

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN SÖZLEŞMEYLE BAŞKA BİR MAL REJİMİNİN KABULÜ İLE SONA ERMESİ HÂLİNDE ARTIK DEĞERE KATILMA ESASINI DEĞİŞTİREN ANLAŞMALARIN GEÇERLİLİĞİ

Özgür GÜVENÇ*

Ayşe Nur Merve YAZICI**

ÖZ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler, TMK m. 237/I uyarınca, bir mal rejimi sözleşmesi akdederek artık değere katılma esasını değiştirebilirler. Fakat TMK m. 238’de, mal rejiminin boşanma, evliliğin iptali veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş yoluyla sona ermesi hâlinde, eşler tarafından açıkça aksi kararlaştırılmadığı sürece, anlaşmanın uygulanmayacağı düzenlenmiştir. TMK m. 238’in amacı, katılma esasını değiştiren anlaşmayla diğer eşe kazandırmada bulunan eşin farazî iradesinden doğan menfaatinin korunmasıdır. Bu farazî irade, mal rejiminin arzulanmayan, olağandışı sebeplerle sona ermesi hâlinde, anlaşmanın geçersiz olması yönündedir. Sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü ise, olağandışı ya da arzulanmayan bir sona erme sebebi teşkil etmediğinden, anılan ihtimalde TMK m. 238’in kıyasen uygulanmasını gerektiren bir farazî iradenin mevcudiyetinden söz edilemez. Dolayısıyla, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde artık değere katılma oranını değiştiren anlaşmalar kural olarak geçerliliğini korur.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejimi sözleşmesi, artık değer, katılma esası, katılma alacağı

THE VALIDITY OF THE AGREEMENTS THAT CHANGE THE PRINCIPLE OF PARTICIPATION IN THE SURPLUS IN THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY IN CASE OF THE ACCEPTANCE ANOTHER PROPERTY REGIME BY CONTRACT

ABSTRACT

According to the TMK Art. 237 Abs. 1, spouses in the regime of participation in acquired property can change the principle of participation in the surplus by

* Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı / ANKARA e-posta: ozgur.guvenc@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8684-5415

** Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı / ANKARA e-posta: ayse.yazici@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6758-5144

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018670

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/04/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14/09/2021

concluding a marital agreement. However, in TMK Art. 238, it is provided that in case the property regime ends through divorce, annulment of marriage or separation of property by court order, the agreement shall not be applied unless otherwise agreed between spouses. The purpose of TMK Art 238 is to protect the interest of the spouse arising from her/his hypothetical will, who provides a benefit for the other spouse by means of the agreement for changing the principle of participation. This hypothetical will arises in the direction of the invalidation of the agreement, in case the property regime ends due to undesirable, extraordinary reasons. Since the acceptance of another property regime by contract does not constitute an extraordinary or undesirable reason for termination, it cannot be claimed that there exists a hypothetical will that requires the application of TMK Art. 238 by analogy in this case. Accordingly, in case of transition to another property regime by contract, agreements that change the principle of participation in the surplus remain valid as a rule.

Keywords: *The regime of participation in acquired property, marital agreement, surplus, principle of participation, participation claim*

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu, evlilik birliği süresince uygulanacak mal rejimleri bakımından eşlerin sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Gerçekten TMK m. 203 c. 2’ye göre, “*Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler*”. Bu çerçevede eşler, tipe bağlılık ilkesi uyarınca ancak edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı, paylaşımlı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinden birisini seçme imkânına sahiptirler. Yine eşlerin her bir mal rejimi için Kanun’da öngörülmüş olan esaslardan ayrılmaları, ancak Kanun buna izin verdiği sürece mümkün olur.

Kanunî mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde kanun koyucunun eşlere sözleşmeyle değiştirme imkânı tanıdığı esaslardan biri, artık değere katılma esasıdır. TMK m. 236/I’de eşlerin birbirlerinin artık değerlerine 1/2 oranında katılacakları öngörülmekle birlikte, TMK m. 237/I’de eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir esas kararlaştırmalarına izin verilmiştir. Fakat kanun koyucu bu anlaşmaların her durumda geçerli olmayacağını öngörmüştür. TMK m. 238’e göre mal rejiminin evliliğin iptali, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş yoluyla sona ermesi hâlinde, eşler mal rejimi sözleşmesinde açıkça aksini kararlaştırmadıkları sürece anlaşma geçersizlik yaptırımıyla karşılaşır. Evliliğin ve dolayısıyla mal rejiminin

arzulanan sona erme nedeni olan eşlerden birisinin ölümü ihtimalinde ise, TMK m. 237/I çerçevesinde yapılan katılma esasının değişikliğine yönelik anlaşmanın geçerli olacağına tereddüt yoktur. Fakat Kanun, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerin sözleşmeyle başka bir mal rejimini kabul etmeleri suretiyle sona ermesi hâlinde anlaşmanın geçerliliğine ilişkin açık bir düzenleme içermemektedir. Bu çalışmada, anılan ihtimalde katılma esasını değiştiren mal rejimi sözleşmesinin akıbeti incelenecektir.

I. ARTIK DEĞERE KATILMA ESASININ DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN ANLAŞMALAR

A. Genel Olarak

Mal rejiminin sona erme halleri TMK m. 225'te iki ayrı fıkra ile düzenlenmiştir. Birinci fıkrada olağan sona erme sebepleri olan ölüm ve başka bir mal rejiminin kabulü yer almaktadır. İkinci fıkrada ise, dava yoluyla sona erme sebepleri olan, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesi ile mahkemece mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâlleri düzenlenmiştir¹. Mal rejiminin bu sona erme sebeplerinden birisi ile sona

¹ Sona erme sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Turgut Akıntürk / Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017, s. 161-163; Mustafa Dural / Tufan Öğüz / Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018, N. 1110-1118; Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 420-439; Mustafa Alper Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, 2008, s. 283-287; Ahmet M. Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Turhan Kitabevi, 2002, s. 18-20; Ahmet M. Kılıçoğlu, Katkı - Katılma Alacağı, 7. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s. 91 vd.; Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)”, 2016, 11(1), ERÜHFD, s. 231 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/425096>> Erişim Tarihi 15.02.2021; H. Tolunay Ozanemre Yayla / Gamze Turan: “Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 1091; Demet Özdamar / Ferhat Kayış / Burcu Yağcıoğlu / Aliye Akgün, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 63-65; Miray Özer Deniz, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 25-33; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 519-523; Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007, s. 83 vd.; Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 141 vd.; Şükran Şıpka / Ayça Özdoğan, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2-11; Zafer Zeytin / Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 186. Her bir sona erme sebebi bakımından sona erme anına ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. Metin Pehlivan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Erme Sebepleri ve Sona Erme Anının Önemi”, 2017, 6(2), Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 73-80, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/344262>> Erişim Tarihi 15.02.2021. Sona erme sebeplerinin, “ tarafların iradelerine bağlı olan sebepler” ve “irade dışı sebepler”

ermesinin ön sonucu mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekliliğinin doğmasıdır².

Tasfiye aşamasında katılma alacağı miktarının tespiti için artık değer hesaplamasının yapılması gerekmektedir. Artık değer hesaplamasına ilişkin temel kurallar TMK m. 231’de ifade edilmiştir. TMK m. 231/I uyarınca, eşlerin, gerektiğinde eklenecek değerlerin eklenmesi ve denkleştirmenin gerçekleştirilmesi neticesinde bulunan edinilmiş mallarından, edinilmiş mallara ilişkin borçlarının çıkarılması sonucu artakalan miktar artık değeri oluşturur. Artık değer hesabı her eş için ayrı ayrı yapılır.

Rejimin tasfiyesi sonunda eşlerden her birinin (veya eşlerden birisi ölmüşse mirasçılarının) artık değerden alacağı paya, artık değere katılma oranı; her bir eşin (veya mirasçılarının) diğer eşin artık değeri üzerinde katılma oranında sahip olduğu alacak hakkına ise -artık değere- katılma alacağı adı verilir³. Katılma alacağı kural olarak mal rejiminin sona ermesi anında doğar; tasfiye sözleşmesinin kurulmasıyla veya mahkemece yapılacak tasfiyenin tamamlanmasıyla muaccel olur⁴.

şeklinde sınıflandırılışı için bkz. Ziya Gökçe, “Edinilmiş Mallara Katılma”, 2016, 65(4), AÜHFD, s. 3469-3490, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621838>>, Erişim Tarihi 15.02.2021.

² Akıntürk/Ateş, s. 152; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1119; Gümüş, s. 287, 288; Heinz Hausheer / Ruth Reusser / Thomas Geiser, Berner Kommentar, Bd. II/1/3/1, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Kommentar zu Art. 196-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 1992, Art. 204, N. 12.

³ Bkz. ve karşı. Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri - Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 342; Akıntürk/Ateş, s. 172; Gençcan, s. 879; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 266.

⁴ Bkz. ve karşı. Mehmet Beşir Acabey: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, 2007, 9(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, s. 493, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/756831>> Erişim Tarihi 15.02.2021; Acar, s. 339, 354, 355; Hüseyin Hatemi / Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, § 9, N. 43; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 204, N. 11, Art. 215, N. 20; Marlies Naf-Hofmann / Heinz Naf-Hofmann, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, N. 718,720; Sarı, s. 102, 103, 247; Zarife Şenocak, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, 2009, 58(2), AÜHFD, s. 387, <<https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0006596&lng=0>> Erişim Tarihi 15.02.2021; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 161, 290-292; Şükran Şıpka, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 842-844. Tasfiyenin dava yoluyla gerçekleştirildiği ihtimalde, katılma alacağının tasfiye davası sonucunda verilen kararının kesinleşmesiyle doğacağı ve muaccel olacağı yönünde ise bkz. Murat Doğan / Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Niteliği”, 2019, 1(1 - Özel Hukukun Güncel

Artık değere katılma esasını belirlerken kanun koyucu “*Kanuna göre*” ve “*Sözleşmeye göre*” şeklinde ikili bir ayırım yapmıştır. “*Kanuna göre*” başlıklı TMK m. 236/I uyarınca, her eş veya mirasçısı, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olur. Böylece kanunî katılma oranı 1/2 olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, katılma oranına ilişkin bu düzenleme emredici değil, tamamlayıcı niteliktedir⁵. Anılan düzenleme, eşler bir mal rejimi sözleşmesiyle başka bir katılma esası veya oranı kararlaştırmamışlarsa uygulama alanı bulur⁶. Nitekim “*Sözleşmeye göre*” başlıklı TMK m. 237/I’de bu hususa yer verilmiş ve eşlerin artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesi ile başka bir esas kabul edebilecekleri öngörülmüştür⁷. Böylece, Kanun’da tayin edilen katılma oranının somut olayda tarafların menfaat durumuna uygun düşmemesi ihtimalinde, eşlerin bu orandan ayrılarak kendi menfaat dengelerini tesis etmelerine izin verilmiştir⁸. Bu doğrultuda mal rejimi

Meseleleri Sempozyumu I - Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 283 vd.; Gümüş, s. 288 (özellikle dn. 274), 380, 381, 388. Doktrinde katılma alacağının tasfiyenin tamamlanmasıyla muacceliyet kazanmasına dayanak olarak, aksine anlaşma bulunmadıkça katılma alacağına ve değer artış payına tasfiyenin sona ermesinden başlayarak faiz yürütüleceğini öngören ZGB Art. 218 Abs. 2 (TMK m. 239/III) hükmüne işaret edilmektedir. Bkz. Acar, s. 354, 355; Gümüş, s. 388; Heinz Hausheer / Regina E. Aebi-Müller, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Kommentar zu Art. 181-251 ZGB, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, Art. 215, N. 12; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 215, N. 20; Cyril Hegnauer / Peter Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2000, N. 26.83. Alacağın mal rejimi sona erdiği anda muaccel olacağı ve belirsiz alacak davasına konu edilebileceği yönünde ise bkz. Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, N. 579-589; ayrıca karşı. Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 160 vd..

⁵ Regina E. Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2007, N. 06.04; Akıntürk/Ateş, s. 172; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 215, N. 2; Alexandra Jungo, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 216, 217, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 216, 217, N. 1; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2019, s. 349; Öztan, s. 537; Sarı, s. 229; Muzaffer Şeker, Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Verlag H. J. Maurer, 2006, s. 265; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 266; Zeytin, N. 705.

⁶ Akıntürk/Ateş, s. 172; Zeytin/Ergün, s. 189, 190.

⁷ Artık değere katılma esasını değiştirme amacıyla yapılan anlaşmalar mal rejimi hukuku içerisinde sözleşme özgürlüğünün uzantılarından birini oluşturur. Bkz. Şenocak, s. 390.

⁸ Edinilmiş mallara katılma rejiminin ve dolayısıyla ZGB Art. 216 ve Art. 217 düzenlemelerinin İsviçre Medenî Kanunu’na dâhil olmasının dayanağını oluşturan 05.01.1984 tarihli Federal Kanun’a ilişkin tasarındaki madde gerekçesinde, eşlere tanınan bu imkâna açıkça vurgu yapılmıştır. Bkz. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1321, 1322. Ayrıca bkz. ve karşı. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 1; Hausheer/

sözleşmesiyle, sadece bir eşin diğerinin artık değerine veya eşlerin her ikisinin de birbirlerinin artık değerine 1/2 dışında bir oran üzerinden katılması kararlaştırılabilir⁹. Yine, eşlerin katılma alacaklarının oran yerine sabit bir meblağ olarak belirlenmesi de, TMK m. 237/I çerçevesinde geçerli kabul edilmelidir¹⁰.

B. Artık Değere Katılma Esasının Değiştirilmesine İlişkin Anlaşmaların Geçerliliğinin Kanunî Sınırları

Eşler arasında TMK m. 237/I çerçevesinde yapılan artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçerliliği, kanun koyucu tarafından bazı hâllerde sınırlandırılmıştır¹¹. İlk sınır, TMK m. 238 hükmüyle düzenlenmiştir¹². Hükme göre, evliliğin iptali, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş gibi, mal rejiminin dava yoluyla sona erdiği hâllerde¹³, Kanun'daki artık

Reusser/Geiser, Art. 216, N. 8; Náf-Hofmann/Náf-Hofmann, N. 1806; Öztan, s. 538; Şenocak, s. 389.

⁹ Aebi-Müller, N. 06.05, 06.06; İpek Betül Aldemir, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 74, 75; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1232; Gümüş, s. 383; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 17; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 14; Jungo, Art. 216, 217, N. 4; Isabelle Nuspliger, Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 216, 217, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 216, N. 1; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 115; Alexandra Rumo-Jungo, "Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen", 2007, successio, s. 158; Daniel Steck / Roland Fankhauser, FamKommentar, Scheidung, Bd. I: ZGB, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 196-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2017, Art. 216, N. 10; Şeker, s. 266; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 280; Zeytin, N. 712.

¹⁰ Aynı yönde bkz. Aebi-Müller, N. 06.07; Aldemir, s. 75, 76; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1232; Gümüş, s. 383; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 18; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 15; Jungo, Art. 216, 217, N. 4; Nuspliger, Art. 216, N. 1; Sarı, s. 235, 236; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 10; Şeker, s. 266; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 280; Zeytin, N. 712. Ayrıca eşlerden birisi ya da her iki eş birden, bu anlaşmayla gelecekte doğacak katılma alacağından önceden vazgeçebilir. Eşlerin belirledikleri esasları şarta bağlamaları da mümkündür. Mal rejimi sözleşmesiyle yapılabilecek farklı düzenlemelere ilişkin bkz. Aebi-Müller, N. 06.05 vd.; Aldemir, s. 74-80; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1232, 1245; Gençcan, s. 1211; Gümüş, s. 383; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 16-23; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 14-19; Hegnauer/Breitschmid, N. 26.76, 26.78; Jungo, Art. 216, 217, N. 4; Nuspliger, Art. 216, N. 1; Öztan, s. 538-540; Sarı, s. 234 vd.; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 10; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 280; Şeker, s. 266; Şenocak, s. 392-395; Zeytin, N. 712.

¹¹ Bkz. ve karş. Náf-Hofmann/Náf-Hofmann, N. 1807 vd.; Şenocak, s. 390-392; Zeytin, N. 710.

