

TÜRK HUKUKUNDA YASAL MAL REJİMİ OLAN EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ ÇERÇEVESİNDE BOŞANMA DAVASI; İŞTİRAK NAFAKASI; “MADDİ TAZMİNAT ve/veya YOKSULLUK NAFAKASI” ve/veya MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİ ile MAL REJİMİNİN TASFİYESİ TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

*Yrd.Doç.Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ**

I. Sorunun Ortaya Konulması

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun getirdiği en temel değişikliklerden birisi de mal rejimi hukuku alanındadır. Yeni Kanunun, yürürlükten kalkmış 743 sayılı Medeni Kanunumuzdan farklı olarak yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimi yerine edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemesi daha yasalaşma aşamasında bir kısım eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu eleştirilerin odak noktasını, edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik birliğinde eşlerin eşitliği ve dayanışması bakımından adaletli bir mal rejimi olmasına rağmen, tasfiyesinin ayrıntılı hesaplamalara bağlı teknik, zor ve masraflı bir tasfiye oluşu ve dolayısıyla tasfiyenin uzun zaman almasının, özellikle evliliğin boşanma ile sonuçlandığı hallerde “boşanma davalarının uzamasına” neden olacağı hususu oluşturmaktadır¹. Oysa 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden itibaren bugüne kadar üç yılı aşkın bir zaman geçmesine rağmen, Türk hukuk uygulamasında değer artış payı

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Bkz. ŞİPKA, Şükran Taman: Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domanıç'e Armağan, İstanbul 1995, s.360; ACABEY, M. Beşir: Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2001 (Armağan), s. 786.; CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora tezi, İstanbul 2005, s.65. Edinilmiş mallara katılma rejimine yönelik diğer eleştiriler için bkz. HATEMİ/SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.201. Ayrıca bkz. ACABEY, M.Beşir: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s.156 vd.

alacağına ilişkin olanları dışında² edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine yönelik olarak bir Yargıtay kararıyla karşılaşılması beraberinde bir soruyu akla getiriyor: “Acaba edinilmiş mallara katılma rejimine yönelik bu önyargı, bir yanılgıdan mı ibarettir; yoksa Türk Hukuk uygulaması, yeni TMK’nın öngördüğü hükümlerden sapan, yani hukuka aykırı bir uygulama şeklinde mi yürümektedir?” Sorunun cevabı bir yönüyle de, boşanma davası sırasındaki veya boşanma davası sonrasındaki (TMK m.178) “maddi tazminat (TMK m.174/I) ve/veya yoksulluk nafakası (TMK m.175) ve/veya manevi tazminat talepleri³ ve hakim varsa çocuk için hükmedeceği velayet kendisine bırakılmayan eşin çocuğun bakımına yönelik katkı payı tutarı, yani iştirak nafakası (TMK m.182) ile de ilgilidir. İşte bu nedenledir ki incelememizde, eşler arasındaki boşanma davası, tazminat ve/veya nafaka taleplerinin, eşler arasındaki yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi arasındaki bağlantı ve ilişkilerin açık bir şekilde ortaya konulması amaçlanmıştır.

TMK m.179, açıkça mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu mal rejimine ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Bu çerçevede

² Y.2.HD., 16.3.2005 T., E.2005/2994, K.2005/4123, Yargı Dünyası, Temmuz 2005, s.96-97; Y.2.HD., 17.6.2004 T., E.7076, K.8009, ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 2.B., Ankara 2004 (Mal Rejimleri), s.184; Y.2.HD., 1.6.2004 T., E.9660, K.10716, ÖZÜĞÜR, Mal Rejimleri, s.185-186; Y.2.HD., 27.10.2003 T., E.13107, K.14296, GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 1. Cilt, Madde 1-351, Ankara 2004, s.1151.

³ Her şeyden önce şartları varsa manevi tazminat talebi (TMK m.174/II), gerek yoksulluk nafakası (TMK m.175) ve gerekse de maddi tazminat talebiyle (TMK m.174/I) birlikte ileri sürülebilir. TMK m.174/I’in aksine TMK m.175 sadece evlilik sonrası bakım kayıplarının giderimi ile ilgilidir. Dolayısıyla TMK m.174/I ve TMK m.175 hükümleri arasında bir yedek hüküm ilişkisi söz konusudur. TMK m.174/I’e dayalı olarak talepte bulunabilmek olanaklı olduğu ölçüde, evlilik sonrası bakım talebi sadece bu kurala dayalı olarak ileri sürülebilir. Eş, bu kanun hükmü ile (TMK m.174/I) nafaka ihtiyacını tatmin ettiği oranda, artık TMK m.175 uygulama bulmaz. TMK m.175’e göre belirlenecek irad, TMK 174/I’e göre belirlenecek olan iradı hiç bir şekilde aşamaz. Talep sadece bakım alacağına ilişkin olup, diğer malvarlığı hakları veya beklentilerin tazmini söz konusu değilse, her iki hükme dayalı olarak da talepte bulunulabilir (LÜCHINGER, Adolf/GEISER, Thomas: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art.1-359 ZGB (Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedin Peter VOGT/ Thomas GEISER), Basel 1996, Art.152, N.2, s.784; BÜHLER/SPÜHLER, Karl: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1. Abteilung, Das Eherecht, 1.Teilband, 2. Hälfte, Die Ehescheidung, Artikel 137-158 ZGB, Bern 1980, Art.152 N.6, s.466; BGE 109 II 88). Dolayısıyla çalışmamızda kullandığımız, “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminat talepleri” ifadesi, hem maddi tazminat ve manevi tazminat, hem salt maddi tazminat, hem salt yoksulluk nafakası, hem salt manevi tazminat, hem de yoksulluk nafakası ve manevi tazminat taleplerini” içerir bir toplu kullanımı ifade eder.

boşanan eşler arasında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli ise boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren sona erecektir (TMK m.225/II). Sonuçta boşanma davasının açıldığı tarih, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği tarihtir.

Buradaki ilk temel sorun sona eren boşanma davasının açıldığı anda sona eren mal rejiminin tasfiyesinin ne zamandan başlayarak, ne zamana kadar istenebileceğidir. Bu noktada ise öncelikle mehz İsviçre Hukuku uygulaması Türk Hukukuna ilişkin açıklamalarımızda bize ışık tutacaktır.

II. İsviçre Hukuku Uygulaması

İsviçre Hukukunda İsviçre Federal Mahkemesi⁴ ve İsviçre öğretisinin⁵, gerek 1.1.2000 tarihinden önce yürürlükte olan (ve TMK'daki düzenlemelerin de mehzını oluşturan) gerekse de bu tarihten sonra yürürlüğe giren boşanma hükümleri bakımından kabul ettiği görüş "boşanma kararının birliği" ilkesidir.

Bu ilkeyi 1.1.2000 tarihinden önceki boşanma hükümleri bakımından Federal Mahkeme bir kararında (BGE 113 II 98-99) şu şekilde açıklıyor: "İsviçre Federal Mahkemesi'nin istikrarlı kararlarına göre, boşanma kararının birliği ilkesi geçerlidir (bu ilke İsviçre Medeni Kanunu için ilk olarak

4 Eski boşanma hükümleri zamanında: 123 III 437;113 II 98-99; 112 II 291; 95 II 67-68; 84 II 145; 77 II 18 vd. Bu ilke ayrılık davasında da uygulanır: BGE 95 II 72; 84 II 145. Federal Mahkeme birlik ilkesini yine yasal bir düzenleme yokluğuna rağmen 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren yeni boşanma sistemi bakımından da kabul etmiştir. Bkz. BGE 130 III 544-545; 127 III 435.

5 Eski boşanma hükümleri çerçevesinde: LÜCHINGER/GEISER, Vorbem. zu Art.137, N.3, s.677; BÜHLER/SPÜHLER, Vorbem zu Art.149-157 N.58, s.390; SPÜHLER, Karl/FREI-MAURER, Sylvia: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1.Abteilung Das Eherecht, 1.Teilband, 2.Hälfte Die Ehescheidung, Artikel 137-158 ZGB, Ergänzungsband, Bern 1991,Vorbem zu Art.149-157 N.58, s.139; NÄF-HOFMANN, Marlies/ NÄF-HOFMANN, Heinz: Schweizerisches Ehe- und Erbrecht,2. Aufl., Zürich 1998, N.994, s.291 vd.; BRAEM/HASENBÖHLER, Art.165 N.106, s.238 Birlik ilkesine karşı olumsuz tutum için bkz. WALDER-BOHNER, Hans Ulrich: Das künftige "einverständliche" Ehescheidungsverfahren- Versuch eines Modells, Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65.Geburtstag, Bern 1986, s.637-638 ve özellikle s.638 dn.13. Yeni boşanma hükümleri çerçevesinde: TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich-Basel- Genf 2002, s.213; SUTTER, Thomas/FREIBURGHAN, Diether: Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art.120, N.10, s.145; STECK, Daniel: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art.1-359 ZGB (Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Thomas GEISER), 2.Aufl., Basel 2002, Art.120 N.7, s.745; HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: Grundriss des Eherechts, 4.Aufl., Bern 2000,N.12.73, s.122.

