubundan karşılandığı önem arz etmez. Eş, edinilmiş mal sayılan sosyal güvenlik ödemesine hak kazandıran primleri, edinilmiş mallardan karşılayabileceği gibi kişisel mallardan da karşılayabilir. Bu nedenle primlerinin bir kısmını veya tamamını kişisel mallarından ödemiş olan eşin, bu miktara ilişkin denkleştirme talebi de olamaz¹⁰⁴. Hatta söz konusu primlerin edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı süresince ödenmiş olması da aranmamaktadır¹⁰⁵.

Özel sigorta şirketi tarafından eşe edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmakta iken yapılan sosyal güvenlik ödemelerinin niteliğinin tespitinde, söz konusu sosyal güvenlik ödemesine hak kazandıran prim ödemelerinin, hangi malvarlığı grubundan karşılandığı

¹⁰¹ **Sarı**, sh. 148. Ancak eşlerin kişisel kullanımına tahsis edilenlerin dışında kalan sağlık yardımları, TMK m. 219/2 b. 2 hükmünün kapsamında değerlendirilir, görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 343.

¹⁰² **Sarı**, sh. 148-149.

¹⁰³ Bkz. Bölüm II, I, C, 2, f.

¹⁰⁴ **Gençcan**, sh. 212; **Sarı**, sh. 153; **Zeytin**, sh. 107-109; **Şıpka**, sh. 98; **Acabey**, sh. 506.

¹⁰⁵ **Sarı**, sh. 152; **Zeytin**, sh. 107.

önem arz eder¹⁰⁶. Bu kapsamda özel sigorta şirketine ödenmiş primler, kişisel malvarlığı grubundan karşılanmış ise kişisel mal; edinilmiş malvarlığı grubundan karşılanmış ise edinilmiş mal olarak tasnif edilmelidir. Primler her iki malvarlığı grubundan da karşılanmış ise bu hâlde, primlerin ağırlıklı olarak hangi malvarlığı grubundan karşılandığı tespit edilip sosyal güvenlik ödemesi bu malvarlığı grubuna özgülenmeli ve diğer malvarlığı grubu lehine ise denkleştirme yapılmalıdır.

1.2.3.3.Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Ödenen Tazminatlar

Tasfiyede edinilmiş mal olarak değerlendirilecek diğer bir diğer malvarlığı değeri de, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlardır (TMK m. 219/2 b. 3). Bu durumda çalışma gücünün geçici veya tamamen kaybı nedeniyle eş çalışması mümkün iken bundan mahrum kalmakta ve çalışmamaktadır. Bu nedenle de eşe tazminat ödenmektedir. Söz konusu tazminat, vücut bütünlüğünü veya kişilik hakkını ihlâl gibi haksız fiiller sonucu oluşabileceği gibi ticarî faaliyetlerinin hukuka aykırı bir şekilde sınırlanması, kişinin haksız yere tutuklanması ya da haksız ihtiyati tedbir ile ticarî faaliyetlerinin durdurulması nedeniyle de doğabilir¹⁰⁷.

Eşin çalışma gücünün kaybı nedeniyle doğan tazminat sorumluluğu, idare hukukundan ya da özel hukuktan kaynaklanabilir¹⁰⁸. Kanunda öngörülmuş bir sınırlama bulunmadığı için bu durum, söz konusu tazminatın edinilmiş mal sayılmasına engel teşkil etmez. Ancak eşin, bu tazminata hak kazanabilmesi için edinilmiş mallara katılma rejimi yürürlükte iken çalışma gücünü kaybetmesi yeterli olup ayrıca tazminat ödemesinin de bu dönem içerisinde gerçekleşmesi aranmamaktadır¹⁰⁹.

1.2.3.4.Kişisel Malların Gelirleri

Kanun koyucu, getirmiş olduğu düzenleme ile kişisel malların gelirinin edinilmiş mal olacağını kararlaştırmıştır (TMK m. 219/2 b. 4). Doktrinde bu hüküm ile kanun koyucunun, TMK m. 219/1'de edinilmiş malların tanımı için benimsediği karşılık

¹⁰⁶ Sarı, sh. 155; Şıpka, sh. 99; Zeytin, sh. 112-113; Gümüş, sh. 259; Özüğür, sh. 38. Özel hayat sigortası yapan şirketler tarafından yapılan ödemeler, kural olarak kişisel maldır yönünde bkz. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, sh. 343.

¹⁰⁷ Zeytin, sh. 114; Sarı, sh. 155; Şıpka, sh. 100; Gümüş, sh. 260. Hükümün geniş yorumlanmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Acabey, sh. 508.

¹⁰⁸ Acabey, sh. 507; Sarı, sh. 156.

¹⁰⁹ Gümüş, sh. 260; Sarı, sh. 156; Acabey, sh. 507; Gençcan, sh. 216.

kavramından ayrıldığı ve kişisel malların gelirlerinin, eşin çalışmasının karşılığı elde edilen bir değer olmamasına rağmen edinilmiş mal olarak kabul edildiği ileri sürülmektedir¹¹⁰. Yine bu görüş kapsamında eşin, miras veya karşılıksız kazanma ya da manevî tazminat gibi kişisel mal grubuna dâhil olan değerlerinden elde edilen gelirin kişisel mal olarak kabul olunmasının TMK m. 219'un genel ruhu ile bağdaşmadığı belirtilir. Diğer bir görüş ise bu yaklaşımı eleştirmekte ve kişisel malın gelir getirmesinin eşin bu malvarlığı üzerinde genellikle emek harcamasına bağlı olduğunu ileri sürer¹¹¹. Bu görüşe göre, kişisel malının gelir getirmesi için çaba harcarken diğer eş, evde veya başka bir işte çalışarak katkıda bulunmaktadır. Gerçekten de eşin, kişisel malının gelir getirmesi için emek harcaması esastır. Öyle ki, eşe annesinden miras kalan bir tarım arazisinin gelir getirmesi, eşin yalnızca harcaması ile mümkün olur. Bu nedenle hiçbir ayırım yapılmaksızın tüm kişisel malvarlığı değerlerinin emek olmaksızın gelir getirdiğini söylemek isabetli değildir.

Kişisel malların geliri olan doğal ve hukukî ürünlerin, edinilmiş mal sayılabilmesi için yasal mal rejimi yürürlükte iken hak kazanılması gerekir. Bunun tespitinde ise hukukî ürünlerin muaccel olduğu, doğal ürünlerin ise asıl şeyden ayrıldığı tarih esas alınmalıdır. Zira doğal ürünler, asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçası sayılır (TMK m. 685). Bu gelirlerin edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra ödenmesi, gelirin edinilmiş mal olmasını değiştirmemelidir. Ürünlerin elde edilmesinin, hem edinilmiş mallara katılma rejimini hem de rejim sonrasını kapsayacak şekilde zamana yayıldığı durumlarda ürünlerin, edinilmiş mal veya kişisel mal olarak nitelendirilmesinde bölünebilir olması önem arz eder. Gelirin bölünebilir olması hâlinde, yasal mal rejiminin devamı süresince edinilen gelir edinilmiş mal olur. Ancak rejimin sona ermesinden sonra edinilen gelir miktarı kişisel maldır. Gelirin bölünebilir olmaması hâlinde ise yasal mal rejimi süresince elde edilen gelir ile mal rejiminin sona ermesinden sonra elde edilen gelir karşılaştırılmalıdır. Mal rejiminin yürürlükte olduğu dönemde elde edilen gelir ağırlıktaysa edinilmiş mal, yasal mal rejiminin sona ermesinden sonra elde edilen gelir ağırlıktaysa

¹¹⁰ **Sarı**, sh. 160; **Acabey**, sh. 789. Bu düzenleme ile 'doğal ürünler asıl şeyin tâbi olduğu malvarlığına ait olur' (TMK m. 685) kuralına istisna getirilmiş; kişisel malın gelirinin kişisel mala özgülenmesinden vazgeçilerek edinilmiş mal sayılması uygun görülmüştür yönünde bkz. **Zeytin**, sh. 115.

¹¹¹ **Acar**, sh. 177.

kişisel mal olduğu kabul edilir. Tercih edilmeyen mal grubu lehine ise denkleştirme yapılıır¹¹².

Eşin kişisel malın gelir getirebilmesi, korunması, verimini arttırabilmesi veya başkaca nedenlerle yapmış olduğu masraflar, edinilmiş maldan karşılanmalı ve bu masraflar çıkarıldıktan sonra elde edilen gelirin, edinilmiş mal olduğu kabul edilmelidir¹¹³. Yine kişisel malın geliri hesaplanırken, malvarlığının enflasyon karşısında uğramış olduğu değer kayıpları göz önünde tutulmalı ve kişisel malın geliri söz konusu bu değerler düşüldükten sonra edinilmiş veya kişisel mal olarak malvarlığı gruplarına özgülümelidir¹¹⁴.

Kişisel malların gelirinin edinilmiş mal olması hükmü emredici nitelikte değildir. Kanun koyucu, eşlere mal rejiminin içeriğini değiştirme özgürlüğü çerçevesinde mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara dâhil olması gereken kişisel malların gelirinin, kişisel mal olacağını kararlaştırabilme imkânı tanır (TMK m. 221/2)¹¹⁵.

1.2.3.5. Edinilmiş Malların Yerine Geçen Değerler

Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK m. 223/1). Bu bağlamda kanun koyucu, eşin edinilmiş malını karşılığını alarak veya almaksızın malvarlığından çıkararak veya tüketen işlemlerini bir yaptırıma bağlamamıştır. Ancak TMK m. 219/2 b. 5 ile getirilen ikame ilkesi ile katılma alacağının eşin tasarrufları ile azaltılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Şöyle ki, eşin çalışmasının karşılığı olarak

¹¹² **Sarı**, sh. 163. Yazar bölünemeyen malvarlığı değerinin gelir olarak elde edilmesi hâlinde, sürenin ağırlıklı kısmına göre, edinilmiş veya kişisel mal nitelmesi yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. **Sarı**, sh. 163. Ancak kanaatimizce burada ürün gelirinin ortaya çıktığı yasal mal rejiminin yürürlüğü süresi ile mal rejiminin sona ermesinden sonraki süreyi kıyaslamak ve ona göre edinilmiş veya kişisel mal tercihi yapmaktansa süre içerisinde elde edilen gelirleri kıyaslamak daha doğru olur. Zira kişisel malın gelirinin, edinilmiş olarak kabul edildiği göz önünde tutulursa, sürenin değil gelirin dikkate alınması ve edilen gelirlerin ağırlıkları oranında edinilmiş veya kişisel mal sınıflandırması yapılması yasal mal rejiminin amacına daha uygun olur.

¹¹³ **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 344; **Sarı**, sh. 164; **Zeytin**, sh. 116. Ancak masrafların indirilmesinin kişisel malın değerinde bir azalma oluşturmaması gerekmektedir yönünde bkz. **Gümüş**, sh. 26.

¹¹⁴ **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Tartışmalar- Örnekli Açıklamalar- Formüller- Tablolar- İlgili Yasa Metinleri), Ankara, 2002, sh. 21; **Acabey**, sh. 509. TMK m. 219/b. 4'ün karşılığı olan ZGB Art. 197 hükmü konulurken bizim aksimize İsviçre'de enflasyon olmadığı göz önünde tutulmuştur. Ancak bizde yüksek enflasyonun varlığı bu nedenle oluşan değer kayıplarının karşılanmasını gerektirmektedir. Öte yandan bu yorumun kabulü, kişisel malın gelirinin kişisel mal olarak kalması yönündeki iradeye de uygundur, görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, sh. 21; **Gümüş**, sh. 262; **Acar**, sh. 178.

¹¹⁵ Bkz. Bölüm II, I, D, 2, b.

aldığı maaş ve ikramiyelerini biriktirerek bilgisayar alması örneğinde, maaş ve ikramiye çalışmanın karşılığı olan edimler olduğu için bilgisayar edinilmiş maldır (TMK m. 219/2 b. 1)¹¹⁶. İkame ilkesinin istisnasını ise kişisel kullanıma yarayan eşya oluşturur. Zira bu eşyanın edinilmesinde kullanılan finansmanın kaynağına bakılmaksızın ve denkleştirmeye tâbi olmaksızın kişisel mal olacağı kabul edilmiştir (TMK m. 220).

Kanun edinilmiş malların yerine geçen değerlerin, edinilmiş mal olduğunu kabul ettiği için eşin, edinilmiş malvarlığı değerini tüketmesi, bağışlaması veya herhangi bir karşılıksız hukukî işlemle elden çıkarması hâlinde, söz konusu malvarlığı değerinin yerine geçen bir malvarlığı değeri olmadığından TMK m. 219/2 b. 5 uygulanamaz.

Edinilmiş malın yerini başka bir malvarlığının alması, yalnızca eşlerin yapacağı tasarruflarla sınırlı değildir. Üçüncü kişinin fiili veya doğa olayı neticesinde edinilmiş malın, malvarlığından çıkmış olması hâlinde, üçüncü kişi tarafından ödenen tazminat ya da sigorta ödemeleri edinilmiş malın yerine geçen değer olarak nitelendirilmelidir¹¹⁷.

Yeni edinilen malvarlığı değerinin, edinilmiş mal olarak kabul edilebilmesi için finanse eden malvarlığı değerinin de edinilmiş malvarlığı grubuna dâhil bir malvarlığı değeri olması, diğer bir deyişle aralarında illiyet bağı bulunması gerekir¹¹⁸.

Doktrinde herhangi bir malın, kredi kullanılarak elde edilmesi hâlinde, yeni malvarlığı değerinin daima edinilmiş mal olması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁹. Bu görüşe göre eşin kredi ödemelerini kişisel malvarlığı grubundan karşılaması hâlinde ise bu malvarlığı grubu lehine denkleştirme alacağı doğacaktır. Bu görüşün kabulü ile kredi borcunun tamamen kişisel mallardan karşılanması hâlinde, kişisel malların yerine geçen değerlerin kişisel mal olması kuralı uygulama alanı bulamaz (TMK m. 220/b. 4). Ancak kanaatimizce kredi kullanılarak edinilen malvarlığı değerinin edinilmiş mal olarak kabulü yerine, malın edinilmesinde kullanılan finansmana bakmak yerinde olur. Bu hâlde malvarlığı değeri, kişisel mallardan ödeme yapılarak karşılanmış ise kişisel mal; edinilmiş mallardan karşılanmış ise edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir. Kredi kullanılarak edinilen malvarlığına, diğer malvarlığı grubundan katkıda bulunulmuşsa, söz konusu bu katkı miktarınca, denkleştirme yapılmalıdır.

¹¹⁶ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 235.

¹¹⁷ Sarı, sh. 165-166.

¹¹⁸ Zeytin, sh. 119.

¹¹⁹ Zeytin, sh. 119; Gümüş, sh. 264.

1.3. KİŞİSEL MALLAR

1.3.1. GENEL OLARAK

Kişisel mallar, TMK m. 220’de düzenlenmiş olup, niteliği itibariyle yalnızca eşe ait olan veya diğer eşin emeğinin söz konusu olmadığı malvarlığı değerlerinden oluşur. Bu nedenle kişisel malvarlığı değerlerinin, diğer eşten iadesinin talep edilebilmesi için yasal mal rejiminin sona ermesi veya tasfiyesi gerekmektedir¹²⁰.

Kişisel mallar, TMK m. 220 ile sınırlı sayıda belirtilmiştir ve tarafların bu emredici hükmün kapsamını genişletmeleri kural olarak mümkün değildir. Ancak kanun koyucu, bu kurala istisna getirerek eşlere mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal olacağını ve kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını kararlaştırabilme imkânı tanır. Eşlerin bu iki malvarlığı değeri dışında, edinilmiş mallara dâhil olması gereken başkaca malvarlığı değerlerinin, kişisel mal olacağını kararlaştırabilmeleri ise mümkün değildir.

1.3.2. KANUNDA SAYILAN KİŞİSEL MALLAR

1.3.2.1. Eşlerden Birinin Yalnız Kişisel Kullanımına Yarayan Eşya

Eşlerin kullandığı bir malvarlığı değerinin, kişisel mal grubuna dâhil olabilmesi için, TMK m. 220 kapsamında bazı şartlar bulunmalıdır. Şöyle ki, hükümde de belirtildiği üzere eşya, eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yaramalı, söz konusu malvarlığı değeri eşin mülkiyetinde bulunmalı ve eşin kullanımına özgülenmelidir. Bununla birlikte, kanunda eşin kişisel kullanımından bahsedildiği için eşya kişisel kullanıma konu olabilecek nitelikte olmalıdır. Bu bağlamda, kişinin giyim ve günlük bakım malzemeleri, süs eşyası ile spor ya da hobi malzemeleri, eşin kullandığı tv koltuğu ya da av tüfeği ve koleksiyonlar bu kapsamda kişisel kullanıma yarayan eşya olarak değerlendirilebilir¹²¹. Ancak ticarî eşya,

¹²⁰ Yarg. 2. HD. 30.01.2006 T., 2005/16299 E., 2006/467 K. YKD. Cilt. 32, sh. 7, Temmuz 2006, sh. 1052-1053.

¹²¹ **Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller**, sh. 236; **Sarı**, sh. 172; **Şıpka**, sh. 106; **Gümüş**, sh. 266; **Acabey**, sh. 513. Ayrıca kullanımın tüketim ile sağlanmasının eşyanın kişisel mal olma özelliğini etkilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 208.

meslekî faaliyette kullanılan eşya¹²², para veya taşınmaz mallar¹²³ kural olarak kişisel kullanıma yarayan eşya kapsamında değerlendirilemez¹²⁴.

Yalnız kişisel kullanıma özgülenen eşyanın, kişisel mal sayılabilmesi için aynı zamanda bu malvarlığı değerinin, eşin kendi mülkiyetinde yer alması gerekir. Zira eşin, diğer eşe ait eşyayı kullanması, o eşyayı kişisel malı hâline getirmemekte ve eşyanın mülkiyetinde değişiklik yapmamaktadır¹²⁵. Bu bakımdan kadına, erkeğin ailesinden hatıra kalan aile yadigârı bir kolyeyi kullanması hâlinde, kolye her ne kadar kişisel kullanım eşyası olsa da kadın eşin değil, kendisine annesinden miras kalan erkek eşin kişisel malıdır. Ayrıca edinilmiş mallardan karşılanarak alınan kişisel kullanım eşyası, eşin yaşam standardına ve ekonomik durumuna uygun ise denkleştirme alacağı doğmaz (TMK m. 230)¹²⁶. Ancak bu kapsama girmeyen değerli takılar yönünden edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılmalıdır¹²⁷.

Kişisel kullanıma özgülenen malvarlığı değerinin edinilmiş mal yerine kişisel mal sayılmasının bir diğer şartı ise yalnızca eşin kullanımına özgülenmesidir. Bu nedenle eşin bu malvarlığı değerini, diğer eş ya da aile fertleri ile birlikte kullanması hâlinde, kişisel kullanıma özgülenmiş malvarlığı değerinden söz edilemez¹²⁸. Zira bu hâlde malvarlığı değeri, eşin kişisel ihtiyaçlarını karşılamamakta, eş ile birlikte aile fertlerinin ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Bu nedenle kadının, kızı ile birlikte kullandığı takıları ya da tüm ailenin ulaşımına tahsis edilmiş arabası kişisel mal olarak kabul edilemez. Bu hâlde araba ve takıların ait olduğu malvarlığı grubunun tespitinde genel hükümler uygulanır.

Eşin üçüncü kişi ile birlikte kullandığı eşyanın, kişisel mal olarak kabul edilmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar bu hukukî soruna olumlu yanıt vermekte ve eşin kişisel kullanım eşyasını üçüncü kişi ile birlikte kullanmasını, söz konusu

¹²² Şıpka, sh. 106; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, sh. 348; Acar, sh. 189; Acabey, sh. 513. Meslekî eşyanın, kişisel kullanım eşyası olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Ateş, sh. 120.

¹²³ Taşınmazın eşin kişisel kullanımına özgülenen malvarlığı değeri olabileceği yönünde bkz. Zeytin, sh. 125; Anıl/ Taner, sh. 87.

¹²⁴ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 236; Sarı, sh. 170; Şıpka, sh. 106; Gümüş, sh. 267; Acar, sh. 189; Acabey, sh. 514.

¹²⁵ Gümüş, sh. 266; Sarı, sh. 172.

¹²⁶ Zeytin, sh. 126-127; Sarı, sh. 173.

¹²⁷ Piotet, sh. 114; Sarı, sh. 173; Zeytin, sh. 127.

¹²⁸ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 236; Anıl/ Taner, sh. 86-87; Sarı, sh. 171; Gümüş, sh. 266; Şıpka, sh. 106; Acar, sh. 186; Acabey, sh. 514.

malvarlığı değerinin kişisel mal sayılmasına engel görmemektedir¹²⁹. Bu görüş doktrinde eleştirilmiş ve eşin eşyasını üçüncü kişi ile birlikte kullanması durumunda TMK m. 220/b. 1 kapsamında kişisel kullanıma özgülenen malvarlığından bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür¹³⁰. Ancak kadın eşin kıyafetlerini kız kardeşi ile ya da erkek eşin av tüfeğini arkadaşı ile birlikte kullanmasının, kıyafetlerin ve tüfeğin kişisel kullanım eşyası olması özelliğini ortadan kaldırmadığı düşünüldüğünde, eşin kişisel kullanım eşyasını üçüncü kişi ile kullanmasında sakınca bulunmamalıdır.

Eşe evlilik birliği içerisindeki görev dağılımı neticesinde verilen eşya, kişisel mal sayılmamalıdır¹³¹. Öte yandan eşin kişisel kullanımında olan eşyanın kişisel mal sayılması, bu niteliğinin devam etmesine bağlıdır. Zira herhangi bir nedenle kişisel kullanıma özgülenme unsuru ortadan kalkarsa, malvarlığı değeri genel kurallara göre nitelendirilir¹³².

Eşin kişisel kullanımında olan eşya, ekonomik açıdan değerli olabilir. Nitekim ekonomik açıdan değerli olan mücevherlerin, süs ya da yatırım amacıyla alınması mümkündür. Bu hâlde söz konusu malvarlığının edinilmesindeki amaca bakılarak yatırım amacı ön plana çıkmakta ise edinilmesindeki finansman kaynağına göre kişisel veya edinilmiş mal olarak nitelendirilmelidir. Eşin bu malvarlığı değerlerini kişisel kullanım için almış olması hâlinde ise, TMK m. 220/b. 1 kapsamında kişisel mal sayılmalıdır¹³³.

1.3.2.2. Mal Rejiminin Başlangıcında Eşlerden Birine Ait Bulunan Eşya

Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerden her birinin mal rejiminin başlangıcından sona ermesine kadar elde ettiği edinilmiş malları ile kişisel mallarını kapsamaktadır. Diğer bir deyişle, edinilmiş mallara katılma rejimi kural olarak yürürlükte olduğu dönemde uygulanma alanı bulur. Bunun doğal bir sonucu olarak TMK m. 220/b. 2'de mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait olan eşyanın, kişisel mal olacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar maddede açıkça belirtilmese de, mal rejiminin sona ermesinden sonra edinilen malvarlığı değerleri de kişisel mal sayılmalıdır.

¹²⁹ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 129; Zeytin, sh. 125; Acar, sh. 186; Öztan, sh. 258; Acabey, sh. 514.

¹³⁰ Sarı, sh. 171.

¹³¹ Acabey, sh. 514; Zeytin, sh. 126; Acar, sh. 186.

¹³² Gümüş, sh. 267.

¹³³ Hausheer, Art. 198 Nr. 8; Gümüş, sh. 266.

Mal rejiminin başlamasından önce eşe ait olan hakkın, malvarlığı değeri olması yeterli olup aynı hak ya da fikrî hak olması mümkündür. İşyeri, şirket payı, evlenirken getirdiği çeyiz, nişanda ve düğünde takılan takılar¹³⁴ da eşlerin kanun gereği kişisel malı sayılmalıdır¹³⁵. Bu hakların, mal rejimi öncesinde kazanılması yeterlidir. Bu bağlamda mal rejiminin yürürlüğe girmesinden önce kazanılan alacak hakkının, mal rejiminin uygulandığı dönemde ifa edilmesi malvarlığının kişisel mal olma özelliğini değiştirmez.

1.3.2.3. Bir Eşin Sonradan Miras Yoluyla Elde Ettiği Malvarlığı Değerleri

Eşin miras yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri de kişisel malvarlığı grubuna dâhildir (TMK m. 220/b. 2). Miras yoluyla kazanımda eşin mirasçılığının iradî veya yasal olmasının önemi olmadığı gibi kazandırmanın miras sözleşmesiyle ya da vasiyetname ile gerçekleşmesinin de bir önemi bulunmaz. Ancak miras sözleşmesiyle yapılan kazandırmalarda, eşin, söz konusu kazandırma için miras bırakana karşılık sağlamış olup olmaması önemlidir. Zira eş, kazandırma için karşılık vermemişse, kendisine miras sözleşmesi ile verilen malvarlığı değeri, kişisel mal grubuna ait olur. Ancak eş, kazandırma için bir karşılık vermişse miras sözleşmesi ile elde ettiği malvarlığı değeri, ikame ilkesi gereğince karşılığın sağlandığı malvarlığı grubuna ait olur. Hükümün kapsamına eşin, mirasçılık sıfatı ile dolaylı olarak iktisap ettiği malvarlığı değerleri de girmektedir. Bu nedenle eşin, ivazlı mirastan feragat sözleşmesi imzalayarak mirasçılık sıfatını kaybettiği durumlarda elde ettiği malvarlığı değerleri de kişisel mal sayılmalıdır¹³⁶.

Mirasçı eş yönünden bir mükellefiyetin öngörölmüş olması ise söz konusu kazandırmayı karşılıklı hâle getirmemektedir. Bu hâlde söz konusu malvarlığı değeri, kişisel mal grubuna özgülenir. Ancak mükellefiyet, edinilmiş mallardan karşılanmış ise kazandırmaya konu malvarlığı, yine kişisel mal grubuna özgülenmekle beraber edinilmiş malvarlığı grubu lehine denkleştirme yapılmalıdır¹³⁷.

¹³⁴ Düğünde takılan takıların, TMK m. 220/b. 2 kapsamında kişisel mal olarak kabul edilebilmesi için takıların, yasal mal rejiminin yürürlüğü öncesinde takılması gerekir. Ancak öncelikle evlilik birliğinin kurulması hâlinde takılar, karşılıksız kazanma nedeniyle kişisel mal olarak kabul edilmelidir.

¹³⁵ Şipka, sh. 108.

¹³⁶ Zeytin, sh. 128; Sarı, sh. 175; Acabey, sh. 517. İvazlı feragat sözleşmesinde, her ne kadar ortada karşılıklı bir hukukî işlem bulunsun da miras bırakanın ödediği karşılık, her durumda miras hakkından feragat edenin evlilik malvarlığına dâhil olmayan bir beklentisinden vazgeçmesinin karşılığıdır. Neticede buradaki iktisap da ivazsız iktisap niteliğindedir, görüş için bkz. Gümü, sh. 268.

¹³⁷ Sarı, sh. 175.

1.3.2.4. Karşılıksız Kazanma Yoluyla Elde Edilen Malvarlığı Değerleri

Eşin karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri kişisel maldır. Karşılıksız kazanma, sağlararası işleme, ölüme bağlı tasarrufa veya kanunda düzenlenmiş herhangi bir sebebe dayanabilir. Bağışlama¹³⁸, işgal (TMK m. 707), kazandırıcı zamanaşımı¹³⁹ (TMK m. 712, m. 713, m. 777), sahiplenme (TMK m. 767), bulunmuş eşya (TMK m. 769) ve düşen veya sürüklenen şeylerin kazanılması (TMK m. 774), define (TMK m. 772/2) ve sebepsiz zenginleşme¹⁴⁰ gibi mülkiyetin aslen kazanıldığı hâller ile borcun ibrası¹⁴¹ karşılıksız kazandırmaya örnek gösterilebilir¹⁴².

Millî piyangodan, loto oyunlarından ve çekilişlerden kazanılan malvarlığı değerleri de karşılıksız kazanma niteliğindedir¹⁴³. Zira eşin, çekiliş veya millî piyango bileti için verdiği para, elde edilen ikramiyenin karşılığını oluşturmayıp yalnızca bu ilişkiye girebilmenin şartını oluşturmaktadır¹⁴⁴. Ancak kişisel mal olan ikramiye için bilet, edinilmiş mallardan karşılanarak alınmışa, edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılmalıdır. Doktrinde ise bazı yazarlar tarafından İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararı¹⁴⁵ doğrultusunda ikramiye bedeline, loto kuponunu almak için ödenen bedelin karşılandığı malvarlığı grubu lehine bir nitelemenin yapılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁶. Bu görüşe göre eş, loto kuponunun bedelini edinilmiş mallarından karşılayarak elde etmişse kazanılan ikramiye edinilmiş mal, kişisel mallarından karşılayarak elde etmişse kişisel mal niteliğindedir.

¹³⁸ Üçüncü kişiler tarafından eşlerden hangisine yapıldığı belli olmayan bağışlamalar, onların paylı mülkiyetinde sayılır görüşü için bkz. **Şıpka**, sh. 113; **Sarı**, sh. 178.

¹³⁹ Zamanaşımı yoluyla elde edilen bir malvarlığı değerinin, her zaman kişisel mal kabul edilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, zamanaşımı yolu ile iktisapta bulunan eş, söz konusu malvarlığı değeri karşılığında edinilmiş mallarından bir karşılık vermiş ise malvarlığı değeri edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir yönünde bkz. **Acabey**, sh. 521.

¹⁴⁰ Sebepsiz zenginleşme, her ne kadar iade borcu doğurmaktaysa da bu borç, yerine getirilinceye kadar söz konusu sebepsiz kazanım kişisel mal sayılmalıdır. Zira herhangi bir sebeple iade yükümlülüğünden kurtulmak mümkündür yönünde bkz. **Sarı**, sh. 176. Sebepsiz zenginleşmenin, sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı ile sınırlı olarak var olduğu kabul edilmelidir yönünde bkz. **Zeytin**, sh. 129. Sebepsiz zenginleşme ifa temelli değilse, yani ifa dışı gerçekleşmişse zenginleşme ile elde edilen edinim kişisel mal olmalıdır yönünde bkz. **Acar**, sh. 203.

¹⁴¹ **Öztan**, sh. 259.

¹⁴² **Zeytin**, sh. 129; **Sarı**, sh. 176; **Gümüş**, sh. 269.

¹⁴³ **Kılıçoğlu**, sh. 23; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 349. **Şıpka**, sh. 104; **Ateş**, sh. 126; **Zeytin**, sh. 101-102.

¹⁴⁴ **Acar**, sh. 203.

¹⁴⁵ BGE 121 III 201, 11. 04. 1995 tarihli kararı için bkz. **Kaşak**, Fahri Erdem, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı, GÜHFD, C. XVIII(1), sh. 265-268, Ankara, 2014, sh. 265-268.

¹⁴⁶ **Nâf- Hofmann**, Nr. 1497; **Kırmızı**, sh. 224; **Sarı**, sh. 142; **Acabey**, sh. 178; **Uluç**, sh. 348-349.

Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararında milli piyango biletinin, eşe alışverişin yapıldığı market tarafından, herhangi bir karşılık gözetilmeksizin verildiğini, bu nedenle de eşin milli piyango biletine çıkan ikramiyeyi, karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiğini ve ikramiyenin TMK m. 220/b. 2 kapsamında kişisel mal sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Yargıtay söz konusu bu kararında genel değerlendirme yapmaktan kaçınmış ve her dosyadaki özel durumlar ve somut olgulara dayalı olarak farklı sonuçlara varılabileceğini ifade etmiştir¹⁴⁷.

Kazandırma konusu malvarlığı değerinin, masraf gerektirmesi veya vergi borcu doğurması ya da şarta ve mükellefiyete bağlı olması kazandırmayı karşılıklı hâle getirmez¹⁴⁸. Ancak şartın ve mükellefiyetin yerine getirilmesi maddî bir edimi gerektirmekte olup bu maddî edim, edinilmiş mallardan karşılanmış ise edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılmalıdır.

Karma bağışlama şeklinde yapılan kazandırmada ise bağışlananın, bağışlama teşkil eden kısmı kişisel mal, edinilmiş mallardan karşılanan edim tutarı ise edinilmiş mal olarak nitelendirilmelidir. Malvarlığı değerinin karşılıksız olarak edinilen kısmı daha fazla ise karşılıksız kazanma olarak nitelendirilmeli ve edinilmiş malvarlığı grubu lehine denkleştirme alacağı tanınmalıdır. Ancak edinilmiş mallardan sağlanan karşılık miktarı, karşılık verilmeksizin elde edilen miktara göre daha fazla ya da eşit ise malvarlığı değeri edinilmiş mal olarak nitelendirilmeli ve kişisel malvarlığı grubu lehine denkleştirme yapılmalıdır¹⁴⁹.

1.3.2.5. Manevî Tazminat Alacakları

Eşin kişilik hakkının ihlâli nedeniyle, diğer eşten ya da üçüncü kişiden almaya hak kazandığı manevî tazminat alacakları, kişisel mal olarak düzenlenmiştir (TMK m. 220/b. 3). Kişilik hakkının ihlâli nedeniyle, eşin duymuş olduğu elem, keder ve ızdırabı telafi etme amacı taşıyan manevî tazminat alacağının, kişisel mal sayılması bakımından kişilik hakkının ihlâlinin şeklinin ve sorumluluğun dayanağının bir önemi yoktur¹⁵⁰. Manevî tazminat alacağının TBK kapsamında borca aykırılık veya haksız fiil ya da TTK

¹⁴⁷ Yarg. 8. HD. 11.02.2014 T., 2013/19109 E., 2014/2080 K. için bkz. **Karamercan**, Fatih, Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Ankara, 2015, sh. 90-94.

¹⁴⁸ **Sarı**, sh. 177; **Acabey**, sh. 519.

¹⁴⁹ **Zeytin**, sh. 128-129; **Sarı**, sh. 177-178; **Acabey**, sh. 519; **Gümüş**, sh. 269; **Ceylan**, sh. 1030.

¹⁵⁰ **Özüğür**, sh. 40; **Sarı**, sh. 179; **Şıpka**, sh. 115.

kapsamında haksız rekabet nedeniyle doğması mümkündür. Aynı zamanda eşin manevî tazminat alacağı, mahkeme kararına dayanabileceği gibi taraflar arasında yapılacak bir sulh sözleşmesine de dayanabilir¹⁵¹. Her iki durumda da manevî tazminat talebi kişisel mal olarak nitelendirilir.

1.3.2.6. Kişisel Malların Yerine Geçen Değerler

Kişisel malların yerine geçen değerler, kişisel mal niteliğindedir (TMK m. 220/b. 4). Söz konusu kişisel mallar, TMK m. 220'de sayılan değerlerdir. Bu malvarlığı değerlerinin elden çıkarılması hâlinde bunların yerine geçen değerler, kişisel mal olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu bu düzenleme ile ikame ilkesini kabul ederek kişisel malvarlığı grubunu korumak istemiştir.

Kişisel malın yerine geçen değer, kişisel mal olarak kabul edilebilmesi için elden çıkarılan malvarlığı değeri ile yerine geçen değer arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Eşin, annesinin hediye ettiği kolyeyi satıp yüzük almasında, daha sonra yüzüğü bozduarak elde ettiği parayı ev alımına finanse etmesinde illiyet bağının varlığı nedeniyle gerek kolye yerine geçen yüzük, gerekse de ev alımına finanse edilen para kişisel maldır.

1.3.2.7. TMK m. 228/2'ye göre Hesaplanan Sosyal Güvenlik veya Sosyal Yardım Kurumlarınca Yapılmış Ödemeler ile İş gücünün Kaybı Nedeniyle Ödenmiş Olan Tazminat

Eşin yaş, hastalık, kaza veya benzeri sebeplerle çalışma gücünü yitirmesi ya da azalması sebebiyle sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, edinilmiş mal olarak kabul edilir (TMK m. 219/2 b. 2). Ancak kanun koyucu, söz konusu bu ödemelerin, mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme ait olan kısmının kişisel mal olacağı düzenlemiştir. Bu ödemelerin ne kadarlık kısmının kişisel mal olacağı konusunda, yapılan ödemenin irat şeklinde ya da toptan yapılması önem arz etmektedir¹⁵².

Söz konusu ödeme, irat şeklinde yapılmakta ise, bu iratların edinilmiş mallara katılma rejimi süresince yapılan kısmı edinilmiş mal, yasal mal rejiminin sona ermesinden sonraki kısmı ise kişisel mal olarak kabul edilir. Eşe toptan ödeme yapılmışsa, bu ödemenin ne

¹⁵¹ Sarı, sh. 179.

¹⁵² Örnek hesaplamalar için bkz. Özüğür, sh. 41-42; Oğuz, sh. 146.

kadarının kişisel mal olacağı, TMK m. 228/2'e göre yapılacak hesaplama ile belirlenir. TMK m. 228/2'e göre eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarında yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik ya da sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre, ömür boyu irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri, tasfiyede kişisel mal olarak dikkate alınır¹⁵³.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından mal rejiminin yürürlüğe girmesinden önce yapılan sosyal güvenlik ödemelerinin, mal rejiminin yürürlükte kaldığı döneme ilişkin kısmının edinilmiş mal olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵⁴. Bu görüş doğrultusunda, 2015 yılında evlenen eşe 2014 yılında yapılan sosyal güvenlik ödemesinden, tasfiye ânında malvarlığında bulunan kısmı, edinilmiş mal olarak nitelendirilmelidir. Ancak TMK m. 219 hükmü karşısında bu mümkün gözükmemektedir. Zira yasal mal rejiminin yürürlüğe girmesinden önce yapılan sosyal güvenlik ödemeleri, edinilmiş malların tanımında yer alan mal rejiminin devamı süresince edinme unsuruna aykırıdır (TMK m. 219/1). Dolayısıyla edinilmiş malvarlığı değeri olarak kabul edilmemelidir¹⁵⁵.

1.4. EDİNİLMİŞ MALLARIN KAPSAMININ DARALTILMASI

1.4.1. GENEL OLARAK

Kural olarak, edinilmiş mal ve kişisel malvarlığı gruplarını belirleyen hükümler, emredici niteliktedir. Eşlerin kişisel mal grubuna ait olan bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal ya da edinilmiş malvarlığı grubuna ait bir malvarlığı değerinin de kişisel mal olacağını kararlaştırmaları mümkün değildir¹⁵⁶. Mal gruplarının değişmezliği ilkesi olarak adlandırılan bu ilkenin istisnasını ise TMK m. 221 hükmü oluşturmaktadır. Gerçekten de eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin, kişisel mal sayılacağını veya kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını

¹⁵³ Aksi taktirde diğer eşin bu meblağın yarısı üzerinde hak sahibi olması ile eşin ilerdeki yaşamında geçinme imkânının belli bir oranı elinden alınmış olur yönünde bkz. **Akıntürk/ Karaman- Ateş**, sh. 164.

¹⁵⁴ **Sarı**, sh. 150; **Zeytin**, sh. 110.

¹⁵⁵ **Şıpka**, sh. 98.

¹⁵⁶ **Hausheer / Geiser / Aebi- Müller**, sh. 232; **Gençcan**, sh. 198.

kararlaştırabilirler (TMK m. 221/1)¹⁵⁷. Ancak eşlerin bu değerler dışındaki malvarlığı değerlerinin kişiisel mal olmasını kararlaştırmaları m¼mk¼n değildir.

Eşlerin mal rejimi s¼zleřmesi ile yapacakları bu d¼zenleme, yalnızca eşlerden birinin kişiisel mal olan gelirlerini ya da işletmenin faaliyetine ¼zg¼lenen malvarlığı değerlerini kapsayabileceği gibi her iki eşin malvarlığı değerlerini kapsayabilir. Yine eşler, bu d¼zenlemelerin yalnızca yasal mal rejimini sona erdiren belirli nedenlerde uygulanmasını kararlaştırabilirler. ¼yle ki, işletmenin faaliyetine ¼zg¼lenen malvarlığı değerlerinin, yasal mal rejiminin boşanma, iptal ya da seçimlik mal rejimine geçilmesi nedeniyle sona ermesinde kişiisel mal, ¼l¼m ile sona ermesinde edinilmiş mal olacağı kararlaştırılabilir.

TMK m. 221 kapsamında yapılan anlaşmalar, kural olarak mal rejimi s¼zleřmesinin yapıldığı anda ya da eşler evlenme ¼ncesi b¼yle bir d¼zenleme yapıyorlarsa, evlilik birliğinin kurulması ile h¼k¼m ve sonuçlarını doğurur. S¼z konusu malvarlığı değerleri ise bu tarihten itibaren, kişiisel mal olarak kabul edilir. Doktrinde eşlerin, TMK m. 221 h¼km¼n¼n mal rejimi s¼zleřmesinin yapıldığı anda var olduğu ¼l¼de veya anlaşmanın evlilik birliğinin kurulduğu andan ya da belirleyecekleri evlilik s¼resi içerisindeki geğmişteki bir tarihten itibaren uygulanmasını kararlaştırabilecekleri ileri s¼r¼lmektedir¹⁵⁸.

Eşler, bu malvarlığı değerlerinin kişiisel mal olmasını kararlaştırırken, farklı saikle hareket edebilirler. Ancak eşler, hangi saikle hareket etmiş olursa olsun, neticede eşlerin artık değeri, bu belirlemeden etkilenmektedir. ¼¼nk¼ eşlerin geçerli bir Şekilde yapacakları mal rejimi s¼zleřmesi ile edinilmiş mallara d¼hil olması gereken malvarlığı değerleri, tasfiyenin kapsamı dışında kalır. Dolayısıyla da, artık değerde ve diğer eşin katılma alacağında azalma olur. Neticede eşler, TMK m. 221 kapsamında yapacakları mal rejimi s¼zleřmesi ile TMK m. 237 h¼km¼nde olduğu gibi artık değerin belirlenmesine etki etmiş olurlar. Bu nedenle doktrinde TMK m. 221' in, TMK m. 237'i tamamlayan bir h¼k¼m niteliğinde olduğu ileri s¼r¼lmektedir¹⁵⁹. Ancak TMK m. 221 h¼km¼nde, TMK m. 237'den farklı olarak eşlerin ortak olmayan altsoyunu koruyucu bir d¼zenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle TMK m. 221'e dayanan anlaşmalar, mirasçılarının korunmasına ilişkin

¹⁵⁷ TMK m. 221 h¼km¼ ile maddede sayılan malvarlığı değerlerinin edinilmiş mal sayılmasının ¼ok katı ve isabetli bir kural olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır g¼r¼ř¼ için bkz. **Kılığoğlu**, Yenilikler, sh. 239. Ayrıca bu h¼km¼n, uygulamada hiçbir geliri olmayan ev hanımları aleyhine kullanılabileceği y¼n¼ndeki g¼r¼ř¼ için bkz. **Başınar**, sh. 90.

¹⁵⁸ **G¼m¼ř**, sh. 272.

¹⁵⁹ **Hausheer**, Art. 199 Nr. 4; **Dural/ ¼ę¼z/ G¼m¼ř**, sh. 209.

hükümlerle sınırlı olarak denetlenmelidir¹⁶⁰. Bu hâlde, TMK m. 237/2 hükmünden farklı olarak eşlerin, hem ortak olmayan altsoyu hem de ortak altsoyu aynı korumadan yararlanabilir.

1.4.2. KİŞİSEL MAL OLACAĞI KARARLAŞTIRILABİLEN MALVARLIĞI DEĞERLERİ

1.4.2.1. Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyetine Özgülenen Malvarlığı Değerleri

1.4.2.1.1. TMK m. 221/1 Hükümünün Amacı

Eşler, TMK m. 221/1 kapsamında aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile aslında edinilmiş mallara dâhil olması gereken ve bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetine özgülenen malvarlığı değerlerinin, kişisel mal olacağını kararlaştırabilirler. Bu düzenleme ile eşler, edinilmiş mal grubunun kapsamını daraltmakta iken TMK m. 220 ile sınırlı sayıda belirlenmiş olan kişisel malların kapsamını genişletmektedir.

Yasal mal rejiminin özellikle ölüm nedeniyle sona ermesi hâlinde, meslek veya sanatla uğraşan eş veya mirasçuları, işinin icrasına özgülediği malvarlığı değerlerinin önemli bir bölümünü, tasfiyede kaybeder. Şöyle ki: Eşin ölümü ile yasal mal rejiminin sona ermesi hâlinde sağ kalan eş, öncelikle yasal mal rejiminin tasfiyesinde ölen eşin artık değerinin yarısını aldıktan sonra terekesinden de miras payını alır¹⁶¹. Her ne kadar yasal mal rejiminin tasfiyesinde, aynî paylaşım kabul edilmese ve sağ kalan eş, bu malvarlığı değerlerinin yarısını doğrudan almayacak olsa da ölen eşin terekesinde bir borç doğmaktadır. Bu borç ise terekenin aktiflerinden karşılanır. Terekedeki nakit toplamının borcu karşılamaya yetmemesi hâlinde, malvarlığındaki bu unsurların elden çıkarılması gerekebilir. Bu durum, ölen eşin mesleğini veya işletme faaliyetini devam ettirecek altsoyunun aleyhinedir ve meslekî faaliyet yürüten veya işletme sahibi olan eşlerin çıkarlarına zarar verir. Nitekim TMK m. 221/1 hükmü eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile bu olumsuz durumu önlemeyi amaçlar¹⁶².

¹⁶⁰ Sarı, sh. 182.

¹⁶¹ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 269; Şıpka, Şükran, Die Auseinandersetzung der Errungenschaftsbeteiligung im Lichte der Entscheidungen des türkischen Kassationshofes, Türkisch-Deutscher Familienrechtskongress, 23-25. Mai 2013, (Kısaca: Errungenschaftsbeteiligung), sh. 117; Kılıçoğlu, sh. 51; Sonsuzoğlu, Elif, Medenî Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, İstanbul, 2006, sh. 29, 46.

¹⁶² Zeytin, sh. 134; Kırmızı, sh. 217; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, sh. 353.

TMK m. 221/1 kapsamında mal rejimi sözleşmesi yapılırsa, eşin mesleğinin icrasına veya işletmesinin faaliyetine özgülediği malvarlığı değerleri tasfiyeye tâbi tutulmadan terekeye dâhil edilir. Bu ihtimalde ise kişisel mallar tasfiyeye dâhil edilmeyeceği için diğer eşin bu malvarlığı değerleri üzerinde aynî ya da şahsî hak talebi söz konusu olamaz. Yasal mal rejimi ölüm ile sona ermişse sağ kalan eş, yalnızca terekenin ¼'ü oranında hak sahibi olur. Bu durum ise eşin veya eşin ölümü hâlinde, eşin altsoyunun mesleğini icra etmesini veya işletme faaliyetlerine devam etmesini sağlar.

1.4.2.1.2. TMK m. 221/1 Hükümünün Düzenleniş Biçimi

TMK m. 221/1'de düzenlendiği üzere eşler mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan, edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin, kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. Hükümün lafzı, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle 'doğan' malvarlığı değerlerinin tasfiyede kişisel mal olarak nitelendirilmesine izin verir. TMK m. 221'in gerekçesinde ise hükümün İsviçre Medenî Kanunu'nun 199. maddesinden alındığı ve eşlere mal rejimi sözleşmesiyle, edinilmiş malların kapsamını daraltma olanağı tanınmasının amaçlandığı belirtilir. Ancak ZGB'nin 199. maddesi, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti için 'özülenmiş' ve edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal olacağını belirtmektedir¹⁶³. Açıkça görüldüğü üzere, TMK m. 221/1 hükmü ile ZGB Art. 199 hükmü arasında farklılık bulunmaktadır. İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemeye göre, bir doktorun muayenehanesinde bulunan aletlerin, avukatın büro malzemelerinin ve fabrika işçisinin elindeki elektrikli aletlerinin hükümün kapsamına girmesi gerekirken, TMK m. 221/1 hükmü lafzen okunursa doktorun muayene gelirleri, avukatın vekâlet ücreti ve işçinin maaşı hükümün kapsamına girer¹⁶⁴.

Doktrinde TMK m. 221'in uygulanması bakımından mehaz kanundan çevirirken hata olduğu ve bu nedenle de mehaz kanuna uygun olacak şekilde yorumlanması ve

¹⁶³ **Demir, P. Ö.**, sh. 134; **Şıpka**, sh. 119; **Kırmızı**, sh. 217. ZGB Art. 199'da bir mesleğin icrası veya bir işletmenin faaliyeti için 'belirlenmiş' bulunan edinilmiş mallara dâhil malvarlığı değerleri ifadesi kullanılmaktadır görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 245; **Kılıçoğlu**, sh. 26; **Odendahl**, Hanswerner, Türk Medenî Kanunu'nun Yeni 'Mal Rejimi' Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, sh. 475-496, Ankara, 2005, sh. 485.

¹⁶⁴ **Şıpka**, sh. 119-120.

uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁵. Zira TMK m. 221/1 hükmünün bu şekilde kabulü, edinilmiş malların kapsamının daraltılmasında bir sınır getirmediği ve yasal mal rejiminin özünü zedelediği için mümkün olmamalıdır¹⁶⁶. Ayrıca mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle elde edilen ve edinilmiş mallara katılma rejiminin en önemli konusunu oluşturan gelirin, tasfiye dışına çıkarılması yasal mal rejiminin anlam ve işlevini büyük oranda kaldırır¹⁶⁷. Aksine edinilmiş mallara katılma rejiminde yapılacak değişikliklerin, bu rejimin anlamını yitirmesine yol açmaması ve özellikle fiili uygulamada mal ayrılığı rejimine dönüştürmemesi gerekir¹⁶⁸.

Kanaatimizce, hükmün lafzına bağlı kalınarak eşin çalışmasının karşılığı olan gelirin, kişisel mal sayılması edinilmiş malların kapsamının, kanunun izin verdiği sınırın ötesinde daraltılması sonucunu doğurur. Öte yandan böyle bir kabul, katılma alacağının temelini oluşturan, evlilik birliği içerisinde var olan iş bölümü ve dayanışmanın bir sonucu olarak eşin çalışmasının karşılığı olan edimlerde, diğer eşinde katkısı olduğu düşüncesi ile çelişir.