¹² Bu yönüyle TMK m. 238, eşlere TMK m. 237/I'de tanınan sözleşme özgürlüğünün bir sınırını oluşturmaktadır. Bkz. Akıntürk/Ateş, s. 173; Özer Deniz, s. 96, 97.

¹³ Mal rejiminin gaiplik nedeniyle mahkeme kararıyla sona ermesi hâlinde TMK m. 238

değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı bir esas öngören anlaşmalar, eşler sözleşmede bunun aksini açıkça¹⁴ kararlaştırmış olmadıkça geçersizlik yaptırımıyla karşılaşır.

Eşlerin artık değere katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmalarının geçerliliğine getirilen bir başka sınır ise, TMK m. 237/II’de yer almaktadır. Hükümde, anılan anlaşmaların eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği öngörülmüştür. Burada kanun koyucu tarafından, eşlerin sadece ortak olmayan çocuklarına ve onların altsoyuna sağlanan bir koruma söz konusudur. Bu doğrultuda, katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmalarla yapılan kazandırma, anılan kişilerin saklı paylarını ihlâl ettiği ölçüde tenkise tâbi olur¹⁵. Eşlerin ortak olmayan çocukları

uygulanmaz ve katılma oranını değiştiren anlaşma geçerliliğini korur. Bkz. Gümüş, s. 387; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 5; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 204, N. 15, Art. 217, N. 10; Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Nuspliger, Art. 217, N. 2; Steck/Fankhauser, Art. 217, N. 1; Zeytin, N. 731.

¹⁴ Katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmanın TMK m. 238’de düzenlenen hâllerde de uygulanabilmesi için, TMK m. 238’de de net biçimde ifade edildiği üzere, eşlerin bu yöndeki iradesinin açık olması şarttır. Bu çerçevede, mal rejimi sözleşmesinden, anlaşmanın hangi sona erme hâllerinde uygulanacağı tereddüde yer bırakmayacak biçimde anlaşılmalıdır. Bkz. Acar, s. 121; Gümüş, s. 387; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 12; Nuspliger, Art. 217, N. 1; Sarı, s. 233; Steck/Fankhauser, Art. 217, N. 4; Şenocak, s. 389. Bununla birlikte doktrinde, eşlerin anlaşmanın uygulanacağı hâl olarak TMK m. 238’deki hâllerden birini, örneğin sadece boşanmayı zikrettikleri ihtimalde, anlaşmanın hükümde sayılan diğer hâllerde de uygulanacağının karineten kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 12; Näf-Hofmann/Näf-Hofmann, N. 1913. Aksi görüşte bkz. Gümüş, s. 387; Sarı, s. 233.

¹⁵ Aynı yönde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1233; Mustafa Dural / Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, 2015, N. 1092; Gümüş, s. 386; Hausheer/Aebi-Müller Art. 216, N. 32; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 43 vd.; Öztan, s. 540-542; Özer Deniz, s. 97; Paul Piotet, Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, s. 167; Wolfgang Portmann, “Pflichtteilsschutz bei Errungenschaftsbeteiligung - Schnittstelle zwischen Erbrecht und Eheerbrecht”, 1997, recht, s. 11; Sarı, s. 239 vd.; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 18; Şenocak, s. 396 vd.; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 277, 283; Şükran Şıpka / Hasan Ali Kaplan, “4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy’a Etkisi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 272; Daniel Trachsel, “Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a”, 2013, AJP, s. 172; Peter Tuor / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid / Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2009, § 32, N. 25; Mustafa Fadıl Yıldırım, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki”, 2019, 1(1 - Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I - Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 247, 248; Zeytin, N. 723. Acar da, burada kanuna karşı

ve onların altsoyları, bahsi geçen anlaşmalar yüzünden saklı paylarının zedelenmesi ihtimalinde tenkis davası açarak, anlaşmayı saklı payları ölçüsünde etkisiz kılabilirler.

II. İSVİÇRE VE TÜRK DOKTRİNLERİNİN SÖZLEŞMEYLE BAŞKA BİR MAL REJİMİNİN KABULÜ HÂLİNDE KATILMA ESASINI DEĞİŞTİREN ANLAŞMALARIN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMI

A. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 238. maddesinde (ZGB Art. 217), evliliğin iptali, boşanma ve mahkeme kararıyla mal ayrılığı rejimine geçilmesi hâlleri bakımından artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların akıbeti açıkça tayin edilmiştir. TMK m. 237/II'de (ZGB Art. 216 Abs. 2) anılan anlaşmaların eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve bunların altsoylarının "saklı paylarına" etkisinden söz edilmesi, aynı maddenin birinci fıkrası doğrultusunda yapılan bu anlaşmaların evliliğin ölümle sona ermesi hâlinde geçerli olacağının açık göstergesidir¹⁶. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere, mal rejimlerinin sona erme sebepleri bu dört hâlde sınırlı değildir. Bir başka sona erme sebebi teşkil eden, eşlerin sözleşmeyle başka bir mal rejimini seçmeleri ihtimalinde, katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların nasıl etkileneceği hakkında açık bir kanunî düzenleme sevk edilmemiştir. Kanun koyucunun bu konudaki yargısını açıkça ortaya koymamış olması, konuyu doktrinde tartışmalı hâle getirmiştir. İsviçre ve Türk doktrinlerinde, konuya ilişkin iki farklı görüşün ileri sürüldüğü göze çarpmaktadır. Bu noktada, İsviçre ve Türk doktrinlerindeki mevcut durum inceleme konusu yapılacaktır.

C. İsviçre Doktrininin Konuya Yaklaşımı

TMK m. 237 ve 238 düzenlemelerinin mehzaz kanundaki karşılığını, ZGB Art. 216 ve 217 oluşturmaktadır. ZGB Art. 216'nın kenar başlığı, TMK m. 237 ile aynıdır ve "Genel Olarak (*Im Allgemeinen*)" biçimindedir. TMK m. 238'e karşılık gelen ZGB Art. 217'nin kenar başlığında ise, TMK m. 238'in başlığında bulunan boşanma, iptal ve mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçişe ek olarak "ayrılık (*Trennung*)" kavramına da yer verilmiştir. Ancak mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimine geçiş hâli ZGB Art. 217'de de açıkça düzenlenmemiştir. Bu açıdan, Türk hukukundaki sorun İsviçre hukuku bakımından da gündeme gelmektedir.

hilenin söz konusu olduğu ve bu nedenle dolanılan hükümler olan TMK m. 505 ve m. 506'nın yaptırımının uygulanacağı gerekçesiyle aynı görüştedir. Bkz. Acar, s. 124, 125.

¹⁶ Karş. Acar, s. 121.

1. Hâkim Görüş: Anlaşmaların Kural Olarak Geçersiz Olması

İsviçre doktrinde hâkim durumda bulunan görüş¹⁷, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimine geçişin kararlaştırılması ihtimalinde ZGB Art. 217'nin kıyasen uygulanması gerektiğini öne sürmektedir. Bu çerçevede, edinilmiş mallara katılma rejimi sözleşmeyle başka bir mal rejiminin seçilmesi suretiyle sona erdiğinde, eşler aksini kararlaştırmadığı sürece katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçersiz olacağı kabul edilmektedir.

İsviçre doktrindeki hâkim görüşü savunan yazarların, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimine geçilmesi hâlinde ZGB Art. 217 Abs. 1'in kıyasen uygulanmasını çeşitli gerekçelere dayandırdıkları görülmektedir. Bu yargının temelinde her şeyden önce, ZGB Art. 216'nın mal rejiminin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi ihtimali dikkate alınarak yapılan bir düzenleme olduğu düşüncesi yatmaktadır¹⁸. Buna göre, ZGB Art. 216 uyarınca yapılan katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşmalar, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, sadece eşlerden birinin ölümü hâlinde geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilir. Zira böyle bir anlaşma, nihayetinde eşlerden birisinin diğeri lehine yaptığı karşılıksız bir kazandırmadan ibarettir¹⁹. Mal rejiminin ölümle değil de, evliliğe ilişkin ortaya çıkan fiilî ya da hukukî sorunlar nedeniyle mahkeme kararıyla sona ermesi durumunda, aksine açık bir irade ortaya koyulmadığı sürece, eşlerin farazî iradesi anılan anlaşmanın geçersiz kılınması şeklinde tezahür eder²⁰. Ölüm dışındaki tüm hâllerde, anılan farazî irade doğrultusunda bu esas geçerli olmalı ve katılma alacağının belirlenmesinde ZGB Art. 215 Abs. 1 uyarınca kanunî katılma oranı olan 1/2 uygulanmalıdır.

İsviçre doktrindeki genel eğilime göre, eşlerin bir mal rejimi sözleşmesi akdederek başka bir mal rejimine geçmesi hâlinin ZGB Art. 217'nin uygulama

¹⁷ Bu yönde bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 6; Hegnauer/Breitschmid, N. 26.77; Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Nuspliger, Art. 217, N. 1; Roland Pfäffli, "Die Meistbegünstigung des Ehegatten nach Güterrecht und Erbrecht", 1996, 92, SJZ, s. 6; Steck/Fankhauser, Art. 217, N. 3; Şeker, s. 268.

¹⁸ Bu yönde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 1; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 8, 16; Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Nuspliger, Art. 217, N. 1.

¹⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 8. Piotet de, hâkim görüşe taraftar olmamakla birlikte, bahis konusu anlaşmaların bir eş tarafından diğer eşe yapılmış karşılıksız bir kazandırma içerdiğini belirtmektedir. Bkz. Piotet, s. 166, 167. Türk hukuku bakımından aynı doğrultuda bkz. Sarı, s. 232, 240; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 286; Zeytin, N. 720.

²⁰ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 8.

alanına dâhil edilmemesi, bu durumda ZGB Art. 217'nin öngördüğü sonuçtan ayrılmayı gerektirmez. Zira düzenlemede anılan ihtimale yer verilmemesi, kanun koyucunun bu durumda katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçerli olmasını arzulamasından kaynaklanamamaktadır. Daha ziyade söz konusu durumun sebebi, burada kanun koyucu tarafından, eşlerin başka bir mal rejimini seçmek amacıyla akdettikleri sözleşmede edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin ne şekilde yapılacağı üzerinde anlaşacaklarının varsayılmasıdır²¹. Eşlerin tasfiyeye ilişkin böyle bir anlaşması öncelikle uygulanacağından, anılan ihtimalde daha önce yapılan katılma esasının değiştirilmesine yönelik anlaşmanın geçerli olup olmayacağı sorunu kendiliğinden ortadan kalkar. Diğer yandan, çoğu zaman, ya seçilen yeni mal rejiminin geçmişe etkili olarak, yani evliliğin başından itibaren geçerli olacağı kararlaştırılmakta ya da katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşma doğrudan “sağ kalan eş” lehine yapılmaktadır. İlk durumda edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi hiç gerçekleşmeyeceğinden²², ikinci durumda ise anlaşmanın sadece ölüm hâline özgü niteliği açıkça görüldüğünden, bahis konusu sorun gündeme gelmemektedir²³. Uygulamada sorunun ortaya çıkma ihtimalinin azlığı, ZGB Art. 217'de sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin açıkça zikredilmemesinin bir diğer sebebi olarak değerlendirilmektedir. Hâkim görüşe göre, anılan gerekçelerle, kanun koyucunun ZGB Art. 217'de sözleşmeyle başka bir mal rejiminin seçilmesi hâlini açıkça zikretmemiş olması, ZGB Art. 217'nin bu hâlde kıyasen uygulanmasının önünde engel teşkil etmemektedir.

Diğer yandan İsviçre doktrininde, hâkim fikre gerekçe olarak ZGB Art. 216 ve Art. 217'nin kanunlaşması²⁴ sürecindeki gelişmelere de işaret edilmektedir²⁵. Bu hususta bilhassa, İsviçre Medenî Kanunu'nda yapılacak değişiklik için 1973-1976 yılları arasında faaliyet gösteren Uzmanlar Komisyonu'nun (*Expertenkommission*) çalışmalarından çıkarım yapılmaktadır. Şöyle ki,

²¹ Bkz. ve karşı. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 6; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11. Ayrıca karşı. Şeker, s. 268.

²² Karşı. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 6.

²³ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

²⁴ Edinilmiş mallara katılma rejimi, İsviçre Medenî Kanunu'na, 05.10.1984 tarihli Federal Kanun'la yapılan değişiklikler neticesinde, bu değişikliklerin yürürlük tarihi olan 01.01.1988'de dâhil olmuştur. İsviçre Medenî Kanunu'nu değişikliğe uğratan 05.10.1984 tarihli Federal Kanun (Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht], Änderung vom 5. Oktober 1984) için bkz. BBl 1984 III 19 vd.. Anılan değişikliklere ilişkin madde gerekçeleri için bkz. BBl 1979 II 1191 vd..

²⁵ Bu yönde gerekçelendirme için bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

Komisyon'un ilk ön tasarılarında katılma esasını değiştiren anlaşmaların "mal rejiminin ölüm dışındaki hâllerle sona ermesi" ihtimalinde uygulanmayacağı öngörülmüşken, sonraları anlaşmanın uygulanmayacağı hâllerin tek tek sayılması yoluna gidilmiştir²⁶. Hâkim fikirdeki yazarların bir kısmı, bu değişikliğin hükümde açıklığın sağlanması adına yapıldığı ve esasa etkili bir değişiklik içermediği iddiasındadır²⁷. Bu iddia doğrultusunda hükmün nihâî hâli, anılan yazarlarca ilk ön tasarılarında öngörülen düzenlemeye uygun olarak yorumlanmakta ve ölüm dışındaki tüm sona erme ihtimalleri ZGB Art. 217'nin uygulama alanına dâhil edilmektedir²⁸.

Son olarak İsviçre doktrinindeki bir grup yazar, yukarıda anılan hâkim fikre dayanak olarak, şüphe hâlinde daima kanunî orana bağlı kalınması gerekliliğini göstermektedirler²⁹. Buna göre, eşler yeni mal rejimini seçmek amacıyla akdettikleri mal rejimi sözleşmesinde edinilmiş mallara katılma rejiminin hangi katılma esasına göre tasfiye edileceğini kararlaştırmamışlarsa, burada uygulanacak oran bakımından bir şüphe söz konusu olmaktadır. Şüphenin varlığı Kanun'un öngördüğü kurala bağlı kalınmasını gerektirir. Bu doğrultuda tasfiye, TMK m. 215/I'deki 1/2'lik katılma oranı uygulanarak gerçekleştirilir.

2. Azınlık Görüşü: Anlaşmaların Kural Olarak Geçerliliğini Koruması

İsviçre'de savunulan azınlık görüşüne³⁰ göre ise, artık değere katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların eşler tarafından aksi kararlaştırılmadıkça geçersiz olması, ZGB Art. 217'de açıkça zikredilen boşanma, ayrılık, evliliğin iptali veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş hâllerine özgü bir durumdur. Bu nedenle anılan anlaşmalar, mal rejiminin eşlerden birinin ölümü veya sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş suretiyle sona ermesi hâlinde kural olarak geçerli olur. Görüldüğü üzere azınlık görüşü, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimaline mal rejiminin ölümle sona ermesiyle aynı sonucu bağlamakta, söz konusu ihtimali ZGB Art. 217'nin uygulama alanı dışında tutmaktadır.

²⁶ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 4. Hükmün İsviçre hukukundaki kanunlaşma sürecine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. aşı. IV, A, 2.

²⁷ Bu yönde bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 4.

²⁸ Bu yönde değerlendirme için bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

²⁹ Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

³⁰ Piotet, s. 166, 167.

D. Türk Doktrininin Konuya Yaklaşımı

Türk doktrininin artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalara olan yaklaşımı da, büyük oranda İsviçre doktriniyle paralellik göstermektedir. İsviçre doktrinindeki baskın görüş, Türk doktrinindeki yazarların çoğunluğu tarafından da, benzer gerekçelerle benimsenmiştir. Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde katılma esasını değiştiren anlaşmaların kural olarak geçerli olacağı ise, yine azınlık görüşü olarak savunulmaktadır.