BGE 77 II 18 vd. kararında belirtilmiştir; ayrıca karşı BGE 112 II 191 G.1; 95 II 67 G.a'ya atıfla). Hakim boşanma kararında ayrıca bu karara bağlı yan sonuçlar, özellikle paylaşma, mevcut çocukların bakımı ve diğer boşanma hukukuna ilişkin katkı (nafaka) taleplerine ilişkin olarak da karar vermeli-dir”⁶.

Dolayısıyla İsviçre Hukukunda, hakim boşanma kararı verirken aynı zamanda “re’sen” boşanmanın çocuğa ilişkin sonuçlarını (velayet, iştirak nafakası ve kişisel ilişki) düzenlemekte ve mal rejiminin tasfiyesini yapmakta (ki bu tasfiye, edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılama alacağına sahip olan eşin ve alacak tutarının tespitine yöneliktir); son olarak da “talep üzerine” de eşlerin “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminata ilişkin taleplerine cevap vermektedir.

Federal Mahkeme ve İsviçre hukuk öğretisi boşanmanın birliği ilkesine, mal rejiminin tasfiyesinin boşanma davası sonrası açılacak ayrı bir dava ile istenebilmesi noktasından tek bir istisna hâl öngörmektedir: Buna göre eğer ki boşanmanın yan sonuçları, mal rejiminin tasfiyesinin sonucuna bağlı değilse ⁷, boşanma hakiminin re’sen vereceği karar ile mal rejiminin tasfiyesi ayrı bir yargılama ile yapılabilir⁸. İsviçre Federal Mahkemesi’nin buradaki

⁶ İsviçre Hukukunda yürürlükteki yeni boşanma hükümleri çerçevesinde birlik ilkesi kapsamında hakimin karar vereceği konular için bkz. HEGNAUER/BREITSCHMID, N.12.72, s.122.

⁷ Özellikle davacının tazminat ve/veya nafaka (İMK m.151-152; TMK m.174-175) talep edemeyeceği durumlarda ayırmanın olanaklı olduğu yönünde: LÜCHINGER/GEISER, Vorbem. zu Art.137 ff., N.4, s.678; HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter : Grundriss des Eherechts, 3.Aufl., Bern 1993, N.12.66. Yazar da, çocuğun bakımına ilişkin katkı payına değinmeyerek sadece eMK 151-152’den (TMK m.174-175’den) doğan taleplere atıf yapmaktadır. Aynı şekilde NÄF-HOFMANN, N.995, s.291-292. Buna karşılık yukarıda belirtilen kararında (BGE 113 II 99) Federal Mahkeme, “yan sonuçlardan”, çocuğa yapılacak nafaka ödemelerini de anlamaktadır.

⁸ BGE 130 III 546; 113 II 99; 105 II 223; 98 II 345; 95 II 68. Aynı yönde: TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.213; SUTTER/FREIBURGHAN, Art.12, N.11, s.146; LÜCHINGER/GEISER, Vorbem. zu Art.137 ff., N.4, s.678; BÜHLER/SPÜHLER, Vorbem zu Art.149-157 N.58, s.390 ve N.77, s.395; HEGNAUER/BREITSCHMID, N.12.73, s.122-123: “Mal rejiminin tasfiyesi ayrı bir yargılamada ileri sürülebilmesi tasfiye sonucu yan sonuçlar için önemsizse, tasfiyenin yürütümü güç ve karışık ve boşanma bizzat ihtilafli ise olanaklıdır”. Birlik ilkesinin daha gevşek bir uygulaması yönünde: BÜHLER/FRAU-MAURER, Vorbem zu Art.149-157 N.77 vd., s.395. Aynı şekilde: FRANK/STRÄULI/MESSMER: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, Art.202 N.21, s.607. Ayrıca bkz. CEYLAN, s.63-64. Mal rejiminin tasfiyesi yargılamasının boşanma yargılamasından ayrılması, boşanma davasını gören hakimin takdirindedir ve hakim re’sen karar verir. Taraflara tasfiyenin ayrıca yapılmasını isteme yönünde bir talep hakkı tanınmamıştır (LÜCHINGER/GEISER, Vorbem. zu Art.137 ff., N.4, s.678; BÜHLER/SPÜHLER,

kabulünün temelinde, hakim in re'sen hükmedeceği iştirak nafakası tutarının, eşlerin (1.1.2000 tarihinden öncesinde) maddi ve/veya manevi tazminat taleplerinin miktarı ile (bu tarihten önceki ve sonraki döneme ilişkin) yoksulluk nafakası talebinin varlığı ve miktarının hesaplanmasında mal rejiminin tasfiyesi sonrası ortaya çıkacak olan tasfiye alacağının veya sonucun belirleyici rolü yatar. Federal Mahkeme'nin yürürlükteki yeni boşanma hükümleri arasında yer alan ve eşler arasında boşanma sonrası ödenecek olan nafaka miktarının (evlilik sonrası katkı tutarının) tespiti bakımından göz önüne alınacak ölçütler arasında "eşlerin gelir ve malvarlığı" durumunu da sayan İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m.125/II b.5 hükmüne dayalı olarak yaptığı şu açıklama ilgi çekici ve sonraki açıklamalarımızda Türk Hukuku için de belirleyicidir⁹: "İMK m.125/II b.5'e göre eşler arasında bir katkının yapıp yapılmayacağı ve gerektiğinde hangi miktarda ve sürede verileceğine ilişkin kararda, eşlerin geliri ve malvarlığı durumu göz önünde tutulur. Malvarlığına mal rejiminin tasfiyesinin sonuçları da dahildir. Yasanın sistematüğinden hareketle Federal Mahkeme, boşanma mahkemesinin ilk olarak mal rejiminin tasfiyesini yapması ve sonrasında "mesleki bakım" talebini düzenlemesi (İMK m.122-124) ve nihayetinde İMK m.125/II'nin bütün kriterlerini ve özellikle b.5 ve 8'i göz önüne alarak evlilik sonrası katkıya ilişkin (İMK m.125) karar vermesi gerektiği görüşündedir".

Yukarıda sunulan prosedürün doğal olarak sonucu olarak İsviçre Hukukunda tasfiyeye bağlı yan taleplerin/sonuçların varlığı halinde mal rejiminin tasfiyesi ile boşanma davası iç içe geçtiğinden, mal rejiminin tasfiyesinin uzaması, aynı zamanda boşanma kararının verilmesini de geciktirmektedir. İsviçre Hukukunda yürürlükte olan yeni mal rejimi hükümlerine göre, edinilmiş mallara katılma rejimi yani yasal mal rejimi çerçevesinde mal rejiminden doğan talep hakkı (yasal mal rejiminde "katılma alacağı") her ne kadar eski boşanma hükümleri çerçevesinde artık maddi tazminat talebi ba-

Vorbem zu Art.149-157 N.62, s.391; SPÜHLER/FREI-MAURER, Vorbem zu Art.149-157 N.62, s.140 ve N.77, s.140-141, FRANK/STRÄULI/MESSMER, Art.202 N.21a, s.607. Yazar tarafların bu konudaki uyuşmasının aranmasının olabildiğince az gerekli olduğuna dikkati çeker. Ayrılan mal rejimi tasfiyesi yargılaması, yine ve sadece boşanma kararını veren mahkeme tarafından yürütülür (bkz. BGE 111 II 401 vd.; LÜCHINGER/GEISER, Vorbem. zu Art.137 ff., N.4, s.678; SPÜHLER/FREI-MAURER, Vorbem zu Art.149-157 N.77 sonrası, s.141 vd.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Art.202 N.21a, s.607.Eleştirisini için. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art.194 N.26, s.183). Hakim in, özellikle davacının mevcut maddi ve/veya manevi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası taleplerinin mevcut olmadığı durumlarda ayrıma kararı vermesi usul ekonomisi bakımından uygun bir sonuçtur.