1.4.2.1.3. Bir Mesleğin İcrasına veya İşletmenin Faaliyetine Özgülenen Malvarlığı Değerleri

Yukarıda da belirtildiği üzere, TMK m. 221 hükmünün kapsamına, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetine özgülenen malvarlığı değerleri girmekle beraber, eşin faaliyeti sonucu elde ettiği gelirlerin, kişisel mal olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, bir malvarlığı değerinin, kişisel mal olarak belirlenebilmesinde önem arz eden husus, eşin mesleğin icrasına ya da işletme faaliyetine belirli bir amaç için özgüleme unsurudur. Özgüleme şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini ise hâkim, somut olayın şartlarını değerlendirerek karar vermelidir.

Özgülemenin konusunu, icra edilen meslekte ya da işletme faaliyetinde kullanılan ve işletme veya meslek ile işlevsel bağı¹⁶⁹ olan eşya oluşturur. Ancak hükmün kapsamını eşya

¹⁶⁵ Akıntürk/Karaman-Ateş, sh. 159; Şıpka, sh. 120-121; Dural/ Öğüz/ Gümüş, sh. 209; Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 245; Acabey, sh. 525; Demir, P. Ö., sh. 135; Şeker, sh. 149. Eczacı eşin eczanedeki gelirini, doktor olan eşin doktor muayenehanesindeki gelirini sözleşme ile kişisel mal sayabileceği yönündeki görüş için bkz. Ateş, sh. 132.

¹⁶⁶ Demir, Pınar Özlem, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 221 nci Maddesinin Yorumu, Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, sh. 133-138, İstanbul, 2004, sh. 134; Yarg. 8. HD. 06.04.2010 T., 2010/58 E., 2010/1634 K. için bkz. Uluç, sh. 461-463.

¹⁶⁷ Sarı, sh. 183; Acabey, sh. 525.

¹⁶⁸ Şıpka, sh. 120; Hausheer, Art. 199 Nr. 15; Sarı, sh. 183.

¹⁶⁹ Zeytin, sh. 135.

ile sınırlamak yerine, eşya olmayan bir hakkın da hükmün kapsamına alınması isabetli olur¹⁷⁰. İşletmenin faaliyetine özgülenen işyeri intifa hakkı ile sağlanmışsa bu hak işletmenin faaliyetine özgülenmiş durumdadır. Bu durumda intifa hakkının ya da çiftçi eşin tarım arazisinin ulaşımını temin etmek için elde ettiği geçit irtifakının, kişisel mal olacağı kararlaştırılabilir.

İşletme faaliyetinin bir ticarî işletme çatısı altında yürütüldüğü durumlarda, yatırım amacı gütmeyen şirket hisseleri, işletme faaliyetine özgülenmiş malvarlığı değeri özelliği gösterir¹⁷¹. Burada önem arz eden husus eşin, şirket hisseleri ile yatırım amacı olmaksızın işletme faaliyetini yerine getirmesidir. Ancak şirket hisseleri, meslekî faaliyet yürütme amacı taşımaksızın, eş tarafından sırf yatırım yapmak için alınmışsa bu hâlde işletme faaliyetinden ya da bir mesleğin icrasına özgülenen malvarlığı değerinden bahsedilemez. Dolayısıyla da bu hisse senetlerinin, kişisel mal sayılacağına kararlaştırılması mümkün olmaz. Yatırım amacıyla alınan hisse senetlerinin, edinilmelerinde kullanılan finansmana göre kişisel mal ya da edinilmiş mal olarak sınıflandırılması gerekir.

TMK m. 221/1 kapsamında eşin icra edeceği meslek, bir işverene bağlı olmaksızın yürüttüğü bir meslek olabilir. Bu hâlde eşin, meslekî faaliyetine özgülediği malvarlığı değerleri, kendi mülkiyetindedir. Ancak özel ya da kamu hukuku alanındaki bağımlılık ilişkisinin ön planda olduğu meslekî faaliyetlerde işveren, gerekli araç gereci sağlamakta olup bu tür bir özgüleme mümkün değildir¹⁷². Ancak bazı bağımlı mesleklerde iş sahibinin kendisine ait araç ve gereci bulunabilir. Muayenehanede çalışan doktorun sahip olduğu muayene malzemeleri, bir üniversite doçentinin sahip olduğu kütüphanesi veya bir mimarın çizim malzemeleri duruma örnek gösterilebilir¹⁷³. Bu gibi durumlarda da eşin sahip olduğu ve meslekî faaliyetinin icrasında kullandığı malvarlığı değerlerinin, kişisel mal olması kararlaştırılabilir. Zira kanun koyucunun, icra edilecek mesleğin türü hakkında bir sınırlama getirmemiş olması göz önünde bulundurulduğunda eşlere, mülkiyetlerinde olan ve meslekî faaliyetlerine özgüledikleri malvarlığı değerleri için bu imkânı tanımak yerinde olur.

¹⁷⁰ **Sarı**, sh. 184.

¹⁷¹ **Uluç**, sh. 451; **Sarı**, sh. 184.

¹⁷² **Zeytin**, sh. 136.

¹⁷³ **Gümüş**, sh. 272; **Sarı**, sh. 185; **Uluç**, sh. 451.

Eşlerin sözleşmede genel ifadeler ile belirledikleri malvarlığı değerlerinin zamanla değişikliğe uğraması hâlinde, mal rejiminin sona erdiği an itibariyle mesleğin icrası için gerekli olanlar, sözleşme kapsamına alınmalıdır¹⁷⁴. Ancak kanaatimizce eşlerin, yalnızca sözleşmenin yapıldığı an itibariyle var olan malvarlığı değerlerini, kişisel mal sayma iradeleri varsa, söz konusu malvarlığı değerlerinden sona erme ânında malvarlığında bulunanlar, kişisel mal olmalıdır. Mesleğin icrası ve işletmenin faaliyetine özgülenen diğer malvarlığı değerleri ise genel hükümlere göre nitelendirilmelidir.

TMK m. 221 kapsamında, hâlihazırda mesleğin icrası ile işletmenin faaliyetine özgülenen malvarlığı değerleri, kişisel mal sayılabileceği gibi ileride özgülenecek malvarlığı değerlerinin de kişisel mal olması kararlaştırılabilir¹⁷⁵. Benzer şekilde eşler, ileride icra edecekleri meslek ve işletme faaliyeti için belirli malvarlığı değerlerini, kişisel mal olarak kararlaştırabilirler¹⁷⁶. Bu bakımdan eşlerin, hukuk fakültesi öğrencisi eşin, avukat olunca mesleğin icrasına özgüleyeceği kütüphanesindeki kitaplarının ya da hastanede doktor olan eşin, ileride muayenehane açınca mesleğinin icrasına özgüleyeceği malzemelerinin, kişisel mal olmasını kararlaştırmaları mümkündür. Ancak kişisel mal grubunu genişleten mal rejimi sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi söz konusu şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından mesleğin icrasına veya işletmenin faaliyetine özgülenen malvarlığı değerlerinin, mesleğin icrası veya işletme faaliyeti terk edilse dâhi kişisel mal olması kararlaştırılmışsa, bu niteliklerini kaybetmeyecekleri ileri sürülmektedir¹⁷⁷. Aynı şekilde mesleğin icrasına veya işletmenin faaliyetine devam olunmakla birlikte, söz konusu malvarlığı değerlerinin özgülenmesine son verilir ise bu malvarlığı değerleri de kişisel mal olmaya devam eder¹⁷⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, özgüleme unsurunun ortadan kalkmasıyla TMK m. 221 ile sağlanmak istenen korunmanın bir önemi kalmamıştır. Zira o malvarlığı değeri, mesleğin icrasında veya işletmenin faaliyetinin devamında bir işleve sahip değildir. Bu nedenle söz konusu malvarlığı değerleri, tasfiyede genel hükümlere göre nitelendirilmelidir. Mesleğin veya işletme faaliyetinin terk edilmesinde ise durum biraz daha farklıdır. Mesleği terk ile özgüleme unsuru da ortadan kalkmış ise kişisel malların

¹⁷⁴ **Acar**, sh. 211.

¹⁷⁵ **Acabey**, sh. 526; **Acar**, sh. 211; **Zeytin**, sh. 136-137.

¹⁷⁶ **Zeytin**, sh. 136-137.

¹⁷⁷ **Sarı**, sh. 187; **Zeytin**, sh. 137.

¹⁷⁸ **Sarı**, sh. 187.

alanını genişleten mal rejimi sözleşmesinin bir önemi bulunmamalıdır. Terke rağmen özgüleme unsuru devam ediyorsa eş ile aynı mesleği icra eden ya da aynı işletme faaliyetini sürdüren eşin altsoyu bu malvarlığı değerlerinden yararlanmaya devam edebilir.

1.4.2.1.4. Denkleştirme

Bir mesleğin icrasına veya bir işletmenin faaliyetine özgülenmiş olan malvarlığı değerlerini eş, mal rejiminin başlangıcında elinde bulundurabileceği gibi miras veya herhangi bir karşılıksız kazanma yolu ile mal rejimi süresince elde etmiş olabilir. Tüm bu olasılıklarda mesleğin icrasında ya da işletmenin faaliyetinde kullanılan malvarlığı değeri zaten kişisel mal olacağı için TMK m. 221/1'in bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle eş, bu malvarlığı değerlerini, çalışması karşılığında elde ettiği maaş, prim ikramiye veya sosyal güvenlik ödemeleri, kişisel mal geliri, tazminat ya da edinilmiş malların yerine ikame değer olarak almışsa, bu malvarlığı değerleri edinilmiş mal sayılır ve TMK m. 221/1 uygulama alanı bulur.

TMK m. 221/1 uyarınca kişisel mal olacağı kararlaştırılan ve mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetine özgülenmiş olan malvarlığı değerlerine, eşin edinilmiş mallarından yaptığı katkılar için denkleştirme alacağı doğar (TMK m. 230). Ancak doktrinde eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile TMK m. 230 kapsamında yapılan bu katkıların, kişisel mal olacağını kararlaştırarak denkleştirme yapılmasını engelleyebilecekleri ileri sürülmektedir¹⁷⁹.

Eşler, mesleğin icrasında veya işletmenin faaliyetinde kullanılan malvarlığı değerlerine edinilmiş mallardan katkı yapmaları hâlinde, denkleştirme alacağının doğmaması için katkının da kişisel mal olması yönünde anlaşma yapabilirler (TMK m. 221)¹⁸⁰.

1.4.2.2. Kişisel Malların Gelirleri

1.4.2.2.1. Genel Olarak

Kanun koyucu, TMK m. 221/2 hükmü ile eşlere kişisel malın gelirinin, kişisel mal olacağını kararlaştırma imkânı tanır. Ancak kişisel malın gelirinin ne olduğu konusunda kanun koyucu herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle, TMK m. 685'den yararlanılabilir. Bu kapsamda dönemseller olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile

¹⁷⁹ Zeytin, sh. 136; Sarı, sh. 185-186.

¹⁸⁰ Sarı, sh. 186.

bir şeyin özgülendiği amaca göre yerel adetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimler, gelir olarak tanımlanabilir. Gelirin, malvarlığı değeri üzerinden doğrudan elde edilmesinin engellendiği durumlarda sorumluluğu bulunan kişilerden, hak kazanılan tazminat da ürün olarak kabul edilebilir¹⁸¹. Belirli bir miktar paranın kullanılmasının karşılığı olan reel faiz¹⁸² ile ürün nedeniyle elde edilmiş olan temerrüt faizi¹⁸³ bu kapsamda ürün olarak değerlendirilir.

Kişisel mal olan hisse senetlerinin kâr payı, para yerine hisse senedi ile ödenmişse bu para yerine geçen senetler, kişisel malların geliri olması nedeniyle edinilmiş mal olarak kabul edilir¹⁸⁴. Bunun gibi eş, sermaye artırım sırasında kendisine tanınan öncelikli alım hakkını kullanarak bedeli hem kişisel mallardan hem de edinilmiş mallardan karşılanmak üzere hisse senedi almışsa, yeni hisse senedi katkısı daha fazla olan mal grubuna özgülünmelidir¹⁸⁵. Diğer mal grubu lehine ise denkleştirme yapılmalıdır.

1.4.2.2.2. Eşlerin Yapabilecekleri Düzenlemenin Kapsamı

Kanun koyucu TMK m. 219 hükmü ile eşlerin kişisel mallarından elde edeceği gelirlerin, edinilmiş mal olduğunu kararlaştırmıştır. Ancak söz konusu hüküm, emredici nitelikte değildir. Eşler, TMK m. 221/2 kapsamında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile TMK m. 220'de belirtilen kişisel malların gelirlerinin, kişisel mal olacağını belirleyebilirler. Öyle ki, karşılıksız kazanma yoluyla elde edilen veya yasal mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan malvarlığının gelirinin kişisel mal olması kararlaştırılabilir. Ancak bu bağlamda incelenmesi gereken eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşyanın gelirdir. Zira eşin kişisel kullanım eşyasının, kullanım yoluyla gelir getirmesi mümkün gözükmemektedir¹⁸⁶.

Eşler, yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile tüm kişisel malların gelirlerinin, kişisel mal olacağını kararlaştırabilirler. Bu hâlde değerlendirilmesi gereken husus, sözleşme ile

¹⁸¹ **Sarı**, sh. 162.

¹⁸² **Gümüş**, sh. 261; **Sarı**, sh. 164¹⁵⁶; **Zeytin**, sh. 116.

¹⁸³ **Sarı**, sh. 162. Hukukî gelir olarak her türlü faiz geliri, kişisel malın geliri olup edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir yönünde bkz. **Zeytin**, sh. 116. Sermayedeki endüstriyel ve konjktürel artışlar ürün sayılmayacaktır. Bunlardan endüstriyel artışlar edinilmiş mallara dâhil olduğu hâlde; konjktürel artış bakımından sermayenin hangi malvarlığı grubuna ait olduğu önem taşımaktadır yönünde bkz. **Gümüş**, sh. 261.

¹⁸⁴ **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 341; **Zeytin**, sh. 117; **Gümüş**, sh. 261.

¹⁸⁵ **Zeytin**, sh. 117.

¹⁸⁶ **Acar**, sh. 210, 215.

kişisel mal olduğu kararlaştırılan malvarlığı değerlerinin gelirdir. TMK m. 221/1 uyarınca sözleşmesel kişisel mal olan mesleğin icrasında veya işletmenin faaliyetinde kullanılan malvarlığı değerlerinin gelirlerinin kendiliğinden kişisel mal sayılamayacağını kabul etmek gerekir¹⁸⁷. Eşler, söz konusu bu malvarlığı değerlerinin getireceği gelirin de kişisel mallara dâhil olmasını istiyorlarsa mal rejimi sözleşmesinde bunu açıkça belirtmelidir. O hâlde, eşin evlenmeden önce sahip olduğu ya da kendisine miras kalan paranın getirmiş olduğu faiz gelirinin, kişisel mal olması için mal rejimi sözleşmesinde genel bir ifade bulunması yeterli iken, yönetim kurulu üyesi olan eşin sahip olduğu hisse senetlerinin faiz geliri için açık bir irade gerekir. Ancak mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti nedeniyle elde edilen gelirin, kişisel mal olması kararlaştırılmaz (TMK m. 221/1).

Kişisel malın gelirinden elde edilen gelirin, hangi malvarlığı grubuna ait olacağı, eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesinin içeriği ile belirlenir¹⁸⁸. Durumu bir örnekle açıklama gerekirse, eşlerin TMK m. 221/2 doğrultusunda mal rejimi sözleşmesi yaptığı varsayımında, eşin ailesinden miras kalan evin kiralarnı biriktirerek aldığı hisse senetleri kişisel maldır. Hisse senetlerinin getirmiş olduğu kâr payının edinilmiş mal (TMK m. 219/2 b. 4) ya da kişisel mal (TMK m. 221/2) sayılması, eşlerin yaptıkları mal rejimi sözleşmesinin içeriğine göre tespit edilmelidir. Eşlerin mal rejimi sözleşmesindeki iradelerine göre kişisel mal gelirinden elde edilen gelir, kişisel mal olabileceği gibi genel kuralın uygulanması ile edinilmiş mal da olabilir. Doktrinde ise eşlerin kişisel mallardan elde ettiği gelirlerin, karine olarak TMK m. 221/2 kapsamında kişisel mal olduğu ileri sürülmektedir¹⁸⁹.

Eşler, yapacakları mal rejimi sözleşmesinde kişisel mal gelirini, kişisel malvarlığı grubuna dâhil olacağını kararlaştırırken, bu belirlemeyi kapsam yönünden sınırlayabilirler. Bu bağlamda, eşlerden sadece birinin sahip olduğu kişisel mal gelirinin, kişisel mal olmasının kararlaştırabilmesi gibi her bir eşin sahip olduğu kişisel mal gelirlerinin, kişisel mal olması da kararlaştırılabilir¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 199 Nr. 34; Zeytin, sh. 138.

¹⁸⁸ Hausheer, Art. 199 Nr. 18; Sarı, sh. 188.

¹⁸⁹ Gümüş, sh. 274; Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 210.

¹⁹⁰ Zeytin, sh. 137.

Eşlerin kişisel mal gelirlerinin kişisel mal olması konusunda yapacakları sınırlamalardan biri de miktar itibariyle sınırlamadır¹⁹¹. Öyle ki, eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mallarının gelirlerinden yalnızca belirli bir miktara kadar olan kısmının, TMK m. 221/2 kapsamında kişisel mal, bu miktarı aşan gelirlerin ise edinilmiş mal sayılacağını kararlaştırabilirler.

Eşler, kişisel mal olacağı kararlaştırılan gelire, zaman itibariyle de bir sınırlama getirebilir.¹⁹² Bu bağlamda eşler, kişisel mallarının son beş yıl içerisindeki gelirlerinin kişisel mal olduğunu kabul edebilecekleri gibi, gelecek on yıl içerisindeki bazı kişisel malların gelirlerinin de edinilmiş mal yerine kişisel mal olacağını kabul edebilirler.

2. ARTIK DEĞERE KATILMADA FARKLI BİR ESASIN BENİMSENMESİ

2.1. ARTIK DEĞERİN BELİRLENMESİ

2.1.1. GENEL OLARAK

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin katılma alacağı miktarını belirlemek için öncelikle, artık değerlerinin tespiti gerekir¹⁹³. Artık değer ise yasal mal rejiminin tasfiyesi ile hesaplanır. Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerden her birinin veya mal rejiminin ölümle sona ermesi hâlinde ölen eşin mirasçılarının talebi üzerine tasfiye edilebilir. Yargıtay'ın da uygulamada kabul ettiği üzere eşlerden birinin tasfiyeyi talep etmemesi ya da esasa cevap süresi içinde defî olarak tasfiye talebini ileri sürmemesi hâlinde, talepte bulunmayan eş bakımından tasfiye gerçekleşmeyeceği için artık değer belirlenemez ve katılma alacağı doğmaz¹⁹⁴.

Artık değer eklemeyen ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktar olarak tanımlanır (TMK m. 231). Katılma alacağının ödenmesinde ise aynı

¹⁹¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 210; Gümüş, sh. 273.

¹⁹² Gümüş, sh. 273; Sarı, sh. 187.

¹⁹³ Artık değer teriminin değer artış payı alacağı ile karıştırılabileceği, bu terim yerine 'edinim' gibi bir terimin kullanılması yerinde olur, görüşü için bkz. Hatemi/ Oğuztürk-Kalkan, sh. 105.

¹⁹⁴ Şıpka, Errungenschaftsbeteiligung, sh. 114; Özüğür, sh. 70. Aksi yönde Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 23.

paylaşım değil nakdî paylaşım ilkesi kabul edilir. Bu bağlamda tasfiyeye dâhil edilen malvarlığı değerleri, hesaplamada nakdî karşılıkları ile yer alır.

Mal rejiminin sona ermesi üzerine parasal bir değer olan katılma alacağının hesaplanabilmesi için izlenmesi gereken tasfiye aşamalarına kısaca göz atmak gerekirse öncelikle, her bir eşin mal rejiminin sona ermesi ânında mevcut olan edinilmiş ve kişisel malları, TMK m. 219 ve m. 220 doğrultusunda belirlenir. Bu malvarlığı değerlerinden edinilmiş mallar, tasfiye aşamasındaki sürüm değerleri ile tasfiyeye dâhil edilir. İkinci aşamada eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar ile mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler (TMK m. 229), söz konusu malın devredildiği tarihteki sürüm değeri dikkate alınarak hesaplanır (TMK m. 235/2). Sonrasında ise, eşlerin her birinin kişisel ve edinilmiş mal grupları arasındaki değer geçişleri denkleştirme ile giderilir (TMK m. 230). Eşlerin, diğer eşe ait bir malvarlığı değerinin edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına ilişkin yaptığı katkılardan doğan değer artış payı alacağı veya borcu da malvarlığında aktif veya pasife eklenir. Sonrasında ise aktif değerlerden pasif değerler çıkarılır ve artık değer hesaplanmış olur.

2.1.2. ARTIK DEĞERİN HESAPLANMASI

2.1.2.1. Değerlendirmeye Alınacak Malvarlığı Değerinin Tespiti

Tasfiyede hesaba katılacak olan mallar, yasal mal rejiminin sona ermesi ânında mevcut olan mallardır. Bu bağlamda mal rejiminin ölüm veya başka bir mal rejiminin kabulü ile sona erdiği anda ya da mahkeme kararı ile sona ermesi hâlinde dava tarihinde var olan mallar hesaplama dâhil edilir. Malvarlığında mevcut olmayan bir mal, TMK m. 229'da yer alan eklenecek değerlerden ise tasfiyede dikkate alınır¹⁹⁵. Ancak eşin mal rejimi sona erdikten sonra edindiği malvarlığı değerleri, tasfiyede dikkate alınamaz.

Eşin, yasal mal rejimi sona erdiği anda var olan edinilmiş malvarlığı değerini, tasfiye gerçekleşmeden elden çıkarmış olması, bu malvarlığı değerinin tasfiyede dikkate

¹⁹⁵ Yine diğer eşin rızasına bağlı işlemlerle (TMK m. 194/1 ve TMK m. 223/2) devredilen malvarlığı değerleri, eşin rızası alınmaksızın gerçekleştirildiği takdirde tasfiyede dikkate alınır. Ancak bu durumun davacı eş (veya ölümü hâlinde mirasçıları) tarafından ispat edilmesi gerekir yönündeki görüş için bkz. **Şipka/Demir**, sh. 261.

alınmasına engel değildir. Bu durumda söz konusu malvarlığı değerini, tasfiyede varmış gibi değerlendirerek eşin katılma alacağını belirlemek uygun olur. Aksinin kabulü ile eşlerin üçüncü kişilerle edinilmiş mallarını konu alan hukukî işlemleriyle diğer eşin katılma alacağını azaltmasının önü açılmış olur¹⁹⁶. Malvarlığı değerinin eşe yüklenemeyecek bir nedenle azalması hâlinde ise, malvarlığı azalan değeri ile tasfiyede dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte eş, bu zarar sonrası bir tazminata hak kazanmışsa tazminat miktarı, ikame ilkesinin gereği olarak tasfiyeye dâhil edilir.

Doktrinde ise malın, mal rejiminin sona ermesinden sonra tasfiyeden önce elden çıktığı bazı durumlarda söz konusu bu malvarlığı değerinin, artık değer hesabında dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Şöyle ki, mal rejiminin sona ermesi ânında mevcut malvarlığı değeri, evlilik birliğine ilişkin giderlere¹⁹⁷ katılma yükümlülüğü kapsamında diğer eşin rızası veya mahkeme kararıyla tüketilerek elden çıkarılmış ise bu malvarlığı değerinin, tasfiyede dikkate alınmasına gerek yoktur¹⁹⁸. Bu görüş doğrultusunda eşin artık değer hesabında, aktife yazılması gereken bir malvarlığı değerinin hesaplamaya dâhil edilmediği görülür. Ancak başka bir mal rejiminin seçilmesinde ya da mahkeme kararı ile mal ayrılığına geçilmesi durumunda olduğu gibi mal rejiminin sona ermesine rağmen, evlilik birliği sona ermemiştir. Bu durumda her ne kadar yasal mal rejimi sona ermiş olsa da, evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğü devam eder. Söz konusu kabul ile eşin her türlü evlilik birliği giderine katılma yükümlülüğünün edinilmiş mallarından yerine getirilmesi, diğer eşin rızasına veya mahkeme kararına bağlanmış olur. Bu durum ise eşin bu giderlere katılmasını, kişisel malı da bulunmuyorsa güçleştirir. Bu bakımdan hiçbir ayırım yapılmadan tüm birlik giderlerinin, edinilmiş mallar ile yerine getirilmesinin, diğer eşin rızasına veya mahkeme kararına bağlanması yerinde olmamıştır. Bu nedenle kanaatimizce evlilik birliğine ilişkin giderler bakımından olağan gider ve olağan dışı gider olarak ikili bir ayırım yapılması daha uygun olabilir. Şöyle ki: Eşin evlilik birliğinden doğan olağan giderlere katılma yükümlülüğünü edinilmiş mallarından, özellikle hayatın olağan akışı içerisinde edinilmiş mallarının büyük bir bölümünü oluşturan

¹⁹⁶ **Zeytin**, sh. 200-202.

¹⁹⁷ TMK m. 186/3 hükmü eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında katılacağını düzenlemiş olup hangi giderlerin birlik gideri olacağı hususunda bir belirleme yapmamıştır. Doktrinde ise ev işleri ve evin idaresi için yapılan harcamaların, eşler ve çocukların temel ihtiyaçlarının, evde çalışan çocuklara bakan eşin öncelikli ihtiyaçlarının birlik giderleri kavramına dâhil edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir bkz. **Gümüş**, sh. 42-43.

¹⁹⁸ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 207 Nr. 20; **Gümüş**, sh. 321; **Zeytin**, sh. 202.

çalışmasının karşılığı elde ettiği gelirden, karşılamaya devam etmesinde diğer eşin zımni rızasının varlığı kabul edilebilir. Bu bağlamda eşin gıda, giyim, konut, sağlık ve eğitim gibi temel ihtiyaçları için gerçekleştirdiği harcamalar, yasal mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmalıdır. Olağan dışı giderler bakımından ise diğer eşin rızasının veya mahkeme kararının aranması yerinde olur. Eşin, yine birlik gideri olmasına rağmen ev kirası veya konut vergisi ödemeleri olağan kabul edilebilecekken evin değerinin artmasını sağlayan dış cephe yenilemesi olağan dışı gider olarak kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, eşin malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini düzenleyen TMK m. 223/1 hükmünü zedeleyebileceği gibi, eşin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünü yerine getirmesini dâhi çıkarmazsa sokabilecek niteliktedir.

Yine edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği esnada var olan malvarlığı değerinin yanması, çalınması vb. şekilde eşin kusuruna dayanmayan ve umulmayan şekilde elden çıkması veya kaybolması hâlinde tasfiyede dikkate alınmasına gerek yoktur¹⁹⁹. Aksi hâlde eşin deprem nedeniyle yıkılmış evi veya çalınmış hisse senetleri tasfiyede varmış gibi dikkate alınarak artık değerinin buna göre belirlenmesi gerekir.

Eşin diğer eşten olan alacaklarının yanında, üçüncü kişiden olan alacakları da tasfiyede malvarlığının aktif veya pasif kısmında yer alır. Doktrinde ise üçüncü kişilerden olan alacağın, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davanın devam ettiği süre içerisinde tahsil edilmesi hâlinde malvarlığının aktifinde yer alacağı ileri sürülmektedir²⁰⁰. Ancak bu hâlde eşin mal rejiminin devamı süresince hak kazandığı edimler, tahsili mümkün olmadığı ya da eş tarafından herhangi bir gerekçe ile tahsil edilmediği için tasfiyeye dâhil edilmez. Dolayısıyla diğer eşin bu malvarlığı değerleri üzerinde katılma alacağına hak kazanması önlenmiş ve haksız bir sonuç elde edilmiş olur. Bu nedenle henüz tahsil edilmemiş olmakla birlikte, doğmuş ancak muaccel olmamış edinilmiş mala ilişkin alacaklar, tasfiyede dikkate alınmalıdır²⁰¹.

2.1.2.2. Değerlendirme Ölçütü

Yasal mal rejiminin tasfiyesinde, sona erme ânında mevcut malvarlığı değerleri, tasfiye ânındaki değerleri ile TMK m. 229’nda sayılan eklenecek değerler ise devredildiği

¹⁹⁹ Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 207 Nr. 20; Hausheer, Art. 207 Nr. 10; Gümüş, sh. 321; Zeytin, sh. 202.

²⁰⁰ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, sh. 340.

²⁰¹ Zeytin, sh. 199.

tarihteki değerleri ile hesaba katılır (TMK m. 235). Mal rejiminin tasfiyesi ânında mevcut ve eklenecek malvarlığı değerlerinin, tasfiye ânında hangi değerlerinin dikkate alınacağı ise TMK m. 232-234 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde dikkate alınacak malvarlığı değerleri, belirli istisnalar dışında sürüm değeri ile hesaplamaya dâhil edilir (TMK m. 232). Sürüm değeri ise, serbest piyasada normal şartlar altında bir malvarlığı değeri için ödenmesi gereken ve para ile ifade edilen değişim değeridir²⁰².

Değer tespiti yapılacak edinilmiş mal grubuna ait bir mal, alacak veya borç, borsada işlem gören bir malvarlığı değeri ise borsa fiyatı esas alınarak belirlenir. Diğer malvarlığı değerlerinin ise benzerlerinin satış fiyatı dikkate alınarak sürüm değerinin belirlenmesi mümkündür²⁰³. Bu belirleme yapılırken de bir malvarlığı değeri, sınırlı aynî hakla yükümlülük altına sokulmuşsa sürüm değerinin tespit edilmesinde, söz konusu sınırlı aynî hakkın varlığı dikkate alınmalıdır²⁰⁴. Zira sınırlı aynî hakkın kurulması ile mülkiyet hakkının içeriğini sınırlanır. Dolayısıyla da malvarlığı değerinde sınırlamanın kapsamı ve süresince bir değer azalması görülür. Yine malvarlığına ait vergi borcu ile diğer masraflar söz konusu ise malın değerinin tespitinde bu değerlerin düşülmesi gerekir²⁰⁵.

Eşin malik olarak bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da altsoyundan birinin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olduğu bir tarımsal işletme için, değer artış payı veya katılma alacağı, tarımsal işletmenin gelir değeri göz önünde tutularak hesaplanmalıdır (TMK m. 233). Söz konusu düzenleme, tasfiyeye dâhil edilecek malvarlığı değerlerinin sürüm değeri ile hesaplanması esasına getirilmiş bir istisnadır. Eğer ki, tarımsal işletmenin devamı söz konusu değilse genel kural uygulanır ve tarımsal işletmenin sürüm değerine göre tasfiyesi gerekir.

Türk Medenî Kanunu m. 234 hükmü, hâkime özel hâller gerektirdiği takdirde hesaplanan gelir değerinin, uygun bir miktarda artırılması imkânı tanır²⁰⁶. Hâkim, sağ kalan eşin geçim koşulları, tarımsal işletmenin alım değeri, ayrıca tarımsal işletme kendisine ait olan eşin

²⁰² **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 211 Nr. 12; **Hausheer**, Art. 211 Nr. 8; **Zeytin**, sh. 206; **Sarı**, sh. 218; **Şıpka**, sh. 248. Sürüm değeri bir malın satılır olmasıdır yönünde bkz. **Ateş**, sh. 142.

²⁰³ **Sarı**, sh. 218.

²⁰⁴ **Zeytin**, sh. 207.

²⁰⁵ **Öztañ**, sh. 256; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 239.

²⁰⁶ Hesaplanan değer TMK m. 233/2 hükmü çerçevesinde arttırıldı ise hâkim, TMK m. 234 ile tanınan arttırma yetkisini kullanamaz yönünde bkz. **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 212-213 Nr. 68; **Hausheer**, Art. 213 Nr. 10; **Zeytin**, sh. 215.

yaptığı yatırımlar²⁰⁷ veya malî durumu gerektiriyorsa tarımsal işletmenin gelir değeri üzerinden hesapladığı değeri arttırma yetkisini kullanabilir (TMK m. 234/2). Hükümde özel hâl olarak sayılan sağ kalan eşin geçim koşulları ifadesi, sağ kalan eş kapsıyor olsa da doktrinde boşanmış eş açısından da -boşanmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere- hükmün uygulama alanı bulabileceği söylenmektedir²⁰⁸.

Hâkim, talep üzerine TMK m. 234'e dayanan arttırma yetkisini kullanabilir²⁰⁹. Talep hakkı ise tarımsal işletme malikinin eşine ve mirasçılara tanınmıştır²¹⁰. Aynı zamanda tarımsal işletmenin maliki veya mirasçuları, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri değer artış payı veya katılma alacağının, işletmenin sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasını da isteyebilirler (TMK m. 233/2).

2.1.2.3. Değerlendirme Ânı

2.1.2.3.1. Genel Olarak Değerlendirme Ânı

Artık değer hesabında parasal karşılıkları ile yer alacak malvarlığı değerlerinin, hangi andaki parasal karşılıkları ile yer alacağı, değerlendirme anı olarak ifade edilir. Yargılamaların uzun sürdüğü ülkemizde, malvarlığı değerlerinin hangi andaki değerleri ile hesaplamaya dâhil edileceği taraf menfaati bakımından önemlidir. Yasal düzenleme bakımından mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınacak değerlerden mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye ânındaki değerleriyle hesaplamaya alınır (TMK m. 235/1).

Katılma alacağının miktarı, eşlerin veya sağ kalan eş ile diğer eşin mirasçuları arasındaki anlaşma yoluyla belirlenmişse tasfiye ânı, anlaşmanın yapıldığı ân; dava neticesinde belirlenmişse karar tarihidir²¹¹. Tasfiye tarihi, karar tarihi olacağı için hesap bilirkişisi, kararın verilmesi beklenen tarihe en yakın tarihi dikkate alarak hesaplama yapmalıdır²¹².

²⁰⁷ Eşin diğer eşin tarımsal işletmesine yapmış olduğu yatırımlar, evlilik birliği içerisinde eşten beklenen olağan yardımlar olmamalıdır. Zira eşin söz konusu bu yardımları evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükler olup TMK m. 234 kapsamında özel hâl sayılamamalıdır.

²⁰⁸ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 212-213 Nr. 77; **Zeytin**, sh. 214.

²⁰⁹ **Zeytin**, sh. 214.

²¹⁰ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 212-213 Nr. 72; **Hausheer**, Art. 213 Nr. 2; **Zeytin**, sh. 213-214.

²¹¹ **Sarı**, sh. 222; **Şıpka**, sh. 258-259.

²¹² **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 229; **Sarı**, sh. 222- 223. Ayrıca mahkeme kararı ile bilirkişi raporu arasında uzun süre bulunması hâlinde hâkim, bu süreyi göz önünde bulundurarak malın değerinde belirli oranda artışa gitmelidir yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 247. Ya da son kez keşif ve bilirkişi incelemesi

Eklenecek değerlerin artık değer hesabında parasal karşılıklarının bulunmasında ise devredildikleri tarih dikkate alınır (TMK m. 235/2). Bu bağlamda eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar ile mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerde, malvarlığı değerleri devredildiği tarih esas alınarak artık değer hesabında dikkate alınmalıdır²¹³.

Eş, edinilmiş malvarlığı değerini yasal mal rejiminin sona ermesinden sonra, boşanma davası süresince²¹⁴ veya mal rejiminin tasfiyesi davasında diğer eşin katılma alacağını azaltmak için muvazaalı işlemler ile malvarlığından çıkarabilir²¹⁵. Eşin yasal mal rejiminin sona erdiği ânda var olan, ancak tasfiye öncesi elinden çıkardığı bu malvarlığı değerlerinin, yasal mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınacağı kabul edilmekle birlikte malvarlığının değerinin tespitinde belirsizlikler bulunur²¹⁶. Bu konudaki hâkim görüş, TMK m. 235/2 hükmüne dayanarak söz konusu malvarlığının elden çıkartılması ânındaki değerinin, tasfiyede esas alınacağını ileri sürmektedir²¹⁷. Bu görüş doğrultusunda eşin çalışma karşılığı kazanmış olduğu ikramiye ile satın aldığı hisse senetleri, elden çıkarılma tarihindeki değerleri ile tasfiyeye dâhil edilir. Diğer eş ise tasfiye sürecinde değerlendirilen hisse senetlerinin devir değil, tasfiye tarihindeki değerleri ile artık değer hesabına katılmasını isteyemez. Ancak bu görüş, TMK m. 235/2 hükmüne dayanması nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü TMK m. 235/2 hükmü, artık değer hesabında eklenecek olan malvarlığının tasfiyede hangi tarihteki değeri ile dikkate alınacağını düzenlemiştir. Bu nedenle mal rejiminin sona ermesinden sonra, ancak tasfiyesinden önce elden çıkarılan malvarlığının eklenecek değer olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Şöyle ki: TMK m. 229 hükmü iki bent hâlinde yalnızca edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı süresince elden çıkarılan malvarlığı değerlerinin hesapta ekleneceğini düzenlemiş olup emredicidir.

yapılmalıdır yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 41. Kanaatimizce, bu süre içerisinde malvarlığının değerinin düşmesi hâlinde hâkim, takdir hakkını kullanarak bilirkişi tarafından belirlenen değeri azaltabilmelidir.

²¹³ Türkiye'nin nominal değer ilkesini benimsemesi durumunda yüksek enflasyon dolayısıyla TMK m. 229'da düzenlenen değerlendirme kurumunun içi boşalacaktır. Eleştiri için bkz. **Odendahl**, sh. 491.

²¹⁴ Boşanma davasında hâkimin boşanmaya karar vermesi ile birlikte davanın açıldığı tarihte mal rejimi sona erer (TMK m. 225/2). Bu nedenle boşanma davası devam ederken eşin malvarlığından çıkarmış olduğu değerler, mal rejiminin sona ermesinden sonra elden çıkarılmış olur.

²¹⁵ Eşlerin yapmış oldukları muvazaalı işlemlerin, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyeye etkisi için bkz. Bölüm IV, IV. A.

²¹⁶ **Zeytin**, sh. 200.

²¹⁷ **Gümüş**, sh. 321; **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 207 Nr. 18; **Hausheer**, Art. 207 Nr. 9; **Zeytin**, sh. 200.

Bu nedenle mal rejiminin sona ermesinden sonra, ancak tasfiyeden önce elden çıkarılan malvarlığı değerinin kanun koyucunun iradesine rağmen TMK m. 229 hükmünün kapsamına dâhil edilmesi ve tasfiyede devredildiği tarihteki değeri ile dikkate alınması uygun değildir. Bu hâlde söz konusu malvarlığı değerinin, tasfiyede varmış gibi değerlendirip tasfiye ânındaki değerini dikkate almak ve böylece elden çıkarma ânında oluşabilecek değer kayıplarının önüne geçmek için yerinde bir tercih olur²¹⁸.

2.1.2.3.2. Sözleşme ile Değerlendirme Ânının Belirlenmesi

Artık değere katılma alacağının tespiti için edinilmiş malların, tasfiye ânındaki veya devredildikleri tarihteki değerleri ile tasfiyeye katılması kanun koyucu tarafından uygun görülürse de, eşlerin anlaşarak TMK m. 235 hükmünü değiştirmelerinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır²¹⁹. Ancak eşlerin, edinilmiş malların değerlendirmeye alınacağı ânı belirleme konusunda serbestçe anlaşmaları, dolaylı olarak katılma alacağının miktarının da değişmesine neden olmaktadır. Şöyle ki: Edinilmiş malların tasfiye ânındaki değerleri ile eşlerin anlaşarak belirledikleri andaki değerleri arasında, piyasa koşullarındaki iktidarsızlık gibi çeşitli ekonomik sebeplerle veya tasfiye sürecinin, tarafların çeşitli maddî ve hukukî etkileri nedeniyle uzamasından dolayı farklılık olabilir. Bu bakımdan, eşlerin her ne kadar doğrudan olmasa da edinilmiş malların değerlendirilmesi ânına ilişkin anlaşmaları, artık değere katılmayı etkileyen başka bir esasın kabulü sonucunu doğurur. Dolayısıyla bu anlaşmaların TMK m. 237/2 kapsamında ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payını zedelememesi gerekir²²⁰.

Eşler edinilmiş malların değerlendirilmesinde, tasfiye ânından farklı olarak mal rejiminin sona erme ânını veya edinilmiş mallara katılma rejiminin eşler arasında uygulanmakta olduğu bir diğer ânı ya da mal rejiminin sona ermesinden sonraki bir tasfiye ânını²²¹ seçebilirler. Ancak bu tür anlaşmalar, eşlerden birini zarara uğratma amacı gütmemeli ve TMK m. 2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağına ve dürüstlük kuralına aykırı olmamalıdır. Eşlerin yaptığı bu anlaşmalar, şekle tâbi değildir.

²¹⁸ Zeytin, sh. 200-202; Şıpka, sh. 251.

²¹⁹ Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 246; Zeytin, sh. 205.

²²⁰ Hausheer, Art. 215 Nr. 7; Zeytin, sh. 205.

²²¹ Zeytin, sh. 205-206.

2.2. KATILMA ALACAĞININ BELİRLENMESİ

2.2.1. KATILMA ALACAĞININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Katılma alacağı, niteliği itibariyle eşler arasındaki bir sözleşmeden değil, kanundan kaynaklanan bir alacak hakkıdır²²². Ancak nispi hakların aksine kanunda aranan şartların gerçekleşmesi hâlinde, üçüncü kişiden ödenmesi talep edilebilir (TMK m. 241). Yine eş, TMK m. 240 şartlarını sağlamak kaydı ile aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak tanınmasını isteyebilir.

Yasal mal rejiminin sona ermesinden önceki dönemde eşin sahip olduğu katılma alacağı, bir beklenen hak niteliğindedir²²³. Bu nedenle tasfiyenin tamamlanması ile devredilebilir, rehnedilebilir ya da hukukî işlemlere konu olabilir. Zira katılma alacağı, mal rejiminin sona ermesi ile değil, tasfiyenin tamamlanması ile bir tam hakka dönüşmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağı esas itibariyle kanun tarafından belirlenir. Ancak, kanunda aranan şartların gerçekleşmesi ile hâkim, artık değerdeki pay oranını azaltabilir ya da kaldırabilir (TMK m. 236/2). Bunun yanında eşler, yapmış oldukları mal rejimi sözleşmesi ile artık değere katılmada farklı bir esası kabul edebilirler (TMK m. 237).

2.2.2. KATILMA ALACAĞININ KANUN TARAFINDAN BELİRLENMESİ

TMK m. 236 hükmü her eşin, diğer eşin artık değerinin kural olarak yarısı üzerinde hak sahibi olacağını düzenlemiştir. Bu bakımdan eşler tarafından başkaca bir düzenleme yapılmadığı ya da artık değerdeki pay oranı hakkaniyet gereği azaltılmadığı sürece (TMK m. 236/2), kanuni katılma oranı uygulanacaktır.

Kanuni artık değere katılma oranı, yasal mal rejimi hangi sebeple sona ererse ersin uygulanır. Bu bakımdan, edinilmiş mallara katılma rejiminin, eşlerden birinin ölümü, başka bir mal rejiminin kabulü veya evliliğin iptal ya da boşanma nedeniyle sona ermesi

²²² Zeytin, sh. 223-224; Şıpka, Şükran, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, sh. 839-849, Ankara, 2008, (Kısaca: Zamanaşımı), sh. 841.

²²³ Sarı, sh. 100; Şıpka, Zamanaşımı, sh. 842. Ancak katılma alacağının beklenen hak değil beklentiden ibaret olduğu yönünde bkz. Gümüş, sh. 380-381⁵⁵⁴; Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 231.

hâlinde eşlerden her biri, diğer eşin artık değerinin yarısı kadar katılma alacağına hak kazanır.

2.2.3. KATILMA ALACAĞININ HÂKİM TARAFINDAN BELİRLENMESİ

Kanun koyucu, İsviçre Medenî Kanunu'nda karşılığı bulunmayan bir düzenleme ile hâkime katılma alacağını belirleme yetkisi verir²²⁴. Öyle ki, TMK m. 236/2'ye göre zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir. Eşlerin artık değerine kanuni katılma oranının değil, mal rejimi sözleşmesi ile belirlenen katılma oranının uygulanması hâlinde hâkim, sözleşme ile belirlenen bu orana da müdahale edebilmelidir.

Eşler arasında boşanmaya karar veren hâkimin, TMK m. 236/2'ye dayanan yetkisini kullanabilmesi için eşlerden birinin zina yapması veya diğer eşin hayatına kastetmesi gerekir²²⁵. Ayrıca zina yapan ya da hayata kast eden eşin, katılma alacaklısı olması gerekir. Eşin katılma alacağına değil, değer artış payı alacağına sahip olması hâlinde ise bu hüküm uygulanamaz²²⁶. Eş zina yapmış veya diğer eşin hayatına kastetmiş olsa da değer artış payı alacağına hak kazanır.

Zina ya da hayata kast fiilleri ile boşanma kararı arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Hükümün lafzından da anlaşılacağı üzere, yasal mal rejiminin diğer bir nedenle sona ermesi ya da boşanmaya başka bir nedenle karar verilmiş olması hâlinde hâkim, TMK m. 236/2'ye dayanarak kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını azaltamaz veya ortadan

²²⁴ Ancak İsviçre öğretisinde, hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği takdirde, hâkimin zina veya hayata kast nedeniyle boşanmada katılma alacağını azaltabileceğini ileri sürülmektedir. Bkz. **Şıpka**, Errungenschaftsbeteiligung, sh. 117.

²²⁵ Bu düzenlemenin getirilmesi ile birlikte, zina veya hayata kast suçlamaları ile açılan boşanma davası sayısının arttığı yönündeki eleştiriler için bkz. **Şıpka**, Errungenschaftsbeteiligung, sh. 118.

²²⁶ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 258; **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 26, 4833; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 389. TMK m. 236/2 hükmü hakkaniyet gereği katılma alacağının azaltılmasını konu alsa da değer artış payı alacağının, katılma alacağı ile iç içe geçtiği durumlarda dolaylı olarak değer artış payı alacağı da TMK m. 236/2 gereğince azaltılmış olur. Zira değer artış payı alacağı yalnızca kişisel maldan kişisel mala yapılan katkıları konu aldığı bağımsız nitelik arz etmekte olup diğer üç ihtimalde eşlerin edinilmiş malvarlığına ilişkin alacakları ve borçları, artık değer hesabına eklenmektedir yönünde bkz. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 223.

kaldıramaz. Kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte eşlerden birinin diğerini öldürdüğü hâllerde, TMK m. 236/2 hükmü uygulanabilmelidir²²⁷.

Doktrinde eşin dava açmadan ölmesi hâlinde, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma olmadığı için, kusurlu eşin katılma alacağının, azaltılamayacağı veya ortadan kaldırılamayacağı ileri sürülmektedir²²⁸. Gerçekten de eşin, her ne kadar zinası veya diğer eşin hayatına yönelik kastı bulunsa da eşin ölümünden doğrudan sorumlu tutulamıyorsa TMK m. 236/2 hükmü uygulanmamalıdır. Zira bu durumda evlilik birliği ve yasal mal rejimi boşanma ile değil, eşin ölümü ile sona ermiş olur. Ancak bu hâlde, kusurlu davranışıyla diğer eşin hayatına kasteden eş, TMK m. 578/b. 1 hükmü uyarınca mirastan yoksun olmalıdır.

Eşin zina veya hayata kast nedeniyle boşanma kararı verilmesinden sonra vefat etmesi durumunda mirasçılar, bu boşanma kararına dayanarak diğer eşin katılma alacağının indirilmesini talep edebilmelidir²²⁹. Yine doktrinde, boşanma davası devam ederken, eşin ölmesi hâlinde, eşin mirasçılarının TMK m. 181/2 hükmüne dayanarak kusurlu eşin katılma alacağının azaltılmasını talep edebilecekleri ileri sürülmektedir²³⁰.

Kusurlu eşin katılma oranının azaltılmasına veya katılma alacağının kaldırılmasına, boşanmanın bir sonucu olarak hükmedilmelidir. Boşanma davasının sonrasında özellikle tasfiyede, bu konuda bir talepte bulunmak ise mümkün olmamalıdır²³¹. Ancak eşlerden birinin diğerini öldürdüğü durumlarda ölen eşin mirasçıları, tasfiye davasında bu konuda talepte bulunabilmelidir²³².

Kusurlu eşin evlilik birliğinde emek veya çalışması karşılığında hak kazandığı katılma alacağının belirlenmesinde etkin olan pay oranının, azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması, somut olayda hakkaniyete uygun olmalıdır (TMK m. 236/2). Hâkim bu hükmü uygularken hakkaniyet değerlendirmesinde boşanma sonrası oluşacak duruma ve

²²⁷ **Hatemi/ Oğuztürk-Kalkan**, sh. 105; **Sarı**, sh. 230. Ayrıca bu konuda boşluk olduğu ve hâkimin TMK m. 1'e göre boşluk doldurmaya giderek TMK m. 236/2 hükmünü uygulaması gerektiği yönünde bkz. **Şıpka**, sh. 273; **Zeytin**, sh. 221.

²²⁸ **Gençcan**, sh. 1081-1082.

²²⁹ **Şeker**, sh. 141.

²³⁰ **Özüğür**, sh. 73. Aksi yönde bkz. **Şıpka**, sh. 275; **Yağcıoğlu**, Ali Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007, sh. 117; **Acar**, sh. 262.

²³¹ **Sarı**, sh. 230. Bu görüşün kabulü hâlinde TMK m. 236/2 hükmünün yalnızca boşanma davası ile birlikte tasfiye davasının da açıldığı durumlarda uygulanacağını söylemek gerekir.

²³² **Sarı**, sh. 230.

boşanmanın ferî sonuçlarından olan maddî ve manevî tazminat miktarına bakmalıdır. Aksi bir durumda, kusurlu eş, gereğinden fazla zarara uğrar.