1. Hâkim Görüş: Anlaşmaların Kural Olarak Geçersiz Olması

Türk doktrinindeki yazarların önemli bir kısmı³¹, TMK m. 237/1 hükmü çerçevesinde yapılan anlaşmaların eşler aksini kararlaştırmaları dahi geçerli kabul edilmesinin, yalnızca mal rejiminin ölümle sona ermesi hâline özgü bir durum olduğu görüşündedirler. Aralarında sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin de bulunduğu, ölüm dışındaki tüm sona erme sebepleri, bu çerçevede TMK m. 238'deki esasa tâbi tutulmaktadır. Böylece, edinilmiş mallara katılma rejiminin sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçme suretiyle sona ermesi ihtimalinde, katılma esasını değiştiren anlaşmanın geçerli olabilmesi için, eşlerin bunu mal rejimi sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış olmaları şart koşulmaktadır.

Anılan görüşteki yazarların bir kısmı³², görüşlerini gerekçelendirmek amacıyla, İsviçre doktrinindeki argümanlardan yararlanmaktadırlar. Buna göre, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin TMK m. 238'de zikredilmemesinin sebebini, eşlerin sözleşmeyle seçimlik mal rejimlerinden birini seçmeleri hâlinde tasfiyenin nasıl yapılacağı hususunda anlaşacaklarının varsayılmasında aramak gerekir. Diğer yandan artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalar, genellikle sağ kalan eş lehine yapılmaktadır ve bu nedenle mal rejiminin ölümle sona ermesine ilişkindir. Bu nedenle,

³¹ Bu yönde bkz. Acar, s. 121; Aldemir, s. 73; Şamil Demir, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması”, 2014, 1, Ankara Barosu Dergisi, s. 266, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398147>> Erişim Tarihi 01.04.2021; Tuba Birinci Uzun, “Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”, 2018, 9(1), İnÜHFD, s. 111, 112, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/455796>> Erişim Tarihi 01.04.2021; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1234-1235; Gümüş, s. 382; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 116; Özer Deniz, s. 96; Öztan, s. 538; Şeker, s. 268; Şenocak, s. 389; Zeytin, N. 732, 733. Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde kanunî paylaşım oranının uygulanacağını Kanun'da açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı yönünde ayrıca bkz. Aldemir, s. 74.

³² Bu yönde bkz. Zeytin, N. 732.

ölüm dışındaki tüm sona erme sebepleri yönünden TMK m. 238'deki esas uygulanmalıdır.

Diğer bir kısım yazar³³ ise, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm dışındaki tüm sona erme sebepleri yönünden TMK m. 238'in uygulanacağı sonucuna, TMK m. 237/II'den hareketle varmaktadır. Bu düşünceye göre, TMK m. 237/II'de saklı payın zedelenmesinden söz edilmesi, TMK m. 237/I'de düzenlenen sözleşme özgürlüğünün mal rejiminin ölümle sona ermesi ihtimaline ilişkin olduğunun dolaylı bir göstergesini teşkil etmektedir³⁴. Ölüm dışındaki sona erme sebepleri yönünden de eşlerin artık değere katılma esasını değiştirme özgürlüğü bulunmakla birlikte, TMK m. 238 uyarınca eşlerin sözleşmede bunu açıkça kararlaştırmaları şarttır³⁵.

3. Azınlık Görüşü: Anlaşmaların Kural Olarak Geçerliliğini Koruması

Türk doktrininde savunulan azınlık görüşü³⁶ de, İsviçre doktrinindeki azınlık görüşüne paralel olarak, sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü ihtimalinde artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların -eşlerin bu anlaşmaların geçerli olacağını açıkça kararlaştırmaları gerekmezsin- geçerli olacağı yönündedir. Görüşe göre, eşler anlaşmanın TMK m. 238'de zikredilen hâllerde de geçerliliğini koruyacağını açıkça kararlaştırmadıkları sürece söz konusu anlaşmalar, sadece mal rejiminin eşlerden birinin ölümü veya sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçilmesi yoluyla sona ermesi hâllerinde uygulanır. Bu görüşe gerekçe olarak, TMK m. 237/I'in kural, TMK m. 238'in ise istisna niteliğinde olmasına ve istisnaların dar yorumlanması gerekliliğine işaret edilmektedir³⁷. Böylece ölüm ve sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş TMK m. 238'in uygulama alanı dışında tutulmaktadır. Katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmalara, TMK m. 237/I kapsamında geçerlilik tanınmaktadır.

³³ Bu yönde özellikle bkz. Acar, s. 121.

³⁴ Acar, s. 121.

³⁵ Acar, s. 121; Şenocak, s. 389; Zeytin, N. 733.

³⁶ Bu yönde bkz. Sarı, s. 233, 234; Yıldırım, s. 245, dn. 23.

³⁷ Yıldırım, s. 245, dn. 23.

III. TÜRK VE İSVİÇRE DOKTRİNLERİNİN KONUYA YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

A. Türk ve İsviçre Doktrinlerinin Konuya Yaklaşımının Değerlendirilmesi

1. Doktrinde Savunulan Görüşlerin Pozitif Hukuktaki Dayanaklarının Tespiti

Gerek Türk gerekse İsviçre doktrininde genel eğilim, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimine geçmeleri ihtimalinde, artık değere katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların aksi kararlaştırılmadıkça geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacağı yönündedir. Bu görüşün pozitif hukuktaki dayanağını, TMK m. 238 (ZGB Art. 217) oluşturmaktadır. Nitekim İsviçre doktrininde, söz konusu ihtimalde ZGB Art. 217'nin kıyasen uygulanacağı açıkça ifade edilmektedir³⁸. Esasında hâkim görüş, bu ihtimal bakımından bir hukuk boşluğunun varlığından yola çıkmaktadır. Zira teknik anlamıyla kıyas, hâkimin TMK m. 1/II çerçevesinde hukuk yaratırken başvuracağı yöntemlerden birisidir³⁹. Gerçekten kıyas, kanunda bir olay için öngörülmüş olan hükmün, menfaatler durumu bakımından bu olayla benzerlik arz eden, ancak hakkında kanunda hüküm bulunmayan bir başka olaya uygulanmasıdır⁴⁰. Dolayısıyla kıyasın ön şartı, somut hukukî uyumsuzluğa olumlu ya da olumsuz bir çözüm sunan yazılı ya da sözlü bir hukuk kuralının mevcut olmaması, yani hukuk boşluğunun bulunmasıdır⁴¹.

Türk ve İsviçre doktrinlerinde savunulan azınlık görüşü ise, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde, katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların esas itibarıyla geçerliliğini koruyacağını vurgulamaktadır. Bu görüşün pozitif hukuktaki dayanağını TMK m. 238 (ZGB Art. 217)'in karşıt anlamında (mefhumu muhalifinde) aramak gerekir. Gerçekten, TMK m. 238

³⁸ Bu yönde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 6; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11; Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Steck/Fankhauser, Art. 217, N. 3.

³⁹ Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Yayınları, 2014, s. 231 vd.; Gökhan Antalya / Murat Topuz, Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk, C. I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, N. 1244, 1489; Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, 2014, N. 887-889; Rona Serozan, Hukukta Yöntem - Mantık, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, N. 256 vd..

⁴⁰ Altaş, s. 231; Antalya/Topuz, N. 1243, 1248.

⁴¹ Antalya/Topuz, N. 1489; Serozan, N. 258. Ayrıca karşı. M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medenî Hukuk, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, N. 383, dn. 197.

(ZGB Art. 217)'de öngörülen geçersizlik yaptırımının, yine aynı düzenlemede açıkça zikredilen boşanma, iptal ve mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş hâllerıyla sınırlı olduğu kabul edilirse, bunlar dışında kalan sona erme hâlleri yönünden anılan düzenlemenin uygulanmayacağı sonucuna varılır⁴². Hükümün karşıt anlamından çıkarılan bu olumsuz sonuç doğrultusunda, ölüm ve sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlleri bakımından, katılma esasını değiştiren anlaşmaların kural olarak geçerliliğini koruyacağına hükmedilir. Karşıt anlamdan sonuç çıkarma, kanun koyucunun ilgili uyumsuzluk için kasıtlı susma suretiyle olumsuz bir çözüm öngörmesi anlamına geleceğinden, bir kanun boşluğunun varlığına engel olur ve kıyas yolunu da kapatır⁴³.

Yukarıdaki değerlendirmeler neticesinde, görüşlerin temel ayrılık noktası, TMK m. 238 (ZGB Art. 217)'in sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların akıbetine ilişkin olumsuz bir çözüm öngörüp öngörmediği olarak belirlenir. Dolayısıyla görüşlerin isabetliliği noktasında yapılacak bir değerlendirme, bu soruya cevap aramaya yönelmelidir. Söz konusu cevap, TMK m. 238 (ZGB Art. 217)'in yorumuyla açığa çıkarılır. Hükümde sözleşmeyle başka bir mal rejimin kabulü durumu açıkça zikredilmediğinden, hükmün lafzının bu cevaba ulaşmada tek başına yetersiz kaldığı açıktır. Bu çerçevede, yapılacak değerlendirmede dayanak noktasını hükmün özü oluşturacaktır. Hükümün özünü açığa çıkarmak da, tarihsel, amaçsal ve sistematik unsurlara başvurulmasıyla mümkün olur⁴⁴.

4. ZGB Art. 217'ye ve TMK m. 238'e İlişkin Hazırlık Çalışmaları Çerçevesinde Değerlendirme

Kanun hükümlerinin yorumunda başvurulacak olan, ilgili kanunun hazırlık çalışmalarının kapsamında, genel gerekçe ve madde gerekçeleri, tasarıların kanunlaşma sürecinde uğradığı değişiklikler ve tasarlara ilişkin

⁴² Karş. Yıldırım, s. 245, dn. 23.

⁴³ Karşıt anlamdan olumsuz sonuç çıkarma (mefhumu muhaliften istidlal, *argumentum e contrario*) hakkında detaylı bilgi için bkz. Altaş, s. 208, 209; Antalya/Topuz, N. 1075, 1076; Dural/Sarı, N. 782-784; Serozan, N. 22b, 258.

⁴⁴ Bugün bilhassa İsviçre doktrininde hâkim durumda bulunan yöntem plüralizmi (çoğulculuğu) anlayışı, kanunî düzenlemelerin anlamları araştırılırken salt lafza bağlı kalınmasını reddetmektedir. Kanaatimizce de isabetli olan bu anlayışa göre bir anlam araştırması, lafzın yanı sıra tarihsel, amaçsal ve sistematik unsurlara da başvurularak, bu yorum araçları arasında bir eşgüdüm sağlanarak gerçekleştirilmelidir. Yöntem plüralizmine ilişkin bkz. Antalya/Topuz, N. 1483 vd.; Serozan, N. 245, 246.

komisyon ve meclis görüşmeleri yer alır⁴⁵. Elbette TMK m. 238'in büyük oranda ZGB Art. 217'nin çevirisi niteliğinde olması karşısında, yapılacak inceleme, daha ziyade hükmün dayanağını oluşturan ZGB Art. 217'nin hazırlık çalışmalarına odaklanmadır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre doktrinindeki hâkim fikrin savunucuları, görüşlerini gerekçelendirmek amacıyla ZGB Art. 217'nin hazırlık çalışmalarından türetilen argümanlara da başvurumaktadırlar⁴⁶.

a. ZGB Art. 217'ye İlişkin Hazırlık Çalışmaları Çerçevesinde

Edinilmiş mallara katılma rejimi ve bu kapsamda ZGB Art. 217, İsviçre Medenî Kanunu'na, 05.10.1984 tarihli Federal Kanun'la yapılan değişiklikler neticesinde, bu değişikliklerin yürürlük tarihi olan 01.01.1988'de dâhil olmuştur⁴⁷. Bugün yürürlükte bulunan ZGB Art. 217'nin içeriği de, anılan Federal Kanun'un hazırlık çalışmaları çerçevesinde 1973-1976 yılları arasında faal bulunan Uzmanlar Komisyonu'ndaki (*Expertenkommission*) tartışmalı konulardan birini oluşturmıştır. İlk ön tasarılar, mal rejiminin ölüm dışındaki sebeplerden biriyle sona ermesi hâlinde, aksine anlaşma bulunmadıkça, katılma esasını değiştiren anlaşmaların uygulanamayacağı öngörülmüştür. Fakat komisyondaki görüşmeler neticesinde, ilk ön tasarılar, öngörülen bu düzenleme, Uzmanlar Komisyonu'nun 1976 tarihli nihaî ön tasarısına, esas itibarıyla iki değişiklikle dâhil olmuştur. İlk olarak, anlaşmayı geçersiz kılan sebepler olarak boşanma, ayrılık ve iptal hâllerinin tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. İkinci olarak ise, anılan sebeplerin varlığında, katılma esasını değiştiren anlaşmaların, eşlerin aksi yönde anlaşması olup olmadığına bakılmaksızın, yani her durumda geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacağı esası benimsenmiştir. 1979 tarihli Federal Konsey tasarısında (*der bundesrätliche Entwurf*)⁴⁸, geçersizlik sebeplerinin yanına mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş de eklenmiştir. Nihayet Ulusal Konsey'de (*Nationalrat*), geçersizlik sebepleri aynen korunmuş; ancak geçersizlik yaptırımının uygulanması, tekrar

⁴⁵ Altaş, s. 210; Antalya/Topuz, N. 1536-1538; Dural/Sarı, N. 817; İhsan Erdoğan / A. Dilşad Keskin, Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020, s. 111; Oğuzman/Barlas, N. 254.

⁴⁶ Bu yönde bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

⁴⁷ İsviçre Medenî Kanunu'nu değişikliğe uğratan 05.10.1984 tarihli Federal Kanun (Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht], Änderung vom 5. Oktober 1984) için bkz. BBl 1984 III 19 vd.. Anılan değişikliklere ilişkin madde gerekçeleri için bkz. BBl 1979 II 1191 vd..

⁴⁸ BBl 1979 II 1404 vd..

eşlerin aksi yönde bir düzenleme yapmamış olmaları şartına bağlanmıştır⁴⁹. Hüküm bu hâliyle kanunlaşmıştır⁵⁰.

Kanaatimizce ZGB Art. 217'ye ilişkin olarak yukarıda aktarılan kanunlaşma süreci, hâkim görüşteki yazarların buradan yaptıkları çıkarımların aksine, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde ZGB Art. 217'nin uygulama alanı bulmayacağı şeklinde yorumlanmaya daha elverişlidir. Zira her şeyden önce, "ölüm dışındaki tüm sona erme hâlleri" yerine boşanma, ayrılık ve iptalin tek tek zikredilmesinde "açıklığın sağlanması" amacı güdüldüğü iddia ediliyorsa, kanun koyucunun bu açıklığı temin etmek amacıyla düzenlemede "sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş"e de yer vermesi beklenir. Gerçekten, "ölüm dışındaki hâller" ibaresi yeterince açık bulunmayarak hükmün uygulanacağı sona erme sebeplerinin tek tek sayılması, bu sayımın sınırlayıcı olduğu ve hükmün burada sayılmayan hâllerde uygulanmayacağı yönündeki iradenin bir tezahürüdür. Nitekim boşanma, ayrılık ve iptalin yanına Ulusal Konsey'de mahkeme kararıyla mal ayrılığına (olağanüstü mal rejimine) geçişin de eklenmesiyle, geride ölüm dışında zikredilmeyen tek hâl olarak sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü kalmıştır. Diğer bir ifadeyle düzenlemenin ilk ön tasarılarıdaki şekliyle bugünkü şekli arasındaki tek fark, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinin hükmün lafzı dışında bırakılması olmuştur. Gerek Uzmanlar Komisyonu'nun gerekse Ulusal Konsey'in yaptıkları çeşitli değişiklik ve eklemelere rağmen bu hâli hükmü dâhil etmemesi, fikrimizce anılan sona erme hâlini hükmün uygulama alanı dışında bırakmaya yönelik bilinçli bir iradenin sergilendiği yönünde yorumlanmalıdır.

Ayrıca, hâkim fıkri savunucuları tarafından ileri sürülen, kanun koyucunun burada sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde eşlerin anlaşacaklarını varsaydığı iddiası da ikna edici değildir. Zira ZGB Art. 217'nin kanunlaşma sürecine ilişkin materyallerde bu iddiaya bir dayanak bulmak mümkün görünmemektedir.