9 Bkz. BGE 130 III s.546-547.

kımından geleceğe yönelik bir beklenti kaybı olmaktan çıkmışdıysa da¹⁰, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere eski boşanma hükümleri zamanında da maddi veya manevi tazminat taleplerinin miktarının tespiti bakımından kural olarak gerek talebe yetkili gerekse de yükümlü eşin bütün fiili kazanç ve malvarlığının esas alınacak olması¹¹, eşlerin sona eren mal rejiminin tasfiyesi sonrası malvarlıklarının gerçek durumunun bilinmesini zorunlu kılmaktaydı. Aynı sonuç, boşanan eşin yoksulluk nafakası talebinin ve aynı zamanda varsa çocuk için ödenecek iştirak nafakasının varlığının ve miktarının tespiti için de geçerlidir. Bu durumda ise öncelikle mal rejiminin tasfiyesinin yapılması (yani yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından hangi eşin katılma alacağına sahip olduğunun tespiti), “yoksulluk ve/veya iştirak nafakalarının varlık ve tutarının” ve/veya “maddi ve/veya manevi tazminat tutarının” tespiti için bir ön şart olarak bir zorunluluk arz eder. Zira yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı, ancak tasfiye anında doğar ve muaccel olur¹².

III. Türk Hukuk Uygulaması ve Eleştirisi

Türk Hukuku bakımından konuya yaklaştığımızda, TMK'nın 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra İsviçre Hukukundan farklı bir uygulamalar dünyası ile karşılaşılır. Bugün için Türk Hukuk Uygulamasında sanki hâlâ mal ayrılığı rejimi yasal mal rejimi olarak yürürlükteymiş gibi, mal rejiminin tasfiyesi hususu hiç bir şekilde göz önüne alınmaksızın mahkemelerimizce tazminat ve/veya nafaka talepleri karara bağlanarak, boşanma kararları verilmeye devam etmektedir. Boşanma kararının birliği ilkesinin, Türk Hukukunda daha mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olduğu eMK döneminde Yargıtay'ın çok tartışılan bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile, manevi tazminat talebi üzerinden (ve sonrasında Yargıtay ve öğreti tarafından kabul edildiği üzere boşanmanın diğer mali sonuçlarına ilişkin olarak da) parçalandığı bilinmektedir¹³. TMK m.178 hükmü de eMK dönemindeki bu

¹⁰ LÜCHINGER/GEISER, Art.151 N.16, s.777; SPYCHER, Annette: Unterhaltleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden, Bern 1996,s.29. Bu sonuç, yeni TMK kapsamında Türk Hukuku bakımından da geçerlidir. Türk Hukukunda aksi fikirde: DURAL, Mustafa (ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper), Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s.146; AKINTÜRK, Aile Hukuku, 8.B., İstanbul 2003, s.296.

¹¹ LÜCHINGER/GEISER, Art.151 N.13, s.775.

¹² GÜMÜŞ (DURAL/ÖĞÜZ), s.390.

¹³ Bkz. Y.İBK, 22.1.1988 T., E.5, K.1, YKD, 1988, S.8, s.1031 vd. Söz konusu karara ilişkin karşı oylar da da, “birlik ilkesi”, faydaları vurgulanmaktadır. Ayrıca bkz. ÖĞÜZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, 2.B., İstanbul 1998, s.145-147;

karardan ilham alarak boşanma kararının birliğini ilkesini, boşanmanın mali sonuçları için Türk Hukukunda kabul etmemiştir. Maddeye göre: “Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zaman aşımına uğrar”. Türk Hukukunda bu hüküm sebebiyledir ki, “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminat taleplerinin boşanma kararının kesinleşmesinden sonra ileri sürülebilmesi olanaklı olup; bu taleplere bağlı alacak hakları, boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde zaman aşımına uğrar. Aslında Türk Kanun Koyucusunun, TMK yapılandırılırken “boşamanın mali sonuçları bakımından” birlik ilkesini benimsemesi, çok daha yerinde bir çözüm olurdu Zira boşanma (ya da ayrılık) kararının birliği ilkesi, bütün boşanma veya ayrılık kararı ile bağlantılı olarak çözülmesi gereken sorunların birliği sağlayıcı tarzda çözüme kavuşturulmasını ve ayrı yargılamaların ortaya çıkarılabileceği farklı kararlar verilmesi tehlikesinin önlenmesini sağlar. Öte yandan TMK m.174’e dayalı tazminat ve TMK m.175’e dayalı nafaka taleplerinde, eşlerin kusurunun değerlendirilmesi bakımından en iyi değerlendirmeyi boşanma kararını veren mahkemenin yapabileceği açıktır¹⁴. Boşanma kararının birliği ilkesi, boşanmanın kendiliğinden sonuçlarından olan eşlerin ortak küçük çocuklarına yönelik iştirak nafakasının takdirinde de kendisini gösterir. Hakim boşanma ve ayrılığa karar verirken, aynı zamanda eşlerin küçük çocuklarına ilişkin bakım giderlerine ilişkin eşlerin katkı payını da (iştirak nafakasını da) eşlerin gücü oranında belirler (TMK m.182/II)

Türk Hukukunda birlik ilkesinin “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminat talepleri ile boşanma kararı arasındaki ilişki bakımından kabul edilmemesi; tazminat ve/veya nafaka talepleri ile mal rejiminin tasfiyesi arasında hiç bir bağlantı olmadığı anlamına da gelmemelidir¹⁵. Çünkü, Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatlarında¹⁶ ve ayrıca öğreti-

ZEVKLİLER; Aydın/ACABEY, M.Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. B., Ankara 1999, s.1025 vd. (özellikle s.1028), 1033, 1038. Ayrıca bkz. TUTUMLU, Mehmet Akif: Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C.II, Ankara 2005, s.1201 dn.23.

¹⁴ LÜCHINGER/GEISER, Vorbem. zu Art.137 ff., N.4, s.678; BÜHLER/SPÜHLER, Vorbem. zu Art.149-157, N.60, s.391; BGE 130 III s.545-546. İsviçre Hukukunda BÜHLER/SPÜHLER, birlik ilkesinin kabulünde yasanın sistematığı ve lafzı ile Federal Hukuka dayandırmaktadır (Vorbem. zu Art.149-157, N.58, s.390). Aynı yönde: NÄFHOFMANN, N.995, s.291.

¹⁵ Bkz. Y.2.HD, 16.3.2005 T., E.2005/2994, K.2005/4123, Yargı Dünyası, Temmuz 2005, s.96-97: “Davacı eşin üzerine kayıtlı olup 17.02.2003’te satılan eve yaptığı katkının karşılığı on milyar Lirayı da istemiştir (MK m.22). Eşler arasında halen edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı anlaşılmaktadır (MK m.202). Boşanma hükmü kesinleş-

meden tasfiye düşünülemez (MK m.202)". Söz konusu kararda Yargıtay, davacı eşin diğer eşe ait taşınmaza yaptığı parasal katkısına bağlı değer artış payı alacağı talebini, kanımızca isabetsiz olarak mal rejiminin tasfiyesi talebi olarak yorumlamaktadır (karş. GÜMÜŞ (DURAL/ÖĞÜZ), s.351). Eğer değer artış payı talebi tasfiye talebi olarak değerlendirilecekse, hakim salt yapılan katkıya ilişkin değer artış payı alacağını tespiti ile yetinmemeli, bilakis mal rejiminin tam bir tasfiyesini yapmak zorundadır. Öte yandan karardaki "Eşler arasında halen edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı anlaşıl-maktadır (MK m.202)" ifadesi, söz konusu mal rejiminin boşanma davasının açılması ile sona ermiş olması karşısında (TMK m.225/II) uygun olmasa gerekir. Türk Hukuk Öğre-tisinde sorunu genel çizgileriyle de olsa ayrıca CEYLAN da ele almış olup, kendisi mal rejiminin tasfiyesinin, İsviçre Hukukunda olduğu gibi kural olarak boşanma davası sıra-sında yapılacağı fikrindedir. Yazar'a göre (s.64), "...boşanma davalarında eşin malvarlı-ğında bir azalmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için öncelikle mal rejiminin tasfiyesinin sonuçlandırılması gerekir. Eşler boşanmanın diğer fer'i sonuçları üzerinde anlaşmalarına rağmen mal rejiminin tasfiyesi konusunda çekişme varsa ve zorluklar orta-ya çıkmışsa mal rejiminin tasfiyesi boşanma davasından ayrılarak karara bağlanabilir. Ancak bu durumda hakim tarafından uygun bulunan anlaşmanın mal rejiminin tasfiyesi sonrasında hakkaniyete aykırılığının ortaya çıkması da mümkündür".