2.3. KATILMA ALACAĞININ BELİRLENMESİNDE EŞLERİN MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ ile DÜZENLEME YAPMASI

2.3.1. GENEL OLARAK

Kanun koyucu, eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile artık değere katılmada belirlenen esastan farklı bir esası benimsenmelerine izin verir (TMK m. 237). Artık değere katılma da farklı bir esasın benimsenmesine ilişkin anlaşmaların, mal rejimi sözleşmesi ile yapılması kuralı, yasal mal rejiminin yürürlüğü sırasında veya nişanlılık döneminde yapılması için geçerlidir. Aksi hâlde edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden sonra eşler, tasfiyeye ilişkin bir anlaşma yaparak artık değere katılmada farklı bir esas benimseyeceklerse bu anlaşmaların yazılı olarak yapılması yeterlidir²³³.

Kanun koyucu, eşlerin artık değere katılmada benimsedikleri farklı esasın uygulanmasını, yasal mal rejimini sona erdiren sebepler bakımından iki farklı şekilde ele alır. Şöyle ki: Eşler, artık değer belirlenmesinde farklı bir esas kabul etmiş ve mal rejimi sözleşmesinde aksi belirtilmemişse, bu esas yalnızca eşlerden birinin ölümü hâlinde uygulanır. Zira kanun koyucu, yasal mal rejiminin ölüm ile sona ermesi hâlini diğer sona erme nedenlerinden ayırarak benimsenen farklı esasın ölüm hâlinde uygulanmasını başkaca bir iradeye gerek görmeksizin kabul eder (TMK m. 237). Ancak söz konusu bu anlaşmaların, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma nedeniyle sona erdirilmesi ya da mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi durumlarında uygulanması ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması şartına bağlıdır (TMK m. 238).

Diğer sona erme nedenlerinden farklı olarak eşlerin seçimlik mal rejimini seçmeleri hâli, TMK m. 237 ve m. 238’de düzenlenmemiştir. TMK m. 238’in gerekçesinde ise eşlerin iradesinin evliliği sürdürmek olduğu ve boşanmayı düşünmedikleri için mal rejimi sözleşmesi ile öngörülen farklı paylaşım şekillerinin, bundan yararlanan eşe bir mükâfat niteliği taşıdığından bahsedilir. Öte yandan, TMK m. 237 hükmünün, evliliğin ölüm dışındaki bir nedenle sona ermesinde, karine olarak kanuni paylaşım oranının

²³³ Sarı, sh. 231; Şıpka, sh. 281.

uygulanmasını benimsediği²³⁴ düşünülürse, eşlerin mal rejimini değiştirmeleri hâlinde bunun ayrıca belirtilmesi yerinde olur.

Eşlerin artık değere katılmada benimsedikleri farklı esasın, mal rejimini sona erdiren nedenlerden birinde ya da tümünde uygulanacağını kararlaştırmaları mümkündür. TMK m. 238’de belirtildiği üzere önemli olan eşlerin benimsedikleri esasın, hangi sona erme nedenlerinde uygulanacağını hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılır olmasıdır.

Eşlerin artık değere katılmalarına ilişkin farklı esaslar benimseyebilecekleri kanun koyucu tarafından belirtilmiş; ancak bu esasların neler olduğu belirlenmemiştir. Doktrinde eşlerin artık değer belirlenmesine ilişkin olarak benimseyebilecekleri esaslara farklı örnekler gösterilmektedir. Ancak eşler, mal rejimi sözleşmesi ile benimseyebilecekleri farklı esasın içeriği konusunda sınırsız bir özgürlük içerisinde değildir. Zira eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile belirleyecekleri farklı esaslar, eşlerin ortak olmayan altsoyunun menfaatini zedeleyemez (TMK m. 237/2).

2.3.2. BENİMSENE BİLECEK ESASLAR

2.3.2.1. Kanuni Katılım Oranının Değiştirilmesi

Türk Medenî Kanunu m. 236 ile eşlerin veya mirasçılarının, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde katılma alacağı sahibi olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, hüküm emredici nitelikte değildir. Zira kanun koyucu, eşlere edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ile elde edilen artık değer üzerinde sahip olacakları katılma alacağı için kanuni paylaşım kuralından farklı bir esas benimseme imkânı tanır²³⁵. Bu hüküm çerçevesinde eşler, yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile öncelikle artık değere katılmada, kanuni paylaşım oranını değiştirebilirler. Gerçekten de eşler, 3/4 ya da 1/5 gibi bir oranın katılma alacağının hesabında, artık değere uygulanmasına karar verebilirler.

Eşlerin benimsemiş oldukları katılma oranına göre ise diğer eşin artık değerinden alacakları katılma alacağı azalır veya artar. Şöyle ki: Eş veya mirasçılar artık değere ½ oranı uygulandığında daha fazla alacağı hak kazanacakken, 1/3 oranı uygulandığında daha az miktarda alacağı hak kazanır.

²³⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 232.

²³⁵ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 275; Ceylan, sh. 1035.

2.3.2.2. Katılma Alacağı'nın Belirli Bir Miktar Olarak Belirlenmesi

Artık değer üzerinden belirli bir oran ile hesaplanacak katılma alacağı yerine eşler, mal rejimi sözleşmesi ile belirli bir parasal meblağı, katılma alacağı olarak kararlaştırabilirler. Ancak bu tür bir anlaşmanın geçerli olabilmesi için borçlu eşin mal rejiminin sona ermesi ile hesaplanacak artık değerinin önceden belirlenen tutarı aşması gerekir²³⁶. Uygulamada ise tasfiyenin tamamlanması ile eşin sahip olacağı artık değer, sözleşmesel katılma alacağını her zaman karşılamayabilir. Örneğin, katılma alacağı'nın, eşlerin yaptığı mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırıldığı üzere 150.000 TL olması gerekirken tasfiye sonrasında eşin artık değerinin 100.000 TL olması hâlinde eş, katılma alacağı'nın 50.000 TL'lik kısmını karşılayamaz. Bu durumda eşin artık değeri ile karşılanmayan 50.000 TL'yi kişisel mallarından karşılamasının beklenmesi ise edinilmiş mallara katılma rejiminin temelini oluşturan eşin, diğer eşin kural olarak çalışması karşılığında edindiği malvarlığı değerlerine katılması fikrîne aykırı bulunur. Zira bu hâlde, eşin kişisel mallarına diğer eş, hiçbir emek ve çabası olmaksızın katılır. Bununla birlikte söz konusu durum, eksi değere katılmayı yasaklayan TMK m. 231/2 hükmüne de aykırılık teşkil eder.

Eşin mal rejimi sözleşmesi ile belirlenen katılma alacağı, diğer eşin artık değeri tarafından karşılanmadığında, bu katılma alacağı'nın yasal paylaşım oranına göre yeniden mi hesaplanacağı yoksa eşin artık değerinin tamamının diğer eşe katılma alacağı olarak mı verilmesi gerektiği hukukî sorun teşkil eder. Kanaatimizce, bu hâlde öncelikle eşlerin düzenlemiş oldukları mal rejimi sözleşmesi ile yansıttıkları iradeleri yorumlanmalı ve bu doğrultuda bir çözüm bulunmalıdır. İrade beyanının yorumundan eşlerin, borçlu eşin artık değerinin, diğer eşin katılma alacağını karşılamayacağını bilselerdi; kanuni paylaşım oranının uygulanmasını isteyecekleri sonucu çıkıyorsa kanuni paylaşım oranı esas alınarak eşin katılma alacağı yeniden hesaplanmalıdır. Aksi hâlde eşin var olan artık değerinin tamamı, diğer eşe katılma alacağı olarak verilmelidir.

Eşler, tasfiyede katılma alacağına sahip olan eşe, bu alacağa mahsuben belirli malvarlığı değerlerinin özgülmesini de kararlaştırabilir²³⁷. Benzer imkân borçlu eşe, katılma alacağını ayın veya para ile ödeme kolaylığı tanıyan TMK m. 239 ile de tanınır. Ancak

²³⁶ Zeytin, sh. 223; Sarı, sh. 235.

²³⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, (2005 basım), sh. 397.

Türk Medenî Kanunu m. 239 kapsamında katılma alacağının ayın olarak ödenebilmesi, borçlunun bu yöndeki talebi ile olmaktadır. Alacaklı eşin, katılma alacağının para olarak değil ayın olarak ödenmesi talebinin bir önemi yoktur²³⁸.

Katılma alacağının ayın ile ödenmesinin kararlaştırılması hâlinde, mahsup işlemi yapılırken hem katılma alacağı hem de ifaya konu belirli malın, tasfiye ânındaki değeri tespit edilmelidir. Bu tespit sonrasında parasal bir değer olan katılma alacağı yerine verilecek olan malvarlığının değeri katılma alacağını geçmekte ise eş, fazla gelen kısım için denkleştirme parası ödemelidir²³⁹. Öte yandan kanaatimizce, katılma alacağına mahsuben tanınan hakkın değerinin, katılma alacağından az olması hâlinde ise bedel eklenmesi talep edilebilmelidir. Nitekim mal rejimi sözleşmesi ile katılma alacağına sahip olan eşe, bu alacağa mahsuben belirli malvarlığı değerinin özgülmesi istenmektedir. Ancak eşler yaptıkları mal rejimi sözleşmesinde bu hakkın katılma alacağına mahsup edilmeksizin tanınmasını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda katılma alacaklısı eş, söz konusu hak ile katılma alacağı arasındaki fark için alacak talep edemeyecekse de, bu düzenlemenin ortak olmayan altsoyun saklı payına zarar verdiği ölçüde tenkisi istenebilmelidir (TMK m. 237/2).

2.3.2.3. Katılma Alacağından Vazgeçilmesi

Eşler, artık değere katılma oranını değiştirip azaltmak yerine, katılma alacağından tamamen vazgeçebilir. Öyle ki, yapılan mal rejimi sözleşmesi ile eşlerden her biri ya da ikisi katılma alacağından vazgeçebilir. Bu hâlde, eşler arasında uygulanmakta olan edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ayrılığı rejimi ile benzerlik arz eder. Doktrinde eşlerin her ikisinin de katılma alacağından vazgeçmesi hâlinde evlilik birliğinin mal ayrılığı rejimine tâbi olduğu ileri sürülmektedir²⁴⁰. Ancak bu görüşün aksine doktrinde eşlerin, diğer eşin artık değerinden katılma alacağı almamayı kararlaştırmış olmalarına rağmen evlilik birliğine uygulanmakta olan yasal mal rejiminin, mal ayrılığı rejimi ile benzerlik taşımakla birlikte farklılıklarının da bulunduğu ifade edilir. Bu görüşe göre saklı paylara ilişkin TMK m. 237/2 hükmü mal ayrılığı rejiminde bulunmamaktadır ve bu

²³⁸ Kılıçoğlu, sh. 35; Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 254; Özüğür, sh. 75; Şıpka, Zamanaşımı, sh. 843; Ateş, sh. 183; Uluç, sh. 1412-1413.

²³⁹ Şenocak, Zarife, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi, AÜHFD, C. 58, Ankara, 2009, sh. 395.

²⁴⁰ Sarı, sh. 236.

düzenleme, katılma alacağının olmadığı edinilmiş mallara katılma rejiminin farklılığını devam ettirmesini sağlar²⁴¹.

Gerçekten de eşlerin mal ayrılığı rejimine benzer şekilde malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri ve edinilmiş mallara katılma rejiminin temelini oluşturan, evlilik birliği süresince eşin çalışması karşılığı elde ettiği malvarlığı değerlerine diğer eşin katılması esastan vazgeçilmesi ile her iki rejim benzerlik arz eder. Ancak her bir eşin, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf hakkına sahip olduğu mal ayrılığı rejiminde, eşlerin katılma alacağına ilişkin tasarruflarına karşı ortak olmayan altsoyu koruyan herhangi bir hüküm bulunmaz. Zira eşlerin her birinin malvarlığı, diğerinden bağımsız nitelik arz etmekte olup; böylesi bir hükme gerek görülmez.

2.3.2.4.Esasın Eşler Yönünden Farklı Belirlenmesi

Kanun koyucu TMK m. 237’de getirdiği hükümlerle, eşlere yalnızca mal rejimi sözleşmesi ile farklı bir esas benimseyebileceklerini söyleyerek bu konuda yapılabilecek düzenlemelerin içeriğini kanunun izin verdiği ölçüde eşlerin anlaşmasına bırakır. Bu bağlamda artık değere katılma oranında belirlenecek olan esaslar, yalnız bir eşin artık değerine uygulanabileceği gibi her iki eş yönünden de benimsenmiş olabilir²⁴². Örneğin kadının yasal katılma oranı olan ½ oranında diğer eşin artık değerine, kocanın ise diğer eşin artık değerinin tamamına katılacağına kararlaştırılması mümkündür.

Ayrıca eşin isminin açıkça belirtilmesine gerek olmayıp belirli bir durumda olan eşe ilişkin düzenleme yapılabilir²⁴³. Önemli olan söz konusu düzenlemenin hangi eş için yapıldığının şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılır olmasıdır. Nitekim mal rejimi sözleşmesinde yer alan taraf iradelerinden, aksi anlaşılmadıkça hangi eş için yapıldığı belli olmayan düzenlemenin her iki eş bakımından uygulanması uygun olur. Bu bağlamda eşler, mal rejiminin sona ermesi ânında çalışmayan eş veya müşterek çocukların velâyeti kendisine

²⁴¹ **Zeytin**, sh. 224. Yazar bu durumda, değer artış payı ve denkleştirme alacağının da yasal mal rejimini, mal ayrılığı rejiminden farklı kıldığını söylemektedir. Bkz. **Zeytin**, sh. 224. Ancak mal ayrılığı rejiminde eş, diğer eşin malvarlığına yaptığı katkılar nedeniyle katkı tazminatına hak kazanmaktadır. Eşin katılma alacağından vazgeçmesi hâlinde ise denkleştirme alacağı hesaplanmayacaktır. Bu nedenle söz konusu durumda denkleştirme ve değer artış payı alacağının varlığının pratik bir önemi bulunmamaktadır. Tüm bu sebeplerle kanaatimizce katılma alacağından vazgeçilmesi durumunda, yasal mal rejimini mal ayrılığı rejiminden ayıran özellik, yalnızca TMK m. 237/2 hükmüdür.

²⁴² **Zeytin**, sh. 223. Ölen eşin mirasçılarının lehine de katılma alacağına ilişkin düzenlemeler yapılabilir yönünde bkz. **Şenocak**, sh. 379.

²⁴³ **Sarı**, sh. 235.

bırakılan ya da sağ kalan eş lehine farklı esas benimseyebilir. Ancak artık değere katılmada farklı bir esas getiren mal rejimi sözleşmesi, eşin söz konusu durumu sağlaması hâlinde uygulanmalıdır. Aksi hâlde kanuni paylaşım oranının uygulanması gerekir. Örneğin, mal rejiminin ölümle sona ermesi hâlinde katılma alacağının tamamının sağ kalan eşe bırakılması düzenlenmiş ise bu esas, yasal mal rejiminin ölümle sona ermesi hâli dışında uygulanmamalıdır.

2.3.2.5. Farklı Esasın Şarta Bağlı Olarak Yapılması

Eşler, getirmek istedikleri farklı paylaşım oranlarının geçerliliğini, farklı şartlara veya mükellefiyetlere bağlayabilir²⁴⁴. İçlerinden birinin belli bir süre işsiz kalması hâlinde uygulanacak katılma oranı ile her iki eşin de çalışması hâlinde uygulanacak katılma oranı farklı düzenlenebilir.

Eşlerin artık değerlerin paylaşımı konusunda benimseyecekleri farklı esaslar, sağ kalan veya lehine düzenleme yapılan eşi cezalandırıcı nitelik taşımadığı ya da ahlaka ve adaba aykırı olmadığı sürece geçerli kabul edilmelidir. Bu nedendir ki, bu kayıtlar eşi, TMK m. 236 ile sahip olacağı konumdan daha kötü bir duruma sokmamalıdır. Aksi hâlde cezalandırma amacı taşıdığı kabul edilebilir. Doktrinde ise bu konuda bazı yazarlar tarafından benimsenen farklı esasın uygulanmasının, sağ kalan eşin evlenmemesi şartına bağlanabileceği ileri sürülmektedir²⁴⁵. Bu görüşe göre, evlenmeme şartına aykırı davranan eş, yasal paylaşım oranına göre fazladan yapılan ödemeyi geri iade ile yükümlü olmalıdır. Kanaatimizce, evlenmenin kişilik hakkına ilişkin olduğu, bundan feragat edilemeyeceği ve sınırlanamayacağı düşünüldüğünde böylesi bir düzenlemeyi geçerli kabul etmemek daha uygun olur.

Eşler, artık değere katılma oranlarını her bir sona erme sebebi için farklı düzenlemiş olabilirler²⁴⁶. Bu bakımdan eşler, yasal mal rejiminin boşanma ile sona ermesi hâline ¼ oranının; ölüm nedeniyle sona ermesi hâlinde ise kanuni katılma oranının uygulanacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda söz konusu esasın uygulanması, yasal mal rejiminin o sebeple sona ermesi şartına bağlanmış olur.

²⁴⁴ **Sarı**, sh. 238; **Zeytin**, sh. 223-224; **Uluç**, sh. 1405.

²⁴⁵ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 216 Nr. 22; **Hausheer**, Art. 216, Nr. 24; **Şenocak**, sh. 394; **Sarı**, sh. 238-239.

²⁴⁶ **Zeytin**, sh. 223; **Sarı**, sh. 234.

2.3.2.6. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Geçmişe Etkili Kılınması

Eşler TMK m. 237 kapsamında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile yasal mal rejimini geçmişe etkili kılabilirler²⁴⁷. Eşlerin yasal mal rejiminin uygulanması için belirledikleri tarih, evlilik birliği içerisinde herhangi bir tarih olabilir. Ancak eşler yasal mal rejiminin nişanlılık dönemine de uygulanacağını kararlaştıramazlar. Yine eşlerin belirleyeceği tarih, TMK'nin yürürlüğü öncesine ait olmamalıdır. Zira söz konusu tarih, her ne kadar evlilik birliği içerisinde olsa da kanun koyucunun yasal mal rejiminin yürürlüğü öncesine etkili kılınması için belirlediği bir yıllık süre sona ermiştir (YUŞHK m. 10). Eşler, emredici nitelikteki TMK'nin YUŞHK m. 10 hükmünün aksini kararlaştıramazlar²⁴⁸.

Yasal mal rejiminin geçmişe etkili kılınması, katılma alacağında büyük farklılıklara neden olabilir. Eşlerden birinin sahip olacağı katılma alacağı artarken diğer eşin katılma alacağı azalabilir. Bu durum ise borçlu eşin ortak olmayan altsoyun menfaatini zedeler. Bu nedenle de söz konusu mal rejimi sözleşmesi, TMK m. 237/2 hükmü gereğince tenkise tabi olmalıdır.

2.3.3. YAPILABİLECEK DÜZENLEMELERİN SINIRI

2.3.3.1. Genel Olarak

Eşler, TMK m. 237 çerçevesinde benimsemiş oldukları esaslarla, artık değerlerini ve dolayısıyla da diğer eşin katılma alacağını değiştirmiş olurlar. Dolayısıyla eşler, yaptıkları mal rejimi sözleşmesi nedeniyle, kanuni paylaşım oranına göre alacakları katılma alacağından daha az ya da daha fazla bir tutarı almış olur. Kanun koyucu ise söz konusu bu düzenlemelerde eşlere tam bir irade serbestisi tanımamıştır. Öyle ki, eşlerin benimsedikleri farklı esas ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun sahip olacağı saklı paylarını zedelenmemelidir (TMK m. 237/2).

Doktrinde ise eşlerin ortak olmayan altsoyu ile birlikte alacaklılarında korunması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre eşlerin artık değere katılmada benimsedikleri farklı bir esasın geçerli olabilmesi için alacaklıların hakları zedelememeli ve TMK m. 237 hükmü, TMK m. 213 ile birlikte değerlendirilmelidir²⁴⁹. Ancak şartların gerçekleşmesi ile TMK m.

²⁴⁷ **Gümüş**, sh. 226; **Kılıçoğlu**, Katkı- Katılma Alacağı, sh. 206.

²⁴⁸ Bkz. Bölüm I, II, B, 2, a.

²⁴⁹ **Sonsuzoğlu**, sh. 45-46.

213/2'den de anlaşılacağı üzere bu hâlde sözleşmenin geçersizliğinden değil, kendisine böyle malvarlığı geçmiş olan eşin borçlardan kişisel olarak sorumlu olacağından bahsetmek gerekir.

2.3.3.2. Koruma Altına Alınan Mirasçılar

Kanun koyucu, TMK m. 237/2 ile yalnızca eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunu koruma altına almıştır. Koruma altına alınan altsoyun tespiti içinse öncelikle ana-baba ile çocuk arasındaki soybağı belirlenmelidir. Soybağı ise çocuk ile ana arasında doğum yoluyla, baba ile anayla evlilik, tanıma veya babalığa hükümle kurulur (TMK m. 282). Ayrıca ana-baba ile çocuk arasında, evlat edinme yoluyla da soybağı kurulabilir. O hâlde ortak olmayan altsoyu, ana-babanın evliliği içerisinde doğmayan ya da eşlerden sadece birisinin evlat edindiği çocuk ile onun altsoyu oluşturur²⁵⁰.

Türk Kanunu Medenisi döneminde de mal ortaklığı rejiminde eşlere, ortaklık malları üzerinde ½ olan paylaşım oranını değiştirebilme imkânı tanınmıştı (eMK m. 222). Ancak eşlerin yapacakları bu düzenlemeler altsoyun ortaklık mallarından ¼ oranında pay almasını engelleyememekteydi. eMK'de yer alan bu düzenleme, TMK m. 237/2 ile paralellik arz eder. Ancak eMK m. 222'de eşlere tanınan farklı düzenleme yapma imkânı ile tüm altsoy koruma altına alınmışken, TMK m. 237/2 ile yalnızca ortak olmayan altsoy koruma altına alınmıştır. Bu farklılığın temelinde mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde eşin sahip olacağı kişisel malların kapsamının daha dar olması yatar²⁵¹.

Eşler evlilik birliği içerisinde yasal mal rejimi ve miras hukuku hükümlerine göre diledikleri gibi tasarruf edebilirler. Ancak bu tasarruf özgürlüğü sınırsız değildir. Şöyle ki: Kanun koyucu miras bırakan eşin tasarruflarına karşı, bazı mirasçılarının eşin ölümü hâlinde hak kazanacakları miras payını korur. İşte miras bırakanın tasarruflarına karşı yasal miras payı belirli bir oranda korunan mirasçılara, saklı paylı mirasçılar denir.

²⁵⁰ Kanun koyucu, TMK 305 vd. maddelerinde, kural olarak evli olan eşlerin birlikte evlat edinmesini benimsemiştir. Ancak otuz yaşını doldurmuş olan eşin, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması veya nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri ayrı yaşıyor olması hâlinde, tek başına evlât edinmesine imkân tanımıştır. Eş, yalnızca bu istisnaî hâllerde tek başına evlat edinebilir ve yalnızca bu hâlde evlatlık, ortak olmayan altsoyu oluşturur.

²⁵¹ **Şıpka**, Şükran/ **Kaplan**, Hasan Ali, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı İle İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmesinin Altsoya Etkisi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, sh. 263-274, Ankara, 2004, sh. 271.

Saklı paylı mirasçıları ise, miras bırakan eşin altsoyu, ana-babası ve eşinden oluşturur. Ancak TMK m. 237'de eşlerin tüm saklı paylı mirasçıları değil; yalnızca ortak olmayan çocukları ve onların altsoyu korunur²⁵². Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile gerçekleştirecekleri tasarruflarına karşı, saklı paylı mirasçı olan ortak altsoya ise miras hukuku kapsamında koruma sağlanmalıdır. Ancak doktrinde ileri sürüldüğü üzere eşlerin, TMK m. 237/1 kapsamında yapacakları mal rejimi sözleşmesi, mirasçıların çıkarlarını zedelemeye yönelik ise TMK m. 2/2 gereği, tüm saklı paylı mirasçılar, tenkis davası açabilmelidir²⁵³.

2.3.3.3.Koruma Yöntemi

Eşlerin artık değere katılmaya yönelik anlaşmaları, ortak olmayan altsoyunun saklı payını zedelemiş olsa dâhi söz konusu bu anlaşmaların geçersizliği ileri sürülemez²⁵⁴. Bu hâlde kazandırmanın hukukî niteliğine göre ortak olmayan saklı paylı altsoy, söz konusu mal rejimi sözleşmesinin tenkisini talep etmelidir²⁵⁵.

Miras hukukunun mal rejimi sözleşmesine uygulanacak olan tenkis hükümleri ise tespit edilen hukukî niteliğe göre farklılık arz eder. Bu nedenle, hukukî niteliğin tespiti önemlidir. Doktrinde artık değere katılmaya ilişkin farklı esas getiren anlaşmaların hukukî niteliği konusunda, farklı görüşler bulunur. Bunlardan ilki eşlerin, diğer eş lehine sonuç doğuran karşılıksız kazanma niteliğindeki bu tür anlaşmalarının niteliğini, mal rejiminin sona erme sebeplerine göre farklı niteler. Şöyle ki: Eşlerden birinin ölümü hâlinde, sağ kalan eşin katılma alacağını değiştiren düzenlemeler (TMK m. 237), ölüme bağlı tasarruf niteliğinde iken, yasal mal rejimini sona erdiren diğer sebepler bakımından katılma alacağı, eşler hayatta iken ödeneceğinden yapılan düzenleme (TMK m. 238), sağlararası kazandırma niteliğindedir²⁵⁶. Bu görüşün kabulüyle yasal mal rejiminin ölümle sona ermesi hâlinde mal rejimi sözleşmesi, tenkiste sıra hükümlerine göre diğer ölüme bağlı tasarruflarla birlikte orantılı olarak tenkise tâbi olur. Yasal mal rejiminin ölüm dışındaki

²⁵² Ayrıca eşlerin ortak altsoyunun, bu düzenlemenin kapsamına alınmamasında ortak çocukların katılma alacağına sahip olan eşe de mirasçı olacakları, bu nedenle de haklarının zarar görmeyeceği düşüncesi yatmaktadır görüşü için bkz. **Sarı**, sh. 241; **Acar**, sh. 103; **Şenocak**, sh. 396. Ayrıca bu hüküm ile miras hukukunun saklı payların korunması ilkesi, daraltılmaktadır yönünde bkz. **Şıpka/ Kaplan**, sh. 271.

²⁵³ **Şıpka/ Kaplan**, sh. 272.

²⁵⁴ **Zeytin**, sh. 228-229; **Sarı**, sh. 243.

²⁵⁵ Bu tenkis davası, miras hukukundaki ölüme bağlı tasarrufların tenkisinden öncelikli ve özellikli olarak uygulama bulur yönünde bkz. **Şıpka/ Kaplan**, sh. 273.

²⁵⁶ **Zeytin**, sh. 227-228; **Sarı**, sh. 240; **Şıpka**, sh. 281.

herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde ise eşler arasında yapılan düzenleme, saklı paylar ölümüne bağlı tasarruflardan karşılanmamışsa en yeni tarihliden en eski tarihliye doğru tenkise edilir (TMK m. 570/1).

İsviçre Federal Mahkemesi ise vermiş olduğu bir kararında, hiçbir ayrıma gitmeksizin mal rejimi sözleşmesi ile artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esas getiren anlaşmaları, mal rejimi hukukuna özgü sağlararası bir hukukî işlem olarak kabul etmiştir²⁵⁷. Mahkeme vermiş olduğu kararda, mirasbırakanın söz konusu işlemi sağlığında yapmış olması nedeniyle, işleme konu malvarlığının devrinin, sözleşmenin yapılması ânında gerçekleşmemesinin bir önemi olmadığına karar vermiştir. Türk doktrininde²⁵⁸ de destek bulan bu görüşe göre, artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esas getiren bu anlaşmalar, farklı bir şekil, ehliyet ve sona erme nedenlerine sahiptir ve ortak olmayan altsoyunun saklı payının zedelemesi hâlinde tenkise tâbi sağlararası kazandırma olarak terekeye eklenmelidir.

Ortak olmayan altsoyun saklı payının zedelenip zedelenmediğinin tespitinde ise öncelikle eşlerin kanuni paylaşım oranına göre elde edecekleri katılma alacağı üzerinden, ortak olmayan altsoyun elde edeceği saklı pay miktarı hesaplanır. Sonrasında ise artık değere katılmada farklı bir esas getiren anlaşmalar dikkate alınarak katılma alacağı ve tereke hesap edilerek altsoyun miras payı bulunur. Bu iki değer karşılaştırılması ile altsoya mal rejimi sözleşmesinin uygulanması hâlinde verilen miras payı, kanuni katılma oranı uygulandığında verilen saklı payı karşılamıyorsa aradaki fark miktarınca ihlâl vardır ve tenkis edilmelidir²⁵⁹.

²⁵⁷ **Yıldırım**, Fadıl, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Eşler Arasındaki Mal Rejimi Sözleşmesine Göre Katılma Alacağından Vazgeçmenin Tenkise Tâbi Bir Malvarlığı Devri Oluşturduğuna İlişkin (BGE 128 III 314 vd.) Kararı, www.e-akademi.org internet dergisi, Ocak Sayısı, 2005.

²⁵⁸ **Şenocak**, sh. 402-403.

²⁵⁹ **Şenocak**, sh. 404.

3. AİLE KONUTU HAKKINDA YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER

3.1. GENEL OLARAK

Aile konutu kavramı TMK’de tanımlanmamıştır. Doktrinde ise aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı bir yerde, oturma ihtiyacının giderilmesinde kullanılmak üzere sürekli olarak seçtikleri, aile yaşamının merkezi durumuna getirdikleri, konut olarak kullanmaya elverişli taşınır²⁶⁰ veya taşınmaz yer olarak tanımlanır²⁶¹. Diğer yandan aile konutu, sürekli olarak barınmak üzere kullanılan ve aile yaşamının yoğunlaştığı yer olarak da tanımlanabilir.²⁶²

Aile konutu önemi nedeniyle birçok hüküm ile koruma altına alınmıştır. Bunlar, aile konutu üzerinde tasarruf edebilme imkânını düzenleyen TMK m. 194, mal rejimlerinde eşler arasındaki paylaşımını konu alan TMK m. 240, m. 254, m. 279 ve eşin ölümü hâlinde aile konutunun ve ev eşyasının, sağ kalan eşe özgülenmesini konu alan TMK m. 652 hükümleridir.

Bir konutun TMK kapsamında aile konutu olarak kabul edilebilmesi ve söz konusu korumalardan eşlerin yararlanabilmesi için bazı özellikleri taşınmalıdır. Şöyle ki: Bir konutun aile konutu olabilmesi için fiilen eşler tarafından kullanılan²⁶³ tek bir konut²⁶⁴ olması gerekir. Bu bağlamda eşlerin yazlık evleri, yayla veya dağ evleri aile konutu sayılamaz²⁶⁵. Eşlerin birlikte yaşadıkları konutun aile konutu olması için konutun eşler tarafından geçerli bir aynî veya şahsî hakka dayanılarak kullanılması gerekir²⁶⁶. Ayrıca

²⁶⁰ TMK m. 704’de belirtildiği üzere taşınmaz mülkiyetinin konusunu arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturur. Bunların dışındakiler, TMK bakımından taşınır hükmünde olmasına rağmen aile konutu özelliği göstermesi hâlinde söz konusu hükümlerden yararlanılmalıdır. Örneğin eşlerin aile konutu olarak karavanı kullanmaları hâlinde TMK m. 240’a dayanan haklar kullanılabilir.

²⁶¹ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 165; **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 72; **Gümüş**, sh. 66.

²⁶² **Gençcan**, sh. 299; **Gümüş**, sh. 66. Ancak kişilerin sürekli olmasa da barınma amacıyla kullandıkları taşınmaz ya da taşınırın, aile konutu olabileceği yönünde bkz. **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 72.

²⁶³ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 165. Evli olmayan kişilerin birlikte kullandıkları konutlar, aile konutu niteliğinde değildir görüşü için bkz. **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 77.

²⁶⁴ **Gençcan**, sh. 300; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 165; **Gümüş**, sh. 67; **Barlas**, sh. 122; **Doğan**, sh. 106. Kural aile konutunun tek bir konut olmasıdır. Ancak somut olayın şartlarında ikinci bir konut ailenin ya da eşlerden birinin sağlık, eğitim veya iş gibi bir yerleşim sağlıyorsa istisnaî olarak bu konutta, TMK m. 194 hükmünün korumasından faydalanmalıdır görüşü için bkz. **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 87; **Acar**, sh. 30.

²⁶⁵ **Barlas**, sh. 122; **Gümüş**, sh. 68; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 165; **Doğan**, sh. 106.

²⁶⁶ **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 83; **Gençcan**, sh. 209-210; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 165; **Gümüş**, sh. 68. Öte yandan, eş kamusal veya özel sektördeki iş sözleşmesi gereğince aile konutunda oturmaya hak

eşler arasında ayrılık kararı verilmiş olması, konutun aile konutu olması özelliğini değiştirmez²⁶⁷.

Eşlerden biri haklı bir neden ile eşin ölümünden bir süre önce, birlikte yaşadıkları konuttan ayrılmış veya yerleşim yerini değiştirmişse aile konutu özelliği devam etmelidir²⁶⁸. Bu bağlamda eşin, ailesini ziyaret etmek için yazın şehir dışına 3 ay süreli gitmesi veya çalışmak için 1 yıllığına yurt dışına çıkması ile aile konutunda birlikte yaşama özelliği kaybolmaz. Bu nedenle eş, diğer eşin ölümü ile TMK m. 240 ile sahip olduğu hakları kullanabilmelidir.

Ev eşyası ise ailenin ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olan ve aile konutu içerisinde bulunan eşyadır. Bu tanımın kapsamına mobilya, beyaz eşya, diğer elektronik eşya girmekle birlikte eşin, yalnız kişisel ihtiyaçlarını karşılamak için kullandığı eşya girmez²⁶⁹.

3.2. SAĞ KALAN EŞE AİLE KONUTU ve EV EŞYASININ ÖZGÜLENMESİ

3.2.1. HÜKMÜN UYGULANMA KOŞULLARI

3.2.1.1. Mal Rejiminin Ölümle Sona Ermesi

Her ne kadar yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağı istemi, ilke olarak belirli malların özgülenmesi hakkını kapsamasa da, TMK m. 240 ile bu kurala istisna getirilmiştir. Şöyle ki: Ölüm nedeniyle mal rejiminin tasfiyesi hâlinde, sağ kalan eş, sahip olduğu yaşam şartlarını koruyabilmek amacıyla, ölen eşyle birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine, katılma alacağına mahsup edilmek, bu yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir (TMK m. 240/1). Öte yandan sağ kalan eşe, aynı koşulların bulunması hâlinde, ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir (TMK m. 240/2). Diğer eşe tanınan bu imkânlar, madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere yalnızca eşin ölümü nedeniyle yasal mal rejiminin sona ermesi

kazanmışsa, TMK m. 194 anlamında kullanılacak bir hak yoktur görüşü için bkz. **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 116. Kanaatimizce bu durumda sağ kalan eşin, TMK m. 240 kapsamında kendisine aile konutu üzerinde aynı hak tanınmasını isteme hakkı da bulunmamaktadır.

²⁶⁷ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 165; **Gençcan**, sh. 310; **Doğan**, sh. 108.

²⁶⁸ **Şıpka**, sh. 322; **Doğan**, sh. 108.

²⁶⁹ Evde yetiştirilen bitkiler, beslenen hayvanların ev eşyası kapsamına girdiği yönündeki görüş için bkz. **Yağcıoğlu**, sh. 95.

hâlinde kullanılabilir²⁷⁰. Ancak ölüm karinesi²⁷¹ ve gaiplik kararı ile yasal mal rejiminin sona ermesi hâlinde de TMK m. 240'ın uygulanması ve sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası için söz konusu taleplerde bulunabilmesi mümkün olmalıdır.

Eşin gaipliğine karar verilmesi durumunda gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alma tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur (TMK m. 35). Ancak hakkında gaiplik kararı verilen eşin evliliği, kendiliğinden sona ermez. Diğer eşin evliliğin feshini talep etmesi gerekir (TMK m. 131). Aksi hâlde evlilik birliği devam eder. Bu hâlde mal rejiminin ne zaman sona ereceği ve eşin gaip olmasına rağmen, evlilik birliğinin devam etmesine bağlı olarak mal rejiminin uygulanmaya devam edip etmemesi önemli bir hukukî sorun teşkil eder. Evliliğin feshinin talep edilmesi ile evlilik birliği sona erecek olup fesih talep edilinceye kadar yasal mal rejiminin temelini oluşturan eşler arası dayanışma ve iş birliğinin ortadan kalkmasına rağmen, yasal mal rejimi uygulanmaya devam eder. Bu hâlde diğer eşin artan veya azalan malvarlığı değerlerinden, hakkında gaiplik kararı verilen eş, katılma alacağına hak kazanır. Bu haksızlığın ortaya çıkmasını önlemek adına, doktrinde ileri sürüldüğü üzere eşin gaipliğine karar verilmesi hâlinde, diğer eşin evliliğin feshini talep etmesine bakılmaksızın, mal rejiminin de sona ereceğini kabul etmek isabetli olur²⁷².

3.2.1.2. Aile Konutu ve Ev Eşyasının Ölen Eşe Ait Olması

Eşin eski yaşantısını devam ettirebilmek amacıyla üzerinde aynî hak talebinde bulunabileceği konut, ölen eşin mülkiyetinde olmalıdır. Zira eş, kendi edinilmiş veya kişisel malı üzerinde talepte bulunamayacağı gibi üçüncü bir kişiye ait olan mal üzerinde de kendisine aynî hak tanınmasını talep edemez²⁷³. Yine ölen eş, aile konutunu kira sözleşmesiyle elde etmişse sağ kalan eş, aile konutu üzerinde kendisine intifa, oturma veya mülkiyet hakkı tanınmasını isteyemez. Bununla birlikte aile konutu, ölen eşin ve eşler

²⁷⁰ Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin aksine edinilmiş mallara katılma rejiminde, yalnızca ölüm hâlinde aile konutu üzerinde sağ kalan eşe hak tanınmasını bazı yazarlar eleştirmiş, bazıları ise doğru bulmuştur. Bu bakımdan eşlere boşanma davasında da aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak tanınması, ayrılan eşlerin uzun yıllar karşı karşıya gelmesine neden olur görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, sh. 57. Aksine boşanmadan sonra aile konutunun geleceğinin düzenlenmemesi büyük eksiklikler görüşü için bkz. **Şipka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 101-102.

²⁷¹ Ölüm kaydının düşülmesi ile kişi hakkında ölümün tüm sonuçları doğar. Bu nedenle sağ kalan eş, TMK m. 240 kapsamında aynî hak talebinde bulunabilir.

²⁷² **Şipka**, sh. 321⁶; **Sarı**, sh. 86.

²⁷³ Sağ kalan eşin, ölen eşin sahip olduğu üst, intifa veya oturma hakkını isteyebileceği yönünde bkz. **Yağcıoğlu**, sh. 105-106.

dışında üçüncü kişilerin paydaş olduğu bir paylı mülkiyet ilişkisine konu ise sağ kalan eş, aile konutu üzerinde kendisine intifa, oturma veya mülkiyet hakkı tanınmasını isteyemez²⁷⁴.

Sağ kalan eşin üzerinde intifa, oturma veya mülkiyet hakkı tanınmasını istediği aile konutunun, ölen eşin kişisel veya edinilmiş malları arasında olmasının bir önemi yoktur. Her iki durumda da sağ kalan eş, aynî hak talebinde bulunabilir.

Ölen eş, sağlığında TMK m. 194'e aykırı davranarak diğer eşin rızasını almaksızın aile konutunu üçüncü bir kişiye devretmişse sağ kalan eşin, öncelikle tapu kütüğündeki yolsuz tescilin TMK m. 1025 uyarınca düzeltilmesini dava etmesi gerekir²⁷⁵. Bu hâlde aile konutu, her ne kadar TMK m. 194 uyarınca devir şartları sağlanmamış olsa da üçüncü kişinin mülkiyetinde görünür. Başkasının mülkiyetinde olan bir malın ise, tasfiye davasına konu olması ya da bu istemin üçüncü kişiye yöneltilmesi mümkün değildir.

Eş, aile konutu veya ev eşyası üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş ise söz konusu bu tasarrufun, sağ kalan eşin TMK m. 240'dan doğan talebini kullanmasını etkileyebilir. Doktrinde bu konuda sağ kalan eşin, aile konutu üzerinde TMK m. 240'a dayanan tasarruflarda bulunabilmesi için ölüme bağlı tasarrufun iptalini istemesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁷⁶. Bir başka görüş ise sağ kalan eşin, diğer mirasçılarla birlikte lehine tasarrufta bulunan kişi adına tescil talebinde bulunmamasının, TMK m. 240'dan doğan talebin korunması için yeterli olacağını söyler²⁷⁷. Bu görüşe göre söz konusu durumda, TMK m. 557 kapsamında hukuka aykırı bir ölüme bağlı tasarrufun varlığından ve iptalinden bahsedilemez.

Eşin ölümü ile yasal mal rejiminin sona ermesi hâlinde, terekenin tespiti için öncelikle mal rejiminin tasfiyesi gerçekleşmelidir²⁷⁸. Bu hâlde her ne kadar ölen eşin aile konutunu konu alan bir ölüme bağlı tasarrufu söz konusu olsa da sağ kalan eş, vasiyetname yerine getirilmeden önce aile konutu üzerinde intifa, oturma ya da mülkiyet hakkının tanınmasını

²⁷⁴ **Sarı**, sh. 285; **Zeytin** sh. 234; **Uluç**, sh. 1445. Ancak paylı mülkiyet ilişkisine üçüncü kişilerin dâhil olduğu durumlarda eşin, TMK m. 240'a dayanan talebini üçüncü kişinin hakkını olumsuz etkilememesi hâlinde kullanabileceği yönündeki aksi görüş için bkz. **Yağcıoğlu**, sh. 102.

²⁷⁵ **Şıpka**, sh. 323; **Gümüş**, sh. 87.

²⁷⁶ **Kılıçoğlu**, sh. 36; **Akıntürk/Karaman-Ateş**, sh. 177. Aksi yönde **Yağcıoğlu**, sh. 135.

²⁷⁷ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, (2005 basım), sh. 405; **Gümüş**, sh. 407-408.

²⁷⁸ **Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller**, sh. 269; **Şıpka**, Errungenschaftsbeteiligung, sh. 117; **Nâf- Hofmann**, Nr. 1858a; **Kılıçoğlu**, sh. 51; **Sonsuzoğlu**, sh. 29, 46.

sağlamış olur. Bu sebeplerle vasiyetnamenin, TMK m. 240 ile sağ kalan eşe tanınan hakları etkisiz kılması kısmen mümkündür. Şöyle ki: Eş haklı sebeplerin varlığını ispat etmiş ve aile konutu veya ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını sağlamışsa, terekede mevcut olmayan bir malvarlığı üzerinden üçüncü kişinin hak iddia etmesi mümkün olamaz. Ancak sağ kalan eş lehine intifa veya oturma hakkı tanınmışsa, üçüncü kişi terekede bulunan malvarlığı değeri üzerinde vasiyetname ile tanınan mülkiyet hakkının sağlanmasını talep edebilir. Tescil gerçekleşir ise yalnızca bu hâlde sağ kalan eşe, TMK m. 240 ile sağlanan koruma etkisiz kalmış olur. Yine bu hâlde sağ kalan eşin ölüme bağlı tasarrufun hukuka aykırılık nedeniyle iptali yerine aile konutunun lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan kişi adına tescilinden kaçınması yerinde olur.

Aile konutunun eşlerin paylı mülkiyetinde bulunması ve yasal mal rejimi ölüm nedeniyle sona ermesi hâlinde sağ kalan eş, TMK m. 226/2 veya TMK m. 240 aile konutunun kendisine verilmesini isteyebilir²⁷⁹. TMK m. 226/2 hükmünden yararlanmak isteyen eş, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve eşin mirasçılarının payını ödemek suretiyle aile konutunun bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir. Bu durumda paylı mülkiyetten doğan TMK m. 226/2 hükmü ile TMK m. 240 hükmü yarıştır. Sağ kalan eş ise şartlarını sağlamak koşuluyla bu hükümlerden dilediğinden yararlanabilir.

3.2.1.3.Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağına Sahip Olması

Edinilmiş mallara katılma rejiminin eşin ölümü ile sona ermesi hâlinde sağ kalan eşin, aile konutu ve ev eşyası üzerinde intifa, oturma veya mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilmesi, katılma alacağına sahip olmasına bağlıdır. Eşlerin katılma alacakları hesaplanıp kanunen takas gerçekleştikten sonra aradaki fark miktarınca, sağ kalan eş lehine katılma alacağı doğmalıdır. Zira kanun koyucu eşe, söz konusu hakları eşin diğer eşten olan katılma alacağına mahsup edilmek ve yetmez ise bedel eklenmesi şartıyla tanır (TMK m. 240). Sağ kalan eş, yasal mal rejiminin tasfiyesi sonrasında katılma alacağına sahip olmazsa, aile konutu ve ev eşyası üzerinde sahip olacağı hakları TMK m. 652 kapsamında ileri sürebilir.

Sağ kalan eşin, yasal mal rejiminin tasfiyesi ile hak kazandığı katılma alacağı, ev eşyası ya da aile konutu üzerindeki aynî hak taleplerini karşılamaya tam olarak yetiyorsa söz konusu talepler, katılma alacağına mahsup edilir ve karşılıklı olarak edimler yerine getirilir. Sağ

²⁷⁹ **Gümüş**, sh. 411; **Sarı**, sh. 285.

kalan eşin katılma alacağı, söz konusu taleplerden fazla ise mahsup sonrası kalan miktar sağ kalan eşe ödenir. Ancak katılma alacağının miktarı, söz konusu talepleri karşılamaktan uzaksa eş, bedel eklemek suretiyle bu hakların tanınmasını sağlayabilir. Bu hâlde sağ kalan eşin, bedeli tamamlayabilecek ekonomik düzeyde olup olmadığına bakılmaz²⁸⁰.

Yasal mal rejiminin tasfiyesi sonrasında, sağ kalan eşin katılma alacağı çıkmayıp yalnızca değer artış payı alacağı mevcut olursa, bu hâlde eşin TMK m. 240 kapsamında talep hakkının olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Doktrindeki çoğunluk görüşü tarafından, yasal mal rejiminin tasfiyesi sonrasında yalnızca değer artış payı alacağına sahip olan sağ kalan eşin yine, aile konutu veya ev eşyası üzerinde TMK m. 240 kapsamında talep hakkı olduğu ileri sürülmektedir²⁸¹. Bununla birlikte bazı yazarlar ise sağ kalan eşin, sadece değer artış payı alacağının, üzerinde aynî hak tesis edilecek aile konutu veya ev eşyasına yapılan katkıdan doğması hâlinde TMK m. 240 kapsamında talepte bulunmasının mümkün olduğunu ileri sürer²⁸².

3.2.1.4.Sağ Kalan Eşin Eski Yaşantısını Devam Ettirmek İstemesi

TMK m. 240'da açıkça belirtildiği üzere sağ kalan eşe, diğer eşin ölmeden önceki hayatını devam ettirebilmesi için ev eşyası ve aile konutu üzerinde aynî hak tanınması imkânı sağlanmıştır. Bu hakların tanınmasıyla zaten diğer eşin ölümü ile hayatı değişen eşin, bu durumdan daha fazla etkilenmemesi ve uzun süredir yaşadığı çevreden, evinden uzaklaşması nedeniyle yaşamı daha zor duruma sokulmak istenmemiştir.

Eski yaşantısını devam ettirebilmek için aile konutu veya ev eşyası üzerinde aynî hak tanınmasını talep eden sağ kalan eş, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ancak hayatın olağan akışında sağ kalan eşin, aile konutunda kalmayı, eski yaşantısını devam ettirmek için istediği bazı özel durumlar dışında, fiili karine olarak kabul edilmelidir²⁸³.

²⁸⁰ **Gümüş**, sh. 410. Eşin katılma alacağına veya ödeme gücüne sahip olmadığı durumlarda, TMK m. 240'ın uygulanmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. **Yağcıoğlu**, sh. 116.

²⁸¹ **Sarı**, sh. 286; **Acar**, sh. 171; **Öztaş**, sh. 303.

²⁸² **Gümüş**, sh. 410; **Yağcıoğlu**, sh. 115.

²⁸³ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 219 Nr. 29; **Yağcıoğlu**, sh. 120; **Zeytin**, sh. 120; **Şıpka**, sh. 324.

3.2.1.5. Talepte Bulunulması

3.2.1.5.1. Talep Hakkı Sahibi

Eşin ölümü ile birlikte sona eren yasal mal rejiminde, aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak talep etme imkânı esas itibariyle malik olmayan sağ kalan eşe tanınmıştır. Sağ kalan eş ise bu talebini, ölen eşin miras ortaklığına yöneltmelidir²⁸⁴. Ölen eşin mirasçıları da aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine, mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir (TMK m. 240/3). Eşin miras ortaklığına yönelteceği aynî hak talebi, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir²⁸⁵.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre eşe tanınmış olan bu talep hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır²⁸⁶. Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre sağ kalan eşe tanınan bu talep hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak değildir ve söz konusu talep hakkı eşin, eş sıfatına bağlı haktır²⁸⁷.

Eşin ölümü ile yasal mal rejimi sona erdiği gibi mirasın tasfiyesi de gündeme gelmektedir. Sağ kalan eş, ölen eşin kural olarak yasal mirasçısıdır. Ancak sağ kalan eş, mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma, feragat ya da mirası red gibi bir sebeple ölen eşe mirasçı olamayabilir. Bu hâlde sağ kalan eş, diğer şartların varlığı ile birlikte ölen eşin mirasçısı sıfatına sahip olmaması nedeniyle TMK m. 652 hükmünden yararlanamasa da TMK m. 240'da yer alan talep hakkını kullanabilir.

Sağ kalan eş, ev eşyası ve aile konutu üzerindeki aynî hak talebini, yasal mal rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesinden tasfiyenin sona ermesine kadar ileri sürmelidir²⁸⁸. Bununla birlikte aile konutu elden çıkarılmış ya da paylaşımı konusunda mirasçıların anlaşmasından ya da mahkemece mirasın taksiminin yapılmasından, malvarlığının elden çıkarılmasından sonra sağ kalan eş bu taleplerde bulunamaz²⁸⁹.