Diğer yandan, İsviçre Medenî Kanunu'nda değişiklik yapan 05.10.1984 tarihli Federal Kanun'un ZGB Art. 216 ve 217'ye ilişkin madde gerekçeleri de, hükmün uygulama alanına ilişkin çıkarımlarımızı destekler niteliktedir. Zira söz konusu madde gerekçeleri incelendiğinde, kanun koyucunun ZGB

⁴⁹ Amtl. Bull. NR 1983 III 678.

⁵⁰ ZGB Art. 217'nin kanunlaşma sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 4-6.

Art. 217'deki değerlendirmesini, evliliği sona erdiren hâlleri ve özellikle boşanma ihtimalini düşünerek yaptığı anlaşılmaktadır. Gerçekten ZGB Art. 216'nın gerekçesinde⁵¹, katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların esas itibarıyla iki sorunu gündeme getirdiğinden bahsedilmiştir. Bu sorunlar, ZGB Art. 216 Abs. 2'ye atıfla saklı paylı mirasçıların bu anlaşmalara karşı korunması ve ZGB Art. 217'ye atıfla “evliliğin” ölüm dışında bir sebeple sona ermesi olarak ifade edilmiştir. Burada mal rejiminin değil, evliliğin ölüm dışında bir sebeple sona ermesinin bahis konusu yapılması, kanun koyucunun ZGB Art. 217'de çözüme kavuşturmak istediği soruna dair algısını ortaya koyması bakımından önemlidir. Ardından ZGB Art. 217'nin gerekçesinde⁵², hükümde sayılan hâllerde anlaşmanın geçersizliğine sebep olarak, çoğu zaman eşlerin, yaptıkları anlaşmanın boşanma hâlinde uygulanacağını hesaba katmamalarına işaret edilmiştir. Ayrıca “boşanma” durumunda eşlerin birbirleri lehine yaptıkları ölüme bağlı tasarrufların geçersiz olacağına ilişkin, o tarihte yürürlükte bulunan ZGB Art. 154 Abs. 3 hükmüne atıfta bulunulmuş ve boşanmanın etkisi bakımından katılma esasını değiştiren anlaşmaların ölüme bağlı tasarruflar gibi⁵³ ele alınması gerekliliğinden söz edilmiştir. Akabinde, Kanun'da olağanüstü mal rejimine geçiş için öngörülen şartların varlığında kanunî katılma oranının uygulanmasının daha uygun olduğu vurgulanmıştır⁵⁴. Tüm bunlar, kanun koyucunun ZGB Art. 217'yi sevk ederken, anlaşma yapıldığı sırada öngörülemeyen ve/veya arzulanmayan, olağandışı koşulların varlığından yola çıktığını⁵⁵ ortaya koymaktadır. Bu gibi hâllerde, eşlerin katılma esasını değiştiren anlaşmayı akdettikleri sırada sahip oldukları, birbirlerine kazandırmada bulunma iradelerinin ortadan kalktığı

⁵¹ 1979 tarihli Federal Konsey tasarısında hüküm, Art. 213'te yer almaktadır. Madde gerekçesi için bkz. BBl 1979 II 1321, 1322.

⁵² 1979 tarihli Federal Konsey tasarısında hüküm, Art. 214'te yer almaktadır. Madde gerekçesi için bkz. BBl 1979 II 1324.

⁵³ Kanun koyucunun gerekçede katılma esasını değiştiren anlaşmalarla ölüme bağlı tasarruflar arasında bir benzerlik kurması, ilk bakışta anılan anlaşmaları birer ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirdiği izlenimini yaratabilir. Fakat burada söz konusu benzerliğin, boşanma ihtimalinde hukuki işlemin akıbetiyle sınırlı olarak kurulduğu göz ardı edilmemelidir. Kaldı ki ZGB Art. 216'nın gerekçesinde, katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların, içeriğinde bir ölüme bağlı tasarrufu barındırıyor olsa dahi mal rejimi sözleşmesinin şekline tâbi olacağı şeklinde bir ifadeye (bkz. BBl 1979 II 1322) yer verilmiştir. Bu ifade, kanun koyucunun katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaları ölüme bağlı tasarruflarla bir tutmak ya da doğrudan ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirmek istemediğini açığa vurmaktadır.

⁵⁴ BBl 1979 II 1324.

⁵⁵ Karş. Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 116.

varsayımı, kanun koyucuyu geçersizlik yaptırımını öngörmeye itmiştir. Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinin ise, evliliğin sona ermesi sonucunu doğurmadığı gibi, eşler yönünden olağandışı bir durum teşkil etmediği de açıktır. Dolayısıyla anılan ihtimal, kanun koyucunun ZGB Art. 217 ile çözmeyi arzuladığı uyumsuzluk grubunun dışında kalmaktadır.

b. TMK m. 238'e İlişkin Hazırlık Çalışmaları Çerçevesinde

TMK m. 238'e ilişkin madde gerekçesi⁵⁶ incelendiğinde, Türk kanun koyucusunun da esas itibarıyla İsviçre kanun koyucusuyla aynı bakış açısını paylaştığı rahatlıkla görülebilmektedir. Nitekim TMK m. 238'in gerekçesinde de, evliliği sürdürmenin asıl olduğu ve eşlerin genellikle boşanmayı düşünerek hareket etmedikleri belirtilmiştir. Ardından, mal rejimi sözleşmesinde öngörülen farklı paylaşım şekillerinin “*özünde bundan yararlanan eşe bir atıfet, mükâfat niteliğinde*” olduğu vurgulanmıştır. Nihayet gerekçenin son kısmında, ZGB Art. 217'de ayrılık sebebine de yer verilmiş olmasına rağmen TMK m. 238'de bu sebebin öngörülmemesi, ayrılık ihtimalinde “evliliğin sona ermediği” şeklinde gerekçelendirilmiştir. Tüm bu açıklamalar, Türk kanun koyucusunun da, başta boşanma olmak üzere, öngörülemeyen ve/veya arzulanmayan, olağandışı sebeplerden hareketle TMK m. 238'deki geçersizlik yaptırımını sevk ettiğini gözler önüne sermektedir. Burada da, ZGB Art. 217'de olduğu gibi, eşlerin birbirlerine yönelik kazandırmada bulunma iradesinin ortadan kalktığı kabulünden yola çıkılmıştır. Eşlerin sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçmeleri hâli, bu kabulde bağdaşmadığından, TMK m. 238'in uygulama alanı dışında tutulmalıdır.

⁵⁶ TMK m. 238'e ilişkin madde gerekçesinin tam metni şu şekildedir: “*Madde İsviçre Medenî Kanununun 217 nci maddesini karşılamaktadır. Evlenmeyi sürdürmek asıl olduğundan eşler genelde boşanmayı düşünmezler. Mal rejimi sözleşmesinde öngörülen farklı paylaşım şekilleri, özünde bundan yararlanan eşe bir atıfet, mükâfat niteliğindedir. Dolayısıyla buna ilişkin sözleşme hükümlerinin boşanma veya evliliğin iptali sebebiyle son bulması veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş hâllerinde uygulanabilmesi için, bunun sözleşmede açıkça öngörülmüş olması gerekir. Bu nedenle maddede eşler arasındaki evliliğin iptali veya boşanma sebepleriyle veya edinilmiş mallara katılma rejimi yerine mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş durumunda artık değere katılmanın farklı oranlarda olacağına ilişkin bir anlaşmanın geçerli olabilmesi, mal rejimi sözleşmesinde bu hususun açık bir şekilde belirtilmiş olması koşuluna bağlanmıştır. İsviçre Medenî Kanununun 217 nci maddesinde boşanma ve evliliğin iptali yanında ayrılık hâli de sayılmıştır. Fakat ayrılık ile evlilik sona ermediğinden bu konuda düzenleme yapılmamıştır.*”.

5. TMK m. 238 ve ZGB Art. 217'nin Amacı Çerçevesinde Değerlendirme

Hükmün özünün açığa çıkarılmasında yararlanılması gereken bir araç, hükmün amacıdır. Gerçekten, bugün hukuk uygulamasında genel olarak kabul gören menfaat hukukçuluğu ve bunun bir modifikasyonu olan değerlendirme hukukçuluğu (değer hukukçuluğu, *Wertungsjurisprudenz*), yorumda hükmün amacına öncelik tanır⁵⁷. Anılan metodoloji akımına göre, kanun hükümlerinin temelinde, çatışan menfaatler yatar. Her bir kanunî düzenleme, kanun koyucunun, bu menfaatler arasında, belirli değer ve ilkeleri gözeterek yaptığı sosyal ve politik tercihlerden, yani değer yargılarından ibarettir⁵⁸. Bu nedenle kanun hükümlerinin uygulanmasında, hükmün temelinde yatan menfaatlerin ve bunlar arasında hangi amaçla, nasıl bir denge kurulduğunun açığa çıkarılması ve gözetilmesi önem arz etmektedir⁵⁹.

Türk kanun koyucusu, evlilik birliğinde mal rejimlerini esas itibarıyla emredici hükümlerle düzenleme yoluna gitmiştir. Sözleşme özgürlüğünün mal rejimleri alanındaki görünümünü oluşturan mal rejimi sözleşmesi akdetme özgürlüğü, TMK m. 203 c. 2'de, "*Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler.*" şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla mal rejimleri yönünden eşlerin sözleşme özgürlüğü, sadece kanun koyucunun izin verdiği sınırlar içinde kabul edilmiştir⁶⁰. Bu tercihin temel sebebini, eşler dışındaki menfaat grupları (bilhassa eşlerin alacaklıları ve mirasçıları) yönünden işlem güvenliğinin korunması arzusunda aramak gerekir⁶¹. Gerçekten kanun koyucu, işlem

⁵⁷ Antalya/Topuz, N. 1471; Serozan, N. 248.

⁵⁸ Serozan, N. 209.

⁵⁹ Antalya/Topuz, N. 1471; Serozan, N. 209, 248. Ayrıca bkz. Erdoğan/Keskin, s. 111, 112.

⁶⁰ Acar, s. 99-101; Aldemir, s. 10; Yaşar Şahin Anıl / Yonca Taner, Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, Legal Yayıncılık, 2011, s. 65; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 181, N. 3; Heinz Hausheer / Thomas Geiser / Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2014, N. 11.33; Hegnauer/Breitschmid, N. 23.07; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 237; Naf-Hofmann/Näf-Hofmann, N. 1807; Öztan, s. 405; Şeker, s. 87; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 20; Stephan Wolf, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Stämpfli Verlag AG, 1996, s. 12, 13. Mal rejimleri alanındaki sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 31, N. 4 vd..

⁶¹ Hausheer/Aebi-Müller, Art. 181, N. 3, Art. 182, N. 12; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 181, N. 18; Öztan, s. 397; Sarı, s. 12; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 20; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 31, N. 7.

güvenliği menfaatini daha üstün gördüğü noktalarda emredici düzenlemeler sevk ederken; bazı konularda ise tamamlayıcı hükümlerle eşlere hareket alanı bırakmış ve böylece eşlerin irade özerkliğine üstünlük tanımıştır.

Eşlerin artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esas belirleme imkânının öngörüldüğü TMK m. 237/I, eşlere edinilmiş mallara katılma rejimi içinde değişiklik yapma yetkisi tanıyan düzenlemeler arasında yer almaktadır. Nitekim kanun koyucu, eşlerin birbirlerinin artık değerlerine katılma oranını TMK m. 236/I'de 1/2 olarak belirlemiş; ancak TMK m. 237/I'de eşlerin bu konuda farklı bir esas belirleyebileceklerini ifade etmiştir. Böyle bir tercih, 1/2'lik kanunî katılma oranının uygulanmasının eşler arasındaki somut menfaatler durumuna uygun düşmediği noktada, eşlerin bu orandan ayrılmasına ve aralarındaki hukukî ilişkiyi kendi ortak iradelerine göre şekillendirmelerine olanak sağlamaktadır⁶². Bu şekilde, eşlerin ortak iradelerine öncelik tanıyan bir düzenleme olarak TMK m. 237/I'in temel amacının eşlerin irade özerkliğine ilişkin menfaatlerini korumak olduğunda şüphe yoktur.

TMK m. 238'de ise, TMK m. 237/I'e dayanarak yapılan anlaşmalar, bazı hâllerde, eşler aksini açıkça kararlaştırmadığı sürece geçersiz kılınmıştır. Bu, esasında taraflarınca ortadan kaldırılmamış olan bir sözleşmenin kanunen geçersiz kılınması anlamına geldiğinden, TMK m. 237/I'de temin edilmiş olan irade özerkliğine bir müdahale teşkil etmektedir. Fakat dikkatli bir inceleme, bu müdahalenin de esasında irade özerkliği ilkesini gerçekleştirmeye yönelik olduğunu ortaya koyar. Bu sefer koruma altına alınan, eşlerin bu ilkedan ileri gelen ortak menfaatleri değil, katılma esasını değiştiren anlaşmayla diğer eşe kazandırmada bulunan eşin irade özerkliğinden doğan bireysel menfaattir. Gerçekten TMK m. 238'de belirli hâller için öngörülen geçersizlik yaptırımının temelinde, doktrinde de isabetle belirtildiği gibi, bu hâllerde kazandırmada bulunan eşin farazî iradesinin anlaşmanın uygulanmaması yönünde olacağı kabulü yatmaktadır⁶³. Zira bahis konusu kazandırma, TMK m. 238'ye ve ZGB Art. 217'ye ilişkin madde gerekçelerinde de vurgulandığı üzere, boşanma ihtimali göz önünde bulundurulmaksızın, evlilik ilişkisinin -taraflardan birinin ölümüne kadar- varlığını koruyacağı saikiyle yapılmaktadır. Buna karşın TMK

⁶² Bu doğrultuda bkz. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1321, 1322. Ayrıca bkz. ve karşı. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 1; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 8; Näf-Hofmann/Näf-Hofmann, N. 1806; Öztan, s. 538; Şenocak, s. 389.

⁶³ Bkz. ve karşı. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 8.

m. 238’de zikredilen boşanma, evliliğin iptali ve mahkeme kararıyla olağanüstü mal rejimine geçiş hâllerinin tamamı, evlenme sırasında öngörülme-yen ve/veya arzulanmayan, olağandışı sebeplerin ortaya çıkması sonucunda vuku bulur. Bu tür sebeplerin gerçekleşmesi, katılma esasını değiştirmek suretiyle diğer eşe kazandırma yapan eşi bu kazandırmayı yapmaya iten saiki ortadan kaldırır. TMK m. 238’in amacı, böyle bir durumda kazandırmada bulunan eşin artık anlaşmayla bağlı olmama yönündeki farazî iradesini geçerli kılmak ve böylece bu eşin menfaatini korumaktır.