- 16 Maddi tazminat talebi için: Y.2.HD., 1.3.2004 T., E.1778, k.2441, ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara 2004, s.1111: "...O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK.4 BK md.42 ve 44) dikkate alınarak davacı kadın yararına uygun miktarda tazminat verilmelidir; "Y.2.HD., 16.7.2003 T., E. 9919, K.10956, TUTUMLU, s.1205 (Bir önceki karardaki gerekçe ile); Y.2.HD., 2.10.2003 T., E.10811, K.12638, TUTUMLU, s.1207: "Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumlarına, boşanmaya yol açan olaylar-daki kusur derecelerine, paranın alım gücüne, ihlal edilen mevcut ve beklenen menfaatle-rin kapsamına nazaran kadın yararına hükmolunan maddi tazminat azdır". Manevi taz-minat talebi için: YHGK, 25.12.2002 T., E. 2-1110, K.1100, İBD, Nisan 2004, s.187-188, TUTUMLU, s.1210; Y.2.HD., 8.3.2004 T., E.2065, K.2875, ÖZÜĞÜR, s.1158:0 "...O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fi-lin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları(TMK.4 BK. 42, 43, 44, 49) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.". Aynı gerekçe ile: Y.2.HD., 28.3.2005 T., E.2005/3190, K.2005/4978, Yargı Dünyası, Ekim 2005, s.76-77; Y.2.HD., 2.10.2003 T., E.10811, K.12638, TUTUMLU, s.1215: "Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumlarına, paranın alım gücüne, kişilik haklarına, özellikle aile bütünlüğüne yapılan saldırının ağırlığına, manevi tazminat isteyen boşanmaya yol açan olaylarda ağır ve eşit kusurlu olmadığına nazaran kadın yararına hükmo-lunan manevi tazminat azdır; Y.2HD., 20.10.2003 T., E.12720, K.13853, ÖZÜĞÜR, s.1167. Yoksulluk nafakası talebi için: YHGK, 9.4.2003 T., E.2003/2-280, K.274, İmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y.44, Kasım 2004, s.2955; Y.2.HD., 25.2.2004 T., E.968, K.2219, ÖZÜĞÜR, s.1024: "Toplanan delillerden kadının malvarlığı ve gelirinin olmadığı kendisinin yoksul olduğu anlaşıl-maktadır. Yoksul olan bir kimseden yazılı şekilde yoksulluk nafakası tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır"; Y.2.HD., 26.06.2003 T.8372, K.9710, ÖZÜĞÜR, s.1046: Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekono-mik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre kadın yararına takdir edilen yoksulluk nafakası azdır."; Y.2.HD., 1.3. 2002 T., E.1051, K.2605, ÖZÜĞÜR, s.1016: "Tarafların ekonomik ve sosyal durumları yeterince araştırılmadan, nafaka talep edenin sürekli ve onu yoksulluktan kurtaracak bir işi geliri olup olmadığı varsa malvarlıklarının geliri ve değeri araştırılmadan yoksulluk nafakasına hükmoluna-

de¹⁷ de vurgulandığı üzere, hakim ortak küçük çocuk varsa iştirak nafakasını, yoksulluk nafakasını¹⁸ ve/veya ödenecek maddi ve/veya manevi tazminatı tespit ederken eşlerin ekonomik durumunu göz önüne almalıdır. Mal rejiminin tasfiyesi ile yasal mal rejiminde katılma alacaklısı olan eş tespit edilmedikçe hangi eşin katılma alacağına sahip olduğu ve alacağın miktarı belli olmayacağı için, eşlerin gerçek ekonomik durumları da “belirsiz” ve buna bağlı olarak maddi ve/veya manevi tazminat veya (iştirak ve/veya yoksulluk) nafaka(sı) borçlusunu olduğu iddia edilen eşin ödemesi istenen tazminat veya nafaka tutarının (ve de yoksulluk nafakası talebi bakımından ayrıca yoksul-

maz.”; Y.2.HD., 19.12.2000, E.12305, K.6115, ÖZÜĞÜR, s.1016; Y.2.HD., 104.2003 T., E.4078, K.5167, ÖZÜĞÜR, s.1051: “Davacının belirlenen malvarlığı boşanma nedeniyle yoksulluğa düşmesini engelleyecek nitelikte değildir...Hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.”; Y.2.HD., 5.3.2003 T., E.1901, K.2929, GENÇCAN, s.966. İştirak nafakası için: Y.2.HD., 16.10.2003 T., E.12298, K.13714, ÖZÜĞÜR, s.1090: “Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına , nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre çocuk için takdir edilen iştirak nafakası çoktur.”; Y.2.HD., 23.6.2003 T., E.8462, K.9333, ÖZÜĞÜR, s.1094.

17 Maddi tazminat talebi için: ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. B., Ankara 2004, s.489; DURAL (ÖĞÜZ/GÜMÜŞ), s.147; AKINTÜRK, s.296; OĞUZ, Cemal: Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2000, C.IV, S.1-2, s.29; CEYLAN, s.92. İsviçre Hukukunda” eski düzenleme bakımından maddi tazminat talebi için eşlerin bütün fiili kazancının göz önüne alınacağı yönünde: LÜCHINGER/GEISER, Art.151 N.13, s.775; BGE 114 II 393; 119 II 316; 117 II 17. Manevi tazminat talebi için: ÖZTAN, s.496; AKINTÜRK, s.299. Yoksulluk nafakası talebi için: DURAL (ÖĞÜZ/GÜMÜŞ), s.149-150; ÖZTAN, s.500-501; AKINTÜRK, s.302-303; HATEMİ, Aile Hukuku I, (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005, §10, N.113, s.118; OĞUZ, s.31; CEYLAN, s.120. İştirak nafakası için: DURAL (ÖĞÜZ/GÜMÜŞ), s.144; ÖZTAN, S.474, AKINTÜRK, s.315; CEYLAN, s.194. İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 82 II 470) haklı olarak birlik ilkesi çerçevesinde, çocuk kendisine bırakılan tarafa diğer tarafın ödediği tazminat ve/veya yoksulluk nafakasının da iştirak nafakasının belirlenmesinde göz önüne alınacağı görüşündedir (Aynı yönde: AKINTÜRK, s.316-317). Bu kuralı Türk Hukukunda uygulamak, eşler boşanma davası sırasında “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminat istememiş olanaklı değildir. Ancak boşanma kararının kesinleşmesinden sonra bir yıl için de talep edilecek (TMK m.178) nafaka ve/veya tazminat tutarına göre, re’sen ve fakat ileriye etkili olarak iştirak nafakası tutarının belirlenmesinde hakim tarafından göz önüne alınır. Boşanma davası sırasında yoksulluk nafakası ve/veya tazminat talep edilmiş ve ilk derece mahkemesinin boşanma kararı sadece tazminat ve/veya yoksulluk nafakası noktasından bozulsun bile, iştirak nafakasına ilişkin ayrıca verilmiş olan karar, maddi anlamda kesinlikten yararlanmaz ve yoksulluk nafakası ve/veya tazminat tutarını yeniden belirleyen hakim, ayrıca iştirak nafakası tutarını da buna bağlı olarak yeniden belirleyebilir. İMK m.148 hükmü açıkça bu sonuca hükmetmektedir. Burada son olarak TMK m.183 ile TMK m.331 hükümleri arasındaki çelişkiyi (birisinin iştirak nafakasında re’sen değişikliğe olanak tanıırken, diğerinin bu olanakları içermemesi) not etmekle yetiniyoruz.

18 TMK m.182/II ve TMK m.330, açıkça eşlerin ekonomik güçlerine atıfta bulunarak, nafaka takdirinde eşlerin gerçek ekonomik durumunun tespitini zorunlu kılmaktadır.

luk şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin) tespiti olanaksız olacaktır. Bu nedendir ki, İsviçre Federal Mahkemesi, mal rejimi tasfiyesinin ayrılarak ayrı bir yargılama ile yapılmasını ancak ve ancak, boşanmanın yan sonuçlarının tasfiye sonucuna bağlı olmadığı hallerde (örneğin: tazminat veya nafaka alacaklarının doğmamış olması) olanaklı görmektedir¹⁹.

Buna karşılık 1.1.2002 tarihinden bugüne ilk derece mahkemelerimiz gerek boşanma davası sırasında, gerekse boşanma davası sona erdikten sonra açılan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulama bulduğu tazminat ve/veya nafaka talebi veya ödemesi içeren davalarda, “mal rejiminin tasfiyesi yapılmamasına bağlı “eksik incelemelere” dayalı olarak, hukuka aykırı kararlar vermekte ve bu hukuka aykırı kararlar Yargıtay tarafından onanmaktadır. Söz konusu hatalı uygulama mal rejiminin tasfiyesine ilişkin sınırlı fakat yanlış uygulamalarla da birleşince ortaya TMK sistemine uygun olmayan bir mali yönlü boşanma ve mal rejimi uygulaması çıkmaktadır.