²⁸⁴ Şıpka, sh. 324.

²⁸⁵ Gümüş, sh. 405, 407.

²⁸⁶ Gümüş, sh. 404.

²⁸⁷ Şıpka, sh. 325.

²⁸⁸ Şıpka, Errungenschaftsbeteiligung, sh. 113. Katılma alacağının ödenmesine kadar sağ kalan eş, aynî hak talebinde bulunabilir yönünde bkz. Sarı, sh. 288.

²⁸⁹ Gümüş, sh. 404; Şıpka, sh. 325.

3.2.1.5.2. Talebin Kapsamı

Yasal mal rejiminin tasfiyesinde katılma alacağına sahip olan sağ kalan eşin, aile konutu üzerinde bulunabileceği ilk talep, intifa veya oturma hakkının tanınmasıdır. Eşin, bu seçimlik haklardan birini seçmesi ile katılma alacağı, bu hakkın değeri oranında mahsup edilir ve eşlerin karşılıklı edimleri sona erer. Yine sağ kalan eş, katılma alacağına mahsup edilmek şartıyla, ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir. Kanun koyucu, ev eşyası üzerinde sağ kalan eşin sahip olabileceği hakkın kapsamını, aile konutunun aksine mülkiyet hakkı olarak belirlemiş ve sağ kalan eşe seçim hakkı tanımamıştır. Zira taşınır olan ev eşyası üzerinde her ne kadar intifa hakkı kurulması mümkün ise de oturma hakkının kurulması mümkün değildir.

Haklı sebebin varlığı hâlinde ise ölen eşin mirasçılarına, aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilme imkânı tanınır. Ancak ölen eşin yasal mirasçılarına tanınan bu talep hakkı ikincil niteliktedir²⁹⁰. Şöyle ki, ölen eşin yasal mirasçıları, ancak sağ kalan eşin aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı talep etmesi hâlinde haklı sebebin varlığını ispat ederek intifa veya oturma hakkı yerine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Sağ kalan eş, öncelikle bu talebini ölen eşin mirasçılarına karşı ileri sürmelidir. Sağ kalan eş, aile konutunda sağlanması istenen hak üzerinde mirasçılar ile anlaşamazsa bu talebini mahkemeye yöneltmelidir. Mahkemenin aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine intifa, oturma veya mülkiyet hakkı tanıyan kararı üzerine söz konusu hakkın, tapu kütüğüne şerhi tapu memurlarınca sağlanır.

3.2.2. AYNÎ HAK TALEBİNİN İLERİ SÜRÜLMESİNİN SINIRI

Sağ kalan eş, aile konutu ve ev eşyası üzerinde sahip olduğu aynî hak taleplerini, sınırsız bir şekilde kullanamaz. Öyle ki sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz (TMK m. 240/4). Bu düzenleme ile ölen eşin altsoyunun meslekî veya sanatsal faaliyetinin korunması amacıyla sağ kalan eşin, aile konutu üzerindeki talep haklarına sınırlama getirilmiştir.

²⁹⁰ Şipka, sh. 331.

Hükmün uygulanabilmesi için, öncelikle ölen eşin aile konutunun bir bölümünde bir meslek veya sanat icra etmesi gerekir. Bununla birlikte sağ kalan eşin talep hakkının ortadan kalkması için ölen eş ile aynı meslek veya sanatı icra eden altsoyundan biri bulunmalıdır. Örneğin avukat olup evin bir bölümünü büro olarak kullanan eşin ölümü hâlinde sağ kalan eşin, TMK m. 240 kapsamında aile konutu üzerinde sahip olabileceği hak, ölen eşin ressam veya avukat olan altsoyunun bulunmaması şartına bağlıdır.

TMK m. 240 hükmü ile getirilen bir diğer sınır ise tarımsal taşınmazlara ilişkin, miras hukuku hükümleridir. Ancak TMK m.659-668 arasında düzenlenen bu hükümler Mülga: 30/4/2014-6537/9 maddeleri ile yürürlükten kaldırılmıştır.

3.3. EŞLERİN EV EŞYASI ve AİLE KONUTU ÜZERİNDE DÜZENLEME YAPMASI

Sağ kalan eşe diğer eşin ölümü hâlinde, TMK m. 240 ile katılma alacağına mahsuben aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı, haklı sebebin varlığı hâlinde ise mülkiyet hakkı tanınması; ev eşyası üzerinde ise mülkiyet hakkı tanınması imkânı getirilmiş olup bunun dışındaki başkaca bir hak kanunda açıkça öngörülmemiştir. Ancak TMK m. 240 hükmü, emredici nitelikte değildir. Zira eşlere, mal rejimi sözleşmesi ile başka bir esası benimseme imkânı getirilmiştir (TMK m. 240).

Eşler, mal rejiminin sona ermesinden önce, geçerli bir şekilde yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile malik olan eşin ölümü hâlinde, sağ kalan eşe aile konutu üzerinde doğrudan intifa, oturma, mülkiyet veya başka bir hakkın tanınmasını kararlaştırabilirler. Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olmasının kararlaştırılması ile sağ kalan eşin, TMK m. 240 hükmü gereği kendisine mülkiyet hakkı tanınması için haklı sebebin varlığını ispat etmesi gerekmez. Yine bu hâlde, katılma borçlusu olan eşe de aile konutu üzerinde aynî hak tanınması mümkündür. Öte yandan, sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki talep hakkını, hangi amaçla ileri sürdüğü önem arz etmez. Sağ kalan eşin, aile konutunda yaşamaya devam etmesi, aile konutunu satması, hatta konutu başkasına kiralaması halinde de mülkiyet hakkının tanınması gerekir.

Sağ kalan eşe, mal rejimi sözleşmesi ile diğer eşin ölümü hâlinde, aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkından birisinin tanınması kararlaştırılmışsa, eş tasfiyede aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı tanınması için seçimlik bir hakka sahip olmaz. Bu hâlde

mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırılan hak, aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine tanınır.

Malikin sahip olduğu kullanma ve yararlanma yetkilerini bir başkasına devretmesini konu alan ve niteliği gereği şahsa bağlı bir hak olan intifa hakkı ve bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi veren oturma hakkı, devredilemez ve mirasçılara geçemez. Bu bağlamda eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile sağ kalan eşe tanınan intifa ve oturma haklarının, üçüncü kişiye devredilebileceği kararlaştırılmaz. Öte yandan sağ kalan eş lehine intifa veya oturma hakkı için eşler mal rejimi sözleşmesi ile bir süre belirlemediyse, hak sahibi eşin ölümüne kadar söz konusu hak varlığını sürdürmeye devam etmelidir.

Eşin aile konutu ve ev eşyası üzerinde talep edebileceği hakları, katılma alacağına mahsup edilmeksizin ileri sürülebileceğinin, mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırılması hâlinde ise, ölüme bağlı kazandırma söz konusu olur. Zira bu hâlde sağ kalan eşin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinden elde edeceği katılma alacağı varlığını devam ettirmekle birlikte eş, aile konutu üzerinde intifa, oturma, mülkiyet veya başkaca bir hakka sahip olur. Bu hâlde, mal rejimi sözleşmesi ile benimsenen bu esas, TMK m. 240 kapsamında değerlendirilmemelidir. Eşin söz konusu karşılıksız kazanması ise ölüme bağlı tasarruf olarak mirasın tasfiyesinde dikkate alınır.

Eşlerin, sağ kalan eşin intifa, oturma veya mülkiyet hakkına aile konutu dışındaki konutlarda da katılma alacağına mahsuben sahip olacağına kararlaştırılması hâlinde ise, söz konusu mal rejimi sözleşmesinin TMK m. 240 kapsamında değil, TMK m. 237 kapsamında farklı bir esasın benimsenmesi olarak değerlendirilmelidir.

Eşlerin TMK m. 240 kapsamında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile sağ kalan eşin, aile konutu üzerinde intifa, oturma veya mülkiyet hakkından hiç birini kullanmayacağını kararlaştırmaları mümkündür²⁹¹. Bu hâlde sağ kalan eş, TMK m. 652 hükümleri doğrultusunda miras hakkına mahsuben, aile konutunun ve ev eşyasının kendisine özgülenmesini istenmesinde TMK m. 652 madde lafzı bakımından engel bulunmamaktadır. Ancak sağ kalan eşin bu davranışı, ölen eş ile yaptıkları mal rejimi sözleşmesine ve TMK m. 2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıdır.

²⁹¹ Gümüş, sh. 414.

Yasal mal rejiminin eşlerden birinin ölümüyle son bulması hâlinde sağ kalan eşin, aile konutu ve ev eşyası üzerinde sahip olacağı hakların, eşler arasında yapılacak mal rejimi sözleşmesiyle ölüm dışındaki hâllerde de uygulanmasına yönelik anlaşmaların, TMK m. 240 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre eşlerin, yasal mal rejiminin ölüm dışındaki bir nedenle sona ermesi hâlinde aile konutu ve ev eşyası üzerinde hak talep edebilmelerine yönelik anlaşmalar TMK m. 238 kapsamında geçerli kabul edilmelidir²⁹². Ancak bu görüş, TMK m. 238'nin artık değer belirlenmesinde başka bir esas kabul edilmesine, TMK m. 240'ın ise katılma alacağının ifasına yönelik olduğu için eleştirilmektedir²⁹³. Bununla birlikte eşlerin, TMK m. 240 kapsamında mal rejimi sözleşmesi ile belirleyecekleri başka esaslar, yasal mal rejiminin ölümle sona ermesi hâlinde sağ kalan eşe aile konutu ve ev eşyası üzerinde hak tanınmasına ilişkindir.

²⁹² Yağcıoğlu, sh. 113.

²⁹³ Gümüş, sh. 409.

İKİNCİ BÖLÜM ÖZETİ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, edinilmiş ve kişisel malvarlığı grupları bulunmakta olup; eşlerin başka bir malvarlığı grubunu sözleşmeyle oluşturmaları mümkün değildir. Bunlardan edinilmiş mallar, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince, karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olarak tanımlanmıştır (TMK m. 219/1). Ayrıca TMK m. 219/2’de ise kanunen edinilmiş mal olduğu belirlenen malvarlığı değerlerine örnek olarak yer verilmiştir. Eşe bu kapsamda sosyal güvenlik kurumu tarafından yapılan ödemeler, edinilmiş maldır. Ancak özel sigorta şirketi tarafından yapılan sosyal güvenlik ödemesi, bu ödemeye hak kazandıran primlerin karşılandığı malvarlığı grubuna özgülenmelidir. Eşe sosyal güvenlik kurumu tarafından yapılan toplu ödemelerden, mal rejimi sona erdikten sonraki döneme tekabül eden kısım ise kişisel mal olacaktır (TMK m. 228/2). Kişisel malvarlığı değerleri ise TMK m. 220’de sınırlı sayıda belirlenmiştir. Millî piyango veya loto oyunları ile çekilişlerden kazanılan ikramiyelerde bu bağlamda karşılıksız kazandırmadır ve kişisel mallara dâhil olmalıdır (TMK m. 220/b. 2).

Kanun koyucu, kişisel malların kapsamının emredici şekilde düzenlendiği kuralına istisna getirerek; eşlere mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin, kişisel mal olacağını ve kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını kararlaştırabilme imkânı tanımıştır (TMK m. 221). Bu bağlamda eşler, mehz kanun ZGB Art. 199 hükmüne uygun olarak bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetine özgülenen ve edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin, kişisel mal olacağını kararlaştırabilecekken, söz konusu meslek veya faaliyet nedeniyle elde edilen gelirin kişisel mal olacağını kararlaştıramazlar.

Kişisel maldan dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülediği amaca göre yerel adetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerin, kişisel malın geliri olarak kişisel malvarlığı grubuna dâhil olacağına karar verilebilir (TMK m. 221/2). Eşler, sözleşmeyle kişisel mal grubuna dâhil ettikleri mesleğin icrasına veya işletmenin faaliyetine özgüledikleri malvarlığı değerinin getireceği gelirin de kişisel mallara dâhil olacağını kararlaştırabilirler. Ancak söz konusu bu iradenin mal rejimi sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekir.

Niteliği itibariyle katılma alacağı, kanundan kaynaklanan nispi bir alacak hakkıdır. Zira her bir eşin katılma alacağı, esas itibariyle diğer eşin artık değerinin yarısıdır (TMK m. 236/1). Ancak zina ya da hayata kast nedeniyle boşanmada hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını azaltabilir ya da kaldırabilir (TMK m. 236/2). Ancak hâkimin boşanmaya karar verebilmesi için, zina ya da hayata kast fiilleri ile boşanma kararı arasında illiyet bağı bulunmalı, boşanma kararı zina veya hayata kast nedeniyle verilmelidir. Kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte eşlerden birinin, diğerini öldürdüğu hâllerde de TMK m. 236/2 hükmü uygulanabilmelidir. Ayrıca boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları, TMK m. 181/2 hükmü gereği davaya devam ederek alacakları boşanma kararından sonra hâkimden, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılmasına veya kaldırılmasına karar vermesini talep edebileceklerdir.

Eşler yapmış oldukları mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılmada farklı bir esas kabul edebilirler (TMK m. 237-238). Ancak mahkemece evliliğin iptal ve boşanma nedeniyle sona erdirilmesi veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi ya da kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da eşlerin seçimlik mal rejimine geçiş karar almaları durumlarında söz konusu bu anlaşmaların uygulanması, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması şartına bağlıdır (TMK m. 238).

Eşler artık değere katılmada farklı bir esas olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ile elde edilen artık değer üzerinde sahip olacakları katılma alacağı için kanuni paylaşım oranı olan 1/2'den farklı bir oranı benimseyebilirler. Ayrıca eşler, artık değer üzerinden belirli bir oran ile hesaplanacak katılma alacağı yerine mal rejimi sözleşmesi ile belirli bir parasal meblağı, katılma alacağı olarak benimseyebilirler. Ancak bu tür bir anlaşmanın geçerli olabilmesi, borçlu eşin artık değerinin önceden belirlenen tutarı aşmasına bağlıdır. Aksi halde borçlu eş, eksik kalan kısmı kişisel mallarından ödemek zorunda olmayıp, mal rejimi sözleşmesinin yorumu sonrasında ya katılma alacağı olarak kararlaştırmış oldukları tutarı ya da kanuni paylaşım oranının uygulanması ile elde edilen katılma alacağını almaya hak kazanır. Eşlerin katılma alacağından tamamen vazgeçmeleri de mümkündür.

Eşler getirmek istedikleri farklı paylaşım oranlarının geçerliliğini, cezalandırıcı nitelik taşımayan ya da ahlaka ve adaba aykırı olmayan farklı şartlara veya mükellefiyetlere bağlayabilirler. Ancak eşlerin artık değere katılmada benimseyebilecekleri farklı esaslar,

eşlerden birini ya da her ikisini kapsayacak şekilde yapılabilir. Ayrıca eşin isminin açıkça belirtilmesine gerek olmayıp, belirli bir durumda olan eşe ilişkin olarak da düzenleme yapılabilir. Önemli olan söz konusu düzenlemenin hangi eş için yapıldığının, şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılır olmasıdır.

Eşlerin yapmış oldukları bu düzenlemelerin, ortak olmayan altsoylarının sahip olacağı saklı payı zedelememesi gerekir (TMK m. 237/2). Aksi halde eşlerin yapmış oldukları düzenlemeler miras hukukuna ilişkin hükümlere göre tenkis edilecektir (TMK m. 560 vd.).

Edinilmiş mallara katılma rejiminde esas olan, katılma alacaklısı eşin, nispi bir hakka sahip olmasıdır. Ancak sağ kalan eşe, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı ya da haklı bir nedenin bulunması hâlinde mülkiyet hakkı tanınmasını isteme imkânı tanınmıştır. Sağ kalan eş, aynı koşullarda ev eşyasının mülkiyetinin de kendisine verilmesini isteyebilir (TMK m. 240). Sağ kalan eş yenilik doğuran bir hak niteliğinde olan bu talebini, ölen eşin miras ortaklığına yönelmeli, mirasçılar ile sağlanması istenen hak üzerinde anlaşamazsa bu talebini mahkemeye yönelmelidir.

Yasal mal rejiminin tasfiyesi sonrasında katılma alacağına sahip olmamakla birlikte değer artış payı alacağına sahip olan sağ kalan eş de aile konutu veya ev eşyası üzerinde aynî hak tanınmasını isteyebilmelidir. Sağ kalan eşin aile konutu üzerinde tanınmasını isteyebileceği haklar, emredici şekilde düzenlenmemiş olup, kanun koyucu bu hâlde eşlere sözleşme yapma imkânı tanımıştır. Bu hâlde eşler, malik olan eşin ölümü hâlinde, sağ kalan eşe aile konutu üzerinde doğrudan intifa, oturma, mülkiyet veya başka bir hakkın tanınmasını kararlaştırabilirler. Bu hâlde sağ kalan eş, TMK m. 240'da belirlenen koşulların gerçekleştiğini ispat etmek zorunda değildir. Yine bu hâlde, katılma borçlusunu olan eşe de aile konutu üzerinde aynî hak tanınması mümkündür. Öte yandan, sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki talep hakkını, hangi amaçla ileri sürdüğü önemli değildir. Eş, aile konutunda yaşamaya devam etmese, satacak ya da kiraya verecek olsa dâhi mülkiyet hakkının tanınması gerekir. Öte yandan eşlerin, TMK m. 240 kapsamında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile sağ kalan eşin aile konutu üzerinde intifa, oturma veya mülkiyet hakkından hiç birini kullanmayacağını kararlaştırmaları mümkündür.

BÖLÜM III

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ DIŞINDA YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER

1. PAYLI MÜLKİYET KONUSU PAYA İLİŞKİN TASARRUFTA AKSİNİN KARARLAŞTIRILMASI

1.1. EŞLERİN MALVARLIKLARI ÜZERİNDEKİ YÖNETİM, YARARLANMA ve TASARRUF YETKİLERİ

Eşler, evlilik birliği içerisinde yeni bir mal edinerek ya da bu malvarlığı değerlerini yönetip bunlardan yararlanarak malvarlığını etkileyebilir. Öyle ki, eş mülkiyet hakkına sahip olduğu malvarlığı değeri üzerinde, bir başkası lehine intifa veya oturma hakkı tanıyarak ya da ipotek hakkı kurarak sınırlayıcı tasarruflarda bulunabileceği gibi elden çıkararak hakka son da verebilir. Bundan dolayı, eşlerin malvarlığı değerlerinin, mal rejiminin sona erdiği anda, başlangıç ânındaki durumuna göre değişiklik göstereceği muhakkaktır. Edinilmiş mallara katılma rejiminin genel konusunu ise eşlerin evlilik birliği içerisinde malvarlığı edinmeleri, bunlar üzerindeki tasarrufları ile tüm bu hukukî işlemlerin tasfiyeye etkisi oluşturur.

Eşlerin her biri, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK m. 223/1). Diğer bir ifadeyle, evlilik birliğine edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanıyor olması, eşlerin malvarlığı değerlerini diledikleri gibi yönetmelerine, bunlardan yararlanmalarına ve de bunlar üzerinde tasarrufta bulunmalarına engel olmaz. Ancak TMK m. 223/1 hükmünün uygulaması, kanunun öngörmüş olduğu sınırlamalar ve eşlerin yasal sınırlar içerisinde aksi yönde anlaşma yapmaları ile engellenebilir. Bu kapsamda, eşlerin

yönetim, yararlanma ve tasarruf özgürlüğüne, evliliğin genel hükümleri²⁹⁴ ve edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında sınırlamalar getirilmiştir.

1.2. EŞLERİN MALVARLIĞI DEĞERLERİ ÜZERİNDEKİ YÖNETİM, YARARLANMA ve TASARRUF ÖZGÜRLÜĞÜNÜN EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ KAPSAMINDA SINIRLANMASI

1.2.1. GENEL OLARAK

Eşler arasında evlilik birliğinin bulunması ya da edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanıyor olması kural olarak eşlerin tasarruf özgürlüğünü kısıtlamaz. Yalnızca kanunda yazılı hükümlere dayanılarak eşin yönetim, yararlanma ve tasarruf özgürlüğü kısıtlanabilir. Kanun koyucu ise diğer eşin bu malvarlığı değerleri üzerinden sahip olacağı katılma alacağının haksız bir şekilde azalmasını önlemek için, bazı koruyucu düzenlemeler getirmiştir. Edinilmiş malların yerine geçen değerlerin edinilmiş mal olmasına yönelik hüküm, bu koruyucu düzenlemelere örnek verilebilir (TMK m. 219/2 b. 5). Eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacıyla yaptığı devirler ile mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içerisinde, diğer eşin rızasını almaksızın gerçekleştirdiği olağan hediyeler dışındaki karşılıksız kazandırmaların tasfiyede dikkate alınması, koruyucu düzenlemelerdendir (TMK m. 229)²⁹⁵. Yine eşin paylı mülkiyet konusu malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunması, diğer eşin rızasına bağlanarak (TMK m. 223/2) eşin bu malvarlığı değerleri üzerinde tasfiyede ileri sürebileceği talep hakkının etkisiz kılınması önlenmiş olur.

1.2.2. PAYLI MÜLKİYET KONUSU MALDA DİĞER EŞİN RIZASI

1.2.2.1. *Paylı Mülkiyet Konusu Mallar*

Aynî haklar içerisinde, malike en geniş yetkiyi sağlayan mülkiyet hakkı, tek kişi mülkiyeti ya da birlikte mülkiyet şeklinde oluşabilir. Tek kişi mülkiyetinin aksine birden fazla kişinin bir mal üzerindeki mülkiyeti olan birlikte mülkiyet, paylı mülkiyet ve elbirliği ile mülkiyetten oluşur.

²⁹⁴ Eşlere evliliğin genel hükümleri kapsamında getirilen sınırlamalar için bkz. Bölüm I, II, A.

²⁹⁵ İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında (BGE 118 II 27-31), eşin malvarlığı değerleri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunmasının tek istisnasının, ZGB Art. 208'de yer alan tasarrufların olabileceğini belirtir. Bkz. **Şıpka/ Demir**, sh. 259.

Evlilik birliği içerisinde ise paylı mülkiyet ilişkisinden bahsedebilmek için öncelikle birden çok kişinin yani eşlerin, pay sahibi olduğu tek bir mülkiyet söz konusu olmalıdır²⁹⁶. Eşler arasında var olan paylı mülkiyet, yetkili idari makamın işlemi, mahkeme kararı ya da kanun gereği kurulmuş olabilir²⁹⁷. Eşlerin her biri, söz konusu tek mülkiyete konu mal üzerinde, belirli oranlarda pay sahibidir. Ancak eşlerin payları belirtilmemişse her bir eş, eşit oranda paya sahip olur (TMK m. 688/2).

1.2.2.2. Eşlerin Paylı Mülkiyet Konusu Maldaki Payı Üzerinde Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf Yetkisi

1.2.2.2.1. Genel Olarak

Paylı mülkiyette her bir paydaş, kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Eş, payını devredilebilir, rehnedilebilir ve eşin payı alacaklılar tarafından haczedilebilir (TMK m. 688/3). TMK m. 688/3 hükmünden anlaşılacağı üzere, eşlerin tek başına malik oldukları edinilmiş ya da kişisel malda, tasarruf edebilmeleri ile paylı mülkiyete konu mal üzerindeki kendi paylarında, serbestçe tasarruf edebilmeleri bakımından bir fark bulunmaz²⁹⁸.

Paydaşlar, kendi aralarında oybirliği ile alacakları bir kararla yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda yasal sınırlar içerisinde kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler. Ancak, paydaşlar aralarında yapacakları anlaşma ile her bir paydaşın sahip olduğu bazı hak ve yetkilerini kaldıramaz veya sınırlandıramazlar (TMK m. 689/1). Ayrıca her bir paydaş olağan yönetim işleri bakımından yetkilidir (TMK m. 690). Olağanüstü yönetim işleri bakımından ise paydaşların oy birliği ile karar alması gerekir (TMK m. 691).

²⁹⁶ Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014, sh. 302.

²⁹⁷ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, sh. 303.

²⁹⁸ Paydaşın, payını maddi kullanımı konu alan irtifak hakları ya da kira sözleşmesi ile sınırlaması mümkün olmamalıdır. Ancak paylı maldan yararlanma şekli bir sözleşme ile belirlenerek her bir paydaşın kullanacağı kısım tayin edilmişse, paydaş kendisine özgülenen yeri kiraya verebilir, görüşü için bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, sh. 306-307.

1.2.2.2.2. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Paylı Mülkiyet Konusu Mal Üzerindeki Payda Tasarruf

1.2.2.2.2.1. Sınırlamanın Kapsamı

Eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejimi içerisinde edinilmiş ve kişisel malvarlığı değerleri üzerinde sahip oldukları yönetim, yararlanma ve tasarruf özgürlüğü, kanun koyucu tarafından kısıtlanmıştır. Öyle ki eşlerden her biri, paylı mülkiyete konu malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunurken, diğer eşin rızasını almak zorundadır (TMK m. 223/2).

Eşin paylı mülkiyete konu mal üzerindeki payına ilişkin tasarruflarını diğer eşin rızasına bağlayan bu hüküm, paydaş eşlerin tasarruf yetkisini sınırlar²⁹⁹. Bu hüküm ile paylı mülkiyette paydaşlardan her birinin payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceğine ilişkin TMK m. 688/3 hükmüne istisna getirilmiştir. Söz konusu sınırlamanın getirilmesi ile mal rejiminin sona ermesi hâlinde eşin, diğer eşe ya da mirasçılara karşı ileri sürebileceği aynî hak talepleri (TMK m. 226/2, m. 240), korunmak istenmiştir.

Eşin, diğer eşin rızası ile tasarrufta bulunabileceği paylı mülkiyete konu mal, kişisel mal grubuna değil edinilmiş mal grubuna ait olmalıdır³⁰⁰. Eş, paylı mülkiyete konu kişisel malı üzerinde, diğer koruyucu hükümler saklı kalmak kaydıyla genel hükümler kapsamında, diğer eşin rızası gerekmeksizin serbestçe tasarrufta bulunabilir.

TMK m. 223/2 hükmü, evliliğin genel hükümlerindeki tasarruf kısıtlamalarından farklı olarak, tüm evlilik birliğine uygulanamaz. Söz konusu hüküm, kanun sistematığına göre yalnızca edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı evlilik birliklerini kapsar. Öte yandan TMK m. 223/2 hükmünün konusunu, eşin paydaş olduğu tüm paylı mülkiyet ilişkileri değil, yalnızca eşlerin paydaş olarak bulunduğu paylı mülkiyet ilişkileri oluşturur³⁰¹. Eşlerden biri ile üçüncü kişinin paydaş olduğu paylı mülkiyet ilişkisine ise TMK m. 688 vd. maddeleri uygulanmalıdır. Aksi durum, eşlerin edinilmiş ve kişisel malları üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunmaları esasını getiren TMK m. 223/1'in amacı ile uyumsuz.

²⁹⁹ **Barlas**, sh. 138.

³⁰⁰ **Sarı**, sh. 67; **Gümüş**, sh. 280.

³⁰¹ **Gümüş**, sh. 280; **Barlas**, sh. 141; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 211. Aksi yönde bkz. **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 358-359.

Bir eşin paylı mülkiyete konu payı ile ilgili her türlü tasarruf işlemi diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Böylece eşin payının devri, rehnedilmesi, bağışlanması, üçüncü kişi lehine alım hakkı tanınması durumunda, diğer eşin rızası aranır. Ancak cebri icraya ya da kamulaştırmaya konu olması hâlinde diğer eşin rızası aranmaz³⁰². Öte yandan söz konusu sınırlama, yalnızca tasarruf işlemlerine ilişkin olup paylı mülkiyete konu pay üzerindeki yönetim ve yararlanma yetkisi, genel hükümler kapsamında değerlendirilir.

Eşlerden birinin, paylı mülkiyete konu mal üzerinde sınırlı aynî hak sahibi olması hâlinde, TMK m. 223/2 hükmü ile getirilen sınırlama uygulama bulmaz. Eş, sınırlı aynî hakka sahip olduğu payı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ancak istisnaî olarak, tapu sicilinde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilecek sürekli ve bağımsız bir irtifak hakkına, eşlerin birlikte sahip olması durumunda TMK m. 223/2 hükmü uygulanmalıdır³⁰³.

1.2.2.2.2. Diğer Eşin Rıza Göstermemesinin Sonuçları

Eşin, paylı mülkiyete konu malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için diğer eş rıza gösterecektir. Eşin, ehliyetsiz veya kısıtlı olması durumunda ise hakkın, vasi tarafından kullanılması ve mümkünse hak sahibi kısıtlı eşin görüşünü de alması gerekir³⁰⁴. Belirtmek gerekir ki, küçük evlenmekle ergin olup (TMK m. 11/2) yasal temsilcisinin izin ya da onayını alması gerekmeksizin, diğer eşin tasarrufuna rıza gösterebilir. Eş, söz konusu tasarrufa rıza gösterebileceği gibi rıza göstermekten de kaçınabilir. Ancak eş, rıza göstermeye zorlanamaz. Bu konudaki takdir eşte olmakla birlikte, sınırını da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur³⁰⁵.

Eşin göstereceği rıza, herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle eşin, söz konusu tasarrufa yazılı ya da sözlü rıza göstermesi mümkündür. Öte yandan, eşin rıza göstermekten kaçınması durumunda, bu kaçınmanın mutlaka haklı bir sebebe dayanma zorunluluğu yoktur. Ancak tasarruf işleminin yapılması için gereken rızanın haklı sebep olmaksızın verilmemesi, mal ayrılığına geçiş için haklı sebep teşkil edebilir (TMK m.

³⁰² **Şipka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 107; **Sarı**, sh. 67; **Gümüş**, sh. 280. Aynı sonuç ölüme bağlı tasarruflar içinde geçerli olup söz konusu tasarrufun geçerliliği diğer eşin rıza göstermesi şartına bağlı değildir görüşü için bkz. **Gümüş**, sh. 280; **Barlas**, sh. 139.

³⁰³ **Sarı**, sh. 66.

³⁰⁴ **Yağcıoğlu**, sh. 54-55.

³⁰⁵ **Barlas**, sh. 139; **Sarı**, sh. 70.

206)³⁰⁶. Hâkim, somut olay kapsamında, eşin paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerindeki tasarruf işlemine diğer eşin rıza vermemesini, mal ayrılığına geçiş için haklı neden olarak değerlendirecektir. Bu bağlamda eşin, gerçekleştirilmek istenen tasarruf işlemine herhangi bir sebep göstermeksizin sürekli kaçınması, haklı sebep teşkil edebilir³⁰⁷. Aynı mala paylı malik olan eşler, eşin payı üzerinde tasarrufu konusunda anlaşamamışlarsa, her bir eş, TMK m. 698 kapsamında paylaşmayı istemeye yetkilidir³⁰⁸.

Diğer eşin izni alınmaksızın yapılan tasarruf işlemleri askıda geçersizdir. Diğer eş, bu işleme TBK m. 46 hükmü uyarınca kendisine tanınan uygun süre içerisinde onay vermezse, işlem baştan itibaren geçersiz olur³⁰⁹.

Eş ile işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyeti ise korunmaz. Ancak adına yolsuz tescil yapılan bu kişiden malı iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyeti, TMK'nin genel hükümleri (TMK m. 1023 ve m. 1025/2) kapsamında korunmalıdır³¹⁰.

1.2.3. EŞLERİN PAYLI MÜLKİYET KONUSU PAYA İLİŞKİN TASARRUF SINIRLAMASINI KALDIRMALARI

Eşin, paylı mülkiyete konu mallar üzerindeki tasarrufunu diğer eşin rızasına bağlayan TMK m. 223/2 hükmü emredici değildir. Bu nedenle eşler, aralarında yapacakları bir sözleşme ile paylı mülkiyete konu maldaki paya ilişkin tasarrufların, diğer eşin rızası alınmaksızın yapılabileceğini düzenleyebilirler. Ancak eşlerin yapacakları sözleşme ile

³⁰⁶ Doktrinde eşin haklı sebebe dayanmaksızın diğer eşin payına ilişkin tasarruflara rıza vermemesinin, TMK m. 206/2 b. 3 kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Şıpka**, sh. 135. Ancak TMK m. 206/2 b. 3 hükmü, yalnızca mal ortaklığı rejiminde eşin, ortaklık malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızanın haklı bir sebep olmaksızın verilmemesini, mal ayrılığı rejimine geçiş için bir neden olarak düzenlemiştir. Bu nedenle kanaatimizce, edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşin paylı mülkiyet konusu malvarlığı değeri üzerinde gerçekleştirilecek tasarruf işlemine, diğer eşin haklı sebep olmaksızın rıza göstermekten kaçınması mal ayrılığına geçiş için haklı sebep olsa da TMK m. 206/2 b. 3 kapsamına girmez.

³⁰⁷ **Sarı**, sh. 71. Ayrıca eşin, haklı sebep olmaksızın diğer eşe payı üzerinde tasarrufta bulunması için izin vermekten kaçınması hâlinde, TMK m. 194/2'nin kıyasen uygulanarak hâkimin müdahalesini isteyebileceği yönünde bkz. **Gümüş**, sh. 279.

³⁰⁸ Paylı mülkiyette paylaşırma isteme hakkı, pay sahipliğine bağlı yenilik doğuran bir haktır ve paylı mülkiyetin paylaşma yoluyla sona erdirilmesinin istenmesinde, diğer eşin rızası gerekli değildir yönünde **Sarı**, sh. 68.

³⁰⁹ **Şıpka**, Diğer Eşin Rızası, sh. 107; **Şıpka**, sh. 137; **Barlas**, sh. 139. Buradaki geçersizlik kesin hükümsüzlüktür görüşü için bkz. **Sarı**, sh. 71. Butlan benzeri sui generis geçersizliktir görüşü için bkz. **Gümüş**, sh. 281.

³¹⁰ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 212; **Sarı**, sh. 75-76; **Gümüş**, sh. 281. Üçüncü kişinin, TMK'nin 988 ve 1023. maddeleri bağlamında iyiniyet savunmasında bulunamayacağı ve söz konusu tasarrufun her durumda geçersiz olacağı görüşü için bkz. **Anıl/ Taner**, sh. 116.

eşin malvarlığı üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkilerini sınırlandırması mümkün değildir³¹¹. Aksi bir davranış kişilik hakkına aykırılık teşkil eder³¹².

Eşin paylı mülkiyete konu mal üzerindeki tasarruf kısıtlaması, paydaş olan her iki eş için de geçerlidir. Ancak eşler, yapacakları sözleşme ile söz konusu tasarruf kısıtlamasını, her iki eş yönünden kaldırabilecekleri gibi yalnızca bir eş için kaldırılmasına da karar verebilirler.

Eşler, eşin payına ilişkin belirli bir tasarruf işleminin veya genel olarak bütün tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızası gerekmeksizin yapılacağını kararlaştırabilirler. Öte yandan, belirli kişilerle diğer eşin rızası olmaksızın tasarruf işlemi yapılacağı kararlaştırılabilir³¹³. Bu bağlamda, eşler arasındaki sözleşmenin içeriğine göre eşin, payı üzerinde rehin hakkı kurması, diğer eşin rızasını alma zorunluğunu gerektirmezken payın devri için eşinin rızasını almak zorunda olabilir. Ancak bu hâlde, eşlerin hangi tasarruflarının, diğer eşin rızasını gerektirmediğini açıkça belirtmeleri gerekir.

Doktrinde eşlerin söz konusu tasarruf yetkisi sınırlamasını kaldıran anlaşmayı, yalnızca anlaşmanın yapıldığı anda var olan paylı mülkiyet ilişkileri için yapabilecekleri ileri sürülmektedir³¹⁴. Bu bakımdan eşler, tasarruf yetkisi sınırlamasının, anlaşmanın yapıldığı anda mevcut bütün paylı mülkiyet ilişkilerini ya da belirli bir paylı mülkiyet ilişkisini kapsayacağını kararlaştırabilirler. Ancak gelecekte eşler arasında kurulması planlanan paylı mülkiyet ilişkisini kapsayacağı kararlaştırılmaz.

Öte yandan, tasarruf yetkisi sınırlamasını kaldıran anlaşmanın, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi yürürlükteyken yapılmış olması gerekli değildir³¹⁵. Eşlerin paylı mülkiyetin kurulduğu, ancak edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlükte olmadığı dönem içerisinde yapmış oldukları söz konusu anlaşmalar, geçerlidir.

Eşin, paylı mülkiyet konusu payı üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın serbestçe tasarrufta bulunabileceğine ilişkin anlaşmalar, süre ile sınırlanabilir. Şöyle ki: Eşler, paylı mülkiyet konusu mal üzerindeki tasarrufların, süre belirlenmeksizin paylı mülkiyet ilişkisi ya da

³¹¹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, sh. 308.

³¹² Şıpka, sh. 127.

³¹³ Sarı, sh. 74.

³¹⁴ Gümüş, sh. 280; Sarı, sh. 74-75.

³¹⁵ Sarı, sh. 75.

paydaşlık son bulana kadar serbestçe yapılabileceğini kararlaştırmalarının yanında 5-10 yıl gibi belirli ya da belirlenebilir bir süre ile de sınırlayabilirler.

Eşlerin üçüncü kişilerin dâhil olduğu paylı mülkiyet ilişkilerinde yapacakları tasarrufların geçerliliğinin, diğer eşin rıza göstermesine bağlı olacağını kararlaştırmaları mümkündür. Ancak bu düzenleme, TMK m. 223/2’de eşlere tanınan aksini kararlaştırma yetkisinin kapsamına girmemelidir. Zira maddede eşlere tanınan aksini kararlaştırma yetkisi, paylı mülkiyete konu mal üzerindeki tasarruf sınırlamasının kaldırılmasına ilişkindir. Oysa burada eşler, serbestçe tasarrufta bulunulan bir pay üzerinde tasarruflarına sınırlama getirir. Söz konusu bu anlaşmanın genel hükümler kapsamında yalnızca eşler arasında geçerli olması mümkündür. Eşlerin yapacağı bu düzenleme iyiniyetli üçüncü kişileri etkilememelidir³¹⁶.

Eşin tasarruf yetkisi sınırlamasını kaldıran anlaşmaların geçerliliği, herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu nedenle, söz konusu anlaşmaların geçerli olabilmesi için, mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmediği gibi yazılı şekilde yapılması da gerekmez. Ancak bu tür anlaşmaların ispat kolaylığı açısından yazılı yapılmasında fayda vardır.

2. EŞLERİN BORÇLARI KONUSUNDA DÜZENLEME YAPMALARI

2.1. GENEL OLARAK EŞLER ARASINDAKİ BORÇLAR

Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdür (TMK m. 185/2). Ayrıca eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar (TMK m. 185/3). Ancak bu destek, TMK m. 186/3’de düzenlenen birliğin giderlerine güçleri oranında katılma yükümlülüğünü aşan maddî katkı edimlerini kapsar³¹⁷. Bu bağlamda eşlerin, TMK m.185/3 kapsamında evlilik birliği içerisinde var olduğu kabul edilen iş bölümü ve dayanışma kapsamında, birbirlerinin ihtiyaçlarının karşılanması için maddî destekte bulunmaları ise olağandır.

³¹⁶ TMK m. 223/2’nin kapsamına girmeyen paydaş eşin, payının devrini kısıtlamaya yönelik anlaşmalar, eşya hukuku hükümleri kapsamında mümkündür. Ancak bu hâlde söz konusu anlaşma, yalnızca eşler arasında geçerli olacak ve üçüncü kişiye ileri sürülemeyecektir yönünde bkz. **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, sh. 308.

³¹⁷ **Gümüş**, sh. 13.

2.1.1. EŞLER ARASINDAKİ BORÇLARIN TAKİBİ

Eşler evlilik birliğini beraberce yönetmekte olup eşin gerek kişisel gerekse de edinilmiş mallarına yönelik ihtiyaçlarının karşılanmasında birbirlerine destek olmaları, evlilik birliği içerisinde kendilerinden beklenir. Eşler, birbirlerine maddî yardımda bulunurken her zaman bağışlama kastı ile hareket etmemekte, birbirleri ile üçüncü kişilerle kurdukları türden sözleşmeler, yapmaktadırlar. Kanun koyucu, söz konusu borçların takibi için TBK'den farklı bir düzenleme getirmemiş ve TMK'de var olan düzenlemeyi değiştirmiştir. Gerçekten de TMK m. 217 ile eMK'nin benimsediği eşlerin evlilik birliği süresince kural olarak, diğer eş hakkında icra takibinde bulunamayacağına ilişkin yasak kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile evlilik birliğine mal rejiminin uygulanıyor olması, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez (TMK m. 217). Eşe, diğer eşten olan alacağını takip ve talep etme hakkı tanıyan hüküm, tüm mal rejimlerinde uygulanmalıdır. Bu hâlde evlilik birliğine hangi mal rejiminin uygulandığına bakılmaksızın eşler, muaccel alacakları için evlilik birliği içerisinde birbirlerine karşı zamanaşımı süresi içerisinde talepte bulunabilirler.

Alacaklı ve borçlu arasında evlilik birliği olması ise işlemeye başlayan zamanaşımı süresini durduran bir sebep olarak düzenlenmiştir (TBK m. 153/1 b. 3). Öyle ki evlilik birliği, zamanaşımı süresinin başlamasından önce mevcutsa zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz. Ancak aralarında borç ilişkisi bulunan alacaklı ve borçlu, alacağın muaccel olmasından sonra evlenirlerse söz konusu alacak için işlemeye başlayan zamanaşımı süresi durur. Evlilik birliğinin sona ermesi³¹⁸ ile zamanaşımı süresi işlemeye başlar (TBK m. 153/2). Sonuç olarak, evlilik birliği, her ne kadar eşler arasındaki borçların muacceliyetini engellemeyecekse de, zamanaşımını durduracaktır.

2.2.2. EŞLER ARASINDAKİ BORÇLARIN ERTELENMESİ

Bir borcun yerine getirilmesi borçlu eş, evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa borçlu eş, ödeme için süre isteyebilir. Durum ve koşullar gerektiriyorsa hâkim, istemde bulunan eş güvence göstermekle yükümlü tutar (TMK m. 217).

³¹⁸ Eşler arasındaki alacak için zamanaşımı süresinin durması, yalnızca evlilik birliği bulunmasına bağlı olup eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesi ile duran zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlamaz.

Borçlu eşin, talep hakkını kullanabilmesi için kanunda belirtilen bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Şöyle ki: Öncelikle borç muaccel olmalı ve borcun yerine getirilmesi, borçlu eşi güçlüğü sokmalıdır. Ancak maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere eşin, borcunu ödemekle düşeceği güçlük, evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli bir güçlük olmalı ve ailenin ekonomik durumunu sarsmalıdır³¹⁹. Öte yandan, söz konusu güçlük, parasal olmak zorunda değildir³²⁰.

Hangi güçlüğün evlilik birliğini tehlikeye düşüreceğine ise aile mahkemesi hâkimi karar verir. Aile mahkemesi bu değerlendirmeyi yaparken tarafların ekonomik durumlarını, sosyal statülerini, evlilik sürelerini, sağlık koşullarını ve ortak çocukların yaşları, ihtiyaçları ve diğer koşulları değerlendirerek bir karar vermelidir³²¹.

Borçlu eş, ödemenin ertelenmesi için talepte bulunmuş olmalıdır. Borcun ertelenmesi talebini haklı bulan hâkim, eşin talep ettiği süreyi verebileceği gibi, erteleme süresini re'sen de belirleyebilir. Ayrıca ödeme için verilen süre, değişen koşullara göre kaldırılabilmesi gibi kısaltılabilir ya da uzatılabilir de³²². Borçlu eşe, borcunu ödemesi için verilen süre, evlilik birliğinin sona ermesi ile kendiliğinden kalkar³²³. Zira artık eşler arasında korunması gereken bir evlilik birliği mevcut olmayıp TBK m. 153/1 b. 3 kapsamında zamanaşımını durduran sebep, ortadan kalktığı için zamanaşımı süresi de işlemeye başlar.

Erteleme ile kural olarak erteleme isteyen eşin ediminin ifası ertelenmiş olur. Buna karşılık işlem tarafı diğer eşin karşı edimini etkilemez³²⁴. Aynı şekilde erteleme kural olarak, salt eşler arasında olup borçtan müteselsilen sorumlu olan üçüncü kişilerin sorumluluğunu, etkilememektedir. Ancak kefilin edimi, asıl borç muaccel olduğunda kendisinden istenebileceğinden, alacak muaccel olmadan kefilin borcunu yerine getirmesi istenemez³²⁵.

³¹⁹ Şıpka, sh. 55; Gümüş, sh. 249.

³²⁰ Gençcan, sh. 189.

³²¹ Gençcan, sh. 189.

³²² Gençcan, sh. 189.

³²³ Gümüş, sh. 250. Olağanüstü mal rejimine geçiş ile de erteleme kendiliğinden sona erer, görüşü için bkz. Gümüş, sh. 250. Ancak tüm mal rejimlerine uygulanır nitelikte olan TMK m. 217'e dayanarak verilen, eşin diğer eşten olan alacağının ertelenmesi hükmünün, olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığı rejiminde neden uygulanmadığını anlamak güçtür.

³²⁴ Gümüş, sh. 250.

³²⁵ Gümüş, sh. 250.

Borçlu eşe borcunu ödemesi için süre veren hâkim, durum ve koşullar gerektiriyorsa, istemde bulunan eşi, güvence göstermekle yükümlü tutmaya yetkilidir. Yalnız güvence istenebileceği belirtilmiş olmakla birlikte, güvencenin türü hakkında TMK m. 217/2³²⁶'de bir belirleme yapılmamıştır. Borçlu eşin, kefalet, rehin vb. gibi güvenceleri hâkimin takdir yetkisi kapsamında göstermesi mümkündür.

2.2. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ KAPSAMINDA EŞLERİN BORÇLARI KONUSUNDA YAPABİLECEKLERİ DÜZENLEMELER

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında eşler, diğer eşe ait ve zilyetliklerinde bulunan malları, iade etmekle yükümlü olup borçları konusunda da düzenleme yapabilirler (TMK m. 226/3). Eş düzenleme yapma talebini, diğer eşe yönelmelidir. Eşlerin birbirlerinden olan borçlarını düzenleyememeleri hâlinde ise, hâkimden bu konuda talepte bulunmaları mümkün değildir³²⁶.

Eşler, borç ilişkisinin kaynağından, doğuş sebebinden bağımsız olarak her türlü borçlarına ilişkin düzenlemeyi tasfiyede yapabilirler. Bu bakımdan eşlerin borçlarının kaynağının, edinilmiş veya kişisel olmasının önemi bulunmaz³²⁷. Eşler, evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünden, diğer eşin malvarlığını yönetmeden doğan borçlar ile eşin, diğer eşe karşı haksız fiilinden, vekâletsiz iş görmeden ve TBK kapsamında herhangi bir borç ilişkisinden doğan tüm borçları, TMK m. 226/3 kapsamında düzenleyebilirler³²⁸. Aynı zamanda eşlerin üçüncü kişilere karşı olan borçlarını da düzenlemeleri mümkündür³²⁹.

Eşler, TMK m. 226/3 kapsamında yapacakları anlaşma ile borçlarından karşılıklı ya da tek taraflı olarak vazgeçebilir veya alacaklarını erteleyebilirler. Öte yandan, eşlerin borçlarının ödenmesine ilişkin plan yapmaları da mümkündür. Ancak bu hüküm olmasaydı dâhi eşler, aynı düzenlemeleri TBK kapsamında yapabilirlerdi³³⁰. Örneğin eşler birbirlerinden olan borçlarını sona erdiren anlaşmayı, hem TMK m. 226/3 hem de TBK m. 132 kapsamında yapabilirler.

Kanun koyucu, eşlerin edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında karşılıklı borçlarını düzenleyecekleri anlaşma için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Dolayısıyla eşler,

³²⁶ Şıpka, sh. 180.

³²⁷ Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller, sh. 270; Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 218; Şıpka, sh. 179.

³²⁸ Gümüş, sh. 320; Zeytin, sh. 198; Şıpka, sh. 179-180.

³²⁹ Zeytin, sh. 198.

³³⁰ Şıpka, sh. 179.

şekle tâbi olmadan da düzenleme yapabilirler. Hatta eşlerin mahkeme huzurunda sözlü olarak anlaşmaları da mümkündür³³¹. Ancak her ne kadar bir şekil şartı aranmamış olsa da, eşlerin yapmak istedikleri düzenleme, TBK kapsamında bir şekle bağlanmışsa geçerliliği için bu şeklin dikkate alınması gerekir. Yine ispat kolaylığı açısından eşlerin bu anlaşmaları yazılı yapmalarında fayda bulunur.

3. EŞLERİN DEĞER ARTIŞ PAYI ile İLGİLİ DÜZENLEME YAPMALARI

3.1. GENEL OLARAK DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler, birbirlerinden bağımsız malvarlığı değerlerine sahip olup bunlar üzerinde serbestçe tasarruf edebilir, üçüncü kişilerle yaptıkları türden hukukî işlemleri gerçekleştirebilirler. Ancak üçüncü kişilerle gerçekleştirilen işlemlerden farklı olarak, eşler arasında olan hukukî işlemler genel olarak karşılık beklenmeksizin yapılır. Eşlerden birinin diğerine, karşılık beklenmeksizin yapmış olduğu katkı ise kanunda aranan koşulların gerçekleşmesi ile tasfiyede değer artış payı alacağı olarak dikkate alınır (TMK m. 227). Söz konusu bu alacak hakkı, yasal mal rejiminin yanında (TMK m. 227) paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde (TMK m. 249) ve mal ortaklığı rejiminde (TMK m. 274) de düzenlenmiştir³³². Edinilmiş mallara katılma rejiminde ve mal ortaklığı rejiminde değer artış payı alacağı olarak ifade bulan bu alacak paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde katkıdan doğan hak adını alır. Bu hâlde değer artış payı alacağının, katılma alacağından farklı olarak TMK'de yer alan tüm mal rejimlerinden doğacağı söylenebilir³³³.