Kazandırmada bulunan eşin anlaşmanın artık uygulanmamasına yönelik farazî iradesine geçerlilik tanıma hususunda kanun koyucunun devreye girme gereği duymasının sebebini, hükümde zikredilen olağandışı hâllerin, çoğu zaman eşler arasında yeni bir anlaşma zeminini ortadan kaldırmasında aramak gerekir. Zira eşler, daha önce akdetmiş oldukları mal rejimi sözleşmesinden tek taraflı bir hukukî işlemle dönme olanağına kural olarak sahip değildirlen⁶⁴. Bir

⁶⁴ Bir görüşe göre, artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalar sona erme sebebine göre bazı hâllerde bir sağlararası karşılıksız kazandırma içerdiğinden, bağışlamanın geri alınması hükümleri (TBK m. 295, 296; ZGB Art. 249, 250) bu anlaşmalar yönünden de uygulama alanı bulur. Bu yönde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 9; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 31; Gümüş, s. 383, 384; Sarı, s. 232; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 281; Zeytin, N. 736. Kanaatimizce bu görüşte isabet bulunmamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu çalışmada savunulan görüş uyarınca katılma esasını değiştiren anlaşmalar, kural olarak ölüm ve başka bir mal rejiminin kabulü hâlinde uygulanır. Bu açıdan anılan anlaşmaların esas itibarıyla bir sağlararası kazandırma içerdiği hususunda tereddüt yoktur (karş. Aebi-Müller, N. 06.22; Gümüş, s. 383-385; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 28, 29; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 39; Piotet, s. 167; Sarı, s. 240; Şenocak, s. 402, 403; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 280, 281; Zeytin, N. 720). Fakat bu sağlararası kazandırma, bir bağışlama sözleşmesiyle değil, mal rejimi sözleşmesiyle yapılmaktadır. Mal rejimi sözleşmesi, TMK m. 202 vd.’da düzenlenen isimli (tipik) bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu sözleşme yönünden TMK m. 202 vd. hükümleri uygulanır. Bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurulması ise, TMK m. 202 vd. hükümlerinde düzenlenmeyen hususlarda, yani bir kanun boşluğunun varlığında, kıyas yoluyla gündeme gelir. Mal rejimi sözleşmesiyle yapılan sağlararası kazandırmaların geçerliliğine ilişkin olarak, bağışlamadan dönme hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir boşluk bulunduğu ise söylenemez. Zira bağışlamadan dönmeye ilişkin TBK m. 295 ve 296 hükümleri, bağışlananın bağışlama nedeniyle altına girdiği “minnet yükümünü (*die Verpflichtung zur Dankbarkeit*)” ihlâl etmesi hâlinde, bağışlayana bağışlamayla bağlılıktan kurtarmayı amaçlamaktadır. Bkz. Nedin Peter Vogt, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Kommentar zu Art. 239-252, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 249, N. 3. Mal rejimi sözleşmeleri bakımından TMK m. 238, mal rejiminin arzulanmayan ve öngörülemeyen sebeplerle sona ermesi hâlinde katılma oranını değiştiren anlaşmaları kural olarak geçersiz addetmek suretiyle, benzer bir amaca hizmet etmektedir. Anılan düzenlemeyle, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle yapmış oldukları karşılıksız kazandırmayla bağlılıktan hangi durumlarda kurtulabilecekleri açıkça ve sınırlı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce bağışlamanın tek taraflı olarak geri alınması olanağını tanıyan TBK m. 295 ve 296, katılma oranını değiştiren anlaşmalar yönünden uygulanmaz. Bununla

mal rejimi sözleşmesi, kural olarak, ancak yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle ortadan kaldırılabilir ya da değiştirilebilir⁶⁵. Boşanma, iptal ya da olağanüstü mal rejimine geçiş sebeplerinin ise, esas itibarıyla eşler arasında “sorun” teşkil eden hususlar olduğu açıktır. Bu sebepler ortaya çıktıktan ya da öğrenildikten sonra eşlerin bir araya gelip anlaşarak yeni bir mal rejimi sözleşmesi akdetmesi çoğu zaman oldukça güçtür. Bu durum bilhassa olağanüstü mal rejimine geçiş bakımından oldukça belirgindir. Zira olağanüstü mal rejimine geçiş imkânı, birtakım haklı sebeplerin (TMK m. 206/II) varlığında eşlerden birinin tek tarafı olarak, mahkemeye başvurmak suretiyle mal rejimini değiştirmesini sağlamak için öngörülmüştür (TMK m. 206/I). Yeni bir anlaşma yapmanın önemli ölçüde güçleşmesi, anılan olağandışı hâlleri öngörmeksizin diğer eşe kazandırmada bulunan eş, artık kazandırma yapma iradesine sahip olmamasına rağmen anlaşmayla bağlı olma zorunluluğu altında bırakır. Bu zorunluluk, TMK m. 238’in kazandırmada bulunan eş sunduğu koruma ile bertaraf edilebilmektedir.

TMK m. 238’in, daha önce akdedilmiş olan katılma esasını değiştiren anlaşmayla diğer eşe kazandırmada bulunan eşin irade özerkliğinden doğan menfaatini koruma amacı, hükümde eşlere aksi yönde bir düzenleme yapma olanağı sunulmasından da açıkça anlaşılmaktadır. Gerçekten eşler, katılma esasını değiştiren anlaşmanın boşanma, iptal ya da olağanüstü mal rejimine geçiş ihtimallerinde dahi geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda kazandırmada bulunan eşin farazî iradesinin ayakta tutulması için çaba sarf edilmesine gerek kalmadığı kuşkusuzdur. Zira o, yaptığı anlaşmada gerçek iradesini açık biçimde ortaya koymuştur. Burada gerçek irade zaten bilindiğinden, farazî iradeye başvurmaya gerek yoktur. Böyle bir durumda irade özerkliği her iki eş için de temin edilmiş olduğundan, kazandırmada bulunan eşin menfaatinin geçersizlik yaptırımıyla korunmasına da gerek kalmamaktadır.

Sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü ihtimali bakımından ise, kanaatimizce kazandırmada bulunan eşin, anlaşmanın geçersiz kılınması yönünde bir farazî iradeye sahip olduğundan bahsetmek güçtür. Zira her şeyden önce bu ihtimalde, eşin kazandırmada bulunurken taşıdığı saik ortadan kalkmış değildir. Evlilik hâlen varlığını korumaktadır; taraflar sadece

birlikte, yanılma, aldatma ve korkutma ihtimallerinde TBK m. 39/I uygulama alanı bulur. Aynı yönde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 9; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 29; Zeytin, N. 736.

⁶⁵ Bkz. ve karşı. Öztan, s. 408; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 33.

evliliğe uygulanacak mal rejimine ilişkin tercihlerini değiştirmektedirler. Benzer şekilde, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş, evliliğe ilişkin öngörülemeyen veya arzulanmayan olağandışı bir gelişme olarak da nitelendirilemez. Bilakis bu, nihayetinde eşlere TMK m. 203'te tanınan, istedikleri mal rejimini seçme, değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğünden doğan yetkinin kullanılmasından ibarettir ve son derece “olağan” bir durumdur. Diğer yandan, böyle bir ihtimalde eşler arasında anlaşma zemininin ortadan kalkmadığı da şüphesizdir. Zira mal rejiminin değiştirilmesine ilişkin sözleşme de eşlerin iradesinin ortak bir noktada buluşmasıyla, yani “anlaşmalarıyla” akdedilmektedir. Onlar arzu etmeleri hâlinde, pekâlâ yeni mal rejimini seçerken, eski mal rejiminin nasıl tasfiye edileceği hususunda da düzenlemeler yapabilecek durumdadırlar. Eşler, daha önce TMK m. 237/I'in onlara verdiği yetkiye dayanarak belirledikleri katılma esasını da, bu çerçevede isterlerse yeniden düzenleyebilirler. Tüm bunlar, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde, katılma esasını değiştiren anlaşmayla kazandırmada bulunan eşin, farazî iradesinden ileri gelen korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı sonucunu beraberinde getirmektedir.

Kaldı ki, mutlaka bir farazî iradede söz edilecekse, sözleşmeyle başka bir mal rejiminin seçilmesi ihtimalinde bu farazî irade, daha önce yapılan anlaşmanın geçersiz kılınması değil, ayakta kalması yönünde tezahür eder. Zira eşler, akdettikleri yeni sözleşmede edinilmiş mallara katılma rejiminin nasıl tasfiye edileceğini düzenleme imkânına sahipken, bu hususta sessiz kalmaktadırlar. Bu durum, eşlerin tasfiyede, hâlen ayakta olduğunu bildikleri katılma esasını değiştiren sözleşmedeki esasın uygulanmasını arzuladıklarını gösterir. Aksi yönde bir kabul, eşlerin daha önce karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle belirledikleri esası uygulatabilmek için, yaptıkları yeni sözleşmeye bunun geçerli olacağı yönünde bir hüküm koymak zorunda bırakılmaları anlamına gelir. Böyle bir sonucun irade özerkliği ilkesiyle bağdaşmayacağı şüphesizdir. Yukarıda da ifade edildiği üzere kanun koyucuyu TMK m. 238 çerçevesinde eşlerin akdettikleri bir sözleşmeyi geçersiz kılmaya iten gerekçeler burada mevcut olmadığından, geçersizlik yaptırımını uygulamak meşru zeminini kaybeder ve eşlerin sözleşme özgürlüğüne haksız bir müdahale oluşturur. Netice olarak TMK m. 238'in amacından hareketle yapılan değerlendirmeler de, tarihsel değerlendirmeleri teyit etmektedir.

6. Kanunun Sistematiği Çerçevesinde Değerlendirme

Kanunî düzenlemelerin özünün araştırılmasında yol gösterici olan bir başka unsur, kanunun sistematiğidir. Düzenlemelerin kanuna gelişigüzel bir

biçimde dağıtılmadığı, bilakis mantıkî bir düzen, bir sistem içinde sıralandığı kabul edilir⁶⁶. Bu çerçevede, düzenlemenin kanunda bulunduğu yerin ve diğer düzenlemelerle ilişkisinin gözetilmesi, düzenlemenin içeriğinin aydınlatılmasında yardımcı olur⁶⁷.

Türk Medenî Kanunu’nda TMK m. 238’le yakından ilişkili sayılabilecek düzenlemeler olarak bilhassa, mal ortaklığı rejiminde paylaşım oranının değiştirilmesini konu edinen TMK m. 276 ve 277’ye (ZGB Art. 241 ve 242’ye) işaret etmek gerekir. “Ölüm veya diğer bir mal rejiminin kabulü hâlinde” başlıklı TMK m. 276’nın ilk fıkrasında, mal ortaklığı rejiminin eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulüyle sona ermesi hâlinde, ortaklık mallarının eşler (veya mirasçıları) arasında 1/2 oranında paylaşılacağı belirtilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşım oranı kararlaştırabilecekleri öngörülmüş; üçüncü fıkra ise bu tür anlaşmaların altsoyun saklı payını zedeleyemeyeceği ifade edilmiştir. Ardından, “Diğer hâllerde” başlıklı TMK m. 277’in ilk fıkrasında boşanma, evliliğin iptali ya da kanun veya mahkeme kararı gereğince mal ayrılığına geçiş hâllerinde her eşin edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümlere göre kendi kişisel malı olarak nitelendirilecek mallarını ortaklık mallarından geri alacağı öngörülmüştür. TMK m. 277/II’de geri kalan ortaklık mallarının eşler arasında eşit olarak paylaşılacağı; TMK m. 277/III’te ise bu “diğer hâller”de kanunî paylaşım oranını değiştiren anlaşmaların ancak mal rejimi sözleşmesinde açıkça öngörülmüşse geçerli olacağı yönünde düzenlemelere yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere TMK m. 277’de paylaşım oranını değiştiren anlaşmaların kural olarak geçersizliğine yol açan sebepler, mal ortaklığına özgü bir sona erme sebebi olan kanun gereği olağanüstü mal rejimine geçiş bir kenara bırakılırsa, TMK m. 238’deki sebeplerle aynıdır. TMK m. 237 ve m. 238’de zikredilmemiş olan sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü, mal ortaklığı rejimi yönünden TMK m. 276’da açıkça anılmış ve geçersizlik sebeplerinin dışında bırakılmıştır. Kanaatimizce TMK m. 238’in sistematik yorumu, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından da aynı sonuca varılmasını gerektirir. Zira her şeyden önce, paylaşım veya katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların akıbeti bakımından, mal ortaklığı rejimi ile edinilmiş mallara katılma rejimi arasında farklı değerlendirmelerin

⁶⁶ Altaş, s. 208; Dural/Sarı, N. 814; Oğuzman/Barlas, N. 250.

⁶⁷ Altaş, s. 208; Dural/Sarı, N. 814; Erdoğan/Keskin, s. 110; Oğuzman/Barlas, N. 250; Serozan, N. 247.

yapılmasına ikna edici bir gerekçe üretmek güçtür. Gerçekten katılma esasını değiştiren anlaşmalarda olduğu gibi, paylaşma oranını değişikliğe uğratan anlaşmalar da nihayetinde eşlerden biri tarafından diğeri lehine yapılmış bir karşılıksız kazandırma içermektedir. Her iki rejimde de bu kazandırma, evlilik bağı sebebiyle ve bu bağın süreceği saikiyle gerçekleştirilmektedir. Eşlerin menfaat durumlarının aynı olması karşısında, sona erme sebeplerinin paylaşma veya katılma esasını değiştiren anlaşmalar üzerindeki etkisi, her iki rejim bakımından aynı şekilde tayin edilmelidir. Aksi yönde bir tutum, kanunun mantiken tutarlı bir bütün teşkil ettiği kabulüyle bağdaşmaz.

Öte yandan mal rejiminin sona erme sebepleri bakımından TMK m. 276 ve m. 277’de yapılan gruplandırma, TMK m. 238’e ilişkin tarihsel ve amaçsal değerlendirme ve çıkarımlarımızı destekler niteliktedir. Zira TMK m. 277’de anlaşmanın kural olarak uygulanmayacağı hâller, iptal, boşanma ve kanun veya mahkeme kararı gereğince olağanüstü mal rejimine geçiş olarak sayılmıştır. Bunların tamamı arzulanmayan ve/veya öngörülemeyen, “sorun” teşkil eden, olağandışı sona erme sebeplerinden ibarettir. Anlaşmanın geçerliliğini koruyacağı hâller ise, TMK m. 276 uyarınca ölüm ve sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulüdür. Bu ikinci grup sebeplerin ise mal rejiminin arzulan, “sorun” teşkil etmeyen, olağan sona erme sebepleri olduğu dikkat çekmektedir. Bilhassa TMK m. 237 ve m. 238 düzenlemelerinde zikredilmemiş olan iki sona erme sebebi arasından, olağandışı bir durum teşkil eden ve eşin iflâsı hâlinde gerçekleşen kanun gereği olağanüstü mal rejimine geçişin TMK m. 277’nin; olağan bir durum teşkil eden sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin ise TMK m. 276’nın kapsamına alınması, ayrımda olağanlık - olağandışılık ölçütünün kullanıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Esasen mal ortaklığı rejimi bakımından da, anlaşmanın uygulanıp uygulanmayacağı, kazandırmada bulunan eşin farazî iradesi ölçüt alınarak belirlenmiştir⁶⁸. Kanun koyucu TMK m. 276 hükmüyle, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde bu farazî iradenin anlaşmanın uygulanması yönünde olacağı yargısında bulunmuştur. Bu esas edinilmiş mallara katılma rejiminde de aynen benimsenmeli ve sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü TMK m. 238’in uygulama alanı dışında bırakılmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki TMK m. 237 ve m. 238’in başlıklarından hareketle de, yukarıdaki değerlendirmelerimizi doğrulayan sonuçlara ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, eşlere kanunî katılma esasını değiştirme yetkisi tanıyan

⁶⁸ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 242, N. 28.

TMK m. 237'nin başlığı “*a. Genel olarak*”; bu esasın değiştirilmesine yönelik anlaşmaların kural olarak geçersizliğini düzenleyen TMK m. 238'in başlığı ise “*b. İptal, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığında*” şeklindedir. Kanun koyucunun TMK m. 276 ve m. 277'de sergilediği, tüm sona erme sebeplerini tek tek sayma ve bu hususta bir boşluk bırakmama eğilimi de dikkate alındığında, esasında TMK m. 237 ile m. 238 arasında bir kural - istisna ilişkisinin kurulduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu çerçevede, TMK m. 238'deki geçersizlik sebeplerinin sayma yoluyla, sınırlayıcı olarak belirlendiği sonucuna varılır. İstisna hükmünün kapsamına alınmayan sebepler bakımından, kural niteliği taşıyan ve anlaşmanın -geçerli bir şekilde- yapılmasına olanak tanıyan TMK m. 237, anlaşmanın ayakta tutulmasını destekler⁶⁹.

E. Görüşümüz

1. Kural: Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejimine Geçiş Hâlinde Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Geçerli Olması

TMK m. 238'e ilişkin tarihsel, amaçsal ve sistematik değerlendirmeler, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin bilinçli olarak anılan düzenlemenin uygulama alanı dışında bırakıldığını göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, bahis konusu sona erme hâlinin katılma esasını değiştiren anlaşmalara etkisi yönünden bir kanun boşluğu bulunmamaktadır. Bu hususta, TMK m. 238'in karşıt anlamından -ve hatta TMK m. 237'den- yapılan çıkarımdan hareket edilir. Böylece, ölüm hâlinde olduğu gibi, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde de, daha önce akdedilmiş olan katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşma geçerliliğini korur. Dolayısıyla kural, anılan sona erme hâlinde, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin eşlerin mal rejimi sözleşmesinde belirledikleri esas doğrultusunda yapılmasıdır.