Yukarıdaki açıklamaların da ortaya koyduğu üzere İsviçre Hukukunda “boşanma kararının birliği” ilkesi gereğince, edinilmiş mallara katılma rejiminde malvarlığının tasfiyesi ilke olarak boşanma yargılaması aşamasında yapılmaktadır. Ancak tasfiyenin “ad seperatum” özel bir tasfiye yargılaması ile yapılması, sadece boşanmanın yan sonuçlarının tasfiye sonucuna bağlı olmamasına bağlıdır. Oysa Türk Hukuku bakımından, TMK m.178’in boşanmanın mali sonuçları ve boşanma kararı arasındaki birlik ilişkisini tamamen kopardığı açık olmakla birlikte, boşanma kararı ve mal rejiminin tasfiyesi arasında birlik ilkesinin benimsenip benimsenmediği noktasında bir gerçek olmayan kanun boşluğu bulunmaktadır. 2005 yılı başında yayınlanan ortak eserimizin tarafımızca yazılan mal rejimine ilişkin bölümünde, “tazminat ve/veya nafaka talebi içermeyen bir boşanma davasından” sonra açılabilir bağımsız bir tasfiye davasının kabulü yönündeki görüşümüzü ayrıntılı olarak ortaya koymuştuk²⁰. Öte yandan bugünkü yargı uygulamasına baktığımızda boşanma kararının birliği ilkesinin kısmen ayakta kaldığı tek sonucun, hakim tarafından boşanma kararı ile birlikte takdir edilecek olan eşlerin küçük çocuklarına yönelik iştirak nafakası ödemesi olduğunu görüyoruz.

¹⁹ LÜCHINGER/GEISER, Art.151 N.2, s.768: “eski İsviçre Medeni Kanunu (eİMK) m.151-152’ye (TMK m. 174-175) dayanan talepler kural olarak sadece mal rejimine ilişkin tasfiye önceden sonuçlanmışsa veya aynı yargılamada tazminat ve tasfiye talebi karara bağlanacaksa ileri sürülebilir. Bu nedenle kural olarak mal rejimine ilişkin tasfiyenin ayrı bir yargılamaya bırakılması caiz değildir.”

²⁰ Bkz. GÜMÜŞ (DURAL/ÖĞÜZ, s. 350 vd.)

Sonuçta mal rejiminin tasfiyesi talebi²¹ TMK m.178 anlamında boşanmanın mali sonuçlarından olmadığı için TMK m.178'deki bir yıllık zamanaşımı süresine bağlı değildir. Çünkü tasfiye talebi, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan bir talep hakkı değil, bilakis eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesinden doğan bir talep hakkıdır²². Ancak istisnaen eşlerin aralarında “boşanma davası sırasında” mal rejiminin tasfiyesine yönelik yapacakları tasfiye anlaşmaları, “TMK m.184b.5 anlamında” boşanmanın bir fer'i sonucu sayılır. İsviçre Kanun Koyucusu, edinilmiş mallara katılma rejimini “tasfiye talebi” bakımından “birlik ilkesinin varlığından hareketle” tasfiye talebinin ileri sürülmesi için bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre getirmemiştir. Oysa Türk Hukuku bakımından birlik ilkesinin, iştirak nafakası dışında reddi ile, edinilmiş mallara katılma mal rejiminin tasfiyesi talebinin ileri sürülmesi bakımından tek zamansal sınırı öğretilerdeki bir kısım farklı yöndeki görüşlerin aksine- sadece dürüstlük kuralı (TMK m.2) oluşturacaktır²³. Buna karşılık tasfiye talebinde bulunulup, tasfiye sonucu ortaya çıkacak olan katılma alacağı, TMK m.136 uyarınca, muacceliyet tarihinden itibaren on yıl içerisinde “zamanaşımına uğrar²⁴.

21 Eşe yönelik dava yoluyla kullanılmayan tasfiye talebi bir yönüyle, bir yenilik doğuran hak niteliğindedir. Ancak edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin talep edilmesiyle birlikte, eşler arasında bir tasfiye ilişkisi değil, tasfiye istenen eş için bir tasfiyeye katılma külfeti doğar. Eşlerin tasfiye üzerinde anlaşmadığı noktada ancak açılacak olan tasfiye davası yenilik doğurucu sonuç olarak, eşler arasında mal rejiminin tasfiyesi yönünde bir “tasfiye ilişkisi” kurar.

22 Aynı yönde: KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 2.B., Ankara 2004, s.254. Yargıtay'ın eşlerin değer artış payı alacağı taleplerine ilişkin verdiği kararlardan hareketle aynı görüşte olduğu söylenebilir: 2.HD., 28.1.2003 T, 15425/1195, TUTUMLU, C.II, s.1171: “Koca kadın üzerine kayıtlı eve yaptığı katkı sebebiyle maddi tazminat isteğinde bulunmuştur. Bu istek boşanmanın eki (ferisi) olarak kabul edilemez. Başvurma harcı alınmıştır. Yargılamaya devam edilebilmesi için nispi harcın alınması zorunludur”. Ayrıca bkz. TUTUMLU, C.II s.1172-1173'deki kararlar. Bu konudaki İsviçre Hukukundaki “birlik ilkesi” çerçevesindeki tartışmalar için bkz. BÜHLER/SPÜHLER, Vorbem. zu Art.149-157 N.61, s.391.

23 GÜMÜŞ (DURAL/ÖĞÜZ), s. 352.

24 GÜMÜŞ (DURAL/ÖĞÜZ), s. 391. Bugün için Türk öğretisi mal rejiminin tasfiyesi talebi ile bu tasfiye sonucu eşlerden birisi için ortaya çıkacak olan katılma alacağı (ve bundan doğan talep hakkını) arasındaki ayırımı büyük ölçüde gözden kaçırmaktadır. Bu nedenledir ki, bugünkü yasal mal rejimi sisteminde katılma alacağının boşanma davası ile ya da davalının bu davaya karşı açacağı karşılık davayla birlikte talep edilmesinin olanaklı olduğunu söylemek (bkz. KILIÇOĞLU, s.254) doğru olmasa gerekir. Boşanma ile birlikte veya karşılık dava olarak istenebilecek şey ancak ve ancak, “katılma alacağı” değil, bu alacağın ve alacaklının belirlenmesine yönelik “mal rejiminin tasfiyesi” olabilir. Bugün için Türk öğretisinde KILIÇOĞLU (s.254 vd.), edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde “zamanaşımı” sorununun çözümü yönünde bir ayırım yapmaktadır Ya-