3.1.1. DEĞER ARTIŞ PAYININ TANIMI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

Değer artış payı alacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı süresince eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına hiç veya uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunması hâlinde, yaptığı katkıdan ve katkısı oranında ortaya çıkan değer artış hissesinden oluşan aile hukukuna özgü bir alacak hakkıdır.

³³¹ Şipka, sh. 179.

³³² Mal ayrılığı rejiminde eşin, diğer eşe ait malvarlığı değerine yapmış olduğu katkı, yargı kararları ile katkıda bulunan eşe ödenir. Bkz. Bölüm III, III, A, 2, a, aa.

³³³ Kılıçoğlu, Ahmet M, Katkı Alacağı - Eşin Gelir Sahibi Olması Bu Alacağa Karine Oluşturur Mu?, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan II, sh. 1255-1277, Ankara, 2014, (Kısaca: Katkı Alacağı), sh. 1273; Kılıçoğlu, Eşlerin Birbirinden Alacakları, sh. 404.

Değer artış payı alacağının temelini oluşturan, eşler arasındaki malvarlığı değerleri geçişi, hukukî niteliği itibarıyla aile hukuku sözleşmesi olarak kabul edilen bir işlemdir³³⁴. Ancak, bu işlemin TBK kapsamındaki işlemlerde karşılığı bulunmaz³³⁵. Eşin bir sözleşme ilişkisi nedeniyle borçlu olduğu edimi yerine getirmemesi hâlinde, değer artış payı alacağı değil, ilgili sözleşme hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin eş, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi diğer eşe devretmiş, diğer eşte aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlenmişse, eşler arasında tüketim ödünç sözleşmesi vardır (TBK m. 386). Ödeme ile yükümlü eşin borcunu yerine getiremediği durumlarda, tüketim ödünç sözleşmesine dayanarak iade talep edilmelidir. Bu hâlde eşin ödünç olarak verdiği şeyin iadesi için yasal mal rejiminin sona ermesini beklenmesine gerek yoktur. TBK m. 392 kapsamında iadeyi talep etmesi yeterlidir.

3.1.2. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ KOŞULLARI

3.1.2.1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Süresi İçerisinde Diğer Eşin Malvarlığı Değerine Yapılmış Bir Katkı Olmalıdır

3.1.2.1.1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Yürürlükte Olmalıdır

Eşin, diğer eşe ait bir malvarlığı değerine yönelik katkısının, TMK m. 227 kapsamında talep edilebilmesi için söz konusu katkının, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı dönemde yapılmış olması gerekir. Bu nedenle eşler arasında evlilik birliğinin kurulmasından önce ya da evlilik birliği kurulmakla birlikte edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmadığı dönem içerisinde yapılan katkılar, değer artış payı alacağı olarak nitelendirilemez. Bu bakımdan evlilik birliği kurulmadan önce nişanlılık döneminde nişanlıların birbirine yapmış olduğu katkılara, niteliğine uygun düştüğü ölçüde nişanlanmaya ilişkin hükümler ya da TBK'nin ilgili hükümleri uygulanmalıdır³³⁶.

³³⁴ Katkı alacağı, sözleşmeden değil, kanundan doğan bir alacak hakkıdır. Eşler arasında alacak hakkına neden olan bir sözleşme varsa katkı alacağı gündeme gelmez yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 23.

³³⁵ Kendisine katkıda bulunulan eş, bu katkı dolayısıyla sebepsiz zenginleşmiş olur. TMK m. 227 ise katkıda bulunan eşe, bu katkısını tasfiyede geri alma imkânı tanıyarak bu sebepsiz zenginleşmeyi önlemektedir yönünde bkz. **Akıntürk/Karaman-Ateş**, sh. 171.

³³⁶ Aynı yönde **Gençcan**, sh. 711; **Kılıçoğlu**, Katkı Alacağı, sh. 1258; **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 5, 9, 34; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 373. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi ve hakim görüş değer artış payı alacağının nişanlılık döneminde yapılan katkılarını da kapsayacağı yönünde bkz. **Zeytin**, Zafer, Değer Artış Payı, Eklenecik Değerler ve Denkleştirme Alacağı, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, sh. 43-60, İstanbul, 17- 18 Kasım 2006, (*Kısaca: Değer Artış Payı*), sh. 49.

Yargıtay TMK'nin yürürlüğü öncesinde evlenmiş olan eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlüğünden önce evlilik birliği içerisinde yapmış oldukları katkıyı, 'katkı payı, katkı tazminatı' olarak isimlendirir. Bu hâlde eşin, diğer eşe katkı yapması ve bu katkının karşılığının ödenmesi konusundaki zımni irade beyanıyla, dayanağı TBK'nin genel hükümleri olan borç ilişkisinin kurulmuş olduğu kabul edilir³³⁷. Belirtmek gerekir ki, TMK yürürlüğe girmeden önce yapılan katkı, sonrasında istense bile TMK m. 227 uyarınca değer artış payı alacağı olarak isimlendirilemez. Bu katkının, katkı payı ya da katkı tazminatı olarak isimlendirilip ödenmesi talep edilebilir.

3.1.2.1.2. Diğer Eşin Malvarlığı Değerine Yapılmış Bir Katkı Olmalıdır

TMK m. 227'de belirtildiği üzere, değer artış payı alacağının talep edilebilmesi için öncelikli olarak eşin, diğer eşin malvarlığına yönelik olarak yaptığı bir katkı mevcut olmalıdır³³⁸. Eşin yapacağı katkı, diğer eşe ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına ilişkin olmalıdır. Eşin diğer eşin malvarlığı değerine yaptığı böylesi bir katkı yoksa eş, değer artış payı alacağı talep edemez³³⁹. Eşin katkıda bulunduğu malvarlığı değerinin, diğer eşin edinilmiş ve kişisel mal grubuna ait olması önemli değildir. Bu bağlamda eş, diğer eşin edinilmiş veya kişisel malına, edinilmiş ya da kişisel mallarından katkıda bulunabilir. Bu katkı, tasfiyede malvarlığı gruplarına özgülenirken önem arz eder. Zira eşin kişisel malından diğer eşin kişisel malına yapılan katkılar, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde aktif veya pasif olarak yer almaz.

Değer artış payı alacağına hak kazandıran katkı, kural olarak eş tarafından diğer eşin malvarlığına yönelik yapılmalıdır. Bununla birlikte bu katkı eş dışında, eşin akrabaları tarafından da yapılabilir. Ancak eşin akrabaları ya da üçüncü kişiler tarafından yapılan katkının, tasfiyede değer artış payı alacağına neden olabilmesi için bu kişilerin eş adına

³³⁷ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 219; **Kılıçoğlu**, Katkı Alacağı, sh. 1255; **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 5; **Gümüş**, sh. 324; **Zeytin**, sh. 139; **Zeytin**, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 152.

³³⁸ Böylesi bir katkıya dayanamayan örneğin kadının kocası tarafından el konulan ziynet eşyası, çeyiz gibi kişisel malın iadesi talepleri, değer artış payı alacağı olarak nitelendirilemez. Bu nedenle edinilmiş mallara katılma rejiminin ve tasfiyenin beklenmesine gerek olmaksızın her zaman evlilik birliği devam ederken veya evlilik birliği sona erdikten sonra dâhi bağımsız bir dava ile ileri sürülebilir yönünde bkz. **Gümüş**, sh. 328-331; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 219; **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 11.

³³⁹ Eşin gelir sahibi olması, değer artış payı alacağı konusunda karine teşkil etmez. Katkısını iddia eden eş ispatlamalıdır yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 1276.

hareket etmeleri gerekir³⁴⁰. Bu hâlde üçüncü kişiler, bağışlama saiki ile hareket etmemeli ve eşin tasfiyede bu katkı nedeniyle değer artış payı alacağı kazanmasını amaçlamalıdır.

Eşin, diğer eşin malvarlığı değerinin edinilmesi, iyileştirilmesi ya da korunması için gerçekleştireceği katkı, para yardımı, alacak tahsisi, borcun üstlenilmesi³⁴¹ ya da iş gücü tahsisi ile gerçekleşebilir³⁴². Bu bakımdan eşin, yazlık ev yaptıran diğer eşin inşaatında gerek karşılık almaksızın çalışması gerekse de evin alımına veya masraflarına ziynet eşyasını bozarak katkı da bulunması hâlinde, değer artış payı alacağı doğar. Ancak iş görme suretiyle katkının varlığından bahsedilebilmesi için eşin söz konusu çalışması, herhangi bir iş görme sözleşmesinin asli edimini oluşturacak yoğunlukta olmalıdır³⁴³. Zira eşin asli edim yükümlülüğünü oluşturmayan küçük katkıları, evlilik birliği içerisinde gerçekleştirmekle yükümlü olduğu yardım kapsamında değerlendirilir. Aksinin kabulü ile yasal mal rejiminin tasfiyesinde katılma alacağı ile telafi edilmeye çalışılan küçük yardımlar, katkıda bulunulan eşten ikinci kez tahsil edilmiş olur.

Eşin, diğer eşin malvarlığı değerlerine yönelik evlilik birliği içerisindeki iş bölümü ve iş birliği nedeniyle³⁴⁴ yaptığı olağan katkılar ve niteliği itibariyle önemsiz addedilebilecek katkılar, değer artış payı alacağı sağlamaz³⁴⁵. Bu bağlamda eşin, diğer eşin evinin bozuk lambalarını değiştirmesi, arabasını bakıma götürmesi veya hayvanların, eşin tarlasındaki ekinlere zarar vermesini önlemesi hâlinde, değer artış payı alacağının talep edilmesi

³⁴⁰ **Kılıçoğlu**, Katkı Alacağı, sh. 1263; **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 11; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 378.

³⁴¹ **Gençcan**, sh. 745; **Özcan**, sh. 270; **Zeytin**, Değer Artış Payı, sh. 44.

³⁴² **Zeytin**, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 158. Çalışmayan ve herhangi bir geliri bulunmayan eşin, diğerinin edindiği bir mala katkıda bulunması ve katkı alacağı (değer artış payı alacağı) talep etmesi mümkün değildir yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 17; Yarg. HGK. 18.06.2008 T., 2008/2-432-444 karar için bkz. **Kırmızı**, sh. 139-143. Çalışmayan ve bir geliri bulunmayan eşin diğer eşe para ile katkıda bulunması mümkün olmasa dâhi kişisel malvarlığı değerini eşe vererek ya da emek ile eşine katkıda bulunmasına engel yoktur. Bu hâlde eş, TMK m. 227'deki diğer şartların gerçekleşmesi ile değer artış alacağına hak kazanmalıdır.

³⁴³ **Sarı**, sh. 269; **Gümüş**, sh. 332-333; **Şıpka**, sh. 187. Malvarlığı değerinin edinilmesine işgücünü tahsis eden eşin bu katkısı, katkı oranının tespitinde bu iş başka bir kişiye yaptırılmış olsa idi ne kadar ödeme yapılacaksa o oranda hesaba katılır, görüşü için bkz. **Özügür**, sh. 53.

³⁴⁴ Evin geçimi ve çocukların bakımı için katkı değer artış payı alacağına neden olmaz yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Eşlerin Birbirinden Alacakları, sh. 405. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK 18.06.2008 T., 2008-2-432 E., 2008/444 K. için bkz. **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 438-440.

³⁴⁵ **Zeytin**, sh. 143; **Zeytin**, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 158-159; **Şıpka**, sh. 195; **Gümüş**, sh. 333; **Gençcan**, sh. 760. Kadının evlilik birliğine gücü oranında yaptığı harcamalar kocaya değil aileye yapıldığından, katkı alacağına neden olmaz yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 12.

mümkün değildir. Yine ev işlerini gören, çocukların bakım ve gözetimini üstlenen eşin, yalnızca bu sebeple diğer eşten değer artış payı alacağı istemesi mümkün değildir.

Doktrinde eşin, diğer eşin malvarlığı edinmesine doğrudan bir katkısı olmamakla birlikte, yapması gereken bir harcamadan tasarruf etmesini sağlamanın, dolaylı katkı olduğu ileri sürülmektedir³⁴⁶. Bu görüşe göre örneğin, çalışan ve gelir sahibi olan kadın eşin, satın aldığı taşınmazın taksitlerini ödemesi ve ev ile çocukların geçiminin tamamen erkek eşe kalması hâlinde, erkek eşin kadın eşe yaptığı dolaylı katkıdan bahsedilir. Zira katkı yapabilecek durumda olan kadın eş, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünden (TMK m. 186/3) kaçınarak taksitlerini ödemektedir. Erkek eş ise evlilik birliği için gerekli tüm harcamaları kendi yaparak, eşine dolaylı da olsa katkıda bulunur. Bu görüş doğrultusunda erkek eş, tasfiyede değer artış payı alacağına hak kazanır. Ancak belirtmek gerekir ki, eşler evlilik birliği giderlerine güçleri oranında katılmakla yükümlüdür (TMK m. 186/3). Bu bakımdan eşlerden birinin, evlilik birliği giderlerine katılmazken diğer eşin katılması ya da diğer eşten daha fazla katılması her durumda TMK m. 227 anlamında katkı sayılmamalıdır. Zira eşler, evlilik birliği giderlerine eşit katılmakla yükümlü olmayıp güçleri oranında katılmalıdırlar³⁴⁷. Kanaatimizce eşin diğer eşin bir malvarlığı değerini edinmesine yapacağı dolaylı katkıdan bahsedilebilmesi için TMK m. 186/3 kapsamında kendisinden beklenen katılım oranını aşan bir katkısı bulunmalıdır. Ayrıca eş, evlilik birliği giderleri için gerçekleştireceği bu katkıyı, diğer eşin bir malvarlığı edinmesine yardımda bulunmak amacıyla yapmalıdır. Yine evlilik birliği giderlerine katılım göstermeyen eş, bu sebeple bir malvarlığı değeri elde edebiliyor olmalıdır. Aksi hâlde eşin, evlilik birliğine ilişkin giderlere olağanüstü katkısı, diğer eşin belirli bir malvarlığı değerine yönelik somut katkı olmadığı için, TMK m. 227 kapsamında değer artış payı alacağına hak kazandırmaz³⁴⁸. Ancak katkıda bulunan eş, bu katkısını geçmiş bir yıl ve gelecek yıllara yönelik olarak TMK m. 196/3 kapsamında talep edebilir.

³⁴⁶ **Kılıçoğlu**, Katılma Alacağı, sh. 1262- 1263; **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 13; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 376-377.

³⁴⁷ ZGB Art. 165'de eşin ailenin geçimine gereğinden fazla miktarda katkıda bulunması hâlinde katkıda bulunan eşin, uygun bir tazminatın ödemesine hak kazanacağı düzenlenmiştir. Türk hukuku bakımından gereğinden fazla katkı yapan eşe, ancak şartları gerçekleştiği takdirde TMK m. 227 kapsamında ödeme yapılmalıdır yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 13, 14.

³⁴⁸ Bir eşin diğer eşin belirli bir malvarlığı değerine yönelik değil de, evlilik birliğine yapmış olduğu olağandışı katkıları, TMK m. 196'a göre olağandışı katkı olarak talep edilmelidir yönünde bkz. **Şıpka**, sh. 188.

TMK m. 227 anlamında değer artış payı alacağına hak kazanılabilmesi için eşin, diğer eşin malvarlığı değerine yönelik katkısı olmalıdır. Aksi takdirde, eşlerden birinin, diğer eşin mal bedelinin tamamını ödediği durumda, katkıdan değil, bağıştan söz etmek gerekir³⁴⁹.

Değer artış payı alacağı sağlayacak katkı türünden ilki, malvarlığı değerinin edinilmesine ilişkindir. Eşin edinmekte olduğu ve diğer eşin katkıda bulunduğu malvarlığı değeri taşınır, taşınmaz, hisse senedi, menkul değer veya şirket payı olabilir. Aynı zamanda konut kredisi ile alınan bir taşınmazın, taksitlerinin ödenmesinde eşin sonradan yaptığı katkı da malın edinilmesine yapılan katkı olarak değerlendirilmelidir³⁵⁰. İntifa, oturma, geçit hakkı gibi mülkiyet dışında bir hakkın kazanılmasına yönelik katkının, değer artış payı alacağı oluşturup oluşturmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, malın edinilmesinin yalnızca mülkiyet hakkının sağlanması ile olmayacağını ileri sürmektedir³⁵¹. Bu görüşe göre malvarlığı değerinin edinilmesi kavramına, kullanım hakkının edinilmesi de girer. Eş, kullanım karşılığında belirli bir bedel ödemiş, diğer eşte bu bedelin ödenmesine katkıda bulunmuşsa değer artış payı alacağı doğmalıdır. Finansal kiralama sözleşmesi ise örnek olarak gösterilmektedir. Eş, bu örnekte finansal kiralama sözleşmesi ile söz konusu malvarlığı değerinin öncelikle kullanım hakkını sonrasında ise mülkiyetini elde eder. Ancak eşe kullanım hakkı sağlayan tüm sözleşme edimlerine yapılan katkılar, değer artış payı alacağına neden olmamalıdır. Örneğin eşin kullanım hakkını kira sözleşmesi ile elde ettiği bir malvarlığı değeri için diğer eş tarafından yapılan katkılar, değer artış payı alacağına hak kazandırmamalıdır. Eşin yapmış olduğu bu katkılar ise TBK'nin genel hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir. Diğer bir görüş ise, TMK m. 227 hükmünün lafzından yola çıkarak hüküm doğrudan bir malın edinmesinden bahsettiği için mülkiyet hakkı dışında bir hakkın edinilmesine katkının, değer artış payı alacağına hak kazandırmayacağını söylemektedir³⁵². Ancak bu görüşe göre tapu kaydında ayrı sahife açılan ve taşınmaz niteliğinde olup başkasına devredilebilen hakların edinilmesine eşin yaptığı katkı, değer artış payı alacağı olarak talep edilebilir. Malın ivazlı bir işlem ile edinilmesi hâlinde, ivazın ödenmesi için yapılan katkı ve masraflar, vergi, harç ödemeleri

³⁴⁹ Anıl/ Taner, sh. 141.

³⁵⁰ Zeytin, Değer Artış Payı, sh. 44. Kredi ile ev alınması durumunda kredi ve faiz ödemelerinin katkı payı olarak değil, evlilik birliğinin genel hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Şeker, sh. 57.

³⁵¹ Kılıçoğlu, Katkı Alacağı, sh. 1264; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 15.

³⁵² Şıpka, sh. 190.

bu kapsamda malın edinilmesine yapılan katkı olarak değerlendirilir³⁵³. Öyle ki, diğer eşin, araba alması örneğinde noter masraflarını karşılayan veya kasko bedelini ödeyen eş, tasfiyede değer artış payı alacağına hak kazanır.

İyileştirme ile mala yapılan katkıdan bahsedebilmemiz için, eşin malvarlığı değerine yaptığı katkı sonrası malın değerinde bir artış olması gerekir. Eşin, diğer eşe ait evin dış cephe yalıtımının yapılmasına ve boyanmasına katkı sağlaması gibi yardımlar, malvarlığının iyileştirilmesi için yapılan katkılardır.

Eşin diğer eşe ait bir malvarlığı değerinin, zarar görmesini önlemek ya da azalan değeri tekrar arttırmak için yapılan harcamalar malvarlığı değerinin korunması için yapılan harcamadır. Eşin ziynet eşyasını bozdurarak akan çatıyı yaptırması veya yıkılmak üzere olan duvarını tamir ettirmesi eşe ait malvarlığı değerlerinin korunmasına örnek teşkil edebilir. Eşin diğer eşin malvarlığı değerlerinin vergi veya sigorta prim borcunu ödemesini, güvenlik görevlisinin maaşının ödenmesi veya malvarlığı üzerindeki haczin kaldırılması için yaptığı harcamalar, değer artış payı alacağına hak kazandırır³⁵⁴. Hak sahipliğinin korunması için yapılan masraflar da bu kapsama girer³⁵⁵.

3.1.2.2. Katkıda Bulunan Eş Bir Karşılık Almamış Olmalıdır

Eşin, diğer eşe ait malvarlığı unsurunun edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yaptığı katkı karşılığında tasfiyede değer artış payı alacağına hak kazanılabilmesi, eşin söz konusu bu katkıyı, hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın gerçekleştirmesine bağlıdır. Eşin, diğer eşin malvarlığı değerine yapmış olduğu katkıya karşılık menfaat elde ettiği durumlarda, değer artış payı alacağı söz konusu olamaz. Bu bağlamda eşin katkı yaptığı malı kullanıyor olması, katkısı karşılığında uygun bir karşılık olarak nitelendirilemez³⁵⁶. Eşin, diğer eşe ait olup kendisinin alınması için gerekli olan tüm masraflarını karşıladığı yazlık evde tatil yapıyor olması da katkısı karşılığında aldığı uygun bir karşılık olarak nitelendirilemez.

Eşin, diğer eşin malvarlığı değerine yaptığı katkı nedeniyle almış olduğu karşılık malvarlığı değeri olabileceği gibi bir iş gücü çalışması da olabilir. Eşin, araba almasına

³⁵³ Öztan, sh. 270; Dural/ Ögüz/ Gümüş, (2005 basım), sh. 357.

³⁵⁴ Kılıçoğlu, Katkı Alacağı, sh. 1264; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 15.

³⁵⁵ Sarı, sh. 268; Şipka, sh. 194.

³⁵⁶ Sarı, sh. 271.

maddî olarak yardım eden diğer eşe, evinin ısıtma sistemini değiştirerek karşılıklı bulunması mümkündür. Ancak eşin aldığı karşılık, mutlaka yaptığı katkı nedeniyle olmalıdır.

3.1.2.3. Katkı Bağışlama Kastı Olmaksızın Yapılmalıdır

Eşin, yaptığı katkılar nedeniyle değer artış payı alacağına hak kazanabilmesi için, eşin söz konusu katkıyı karşılık beklemeksizin; ancak bağışlama kastı olmadan yapmış olması gerekir. Eşin, diğer eşe kazandırmada bulunurken, bağışlama amacıyla yapıp yapılmadığının tespitinde ise eşin yaptığı katkı ile ulaşmak istediği amaca, hukukî sebebe bakmak gerekir.

Değer artış payı alacağı ile bağışlama aynı maddî olguya yani karşılık beklemeksizin kazandırmaya dayanmaktadır. Ancak değer artış payı alacağının doğması için eşlerden birinin, diğer eşin malvarlığına katkı yaparken evlilik birliği içerisindeki birlik, beraberlik ve dayanışma düşüncesi ile hareket etmiş olması gerekir³⁵⁷. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararında eşin, taşınmaz alırken, aile ilişkilerini daha sıcak hale getirme, eşi ve çocuklarını onore etmesi amacını bağışlama olarak değerlendirmiştir³⁵⁸.

Hayatın olağan akışı ve evlilik birliğinin getirmiş olduğu yardımlaşma yükümlülüğü düşünüldüğünde eşler, kural olarak karşılık almadan ve bağışlama kastı olmadan hareket etmektedirler. Bu bakımdan değer artış payı alacağının ortadan kalkması için bağışlama kastının açık olması gerekir³⁵⁹. Ayrıca söz konusu kazandırmaların bağışlama kastı ile yapıldığı iddia ediliyorsa TMK m. 222 kapsamında iddia eden eş iddiasını ispatlamalıdır.

3.1.2.4. Değer Artışı Olmalıdır

Eşin tasfiye esnasında diğer eşe yaptığı katkı nedeniyle değer artış payı alacağı doğabilmesi için katkıda bulunulan malvarlığı değerinde kural olarak, bir değer artışı

³⁵⁷ Sarı, sh. 273.

³⁵⁸ Yarg. 8. HD. 26.02.2013 T., 2012/12289 E., 2013/2294 K. için bkz. Kırmızı, sh. 683-685.

³⁵⁹ Şipka, sh. 198; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 19. Evlilik birliğini kurtarmak ve eşin gönlünü almak amacıyla eşe alınmış olan taşınmaz bağışlama niteliğindedir yönünde bkz. Yarg. 8. HD. 21.01.2013 T., 2012/5186 E., 2013/433 K. için bkz. Kırmızı, sh. 686-687.

olmalıdır (TMK m. 227). Değer artışının tespitinde ise malvarlığının tasfiyesi ânındaki sürüm değeri dikkate alınır³⁶⁰.

Hâkim görüşüne göre katkıda bulunulan malvarlığında gerçekleşen değer artışı, piyasalardaki arz ve talep dengesine göre ortaya çıkan konjonktürel değer artışı olmalıdır³⁶¹. Katkıda bulunulan malın değerindeki artış, olağan yönetim faaliyetlerini aşan çalışmanın karşılığında ortaya çıkan endüstriyel değer artışı ise bu hâlde diğer eşin değer artış payı alacağı doğmaz³⁶². Zira TMK m. 219/2 b. 1 hükmü gereğince eşin çalışması karşılığı elde ettiği gelir edinilmiş mallara dâhil edilmelidir. Ancak endüstriyel değer artışı, eş yerine üçüncü bir kişinin çalışması karşılığı ortaya çıkmışsa, bu durumda söz konusu değer artışı, değer artış payı alacağının hesaplanmasında dikkate alınmalıdır³⁶³.

Katkı yapılan malda tasfiye sırasında bir değer kaybı söz konusu olur ise eş, yapmış olduğu katkının başlangıçtaki değerine eşit, bir değer artış payı alacağı elde eder. Kanun koyucu getirdiği bu düzenleme ile eşin, söz konusu malvarlığı değerine başlangıçta yaptığı katkıyı değer artış payı olarak garanti eder³⁶⁴. Nominal değer garantisinin benimsenmesi ile eşin katkıda bulunulan malvarlığı değerindeki artışa katılmasına imkân tanınmasına karşın, malvarlığı değerindeki azalışa katılması istenmez. Yine eşin katkıda bulunduğu malvarlığının değeri sabit kalmış, değişikliğe uğramamışsa bu hâlde katkıda bulunan eşe katkısı miktarınca değer artış payı alacağı ödenir.

3.1.2.5. Mal Rejimi Sona Ermeli ve Tasfiye Talep Edilmelidir

Eşlerden birinin, diğer eşe ait malvarlığı değerine yönelik katkısı nedeniyle hak kazandığı değer artış payı alacağı, ancak mal rejiminin sona ermesi hâlinde tasfiye sırasında istenebilir (TMK m. 227). Değer artış payı alacağını talep edebilmek için edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi yeterli olmayıp ayrıca tasfiyesi de istenmelidir. Katkı

³⁶⁰ TMK'nin yürürlüğü öncesinde yapılan katkılar için ise malvarlığının, 31.12.2012 tarihindeki değeri ile tasfiyede dikkate alınması gerekir yönünde bkz. **Zeytin**, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 152.

³⁶¹ **Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller**, sh. 250; **Gençcan**, sh. 778; **Demir**, Mehmet, Türk Medenî Kanunu'na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı, Sa. 61, TBB Dergisi, 2005, sh. 297; **Öztaş**, sh. 271; **Kırmızı**, sh. 129.

³⁶² Aksi yönde görüş için bkz. **Zeytin**, Değer Artış Payı, sh. 56. Bu görüşün kabulü ile endüstriyel değer artışına uğramış malvarlığı değeri üzerinden katkıda bulunan eşe, hem değer artış payı alacağı hem de katılma alacağı sağlanmış olur eleştirisi için bkz. **Acabey**, sh. 56.

³⁶³ **Zeytin**, sh. 145; **Gençcan**, sh. 778.

³⁶⁴ **Zeytin**, sh. 146. Ancak katkı payı alacağı için nominal değer garantisi bulunmamaktadır yönündeki görüş ve örnek hesaplama için bkz. **Zeytin**, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 164.

tazminatının talep edilebilmesi içinse yalnızca mal ayrılığı rejiminin sona ermesi yeterlidir³⁶⁵. Katkıda bulunulan malvarlığı değeri, mal rejiminin devamı sırasında elden çıkarılmış olsa dâhi, değer artış payı alacağı ancak tasfiyede talep edilebilir³⁶⁶.

3.1.3. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ HESAPLANMASI

TMK m. 227 kapsamında değer artış payı alacağı hesaplanırken eşin, katkıda bulunduğu ve diğer eşe ait malvarlığı değerinin, tasfiye ânında malvarlığında bulunup bulunmadığı önem arz eder. Şöyle ki: Katkıda bulunulan malvarlığı değeri, tasfiye sırasında eşin malvarlığında bulunuyor ve bir değer artışı söz konusu ise diğer eşe ödenecek olan değer artış payı alacağı TMK m. 227/1'e göre belirlenmelidir. Bu hâlde, eşe ödenecek değer artış payı alacağı, diğer eşin bir malı edinmesi, iyileştirmesi veya korunması için yapmış olduğu katkı ve bu katkı oranında tasfiye tarihinde ortaya çıkan değer artış miktarının toplamından oluşur.

Malvarlığında bulunan belirli bir malın edinilmesine, farklı zamanlarda birden fazla katkı yapılmış ise, değer artış payı alacağının hesaplanmasında kural olarak, her yeni katkı için ayrı bir hesaplamanın yapılması gerekir³⁶⁷. Öte yandan, hesaplamada son katkıdan itibaren ortaya çıkan değer artışının paylaşılması ve bu değer artışını, diğer katkılarla birlikte eşlerin değer artışına katılma oranlarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir³⁶⁸.

Tek bir amaçla yapılan katkının zamana yayıldığı hâllerde ise değer artış payı alacağı, gerçekleştirilen tüm katkıların ortalamasının, malın tasfiye ânındaki değerine oranlanarak hesaplanmalıdır³⁶⁹. Bu durumda farklı zamanlarda yapılan katkılar nedeniyle hak kazanılan değer artış payı alacağının hesaplanmasından farklı olarak, irat şeklinde yapılan katkılarda

³⁶⁵ **Gümüş**, sh. 324. Aksi yönde 'katkı alacağının talep edilebilmesi için mal rejiminin tasfiye edilmesi yani evliliğin son bulması gerekir' görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 35.

³⁶⁶ Değer artış payı alacağının talebi konusunda bkz. Bölüm III, III, A, 4.

³⁶⁷ İkinci katkının başlangıç değerini, birinci katkı nedeniyle doğan değer artış payı alacağı ve ilk katkı miktarı oluşturur. Toplam katkı ise en son katkı nedeniyle doğan değer artış payı alacağına eşittir. Örnek için bkz. **Zeytin**, sh. 152.

³⁶⁸ **Zeytin**, sh. 151. Ayrıca örnekler için bkz. sh. 151-152. **Öztaş**, sh. 273.

³⁶⁹ **Gençcan**, sh. 883; **Zeytin**, sh. 153.

katkının zamana yayılmış olması göz ardı edilmiş ve tek bir hesaplama yapılması benimsenmiştir³⁷⁰.

Katkıda bulunulan malvarlığı değeri, eşin malvarlığında bulunuyor; ancak bir değer artışı yok ya da değer azalması söz konusu ise; katkıda bulunan eşe, malvarlığının edinilmesi, iyileştirilmesi ve korunması için başlangıçta yapmış olduğu katkı miktarı verilir. Böylelikle eş, değer azalmasına ortak edilmez (TMK m. 227).

Eş, diğer eşin birden fazla malının edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına katkıda bulunmuş ise, değer artış payının hesabında her bir katkı ayrı ayrı değerlendirilir ve farklı değer artış payı alacakları ortaya çıkarsa, farklı hesaplama yapılır. Ancak farklı malvarlığı değerlerine katkıda bulunan eşe, bu katkıları dolayısıyla ödenecek olan değer artış payı alacağına, her bir katkı için söz konusu olan değer azalış ve artışlarının bütün hâlinde dikkate alınarak hesaplanacak tek bir global nominal değer garantisinin mi yoksa her bir katkı için ayrı ayrı nominal değer garantisinin mi olması gerektiği konusunda farklı görüşler vardır. TMK m. 227'nin karşılığı olan ZGB Art. 206 hükmü değer azalışlarının, değer artışları ile telafi edildiği global hesaplama izni verir³⁷¹. Bu hâlde birden fazla mala katkıda bulunan eşin, bu katkılar dolayısıyla elde edeceği değer artış payı alacakları, değer azalışları da dikkate alınarak hesaplanır ve tüm bu katkılar sonucu tek bir değer artış payı alacağı ortaya çıkar. Global nominal değer garantisi ise kendisini bu toplam değer, eşin yapmış olduğu tüm katkılardan daha az olmasında kendisini gösterir. Şöyle ki: Değer azalışlarının, değer artışları ile telafi edildiği toplam değer artış payı alacağı, yapılan tüm katkı tutarını karşılamıyor ise, katkıda bulunan eşe değer artış payı alacağı olarak bu tutar değil, tüm katkıların toplamı verilir.

Değer artış payı alacağına düzenlendiği TMK m. 227 ise eşlerden birinin diğerine ait bir mala katkısından bahseder. Bu hâlde hüküm lafzına göre uygulanırsa eş, katkıda bulunduğu mallardaki değer artışlarını alır. Değer azalışlarına ise katılmayıp yalnızca malvarlığı değerine yapmış olduğu katkı miktarınca değer artış payı alacağına hak kazanır. Doktrinde, hükmün lafzına rağmen yalnızca bir mala yapılan katkılar için değil, birden

³⁷⁰ Yazar vermiş olduğu örnekte eşin yapmış olduğu katkı toplamının (80.000 tl) ortalamasını almış ve değer artışına esas alınacak hisseyi (40.000 tl) bulmuştur. Örnek için bkz. **Zeytin**, sh. 154. Aynı örnek için bkz. **Hausheer**, Art. 206 Nr. 23.

³⁷¹ **Zeytin**, sh. 154- 155; **Sarı**, sh. 278

fazla mala yapılan katkılar için uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir³⁷². Bu görüş doğrultusunda bir malvarlığı değerinde olan azalışlar, diğer malvarlığı değerinde olan artışlarla telafi edilmeli ve toplam değer artış payı alacağının, eksi değere düşmesi hâlinde ise toplam katkı miktarı, eşe ödenmelidir. Böylelikle global nominal değer garantisi sağlanmış olur.

Katkıda bulunulan malvarlığı değerini eş, tasfiye öncesinde elinden çıkarmışsa, katkıda bulunan eşe ödenecek değer artış payı alacağı hakkaniyete göre belirlenmelidir. Hâkim, hakkaniyete göre değerlendirmede bulunurken, eşin bir ivaz karşılığı ya da kötü niyetle elden çıkarıp çıkarmadığını dikkate almalıdır. Katkıda bulunulan malvarlığı değeri, karşılıksız bir şekilde elden çıkarılmış ya da tüketilmişse nominal değer garantisi nedeniyle katkı miktarını değer artış payı alacağı olarak alması mümkündür. Ancak hâkim takdir yetkisini kullanarak, sürüm değerine göre ödenecek miktarı arttırabilir³⁷³. Kötü niyetle elden çıkarma hâlinde ise TMK m. 229/1 b. 2 kıyasen uygulanarak devir ânındaki sürüm değeri üzerinden değer artış payı alacağına karar verilmelidir³⁷⁴.

3.1.4. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ KATILMA ALACAĞINA ETKİSİ

Değer artış payı alacağı, eşlerin katılma alacağının belirlenmesinde önem arz eder. Zira değer artış payı alacağı, bir alacak hakkı niteliğindedir ve her alacak hakkı gibi edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmalıdır. Katkının, hangi malvarlığı kesiminden yapıldığına bağlı olarak, değer artış payı alacağı, katkı yapan eş bakımından o malvarlığı kesiminin aktifine, kendisine katkıda bulunulan eş bakımından ise pasifine yazılır. Bu kapsamda eşin malvarlığından diğer eşin malvarlığına geçen katkı değerleri, değişik ihtimallerle tasfiyede farklı malvarlığı gruplarına özgülenerak katılma alacağını etkiler.

Eş, diğer eşin kişisel malının edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunması için yaptığı katkıyı, kişisel malından karşılamış olabilir. Bu hâlde eşin kişisel mallarından diğer eşin kişisel mallarına yaptığı katkı söz konusu olacaktır. Ancak katılma alacağının hesaplanmasında

³⁷² **Gençcan**, sh. 876-877; **Gümüş**, sh. 354-355; **Öztaş**, sh. 274. TMK m. 227 hükmünün bu ifadesi İsviçre Medenî Kanunu taslağıyla ilişkili bir çeviri hatasından kaynaklanır. Ayrıca global hesaplamamın kabul edilmemesi hâlinde eş, tüm kayıpları tıpkı bir banker gibi diğer eşin üzerine yıkabilir yönünde bkz. **Odendahl**, sh. 481.

³⁷³ **Zeytin**, sh. 146.

³⁷⁴ **Şıpka**, sh. 204.

kişisel mallar tasfiye dışı bırakılacağı için bu değer kayması, artık değer hesabında dikkate alınmaz³⁷⁵. Eşlerden biri, kişisel malı ile diğer eşin edinilmiş malına katkıda bulunmuş ise bu hâlde, eşin değer artış payı alacağı kişisel mal grubunun aktifinde yer alır. Bu nedenle tasfiyede dikkate alınmaz. Edinilmiş malına diğer eş tarafından katkıda bulunulan eş bakımından değer artış payı borcu, söz konusu kazandırma edinilmiş mal grubuna yapıldığı için, edinilmiş mal grubunun pasifinde yer alır ve artık değerini azaltır.

Eşin edinilmiş malından diğer eşin kişisel malına katkıda bulunması hâlinde ise, katkıda bulunan eşin hak kazandığı değer artış payı alacağı, edinilmiş mal grubunun aktifinde yer alır ve artık değerini arttırır. Ancak eşin yaptığı katkı, edinilmiş malından diğer eşin edinilmiş malına yapılmış ise, değer artış payına hak kazanan eş, söz konusu kazandırmayı edinilmiş mallarından karşıladığı için edinilmiş mal grubu, alacak hakkı kazanır. Kendisine kazandırmada bulunulan borçlu eş bakımından ise, değer artış payı borcu, katkı edinilmiş mala yapıldığı için edinilmiş mal grubunun pasifinde yer alır. Ancak belirtmek gerekir ki, eşin edinilmiş malından diğer eşin edinilmiş malına katkıda bulunması ihtimalinde, değer artış payı alacağına hak kazanan eşin, edinilmiş mal grubunun aktifinde veya pasifinde yer alan bu tutarın yarısı üzerinde, diğer eş hak sahibi olur. Bu nedenle de, söz konusu bu katkı ile ortaya çıkan değer artış payı alacağı, artık değeri etkilemez³⁷⁶. Meğerki eşler artık değere katılma oranını mal rejimi sözleşmesi ile değiştirmemiş olsun. Aksi hâlde TMK m. 237/1 kapsamında kanuni katılma oranı olan yarı yarıya katılımdan farklı bir esasın benimsenmesi hâlinde aynı sonuç elde edilemez ve her ne kadar eşlerin edinilmiş mal grupları arasında bir kayma olmuş olsa da artık değere katılma oranı, farklı olduğu için tasfiyede dikkate alınması gerekir.

Değer artış payı alacağının katılma alacağına etkisi ve tasfiyede ileri sürülmesi bakımından farklı görüşler bulunur. Şöyle ki: Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, değer artış payı alacağı, katılma alacağından bağımsız nitelikte bir alacak hakkıdır³⁷⁷. Bu nedenle de artık değer hesabında dikkate alınsın veya alınmasın değer artış payı alacağı, borçlu eşten

³⁷⁵ Eşin bu katkısı, katılma alacağı bağlamında dikkate alınmaz ise de eşin bu katkısı için dava açabileceği yönünde bkz. **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, sh. 222; **Gençcan**, sh. 712.

³⁷⁶ Edinilmiş mallardan diğer eşin edinilmiş malına yapılan katkıların, artık değer hesabında dikkate alınmasına gerek olmadığı yönünde bkz. **Sarı**, sh. 281; **Zeytin**, sh. 165; **Şıpka**, sh. 208; **Acar**, sh. 245; **Hausheer**, Art. 206 Nr. 36. Eşin edinilmiş malından diğer eşin edinilmiş malına yapılan katkının, katılma alacağını etkilememesine rağmen artık değer hesabında yer alması gerektiği yönünde bkz. **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, sh. 223; **Gümüş**, sh. 352.

³⁷⁷ **Gençcan**, sh. 719; **Zeytin**, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 161; **Zevkliler**, Aydın/ **Ertaş**, Şeref/ **Havutçu**, Ayşe/ **Gürpınar**, Damla, Medenî Hukuk- Temel Bilgiler, Ankara, 2013, sh. 274.

tasfiyede talep edilebilmelidir³⁷⁸. Diğer bir görüş ise eşin kişisel mallarından diğer eşin kişisel mallarına yapılan katkıların, tasfiyede dikkate alınmayacağı için bu katkı nedeniyle doğan değer artış payı alacağına bağımsız nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre diğer üç ihtimalde doğan değer artış payı alacağı katılma alacağına hesaplanmasında yer alacağı için ayrıca bir de değer artış payı alacağına varlığından söz edilmemelidir³⁷⁹. Kanaatimizce, değer artış payı alacağı, katılma alacağından bağımsız olarak talep edilebilmelidir. Ancak, katılma alacağı hesaplanırken dikkate alınan değer artış payı alacağına ayrıca talep edilmesi mümkün olmamalı ve bu hâlde, eşin yalnızca kişisel maldan kişisel mala yaptığı katkıları alması sağlanmalıdır.

Eşin, diğer eşin malvarlığına yaptığı katkı, hem kişisel mallardan hem de edinilmiş mallardan karşılanmış olabilir. Bu hâlde, eşin hak kazanacağı değer artış payı alacağı, kişisel ve edinilmiş mallardan yapılan katkı miktarınca oranlanır. Bu orana göre de değer artış payı alacağına edinilmiş ve kişisel mal gruplarına özgülenmesi gerekir. Bu hâlde, değer artış payı alacağı, kısmen kişisel mal kısmen de edinilmiş mal olarak tasfiyede gruplandırılır.

3.2. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI ile İLGİLİ YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER

3.2.1. GENEL OLARAK

Eşlerden birinin, diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunması hâlinde, tasfiyede bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkı tanıyan TMK m. 227/1 hükmü, emredici nitelikte değildir. Eşler, TMK m. 227/3'de belirtildiği üzere, değer artış payı alacağından yazılı bir anlaşma ile tamamen vazgeçebilecekleri gibi, değer artış payı oranını da değiştirebilirler.

Eşlerin, TMK m. 227/1 uyarınca hak kazandıkları değer artış payı alacağından vazgeçme ya da değer artış payı oranını değiştirmeye yönelik anlaşmaları, adi yazılı bir sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Eşlerin bu konuda yapacakları anlaşmalar, süreye tâbi değildir. Şöyle ki: Yazılı anlaşma, evlilik birliği içerisinde edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanırken veya mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanmasına kadar yapılabilir. Tasfiye sonrasında

³⁷⁸ Zeytin, sh. 157.

³⁷⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 221; Gümüş, sh. 353.

değer artış payından vazgeçmeye yönelik düzenlemeler ise sözlü şekilde akdedilecek bir anlaşmayla gerçekleştirilebilir³⁸⁰. Yine eşlerin boşanma davasında düzenledikleri ve hâkim tarafından onaylanan protokolde, değer artış payı oranı belirlenmeleri mümkündür³⁸¹.

Değer artışından pay almaktan vazgeçmeye ya da pay oranını değiştirmeye yönelik anlaşmaların uygulanabilmesi için, edinilmiş mallara katılma rejiminin, TMK m. 225’de sayılan nedenlerden biri ile sona ermesi yeterli olup yasal mal rejiminin hangi nedenle sona erdiğinin bir önemi yoktur. Öte yandan eşler, değer artış payında değişiklik yapmaya yönelik anlaşmaları, belirli sona erme nedenlerine bağlı olarak yapabilirler. Ancak eşler belirlemeyi açık olarak yapmamışlarsa, söz konusu anlaşmalar, tüm sona erme nedenleri için uygulanmalıdır.

Eşlerin değer artış payı alacağı üzerinde değişiklik yaptığı anlaşmalar, katılma alacağı oranını dolaylı olarak etkilese de, artık değere katılmada farklı bir esas getiren anlaşmalardan farklı olarak (TMK m. 237/2), eşlerin ortak olmayan altsoyunun hakları bakımından özel bir sınırlamaya tâbi tutulmaz. Bu nedenle değer artış payında değişiklik getiren bu yazılı anlaşmalar, yalnızca miras hukuku kapsamında tenkise tâbi tutulur (TMK m. 565)³⁸².

Eşlerin değer artış payından vazgeçmelerine ya da pay oranını değiştirmeye yönelik anlaşmaları, bir eşin diğerine olan katkılarını ya da her iki eşin karşılıklı katkılarını kapsayabilir.

Eşin, diğer eşin malvarlığına yapmış olduğu katkı, daha öncede belirtildiği üzere bir malın edinilmesi, iyileştirilme ya da korunması için yapılan katkı olmak üzere üç farklı şekilde gerçekleşebilir. Eşlerin, katkıda bulunan eşin yalnızca bu üç katkı türünden birini gerçekleştirmesi hâlinde değer artış payına hak kazanacağını düzenlenmeleri mümkündür. Bu durumda diğer katkı türleri bakımından eş, değer artış payından vazgeçmiştir.

³⁸⁰ **Gümüş**, sh. 357; **Zeytin**, sh. 146; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 224. Bkz. Bölüm IV, II, D, 2, b.

³⁸¹ **Özğür**, sh. 50. Kapsamlı bilgi için bkz. Bölüm IV, III.

³⁸² **Gençcan**, sh. 884; **Sarı**, sh. 272.

3.2.2. DEĞER ARTIŞ PAYINDAN VAZGEÇİLEBİLİR

Değer artış payı alacağı, eşin diğer eşe yapmış olduğu katkı yani temel alacak ile değer artış payından oluşur³⁸³. TMK m. 227/3'de belirtildiği üzere eşlerin yazılı bir anlaşma ile vazgeçebilecekleri değer, katkıda bulunulan malvarlığı değerinde ortaya çıkan değer artış miktarı ile eşin malvarlığı değerine katılım oranının çarpılmasıyla ortaya çıkan değer artış payıdır. Değer artış payından vazgeçilmesi, değer artış payı alacağının miktarını etkilemekte ve onun azalmasına neden olmaktadır. Ancak bu anlaşma, değer artış payı alacağının sona ermesine neden olmaz. Eşin, değer artış payı alacağından tamamen vazgeçmesi için TBK'ye tâbi ibra sözleşmesi yapması gerekir³⁸⁴.

Eşlerin yapacakları sözleşme ile değer artış payı alacağından vazgeçtikleri açık bir şekilde anlaşılabilir olmalı ve şüpheye yer vermemelidir. Bu kapsamda eşlerin yaptıkları yazılı bir sözleşme ile katkıda bulunan eşin yapmış olduğu katkı karşılığında bir edim talep etmeyeceğini kararlaştırmış olmaları, eşin değer artış payı alacağı almaktan vazgeçtiği anlamına gelmemelidir³⁸⁵. Ancak eşin bu ifadesi, bağışlama niteliği de taşımamalıdır. Aksi hâlde, değer artış payı alacağı doğmaz.

Eş, diğer eşle yapacağı böylesi bir anlaşma ile değer artış payından kısmen veya tamamen vazgeçerse, bu oranda değer artış payı alacağını kaybeder. Değer artış payından vazgeçmeye ilişkin hüküm, eşin diğer eşe ait belirli malvarlığı değerleri için olan somut katkısını kapsamalıdır³⁸⁶. Ancak hâkim görüş eşlerin, genel olarak mal rejimi süresince yapacakları katkıların tamamından vazgeçebileceğini söyler³⁸⁷. Ancak bu vazgeçmenin hangi malvarlığı değerlerini, hangi katkı türünü kapsadığı bilinmemekle birlikte, diğer eşe yapılan katkı tutarı da önceden öngörülemmez. Zira söz konusu bu genel vazgeçme, eşlerin henüz malvarlığında olmayan hatta değer artış payından vazgeçmeye ilişkin yazılı anlaşmanın yapıldığı esnada planlamadıkları katkıları da içerir. Bu da eşlerin, değer artış payından vazgeçmeye ilişkin yaptıkları anlaşmayla planladıklarından çok farklı sonuçlar ortaya çıkmasına neden olur. Ayrıca katılma alacağını etkilemesi nedeniyle, hem eşlerin

³⁸³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 222.

³⁸⁴ Gümüş, sh. 357.

³⁸⁵ Acar, sh. 240; Öztan, sh. 271.

³⁸⁶ Zeytin, sh. 146.

³⁸⁷ Hausheer/ Reusser/ Geiser, Art. 206 Nr. 62; Sarı, sh. 272; Gençcan, sh. 884. Her türlü değer artış payı alacağından önceden vazgeçmeyi konu alan sözleşmelerin geçerliliği somut olayın şartlarında tipe bağlılık ve sınırlı sayıda değişiklik yapabilme ilkeleri kapsamında değerlendirilmelidir. Eğer ki, yapılan feragat, somut olayda mal ayrılığı rejimini doğurmaktaysa geçersiz sayılmalıdır görüşü için bkz. Acar, sh. 257.

hem de değer artış payı alacağı hükümleri ile koruma sağlanmayan, ortak olmayan altsoyun menfaatlerini zedeleyebilir. Bu nedenle eşlerin değer artış payı alacağından genel olarak vazgeçmeleri yerine, basit bir yazılı şekil şartına uyarak somut katkılar için değer artış payı alacağından vazgeçmelerini kabul etmek daha uygun görünür.

3.2.3. DEĞER ARTIŞ PAYI ORANI DEĞİŞTİRİLEBİLİR

Eşler, diğer eşe ait mala katkıda bulunması nedeniyle tasfiyede hak kazanacağı değer artış payı alacağında, katılma payı oranını değiştirebilirler. Söz konusu bu oranı, daha önce bahsedildiği üzere eşin katılma oranı diye bahsedilen, katkı miktarının, katkının yapıldığı andaki malvarlığı değerine yani başlangıç değerine oranıdır.

Tasfiyede öncelikle eşin katkıda bulunduğu malvarlığı değerinin başlangıç değeri ve tasfiye ânındaki sürüm değeri dikkate alınarak eşin katkıda bulunduğu malvarlığı değerindeki değer artış miktarı tespit edilir. Daha sonra eşin yapmış olduğu katkı miktarı ile katkı ânındaki malvarlığı değeri oranlanarak, değer artış payı oranı bulunur. İşte eşler, değer artış payı alacağının belirlenmesinde önemli etken olan katkı oranını, TMK m. 227/3 kapsamında yapacakları anlaşmalar ile değiştirebilirler. Örneğin; eşin, diğer eşe ait evin bakımına yaptığı katkı için $\frac{1}{3}$ olan değer artış payı oranı, $\frac{1}{5}$ ya da $\frac{1}{2}$ olarak değiştirilebilir.