7. İstisnalar: Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejimine Geçiş Hâlinde Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Uygulanmayacağı İhtimaller

Kural sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçerli bir biçimde uygulanacağı yönünde olmakla birlikte, eşlerin yapacakları birtakım düzenlemelerle anılan anlaşmaları uygulanamaz hâle getirmeleri mümkündür. Öncelikle eşler, artık değere katılma esasını değişikliğe uğrattıkları sözleşmede, bu değişikliğin sadece belirli sona erme sebepleri bakımından uygulanacağını düzenleyebilir ve

⁶⁹ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Yıldırım, s. 245, dn. 23.

sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişi bu sebeplerin dışında bırakabilirler. Bu hususta bilhassa, anlaşmanın açıkça “sağ kalan eş” lehine yapıldığı ihtimaller akla gelmektedir. Bunun yanı sıra, eşler daha sonra yapacakları bir anlaşmayla, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesini farklı şekilde düzenleyebilirler. Nihayet eşler, seçtikleri yeni mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmasını kararlaştırmak suretiyle edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin hiçbir zaman gerçekleşmemesini sağlayabilirler. Aşağıda, katılma esasını değiştiren anlaşmaların uygulanmasına engel olan bu üç hâl inceleme konusu yapılacaktır.

a. Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmanın Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejimine Geçişte Uygulanmayacağına Mal Rejimi Sözleşmesinde Açık ya da Örtülü Biçimde Kararlaştırılması

TMK m. 237/I’de tanınan sözleşme özgürlüğü, eşlere anlaşmanın uygulanacağı ve uygulanmayacağı durumları belirleme imkânı da sunar. Bu çerçevede eşler, katılma esasının sadece bazı sona erme hâllerinde ya da bazı sona erme hâlleri dışında uygulanacağını kararlaştırabilirler⁷⁰. Örneğin sözleşmede, anlaşmanın sadece mal rejiminin ölüm yoluyla sona ermesi ihtimalinde uygulanacağı ya da boşanma dışındaki hâllerde geçerli olacağı yönünde düzenlemeler yapılabilir. Benzer şekilde, ölüm için farklı, boşanma ve evliliğin iptali için ise farklı bir katılma esası öngörülebilir⁷¹. Bu tür düzenlemeler, esasında anlaşmanın geciktirici koşula bağlanması anlamına gelir⁷². Mal rejimi, katılma esasının uygulanacağını öngörülmediği hâl veya hâller dışında bir sebeple sona ererse, geciktirici koşul gerçekleşmemiş olacağı için anlaşma hüküm ve sonuç doğurmaz. İşte sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş, bahsedilen şekilde, anlaşmanın uygulanmasının öngörüldüğü sona erme hâllerinin kapsamı dışında bırakılmışsa, bu hâlde anlaşma uygulanmaz. Tasfiye, kanunî katılma oranı olan 1/2 (TMK m. 236/I) esas alınarak gerçekleştirilir.

⁷⁰ Aebi-Müller, N. 06.06; Gümüş, s. 383, 387; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 14; Hegnauer/Breitschmid, N. 26.77, 26.80; Jungo, Art. 216, 217, N. 3; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 350; Özer Deniz, s. 96; Sarı, s. 233; Şenocak, s. 392.

⁷¹ Gümüş, s. 387; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 14; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 12.188; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 13; Jungo, Art. 216, 217, N. 3; Nuspliger, Art. 216, N. 1; Özer Deniz, s. 96; Rumo-Jungo, s. 158; Zeytin, N. 734; Sarı, s. 234, 235; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 8; Şenocak, s. 392.

⁷² Bkz. ve karşı. Aldemir, s. 74; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 14; Hegnauer/Breitschmid, N. 26.80; Wolf, s. 38 vd.. Mal rejimi sözleşmelerindeki koşul ve yüklemeler hakkında ayrıca bkz. Aebi-Müller, N. 06.117 vd..

Katılma esasını değiştiren anlaşma çerçevesinde kazandırmanın “sağ kalan eş” lehine yapılması, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişte anlaşmanın uygulanmamasına yol açan en tipik ihtimali teşkil eder. Doktrinde sağ kalan eş şartı (*Überlebensklausel*) olarak nitelendirilen⁷³ bu tür sözleşme hükümleri, farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Kazandırma, eşlerden hangisi daha sonra ölürse onun lehine yapılabileceği gibi, sadece belirli bir eşin sağ kalması, yani diğer eşten sonra ölmesi hâlinde, o eş lehine de yapılabilir⁷⁴. Hatta kazandırmanın önce ölen eş -daha doğru bir ifadeyle onun mirasçıları- lehine yapılması da mümkündür⁷⁵. Her üç durumda da kazandırma, evliliğin ölümle sona ermesi ihtimaline özgü olarak gerçekleştirilmektedir. Diğer bir ifadeyle eşler, kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, katılma esasını sadece evliliğin ölümle sona ermesine özgü olarak değiştirmektedirler. Bu tür durumlarda, eşlerin mal rejimi sözleşmesine yansıyan iradesi doğrultusunda, katılma esasını değiştiren anlaşmalar sadece mal rejiminin ölümle sona ermesi hâlinde uygulanır. Tüm diğer ihtimallerde ve bu arada sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişte, anılan anlaşmalar uygulanma kabiliyetini yitirir.

c. Sonradan Yapılan Bir Anlaşmayla Katılma Esasının Değiştirilmesi

Eşlerin daha sonraki bir tarihte yapacakları anlaşmayla artık değere katılmada ilk anlaşmadan farklı bir esas belirlemeleri, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişte anlaşmanın uygulanacağı kuralının bir diğer istisnasını oluşturur. Bu, her şeyden önce, eşlerin edinilmiş mallara katılma rejiminin henüz sona ermediği dönemde TMK m. 237/I çerçevesinde yeni bir mal rejimi sözleşmesi yaparak, daha önce yaptıkları anlaşmayı geçersiz kılmaları şeklinde gerçekleşebilir. Hatta eşler, başka bir mal rejimine geçmek için akdettikleri mal rejimi sözleşmesinde de, tasfiyeye ilişkin, daha önceki anlaşmalarından

⁷³ Bu şekilde nitelendirme için bkz. Aebi-Müller, N. 06.06, 06.23, 06.134; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 26a; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 12.183; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 34; Jungo, Art. 216, 217, N. 5; Nuspliger, Art. 216, N. 1, 5; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 15; Wolf, s. 35.

⁷⁴ Anlaşmanın sağ kalan eş lehine yapıldığı ihtimallere ilişkin açıklamalar için bkz. Aebi-Müller, N. 06.23-06.28, 06.134; Gümüş, s. 385; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 26a-29; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 21, 34 vd.; Jungo, Art. 216, 217, N. 5; Zeytin, N. 718-720.

⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi’nin önüne gelen bu tür bir olayda (BGE 128 III 314 vd.) eşler mal rejimi sözleşmesiyle, karının kocadan önce ölmesi hâlinde, kocanın artık değere ilişkin hiçbir talepte bulunamayacağını kararlaştırmışlardır. Diğer bir ifadeyle karı, kocadan önce ölürse, artık değerinin tamamı kariya -yani onun mirasçılarına- kalmaktadır. Katılma esasını sadece bu ihtimalle sınırlı olarak değiştirildiğinden, burada da ölümle sona erme hâline özgü bir kazandırmanın mevcut olduğunda tereddüt duyulmamalıdır.

farklı düzenlemeler yapabilirler. Katılma esasını değiştiren anlaşmalar ilk olarak rejimin tasfiyesinde uygulanacağı için, böyle durumlarda eşler arasında yapılan ilk anlaşma hiç uygulanmaz. Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde tasfiye, sonradan yapılan mal rejimi sözleşmesinde farklı bir esas belirlenmişse buna göre, belirlenmemişse kanunî katılma oranı uyarınca gerçekleştirilir.

Eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra da, daha önce yaptıkları katılma esasını değiştiren anlaşmayla bağdaşmayan tasfiye düzenlemeleri yapmaları mümkündür. Her ne kadar Türk Medenî Kanunu'nun edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümlerinde rejim sona erdikten sonra tasfiye anlaşmasının yapılabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmasa da, fikrimizce eşlere bu imkânın tanınması isabetli olur⁷⁶. Zira kanun koyucu, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin mahkeme kanalıyla gerçekleştirilmesini zorunlu tutmamıştır⁷⁷. TMK m. 237/I çerçevesinde rejim sona ermeden önce katılma esasını ve bu doğrultuda tasfiyenin akıbetini sözleşmeyle belirleyebilen eşlerin, rejim sona erdikten sonra bu imkâna evleviyetle sahip olmaları gerekir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra yapılan tasfiye sözleşmesi Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmediğinden, TMK m. 5 uyarınca, sözleşmenin şekli yönünden Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır⁷⁸. TBK m. 12/I uyarınca anılan sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Bu çerçevede eşler, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapacakları yazılı veya sözlü bir anlaşmayla ya da fiilî paylaşma

⁷⁶ Bkz. ve karşı. Gençcan, s. 449 vd.; Öztan, s. 538; Sarı, s. 231, 232; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 281.

⁷⁷ Anıl/Taner, s. 126. Bilakis asıl olan, eşlerin anlaşarak tasfiyeyi gerçekleştirmeleridir. Bkz. Gümüş, s. 288.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. Aldemir, s. 136, 137; Zeytin, N. 709. İsviçre doktrininde ise bir görüş, mal ortaklığı rejiminde, Kanun'da özel olarak düzenlenmeyen paylaşma kurallarına ilişkin olarak paylı mülkiyetin ve mirasın paylaşılması düzenlemelerine atıf yapan ZGB Art. 246'nın (TMK m. 281'in) edinilmiş mallara katılma rejiminde kıyasen uygulanacağını öne sürerek, benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Bu doğrultuda, edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra eşlerin yazılı şekilde yapacakları bir tasfiye sözleşmesiyle (paylaşma sözleşmesi, *Teilungsvertrag*) ya da elden paylaşma (*Realteilung*) suretiyle artık değeri aralarında paylaşabilecekleri ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 215, N. 21. Mal rejimi sona erdikten sonra tasfiyenin yazılı bir tasfiye anlaşmasıyla ya da elden paylaşma suretiyle gerçekleştirilebileceği yönünde ayrıca bkz. Gümüş, s. 288, 382; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 11; Jungo, Art. 216, 217, N. 1; Öztan, s. 538; Sarı, s. 231, 232; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 6; Şeker, s. 266; Şenocak, s. 390; Yusuf Uluç, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, 2014, s. 1405.

(*Realteilung*) yoluyla artık değeri aralarında paylaşabilirler⁷⁹. Bu paylaşım, daha önce mal rejimi sözleşmesiyle belirlenen katılma esasından farklıysa, söz konusu katılma esasını öngören anlaşmanın uygulanmasına engel olur.

d. Sözleşmeyle Kabul Edilen Mal Rejiminin Geçmiş Etkili Olarak Uygulanacağının Kararlaştırılması

Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların uygulanmayacağı son ihtimal, eşlerin yeni mal rejiminin geçmişe etkili olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren uygulanacağını kararlaştırmalarıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar İsviçre doktrininde eşlerin bu yöndeki düzenlemeleri geçerli addedilse de⁸⁰, Türk doktrininde konu oldukça tartışmalıdır. Türk doktrini yönünden tartışmaların asıl sebebini, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁸¹ m. 10 düzenlemesi oluşturmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında seçimlik mal rejimlerinden birisini 01.01.2002 tarihinden itibaren uygulatabilmeleri için, üçüncü fıkrasında ise 01.01.2002'den önce yapılmış olan evliliklerde edinilmiş mallara katılma rejimini evliliğin başlangıcından itibaren uygulatabilmeleri için eşlere, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıllık süre tanınmıştır. Bu hükmün emredici nitelik taşıdığı düşüncesinden hareket eden bir grup yazar, öncelikle, bu bir yıllık süre geçtikten sonra edinilmiş mallara katılma rejiminin sözleşmeyle 01.01.2002 tarihi öncesine etkili olarak kabul edilemeyeceğini öne sürmektedirler⁸². Ayrıca, yasal mal rejimi dışındaki mal rejimlerinin sözleşmeyle 01.01.2002 öncesine etkili kılınması hiçbir şekilde mümkün kabul edilmezken; bu rejimlerin 01.01.2002'den itibaren geçerli olacak biçimde kabulüne yönelik düzenlemeye ise, ancak 4722 sayılı Kanun m. 10/I'de öngörülen bir yıllık süre içinde yapılmışsa geçerlilik tanınmaktadır⁸³. Yazarlar bu iddialarını

⁷⁹ Aldemir, s. 137; Zeytin, N. 709.

⁸⁰ Bkz. Aebi-Müller, N. 06.116; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 182, N. 19, Art. 217, N. 6; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 182, N. 52, Art. 204, N. 19, Art. 217, N. 11; Hegnauer/Breitschmid, N. 23.06. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir. Bkz. BGE 110 II 270, 276. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. Şeker, s. 126, 127.

⁸¹ RG, T. 8.12.2001, S. 24607.

⁸² Bu yönde görüş için bkz. Acar, s. 103, 104; Aldemir, s. 22, 79; Anıl/Taner, s. 32; Gençcan, s. 411; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 240; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 192, 193; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 76; Sarı, s. 39, 40; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 22, 23; Zeytin, N. 36.

⁸³ Bu yönde bkz. ve karşı. Ahmet M. Kılıçoğlu, “Eşlerin Birbirinden Alacakları”, Prof. Dr.

bilhassa, 4722 sayılı Kanun m. 10'un işlem güvenliğini korumak için sevk edilen bir düzenleme olduğu şeklinde gerekçelendirmektedirler⁸⁴. Öte yandan bu görüşteki yazarların önemli bir kısmı⁸⁵, değerlendirmelerini eski Kanun döneminde yapılan evliliklerle sınırlı tutmamakta, 01.01.2002 ve sonrasında akdedilen evlilikler bakımından da geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi yapma imkânını reddetmektedirler. Aksi görüşteki yazarlar⁸⁶ ise, 4722 sayılı Kanun

Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 408; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 195, 196; Sarı, s. 39, 40; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 77; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 22, 23; Zeytin, N. 73, 193, 194. Yargıtay da bu görüştedir. Bkz. Yarg. 8. HD., E. 2010/6262, K. 2011/3497, T. 16.06.2011: *"Bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde yukarıda öngörülen bir yıllık süre içerisinde eşlerin geçmişe etkili olmak üzere sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilecekleri açıktır. Diğer bir ifade ile eşler kanunun tanıdığı bir yıl içinde geçmişe etkili bir biçimde edinilmiş mallara katılma rejimi dışında gene kanunun tanıdığı başka bir mal rejimini (mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşımlı mal ayrılığı rejimlerinden birini) evlenme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere seçemez ve belirleyemezler. Dolayısı ile varsa bile; böyle bir belirleme de yok hükmündedir ve kamu düzenine ilişkin bu sınırlama sözleşme serbestisi kurallarına dayanılarak aşılamaz."* (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 01.04.2021). Aynı yönde ayrıca bkz. Yarg. 8. HD, E. 2012/11466, K. 2013/8552, T. 06.06.2013; Yarg. 8. HD, E. 2014/9332, K. 2015/17436, T. 05.10.2015 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 01.04.2021). Bununla birlikte anılan görüşteki yazarlardan Şıpka, eşlerin TMK m. 257 uyarınca genel mal ortaklığını seçmeleri suretiyle, 4722 sayılı Kanun m. 10/III'te düzenlenen geçmişe etkili olmama kuralını aşabileceklerini belirtmektedir. Bkz. Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 23. Bu kuralın farklı şekillerde aşılmasına ilişkin örnekler için bkz. Sarı, s. 40, 41.

⁸⁴ Bu doğrultuda bkz. Aldemir, s. 22; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 23. Düzenlemenin amacına ilişkin ayrıca bkz. ve karşı. Acar, s. 103, dn. 25; Özcan Günergök, "Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Mal Rejimleri Bakımından Değerlendirilmesi", 2002, 6(1-4), AÜEHFD, s. 340, 341, <<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=1498>> Erişim Tarihi 10.04.2021; Sarı, s. 38-40.