zar'a göre, "a) Eşler arasındaki mal rejimi sözleşmesinden doğan talep hakları, bir sözleşme ile doğduğundan, BK md.125'de yer alan sözleşmelerden doğan talep haklarının zamanasını süresi olan on yıllık süreye tâbi olacaktır...b) Eşler arasında yasal mal rejiminin uygulandığı, yani bir mal rejimi sözleşmesinin bulunmadığı hallerde, katılma alacağı kanundan doğan bir alacaktır. Bu tür borçlar için zamanasını süresinin, mal rejiminin sona ermesi ve katılma alacağının varlığını öğrenme tarihinden itibaren bir yıl; ancak, her durumda, mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren on yıllık bir süre olduğu kabul edilmelidir. Bir yıllık kısa zamanasını süresine ilişkin bu çözüm tarzı, TMK md.178 hükmünün öngördüğü zamanasını süresiyle de uyumlu bir yorum tarzı olacaktır" (s.256). Her şeyde önce burada tasfiye talebinde bulunulabilecek süre ile katılma alacağının zamanasını süresi arasında bir ayırım yapmadan açıklamada bulunan KILIÇOĞLU'nun yasal mal rejimi ve akdi mal rejimleri arasında zamanasını yönünden bir ayırım yapması isabetli değildir. Zira yasal mal rejimi ile akdi mal rejimi ayırımındaki temel düşünce yasal mal rejimi olarak seçilen mal rejiminin, eşlerin karşılıklı menfaatlerinin korunması-dengelenmesi bakımından hukuk politikası gereği Kanun Koyucu tarafından daha amaca uygun-adaletli görülüşüdür. Bu nedenle mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminden başka bir mal rejiminin (mal ortaklığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya tasfiyenin olmadığı mal ayrılığının) seçildiği haller de dahi söz konusu mal rejimleri "yasal" niteliğini korur. Öte yandan eşler edinilmiş mallara katılma rejimi yerine başka bir mal rejimine geçtikten sonra, mal rejimi sözleşmesi ile yeniden edinilmiş mallara katılma rejimine döndüklerinde, söz konusu mal rejimi artık yasal mal rejimi değil, bilakis akdi mal rejimi niteliği taşıyacağından (bkz. GÜMÜŞ (DURAL/ÖĞÜZ), s.300), KILIÇOĞLU'nun görüşü çerçevesinde BK m.125'in uygulanması gerekir ki, bu sonuç, pek de adaletli ve hukuka uygun olmasa gerekir. Öte yandan bağımsız bir mal rejimsel alacak olarak katılma alacağı bakımından TMK m.178 ile uyumunun sağlanması bir zorunluluk oluşturmaz. KILIÇOĞLU'nun burada yapmak istediği Alman Medeni Kanunu (AMK) §1378/IV hükmüne paralel bir sonucu, Türk Hukukunda da kıyasen uygulanabilir kılmaktır. Ancak böyle bir kıyasen uygulama kanımızca mümkün değildir. AMK §1378, Alman Hukukunda yasal mal rejimi olan "Artık Kazançta Ortaklık" rejiminde tasfiye sonucu doğan "denkleştirme alacağı için bir zamanasını süresi öngörmektedir. Hükme göre: "Denkleştirme alacağı, eşlerin mal rejiminin sona erdiğini öğrendiği tarihten başlayarak üç yılda zamanasına uğrar. Bu alacak en geç, mal rejiminin sona ermesinden başlayarak otuz yıl için de zamanasına uğrar. Mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi durumunda saklı pay taleplerinin zamanasını süresine ilişkin cari olan hükümler uygulama bulur". Söz konusu hüküm Alman Hukuku için bir anlam taşır. Zira söz konusu "denkleştirme alacağı", mal rejiminin sona ermesi ile birlikte doğar ve doğar doğmaz muaccel hale gelir (AMK §1378/III. Ayrıca bkz. ACABEY, s.128). Alman Hukukunun bu kabulü zamanasını sürelerinin başlaması için geçerli kuralla da (Yani: muacceliyet anının esas alınması) uyumludur. Oysa Türk Hukukunda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı, mal rejimin sona ermesi ile değil, bilakis sona erme sonrası yapılacak tasfiye talebine bağlı olarak yapılacak tasfiye sonucu ortaya çıkar. Bu nedenledir ki, Alman Hukukunun kendi içerisinde tutarlı olan çözümünü, Türk Hukukuna uymamaktadır. Sonuçta ortak eserimizde belirttiğimiz üzere (GÜMÜŞ (DURAL/ÖĞÜZ), s.391) en başta, "...önerilen zamanasını sürelerine ilişkin başlangıç tarihleri de çelişkilidir. Zira, bir yıllık sürenin işlemesi için mal rejiminin sona ermesi ile birlikte öngörülen katılma alacağının varlığının öğrenilmesi, yargısal tasfiye aşamasında ve ancak tasfiye anında gerçekleşebilecek bir sonuçtur. Verilen ölçütlere göre bir yıllık sürenin başlaması olanaksızdır. Bunun dışında 10 yıllık zamanasını süresinin "Zamanasını süresi, borç muaccel olunca başlar" kuralının (BK 128) hiçe sayılarak, da-

IV. Nihai Çözüm

Tüm bu açıklamalar eşler arası boşanma talebi (davası) ve nafaka/tazminat taleplerine ilişkin yargılama sürecinin, eşler arası mal rejiminin tasfiyesi süreci ile birlikte bir ihtimaller demeti içerisinde ele alınmasını bir zorunluluk olarak ortaya çıkarır:

1. Eşlerin ortak çocuğu yoksa

A. Boşanma yargılaması devam ederken

a. Boşanma ile birlikte, “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminat talebi” ve mal rejiminin tasfiyesi talep edilmişse:

Bu durumda hakim, boşanma kararı tasfiyenin ve nafaka/tazminat taleplerinin ön şartı niteliğinde olduğundan öncelikle boşanma davasını sonuçlandırmalıdır. Her ne kadar Yargıtay, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde boşanma hükmü kesinleşmeden eşler arasındaki mal rejiminin tasfiye edilemeyeceği görüşünde ise de²⁵, kanımızca hakim usul ekonomisi gereği (bağımsız olarak temyiz edilebilecek olan) boşanma kararını verdikten sonra, boşanma kararının kesinleşmesini beklemeden, talep edildiği üzere mal rejiminin tasfiyesine başlamalıdır. Hatta boşanma yargılamasının başında dosya içeriğinde mevcut olan veya devamı sırasında içeriğine dahil olan delillerin ilk görünüş itibariyle yargılama sonunda boşanma kararının verilmesini “pek muhtemel” gösterdiği andan itibaren, hakim yine usul ekonomisi bakımından boşanma yargılaması ile birlikte tasfiye yargılamasını birlikte yürütebilmelidir. Hakim, vereceği tasfiye kararının kesinleşmesinden sonra –ki tasfiye kararının mutlaka zamansal olarak boşanma kararının kesinleşmesinden sonra verilmesi gerekir- eşlerin netleşen ekonomik durumunu göz önüne alarak “yoksulluk nafakası ve/veya maddi tazminat” ve/veya manevi tazminat taleplerini karara bağlayacaktır. Mal rejiminin tasfiyesi

ha katılma alacağıının doğarak muacceliyet kazanmadığı (BK 74) bir zamana çekilmesini de hukuksal bir temele oturtamıyoruz...”. Dolayısıyla söz konusu AMK kuralından olsa olsa Türk Hukukunda, tasfiye talebi için bir “hak düşürücü sürenin” getirilmesi için yapılacak yasal düzenlemede sadece bir fikir verme babında yararlanılabilir. Sonuçta yukarıda belirtildiği üzere, boşanma davası açıldıktan sonra, mal rejiminin tasfiyesi bir hakkın kötüye kullanılması durumu oluşturmadığı sürece, her zaman için istenebilir ve yapılacak tasfiye sonrasında doğacak olan katılma alacağı ise BK m.125 uyarınca genel zamanaşımını süresi olan on yıl içerisinde zamanaşımına uğrar. KILIÇOĞLU'nun görüşlerine yönelik eleştirilerimiz, KILIÇOĞLU'nun görüşlerini aynen kabul eden ÖZUGUR için de geçerlidir (ÖZUGUR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 2.B., Ankara 2004, s.62-63, s.86).

²⁵ Y.2.HD, 16.3.2005 T., E.2005/2994, K.2005/4123, Yargı Dünyası, Temmuz 2005, s.96-97.

maddi ve manevi tazminat talebinin “kurucu olguları için değil”, ödenecek olan tazminatın miktarının tespiti bakımından önemli taşıdığından, maddi ve/veya manevi tazminat talebi bakımından sorumluluğu kuran şartların gerçekleşmediğini hakim tespit ederse, boşanma kararı ile birlikte bu talepleri reddeder. Buna karşılık eşin yoksulluk nafakası talebi bakımından nafaka talep eden eşin boşanma sonrası yoksulluğa düşüp düşmeyeceği yapılacak olan mal rejiminin tasfiyesi sonucuna bağlı olduğundan hakim yoksulluk nafakası talebinin varlığı ve ödenecek olan nafaka miktarının tespiti için mal rejiminin tasfiyesinin sonucunu beklemek zorundadır. Dolayısıyla hakim yoksulluk nafakası talebini, tazminat talepleri gibi daha boşanma kararı verirken dahi reddedemez. Tasfiye sonucuna göre hakim tazminat ve/veya nafaka talebini karara bağlar. Taraflarca “dava sırasında veya dava öncesinde” yapılmış olan “tasfiye anlaşması”, TMK m.184/b.5 kapsamında “kurucu olgu” niteliğindeki hakimin onayıyla geçerlilik kazanır²⁶ ve hakim bu tasfiye anlaşması çerçevesinde, tasfiyeye karar verir ve devamında davacının nafaka ve/veya tazminat talebini karara bağlar.