Değer artış payı oranının değiştirilmesine yönelik anlaşmalar, aynı zamanda değer artış payından kısmî vazgeçme sonucunu ortaya çıkarabilir. Şöyle ki: Eşin katkıda bulunduğu malvarlığı değeri üzerindeki değer artış payı oranı $\frac{1}{2}$ iken, yazılı sözleşmede bu oranın $\frac{1}{4}$ olacağı kararlaştırılmışsa, yatırımcı eşin tasfiyede lehine doğacak değer artış payı alacağı yarı yarıya azalmış olur.

3.2.4. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞINI ZAMANINDAN ÖNCE ÖDEMEYE İLİŞKİN EŞLERİN YAPACAKLARI ANLAŞMALAR

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi ve tasfiyenin tamamlanması ile muaccel hâle gelen değer artış payı alacağı, parasal bir miktarı ifade eder. Kural, değer artış payı alacağının tasfiyenin tamamlanması ile ödenmesidir. Öte yandan, eşlerin değer artış payı alacağının ödenmesinin tasfiye öncesinde talep edilip edilemeyeceği TMK'de düzenlenmemiştir.

İsviçre öğretisindeki hâkim görüşe göre, eşler mevcut katkıdan doğan değer artış payı alacağına, tasfiyenin tamamlandığı tarihten önce ödenmesi hususunda anlaşabilirler³⁸⁸. ZGB Art. 206 hükmünde yer alan katkıda bulunulan malvarlığı değerinin, tasfiye öncesinde elden çıkarılması hâlinde değer artış payı alacağına, mal rejimi devam ederken talep edilebileceğine yönelik düzenleme TMK'ye alınmamıştır. Türk hukukunda ise bu düzenlemenin bulunmamasına rağmen, eşlerin anlaşarak değer artış payı alacağına muacceliyet tarihini tasfiye öncesine çekebilecekleri ileri sürülmektedir³⁸⁹. Bu görüşün kabulü ile eşlerin yapacakları sözleşme ile tasfiyenin tamamlanmasını beklemeden, değer artış payı alacağına ödenmesini kararlaştırmaları mümkündür.

4. KATILMA ALACAĞI ve DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ ÖDENMESİNDE FAİZ DÜZENLEMESİ

4.1. GENEL OLARAK

Katılma alacağına ve değer artış payı alacağına talep edilebilmesi için öncelikli olarak yasal mal rejiminin sona ermesi gerekir. Mal rejiminin sona ermesi ile eşler, tasfiyenin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin anlaşma yapabilir, katılma alacağı ve değer artış payı alacağına miktarını belirleyebilirler. Eşlerin anlaşmaya varamaması hâlinde tasfiye, mahkeme tarafından gerçekleştirilir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağına, mahkemeden talep edilmesi için öncelikle TMK m. 214 uyarınca belirlenecek yetkili aile mahkemesinde dava açılmalıdır. Tasfiye davası, eda davası niteliğindedir³⁹⁰. Zira tasfiye davası, bir alacak davası olarak açılmakta ve bu dava sonucunda katılma veya değer artış payı alacağı adı altında bir alacağa hükmedilmektedir.

Tasfiye talebini, eşlerden her biri ileri sürebilir. Ancak mal rejiminin eşin ölümü ile sona ermesi hâlinde ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşe karşı tasfiye davası açabilir. Bu bakımdan katılma alacağına borçlusu eş, ölen eşin mirasçıları veya TMK m. 241 kapsamında kendisine başvuru yapılabilecek üçüncü kişiler olabilir.

³⁸⁸ **Hausheer/ Reusser/ Geiser**, Art. 206 Nr. 54; **Hausheer**, Art. 206 Nr. 39; **Hausheer/ Geiser/ Aebi-Müller**, sh. 259; **Gümüş**, sh. 356.

³⁸⁹ **Gümüş**, sh. 357; **Özğür**, sh. 52; **Dural/ Öğüz/ Gümüş**, sh. 224; **Öztañ**, sh. 280.

³⁹⁰ **Şıpka**, Zamanaşımı, sh. 842; **Sarı**, sh. 108. Federal Almanya Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasına göre de edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi davası eda davası niteliğindedir yönünde bkz. **Şıpka**, Errungenschaftsbeteiligung, sh. 114. Tasfiye davasının, yenilik doğuran dava olduğu yönünde bkz. **Gümüş**, sh. 288.

Tasfiye talebini eşlerden birinin veya mirasçılarının ileri sürmesi hâlinde, tasfiye talebinde bulunmayan taraf bakımından katılma alacağının hesaplanıp hesaplanmayacağı hukukî sorun teşkil eder. Doktrinde ise farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Yargıtay'ın da uygulamada kabul ettiği üzere eşlerden birinin tasfiyeyi talep etmemesi ya da esasa cevap süresi içinde defî olarak tasfiye talebinde bulunmaması hâlinde, talepte bulunmayan eş bakımından tasfiyenin gerçekleşmeyeceğine ilişkindir³⁹¹. Bu görüşün kabulü hâlinde talepte bulunmayan taraf bakımından tasfiye gerçekleşmeyeceği için artık değer belirlenemeyecek ve katılma alacağı da doğmayacaktır. Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmiş ve tek bir talep olsa dâhi tasfiyenin, her iki eş bakımından hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştür³⁹².

Edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye davasının açılması için eşler arasındaki dava boşanma veya iptalle sonuçlanmalıdır. Boşanma veya iptal davası sonuçlanmadan, yasal mal rejiminin tasfiyesine yönelik dava açılması hâlinde ise boşanma veya iptale ilişkin mahkeme kararı beklenmelidir. Mal rejiminin eşlerden birinin ölümü nedeniyle sona ermesi hâlinde ise tasfiye davası özellik arz eder. Öyle ki, terekenin tasfiyesini istemek, mal rejiminin tasfiyesini zorunlu kılar³⁹³. Bu hâlde edinilmiş mallara katılma rejimi tasfiye edildikten sonra murisin terekesi belirlenir³⁹⁴. Ayrıca değer artış payı alacağının, katılma alacağı ile birlikte talep edilmesi zorunlu değildir. Eş, açacağı bağımsız bir dava ile yalnızca değer artış payı alacağını talep edebilir³⁹⁵.

4.2. ZAMANAŞIMI

Türk Medenî Kanunu'nda katılma alacağının zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Buna karşılık doktrinde, TMK m. 178 hükmüne kıyasen katılma alacağının, bir yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğu ileri sürülmektedir³⁹⁶. Ancak TMK m. 178 hükmü, evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden doğan sonuçları düzenler. Ancak söz konusu hüküm yasal mal rejiminin tasfiyesine uygulanmamalıdır. Diğer bir görüşe göre ise TMK

³⁹¹ Özüğür, sh. 70; Şıpka, Errungenschaftsbeteiligung, sh. 114; Zeytin, sh. 237.

³⁹² Dural/ Öğüz/ Gümüş, sh. 23.

³⁹³ Acar, sh. 107; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Gürpınar, sh. 277. Kılıçoğlu, sh. 51; Sonsuzoğlu, sh. 29, 46; Uluç, sh. 530.

³⁹⁴ Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ile terekenin tasfiyesinin birlikte gerçekleştirilemez yönünde bkz. Yarg. 8. HD. 17.12.2013 T., 2013/17871 E., 2013/19233 K. için bkz. Uluç, sh. 536-541.

³⁹⁵ Gençcan, sh. 719; Zeytin, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 161; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Gürpınar, sh. 274. Kapsamlı bilgi için bkz. Bölüm III, III, A, 4.

³⁹⁶ Hatemi/ Oğuztürk-Kalkan, sh. 110.

m. 241 hükmü, katılma alacağı davasında zamanaşımı süresini belirlemek için uygulanmalı ve katılma alacağı, mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramalıdır³⁹⁷. Ancak TMK m. 241 hükmü, tasfiye sırasında katılma alacağının, borçlunun malvarlığı ya da terekesiyle karşılanmadığı takdirde alacaklı eşe, üçüncü kişilere karşı dava açma hakkı verir. Katılma alacağının diğer eş veya mirasçılardan talep edilebileceği süreyi içermez.

Diğer bir görüş ise zamanaşımı süresinin tespiti bakımından eşler arasında uygulanan edinilmiş mallara katılma rejiminin, kanun gereği kendiliğinden uygulanması ile mal rejimi sözleşmesiyle uygulanması bakımından farklı sonuca varmaktadır³⁹⁸. Öyle ki, mal rejimi sözleşmesiyle uygulama bulan edinilmiş mallara katılma rejimi, TBK m. 146 (eBK m. 125) gereği on yılda zamanaşımına uğrar. Ancak kanun gereği kendiliğinden uygulanan yasal mal rejimi, sona ermenin ve katılma alacağının öğrenilmesinden itibaren bir yıl, yasal mal rejiminin sona ermesinden itibaren ise on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu görüşün kabulü ile eşin, diğer eşin tasfiyeye dâhil bir malvarlığı değeri olduğunu sonradan öğrenmesi hâlinde bu tarihten itibaren bir yıl, mal rejiminin sona ermesinden itibaren ise on yıl içerisinde katılma alacağı talebini ileri sürmesi gerekir.

Yargıtay ise TMK m. 5 atfı uyarınca TBK'nin 146. maddesindeki on yıllık zamanaşımı süresinin mal rejimi ilişkilerine uygulanmasına karar vermiştir³⁹⁹. Doktrinde de bu görüş, bazı yazarlar tarafından desteklenmiş ve hiçbir ayırım yapılmaksızın tüm sona erme nedenlerine on yıllık zamanaşımının uygulanacağı ve bu sürenin yasal mal rejiminin sona ermesi ile başlayacağı ifade edilmiştir⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Ateş, sh. 241-242, 255.

³⁹⁸ Gençcan, sh. 990-991; Özüğür, sh. 86; Sonsuzoğlu, sh. 50; Kaçak, Nazif, Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı, Ankara, 2012, sh. 122.

³⁹⁹ Yargıtay'ın tasfiye talebi ile katılma alacağı talebine ilişkin zamanaşımı süresinin ayırım yapmaksızın mal rejiminin sona ermesi ânından itibaren işlemeye başlayacağını söylemesi isabetli değildir yönündeki eleştiri için bkz. Şıpka, Zamanaşımı, sh. 848.

⁴⁰⁰ Kılıçoğlu, Ahmet M., Katılma Alacağında Zamanaşımı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, sh. 1289-1298, Ankara, 2010, (Kısaca: Zamanaşımı), sh. 1294-1296; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 167; Şıpka, Zamanaşımı, sh. 8467; Zeytin, sh. 265; Sarı, sh. 251-252. Olması gereken hukuk bakımından alacaklı eşin, sona erme sebebini ve alacağın varlığını öğrenme tarihinden itibaren bir yıl; mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren ise beş yıl içinde talepte bulunması gerektiği yönünde bkz. Kılıçoğlu, a.g.m. sh. 1298; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Gürpınar, sh. 276.

Değer artış payı alacaklarında da zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Doktrinde ise değer artış payı alacağının, mal rejiminin sona ermesinden sonra on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı ileri sürülmektedir⁴⁰¹.

Katkı payı alacağı bakımından da Yargıtay, eşin diğer eşe yapmış olduğu katkı nedeniyle hak kazandığı alacağın, TMK m. 178 hükmü kapsamında evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını karara bağlamıştır⁴⁰². Ancak bu görüş, doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul görmemiş ve katkı payı alacağının, TBK m. 146 hükmü uyarınca, mal rejiminin sona ermesinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı ileri sürülmüştür⁴⁰³. Gerçekten de özel olarak bir zamanaşımı süresi düzenlenmeyen katılma, katkı ve değer artış payı alacakları bakımından TMK m. 146 uygulanmalı ve genel zamanaşımı süresi olan on yıl geçmekle alacak, zamanaşımına uğramalıdır.

Yasal mal rejiminin sona ermesine rağmen evlilik birliği devam ediyorsa katılma ve değer artış payı alacağı için zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz (TBK m. 153/b. 3). Ancak bu durum borcu ifaya engel değildir. Alacaklı eş, bu hâlde muaccel olan alacağın ifasını evlilik birliği içerisinde isteyebileceği gibi evlilik birliğinin sona ermesinden sonra zamanaşımı süresi içerisinde de ifa talebinde bulunabilir.

4.3. ÖDEME, ERTELEME ve GÜVENCE TALEBİ

Katılma alacağının ve değer artış payı alacağının ödenebilmesi için söz konusu alacakların muaccel hâle gelmesi gerekir. Bu alacaklar, tasfiyenin tamamlanması yani tasfiye kararının kesinleştiği tarih itibariyle muaccel hâle gelir⁴⁰⁴. Ayrıca doktrinde yasal mal rejiminin tasfiyesinin, tasfiye davası ile gerçekleşmesi hâlinde, mahkeme kararında katılma alacağının hangi tarihte muaccel hâle geldiğinin ve hangi tarihten itibaren temerrüt faizi işleyeceğinin belirtilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Zeytin, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 152; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 52.

⁴⁰² Yarg. 8. HD. 26.05.2009 T., 2009/873 E., 2009/2621 K. için bkz. Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 435- 436. Aynı yönde görüş için bkz. Kaçak, sh. 146, 147.

⁴⁰³ Kılıçoğlu, Katkı Alacağı, sh. 1255; Zeytin, Zuwendungs- und Mehrwertanspruch, sh. 152, 166-167.

⁴⁰⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 231. Katılma alacağının mahkemenin karar tarihinde, muaccel olacağı yönünde bkz. Şıpka, Zamanaşımı, sh. 844; Sarı, sh. 104¹⁴; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 48; Uluç, sh. 1419.

⁴⁰⁵ Kılıçoğlu, sh. 40-41; Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 261.

Tasfiye, eşlerin tasfiye anlaşması yapması suretiyle gerçekleştirilmiş ise borç bu anlaşmanın tamamlandığı anda katılma alacağı ve değer artış payı olarak muaccel hâle gelir. Ancak tasfiye sözleşmesinde eşler, alacağın muaccel olması için başka bir tarih kararlaştırmışlarsa katılma alacağı veya değer artış payı alacağı bu tarihte muaccel olur. Bunun yanında, tasfiye sözleşmesinde eşler, belirli bir tarih kararlaştırmamış iseler temerrüde düşmek ve faiz talep edebilmek için TBK m. 117 uyarınca ihtar gerekir⁴⁰⁶.

Kaynak ZGB'de katkıda bulunulan malvarlığı değerinin tasfiye öncesinde elden çıkarılması hâlinde değer artış payı alacağının hemen muaccel olacağı hükme bağlanmış olsa da bu düzenleme TMK'de yer almaz⁴⁰⁷. Bu durumda malvarlığı değeri, tasfiye öncesinde elden çıkarılmış olsa dâhi değer artış payı alacağının talep edilebilmesi, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinin yanında tasfiyenin talep edilmesine bağlıdır⁴⁰⁸.

Katılma alacağı ayın veya para olarak ödenebilir (TMK m. 239). Katılma alacağının ayın olarak ödenebilmesi, borçlunun bu yöndeki talebi ile olur. Yoksa alacaklı eşin, katılma alacağının para olarak değil ayın olarak ödenmesi talebinin bir önemi yoktur⁴⁰⁹. Bu hâlde ödeme gücü olmayan borçlu, katılma alacağına karşılık olarak ayın vermeyi teklif edebilir.

TMK m. 239/2 hükmü ile borçlu eşe, katılma alacağını ödemesi için kolaylık tanınmıştır⁴¹⁰. Şöyle ki: Eşin katılma alacağını derhâl ödemesi, kendisi için güçlükler doğuracaksa, ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir. Ancak kanunda da belirtildiği üzere, borçlu eşin katılma alacağını ödemesi ile karşı karşıya kalacağı güçlük, önemli nitelikte olmalıdır. Yoksa para borcunu ödemek zorunda olan herkesin karşılaşılabileceği nitelikte bir güçlük olmamalıdır. Söz konusu ödeme güçlüğü'nün niteliğini hâkim takdir eder. Hâkimin eşe vereceği süre ise katılma alacağının miktarına ve borçlu

⁴⁰⁶ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 261. Katılma alacağının muaccel hâle gelmesi ile eşin, borçlu eşi temerrüde düşürmesi için ihtarda bulunmasına gerek bulunmamaktadır görüşü için bkz. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 232.

⁴⁰⁷ **Odendahl**, sh. 482.

⁴⁰⁸ Yasal mal rejimi yürürlükte iken eşin, diğer eşin katkıda bulunduğu malvarlığı değerini elinden çıkarması hâlinde eşin, bu malvarlığı değerine yapmış olduğu katkının derhâl muaccel hâle geleceği yönünde bkz. **Öztan**, sh. 280.

⁴⁰⁹ **Kılıçoğlu**, sh. 35; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, sh. 254; **Özğür**, sh. 75; **Şıpka**, Zamanaşımı, sh. 843; **Ateş**, sh. 183.

⁴¹⁰ Borçlu eşin mirasçılarının da katılma borcunun ödenmesini erteleme imkânı bulunmalıdır görüşü için bkz. **Uluç**, sh. 1423-1424.

eşin sübjektif şartlarına göre değişir. Ancak borçlu eş, erteleme talebini tasfiye kararı verilene kadar ileri sürmelidir⁴¹¹.

Borçluya borcunu ödemek için tanınan erteleme imkânına karşılık alacaklı eş de güvence talebinde bulunabilir (TMK m. 239/3). Eşler güvencenin türünün ne olacağını kararlaştırabilirler⁴¹². Bu bakımdan eşler, borçlu eşin katılma veya değer artış payı alacağı için edinilmiş veya kişisel taşınmaz malı üzerinde ipotek kurulması için anlaşabilecekleri gibi, taşınırın rehin verilmesi konusunda da anlaşabilirler. Eşlerin uzlaşmaması hâlinde güvence, hâkim tarafından belirlenmelidir.

4.4. FAİZ ÖDENMESİNE İLİŞKİN ANLAŞMA

Katılma alacağına tasfiyenin sona ermesinden başlayarak faiz yürütülmelidir (TMK m. 239/3). Zira her bir para borcunda olduğu gibi katılma alacağına da borcun muaccel olduğu tarih, yani tasfiyenin tamamlanması ile faiz işler. Bu nedenle gerek katılma alacağına gerekse de değer artış payı alacağına mahkemenin tasfiyeye ilişkin kararının kesinleşmesi ile birlikte faiz işler⁴¹³. Doktrinde, değer artış payı alacağı için işleyecek faiz hesaplanırken eşin katkıda bulunduğu malvarlığı değeri, tasfiye öncesinde elden çıkarılmışsa hâkimin hakkaniyete uygun olarak belirlediği bedele (TMK m. 227/2), söz konusu malvarlığı değerinin elden çıkartılması tarihinden itibaren yasal faiz işlemesi gerektiği ifade edilir⁴¹⁴. Ancak kanaatimizce eşin, malvarlığı değerini elinden çıkarması değer artış payı alacağının mal rejimi süresi içerisinde talep edilmesine imkân vermediği için faizin işlemesi de mümkün olmamalıdır. Zira devir tarihinde muaccel olmuş bir alacak yoktur. Bu nedenle, hâkimin değer artış payı alacağını belirleyen kararının kesinleşmesi ile faiz işlemelidir.

Katılma veya değer artış payı alacağına tasfiyenin sona ermesinden başlayarak faiz işleyeceğine ilişkin kural (TMK m. 239), emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla eşler, aralarında şekle tâbi olmadan yapacakları bir anlaşmayla değer artış payı alacağına hiç faiz yürütülmeyeceğini ya da belirli bir tarihten itibaren faiz yürütülebileceğini

⁴¹¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 234.

⁴¹² Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 234.

⁴¹³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 231. Katılma alacağının mahkemenin karar tarihinde muaccel olacağı yönünde bkz. Şipka, Zamanaşımı, sh. 844; Sarı, sh. 104¹⁴; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 48. Aynı yönde Yarg. 8. HD. 11.06.2013 T., 2013/734 E., 2013/8826 K. için bkz. Kırmızı, sh. 602-604.

⁴¹⁴ Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 43.

kararlaştırabilirler. Öte yandan eşlerin yapacağı anlaşmalar, TBK'nin para borçlarına ilişkin faiz düzenlemelerine aykırı olmamalıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ÖZETİ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşin, paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için diğer eşin rızası gerekir. Ancak eşler, şekle tâbi olmayan bir anlaşmayla pay üzerindeki tasarrufların, diğer eşin rızası alınmaksızın yapılabileceğini düzenleyebilirler (TMK m. 223/2). Bu bağlamda eşler, belirli bir tasarruf işleminin veya belirli kişilerle yapılacak tasarruf işlemlerinin, diğer eşin rızası olmaksızın gerçekleştirilebileceğini kararlaştırabilir, bu düzenlemeyi süre ile sınırlandırabilir.

Eşler, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında borç ilişkisinin kaynağından, doğuş sebebinden bağımsız olarak her türlü borçlarına ilişkin düzenlemeyi, tasfiyede yapabilirler (TMK m. 226/3). Aynı zamanda eşlerin, üçüncü kişilere karşı olan borçlarını aralarında düzenlemeleri de mümkündür. Bu anlaşma kapsamında eşler, borçlarından karşılıklı ya da tek taraflı olarak vazgeçebilir veya alacaklarını erteleyebilirler.

Eşlerden biri, yasal mal rejiminin yürürlüğü içerisinde diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur (TMK m. 227/1). Değer artış payı alacağının esasını oluşturan katkı, parasal bir katkının verilmesiyle ya da iş görme suretiyle gerçekleştirilebilir. Ancak eşin, iş sözleşmesinin asli edim yükümlülüğünü oluşturmayan küçük katkıları ve evlilik birliği içerisindeki iş bölümü ve iş birliği nedeniyle yaptığı olağan ve niteliği itibariyle önemsiz addedilebilecek katkıları, değer artış payı alacağı sağlamaz. Aynı zamanda eşin, değer artış payı alacağına hak kazanabilmesi için katkıda bulunulan malvarlığında gerçekleşen değer artışı, piyasalardaki arz ve talep dengesine göre ortaya çıkan konjonktürel değer artışı olmalıdır.

TMK m. 227'de aranan şartların gerçekleşmesiyle hak kazanılan değer artış payı alacağı, katılma alacağından bağımsız olarak talep edilebilir. Ancak katılma alacağı hesaplanırken dikkate alınan edinilmiş malvarlığı grubuna ilişkin katkılar için ayrıca değer artış payı alacağının, talep edilmesi mümkün değildir. Bu hâlde eşin, yalnızca kişisel maldan diğer eşin kişisel malına yaptığı katkılarının karşılığını alması sağlanmalıdır.

TMK m. 227/1 hükmü, emredici nitelikte değildir. Eşler, değer artış payı alacağından yazılı bir anlaşma ile tamamen vazgeçebilir veya değer artış payı oranını da

değiştirebilirler (TMK m. 227/3). Değer artışı payı miktarı, değer artış miktarı ile eşin malvarlığı değerine katılım oranının çarpılmasıyla elde edilir. Değer artış payından vazgeçilmesi, değer artış payı alacağı miktarını etkiler ancak değer artış payı alacağına, sona ermesine neden olmaz. Değer artış payı oranı ise katkı miktarının, katkının yapıldığı andaki malvarlığı değerine oranıdır. Eşlerin yapabileceği söz konusu bu anlaşmalar, eşlerden herhangi biri ya da belirli katkı türleri için uygulanabileceği gibi sona erme nedenlerinden yalnızca biri ya da bir kaç için de uygulanabilir. Ayrıca eşler, bu anlaşmaları belirli malvarlığı değerlerine yapılan somut katkıları için yapabilirler.

Değer artış payı alacağı, tasfiyenin tamamlanması ile muaccel olur ve ödenmesi talep edilebilir. Ancak eşler anlaşarak değer artış payı alacağına muacceliyet tarihini tasfiye öncesindeki bir tarih olarak kararlaştırabilirler. Böylelikle değer artış payı alacağı, tasfiyenin tamamlanması beklenmeden, ödenmiş olur.

Eşin katılma alacağına hak kazanabilmesi için tasfiyeyi talep etmesi ya da diğer eşin açmış olduğu tasfiye davasında, esasa cevap süresi içinde defî olarak tasfiye talebinde bulunması gerekir. Eşlerden birinin ölümü nedeniyle mal rejiminin sona ermesi hâlinde ise, öncelikle mal rejiminin tasfiyesi gerçekleşmeli, sonrasında ise ölen eşin terekesi tespit edilmelidir.

Katılma ve değer artış payı alacağı, tasfiyenin tamamlanması yani tasfiye kararının kesinleştiği tarih itibarıyla muaccel hâle gelir. Tasfiye, eşlerin tasfiye anlaşması yapması suretiyle gerçekleştirilmiş ve sözleşmede başka bir tarih kararlaştırılmamışsa, tasfiye anlaşmasının tamamlandığı anda, katılma alacağı ve değer artış payı muaccel hâle gelir. Alacakların muaccel olmasıyla da TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Katılma ve değer artış payı alacağına, mahkemenin tasfiyeye ilişkin kararının kesinleşmesiyle birlikte faiz işler (TMK m. 239/3). Ancak eşler aralarında şekle tâbi olmadan yapacakları bir anlaşmayla, katılma veya değer artış payı alacağına hiç faiz yürütülmeyeceğini ya da belirli bir tarihten itibaren faiz yürütülebileceğini kararlaştırabilirler. Yine eşlerin, katılma veya değer artış payı alacağı için yasal faiz oranı yerine başka bir oranın uygulanmasını kararlaştırmaları mümkündür.

BÖLÜM IV

MAL REJİMİNİN TASFİYESİNİ ETKİLEYEN DİĞER SÖZLEŞMELER

1. GENEL OLARAK

Eşler, mal rejiminin seçimi veya içeriğinin değiştirilmesi dışında da yapacakları sözleşmelerle edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesini gerçekleştirebilir veya bu tasfiyeyi etkileyebilirler. Öyle ki, eşler yasal mal rejiminin sona ermesiyle yapacakları tasfiye sözleşmesinde yer verecekleri hükümler ile başta katılma alacağı olmak üzere, yasal mal rejiminden kaynaklanan borç ilişkilerini düzenleyebilirler. Yasal sınırlar içerisinde kanuni düzenlemelerden farklı sonuçlara ulaşabilirler.

Yasal mal rejiminin tasfiyesinde, tasfiye ânında var olan malvarlığı değerleri dikkate alınır (TMK m. 235). Ancak eşler, evlilik birliği içerisinde TBK'ye tâbi sözleşmeler yaparak mal rejiminin sona ermesi ânında mevcut olan malvarlığı değerlerini değiştirebilirler. Öyle ki, tasfiye ânında eşe ait olan veya olması gereken malvarlığı değerleri, muvazaalı veya inanca işlem ya da temsil ilişkisi nedeniyle diğer eşin veya üçüncü kişinin zilyetliğinde ya da mülkiyetinde bulunabilir. Söz konusu bu malvarlığı değerlerinin, tasfiyede dikkate alınıp alınmaması ise önemli bir hukukî sorun teşkil eder.

2. TASFİYE SÖZLEŞMESİ

2.1. GENEL OLARAK

Edinilmiş mallara katılma rejimi, TMK m. 225'de yer alan nedenlerden birinin gerçekleşmesiyle sona erer ve tasfiye aşamasına geçilir. Yasal mal rejiminin tasfiyesi ise tasfiye anlaşmasının yapılması ya da tasfiye davasıyla gerçekleşir. Ancak, yasal mal rejiminin tasfiyesinin sözleşmeyle gerçekleşmesi esas olup eşlerin bu hususta anlaşamamaları hâlinde tasfiye davasının açılması gerekir. Bu bakımdan tasfiye sözleşmesi, eşlerin yasal mal rejiminin sona ermesi ile birlikte tasfiye davası açmaksızın

esas itibariyle katılma alacağını belirledikleri sözleşmedir. Eşler, katılma alacağını belirlemenin yanında ya da belirleme yapmaksızın mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemeler de yapabilirler.

Tasfiye sözleşmesi, TMK’de düzenlenmemiş ve niteliği belirlenmemiştir. Tasfiye sözleşmesi esas itibariyle, evlilik birliğine uygulanmış olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesini konu aldığı için, niteliği itibariyle bir aile hukuku sözleşmesi olduğunu söylemek gerekir. Ancak TBK’nin hükümleri de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır.

2.2. TASFİYE SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

2.2.1. TASFİYE SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Tasfiye sözleşmesinin yapılacağı şekil ve tâbi olacağı geçerlilik şartları TMK’de düzenlenmediği için tasfiye sözleşmesine, TMK m. 5 hükmü uyarınca TBK’nin genel nitelikteki hükümleri uygulanmalıdır.

Tasfiye sözleşmesi için kanunda şekil şartı öngörülmez. Bu nedenle, doktrinde⁴¹⁵ tasfiye sözleşmesinin geçerli olabilmesi için her ne kadar yazılı şekilde yapılması gerektiği ileri sürülse de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira TBK’de özel olarak şekil şartı aranmayan sözleşmelerin herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmadığı düzenlenmiştir (TBK m. 12). Dolayısıyla, eşler veya eşin ölümü hâlinde onun yasal mirasçıları, şekle tâbi olmadan tasfiye sözleşmesi yapabilmeli ve eşlerin yazılı ya da sözlü bir biçimde gerçekleştirecekleri sözleşmeler geçerli kabul edilmelidir.

Şekil bakımından incelenmesi gereken diğer bir konu da boşanma davası sırasında tasfiye sözleşmesinin şekle tâbi olup olmadığı sorunudur. Bu hâlde tasfiye sözleşmesinin, anlaşmalı boşanma nedeniyle hazırlanan protokolün şekline tâbi olduğu ve hâkim tarafından onaylanması gerektiği söylenebilir⁴¹⁶.

Eşler, tasfiye sözleşmesini geçerlilik şekline tâbi kılabilirler (TBK m. 17). Bu şekil kuralına aykırı biçimde yapılan tasfiye sözleşmesi, geçersiz olur. Eşlerin tasfiye sözleşmesini ispat şekline tâbi kılmalarında ise, belirlenen katılma alacağının talep edilebilmesi için eşlerin öngörmüş olduğu şekilde ispatı gereklidir.

⁴¹⁵ Uluç, sh. 1405.

⁴¹⁶ Bkz. Bölüm IV, II, C.

Tasfiye sözleşmesi ile esas itibariyle katılma alacağının miktarının belirleneceği düşünülürse HMK'nin ispat kuralları dikkate alınmalıdır. İspata konu değerın iki bin beş yüz Türk Lirasını geçtiği durumlarda ispat senetle gerçekleştirilmelidir (HMK m. 200). Ancak eşler arasındaki senetle ispatı zorunlu işlemler, tanıkla da ispat edilebilir (HMK m. 203). HMK'nin 200 ve 203. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, mal rejiminin hangi sebeple sona erdiği önem arz eder. Yasal mal rejiminin ölüm, boşanma ve evliliğin iptali nedenlerinden biriyle sona ermesi hâlinde hem mal rejimi hem de evlilik birliğini sona erer. Bu nedenle de eşler, iki bin beş yüz TL'yi geçen katılma alacağının varlığını, HMK m. 200 kapsamında yazılı şekilde yapılan tasfiye sözleşmesi ile ispat etmelidirler. Yasal mal rejiminin mahkeme kararıyla mal ayrılığı rejimine dönüştürülmesi ya da başka bir mal rejiminin kabul edilmesi hâlinde ise mal rejimi sona ermiş olsa da evlilik birliği devam eder. Bu nedenle eş, tasfiye sözleşmesi yazılı şekilde yapılmamış olsa dâhi mahkemede katılma alacağının varlığı tanıkla ispat ederek ifasını talep edilebilir (HMK m. 203).

2.2.2. TASFİYE SÖZLEŞMESİ YAPMA HAK ve YETKİSİ

2.2.2.1. Sözleşmenin Tarafları

Tasfiye sözleşmesi, tarafların belirli bir amaca yönelmiş karşılıklı irade beyanları ile kurulur. Ancak TBK'ye tâbi sözleşmelerden farklı olarak tasfiye sözleşmesi, eşler ya da bazı durumlarda eş ile yasal mirasçılar arasında yapılabilir. Tasfiye sözleşmesinin tarafını tespitinde yasal mal rejiminin hangi sebeple sona erdiği önem arz eder. Yasal mal rejimi, eşlerin başka bir mal rejimine geçmelerini konu alan mal rejimi sözleşmesi yapmaları ya da mahkemece verilen mal ayrılığı rejimine geçiş kararıyla sona ermişse, tasfiye sözleşmesinin tarafı eşlerdir. Ancak yasal mal rejimi boşanma veya evliliğin iptali nedeniyle sona ermişse tasfiye sözleşmesi, aralarındaki evlilik birliği sona ermiş olan eşler tarafından yapılır. Eşlerden birisinin ölümü hâlinde ise, sağ kalan eş ile ölen eşin yasal mirasçılarını tasfiye sözleşmesinin tarafı olabilir.

Tasfiye sözleşmesi, sona eren bir mal rejiminin tasfiyesi usulünü ve katılma alacağının belirlenmesini konu alsa da nişanlıların da tasfiye sözleşmesi yapma hakkına sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Ancak nişanlılar tarafından yapılan tasfiye sözleşmesi, evlilik birliğine yasal mal rejiminin uygulanması ve sona ermesi ile hüküm ve sonuç doğurur.

2.2.2.2.Sözleşme Yapma Ehliyeti

TBK kapsamında bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için tarafların, sözleşme yapma ehliyetine sahip olması gerekir. Tasfiye sözleşmesinin yapılmasında özel bir ehliyet şartı düzenlenmediği için, TMK'nin ehliyetle ilişkin genel kuralları burada da uygulama bulur. O hâlde ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan eş, tasfiye sözleşmesi yapabilir. Aksine, ayırt etme gücünden yoksun olan eşin yapmış olduğu tasfiye sözleşmesi, hukukî sonuç doğurmaz. Dolayısıyla da bu sözleşmeye dayanarak katılma alacağının talep edilmesi mümkün değildir (TMK m. 15). Bu durumda yasal mal rejiminin tasfiyesi için yapılması gereken yetkili mahkemeden dava açarak tasfiyenin gerçekleşmesini talep etmektir.

Tasfiye sözleşmesi yapma hakkı eşe, onun ölümü hâlinde yasal mirasçılara tanınmış kanuni bir hak olup kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle, ayırt etme gücü olmayan eş adına onun yasal temsilcisi tarafından tasfiye sözleşmesi yapılması da mümkün değildir. Aksi hâlde, mal rejiminin yürürlüğü içerisinde eşlerin, mal rejimi sözleşmesi ile yapmaları gereken, ancak eşin ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeniyle yapamayacağı tasarrufların tasfiye sözleşmesi ile yasal temsilcinin yapmasına imkân tanınmış olur.

Ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı kişiler ise ancak yasal temsilcilerinin izni ile hukukî işlem yapabilirler (TMK m. 16). Ayırt etme gücüne sahip eş, on sekiz yaşını doldurmuş ve kısıtlı değilse tam ehliyetlidir ve yasal temsilcisinin rızası olmaksızın tasfiye sözleşmesi yapabilir. Ancak on sekiz yaşını doldurmamış olan eş dâhi evlenme kişiyi ergin kılacağı için yine yasal temsilcisinin izin ya da onayı gerekmeksizin tasfiye sözleşmesi yapabilir. Zira evlenmeyle kazanılan erginlik, evlilik birliğinin herhangi bir nedenle sona ermesi ile ortadan kalkmaz. Hakkında kısıtlama kararı verilen eşin ise tasfiye sözleşmesi yapması için yasal temsilcisinin rızasını alması gerekir. Eşlerin tasfiye sözleşmesi ile TMK m. 462 kapsamında bir tasarrufta bulunması hâlinde ise, vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesi tarafından izin verilmesi de aranır. Ancak tasfiye sözleşmesinde kısıtlı eş lehine katılma veya değer artış payı alacağı belirlenmiş ise eş, bu kazandırmayı yasal temsilcisinin rızasını olmaksızın kabul edebilir.

Vasi, vesayet altındaki kısıtlı eşin, tasfiye sözleşmesi yapmasına izin vermezse vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine şikâyet edilebilir (TMK m. 461/1). Tasfiye sözleşmesinin yapılmasına izin vermeyen sulh hukuk mahkemesi ise, tebliğden başlayarak

on gün içinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir (TMK m. 461/2). Öte yandan kısıtlı eşe yasal temsilcisi olarak eş atanmışsa, menfaat çatışması nedeniyle kısıtlı olan eşe, kayyım atanması gerekir (TMK m. 426/b. 2).

Yasal temsilci, yazılı yapılan tasfiye sözleşmesini imzalamak suretiyle eğer ki şekle tâbi değilse, sözlü olarak rıza göstermelidir. Vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesi ise tasfiye sözleşmesi şekle tâbi olarak yapılmamış olsa dâhi mahkeme rızasını karar vermek suretiyle göstermelidir. Tasfiye sözleşmesini imzalamış olması yasal temsilciyi sözleşmenin tarafı hâline getirmez. Zira yasal temsilci tarafından gösterilen rıza, küçük ya da kısıtlının ehliyet eksikliğini gidermeye yöneliktir.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber, korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin kişiye, belirli bazı işlemlerde görüşünün alınması için yasal danışman atanması hâlidir. Kendisine yasal danışman atanan sınırlı ehliyetli, tasfiye sözleşmesi ile TMK m. 429'da yer alan işlemlerde bulunacaksa yasal danışmanın görüşünü almalıdır (TMK m. 429).

Tasfiye sözleşmesinin, eşler veya eşin ölümü hâlinde yasal mirasçıları tarafından yapılması gerekse de, eşlerin ya da mirasçıların iradî temsilci kullanmalarında bir sakınca bulunmaz.

2.2.3. TASFİYE SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

2.2.3.1. Tasfiye Sözleşmesinin Yokluğu

Tasfiye sözleşmesi, borç doğuran bir sözleşmedir ve her sözleşme gibi kurulmasından ve geçerliliğinden bahsedebilmek için bazı şartları haiz olmalıdır. Zira TBK kapsamında sözleşmeyi geçersiz kılan nedenler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tasfiye sözleşmesini de geçersiz kılmalı ve tasfiye sözleşmesinin yokluğundan ya da geçersizliğinden söz edilmelidir.

Borç doğuran her bir sözleşme gibi tasfiye sözleşmesi de belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur⁴¹⁷. Bu şartlardan birinin yokluğunda ya da sözleşmede taraf sıfatı bulunmadığında tasfiye

⁴¹⁷ **Dural/ Sarı**, sh. 211. Borç sözleşmelerinde ilke olarak tek bir kurucu unsur vardır: İrade beyanlarının birbirine uygunluğu. Ayırt etme gücü ve sözleşmenin kanunda öngörülen şekilde yapılmış olması ise kurucu unsur değil, geçerlilik şeklidir, görüşü için bkz. **Eren**, sh. 332.

sözleşmesinin yokluğundan söz edilmelidir. Zira tasfiye sözleşmesinin tarafını oluşturamayacak kişiler tarafından yapılan sözleşmeler tasfiye sözleşmesi olarak adlandırılmamalı ve yoklukla sonuçlanmalıdır. Tasfiye sözleşmesinin yokluğu, eşler veya eşin ölümü hâlinde mirasçıları ya da alacaklılar tarafından her zaman ileri sürülebilir⁴¹⁸.

2.2.3.2. Tasfiye Sözleşmesinin Geçersizliği

2.2.3.2.1. Noksanlık

Kurucu unsurlara sahip olan bir sözleşmede, kanunun aradığı diğer bazı unsurların eksik olduğu ve sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için bu eksikliğin giderilmesinin gerektiği durumlarda sözleşmenin noksanlığından bahsedilebilir. Noksanlık bulunan hâllerde sözleşme askıdadır⁴¹⁹. Öyle ki, kısıtlı eşin gerçekleştirmiş olduğu tasfiye sözleşmesinde yasal temsilcinin onayının bulunmaması, söz konusu işlemi askıda geçersiz kılar. Tasfiye sözleşmesinin askıda geçersiz olduğu dönemde, kısıtlı eş ile işlem yapan diğer eş veya mirasçıları, sözleşme ile bağlıdır. Bu durumda tasfiye sözleşmesi, yasal temsilcinin tasfiye sözleşmesinin düzenlenmesine onay göstermesiyle geçerli hâle gelir. Onay verilmezse, sözleşme kesin hükümsüzlükle sakat olur⁴²⁰.

Yetkisiz temsilcinin gerçekleştirmiş olduğu tasfiye sözleşmesi, yalnızca temsil olunan eş tarafından onanması hâlinde geçerlidir (TBK m. 46). Bu nedenle yetkisiz temsilci tarafından yapılan tasfiye sözleşmesi, eş tarafından onaylanmazsa kesin hükümsüzlükle sakat olur. Eş dilerse diğer eş ile tekrar tasfiye sözleşmesi yapabilir veya tasfiye davası açarak katılma alacağının belirlenmesini isteyebilir.

2.2.3.2.2. Kesin Hükümsüzlük

Kesin hükümsüzlükle sakat olan bir tasfiye sözleşmesi, kurucu unsurlarını taşıyan bir sözleşmedir. Ancak TBK kapsamında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olduğu için kesin hükümsüzdür (TBK m. 27)⁴²¹. Yine ayırt etme gücünü haiz olmayan bir kimsenin yapmış olduğu sözleşmeler ve muvazaalı sözleşmeler kesin hükümsüzlükle sakat olur⁴²².

⁴¹⁸ Oğuzman/ Öz, sh. 180.

⁴¹⁹ Oğuzman/ Öz, sh. 185.

⁴²⁰ Hatemi/ Gökyayla, sh. 73; Oğuzman/ Öz, sh. 185; Eren, sh. 333.

⁴²¹ Kesin hükümsüzlükten amaç butlandır yönünde bkz. Eren, sh. 334; Oğuzman/ Öz, sh. 180; Hatemi/ Gökyayla, sh. 85.

Kesin hükümsüzlükle sakat olan tasfiye sözleşmesi, kesin hükümsüzlük nedeni sonradan ortadan kalkmış olsa dâhi, kurulduğu andan itibaren hiçbir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Menfaati bulunan herkes yani eşler, eşin yasal mirasçıları ve alacak hakları zedelenen alacaklılar tasfiye sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ileri sürebilmelidir⁴²³. Ayrıca tasfiye sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileri sürülebilmesi için dava açmaya gerek olmadığından mahkemeden hükümsüzlüğün tespiti istenebilir.

Batıl olan tasfiye sözleşmesine dayanarak ifada bulunulması ise, sözleşmeyi geçerli hâle getirmez. Tasfiye sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını isteyen eşlerin, yeni bir sözleşme yapması gerekir. Ancak bir şekil belirlenmeyen tasfiye sözleşmeleri, şekle tâbi olmadan kurulabileceği için tarafların karşılıklı olarak edimlerini ifa etmeleriyle zımnen kurulmuş olur. Bununla birlikte eşlerden birinin, tasfiye sözleşmesine dayanarak ifada bulunmasından sonra diğer eşin sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder (TMK m. 2).

2.2.3.2.3. İptal Edilebilirlik

Tasfiye sözleşmesinin taraflarının iradesi yanılma, aldatma veya korkutma ile sakatlanırsa ya da edimler arası aşırı bir oransızlık bulunursa, tasfiye sözleşmesi iptal edilebilirlik ile sakat olur (TBK m. 30-39). İptale tâbi sözleşmenin geçerliliği askıda geçerlilik olarak adlandırılır⁴²⁴. Bu durumda askıda geçerli olan tasfiye sözleşmesi, iptal hakkı sahibi iptal hakkını kullanana kadar geçerliliğini korur, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bozucu yenilik doğuran iptal hakkını kullanılmasıyla birlikte tasfiye sözleşmesi, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Şekle tâbi olmayan iptal hakkı, tasfiye sözleşmesinin tarafı eşe veya diğer mirasçılara ulaşmak ile sonuç doğurur.

2.2.3.2.3.1. Yanılma

Yanılmada kişinin iradesi ile beyanı arasında uyumsuzluk bulunur (TBK m. 30-36). Kişi sözleşmeyi kurarken açıklamada ya da saikte hata yapmış olabilir⁴²⁵. Ancak irade

⁴²² Oğuzman/ Öz, sh. 180-181; Eren, sh. 334; Hatemi/ Gökyayla, sh. 71,91.

⁴²³ Oğuzman/ Öz, sh. 181; Hatemi/ Gökyayla, sh. 86; Dural/ Sarı, sh. 212.

⁴²⁴ Eren, sh. 343. İptal edilebilirlik, düzelebilir hükümsüzlük (aldatma, yanılma ve korkutma hâli) ve bozulabilir geçerlilik (gabin) olmak üzere iki türden oluşmaktadır, görüşü için bkz. Oğuzman/ Öz, sh. 183-184.

⁴²⁵ Oğuzman/ Öz, sh. 94.

beyanında ortaya çıkan her türlü sakatlık iptale hak vermez. Yalnızca esaslı yanılma hâlinde tasfiye sözleşmesi iptal edilebilir.

Esaslı yanılma kavramı ise kanunda tanımlanmamış; ancak TBK m. 31 ve 32’de bunun örnekleri sayılmıştır. Bu bakımdan tasfiye sözleşmesi kapsamında eş, ivazsız başka bir sözleşme için iradesini açıklamak isterken tasfiye sözleşmesinde katılma alacağı istemediğini ya da değer artış payı alacağından vazgeçmek isterken katılma alacağından vazgeçtiğini açıklamışsa, esaslı yanılma söz konusudur. Öte yandan, katılma alacağı miktarını gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla üstlenen veya az bir karşı edim için iradesini açıklayan eş, sözleşmenin iptalini isteyebilir. Yine yanılığa düşen eş, bağışlama kelimesini kullanmakla birlikte, bundan satış anlamakta ve içinde bulunduğu durum da bunu haklı göstermekteyse sözleşmenin iptalini isteyebilmelidir⁴²⁶. Ancak katılma alacağı olarak yalnızca evin değerinin yarı yarıya paylaşılması konusunda anlaşmalarına karşın eşler, hesap hatası yapıp olması gerekenden daha düşük bir bedeli kararlaştırmışlarsa bu hesap hatası sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Taraflara iptal hakkı vermez. Eşler bu hâlde, tasfiye sözleşmesinde yapmış oldukları basit hesap yanlışlıklarının düzeltilmesini isteyebilirler (TBK m. 31/2).

Tasfiye sözleşmesinin tali nitelikteki sonuçlarına ilişkin yanılma ise, iptal hakkı vermez⁴²⁷. Bu durumda, eşlerden biri tasfiye sözleşmesinde belirlenen faizin başlangıç tarihinde yanılmışsa, bu yanılma esaslı yanılma değildir ve iptal hakkı vermez.

Tasfiye sözleşmesini imzalarken eşin düşmüş olduğu her saik yanılması, sözleşmeyi iptal hakkı vermez (TBK m. 32). Çünkü eş, düşünce ve tasavvurlarının gerçek durumla uyuşmadığını bilseydi, tasfiye sözleşmesini yapmayacak olmalıdır. Örneğin, eşlerden biri diğer eşin evinin iyileştirilmesine yapmış olduğu katkı dolayısıyla tasfiyede hak kazandığı değer artış payı alacağından, evin sürüm değerinde artış olmadığı gerekçesi ile vazgeçmiş, ancak evin değeri önemli miktarda artmıştır. Ancak değer artış payı alacağından tasfiye sözleşmesinde vazgeçen eş, evin değerinde artış olduğunu bilseydi, değer artış payı alacağından vazgeçmeyecekti. Bu sebeple eş, tasfiye sözleşmesinin iptalini isteyebilir. Bu hâlde yanılan eş, yanılmada kusurluysa yani evin sürüm değerini tespit ettirmemiş ya da kendi hatası ile farklı bir değer bulmuşsa tasfiye sözleşmesinin hükümsüzlüğünden doğan

⁴²⁶ Bu duruma özellikle yabancı bir dilin kullanılması veya kısaltmaların yanlış anlaşılması hâlinde rastlanabilir yönünde bkz. **Eren**, sh. 382.

⁴²⁷ **Eren**, sh. 384.

zararı gidermekle yükümlü olur. Ancak diğer eş, evin değerinde artış olduğunu ve eşin yanılarak değer artış payı alacağından vazgeçtiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, yanılan eşin tazminat sorumluluğu ortadan kalkar (TBK m. 35).

Yanılan eş, tasfiye sözleşmesinin geçersizliğini dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremez. Özellikle diğer eşin, sözleşmeyi yanılan eşin kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirdiği durumlarda geçersizlik ileri sürülemez. Tasfiye sözleşmesi yanılan eşin düşünce ve tasavvurlarına göre kurulur (TBK m. 34).

2.2.3.2.3.2. Aldatma

Tasfiye sözleşmesinin iptaline neden olacak bir diğer irade sakatlığı hâli ise, aldatmadır. Taraflardan birinin, diğerini aldatması sonucu tasfiye sözleşmesi yapılmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, yanılan taraf sözleşmeyle bağlı değildir (TBK m. 36). Eşin, tasfiye sözleşmesi yapma iradesi olmayan eşte gerçeği yansıtmayan bir kanaat uyandırarak onu sözleşme yapmaya ikna edebileceği gibi, tasfiye sözleşmesi yapmasında var olan yanlış kanaati düzeltmeyerek bu şekilde sözleşme yapmasını da sağlayabilir. Her iki hâlde de aldatma fiili gerçekleşmiştir ve tasfiye sözleşmesi iptal edilebilir⁴²⁸.