⁸⁵ Bu yönde bkz. Sarı, s. 38-40; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 22, 23, 152. Bununla birlikte ilk görüşün savunucuları arasında, geçmişe etkili olmama kuralına istisnalar öngören yazarlar da mevcuttur. 01.01.2002 ve sonrasında yapılan evliliklerde geçmişe etkili mal rejimi seçimi yapılabileceği yönünde bkz. Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 194; Zeytin, 73. 01.01.2002 ve sonrasında akdedilen evlilikler bakımından, edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmaktayken, eşlerin evliliklerinin başından itibaren etkili olacak şekilde mal ayrılığı rejimine geçebilecekleri yönünde bkz. Acar, s. 104, 105. Edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 tarihine kadar geçmişe etkili kabul edilebileceği yönünde ise bkz. Aldemir, s. 79.

⁸⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1027; Gümüş, s. 226; ayrıca karşı. Mustafa Kırmızı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, 3. Baskı, Yargın Hukuk Yayınları, 2014, s. 70, 71. Gümüş, görüşünü şu şekilde gerekçelendirmektedir: *"... Yürürlük Kanunu m. 10/III'ün amacı TMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki mal rejimini 'bir menfi çözüm ile' dokunulmaz kılmak değil, eşlere yeni TMK yürürlüğe girerken yeni yasal mal rejimini geçmişe etkili olarak da uygulayabilme olanağının varlığını açıklamaktır. Yürürlük Kanunu 10/III düzenlemesi bakımından kanunların geriye yürümezliği ilkesi üzerinde, dolayısıyla hükmün emredici niteliği üzerinde dayatmayı gerektiren bir kamusal menfaat de söz konusu*

m. 10'un emredici nitelik taşımadığını, bu nedenle anılan bir yıllık süreler geçse dahi, eşlerin her zaman geçmişe etkili mal rejimi seçimi yapabileceğini savunmaktadırlar.

Türk doktrinde yürütülen tartışmaya ilişkin değerlendirmelerde bulunmadan önce, “geçmişe etkililik” kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce, İsviçre doktrinde de isabetle vurgulandığı üzere⁸⁷ geçmişe etkililik, eşlerin daha önce uygulanan rejim çerçevesinde, yönetim ve tasarruf yetkilerini kullanarak yaptıkları işlemlerin geçersiz kılınması sonucunu doğurmaz. Aksı bir düşüncenin, işlem güvenliğine ciddi biçimde zarar vereceği şüphesizdir. Benzer şekilde, eşlerin daha önceki mal rejimi dönemindeki mülkiyet durumlarında da herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Mal rejiminin geçmişe etkili uygulanmasıyla kastedilen, aslında, seçilen yeni mal rejiminin tasfiyesinde, bu rejim sanki daha önceki bir tarihte geçerliymiş gibi hareket edilmesidir⁸⁸. Bu bağlamda

değildir.” (s. 226). Doktrinde, 4722 sayılı Kanun m. 10/III'te öngörülen bir yıllık süre geçtikten sonra akdedilen, edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002'den öncesine etkili kılmaya yönelik sözleşmelerin eşler arasında geçerli olacağı, ancak üçüncü kişilere, bilhassa alacaklılara karşı geçersiz olacağı yönünde bir görüş de savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Günergök, s. 340, 341; ayrıca karş. Köroğlu, s. 239, dn. 52. 4722 sayılı Kanun m. 10'da öngörülen süre sınırlamalarının eşlerin mal rejimini seçme özgürlüğüyle bağdaşmadığı ve bu nedenle isabetsiz olduğu yönünde bkz. Şeref Ertaş, “Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar”, 2013, 15(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, s. 915-918, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756551>> Erişim Tarihi 10.04.2021. Aydos ise 4722 sayılı Kanun m. 10/III'ün açık bir kanunî düzenlemeyle ortadan kaldırılması veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi suretiyle geçmişe etkili mal rejimi seçiminin mümkün kılınması gerektiği görüşündedir. Bkz. Oğuz Sadık Aydos, “Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, 2016, 22(3 - Özel Sayı), MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. I, s. 387-388, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333508>> Erişim Tarihi 10.04.2021. Bir hukukî düzenleme yapılarak eşlere, mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimini evlilik tarihinden itibaren geçerli kılma olanağı tanınması gerektiği, böyle bir imkânın tanınmasının kanunun amacına uygun olacağı ve hukukî istikrara da zarar vermeyeceği yönünde görüş ve değerlendirme için bkz. Zeytin, N. 36, 73, 194, 879. Edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 tarihinden önce akdedilen evliliklere uygulanmasının hem iç hukuk hem de taraf olunan uluslararası sözleşmeler doğrultusunda isabetli olacağı yönünde ise bkz. Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 79.

⁸⁷ Bu yönde bkz. Aebi-Müller, N. 06.116; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 182, N. 52, Art. 204, N. 19. Aynı yönde ayrıca bkz. Şeker, s. 127.

⁸⁸ İsviçre doktrinde bu durum, birden çok mal rejimi arasında, mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılan bir geçiş hükmü gibi değerlendirilmektedir. Bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 181, N. 52. Nitekim ZGB SchlT Art. 9d Abs. 1, eşler yeni düzenlemelerin yürürlüğe girdiği tarihten önce mal rejiminin tasfiyesini mal birliği hükümlerine göre gerçekleştirmemişlerse, tasfiyenin, hem yeni kanunî düzenlemelerden önceki hem de sonraki dönemde edinilmiş

“geçmişe etkililik”, sonuçlarını yeni rejimin tasfiyesinde doğurur. Yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkileri ile mallar üzerindeki mülkiyet durumuna ilişkin değişiklikler ise geçmişe etkili değil, yeni mal rejiminin kabulü anından itibaren, yani ileriye etkili olarak gerçekleşir.

Geçmişe etkililiğin salt tasfiyeye ilişkin olması, edinilmiş mallara katılma, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ayrılığı rejimleri arasındaki geçişlerde son derece belirgindir. Zira anılan rejimler, geçerli oldukları süre boyunca, eşlerin yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkileri bağlamında büyük ölçüde aynı hükümleri doğurmaktadır (TMK m. 223/I, m. 242, m. 244)⁸⁹. Bununla birlikte, bu rejimlerden birinden mal ortaklığına ya da mal ortaklığından bu rejimlere geçiş ihtimalinde de, geçmişe etkililiğe bağlanacak sonuç farklı olmamalıdır. Her iki durumda da, yeni mal rejimine geçiş tarihinden önceki dönemde, önceki mal rejimi yönünden geçerli kurallar çerçevesinde yapılmış olan yönetim ve tasarruf işlemleri geçerliliğini korur. Bu doğrultuda, edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmaktayken eşler bir mal rejimi sözleşmesi yaparak geçmişe etkili biçimde mal ortaklığı rejimine geçtiklerinde, eşlerin her birinin edinilmiş mallara katılma rejimi döneminde maliki oldukları mallara ilişkin yönetim ve tasarruf işlemleri geçerli olmaya devam eder. Mallar üzerinde ferdî mülkiyetten elbirliği mülkiyetine ya da elbirliği mülkiyetinden ferdî mülkiyete -veya paylı mülkiyete (TMK m. 222/II)- geçiş de, yine akdedilen mal rejimi sözleşmesinin tarihi itibarıyla, yani ileriye etkili olarak gerçekleşir. Ancak tasfiye aşamasına gelindiğinde, yeni mal rejiminin tasfiyeye ilişkin düzenlemeleri geçmişe etkili olarak uygulanır⁹⁰. Görüldüğü

mallara katılma rejiminin geçerli olduğu kabul edilerek gerçekleştirileceğini öngörmektedir. İsviçre kanun koyucusunun bu tercihi, yukarıda zikredilen geçmişe etkililik anlayışıyla paralellik arz eder. Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 182, N. 52. İsviçre hukukunda mal rejimlerine ilişkin geçiş düzenlemelerine ilişkin geniş bilgi için ayrıca bkz. Piotet, s. 174-183.

⁸⁹ Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 50; Öztan, s. 457, 458; Piotet, s. 24; Sarı, s. 52; Şeker, s. 218; Şükran Şıpka / Pınar Özlem Demir, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ‘Edinilmiş Malların Tasfiyesi’ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 261; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 32, N. 9. Bununla birlikte mal ayrılığı rejiminden farklı olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminde, TMK m. 223/II uyarınca eşlerin paylı mülkiyet payları üzerindeki tasarruf yetkisi, tasarrufların diğer eşin rızasına bağlı tutulması suretiyle sınırlandırılmıştır. Bkz. Şenocak, s. 381, dn. 7.

⁹⁰ Hemen belirtelim ki mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde yapılacak olan paylaşım, eşlerin TMK m. 257-259 hükümleri uyarınca hangi malları ortaklık malı olarak belirledikleriyle doğrudan ilgilidir. Bu açıdan mal ortaklığı rejiminin geçmişe etkili uygulanması ile ileriye etkili uygulanması arasında esas itibarıyla bir fark bulunmamaktadır. Nitekim doktrinde, eşlerin, mal ortaklığı rejimine geçmeleri ve TMK m. 257 uyarınca genel mal ortaklığını

üzere, geçmişe etkililik kavramı bu şekilde anlamlandırıldığında, işlem güvenliğine yönelik bir tehdit olmaktan çıkmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, eşlerin geçmişe etkili akdettiği bir mal rejimi sözleşmesi karşısında, eşlerin alacaklıları yönünden bir koruma boşluğunun ortaya çıkmadığı açıktır⁹¹. Nitekim alacaklıların menfaati, bütün mal rejimleri bakımından geçerli olan TMK m. 213 düzenlemesiyle⁹² koruma altına alınmıştır. TMK m. 213/I'e göre, "*Mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakamaz.*". TMK m. 213/II'ye göre ise, "*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.*". Düzenleme, bir mal rejiminin geçmişe etkili olarak kabulü veya geçilen mal rejiminin ileride gerçekleştirilecek tasfiyesi sonucunda, alacaklıların el atabilecekleri mallar üzerindeki mülkiyet durumunda bir değişiklik olması ihtimalinde⁹³ şüphesiz uygulama alanı bulur. Bu sayede

seçmeleri suretiyle, 4722 sayılı Kanun m. 10/III'te düzenlenen geçmişe etkili olmama kuralını aşabilecekleri, haklı olarak ifade edilmektedir. Zira böyle bir seçim, eşlerin hem eski mal rejimi hem de yeni mal rejimi döneminde elde ettikleri mallardan, kanun gereğince kişisel mal sayılanlar dışında kalan tüm mallara ortaklık malı niteliği kazandırmaları anlamına gelmektedir. Bkz. ve karş. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 204, N. 20; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 23.

⁹¹ Aynı doğrultuda bkz. Aldemir, s. 21, 22; Gümüş, s. 220; Zeytin, N. 194, 879. Aksi görüşte bkz. Günergök, s. 340, 341.

⁹² Alacaklıların menfaatine sağlanan koruma, bugünkü TMK m. 213'ün eski Kanun dönemindeki karşılığını oluşturan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 180/I ve 180/II çerçevesinde, eski Kanun döneminde de mevcuttur.

⁹³ Mal rejiminin değiştirilmesi durumunda TMK m. 213 (ZGB Art. 193) uyarınca alacaklıların korunması, ancak mal ortaklığı rejiminden başka bir rejime veya başka bir rejimden mal ortaklığı rejimine geçiş ihtimallerinde gündeme gelir. Zira mal ortaklığı dışındaki mal rejimlerinde rejim devam ettiği sürece her bir eş kendi malları üzerindeki hak sahipliğini koruduğundan, tasfiyenin henüz gerçekleştirilmediği aşamada, salt mal rejiminin değiştirilmesi nedeniyle eşler arasında mal geçişi söz konusu olmaz. Mal rejiminin tasfiyesi aşamasında ise, TMK m. 213'ün (ZGB Art. 193'ün) uygulanması, tüm mal rejimleri bakımından mümkündür. Bkz. ve karş. Acar, s. 141, 142; Gümüş, s. 241 - 244; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 193, N. 10-14; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 11.52-11.55; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 193, N. 9 vd.; Şeker, s. 128, 129; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 50, 51; Öztan, s. 420, 421. TMK m. 213 (ZGB Art. 193) uyarınca mal rejiminin tasfiyesindeki mal devirlerine karşı alacaklıların korunması için, bir eşin aktiflerinden diğerine bir intikalin söz konusu olması şarttır. Bkz. Acar, s. 142; Gümüş, s. 240, 241; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 193, N. 13; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 11.57, 11.58; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 193, N. 16; Şeker, s. 129. Alacaklıların mal rejiminin gelecekteki tasfiyesinde borçluları olan eşe ait olacak müstakbel alacak hakkına (katılma

alacaklılar, diğer eşin sorumluluğuna başvurma imkânına kavuşur.

Saklı paylı mirasçılar ise, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle yapacakları düzenlemelere karşı sınırlı biçimde koruma altına alınmıştır. Öncelikle anılan mirasçıların saklı paylarına yönelik koruma, sadece edinilmiş mallara katılma ve mal ortaklığı rejimlerinde mevcuttur. Öte yandan anılan koruma, saklı paylı mirasçıların tamamına değil, bir kısmına sağlanmıştır. Gerçekten kanun koyucu, edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma esasını değiştiren anlaşmalara karşı sadece eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve bunların altsoyunun saklı paylarını muhafaza altına almıştır (TMK m. 237/II). Mal ortaklığı rejiminde ise paylaşma oranını değiştiren anlaşmaların, sadece eşlerin -ortak olan ve olmayan- altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği öngörülmüştür (TMK m. 276/III). Geçmişe etkili mal rejimi değişikliği katılma veya paylaşım oranını değiştiren anlaşmalarla benzer sonuçlar doğurduğu için, saklı paylı mirasçıların saklı paylarını kısmen ya da tamamen elde edememeleri rizikosunu beraberinde getirebilir. Örneğin edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken geçmişe etkili olarak mal ayrılığı rejimine geçilmesi, eşlerin tasfiye sonucunda elde edecekleri katılma ya da değer artış payı alacağından vazgeçmesi anlamına gelir. Böyle bir vazgeçmenin TMK m. 237/I çerçevesinde katılma esasını değiştiren bir anlaşmayla yapılması hâlinde TMK m. 237/II'nin eşlerin ortak olmayan altsoyuna sağladığı koruma, aynı sonucu doğuran geçmişe etkili mal rejimi değişikliği hâlinde de sağlanmalıdır. Bu çerçevede, edinilmiş mallara katılma rejiminden ya da mal ortaklığı rejiminden geçmişe etkili olarak başka bir mal rejimine geçiş hâlinde, TMK m. 237/II ve TMK m. 276/III kıyasen uygulanmalıdır. Böylece, geçmişe etkili mal rejimine geçiş nedeniyle tasfiye edilmeyen rejim tasfiye edilseydi eşlerden birine düşecek olan, ancak geçmişe etkililik nedeniyle eşin elde etmediği miktar, o eş tarafından diğeri lehine yapılmış bir sağlararası kazandırma olarak değerlendirilmelidir. TMK m. 565'te düzenlenen tenkise tâbi sağlararası kazandırmaların kapsamına girmesi⁹⁴ hâlinde⁹⁵, TMK m.

alacağına) olan güvenleri, TMK m. 213'te korunmamıştır.

⁹⁴ Burada TMK m. 565 b. 3 açısından kazandırmanın yapıldığı tarih olarak, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesinin akdedildiği tarih esas alınmalıdır. Zira yeni rejimin geçmişe etkili kabulü anında, eşlerden birinin malvarlığında, önceki rejimin tasfiye edilmemesinden kaynaklanan bir artış meydana gelir.