Boşanma ile birlikte, nafaka ve/veya tazminat talebi ve diğer eşin malvarlığı unsuruna yapılan katkıdan dolayı tazminat istenmişse; söz konusu mal rejimsel değer artış payı alacağı talebi, TMK m.227 uyarınca ancak mal rejiminin tasfiyesi ile muaccel olacağından, hakim davacı eşi tasfiye davası açması veya açılan davayı tasfiye davası olarak ıslah etmesi için kesin bir süre vermelidir. Verilen süre içerisinde tasfiye davası “boşanma davasını gören” mahkemede açılırsa veya ıslah edilirse, TMK m.214/b.2 uyarınca bu tasfiye davasında da yetkili olan boşanma kararı vermeye yetkili olan hakim açılan davayı önceki boşanma ve nafaka ve/veya tazminat talepli dava ile

26 Bkz. SUTTER/FREIBURGHAUS, Art.120 N.10, s.145. İsviçre Hukukunda boşanmaya ilişkin yürürlükten kalkmış düzenleme zamanında dahi, mal rejimsel anlaşmalar, TMK m.184/b.5, eİMK m.158/b.5 kapsamında değerlendiriliyordu bkz. LÜCHINGER/GEISER, Art.158 N.19, s.834. Burada hakim talebi olmaksızın tarafların yargılamanın her aşamasında sunacakları tasfiye anlaşmasının geçerliliği de her zaman için hakimin onayına bağlıdır. İsviçre öğretisi ve uygulaması söz konusu düzenlemenin öncelikle varsa eşlerin ortak çocuklarının menfaatlerini korumaya amaçladığını (bkz.BÜHLER/SPÜHLER, Art.158 N.194, s.802; SPÜHLER/FREI-MAURER, Art.158 N.194, s.301) ve daha dar kapsamlı bir koruma ihtiyacının, eşlerin boşanmaya bağlı malvarlıksal talepleri mevcut olduğu ölçüde ortaya çıktığını vurgulamaktadır. LÜCHINGER/GEISER, Art.158 N.19-20, s.835; Ayrıca bkz. BGE 121 III 393 (Karar için bkz. GRASSINGER, Gülçin Elçin: Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV, S.3, 1997, s.239 vd.); BGE 119 II 301; 115 II 209; 102 II 68. Yine bkz. GRASSINGER, s.237 ve s.237 dn.9’daki Yargıtay kararları; ÖZDEMİR, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s.153 vd.; CEYLAN, s.142 vd. ve İMK m.140/II.

birleştirmeli ve davayı bunda sonra bir üst paragraftaki açıklamalar dahilinde yürütmelidir. Davanın TMK m.214/b.2 lafzı gereğince boşanma davasını görmekle yetkili olan başka bir mahkemede açılması durumunda²⁷, hakim boşanma yargılamasına devam etmeli, ancak tasfiye davasının sonucunu yoksulluk nafakası ve/veya tazminat talepleri için bekletici mesele yapmalıdır. Ancak HUMK m.187/b.5 uyarınca, ayrı mahkemede açılan tasfiye davasının tasfiye davasının davalının ilk itirazı üzerine boşanma davasını gören mahkemede birleştirilmesi olasılığı saklıdır. Eğer ki verilen kesin süre içerisinde davacı tasfiye davası açmazsa hakim eşlerin boşanmasına karar vermemeli, fakat aynı zamanda davacının nafaka ve/veya tazminat talebini reddetmemelidir. Verilen bu kararın nafaka ve/veya tazminata yönelik kısmı dahi kararın kesinleşmesiyle maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olur. Buna karşılık davacının somut olayın şartlarına göre verilen kesin süre içerisinde tasfiye davası açmamasından tasfiye davası açma hakkından mutlak olarak feragat etmiş olduğu sonucu çıkartılmadıkça, boşanma davası sonrası salt tasfiyeye yönelik tasfiye davası açma olanağı her iki dava tarafı için de olanak dahilindedir.

b. Boşanma ile birlikte sadece “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminat talep edilmiş, mal rejiminin tasfiyesi talep edilmemiş:

Bu durumda sadece maddi ve/veya manevi tazminat talebinde bulunulmuş ve fakat taleplerin maddi şartlarının gerçekleşmediği tespit edilmişse, hakim boşanma kararı ile birlikte maddi ve/veya manevi tazminat taleplerini reddedecektir. Mal rejiminin tasfiyesine girişilmesine gerek yoktur. Buna karşılık maddi ve/veya manevi tazminat talep edilip de taleplerden birisinin veya her ikisinin maddi şartlarının gerçekleştiğini tespit etmişse tazminat miktar veya miktarlarının tespiti veya hakimden yoksulluk nafakası talebinde bulunulmuşsa talebin maddi şartlarının ve tutarının tespiti için hakim, öncelikle dava dosyasında eşlerin arasındaki mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir tasfiye anlaşmasının olup olmadığına bakmalıdır. Eğer eşler arasında akdedilen bir tasfiye anlaşması yoksa hakim -boşanma kararını vermeden önce- eşlerden mal rejiminin “bütünüyle” tasfiyesine yönelik bir tasfiye anlaşması yapmalarını iki taraftan veya tasfiye davası açmasını davacıdan, ke-

²⁷ TMK m.214/b.2 boşanmada mal rejiminin tasfiyesi bakımından boşanmaya karar verilmesinin gerektiği hallerde bu davalarda yetkili olan mahkemenin, tasfiyede de yetkili olduğu söylemekle, TMK m.168'e genel bir atıf yapmakta ve somut olaydaki boşanma kararı veren veya boşanma davasını gören mahkeme ile yetkili mahkemeyi sınırlamamaktadır. Dolayısıyla örneğin boşanma davasını kendi yerleşim yerinde açan bir eşin, tasfiye davasını diğer eşin yerleşim yeri mahkemesinde açabilmesi mümkündür.

sin süre vererek istemelidir²⁸. Taraflarca hakimin istemi üzerine yapılan - veya “dava sırasında veya dava öncesinde” hakimin istemi olmaksızın yapılmış olan- “tasfiye anlaşması”, TMK m.184/b.5 kapsamında hakimin onayıyla geçerlilik kazanır ve hakim bu tasfiye anlaşması çerçevesinde eşlerin nafaka ve/veya tazminat taleplerini karara bağlar. Tarafların uyuşamaması nedeniyle verilen süre içerisinde tasfiye davası “boşanma davasını gören” mahkemede açılırsa, TMK m.214/b.2 uyarınca bu tasfiye davasında da yetkili olan boşanma kararı vermeye yetkili olan hakim açılan davayı önceki boşanma ve nafaka ve/veya tazminat talepli dava ile birleştirmeli ve davayı bunda sonra yukarıdaki “ihtimal (a)” dahilinde yürütmelidir. Davanın boşanma davasını görmeye yetkili olan başka bir mahkemede açılması durumunda, hakim boşanma yargılamasına devam etmeli, fakat tasfiye davasını “yoksulluk nafakası ve/veya maddi tazminat” ve/veya manevi tazminat talepleri için bekletici mesele yapmalıdır. Ancak HUMK m.187/b.5 uyarınca, ayrı mahkemede açılan tasfiye davasının, tasfiye davasının davalısının ilk itirazı üzerine boşanma davasını gören mahkemede birleştirilmesi olasılığı saklıdır. Eğer ki verilen kesin süre içerisinde davacı tasfiye davası açmazsa hakim eşlerin boşanmasına karar vermeli, fakat davacının nafaka ve/veya tazminat talebini reddetmelidir. Verilen bu kararın nafaka ve/veya tazminata ilişkin kısmı dahi kesinleşmekle maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olur. Buna karşılık davacının somut olayın şartlarına göre verilen kesin süre içerisinde tasfiye davası açmamasından tasfiye davası açma hakkından mutlak olarak feragat etmiş olduğu sonucu çıkartılmadıkça, boşanma davası sonrası salt tasfiyeye yönelik tasfiye davası açma olanağı her iki dava tarafı için de olanak dahilindedir.

c. Davacı sadece boşanmayı talep etmişse:

Hakim ne mal rejiminin tasfiyesi ne de nafaka ve/veya tazminat konularında inceleme yapmaksızın sadece boşanma kararı verir.

d. Davacı boşanma davası ile birlikte sadece mal rejiminin tasfiyesini talep etmişse:

Bu ihtimalde hakim yargılamanın başlangıcında veya devamında mevcut delillere göre yargılama sonunda boşanma kararının verilmesini pek muhtemel görüyorsa, mal rejiminin tasfiyesine de başlamalıdır. Buna karşılık boşanmanın pek muhtemel görülmediği hallerde, tasfiye için boşanma kararına kadar beklenir, kararın kesinleşmesinin beklenmesine kanımızca

²⁸ Bu noktada tasfiye davasını davalı dahi açabilir.

usul ekonomisi bakımından gerek yoktur²⁹. Boşanma kararı verilir ve karar kesinleşirse, ancak boşanma kararının kesinleşmesinden sonraki bir zaman diliminde tasfiye kararı verilebilir. Boşanma talebinin reddi durumunda hakim boşanma ile birlikte mal rejiminin tasfiyesi talebini de reddedecektir.

e. Boşanma davası açılmadan nafaka/tazminat ve/veya tasfiye talep edilmişse:

Boşanma kararı, nafaka, tazminat ve mal rejiminin tasfiyesi taleplerinin ön şartı niteliğinde olduğundan, boşanma davası açılmadan önce yapılan nafaka/tazminat ve/veya tasfiye taleplerini hakim reddedecektir.