Olumsuz davranışla aldatma fiilinin gerçekleşebilmesi için, eşin sözleşmenin diğer tarafına dürüstlük kuralına göre bilgi verme yükümlülüğü olmalıdır⁴²⁹. Eşin, diğer eşe edinilmiş, kişisel mallarının yönetim ve tasarrufu hakkında bilgi verme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük kapsamında eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmî senetle yapılmasını isteyebilir (TMK m. 216/1). Düzenlenen bu envanter, malların getirilmesinden başlanarak bir yıl içinde yapılmışsa, aksi ispatlanmadıkça düzenlenen envanterin doğru olduğu kabul edilir (TMK m. 216/2). Eşler de tasfiye sözleşmesini hazırlarken resmî senet şeklinde hazırlanan envanteri kullanabilirler. Ancak eşlerden biri envantere konu değerli bir malvarlığı hakkında hiç bilgi vermemiş, yanlış bilgi vermiş veya söz konusu malvarlığı değerleri envantere eksik ya da yanlış yazılmış ve eş bunu fark etmesine rağmen diğer eşini bilgilendirmemiş, bu kanaat ile tasfiye sözleşmesi yapılmışsa olumsuz bir fiil ile aldatma gerçekleşmiş demektir. Öte yandan aldatmanın gerçekleşebilmesi için, söz konusu durum ile eşin tasfiye sözleşmesini imzalaması arasında

⁴²⁸ **Eren**, sh. 397; **Oğuzman/ Öz**, sh. 111; **Hatemi/ Gökyayla**, sh. 104; **Reisoğlu**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013, sh. 124.

⁴²⁹ Susma yoluyla aldatmanın oluşabilmesi için karşı tarafın yanılanı içine düştüğü yanlışlığı hakkında aldatma yükümlülüğünün bulunması gerekir yönünde bkz. **Eren**, sh. 398; **Reisoğlu**, sh. 125.

illiyet bağı olmalıdır. Yani aldatılan eş, yapmış olduğu tasfiye sözleşmesini aldatma olmasaydı hiç yapmayacak ya da daha iyi şartlarda yapacak idiye, illiyet bağı kurulduğunun kabulü gerekir⁴³⁰.

2.2.3.2.3.3. Korkutma

Eş, diğer eşin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu tasfiye sözleşmesi yapmışsa, sözleşmeyle bağlı olmaz (TBK m. 37). Ancak korkutmanın gerçekleşmiş sayılabilmesi için eşe veya yakınlarına yönelmiş ağır ve yakın bir tehlike bulunmalıdır. Ayrıca korkutulan eş, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı olmalıdır (TBK m. 38). Öte yandan eş, söz konusu korkutma olmasaydı, tasfiye sözleşmesini imzalamayacak olmalıdır. Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer eş korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan eş, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür (TBK m. 37/2).

2.2.3.2.3.4. Aşırı Yararlanma

Katılma veya değer artış payı alacağını tasfiye sözleşmesi kapsamında belirleyen eşlerin, karşılıklı edimleri arasında oransızlığın bulunması, TBK m. 28 şartlarını sağlaması koşulu ile tasfiye sözleşmesinin iptaline neden olabilir. Tasfiye sözleşmesinin aşırı yararlanma nedeniyle sakat olması ve iptal edilebilmesi için ilk olarak edimler arasında açık bir oransızlık bulunmalıdır. Ancak her açık oransızlık aşırı yararlanma değildir ve iptale sebebiyet vermez. Zira eşler sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, edim ve karşı edimi diledikleri gibi belirleyebilirler. Eşin, katılma borçlusu eşe ait bir ofisi kullanması hâlinde söz konusu ofisi, çalışma hayatının önemli bir konumuna getirilmiş olması ve taşınmanın alacaklı eş için yaratacağı çeşitli ekonomik ve sosyal zorluklar göz önünde bulundurularak tasfiye sözleşmesi ile daha yüksek bir bedel üzerinden tasfiyeye dâhil edilebilir.

Eşlerin tasfiye sözleşmesi ile belirlenen edimleri arasında aşırı bir oransızlık olup olmadığının tespitinde kanaatimizce, edimlerin tasfiye sözleşmesi yapıldığı andaki sürüm değerleri dikkate alınmalıdır. Tasfiye sözleşmesinin kurulmasından sonra edimlerin

⁴³⁰ İlliyet bağı için bkz. **Oğuzman/ Öz**, sh. 113-114; **Eren**, sh. 400.

değerinde meydana gelen değişiklikler ise dikkate alınmaz⁴³¹. Bu bakımdan tasfiye sözleşmesine konu taşınmazın değeri, sözleşmenin kurulmasından sonra imara tâbi tutulmuş ve değeri artmışsa bu artış nedeniyle taraf edimleri arasında, aşırı bir oransızlık bulunduğu ileri sürülemez.

Tasfiye sözleşmesinin iptal edilebilmesi için bulunması gereken bir diğer unsur da aşırı yararlanmanın, zarar görenin zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden veya düşüncesizliğinden kaynaklandığıdır. Zarar gören taraf olarak eşin, zor durumda kalma hâli kişisel veya ekonomik nitelikte olabilir⁴³². Deneyimsizlik eşin, yapmış olduğu sözleşme veya onun sonuçları bakımından yeterli bilgiye sahip olmamasını ifade eder. Düşüncesizlik ise sözleşme tarafı eşin, yapmış olduğu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını gereği gibi düşünmemesi hâlidir⁴³³.

2.3. BOŞANMA HÂLİNDE TASFİYE SÖZLEŞMESİ

2.3.1. GENEL OLARAK

Mal rejimini sona erdiren nedenlerden biri, eşler arasındaki evlilik birliğinin boşanma nedeniyle sona ermesidir (TMK m. 225). Ancak Türk hukuku bakımından boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte yalnızca evlilik birliği sona ermez. Bozucu yenilik doğuran bir karar⁴³⁴ olan boşanma kararının verilmesi ile eşler veya çocuklar bakımından ve malî yönden çeşitli sonuçlar doğar. Öyle ki eşlerden biri, diğer eşe maddi tazminat ya da yardım nafakası ödeyebilir, çocuğun velâyetinin hangi eşte kalacağına karar verilebilir. Yine evlilik birliğinin boşanma nedeniyle sona ermesi, edinilmiş mallara katılma rejiminin de sona ermesine neden olduğu için (TMK m. 225) boşanma sonrasında yasal mal rejiminin tasfiyesine karar verilebilir⁴³⁵.

⁴³¹ Oğuzman/ Öz, sh. 137.

⁴³² Oğuzman/ Öz, sh. 138; Eren, sh. 420.

⁴³³ Eren, sh. 420; Oğuzman/ Öz, sh. 138.

⁴³⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 133; İpek, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Ankara, 2008, sh. 95; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, sh. 122.

⁴³⁵ Yasal mal rejiminin tasfiyesinin, boşanmanın malî sonucu olduğu yönünde bkz. Sarı, sh. 17. Yasal mal rejiminin tasfiyesinin, evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden doğan bir talep hakkı değil, mal rejiminin sona ermesinden doğan bir talep hakkı olduğu yönünde bkz. Gümüş, Mustafa Alper; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; Maddî Tazminat ve/veya Yoksulluk Nafakası ve/veya Manevî Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki, AÜEHFD, C. IX, Sa. 3-4, sh. 383-402, 2005, (Kısaca: Boşanma Davası), sh. 393.

Boşanma ile ortaya çıkacak bu sonuçların mahkemece düzenlenmesi asıldır. Ancak kanunda taraflara yasal sınırlar içerisinde boşanmanın sonuçlarına ilişkin sözleşme yapma imkânı tanınmıştır. Ancak eşler, kanunda düzenlenen ya da hâkim tarafından re'sen düzenlenmesi gereken konularda anlaşma yapamazlar⁴³⁶. Eşlerin boşanmanın sonuçlarına ilişkin yapacakları bu sözleşmelerde yasal mal rejiminin tasfiyesi hususunda anlaşmaları da mümkündür⁴³⁷.

Eşler boşanmanın sonuçlarına ilişkin bu anlaşmaları, boşanma davası süresince ya da dava açılmadan önce yapabilirler⁴³⁸. Boşanma davası öncesinde yapılan bu sözleşmeler boşanma gerçekleşmeden kural olarak hüküm ve sonuç doğurmaz. Ancak boşanma davası açılmadan yasal mal rejimi eşlerden birinin ölümü nedeniyle sona ererse tasfiye sözleşmesi, hâkim onayına tâbi olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır. Eşlerin boşanma hâlinde yapabilecekleri sözleşmeler, anlaşmalı boşanma davasında ve anlaşmalı boşanma davası hariç boşanma davalarında yapılacak sözleşmeler olarak ikiye ayrılır.

2.3.2. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA BOŞANMANIN SONUÇLARININ DÜZENLENMESİ

Kanunda aranan şartların gerçekleşmesi ve eşler tarafından hazırlanan boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmanın, hâkim tarafından uygun bulunması ile anlaşmalı boşanma gerçekleşir (TMK m. 166/4). Bu şartlar gerçekleştiği takdirde hâkim verilen hükme bağlı kalır, başka bir hüküm vermez⁴³⁹.

Anlaşmalı boşanmada eşlerin, boşanmanın sonuçların ilişkin sözleşmede kural olarak malî sonuçlar ile çocukların durumu hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Boşanmanın sonuç sözleşmesinde yer alması gereken malî sonuçlar, maddî ve manevî tazminat davası ile nafakaya ilişkin taleplerdir. Çocukların durumu hakkında yapılacak düzenlemeler ise velâyet hakkı ve çocuğun gerek velâyet hakkına sahip olmayan anne-baba ile gerekse de üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurmasını içerir. Eşler, bu anlaşmayı yaparken mutlak bir özgürlük içerisinde değildir. Zira hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde

⁴³⁶ **Grassinger**, Gülçin Elçin, Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İÜHFİM, sh. 235-242, İstanbul, 1997, sh. 236.

⁴³⁷ **Sarı**, sh. 17; **Kılıçoğlu**, Katkı- Katılma Alacağı, sh. 39

⁴³⁸ **Grassinger**, sh. 235; **Gümüş**, Boşanma Davası, sh. 395. Boşanmadan sonra fer'î sonuç sözleşmesi yapılması mümkün değildir yönünde bkz. **Özüğür**, Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara, 2013, (*Kısaca: Boşanma*),sh. 488.

⁴³⁹ **Özüğür**, Boşanma, sh. 487; **İpek**, sh. 96.

tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Ancak bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Eşler boşanmanın sonuçlarına ilişkin hususlarda, yazılı şekilde anlaşma yapabilirler. Duruşma esnasında anlaşmaları hâlinde ise bu hususlar zapta geçirilir⁴⁴⁰. Boşanmanın sonuçlarına ilişkin sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için sözleşmenin hüküm fıkrasına geçmesi gerekir⁴⁴¹. Anlaşmanın sağlanamaması ya da tarafların yapmış oldukları anlaşmanın, hâkim tarafından değiştirilmiş şeklini, eşlerin kabul etmemesi davanın reddini gerektirir⁴⁴².

Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi için eşlerin, yasal mal rejiminin tasfiyesi hususunda anlaşmalarının gerekip gerekmeyeceği ise tartışmalıdır. İsviçre Medenî Kanunu, tam anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için, eşlerin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin tam bir anlaşmaya varmalarını arar (ZGB Art. 111). Bu bağlamda, ZGB'nin anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi için mal rejiminin tasfiyesini zorunlu gördüğü söylenebilir⁴⁴³. Doktrinde ise anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için eşlerin, evlilik birliğine uygulanan mal rejiminin tasfiyesi konusunda, anlaşmaları gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴⁴. Diğer bazı yazarlar tarafından, bu görüş eleştirilmiş ve mal rejiminin tasfiyesinin, anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için şart olmadığı savunulmuştur⁴⁴⁵. Bu görüş doğrultusunda katılma alacağı talebi, boşanmanın sonuçlarına ilişkin sözleşmede yer alması zorunlu malî bir unsur değildir. Bunun sonucu olarak, eşlerin bu konularda anlaşmamış olmaları boşanma kararının verilmesine engel teşkil etmemelidir. Yine yasal mal rejiminin bir sonucu olarak değer artış payı alacağı talebi, boşanmanın eki niteliğinde değildir⁴⁴⁶. Bu bağlamda eşlerin değer artış payı alacağının miktarı veya ödenmesi hususunda anlaşmamış olmaları boşanmaya engel olmaz.

Anlaşmalı boşanmanın sonuçlarına ilişkin sözleşmede yer verilebilecek düzenlemeler, yalnızca maddî, manevî tazminat talebi ile velâyet ya da nafakayla sınırlı değildir. Eşler

⁴⁴⁰ İpek, sh. 109; Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh.119;

⁴⁴¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 119; Özüğür, Boşanma, sh. 487; Grassinger, sh. 237; İpek, sh. 111.

⁴⁴² Bu hâlde Yargıtay'a göre şartları varsa genel boşanma sebeplerinden birine göre boşanma imkânı tanınmalıdır yönünde bkz. Grassinger, sh. 237; Dural/ Ögüz/ Gümüş, sh. 119; Özüğür, Boşanma, sh. 490, 986. Eleştirisi için bkz. İpek, sh. 96, 97,102.

⁴⁴³ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, sh. 112.

⁴⁴⁴ Sarı, sh. 105-106.

⁴⁴⁵ Özüğür, Boşanma, sh. 489; İpek, sh. 113; Gümüş, Boşanma Davası, sh. 393; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, sh. 401; Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 254; Şıpka, Zamanaşımı, sh. 848; Uluç, sh. 553, 554; Gençcan, sh. 376-378.

⁴⁴⁶ Gençcan, sh. 704, 705; Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, sh. 51. Aynı yöndeki karar için bkz. Yarg. 2. HD. 25.04.2011 T., 2010/6019 – 2011/6917 karar için bkz. Kaçak, sh. 149.

diğer birtakım konularda da düzenleme yapabilirler⁴⁴⁷. Bu bağlamda anlaşmalı boşanmanın sonuçlarına ilişkin sözleşmede kadının, kocasının soyadını kullanmaya devam edeceğinin⁴⁴⁸, aile konutunun kime kalacağına⁴⁴⁹ kararlaştırılması mümkündür. Yine eşler katılma alacağı ve değer artış payı alacağı talebi ya da aile konutunun eşe özgülenmesi gibi tasfiye hükümlerine boşanmanın sonuçlarına ilişkin sözleşmede yer verebilirler. Ancak boşanma davasının protokolünde yasal mal rejiminin tasfiyesini amaçlayan eşler, bu hususu ayrıca ve açıkça belirtmelidirler. Bu bağlamda birbirinden bağımsız özellik arz eden değer artış payı alacağı ve katılma alacağı ayrı değerlendirilmeli ve eşin, katılma alacağı istemediğine yönelik ifadesi, değer artış payı alacağını kapsar şekilde yorumlanmamalıdır. Bu durumda eş, açacağı ayrı bir dava ile değer artış payı alacağı talebinde bulunabilmelidir. Sözleşmede yer alan eşlerin her türlü şahsî alacaklarını aldıklarına ve bu konuda birbirlerinden taleplerinin bulunmadığına ilişkin beyanları, mal rejimi tasfiyesi anlamına gelmemektedir⁴⁵⁰. Ancak Yargıtay vermiş olduğu bir kararında eşin, protokolde yer alan diğer eşten boşanma dışında herhangi bir tazminat, nafaka ve mal talebinin yoktuğunu ifadesinin mal rejiminin tasfiyesine engel olduğunu kabul etmiştir⁴⁵¹. Bu hâlde, Yargıtay'ın eşlerin talepte bulunmayacaklarını kararlaştırdıkları 'herhangi bir tazminat' kavramını geniş yorumlayarak katılma alacağı ve değer artış payı alacağını da içerisine dâhil ettiği söylenebilir⁴⁵².

Anlaşmalı boşanma davasında eşlerin boşanmanın sonuçlarına ilişkin yapacakları sözleşmede yasal mal rejiminin tasfiyesine yönelik hükümlere yer vermeleri hâlinde, söz konusu bu hükümler de hâkim tarafından onaylanmalıdır⁴⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşma, mal rejimi

⁴⁴⁷ **Uluç**, sh. 555; **Özüğür**, Boşanma, sh. 488; **İpek**, sh. 112; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, sh. 401.

⁴⁴⁸ **Özüğür**, Boşanma, sh. 488; **İpek**, sh. 113.

⁴⁴⁹ **İpek**, sh. 112.

⁴⁵⁰ Yarg. 8. HD. 28.05.2012 T., 144/4855 sayılı karar için bkz. **Karamercan**, sh. 461–462.

⁴⁵¹ Yarg. 8. HD. 28.02.2013 T., 2012/5107 E., 2013/2379 K. için bkz. **Karamercan**, sh. 462–463. Aksi yöndeki Yarg. 8. HD. 02.12.2013 T., 5043/18125 sayılı karar için bkz. **Karamercan**, sh. 468–471.

⁴⁵² Yarg. HGK, protokolde yer alan eşlerin birbirlerinden mal talebi olmadığına yönelik ifadenin, mal rejiminin tasfiyesini de kapsadığını kabul etmiştir. Karar için bkz. Yarg. HGK. 27.11.2013 T., 8–185/1601 sayılı karar için bkz. **Karamercan**, sh. 473–485.

⁴⁵³ **Sarı**, sh. 106.

sözleşmesi içerisinde yapılmış olsa da hâkimin yine bu anlaşmayı onaylaması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁵⁴.

2.3.3. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASI HARİÇ BOŞANMA DAVALARINDA FER'Î SONUÇ SÖZLEŞMESİ

Eşlerin anlaşmalı boşanma davası dışında diğer boşanma davalarında da iradeleriyle düzenleme yapmalarına imkân tanınır. Eşler bu sözleşme ile boşanmanın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşma yapabilirler. Ancak yapacakları bu düzenleme hâkimin onayına tâbidir (TMK m. 184/5).

Hâkimin boşanmanın fer'î niteliğindeki hususların düzenlendiği anlaşmayı onaylamaması hâlinde boşanma yine gerçekleşir. Ancak hâkim anlaşma ile bağlı olmadığı için fer'î sonuç sözleşmesi yürürlüğe girmez⁴⁵⁵. Eşler, boşanmanın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşma yapmamış veya mahkemeden bu hususta talepte bulunmamışlarsa boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içerisinde ayrı bir dava açarak talepte bulunabilirler (TMK m. 178)⁴⁵⁶.

Eşlerin üzerinde anlaşmaya varacağı konular boşanmanın eki niteliğinde olan malî sonuçlardır. Maddî ve manevî tazminat davası ile yoksulluk nafakası bu kapsamda değerlendirilmelidir⁴⁵⁷. Yoksa anlaşmalı boşanmadan farklı olarak çocukların velâyeti ile ilgili konularda ya da boşanmanın kanundan doğan sonuçları hakkında hâkim re'sen karar verir⁴⁵⁸. Yine mahkeme masrafları, boşanmanın fer'î nitelikte bir sonucu değildir⁴⁵⁹.

Diğer bir önemli konu ise mal rejiminin tasfiyesine ilişkin taleplerin, fer'î sonuç sözleşmesinde yer alması hâlinde hâkimin onayına tâbi olup olmayacağıdır. Doktrinde boşanmanın devamı süresince eşlerin yapacakları tasfiye anlaşmalarının hâkimin, onayına tâbi olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶⁰. Diğer bir görüş de mal rejiminden doğan taleplerin, TMK m. 184/5'e tâbi olmayacağı, bu nedenle de geçerliliği için hâkimin onaylaması

⁴⁵⁴ 1.2.1996 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **Grassinger**, sh. 239 – 241. Aynı yönde bkz. **Gençcan**, sh. 380.

⁴⁵⁵ **Grassinger**, sh.237.

⁴⁵⁶ TMK m. 178 ile boşanma kararında birlik ilkesi tamamen koparılmıştır yönünde bkz. **Gümüş**, Boşanma Davası, sh. 392.

⁴⁵⁷ Yargıtay'ın ev eşyasını da boşanmanın fer'î sonuç sözleşmesinin malî hükümleri kapsamında değerlendirdiği yönünde bkz. **İpek**, sh. 113.

⁴⁵⁸ **Grassinger**, sh. 236.

⁴⁵⁹ **İpek**, sh. 113; **Grassinger**, sh. 236.

⁴⁶⁰ **Gümüş**, Boşanma Davası, sh. 393, 399; **Sarı**, sh. 106; **Zeytin**, sh. 235.

gerekmediğini savunmaktadır⁴⁶¹. Gerçekten de TMK m. 184/5 hükmü, boşanma ve ayrılığın fer'î sonuçlarının, hâkim tarafından onaylanmasını düzenler. Ancak söz konusu bu hükmün, yasal mal rejiminin tasfiyesini kapsadığı söylenemez.

2.4. TASFİYE SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

2.4.1. TALEP ve DAVA HAKKI

Tasfiye sözleşmesi, esas itibariyle mal rejiminin sona ermesi ile gündeme gelen katılma alacağının, eşler tarafından belirlenmesini amaçlar. Bu belirleme ise yasal mal rejiminin sona ermesi öncesinde ya da sonrasında gerçekleştirilebilir. Ancak mal rejimi sona ermeden yapılan tasfiye sözleşmeleri, mal rejiminin sona ermesi ile hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Yasal mal rejiminin sona ermesiyle eşlerden birinin sahip olacağı katılma alacağının niteliği bakımından, tasfiye sözleşmesi veya tasfiye davası ile belirlenmesi arasında bir fark bulunmaz. Tasfiye sözleşmesi ile kural olarak diğer eşe nispi hak tanınır. Ancak eşler tasfiye sözleşmesi ile eşe veya mirasçılara ayni hak tanınması konusunda anlaşma yapabilirler. Ayrıca her iki şekilde de katılma alacağının, borçlu eşten ifası istenebilir ve icra takibi yapılabilir. Zira bu hâlde borçlu eşin alacaklı eşe karşı durumu, üçüncü bir kişi gibidir. Yine para alacağının muaccel olmasından başlayarak da faiz işler.

2.4.2. ÜÇÜNCÜ KİŞİYE BAŞVURU HAKKI

Tasfiye sözleşmesi ile belirlenen katılma alacağı, alacaklı olan eş tarafından dava edilebilir. Eş, borçlu eşe veya onun mirasçılara karşı icra takibinde bulunarak katılma alacağının ifasını talep edebilir. Yine aynı şekilde alacaklı eş, borçlu eşin malvarlığı, katılma alacağını ödeyemediği takdirde TMK m. 241 hükmünün şartlarını sağlayarak üçüncü kişiye başvuru hakkını kullanabilir. Bu bağlamda üçüncü kişiye başvurulabilmesi için katılma alacağının miktarının mahkeme kararı veya tasfiye sözleşmesi ile belirlenmesinin bir önemi yoktur⁴⁶².

Üçüncü kişiye karşı dava hakkının doğabilmesi için, ilk olarak borçlu eş veya mirasçıları tarafından ödenmemiş bir katılma alacağı olmalıdır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, üçüncü kişiye yalnızca katılma alacağı talebi yöneltilebilir. Yoksa yasal mal rejimi

⁴⁶¹ Özüğür, Boşanma, sh. 988.

⁴⁶² Sarı, sh. 253; Zeytin, sh. 252.

süresi içerisinde doğan veya evlilik birliğinin genel hükümlerine ilişkin talepler ile borçlar hukukundan kaynaklanan alacak talepleri, tasfiye sözleşmesinde düzenlenmiş olsa dâhi alacaklı eşe üçüncü kişiye başvurma hakkı vermez. Bu bağlamda tasfiye sözleşmesi ile belirlenmiş olan değer artış payı alacağı ya da kira, vekâlet akdi gibi TBK'ye tâbi bir sözleşmeden doğan alacak için TMK m. 241 kapsamında üçüncü kişiye başvurulamaz.

Alacaklı eş, üçüncü kişiye karşı yalnızca tasfiyede hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmalar için başvuru hakkını kullanabilir. Bu nedenle üçüncü kişiye, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içerisinde, diğer eşin rızasını almaksızın yapılmış bir karşılıksız kazandırma veya katılma alacağını azaltmak kastıyla devir yapılmış olmalıdır. Ayrıca üçüncü kişinin sorumluluğu, kendisine yapılmış olan kazandırma ile sınırlıdır. Bu sorumluluğun tespitinde ise üçüncü kişinin ödediği karşılık dikkate alınmalıdır⁴⁶³. Kanaatimizce, üçüncü kişinin kazandırmayı elde edebilmek için yapmış olduğu olağanüstü masrafların da dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir sorumluluk miktarı belirlenmesi yerinde olur. Aksinin kabulü, kendisine kazandırmada bulunulan üçüncü kişinin sorumluluğunu fazla genişletir.

Üçüncü kişiye başvurma hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer (TMK m. 241/2).

2.4.3. ZAMANAŞIMI

Tasfiye sözleşmesi ile belirlenen katılma alacağının tâbi olduğu zamanaşımı süresi, kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak tasfiye sözleşmesi ile belirlenen alacağa, genel zamanaşımı düzenlemesi olan TBK m. 146'nın uygulanması gerekir. O hâlde tasfiye sözleşmesi ile belirlenen katılma alacağı, değer artış payı alacağı veya başkaca bir alacak hakkı on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. On yıllık bu zamanaşımı süresi ise katılma alacağının veya tasfiye sözleşmesinde düzenlenmiş olan diğer alacakların muacceliyetinden itibaren başlar. Tasfiye sözleşmesinde düzenlenen alacakların muacceliyetinin tespitinde ise bir ayırım yapmak gerekir. Şöyle ki: Eşler alacağın muaccel olması için bir süre belirlemiş olabilirler. Bu hâlde, tasfiye sözleşmesi ile düzenlenen alacak, belirlenen tarihte muaccel olur. Söz konusu bu tarih gelmeden alacaklı eş, borcun

⁴⁶³ Zeytin, sh. 253.

ifası talebinde bulunamaz. Tasfiye sözleşmesinde eşler tarafından alacağın muaccel olacağı tarih belirtilmemiş ise tasfiye sözleşmesinin tamamlanması ile alacak muaccel hâle gelir.

2.4.4. ALACAKLILARIN KORUNMASI

Kanun koyucu eşlere kanunda yazılan sınırlar içerisinde tasfiye sözleşmesi yapma imkânı tanırken bu işlemlerden menfaati zedelenen kişileri de korumayı amaçlar. Bu düzenlemelerden biri de alacaklıların korunmasını amaçlayan TMK m. 213 hükmüdür. TMK m. 213'e göre mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakamaz. Aksi hâlde, kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur; ancak söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği takdirde, bu ölçüde kendisini sorumluluktan kurtarabilir.

Görüldüğü üzere alacaklıların, eşler arasında yapılan tasarruflara karşı koruma altına alındığı durumlardan biri de edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesidir. Tasfiyenin dava ya da sözleşme ile gerçekleştirilmiş olması hâlinde alacaklılar, TMK m. 213 kapsamında koruma altına alınmalıdır.

Özellikle evlilik birliğinin devam ettiği ancak eşlerin yasal mal rejimini sona erdirip tasfiyesini gerçekleştirdiği durumda eşler, alacaklılarından mal kaçırma amacı güdebilir, bu yönde anlaşmalar yapabilirler. Örneğin eşler, yasal mal rejiminin tasfiyesini dava açarak gerçekleştirmiş olsalardı, erkek eş lehine 10 bin TL katılma alacağı doğacağını öngörüp tasfiye sözleşmesiyle 5 bin TL katılma alacağının ödenmesine karar verebilirlerdi. Bu hâlde erkek eşin alacaklılarının haklarının zedelendiği ortadadır. Bu nedenle erkek eşin alacaklıları batıl olan tasfiye sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ileri sürebilmelidirler.

TMK m. 213 hükmü, borçlu eşten borçlu olmayan eşe yapılan ve katılma alacağının ifası amacını taşıyan her türlü devri kapsar⁴⁶⁴. Bu nedenle katılma alacağının ifasına yönelik devirler, bu kapsamda iken mal rejimi hükümleri kapsamına girmeyen bağış ve satım tasfiye sözleşmesinde yer alsa dâhi TMK m. 213 hükmü uygulanmaz.

⁴⁶⁴ Kaçak, sh. 142.

2.5. TASFİYE SÖZLEŞMESİNDE YER VERİLEBİLECEK DÜZENLEMELER

2.5.1. GENEL OLARAK

Eşler tasfiye sözleşmesinde katılma alacağı dışında başka düzenlemeler de yapabilirler⁴⁶⁵. Eşler veya mirasçılar tarafından yapılacak bu düzenlemeler, mal rejimi hukukundan kaynaklanan alacak ve borç taleplerine veya evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerle ilişkin olabilir. Bu nedenle, eşler tarafından yapılabilecek bu düzenlemeleri tek tek belirlemek mümkün değildir. Ancak mal rejimi hukuku, aile hukuku ve TBK kapsamında yapılabilecek değişiklikler örneklenebilir.

Eşler edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında yapacakları bu düzenlemeler bakımından sınırsız bir özgürlük içerisinde değildirlir. Söz konusu bu düzenlemelerin sınırını, edinilmiş mallara katılma rejiminin temelini olan emredici nitelikteki hükümleri oluşturur. Zira aksinin kabulü ile eşler, yasal mal rejimi süresi içerisinde yapmak istedikleri, ancak emredici düzenlemeler nedeniyle elde edemedikleri sonucu, tasfiye sözleşmesi ile dolanarak elde edebilirler. Ayrıca TBK kapsamında yapılan düzenlemeler bakımından da, TBK’de öngörülen yasal sınırlara uyulması gerekir (TBK m. 26).

2.5.2. YASAL MAL REJİMİNDEN KAYNAKLANAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN DÜZENLENMESİ

2.5.2.1. Katılma Alacağının Düzenlenmesi

Tasfiye sözleşmesi ile eşler, katılma alacaklısı ve borçlusunu belirleyebilirler. Yapılacak bu düzenleme kapsamında her iki eş de, diğer eşe ödemede bulunabilir ya da tek bir eş katılma alacağına hak kazanabilir.

Eşler, katılma alacağının belirli bir miktar para olarak ödenmesine karar verebilecekleri gibi başka bir belirleme de yapabilirler. Şöyle ki: Eşlerin katılma alacağı olarak borçlu eşin sahip olduğu araba üzerinde mülkiyet, ev üzerinde intifa veya oturma hakkı, arazi üzerinde ise geçit hakkı tanınmasını kararlaştırmaları mümkündür. Ancak eşe oturma ya da intifa hakkının tanınacağı konutun, TMK m. 240’tan farklı olarak aile konutu olması gerekli değildir. Bu hâlde eşler, edinilmiş mallara katılma rejiminin nispî hak tanınması ilkesinden

⁴⁶⁵ Eşler, tasfiye anlaşmasını kendileri tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde yapabilirler görüşü için bkz. **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, sh. 206.

ayrılmış olurlar. Zira mal rejiminin dava yolu ile tasfiyesinde kanunda aranan şartların gerçekleşmesi ile yalnızca aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak tanınır.

Eşlerin katılma alacağına ilişkin yapacakları diğer bir düzenleme ise katılma alacağı talebinden vazgeçmedir. Gerçekten de eşlerden biri veya her ikisi katılma alacağından vazgeçebilir. Bu hâlde, mal rejiminin sona ermesinden tasfiye tamamlanana kadar muhtemel bir alacağın, tasfiye tamamlandıktan sonra ise doğmuş bir alacağın geçerlilik şekline bağlı olmayan ibrası söz konusu olur⁴⁶⁶.

Tasfiye sözleşmesi ile faiz düzenlemesi yapılabilir. Tasfiye sözleşmesinde katılma alacağına faiz yürütülmesi, faiz talebinden vazgeçilmesi, faiz oranı veya faizin işlemeye başlayacağı tarih kararlaştırılabilir.

Kural olarak eşlerin artık değerleri tespit edilirken değer eksilmesi tespit edilirse yani edinilmiş mallarına yapılacak eklemeler ve denkleştirmelerden sonra elde edilecek aktif değerler, edinilmiş mallara ilişkin borçlarından çok ise, eşler eksi değere katılamazlar (TMK m. 231/2). Yine eşlerin TMK m. 237/1 kapsamında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile eksi değere katılmalarına yönelik anlaşma yapmaları da mümkün değildir⁴⁶⁷. Eşlerin tasfiye sözleşmesiyle birbirlerinin eksi değerlerine katılmayı kararlaştırmaları mümkün değildir. Zira aksinin kabulüyle eşlere, emredici nitelikteki TMK m. 231/2 hükmünü, tasfiye sözleşmesi ile dolanma imkânı tanınmış olur.

2.5.2.2. Değer Artış Payı Alacağının Düzenlenmesi

Eşler, mal rejiminden doğan bir alacak olarak değer artış payı alacağının miktarına, ödeme zamanına karar verebilirler. Bununla birlikte eşin, değer artış payından ya da değer artış payı alacağından vazgeçmesi mümkün olmakla birlikte eş, hangisinden vazgeçtiğini açıkça belirtmelidir. Zira eşler, değer artış payından vazgeçmeleriyle, yalnızca değer artışından pay alma hakkından vazgeçmiş olurlar. Yoksa değer artış payı alacağına neden olan temel alacak varlığını devam ettirir. Temel alacağın TBK'ye tâbi olması nedeniyle bu alacaktan vazgeçmeye de ibra hükümleri uygulanmalıdır⁴⁶⁸. Doktrinde temel alacaktan vazgeçme,

⁴⁶⁶Dural/ Öğüz/ Gümüş, sh. 231.

⁴⁶⁷ Eşin katkıda bulunduğu malvarlığı değerinde gerçekleşen değer azalmalarına TMK m. 230/3'de olduğu gibi katılması gerekmektedir yönünde bkz. Acar, sh. 145. Zeytin, sh. 223.

⁴⁶⁸ Gümüş, sh. 357.

değer artış payının da ortadan kalkması sonucunu doğuracağı için ancak tasfiye tamamlandıktan sonra, ibranın mümkün olması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶⁹.

Eşler, hangi sebeple doğmuş olursa olsun, tüm değer artış payı alacakları için düzenleme yapabilirler. Bu bakımdan eşler, kişisel malvarlığı grubundan kişisel malvarlığı grubuna yapılan katkı nedeniyle doğan değer artış payı alacağı miktarını düzenleyebilir ya da edinilmiş malvarlığı grubundan kişisel malvarlığı grubuna yapılan katkı nedeniyle doğan değer artış payı alacağından vazgeçebilir.

Değer artış payı alacağı hesaplanırken kural olarak yatırımcı eş, katkıda bulunduğu malvarlığındaki değer eksilmelerine katılmaz. Bu hâlde değer artış payı alacağı temel alacağına eşit olur (TMK m. 227). Ancak eşler yapacakları tasfiye sözleşmesinde katkıda bulunulan malın değerinde olan azalmayı dikkate alarak değer artış payı alacağını kararlaştırabilmelidir.

Eşler, değer artış payı alacağına ödeme şekline ilişkin de anlaşma yapabilirler. Bu bağlamda, değer artış payı alacağına para veya ayın ile ödenmesine karar verilebilir. Örneğin, eşler değer artış payı alacağı yerine katkının yapıldığı malvarlığı değeri üzerinde yatırımcı eş lehine aynı hak tanınmasını kararlaştırabilirler.

2.5.3. EVLİLİK BİRLİĞİNDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN DÜZENLENMESİ

Evlilik birliğinden kaynaklanan borç düzenlemesine, evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğü örnek gösterilebilir. Şöyle ki: Eşlerden her biri, evlilik birliğinden doğan giderlere güçleri oranında katılmak zorunda olup (TMK m. 186/3) söz konusu bu katkı, eşlerin kendi aralarında yapacakları sözleşme ile belirlenebilir. Uzlaşmanın gerçekleşmemesi hâlinde ise, hâkimden katılma oranını belirlemesi talep edilebilir (TMK m. 196/1). Gerek hâkim gerekse de eşler tarafından belirlenen birlik giderlerine katılma yükümlülüğü yerine getirilmez ise diğer eş, geçmiş bir yıl için ödemenin kendisine yapılmasını borçlu eşten talep edebilir (TMK m. 196/3). Bu bağlamda, mal rejiminin sona ermesi ile birlikte eşler, geçmiş bir yıl için birlik giderine yapılan katkının ödenmesini tasfiye sözleşmesinde düzenleyebilirler.

⁴⁶⁹ Hausheer/ Reusser/ Geisser, Art. 206 Nr. 60; Gümüş, sh. 357.

Evlilik birliğinden doğan bir diğer borç ilişkisi ise birliği temsil yetkisinden doğar. Eşlerden birinin, birliği temsil yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemlerden her iki eş de müteselsilen sorumlu olur (TMK m. 189). Eşlerden birinin yapmış olduğu bu tür işlemlerden doğan borçlar, tasfiye sözleşmesinde karşılıklı olarak düzenlenebilir.

Eşler tasfiye sözleşmesi ile nafakaya ilişkin düzenleme yapabilir, nafakanın miktarını kararlaştırabilir ya da hükmedilen nafakanın ortadan kaldırılması veya azaltılması için kanunda aranan şartlar gerçekleşmiş olsa dâhi kesilmeyeceğini kararlaştırabilirler⁴⁷⁰. Yine eşlerin boşanmanın bir sonucu olarak maddî ve manevî tazminat alacağına miktarını, süresini düzenlemeleri mümkün olmalıdır.

2.5.4. TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA YAPILABİLECEK DÜZENLEMELER

Eşler, evlilik birliğine veya mal rejimi düzenlemelerine ilişkin olmaksızın aralarındaki herhangi bir hukukî ilişkiden doğan veya üçüncü kişiye olan borçlarını tasfiye sözleşmesinde düzenleyebilirler. Bu kapsamda eşler, genel olarak mal rejiminin sona ermesi ânında ve tasfiye sözleşmesinin yapılması aşamasında muaccel olmamış bir alacağın muaccel olacağı tarihi kararlaştırabilirler. Öte yandan eşlerin muaccel olmuş bir alacağın ifa şeklini, uygulanacak faiz oranını belirlemeleri de mümkündür. Eşlerin bu kapsamda yapacağı anlaşmalar, TBK'nin genel hükümlerine tâbidir.

Eşler karşılıklı olarak doğmuş bulunan alacaklarını, takas edebilirler. Takasa konu alacaklar, eşlerin konusu ne olursa olsun her türlü alacağıdır. Bu bağlamda eş, diğer eşten olan katılma alacağı ile evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünden doğan borcunu (TMK m. 196/3) veya değer artış payı alacağı ile herhangi bir borç ilişkisi nedeniyle muaccel hâle gelen para borcunu takas edebilir.

Eşlerin tasfiye sözleşmesinde yer verebileceği bir başka düzenleme ise borcun ibrasına ilişkindir. Zira eşler, anlaşarak bir eşin diğerinden olan alacağını ibra ederek borcu sona erdirebilir. Şekle tâbi olmayan ibra sözleşmesi ile borç kısmen veya tamamen sona erdirilebilir (TBK m. 132). Eşlerin ibraya konu alacağı, değer artış payı alacağına hak kazandıran temel alacak veya maddî ya da manevî tazminat alacağı olabilir.

⁴⁷⁰ **Kaçak**, Nazif, Boşanma Davalarında Maddî ve Manevî Tazminat İle Yoksulluk Nafakası, Ankara, 2009, (Kısaca: *Yoksulluk Nafakası*), sh. 32.

Eşlerin tasfiye sözleşmesinde yer verebileceği bir diğer düzenleme ise bağışlamadır. Bağışlama sözleşmesi, şekle tâbi olmayıp konusunu malvarlığına ilişkin her hangi bir hak oluşturabilir. Eşin edinilmiş mallara katılma rejimi süresi içinde diğer eşe yapmış olduğu kazandırmalardan dönmesi ise yine tasfiye sözleşmesinde karşılaştırılabilir. Ancak bunun için TBK m. 295 hükmü şartları gerçekleşmelidir.

3. EVLİLİK BİRLİĞİ İÇERİSİNDE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN MAL REJİMİNİN TASFİYESİNE ETKİSİ

3.1. MUVAZAALI İŞLEM İLE ELDE EDİLENLERİN İADESİ

3.1.1. GENEL OLARAK

Muvazaa, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla sözleşme taraflarının iradeleri ile beyanları arasında isteyerek meydana getirdikleri uyumsuzluktur⁴⁷¹. Muvazaa anlaşması ise tarafların çeşitli sebeplerle yapmış oldukları ancak aslında hüküm ve sonuç doğurmasını hiç istemedikleri anlaşma olarak tanımlanabilir⁴⁷². Muvazaalı işlemler, tarafların muvazaa anlaşmasındaki amaçlarına göre mutlak muvazaa ve nispi muvazaa olarak ikiye ayrılır. Muvazaalı işlemi gerçekleştiren taraflar, yalnızca görünürdeki işlemin hüküm ve sonuç doğurmamasını amaçlıyorsa mutlak muvazaadan⁴⁷³, bununla birlikte görünürdeki işlemin arkasında kendi iradelerine uygun başka bir işlemin hüküm ve sonuç doğurmasını istiyorlarsa nispi muvazaadan⁴⁷⁴ bahsedilir.

Muvazaalı işlemler, mirisin mirasçılardan veya borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla yapılmasında olduğu gibi farklı kişilerle ve çeşitli amaçlarla da yapılabilir. Evlilik birliği içerisinde de eşler, borçlu olan eşin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla, hacedilmesini istemedikleri malvarlığı değerlerinin, diğer eşe muvazaalı işlem ile devredilmesi hususunda anlaşmış olabilirler. Bu durumda eşlerde gerçek anlamda bir devir iradesi bulunmamakla birlikte kişisel veya edinilmiş mallarını diğer eşe devrederek

⁴⁷¹ **Eren**, sh. 349; **Yavuz**, Nihat, Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Ankara, 2014, sh. 249; **Özkaya**, Eraslan, Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara, 2013, sh. 172, 173; **Aday**, Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul, 1992, sh. 2.

⁴⁷² **Yavuz**, sh. 249, **Özkaya**, sh. 176; **Aday**, sh. 8; **Nomer**, Hâluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013, sh. 73.

⁴⁷³ Mutlak muvazaaya doktrinde adi muvazaada denilmektedir yönünde bkz. **Eren**, sh. 353; **Oğuzman/ Öz**, sh. 131; **Özkaya**, sh. 179; **Aday**, sh. 3; **Hatemi/ Gökyayla**, sh. 90; **Reisoğlu**, sh. 105.

⁴⁷⁴ Nispi muvazaaya nitelikli muvazaada denilmektedir yönünde bkz. **Eren**, sh. 353; **Özkaya**, sh. 180; **Aday**, sh. 3; **Oğuzman/ Öz**, sh. 131; **Hatemi/ Gökyayla**, sh. 90.

alacaklıların icra takibinden kurtulmak isterler. Bu hâlde mutlak muvazaa vardır⁴⁷⁵. Ancak eşin saklı paylı mirasçılardan mal kaçırmak için diğer eşe satmış gözüktüğü kişisel veya edinilmiş malını bağışlaması hâlinde nispî muvazaadan söz edilir.

Öte yandan eşlerden birinin, üçüncü kişi ile gerçekleştireceği muvazaalı işlemle boşanma davası öncesinde, mal rejiminin sona ermesi ânında borçlu görünmek için, edinilmiş malını devretmesi mümkündür. Bu hâlde eş, yasal mal rejiminin tasfiyesinde artık değerini az göstererek diğer eşin katılma alacağını azaltmayı amaçlar. Bunun için ise, eşin üçüncü kişi ile yapacağı muvazaalı bir işlem ile kendisini borçlu göstermesi, kıymetli evrak düzenlemesi veya sebepsiz borç ikrarı yaparak aleyhine takip yapılmasını sağlaması mümkündür.

Evlilik birliği içerisinde yine muvazaanın bir türü olarak şahısta muvazaa söz konusu olabilir. Şahısta muvazaada üçüncü kişi ile yapılan hukukî işlemde doğan hak ve borçlardan işlemin tarafı olan eş değil, diğer eş yararlanır⁴⁷⁶. Ayrıca üçüncü kişi yani satıcı da sözleşmenin tarafı olan eş ile sözleşmeden doğan hak ve borçlardan asıl olarak yararlanan eş arasındaki muvazaa anlaşmasını bilir. Bu hâlde üçüncü kişi yani satıcı, görünürdeki işlemi eşlerden biri ile yapmakta iken alıcı eş, maliki görüldüğü taşınmaz veya taşınırı diğer eşe devretmeyi taahhüt eder.

Eşler görünürde yapmış oldukları işlemin, hüküm ve sonuç doğurmayacağını, yazılı veya sözlü olarak kararlaştırabilirler. Zira görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağına ilişkin muvazaa anlaşması, şekle tâbi değildir⁴⁷⁷. Ancak yazılı veya resmî şekle tâbi bir sözleşmede muvazaa yapılması hâlinde, muvazaanın ispatı için anlaşmanın yazılı şekilde yapılması gerekir⁴⁷⁸. Doktrindeki bu kabule göre, taşınmaz malın diğer eşe muvazaalı bir işlemle devredildiğini iddia eden eş, yazılı bir sözleşmeyle

⁴⁷⁵ Mutlak muvazaanın tarafları arasında vekâlet akdi oluşmaktadır. Bkz. **Hatemi/ Gökayla**, sh. 90; **Demir**, Pınar Özlem, Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, (*Kısaca: Yasal Mal Rejimi*), sh. xcvi.

⁴⁷⁶ Bu hâlde satıcının işlem yaptığı kişi ile asıl hak sahibi olacak kişi arasında vekâlet akdi devreye girer. Sözleşmeye konu şeyin mülkiyeti, vekâlet akdi sebebine dayanarak istenebilecektir görüşü için bkz. **Hatemi/ Gökayla**, sh. 90; **Demir, P.Ö.**, Yasal Mal Rejimi, sh. xcvi. Şahısta muvazaa özel bir muvazaa türü olmayıp bu hâlde yalnızca basit muvazaa söz konusudur yönünde bkz. **Oğuzman/ Öz**, sh. 131.

⁴⁷⁷ **Eren**, sh. 351; **Özkaya**, sh. 176, 204; **Aday**, sh. 11. Resmî şekilde yapılması gerekli olan bir satış sözleşmesinde muvazaa anlaşması sözlü dâhi akdedilmiş olabilir yönünde bkz. **Yavuz**, sh. 240.

⁴⁷⁸ **Eren**, sh. 351, 364; **Özkaya**, sh. 176, 177; **Reisoğlu**, sh. 111. Muvazaalı işlemin tarafları bakımından senede bağlanan işlemde muvazaanın varlığı, yalnızca senetle ispat edilebilir. Ancak üçüncü kişiler, muvazaanın varlığını her türlü delille ispat edebilir yönünde bkz. **Aday**, sh. 63, 69. Aynı yöne Yarg. 19. HD. 01.02.2010 T., 5429/805 karar için bkz. **Yavuz**, sh. 308.

muvazaanın varlığını ispat etmelidir. Ayrıca doktrinde belirtildiği üzere, HMK m. 203 hükmü senetle yapılan işlemlerdeki muvazaa iddialarını kapsamaz⁴⁷⁹. Bu nedenle eş, her ne kadar senetle ispatı gerekse de taşınmaz satımını konu alan muvazaa sözleşmesinin varlığını, taşınmazın kendisine ait olduğunu tanıkla ispat edemez. Öte yandan, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi hâlinde, miras bırakan eşin saklı paylı mirasçıları da muvazaanın varlığını şekle tâbi olmaksızın ispat edebilmelidir. Ancak mirasçıların resmî şekle tâbi bir sözleşmede muvazaanın varlığını yazılı şekil ile ispat etmeleri gerekir.

Muvazaalı işlemin yasal mal rejiminin tasfiyesini nasıl etkileyeceğini tespit edebilmek için, öncelikle muvazaanın hüküm ve sonuçlarını tespit etmek gerekir. Yapılmış bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin tespitinde veya yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere ise bakılmaz (TBK m. 19). Bu nedenle görünürdeki işlem, eşlerin gerçek iradelerini yansıtmadığı ve hüküm ve sonuç doğurmasını istemedikleri için geçersiz olur⁴⁸⁰. Taşınmazın satımında muvazaa söz konusu ise, tapu kaydındaki yolsuz tescilin düzeltilmesi (TMK m. 1025), taşınır malvarlığı değerinin ise iadesi talep edilir. Zira muvazaalı sözleşme aynî hakta değişiklik yapmaz. Çünkü devir işleminin geçerli bir sebebi yoktur⁴⁸¹.

Muvazaalı işlemin arkasına gizlenen ve tarafların gerçek iradesini yansıtan işlemlerin geçerliliği bakımından ise ikili ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki: Şekil şartına uyulmayan işlem, tarafların gerçek iradelerini yansıtsa dâhi hüküm ve sonuç doğurmaz⁴⁸². Bu bağlamda eşlerin, edinilmiş malvarlığı grubuna dâhil taşınmaz bir malı, üçüncü kişiye bağışlamasına rağmen işlemin satış gibi gösterilmesi hususunda anlaşmaları hâlinde, satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizlenmiş olan bağışlama ise şekil şartına uyulmadığı için

⁴⁷⁹ **Özkaya**, sh. 204.

⁴⁸⁰ **Feyzioğlu**, Feyzi Necmettin, Karı Koca Arasındaki, Gayrimenkule Müteallik, Vekâlet Akdi, Muvazaa ve Namı Müstear İddiaları, İÜHFİM, XIX (3 ve 4'den ayrı bası), İstanbul, 1956, sh. 31; **Aday**, sh. 24; **Oğuzman/ Öz**, sh. 132; **Hatemi/ Gökyayla**, sh. 90-91. Muvazaalı işlemin yok hükmünde olduğu yönünde bkz. **Eren**, sh. 356. Muvazaa kesin hükümsüzdür yönünde bkz. **Yavuz**, sh. 250; **Nomer**, sh. 73. Tüm bu ifadelerin ayrı görüş değil, ayrı anlatım biçimi olduğunu kabul etmek gerekmektedir görüşü için bkz. **Özkaya**, sh. 185.

⁴⁸¹ **Reisoğlu**, sh. 106.

⁴⁸² **Feyzioğlu**, sh. 31; **Eren**, sh. 361; **Özkaya**, sh. 195, 196; **Aday**, sh. 32; **Yavuz**, sh. 16; **Oğuzman/ Öz**, sh. 133; **Nomer**, sh. 74; **Reisoğlu**, sh. 108. Bu kabul ile gizli işlemin hem gizli tutulmasının hem de şekil şartına uyularak yapılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla muvazaalı işlemlerin uygun bulunmadığı ve başvurulmaması gerektiğinin ifade edildiği yönünde bkz. **Feyzioğlu**, sh. 31, 32.

geçersiz olur. Ancak söz konusu satım sözleşmesine taşınır eşya konu olsa idi, satım sözleşmesi yine muvazaa nedeniyle geçersiz olacakken, bağışlama işlemi şekle tâbi olmadığı için geçerli olurdu.