⁹⁵ Katılma oranını değiştiren anlaşmaların ölüm dışındaki sona erme hâllerinde de uygulanacağı ihtimalde, rejim ölüm dışında bir sebeple sona erer ve daha sonra katılma oranını değiştiren anlaşmayla kazandırmada bulunan eş ölürse, kazandırmanın ancak TMK m. 565'in (ZGB Art. 527'nin) kapsamına girmesi hâlinde TMK m. 237/II uyarınca tenkise tâbi olacağı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. ve karşı. Aebi-Müller,

237/II ve TMK m. 276/III'te saklı payları koruma altına alınan mirasçılar bu kazandırmanın tenkisini talep edebilmelidirler⁹⁶. Diğer mal rejimlerinde ise, kanun koyucu tarafından herhangi bir biçimde koruma altına alınmayan saklı payların, geçmişe etkili mal rejimi değişikliği ihtimalinde de korunmasına lüzum bulunmadığı açıktır.

Yukarıdaki tespit ve değerlendirmeler sonucunda açıkça görülmektedir ki, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi akdedilmesi işlem güvenliğine zarar vermemektedir. Böyle bir mal rejimi sözleşmesinin akdedilmesi ihtimaline karşı alacaklıların menfaati TMK m. 213 sayesinde, saklı paylı mirasçıların menfaati ise TMK m. 237/II ve m. 276/III'ün kıyasen uygulanmasıyla yeterince korunabilmektedir. Bu nedenle işlem güvenliğinin ve anılan menfaat gruplarının korunması, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi akdedilmesinin yasaklanması için haklı bir gerekçe teşkil etmez⁹⁷. Öte yandan, böyle bir sözleşme akdetme imkânının doğması için, bu imkânın Kanun'da açıkça öngörülmesine de gerek yoktur. Zira her ne kadar mal rejimleri esas itibarıyla emredici hükümleriyle düzenlenmişse de, TMK m. 202/II hükmüyle eşler, Kanun'da öngörülen mal rejimleri arasından dilediklerini seçme hususunda özgür bırakılmışlardır. Bu seçimin ileriye ya da geriye etkili olması tercihi de, bu konuda açıkça emir veren ya da yasak koyan bir düzenleme bulunmadığı sürece, eşlerin özgürlük alanında kalmaktadır⁹⁸.

N. 06.30; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 29; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 39; Nuspliger, Art. 216, N. 5; Piotet, s. 167; Portmann, s. 12; Sarı, s. 243; Zeytin, N. 720. ZGB Art. 216'nın gerekçesinde TMK m. 565'in karşılığı olan ZGB Art. 527 hükmü, sağlararası kazandırmaların tenkisinin dayanağı olarak açıkça zikredilmektedir. Bkz. BBl 1979 II 1323. TMK m. 237/II uyarınca, yapılan kazandırmaların TMK m. 565'in kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın tenkise tâbi tutulması yönünde aksi görüş için bkz. Şenocak, s. 403, 404. Mal rejiminin ölüm dışındaki bir sebeple sona ermesi hâlinde yapılan kazandırma yönünden TMK m. 237/II'nin uygulanmayacağı ve dolayısıyla tenkis yoluna gidilemeyeceği yönünde görüş için bkz. Gümüş, s. 387, 388. Kazandırmanın TMK m. 565'in kapsamına girmesi hâlinde, TMK m. 237/II'den bağımsız olarak tüm saklı paylı mirasçıların tenkis talep edebileceği yönünde görüş için ise bkz. Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 287, dn. 340.

⁹⁶ Edinilmiş mallara katılma rejiminin geçmişe etkili olarak kabulü bakımından aynı yönde görüş için bkz. Aldemir, s. 80.

⁹⁷ Mal rejimi sözleşmelerinde esas olanın eşlerin menfaati olduğu, sözleşmenin akdedilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece üçüncü kişilerin menfaatlerinin gözetilmeyeceği yönünde değerlendirme için bkz. Gümüş, s. 220.

⁹⁸ “Her ne kadar aile hukukunda sözleşme serbestisi özel hukukun diğer alanlarına göre sınırlı ise de, emredici açık bir hükümle düzenlenmemiş veya amaçsal yorumun böyle bir sınırlamayı gerektirmediği alanlarda da sözleşme serbestisinin kabulü gerekir.” (Zeytin, N. 73). Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 194.

Hemen belirtelim ki, kanaatimizce isabetsiz düzenlemeler olmakla birlikte⁹⁹, 4722 sayılı Kanun m. 10/I ve m. 10/III karşısında, eski Kanun döneminde kurulan evlilikler bakımından bu düzenlemelerle bağdaşmayan bir geçmişe etkili mal rejimi seçimine cevaz vermek oldukça güçtür. Gerek hükmün süre sınırı getiren açık lafzı gerekse ana kuralın kanunların geçmişe yürümemesi yönünde olması, bu imkânın önüne set çekmektedir¹⁰⁰. Bu doğrultuda, eski Kanun döneminde yapılan evliliklerde, düzenlemelerdeki bir yıllık süreler geçtikten sonra edinilmiş mallara katılma rejimi 01.01.2002 tarihinden öncesine, diğer mal rejimleri ise 01.01.2002 tarihine geçmişe etkili kılınmaz. Fakat 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu döneminde kurulan evlilikler bakımından durum farklıdır. Zira 4722 sayılı Kanun m. 10, nihayetinde bir geçiş hükmü niteliğindedir. Anılan hüküm, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun mal rejimlerine ilişkin düzenlemelerinin, Kanun'un yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan evliliklere uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Dolayısıyla bu hüküm, 01.01.2002 tarihinden sonra yapılmış evlilikler bakımından hiçbir şekilde uygulama alanı bulmaz. Diğer bir ifadeyle yeni Kanun döneminde yapılmış evlilikler yönünden, anılan düzenlemeden ne bir emir ne de bir yasak türetilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere Türk Medenî Kanunu'nda da konuya ilişkin bir yasak bulunmamaktadır. Buradan ve bilhassa TMK m. 202/II'den hareketle, Türk Medenî Kanunu yürürlükteyken kurulan evlilikler bakımından, mal rejiminin geçmişe etkili uygulanacağına dair sözleşme hükümleri geçerli addedilmelidir¹⁰¹. Eski Kanun döneminde yapılan evlilikler bakımından ise, 4722 sayılı Kanun'un lafzının dar yorumlanmasıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 veya sonrasındaki bir tarihten itibaren geçmişe etkili kabulü mümkün addedilebilir¹⁰². Benzer şekilde, diğer mal rejimlerinin ise 01.01.2002 tarihinden sonraki bir tarihe etkili olacak biçimde geçmişe yürütülmesi söz konusu olabilir. Zira bu içerikteki akdî düzenlemeler 4722 sayılı Kanun m. 10/I ve m. 10/III'ün lafzıyla çatışmamaktadır. Diğer yandan söz konusu iki hâlde kanunların geçmişe etkili uygulanmaması

⁹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Aydos, s. 387, 388; Ertaş, s. 915-918; Zeytin, N. 36, 73, 194, 879.

¹⁰⁰ Karş. Zeytin, N. 197, 198.

¹⁰¹ Aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 226; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 194; Zeytin, N. 73. Acar da, mal ayrılığı rejiminin geçmişe etkili uygulanması bakımından aynı görüştedir. Nitekim yazar, 01.01.2002 tarihinden sonra evlenen eşlerin, daha sonra yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle mal ayrılığı rejimini evliliklerinin başından itibaren uygulatabileceklerini kabul etmektedir. Fakat yazar, bu durumda da üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacağını belirtmektedir. Bu yönde bkz. Acar, s. 103, 104, dn. 26.

¹⁰² Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Aldemir, s. 79.

kuralının da ihlal edilmediği açıktır.

Sözleşmeyle kabul edilen mal rejiminin geçmişe etkili olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren uygulanacağının kararlaştırılması, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların geçerliliği yönündeki kuralın bir başka istisnasını oluşturmaktadır. Eşler seçtikleri yeni mal rejimini edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihe kadar geçmişe etkili kıldıklarında, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi hiçbir zaman gündeme gelmez. Böylece, tasfiyeye yönelik bir anlaşma niteliği taşıyan katılma esasını değiştiren anlaşmalar da uygulanma kabiliyetini kaybeder.

Fakat yeni rejimin edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten daha sonraki bir tarihten itibaren uygulanacağının kararlaştırıldığı ihtimalde, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye edilmesi gerekliliği ortadan kalkmaz. Bu durumda edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin yeni mal rejiminin kabulüne yönelik sözleşmenin akdedildiği tarihteki değil, yeni mal rejiminin uygulanmaya başlayacağının kararlaştırıldığı tarihteki malvarlığı durumu gözetilerek tasfiye edilir. Bu tasfiye de, kural olarak, hâlen yürürlükte bulunan artık değere katılma esasını değiştiren anlaşma doğrultusunda yapılır. Bu nedenle geçmişe etkili mal rejimi seçiminin katılma esasını değiştiren anlaşmaları etkisizleştirilmesi, seçilen rejimin edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren geçerli kılındığı ihtimallerle sınırlı olarak gündeme gelir.

SONUÇ

TMK m. 238'e ilişkin tarihsel, amaçsal ve sistematik incelemeler, eşler tarafından aksi kararlaştırılmadığı sürece artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçersizliğine yol açan sebeplerin hükümde sınırlı olarak sayıldığını ortaya koymaktadır. Zira hükümde öngörülen geçersizlik yaptırımının dayanağını, söz konusu anlaşmayı yapmak suretiyle diğer eşe kazandırmada bulunan eşin farazî iradesi teşkil eder. Kanun koyucu hükmü sevk ederken, evliliğin arzulanmayan ve öngörülemeyen, olağandışı sebeplerle sona ermesi hâlinde, bu farazî iradenin anlaşmanın geçersizliği yönünde olacağından hareket etmiştir. Düzenlemede öngörülen boşanma, iptal ve mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçişte çoğu zaman eşler arasında yeni bir anlaşma zemini ortadan kalkacağı için, kazandırmada bulunan eşin farazî iradesine kanun koyucu eliyle geçerlilik tanınmıştır. Sözleşmeyle

başka bir mal rejimine geçiş ise, evliliği sona erdiren bir sebep olmadığı gibi, olağandışı ya da arzulanmayan bir durum da değildir. Bu hâlde, eşler arasında anlaşma zemininin hâlen mevcut olduğu da açıktır. Dolayısıyla katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların akıbeti bakımından, sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulünde, mal rejiminin ölümle sona erdiği ihtimalle aynı esas benimsenmelidir. Bu doğrultuda sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde TMK m. 238 uygulanmaz ve artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalar geçerliliğini korur. Fakat bu kuralın birtakım istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalar şunlardır: Katılma esasını değiştiren anlaşmanın sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişte uygulanmayacağı mal rejimi sözleşmesinde açık ya da örtülü biçimde kararlaştırılması; sonradan yapılan bir anlaşmayla katılma esasının değiştirilmesi; sözleşmeyle kabul edilen mal rejiminin geçmişe etkili olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren uygulanmasının kararlaştırılması. Bu üç durumda, artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalar uygulanma kabiliyetini yitirir.

KAYNAKÇA

- Acabey M B, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, 2007, 9(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, s. 491-534, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/756831>> Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Acar F, Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri - Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aebi-Müller R E, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2007.
- Akıntürk T / Ateş D, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017.
- Aldemir İ B, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Altaş H, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Yayınları, 2014.

- Anıl Y Ş / Taner Y, Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, Legal Yayıncılık, 2011.
- Antalya G / Topuz M, Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk, C. I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aydos O S, “Eşlerin Geçmiş Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, 2016, 22(3 - Özel Sayı), MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. I, s. 379-389, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333508>> Erişim Tarihi 10.04.2021.
- Birinci Uzun T, “Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”, 2018, 9(1), İnÜHFD, s. 105-132, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/455796>> Erişim Tarihi 01.04.2021.
- Demir Ş, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması”, 2014, 1, Ankara Barosu Dergisi, s. 246-269, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398147>> Erişim Tarihi 01.04.2021.
- Doğan M / Köroğlu E, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Niteliği”, 2019, 1(1 - Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I - Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 281-298.
- Dural M / Ögüz T / Gümüş M A, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018.
- Dural M / Öz T, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, 2015.
- Dural M / Sarı S, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, 2014.
- Erdoğan İ / Keskin A D, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.
- Ertay Ş, “Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar”, 2013, 15(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, s. 915-932, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756551>> Erişim Tarihi 10.04.2021.

- Gençcan Ö U, Mal Rejimleri Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.
- Gökçe Z, “Edinilmiş Mallara Katılma”, 2016, 65(4), AÜHFD, s. 3457-3492, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621838>>, Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Gümüş M A, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, 2008.
- Günergök Ö, “Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Mal Rejimleri Bakımından Değerlendirilmesi”, 2002, 6(1-4), AÜEHFD, s. 333-342, <<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=1498>> Erişim Tarihi 10.04.2021.
- Hatemi H / Kalkan Oğuztürk B, Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Hausheer H / Aebi-Müller R E, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Kommentar zu Art. 181-251 ZGB, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Hausheer H / Geiser T / Aebi-Müller R E, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2014.
- Hausheer H / Reusser R / Geiser T, Berner Kommentar, Bd. II/1/3/1, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Kommentar zu Art. 196-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 1992.
- Hegnauer C / Breitschmid P, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2000.
- Jungo A, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 216, 217, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Kılıçoğlu A M, Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2019 (Kılıçoğlu, Aile Hukuku).
- Kılıçoğlu A M, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Turhan Kitabevi, 2002 (Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi).
- Kılıçoğlu A M, “Eşlerin Birbirinden Alacakları”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 395-414 (Kılıçoğlu, Eşlerin Birbirinden Alacakları).

- Kılıçoğlu A M, Katkı - Katılma Alacağı, 7. Bası, Turhan Kitabevi, 2020 (Kılıçoğlu, Katılma Alacağı).
- Kırmızı M, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, 3. Baskı, Yargın Hukuk Yayınları, 2014.
- Köroğlu, E, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)”, 2016, 11(1), ERÜHFD, s. 229-251, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/425096>> Erişim Tarihi 15.02.2021
- Näf-Hofmann M / Näf-Hofmann H, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.
- Nuspliger I, Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 216, 217, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Oğuzman M K / Barlas N, Medenî Hukuk, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Ozanemre Yayla H T / Turan G, “Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 1079-1092.
- Özdamar D / Kayış F / Yağcıoğlu B / Akgün A, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özer Deniz M, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Öztan B, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015.
- Pehlivan M, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Erme Sebepleri ve Sona Erme Anının Önemi”, 2017, 6(2), Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 67-83, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/344262>> Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Pfäffli R, “Die Meistbegünstigung des Ehegatten nach Güterrecht und Erbrecht”, 1996, 92, SJZ, s. 5-8.
- Piotet P, Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987.
- Portmann W, “Pflichtteilsschutz bei Errungenschaftsbeteiligung - Schnittstelle zwischen Erbrecht und Ehe recht”, 1997, recht, s. 9-15.

- Rumo-Jungo A, “Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen”, 2007, successio, s. 158-167.
- Sarı S, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007.
- Serozan R, Hukukta Yöntem - Mantık, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Steck D / Fankhauser R, FamKommentar, Scheidung, Bd. I: ZGB, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 196-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2017.
- Şeker M, Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Verlag H. J. Maurer, 2006.
- Şenocak Z, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, 2009, 58(2), AÜHFD, s. 377-411, <<https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0006596&lng=0>> Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Şıpka Ş, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 839-849 (Şıpka, Zamanaşımı Süreleri).
- Şıpka Ş, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, 2011 (Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi).
- Şıpka Ş / Demir P Ö, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ‘Edinilmiş Malların Tasfiyesi’ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 254-262.
- Şıpka Ş / Kaplan H A, “4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy’a Etkisi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 263-274.
- Şıpka Ş / Özdoğan A, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Trachsel D, “Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem

Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a”, 2013, AJP, s. 169-181.

Tuor P / Schnyder B / Schmid J / Rumo-Jungo A, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2009.

Uluç Y, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, 2014.

Vogt N P, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Kommentar zu Art. 239-252, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Wolf S, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Stämpfli Verlag AG, 1996.

Yıldırım MF, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki”, 2019, 1(1 - Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I - Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 237-261.

Zeytin Z, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Zeytin Z / Ergün Ö, Türk Medeni Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Elektronik Kaynaklar

Fedlex - Die Publikationsplattform des Bundesrechts, <https://www.fedlex.admin.ch/>.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <https://legalbank.net/>.

Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>.