B. Boşanma kararı kesinleştikten sonra

a. Sadece mal rejiminin tasfiyesi talep edilmişse:

Taraflar hakkında verilen boşanma kararı kesinleştikten sonra, “her zaman için” mal rejiminin tasfiyesi davası açılabilir ve bu dava ile eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi yapılır.

b. Taraflar hakkında verilen boşanma kararı kesinleştikten sonra, TMK m.178’deki bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminat davası ile birlikte mal rejiminin tasfiyesi talep edilmişse:

Bu ihtimalde hakim önce tasfiyeyi sonuçlandırır ve kesinleşen tasfiye sonucu kapsamında, yoksulluk nafakası ve/veya tazminat taleplerini karara bağlar.

c. Taraflar hakkında verilen boşanma kararı kesinleştikten sonra, TMK m.178’deki bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde sadece “maddi tazminat ve/veya yoksulluk nafakası” ve/veya manevi tazminat” talep edilmişse:

Bu durumda hakim dava dosyasında eşlerin arasındaki yasal mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir tasfiye anlaşması bulamasa bile eşlerden mal rejiminin “bütünüyle” tasfiyesine yönelik bir tasfiye anlaşması yapmalarını istemeksizin, doğrudan TMK m.214/b.2 uyarınca yetkili olan mahkemede tasfiye davası açması için davacıya kesin bir süre vermelidir. Ancak tarafların davanın her aşamasında bir tasfiye anlaşması sunması olanaklı olup, söz konusu anlaşma boşanma yargılaması sona ermiş olduğu için TMK m.184/b.5 uyarınca boşanma hakiminin onayına gerek olmaksızın, nafaka

²⁹ Aksi fikirde: Y.2.HD, 16.3.2005 T., E.2005/2994, K.2005/4123, Yargı Dünyası, Temmuz 2005, s.96-97.

talebini inceleyen hakim tarafından, “yoksulluk nafakası ve/veya tazminat ve/veya manevi tazminat talepleri bakımından göz önüne alınır. Anlaşma olmayıp verilen süre içerisinde tasfiye davası açılırsa bakılır: Nafaka/tazminat davasında yetkili olan mahkeme aynı zamanda tasfiye davasında da yetkili ise hakim açılan davayı önceki nafaka ve/veya tazminat talepli dava ile birleştirmeli ve davayı yukarıdaki ihtimal (b) dahilinde yürütmelidir. Tazminat veya nafaka talebini incelemeye yetkili olan mahkeme, aynı zamanda tasfiye davasını görmeye yetkili değilse, yapacağı şey, verilen kesin sürede yetkili mahkemede açılan tasfiye davasının sonuçlanmasını nafaka ve/veya tazminat davası için bekletici mesele yapmak olacaktır. HUMK m.187/b.5 hükmü burada da saklıdır. Eğer ki verilen kesin süre içerisinde davacı tasfiye davası açmazsa hakim davacının nafaka ve/veya tazminat talebini reddetmelidir. Verilen nafaka ve/veya tazminat talebinin reddine yönelik bu hüküm kesinleşmekle maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmalıdır. Buna karşılık davacının somut olayın şartlarına göre verilen kesin süre içerisinde tasfiye davası açmamasından tasfiye davası açma hakkından mutlak olarak feragat etmiş olduğu sonucu çıkartılmadıkça, tasfiye davası açma olanağı her iki dava tarafı için de olanak dahilindedir.

Açılan bir maddi-manevi tazminat ve/veya nafaka davasının TMK m.178'deki bir yıllık süre geçtikten sonra açılıp, ileri sürülen zamanaşımı def'ine bağlı olarak reddinden sonra bile, mal rejiminin tasfiyesinin açılacak bir dava ile ileri sürülebilmesi mümkündür.

2. Eşlerin ortak çocuğu varsa

A. Boşanma yargılaması devam ederken

Eğer ki boşanma davasının taraflarının ortak bir küçük çocukları mevcut ise, eşler boşanma davası ile birlikte tazminat ve/veya yoksulluk nafakası talebinde bulunmasalar veya mal rejiminin tasfiyesini talep etmeseler bile, hakim boşanma kararını verirken, aynı zamanda çocuk için iştirak nafakasına hükmetmesi gerekeceğinden; hakim nafaka miktarının belirlenebilmesi için bilinmesi gerekli olan eşlerin gerçek ekonomik güçlerinin/durumlarının tespiti için (TMK m.182/II, son cümle; TMK m.330/1) eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesine, “re’sen araştırma yetkisi” kapsamında, tarafların tasfiye istemi olmaksızın başlar ve tamamlanan tasfiye sonucu ortaya çıkan katılma alacağı tutarına göre, eşlerin çocuğun bakımına ilişkin katkı payını belirler. Bu sonucun hakim boşanma kararı vermesini mal rejiminin tasfiyesine kadar ertelemesi sonucunu doğuracağı açık olduğundan –zira boşanma kararı ve iştirak nafakası hükmü bakımından “birlik ilkesi” geçerlidir- hakim re’sen mal rejimi tasfiyesine geçmeden önce, eşleri öncelikle tasfiye

anlaşması yapmaya davet etmesi uygun olur. Taraflarca hakimin istemi üzerine veya hakimin istemi olmaksızın yapılmış olan “tasfiye anlaşması” bakımından, -nafakanın tespiti bağlamında çocuğun korunması söz konusu olduğundan- TMK m.184/b.5 uygulama bulur ve tasfiye anlaşması hakimin onayıyla geçerlilik kazanır³⁰; hakim bu tasfiye anlaşması çerçevesinde iştirak nafakasını ve varsa ayrıca eşlerin “yoksulluk nafakası ve/veya maddi tazminat” ve/veya manevi tazminat taleplerini karara bağlar. Görüldüğü üzere eşlerin ortak bir çocuğunun olduğu durumlarda, hakimin iştirak nafakasının miktarını tespit edebilmesi için boşanma kararı vermeden önce mal rejiminin tasfiyesini yapması mutlak bir “zorunluluktur”. Bu ise sonuçta, bu ihtimalde boşanma kararının birliği ilkesinin, talebe bağlı mali sonuçlar dışında Türk Hukuku bakımından “sınırlı” kabulü anlamına da gelir.

Burada iştirak nafakası bakımından, “Mal rejiminin tasfiyesi gereğinin, çeşitli hukuksal dayanaklarla aşılabilmesi mümkün müdür?” sorusu akla gelebilir ve bir an için hakimin salt boşanmanın talep edildiği durumda eşlerin bilinen malvarlığı üzerinden iştirak nafakasını tespit edip, boşanma sonrası “taraflar isterse” yapılacak mal rejiminin tasfiyesi sonucuna göre, iştirak nafakasının miktarını yeniden belirleyebileceği düşünülebilir. Ancak TMK m.331 uyarınca iştirak nafakasına ilişkin değişiklikler (TMK m.331) sadece ileriye etkili sonuç doğurması ve öte yandan eşleri sonradan tasfiye davası açmaya zorlayan bir mekanizmanın veya tasfiye davası açmak için bir hak düşürücü sürenin bulunmaması nedeniyle, “örneğin TMK m.5 bağlamında BK m.46/II’ye kıyasen geçmişe etkili iştirak nafakası tespitine yönelik bir uygulamanın kabulü bir anlam taşımayacağından” böyle bir düşünce sağlıklı bir sonuç doğurmaz.

B. Boşanma kararı kesinleştikten sonra

Yukarıdaki ihtimalde görüldüğü üzere eşlerin ortak bir çocuğu varsa, edinilmiş mallara katılma rejiminin boşanma davası sona erip, boşanma kararı kesinleştikten sonra açılacak tasfiye davası ile tasfiyesi mümkün değildir. Ancak boşanma davasındaki tasfiye sonucu, boşanma davası sonrasında bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde açılacak “yoksulluk nafakası ve/veya maddi tazminat” ve/veya manevi tazminat davaları bakımından hakim tarafından göz önüne alınır.

³⁰ SUTTER/FREIBURGHAUS, Art.120 N.10, s.145; LÜCHINGER/GEISER, Art.158 N.19, s.834.

V. SONUÇ

Görüldüğü üzere, Türk Hukukunda “birlik ilkesi” İsviçre Hukukundaki kapsamıyla kabul edilmese bile, mevcut yasal düzenlemelere “uygun” olan yukarıdaki çözümlerin boşanma ve/veya nafaka/tazminat taleplerine ilişkin davaların uzamasına ister istemez yol açacağı açıktır. Ancak bu sonuç daha TMK’nın kabulü sırasında, Kanun Koyucu tarafından öngörülebilmeliydi. Biz edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilirken getirecekleri ve götüreceklerinin daha baştan hesaplandığını sanmıyoruz. Sonuçta Türk Yargı Uygulaması, yeni mal rejimimizin boşanma kararı ve yan sonuçları üzerindeki etkilerini “somut olay adaleti” bakımından artık daha fazla görmemezlik edecek bir lükse sahip değildir.