Her ne kadar muvazaalı işlem ile devredilenlerin iadesi istenebilse de eş, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı dürüstlük kuralına aykırı olarak bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz (TBK m. 19). Aynı şekilde tapu sicilindeki kayda iyiniyetle güvenerek aynî hak kazanan kimsenin kazanımı korunur (TMK m. 1023).

Muvazaalı işlemin geçersizliği, kesin hükümsüz olması nedeniyle her zaman ileri sürülebilir, zamanaşımı süresi bulunmaz⁴⁸³. Ancak butlanın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyamamalıdır. Eşler, muvazaa ile batıl olan sözleşmenin varlığını, evlilik birliği içerisinde veya yasal mal rejiminin tasfiyesinde ileri sürebilirler.

3.1.2. YASAL MAL REJİMİNİN TASFİYESİNDE MUVAZAAANIN İLERİ SÜRÜLMESİ

Evlilik birliği içerisinde muvazaa, eşler arasında veya eş ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilebilir. Gerçekleştirilen her bir işlem ise yasal mal rejiminin tasfiyesini farklı etkiler.

Eşin kendisine ait olup gerek alacaklılardan mal kaçırmak gerekse de saklı paylı mirasçılarının miras payını azaltmak amacıyla diğer eşe muvazaalı işlem ile devrettiği malvarlığı değerlerinin, kişisel veya edinilmiş mal olmasına göre muvazaanın tasfiyeye etkisi de farklı olur. Şöyle ki: Kişisel malvarlığı değerleri (TMK m. 220), muvazaa olmasaydı dâhi, tasfiyede dikkate alınmayacağı için diğer eşin, katılma alacağı bu durumdan etkilenmeyecekti. Ancak söz konusu malvarlığı değeri, eşin ölümü hâlinde yasal mal rejiminin tasfiyesine dâhil edilmeden doğrudan terekeye aktarılacağı için ölen eşin saklı paylı mirasçıları, malvarlığı değerinin tamamı üzerinde hak sahibi olacaktı. Görüldüğü üzere kişisel malın muvazaalı işlem ile diğer eşe devredilmiş olması yasal mal

⁴⁸³ **Aday**, sh. 63; **Yavuz**, sh. 252; **Reisoğlu**, sh. 106. Muvazaanın ileri sürülmesi hak düşürücü süreye tâbi olmamakla birlikte Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinde ön görülen on yıllık hak düşürücü süre geçmişse artık taşınmaz malvarlığı değerleri için muvazaa iddiası dinlenmez, görüşü için bkz. **Özkaya**, sh. 187, 193.

rejiminin tasfiyesini etkilememekte, eşin ölümü hâlinde terekesini azaltmakta veya kişisel malvarlığı değerleri daha az görüldüğü için alacaklıları zarara uğratmaktadır⁴⁸⁴.

Muvazaalı işlem ile devredilen malvarlığı değeri edinilmiş mal ise, eş veya eşin ölümü hâlinde mirasçılarının, tasfiyede bu malvarlığı değerinin yarısını katılma alacağı olarak diğer eşe verme borcu altında olması gerekirdi (TMK m. 236). Ancak söz konusu malvarlığı değeri, nisbi muvazaalı işlemle bağışlanmış ise diğer eşin mülkiyetinde kişisel malvarlığı grubunda yer alarak tasfiye dışı bırakılmış olur (TMK m. 220). Bu nedenle de malik olan eş veya mirasçıları bu malvarlığı değeri üzerinden katılma alacağı alamaz.

Muvazaalı işlemin varlığını işlemin tarafları ileri sürebilir. Bununla birlikte muvazaalı işlemin ispat edilmesinde hukukî menfaati bulunan mirasçılar veya alacaklılar gibi üçüncü kişiler de muvazaa iddiasında bulunabilmelidir⁴⁸⁵. Edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından, edinilmiş malın muvazaalı işlem ile elden çıkarılması hâlinde diğer eş veya eşlerden birinin ölümü hâlinde mirasçılarının muvazaa iddiasında bulunması mümkündür. Zira diğer eşin artık değerine eklenecek ve mirasçılar bakımından da terekeye dâhil edilecek bir malvarlığı değeri söz konusudur. Ancak belirtmek gerekir ki, eşin yapmış olduğu muvazaalı işleme konu malvarlığı değeri kişisel mal ise, yasal mal rejiminin tasfiyesinde muvazaanın ileri sürülmesinde diğer eşin menfaatinin olduğu söylenemez.

Eşlerden birine ait olan malvarlığı değerinin, üçüncü kişiye muvazaalı bir işlem ile evlilik birliği içerisinde ya da boşanma veya tasfiye davası sırasında devredilmesi hâlinde bu devir işleminin, mal rejiminin tasfiyesine etkisinin ne olacağı belirlenmelidir. Öncelikle eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla evlilik birliği içerisinde edinilmiş mallarını,

⁴⁸⁴ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında hacizden kaçırılmak için muvazaalı işlem ile devredilen taşınmaz hakkında davacı alacaklının amacının, kesinleşmiş alacağının tahsili olduğunu, bu şahsî talebin aynî sonuç doğurmayacağına ve bu nedenle de aynî hak olan alacaklının tapu kaydının iptal edilmesine karar verilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bkz. Yarg. 4. HD. 14.03.2012 T., 2012/2449 E., 2012/4123 K. için bkz. YKD. Sa. 2012/8, Y. 2012, sh. 1482-1486. Aynı karar için bkz. **Nomer**, sh. 73. Yine boşanma davası devam ederken taşınmazını üçüncü kişiye devreden eşe karşı açılan tapu iptal ve tescil davası da şahsî nitelikteki alacak hakkının tahsilini sağlamaya yöneliktir ve mal rejimine ilişkin davada bekletici mesele olamaz yönünde bkz. Yarg. 8. HD. 10.12.2012 T., 2012/4670 E., 2012/12103 K. için bkz. **Nomer**, sh. 73-74.

⁴⁸⁵ **Feyzioğlu**, sh. 18; **Aday**, sh. 61-71; **Oğuzman/ Öz**, sh. 132; **Reisoğlu**, sh. 106. Muvazaalı işlemlerde üçüncü kişi, saklı paylı mirasçı, alacaklıdır görüşü için bkz. **Eren**, sh. 364. Sözleşme tarihinde başka mirasçıların bulunması, mal kaçırma kastını oluşturacağından muvazaalı sözleşmenin yapıldığı esnada mirasçı olmayan ancak sonradan mirasçılık sıfatını kazanan kişi de, muvazaalı sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tapu iptal ve tescil davası açabilir yönünde Yarg. HGK. 25.09.1996 T., 440/ 638; Yarg. HGK. 06.11.1996 T., 596/737 karar için bkz. **Yavuz**, sh. 53-62.

üçüncü bir kişiye muvazaalı işlemle devretmesi, TMK'nin yasal mal rejimi hükümleri kapsamında sonuca bağlanmıştır. Şöyle ki: Eşin yasal mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler, eklenecek değer olarak tasfiyede aktif değerlere dâhil edilir (TMK m. 229). Sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değeri, eşin tasfiyede talep hakkının bulunduğu aile konutu değilse, muvazaa hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmaz.

Mal rejiminin sona ermesi ânında mevcut olan bir malvarlığı değerini, eşin boşanma veya tasfiye davası sırasında elinden çıkarması ihtimalinde ise TMK m. 235 hükmü gereği diğer eşin menfaatleri zedelenmez. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde sona erme ânında bulunan malvarlığı değerleri dikkate alınır. Söz konusu bu malvarlığı değerlerinin, mal rejiminin sona ermesinde sonrasında yapılacak bir muvazaalı işlem ile malvarlığından çıkarılması tasfiyeyi etkilemez. Dolayısıyla muvazaalı işlemin tarafı olmayan eşin, mal rejiminin sona ermesi ânında var olup tasfiyede elden çıkarılan malvarlığı değerlerinin iadesi için iptal davası açmada hukukî yararı olmadığını kabul etmek gerekir⁴⁸⁶.

Eşler arasında muvazaalı bir işlemin varlığı ya da eşin diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı olmaksızın üçüncü kişi ile edinilmiş malını konu alan muvazaalı bir devir sözleşmesi yapması hâlinde, katılma alacağı olumsuz etkilenen eş ve ölen eşin mirasçılarının, muvazaa iddialarının hangi mahkemede dinleneceği belirlenmelidir.

Eşler veya eşlerden biri ile üçüncü bir kişi arasında gerçekleştirilen muvazaalı işlemin geçersizliğine dayalı iade veya tapu iptal ve tescil davasının hangi mahkemede açılacağına ilişkin sorun, talebin nitelendirilmesine ilişkindir. Şöyle ki: Eşlerden biri tarafından açılan dava, yalnızca TBK m. 19'a göre muvazaaya konu malvarlığının iadesi veya tapu iptal ve tescil amacı taşıyor ise davaya 6100 sayılı HMK'nin 4. maddesine göre genel mahkeme olarak Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmalıdır. Eşin, diğer eşe muvazaalı işlemleri nedeniyle evlilik birliği içerisinde açtığı davaların, yalnızca tapu kaydının düzeltilmesi veya malvarlığının iadesi amacını taşıdığı söylenebilir⁴⁸⁷. Ancak, eş tarafından açılan dava,

⁴⁸⁶ Yargıtay ise vermiş olduğu kararında eşin muvazaalı devir işleminin yapıldığı tarihi ve TMK m. 235/1'i gözetmeden muvazaalı işlemin iptali talebinin değerlendirilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. Bkz. Yarg. 4. HD. 28.01.2013 T., 2012/10151 E., 2013/1031 K. (Yayınlanmamıştır).

⁴⁸⁷ "... Taraflar hâlen evli bulunmaktadır... Çekişme konusu aracın belirtilen değerine göre temyize konu trafik kaydının iptali ve tescile ilişkin davaya bakma görevinin Asliye Hukuk Mahkemesine ait olması nedeniyle davanın Asliye Hukuk Mahkemesi sıfatıyla görülmesi gerekirken hatalı değerlendirmeye Aile

mal rejiminin tasfiyesine ilişkin ise 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'unun 4. maddesine göre aile mahkemesi görevli olmalıdır. Buna göre Aile Mahkemeleri TMK'nin üçüncü kısım hariç olmak üzere ikinci kitabı ile TMK'nin YUŞHK'e göre aile hukukundan doğan dava ve işlere bakmakla görevlidir. Bu bağlamda eşin katılma ve değer artış payı alacağı talepleri ile muvazaaya konu malvarlığı değerinin yarısının kendi adına tescilini istemesi, mal rejiminin tasfiyesi olarak nitelendirilebilir⁴⁸⁸. Bu hâlde davaya Aile Mahkemesi bakmakla görevlidir. Şüphesiz, Aile Mahkemesi olmayan yerlerde Asliye Hukuk Mahkemeleri, davaya Aile Mahkemesi sıfatı ile bakacaktır.

Eşler arasında evlilik birliğinin veya yasal mal rejiminin sona ermesi ise açılan davada hukukî nitelendirme bakımından önem arz eder. Zira, mal rejimi sona ermeden eşlerin ileri süreceği muvazaa iddialarının, mal rejiminin tasfiyesine yönelik olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden sonra muvazaa nedeniyle açılan tüm davaları tasfiye talebi olarak yorumlamamak gerekir. Nitekim Yargıtay'da davalı eşten alacaklı olan eşin, mal rejiminin tasfiyesi davası devam ederken diğer eşe muvazaa nedeniyle açtığı bononun iptali davasında, davanın TBK'nin 19. maddesine dayandığı bu nedenle de Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerektiğine karar vermiştir⁴⁸⁹.

Yasal mal rejiminin tasfiyesi davasında muvazaa iddiasında bulunulması da mümkündür. Bu hâlde mahkeme, iki farklı yol izleyebilir. Bunlardan ilki, muvazaa iddiasını kendisinin değerlendirmesidir. Şöyle ki: Muvazaanın varlığını, tasfiyede eşin edinilmiş mallarını veya paylaşımına geçmeden terekenin içinde bulunduğu gerçek durumu tespit için zorunlu görüp, muvazaa iddiasını kendisi değerlendirebilir. Sonrasında ise tasfiye işlemine geçecektir.

Mahkemesi sıfatıyla görülen davanın esas hakkında karar verilmesi doğru değildir.' yönünde bkz. Yarg. 8. HD. 25.02.2014 T., 2013/21929 E., 2014/3267 K. için bkz. **Karamercan**, sh. 194-196. Yine muvazaalı işlemin tarafı olmayan eşin açacağı tapu iptal ve tescil davasında 6100 sayılı HMK'nin 2. maddesine göre genel mahkeme olarak Asliye Hukuk Mahkemesi görevli mahkemedir yönünde bkz. Yarg. 8. HD. 27.03.2014 T., 1964/5487 karar için bkz. **Karamercan**, sh. 196.

⁴⁸⁸ Yarg. HGK. 22.05.2013 T., 8-1503/755 karar için bkz. **Karamercan**, sh. 197-203. Katılma alacağı davası ile birlikte açılan tapu iptal ve tescili davası, yasal mal rejiminin tasfiyesi davası ile birlikte görülmüştür. Bkz. Yarg. 8. HD. 26.06.2012 T., 2012/4517 E., 2012/6188 K. için bkz. **Uluç**, sh. 1063-1064.

⁴⁸⁹ Yarg. 4. HD. 07.02.2013 T., 2012/16745 E., 2013/1953 K. (Yayınlanmamıştır). Yine tasfiye davası devam ederken yapılan muvazaalı devir işleminin iptali davasına Asliye Hukuk Mahkemesi bakmıştır. Bkz. Yarg. 4. HD. 28.01.2013 T., 2012/10151 E., 2013/1031 K. (Yayınlanmamıştır). Söz konusu malvarlığı değerlerinin tasfiye ânında malvarlığında olduğu ve TMK m. 235/1 gereğince tasfiyede dikkate alınacağı düşünülürse davaya genel mahkemede bakılması yerindedir.

Diğer bir ihtimal ise, mahkemenin muvazaa iddiasını ayrı bir dava ile görmesi ve bu dava sonuçlanana kadar tasfiye davasının bekletilmesine karar vermesidir.

Eş, yasal mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanmasından sonra muvazaalı işlemin varlığını öğrenirse, aile mahkemesinden söz konusu malvarlığı değeri üzerinden katılma alacağı talebinde bulunabilmelidir.

Doktrinde, şahısta muvazaa hâlinde davanın malvarlığı gruplarının belirlenmesinde önem arz edeceği bu nedenle de aile mahkemesinden talep edilebileceği ileri sürülmüştür⁴⁹⁰.

3.2. İNANÇLI İŞLEM ile DEVREDİLENLERİN İADESİ

3.2.1. GENEL OLARAK

İnançlı işlem, doktrinde inanan kişinin, malvarlığında bulunan bir şey veya hakkın teminat amacıyla ya da idare olunması ve belirlenen nedenlerin gerçekleşmesi hâlinde yine kendisine devredilmek üzere, inanılana kazandıran işlem olarak tanımlanır⁴⁹¹. TBK’de düzenlenmeyen bu kurum, doktrin ile şekillenmiştir.

Yazılı delille ispat olunan inanç anlaşması, muvazaadan farklı olarak mülkiyeti karşı tarafa yani inanılana geçirir⁴⁹². Yine inançlı işlemlerde, üçüncü kişileri aldatma amacı bulunmaz. Ayrıca inançlı işlemin zamanaşımı süresi, TBK’nin 146. maddesi gereğince genel zamanaşımı süresi olan on yıl iken muvazaalı işlem bakımından zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir⁴⁹³.

İnançlı işlem ile devirde inanan ile inanılan arasında bir kazandırıcı işlem niteliğindeki devir işlemi, bir de inanç anlaşması bulunur. Devir işlemi ile inançlı işlemin konusunu oluşturan şeyin mülkiyeti inanılana geçer. İnanç anlaşmasıyla inanılanın şeyin mülkiyetini hangi amaçla kullanacağı, mülkiyetin inanan ne zaman devredileceği belirlenir. İnanç anlaşması, kural olarak şekle tâbi olmamakla birlikte, taşınmaz malların devrinde, resmî şekilde yapılmalıdır. Yine alacağın devrinde inanç anlaşması şekle tâbidir⁴⁹⁴. Kazandırıcı

⁴⁹⁰ Demir, P.Ö, Yasal Mal Rejimi, sh. xcvi.

⁴⁹¹ Yavuz, sh. 24, 253; Eren, sh. 365; Aday, sh. 90; Oğuzman/ Öz, sh. 136.

⁴⁹² Demir, P.Ö, Yasal Mal Rejimi, sh. xciv; Eren, sh. 367; Özkaya, sh. 32; Yavuz, sh. 25, 253; Reisoğlu, sh. 114.

⁴⁹³ Yavuz, sh. 28-29, 253; Özkaya, sh. 49.

⁴⁹⁴ Özkaya, sh. 34; Eren, sh. 367; Oğuzman/ Öz, sh. 136; Reisoğlu, sh. 115-116.

işlem ise TBK'nin genel hükümlerine tâbi olmalı, devir işlemi şekle tâbi ise kazandırıcı işlem şekil şartına uyularak yapılmalıdır.

İnanılan inanç anlaşması hükümlerine göre sözleşmeye konu malı kullanmak ve gerektiğinde inanana şeyi devretmekle yükümlüdür. Yükümlülük yerine getirilmez ve sözleşmeye konu şeyin mülkiyeti iade edilmez ise, inanın açacağı dava sonrasında hâkim, inanılanı aynen ifaya ya da borca aykırı davranışı nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edebilir (TBK m. 112)⁴⁹⁵. Ancak uygulamada tapu iptal ve tescil davaları açılmakta ve kabul edilmektedir⁴⁹⁶.

İnanç sözleşmesinin ispatında, sözleşme tarafları ve üçüncü kişiler bakımından ikili ayrıma gidilmelidir. İnanç sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin varlığını HMK kurallarına uygun olarak ispat etmelidir. Bu bağlamda, inançlı işlemin tarafı eş, diğer eşe ya da diğer eşin kendisine yazılı veya resmî senede dayanarak devretmiş olduğu malvarlığı değerini, yazılı şekilde ispatlamalıdır. Ayrıca eşler arasında inançlı işleme konu malvarlığı değeri, yazılı şekilde yapılmamış olsa dâhi HMK m. 200'de belirtilen sınırı aşıyorsa yazılı delil ile ispat gerekir. Bu miktarın altında kalan değerler ise her türlü delil ile ispatlanabilir. Üçüncü kişiler ise, inançlı işlemin varlığını her türlü delil ile ispat edebilmelidir⁴⁹⁷.

3.2.2. YASAL MAL REJİMİNİN TASFİYESİNDE İNANÇLI İŞLEM ile DEVREDİLENLERİN İADESİ TALEBİ

İnançlı işlemler, eşler ya da eş ile üçüncü kişi arasında farklı amaçlarla düzenlenebilir. Eş, kişisel veya edinilmiş malını, borcu için teminat göstermek ya da kullanması veya idare etmesi için diğer eşe bırakmış olabilir. Bu hâlde inanılan eş, inanan eş ile arasındaki inanç sözleşmesi gereğince malvarlığı değerini, belirlenen amaçlarla kullanmış ve yine inanç sözleşmesi gereğince devir borcu altına girmiştir. İnanılan eşin, hakkı veya alacağı devir borcunun doğmasıyla inanan eş, diğer eşten inanç sözleşmesi gereğince ifa talebinde bulunabilir.

Öte yandan evlilik birliği içerisinde alacaklılardan mal kaçırmak veya bir borca teminat sağlamak amacıyla üçüncü kişiyle yapılan inançlı işlemler, edinilmiş mallara katılma

⁴⁹⁵ Yavuz, sh. 24; Eren, sh. 368; Reisoğlu, sh. 115.

⁴⁹⁶ Eren, sh. 368.

⁴⁹⁷ Özkaya, sh. 45-47. İnançlı işlemin varlığının, yazılı belge veya yazılı delil başlangıcı ile ispat edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 8. HD. 08.11. 2005 T., 7126/7386 karar için bkz. Yavuz, sh. 30-33. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK. 13.05.1992 T., 1992/14-249 E., 1992/323 K. için bkz. Özkaya, sh. 75.

rejiminin tasfiyesini gerçekleştirirken eşlerin artık değerini ve katılma alacağını etkileyen önemli bir unsurdur. Zira kazandırıcı işlemin yapılması ile birlikte, inançlı işleme konu malvarlığı değeri, hak veya borç diğer eşin veya sözleşme tarafı üçüncü kişinin mülkiyetine geçer. Ayrıca eş, üçüncü kişinin devir borcunun doğmasına rağmen, inançlı işlemle devretmiş olduğu malvarlığı değerinin iadesini talep etmeyebilir. Tüm bu hâllerde inançlı işlemin varlığı ileri sürülmezse söz konusu değerler, tasfiye ânında eşin malvarlığında bulunmadığı için diğer eşin katılma alacağı, bundan zarar görmüş olur. Ancak evlilik birliği içerisinde yapılan bu inançlı işlemlerden eşin kişisel malını konu alanlar, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesini etkilemez.

Diğer bir önemli unsur ise, inanç sözleşmesi gereğince kazandırılan malvarlığı değerlerinin iade yükümlülüğünün doğması bakımından yapılmalıdır. İade talebinin genel mahkemede yapılması asıl olmakla birlikte eş, hâlihazırda inanılan eşin veya eşe ait olmakla birlikte üçüncü kişinin malvarlığında bulunan değer için, ifa talebini edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ânında bulunabilir.

Kendisine inançlı işlem nedeniyle iade talebi gelen tasfiye hâkimi, uyuşmazlığın çözümüne geçmeden önce zaten uzun süren tasfiye davalarının böylesi taleplerde daha da uzamasını önlemek ve bu taleplerin eşler tarafından kötünietli ileri sürülmesini engellemek için öncelikle, söz konusu değerlerin hangi malvarlığı grubuna ait olduğunu tespit etmelidir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, kişisel malvarlığı değerleri hangi eşe ait olursa olsun, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmaz. Bu nedenle de kişisel malvarlığı değerlerine ilişkin inançlı işlem iddiaları, yasal mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmamalıdır. Edinilmiş mala ilişkin talepleri ise, aile mahkemesi hâkiminin, eşlerin malvarlığını tespit etmek için kendisinin çözümlemesi uygun olur. Ayrıca söz konusu kabul usul ekonomisi ilkesine de uygundur. Uygulamada ise tasfiye talebi ile karşılaşan aile mahkemeleri, yetkisizlik kararı vererek asliye mahkemelerine göndermektedirler⁴⁹⁸. Bu hâlde, hakkaniyete aykırı, hatalı karar verilmemesi için genel mahkemeden gelecek kararın beklenmesi uygun olur.

İade süresi dolmayan malvarlığı değerlerinin, tasfiyedeki durumu ise farklı değerlendirilmelidir. Bu hâlde edinilmiş mallara katılma rejimi süresince edinilen, diğer

⁴⁹⁸ Bu durumda aile mahkemesi hâkiminin vermiş olduğu tasfiye kararının, asliye mahkemesinin kararı sonuçlandığında hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı yönünde bkz. **Demir, P.Ö**, Yasal Mal Rejimi, sh. xciv.

eşin emek ve katkısının bulunduğu ancak, malik eşin çeşitli amaçlarla devrettiği ve inanılan devir borcu doğmadığı için, malik eşin malvarlığında bulunmayan değer söz konusudur. Bu durumda hâkim, inançlı işleme konu malvarlığı değerlerini tasfiyede dikkate almamalıdır. Zira söz konusu malvarlığı değerleri, geçerli bir hukukî işlemle eşin veya üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunur. Bu bakımdan inançlı işlem ile devredilen bir edinilmiş malvarlığı değerinin tasfiyede dikkate alınabilmesi için, inanılan eşin veya üçüncü kişinin iade borcu doğmuş olmalıdır. Aksi hâlde, eşlerin malvarlığı grupları, sona erme ânındaki durumu ile dikkate alınır.

3.3. TEMSİL YETKİSİ ile ELDE EDİLENLERİN İADESİ

Temsil, doğrudan doğruya ve dolaylı temsil olarak ikiye ayrılabilir. Doğrudan doğruya temsilde temsilci, temsil olunan kişi adına ve hesabına hukukî işlem yapmaktayken, dolaylı temsilde temsilci kendi adına ancak temsil olunan hesabına işlem yapmaktadır. Bu önemli fark nedeniyle doğrudan doğruya temsilde, temsilcinin üçüncü kişi ile yapmış olduğu sözleşmelerden elde ettiği malvarlığı değerlerini, temsil olunana devretmek için ikinci bir sözleşme yapması gerekir (TBK m. 40). Ancak dolaylı temsilde temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı hukukî işlemlerden elde ettiği hak ve borçlar, öncelikle temsilciye geçer. Daha sonra temsil olunan ile temsilci arasında yapılacak bir hukukî işlem ile bu hak ve borçların temsil olunana, TBK m. 183 vd. hükümleri uyarınca devri sağlanır⁴⁹⁹. Taşınmaz bir malın temsilci adına ancak temsil olunan hesabına alınması ihtimalinde temsilci, taşınmazın mülkiyetini diğer tarafa geçirmemişse, temsil olunan eş, tapu kaydının kendi adına düzeltilmesi talebinde bulunabilir⁵⁰⁰.

Evlilik birliği içerisinde ise eşin aile birliğini (TMK m. 188/2) ya da üçüncü kişilerle yapılacak diğer sözleşmelerde kendisini temsil etmesi için diğer eşe yetki vermesi mümkündür. Temsil yetkisine dayanarak temsilci eşin elde etmiş olduğu malvarlığı değerlerinin, yasal mal rejiminin tasfiyesine etkisinin ne olacağını belirlemek için temsil çeşidi bakımından ayırım yapmak gerekir. Zira doğrudan doğruya temsilde, temsilci eş diğer eşin ad ve hesabına hareket edeceği için, tasfiye ânında söz konusu hak ve alacaklar,

⁴⁹⁹ Eren, sh. 429–430; Oğuzman/ Öz, sh. 219. Bu hâlde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır yönünde bkz. Demir, P.Ö, Yasal Mal Rejimi, sh. xcvi.

⁵⁰⁰ Feyzioğlu, sh. 9. Ancak temsilci temsil olunan ile arasındaki akde hiç uymamış, işlemi kendi adına ve kendi hesabına gerçekleştirmişse, tapu kaydının adına düzeltilmesi talebinde bulunamaz. Yalnızca vekâlet sözleşmesine dayalı sorumluluğuna gidilebilir yönünde bkz. a.g.y., sh. 10.

temsilci eşin zilyetliğinde dâhi bulunsa, mülkiyet diğer eşe kendiliğinden geçeceğinden, temsil olunan eşin edinilmiş veya kişisel malvarlığı grubuna yazılır.

Dolaylı temsilde ise temsilci eş, kendi adına temsil olunan eş hesabına üçüncü kişi ile akdettiği sözleşmeyle elde ettiği hak ve borçları, ikinci bir işlem ile temsil olunan eşe aktarmış ise sorun bulunmaz. Zira hak ve borçlar tasfiye ânında asıl hak sahibinde olup mal rejiminin sona ermesi ânındaki durumuna göre edinilmiş veya kişisel malvarlığı grupları belirlenir. Tasfiye ânında dolaylı temsilci, eşin temsil olunan eş adına üçüncü kişi ile yapmış olduğu sözleşmeden kendi üzerine doğan hak ve borçları temsil olunan eşe devretmemiş olması durumunda ise malvarlığı gruplarını tespit bakımından sorun yaşanır. Zira dolaylı temsil sözleşmesi gereğince esasında temsil olunan eşe ait olan malvarlığı değerleri, temsilci eşin mülkiyetinde bulunur.

Temsil olunan asıl hak sahibi eş veya ölümü hâlinde onun mirasçıları, ayrı bir ifa davası açabileceği gibi yasal mal rejiminin tasfiyesinde de ifa talebinde bulunabilirler. Yasal mal rejiminin tasfiyesinde ifa talebinde bulunulması hâlinde hâkimin, söz konusu hak ve borçların, eşlerden hangisine ait olduğunu çözümlemesi ve eşlerin malvarlığı değerlerini gruplandırarak katılma alacağını belirlemesi ya da dolaylı temsil ilişkisi nedeniyle aynî hak talebinde bulunan eşe süre vererek genel mahkemede dava açmasını istemesi mümkündür⁵⁰¹. İkinci ihtimalde tasfiye mahkemesi, genel mahkemeden gelecek sonucu beklemeli, sonrasında ise edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine geçmelidir. Ancak söz konusu talep eşin kişisel malvarlığı grubuna ilişkinse, hâkimin yasal mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmayan kişisel malların, gerçek malikinin kim olduğunu tespiti ile ilgilenmesi, yalnızca tasfiyeyi geciktirmiş olur.

⁵⁰¹ Bu sorununun çözümü, boşanma davasını yürütülecek aile mahkemesinde çözüme bağlanmalıdır. Aksi hâlde, bu tür talepler çözümlenmeden gerçekleşen tasfiyede, aslında borçlu olması gereken eş, katılma alacaklısı olabilir yönünde bkz. **Demir, P.Ö**, Yasal Mal Rejimi, sh. xcvi.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM ÖZETİ

Tasfiye sözleşmesi, eşlerin yasal mal rejiminin sona ermesi ile birlikte tasfiye davası açmaksızın esas itibariyle katılma alacağını belirledikleri sözleşmedir. Bir aile hukuku sözleşmesi olmasına rağmen tasfiye sözleşmesine, TBK'nin şekil ve geçerlilik koşullarını düzenleyen hükümleri de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır.

Anlaşmalı boşanma davasının taraflarını oluşturan eşler, boşanmanın sonuçlarına ilişkin sözleşmede, tasfiye hükümlerine yer verebilirler. Bu hâlde boşanmanın gerçekleşebilmesi için yasal mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hükümler de hâkim tarafından onaylanmalıdır. Diğer boşanma nedenleri bakımından ise yasal mal rejiminin tasfiyesinden doğan alacaklar, boşanmanın fer'î nitelikte sonucu olmadığı için TMK m. 184/5 kapsamında hâkimin onayına tâbi olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Yasal mal rejiminin sona ermesiyle, eşlerden birinin sahip olacağı katılma alacağının niteliğinin tasfiye sözleşmesi veya tasfiye davası ile belirlenmesi arasında bir fark bulunmaz. Tasfiye sözleşmesi gereğince alacaklı eş, borçlu diğer eş veya mirasçılardan muaccel olmuş alacağının ifasını talep edebilir. Borçlu eşin malvarlığı katılma alacağını ödemeye yetmezse TMK m. 241 hükmünün şartlarını sağlayarak üçüncü kişiye başvuru hakkını kullanabilir. Bu bağlamda üçüncü kişiye başvurulabilmesi için katılma alacağının miktarının, mahkeme kararı veya tasfiye sözleşmesi ile belirlenmesinin bir önemi bulunmaz. Ayrıca eşler tasfiye sözleşmesiyle alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları, sorumluluk dışında bırakamazlar (TMK m. 213). Tasfiye sözleşmesi ile belirlenen katılma ve değer artış payı alacağı, on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TBK m. 146).

Eşler, tasfiye sözleşmesinde mal rejimi hukukundan kaynaklanan alacak ve borç taleplerine veya evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerle ilişkin düzenleme yapabilirler. Eşler, tasfiye sözleşmesi yaparken edinilmiş mallara katılma rejiminin emredici nitelikteki hükümlerine aykırı hareket etmemelidirler. Ayrıca TBK kapsamında yapılan düzenlemeler bakımından da, TBK'de öngörülen yasal sınırlara uymalıdır (TBK m. 26).

Eşler, evlilik birliği içerisinde yapmış oldukları sözleşmelerle, mal rejiminin sona ermesi ânında mevcut olan malvarlığı değerlerini değiştirebilirler. Öyle ki, tasfiye ânında eşe ait olan veya olması gereken malvarlığı değerleri, muvazaalı veya inançlı işlem ya da dolaylı

temsil ilişkisi nedeniyle diğer eşin veya üçüncü kişinin zilyetliğinde veya mülkiyetinde bulunabilir. Söz konusu bu malvarlığı değerlerinin, tasfiyede dikkate alınıp alınmaması ise katılma alacağını etkileyen önemli bir hukukî sorundur. Ancak yasal mal rejiminin tasfiyesinde, kişisel malvarlığı değerleri dikkate alınmayacağı için, söz konusu bu işlemlere konu malvarlığı değerleri, kişisel mal ise yasal mal rejiminin tasfiyesinde çözülmemesi uygun olur.

Eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla evlilik birliği içerisinde edinmiş olduğu malvarlığı değerlerini üçüncü bir kişiye muvazaalı işlemle devretmesi hâlinde, söz konusu malvarlığı değerleri, tasfiyede aktif değerlere eklenir (TMK m. 229). Bu nedenle de eşin mal rejiminin sona ermesi ânında mevcut malvarlığı değerleri için muvazaa iddiasında bulunmasında hukukî yararı yoktur.

Yasal mal rejiminin tasfiyesini etkileyen muvazaalı işlemin geçersizliğine dayalı iade veya tapu iptal ve tescil taleplerinin, hangi mahkemede görüleceği tespit edilirken, hukukî nitelendirme yapılması gerekir. Bu bakımdan mal rejimi sona ermeden eşlerin ileri süreceği muvazaa iddiaları, mal rejiminin tasfiyesine yönelik değildir ve asliye hukuk mahkemesinde görülmelidir. Ancak eşin, mal rejiminin sona ermesi üzerine katılma veya değer artış payı alacağı talep etmesi hâlinde söz konusu iddia, yasal mal rejiminin tasfiyesi amacını taşıdığı için aile mahkemesi tarafından çözümlenmelidir. Yasal mal rejiminin tasfiyesi davasında muvazaa iddiasında bulunulması hâlinde ise muvazaa iddiasının, ayrı bir dava ile görülmesini isteyen mahkeme, tasfiye kararı verebilmek için bu davanın sonuçlanmasını beklemelidir.

Eş, üçüncü kişinin devir borcunun doğmasına rağmen, inanlı işlemle devretmiş olduğu edinilmiş malvarlığı değerinin iadesini tasfiye öncesinde talep etmemişse, diğer eşin katılma alacağı, bundan zarar görür. Bu nedenle, tasfiyede söz konusu iddialar dikkate alınmalıdır. Ayrıca iade süresi dolmayan malvarlığı değerleri, tasfiye dikkate alınmamalıdır. Zira söz konusu malvarlığı değerleri, geçerli bir hukukî işlem ile diğer eşin veya üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunur.

Dolaylı temsil nedeniyle, temsil olunan eşe devredilmesi gereken edinilmiş malvarlığı değerlerinin aynî hak iddiası ile tasfiyeye dâhil edilmesi istenmişse hâkim, öncelikle bu iddiayı çözümlmeli, sonrasında katılma alacağını belirlemelidir. Davaya genel mahkemede bakılmasına karar verilmişse, bu sonuç beklenmelidir.

SONUÇ

Edinilmiş mallara katılma rejiminin, 4721 sayılı TMK’de yasal mal rejimi olarak kabul edilmesiyle, uygulamada birçok evlilik birliği bu rejime tâbi olmuştur. Ancak eşler arasındaki evlilik birliğine, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması mutlak bir zorunluluk değildir. Eşler veya nişanlılar, evlenmeden önce veya sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle ya da evlendirme memuruna yapılacak yazılı bildirim ile kanunda yer alan seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilirler (TMK m. 202/2, 205).

Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte olup taraflar yalnızca kanunda yazılı sınırlar içerisinde değişiklik yapabilirler (TMK m. 203). Eşlerin bu kapsamda seçimlik mal rejimini seçmeleri ya da uygulanacak olan mal rejiminde kanunun izin verdiği sınırlar içerisinde değişiklik yapabilmeleri, aile hukukuna özgü bir sözleşme özgürlüğü olarak değerlendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, eşlerin aile hukukunda sahip oldukları sözleşme özgürlüğü, TBK’de yer alan tam ve sınırsız bir sözleşme özgürlüğünün aksine sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Eşlerin edinilmiş mallara katılma rejiminde yapmak istedikleri değişiklikler, mal rejimi sözleşmesiyle ya da mal rejimi sözleşmesiyle yapılması gerekmeksizin gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda edinilmiş malların kapsamının daraltılmasını isteyen eşler, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan malvarlığı değerlerinin ve kişisel malın gelirinin, kişisel malvarlığı grubuna dâhil olacağını, mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırabilirler (TMK m. 221). Ayrıca eşler, ½ olan artık değere katılma oranını mal rejimi sözleşmesiyle değiştirebilir veya başkaca bir esas, farklı sona erme nedenleri için benimseyebilirler (TMK m. 237-238). Yine sağ kalan eşin, aile konutu üzerinde aynî hak sahibi olmasını isteyen eşler, bu konuda kanunun tanımış olduğundan başka bir imkânı, mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırabilirler (TMK m. 240/1).

Eşlerin yasal mal rejiminde mal rejimi sözleşmesi dışında yapabilecekleri değişiklikler ise ya yazılı bir şekilde ya da şekle tâbi olmayan bir anlaşma ile gerçekleştirilebilir. Bunlardan ilki, eşlerin paylı mülkiyet konusu mal üzerindeki payı konu alan tasarruflara ilişkindir. Öyle ki, eşlerin paylı mülkiyet konusu maldaki pay üzerinde tasarrufta bulunmaları, kural olarak diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Paylı mülkiyet konusu maldaki pay üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın tasarrufta bulunmak isteyen eşler, bu hususta şekle tâbi olmayan bir

anlaşma yapabilirler (TMK m. 223/2). Eşler, borç ilişkisinin kaynağından, doğuş sebebinden bağımsız olarak her türlü borçlarına ilişkin düzenlemeyi şekle tâbi olmadan tasfiye yapabilirler (TMK m. 226/3).

Eş, edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlüğü içerisinde diğer eşe ait bir malvarlığı değerinin edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına katkıda bulunmuşsa tasfiyede katkı miktarından ve değer artış payından oluşan değer artış payı alacağına hak kazanır (TMK m. 227/1). Ancak eşler yapacakları yazılı sözleşme ile değer artışından pay almaktan vazgeçebilir veya değer artış payı oranını değiştirebilirler (TMK m. 227/3). Tasfiye davasında mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte katılma ve değer artış payı alacağına faiz işlemeye başlar. Ancak eşler, şekle tâbi olmadan yapacakları bir düzenlemeyle, faizin işlemeye başlayacağı tarihi, faiz oranını kararlaştırabilirler (TMK m. 239/3). Eşlerin edinilmiş mallara katılma yapabilecekleri değişiklikler, söz konusu bu düzenlemelerle sınırlı olup eşler, başkaca bir değişikliği gerçekleştiremezler.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, yalnızca kanunda yer alan nedenlerden birinin gerçekleşmesiyle sona erdiği için (TMK m. 225) tasfiye aşamasına geçilebilir. Yasal mal rejiminin tasfiyesinin, sözleşmeyle gerçekleşmesi öncelikli olup eşlerin anlaşmaması hâlinde tasfiye, dava açmak suretiyle gerçekleştirilir. Yasal mal rejiminin tasfiyesinin tasfiye sözleşmesi ile gerçekleştirilmesi, ispat konusunda yaşanan zorluklar ve uzun süren yargılama gibi uygulamada karşılaşılan pek çok sorunun ortadan kaldırılmasını sağlar. Eşler tasfiye sözleşmesiyle başta katılma ve değer artış payı alacağının belirlenmesi olmak üzere evlilik birliğinden ve TBK kapsamından doğan borçlarını düzenleyebilirler. Ancak eşler, söz konusu bu düzenlemeleri gerçekleştirirken edinilmiş mallara katılma rejiminin emredici nitelikteki hükümlerini ihlâl etmemelidirler. Ayrıca tasfiye sözleşmesinde yer verdikleri diğer düzenlemeler bakımından da TMK ve TBK'nin emredici hükümlerine de uymalıdır.

Eşlerin tasfiye sözleşmesiyle belirledikleri katılma veya değer artış payı alacağı için borçlu diğer eş veya mirasçıları ile TMK m. 241 kapsamında üçüncü kişiye başvuru hakkı bulunur. Alacaklı eşin, borçlu eşten alacağın muaccel olmasından itibaren, on yıl içerisinde başvurarak ödenmesini talep etmesi gerekir. Aksi hâlde, alacak zamanaşımına uğrar (TBK m. 146).

Eşlerin evlilik birliği içerisinde diğer eş veya üçüncü kişiler ile yaptıkları muvazaalı veya inandırıcı işlem ya da dolaylı temsil, mal rejiminin sona ermesi ânında mevcut olan malvarlığı değerlerini değiştirebilirler. Öyle ki, tasfiye ânında eşe ait olan veya olması gereken malvarlığı değerleri, diğer eşin veya üçüncü kişinin zilyetliğinde veya mülkiyetinde bulunabilir. Söz konusu bu malvarlığı değerlerinin, tasfiyede dikkate alınıp alınmaması ise katılma alacağı miktarını etkiler.

Yasal mal rejiminin tasfiyesinde, üçüncü kişide ya da eşin zilyetliğinde bulunan edinilmiş malvarlığı değerleri için diğer eş lehine mülkiyet iddiasında bulunulabilir. Bu hâlde tasfiyeyi gerçekleştiren aile mahkemesi hâkiminin, eşlerin tasfiyeye esas alınacak edinilmiş ve kişisel malvarlığı değerlerini tespit edebilmesi için söz konusu iddiaları, ön mesele olarak incelemelidir. Ancak aile mahkemesi hâkiminin, söz konusu iddiaların çözümü için taraflara genel mahkemede dava açmaları için süre vermesi hâlinde, hakkaniyete aykırı karar verilmesini önlemek adına tasfiye kararı verilebilmesi için, genel mahkemeden gelecek olan karar beklenmelidir.

KAYNAKÇA

- Acabey, M. Beşir: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları – İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, sh. 491-534, İzmir, 2007.
- Acar, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, Ankara, 2014.
- Aday, Nejat: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul, 1992.
- Akıntürk, Turgut/ Karaman Ateş, Derya: Aile Hukuku, Ankara, 2014.
- Anıl, Y. Şahin/ Taner, Yonca: Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, İstanbul, 2011.
- Ateş, Turan: Türk Medenî Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2013.
- Barlas, Nami: Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, sh. 115-143, Ankara, 2004.
- Başpınar, Veysel: Türk Medenî Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, Sa. 3, sh.79-101, Ankara, 2003.
- Ceylan, Ebru: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı C. II, sh. 1019-1054, İstanbul, 2004.
- Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2014.
- Demir, Mehmet: Türk Medenî Kanunu'na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı, Sa. 61, Türkiye Bankacılar Birliği Dergisi, 2005.
- Demir, Pınar Özlem: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 221 nci Maddesinin Yorumu, Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, sh. 133-138, İstanbul, 2004.

- Demir, Pınar Özlem: Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, (*Kısaca: Yasal Mal Rejimi*). (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>).
- Doğan, Murat: Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, Sa. 4, sh. 93-130, Ankara, 2003.
- Dural, Mustafa/ Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2014.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 2005 ve 2014.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.
- Erkan, Vehbi Umut/ Yücer, İpek: Ayırt Etme Gücü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, Sa. 3, sh. 485-522, Ankara, 2011.
- Ersen Perçin, Gizem: Milletler Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, Uygulanacak Hukuk- Milletlerarası Yetki-Tanıma ve Tenfiz, İstanbul, 2015.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin: Karı Koca Arasındaki, Gayrimenkule Müteallik, Vekâlet Akdi, Muvazaa ve Namı Müstear İddiaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sa. XIX, İstanbul, 1956.
- Gençcan, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Ankara, 2010.
- Grassinger, Gülçin Elçin: Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, sh. 235-242, İstanbul, 1997.
- Gümüş, Mustafa Alper: Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008.
- Gümüş, Mustafa Alper: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; Maddî Tazminat ve/veya Yoksulluk Nafakası ve/veya Manevî

Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Sa. 3-4, sh. 383-402, 2005, (*Kısaca: Boşanma Davası*).

Hatemi, Hüseyin/ Oğuztürk-Kalkan, Burcu: Aile Hukuku, İstanbul, 2014.

Hatemi, Hüseyin/ Gökayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2015.

Hausheer, Heinz/ Reusser, Ruth/ Geiser, Thomas: Berner Kommentar, zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Abteilung, Das Güterrecht Der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 196- 220, ZGB, Bern, 1992.

Hausheer, Heinz/ Geiser, Thomas/ Aebi- Müller, Regina E.: Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag, 2014.

Hausheer, Heinz: Basler Kommentar zum schweizerischem Privatrecht Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, Basel 2002.

İpek, Ali İhsan: Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Ankara, 2008.

Kaçak, Nazif: Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı, Ankara, 2012.

Kaçak, Nazif: Boşanma Davalarında Maddî ve Manevî Tazminat İle Yoksulluk Nafakası, Ankara, 2009, (*Kısaca: Yoksulluk Nafakası*).

Karamercan, Fatih: Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Ankara, 2015.

Kaşak, Fahri Erdem: İsviçre Federal Mahkemesi'nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. XVIII(1), sh. 265-268, Ankara, 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Tartışmalar- Örnekli Açıklamalar- Formüller- Tablolar- İlgili Yasa Metinleri), Ankara, 2002.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Eşlerin Birbirinden Alacakları, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, sh. 395- 414, Ankara, 2009, (*Kısaca: Eşlerin Birbirinden Alacakları*).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Katılma Alacağında Zamanaşımı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, sh. 1289- 1298, Ankara, 2010, (*Kısaca: Zamanaşımı*).

- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Katkı - Katılma Alacağı, Ankara, 2014, (*Kısaca: Katkı - Katılma Alacağı*).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Katkı Alacağı - Eşin Gelir Sahibi Olması Bu Alacağa Karine Oluşturur Mu?, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, II, sh. 1255-1277, Ankara, 2014, (*Kısaca: Katkı Alacağı*).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Medenî Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2014, (*Kısaca: Yenilikler*).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, 2015, Ankara, (*Kısaca: Aile Hukuku*).
- Kırmızı, Mustafa: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, Ankara, 2014.
- Nâf- Hofmann, Marlies/ Nâf- Hofmann, Heinz: Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das eheliche Güterrecht und das Erbrecht der Ehegatten, Zürich 1998.
- Nomer, Hâluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013.
- Odendahl, Hanswerner: Türk Medenî Kanunu'nun Yeni 'Mal Rejimi' Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, sh. 475-496, Ankara, 2005.
- Oğuz, Arzu: Die Errungenschaftsbeteiligung als der neue ordentliche Güterstand des türkischen Zivilgesetzbuchs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sa. 2, sh. 131-176, Ankara, 2007.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, 2014.
- Ozanemre Yayla, H. Tolunay/ Turan, Gamze: Türk Medenî Kanunu'nda Mal Rejimi Sözleşmesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, sh. 1079-1092, Ankara, 2008.
- Özkaya, Eraslan: Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara, 2013.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara, 2004.
- Özüğur, Ali İhsan: Mal Rejimleri, Ankara, 2013.

- Özüğür, Ali İhsan: Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara, 2013, (*Kısaca: Boşanma*).
- Piotet, Paul: Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1987.
- Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013.
- Sarı, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.
- Sonsuzoğlu, Elif: Medenî Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, İstanbul, 2006.
- Şahinci, Ayşen: Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması (TMK m. 199), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, Sa. 2, sh. 309-334, Ankara, 2010.
- Şeker, Muzaffer: Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, sh. 133-158, İstanbul, 2006.
- Şenocak, Zarife: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, Ankara, 2009.
- Şensöz, Ebru: Milletlerarası Özel Hukukta Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, sh. 102-111, 122-131, İstanbul, 17-18 Kasım 2006.
- Şensöz, Ebru: 27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, Sa. 16, sh. 173-211, İstanbul, Güz 2009.
- Şıpka, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2012.
- Şıpka, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 184), İstanbul, 2004, (*Kısaca: Diğer Eşin Rızası*).

- Şıpka, Şükran: Die Auseinandersetzung der Errungenschaftsbeteiligung im Lichte der Entscheidungen des türkischen Kassationshofes, Türkisch-Deutscher Familienrechtskongress, 23-25. Mai 2013, (*Kısaca: Errungenschaftsbeteiligung*).
- Şıpka, Şükran: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, sh. 839-849, Ankara, 2008, (*Kısaca: Zamanaşımı*).
- Şıpka, Şükran/ Demir, Pınar Özlem: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 'Edinilmiş Malların Tasfiyesi'ne İlişkin Bir Kararın İncelenmesi (BGE 118 II 27-31), Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, sh. 255-262, Ankara, 2004.
- Şıpka, Şükran/ Kaplan, Hasan Ali: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı İle İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmesinin Altsoya Etkisi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, sh. 263-274, Ankara, 2004.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007.
- Yavuz, Nihat: Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Ankara, 2014.
- Yıldırım, Fadıl: İsviçre Federal Mahkemesi'nin Eşler Arasındaki Mal Rejimi Sözleşmesine Göre Katılma Alacağından Vazgeçmenin Tenkise Tâbi Bir Malvarlığı Devri Oluşturduğuna İlişkin (BGE 128 III 314 vd.) Kararı, www.e-akademi.org İnternet Dergisi, Ocak Sayısı, 2005.
- Uluç, Yusuf: Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara, 2014.
- Zevkliler, Aydın/ Ertaş, Şeref/ Havutçu, Ayşe/ Gürpınar, Damla: Medenî Hukuk- Temel Bilgiler, Ankara, 2013.
- Zeytin, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara, 2008.
- Zeytin, Zafer: Zuwendungs- und Mehrwertanspruch der Ehegatten im türkischen Familienrecht, Türkisch-Deutscher Familienrechtskongress, 23-25. Mai 2013, (*Kısaca: Zuwendungs- und Mehrwertanspruch*).

Zeytin, Zafer: Değer Artış Payı, Eklenerek Değerler ve Denkleştirme Alacağı, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, sh. 43-60, İstanbul, 17- 18 Kasım 2006, (*Kısaca: Değer Artış Payı*).