

EŞLERİN GEÇMİŞE ETKİLİ MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ YAPABİLMESİ (4722 sayılı Kanun m. 10/III)

(Spouses' Right to Make Retroactive Matrimonial Agreements (Art. 10/III of the Law No. 4722))

Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS*

ÖZET

Mal rejimleri, sona eren evlilik birliklerinin en önemli sonuçlarından biridir. Zira edinilen malvarlığı değerlerinin paylaşılma esaslarını belirler.

1.1.2002 tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde yapılacak mal rejimi sözleşmesi ile eşlerin kanunî mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağını kararlaştırabilmeleri yönünde hüküm ihdas edilmiştir (4722 sayılı Kanun m. 10/III). Söz konusu hüküm, lafzen yorumlandığında bu sözleşmenin bir yıldan sonra yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca ilgili hükmün mefhumu muhalifinden, geçmişe etkili kılma olanağının seçimlik mal rejimleri için geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Eşlerin, evlilikleri bitinceye kadar, edinilmiş mallara katılma rejimini 1.1.2002'den geçmişe yürütebilmeleri ve seçimlik mal rejimlerini de evliliklerinin başından itibaren geçerli olacak şekilde kararlaştırabilmeleri, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olduğu gibi, kamu düzeni ve yararı ile genel ahlâkı zedeleyen bir niteliği haiz değildir.

Anahtar kelimeler: Evlilik, Mal rejimleri, Geçmişe Yürüme, Sözleşme Özgürlüğü, 4722 sayılı Kanun m. 10/III

Abstract

Matrimonial property regimes are one of the most important results for end of the marriage. Because it defines the principles of division of marital property.

The clause, spouses' may agree that their legal matrimonial property regimes would be effective from the beginning of the marriage with the marital property agreements made in one year time from 1.1.2002, was adopted (Art.10/III of Code No. 4722). This clause may cause misunderstanding as this agreements could not be made after one year time and same principle would not be valid for optional matrimonial property regimes.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Spouses', until the end of their marriage, are able to retroactive the regime of participation on acquired property before 1.1.2002 and to decide optional matrimonial property regime to be effective from the beginning of their marriage. As this is a result of freedom of contract, it also does not have a characteristic to harm public order or interest and public decency.

Keywords: Marriage, Matrimonial Property Regimes, Retroactive, Freedom of Contract, Art. 10/III of Code No. 4722.

GİRİŞ

Toplumun temel taşı olan aile ve ailenin oluşumunda en önemli kaynak olan evlilikler¹ özellikle son yıllarda ne yazık ki uzun ömürlü olmamaktadır. Örneğin 2014 yılında bir önceki yıla göre, evlenme sayısı % 0,1 azalırken (599.704 evlilik); boşanmaların sayısı % 4,5'lik bir artış (130.913 boşanma) göstermiştir². Bu tehlikeli istatistik gelecekte toplumumuzu bekleyen önemli bir soruna işaret etmektedir.

Ülkemizde önemli bir sosyolojik olgu hâline gelen boşanma, yaşanan hukukî süreçte bazı ihtilâfları da beraberinde getirmektedir. Maddî – manevî tazminat, nafakalar, velâyet gibi sorunların yanı sıra evlilik birliği süresince edinilen malların ne şekilde paylaşılacağı daha açık anlatımla mal rejiminin tasfiyesi hukuk uygulamasının önemli meselelerinden birini teşkil etmektedir. Ayrılık kültürüne millet olarak sahip olmayışımız, evlilik içinde elde edilen malvarlığı değerlerinin bölüşümünde duygusal davranmamıza ve çözüm odaklı hareket edemememize yol açmaktadır. Ezcümle bu süreç, yargının yükünü artırmaktadır.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) yürürlüğüne ilişkin olarak çıkarılan Kanunun m. 10/III hükmü ile eşlere, bir yıllık süre içinde yapılacak bir sözleşme ile yasal mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağını kabul etme imkânı getirilmiştir. Çalışmamızın esasını 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10/III hükmünün yorumu, yerindeligi ve doğurabileceği sakıncalar oluşturmaktadır. Bu çerçevede çalışmamızda, genel bir tanım yaptıktan sonra, bir yıllık sürenin durumu, seçimlik mal rejimlerinin de bu süre içinde geçmişe etkili hâle getirilip getirilmeyeceği konusunda değerlendirmeler yapılacaktır.

I- Mal Rejimi Sözleşmesi

Konunun daha iyi anlaşılması açısından öncelikle mal rejimi sözleşmesinin ta-

¹ AİHM, AİHS m. 8/I'de koruma altına alınan aile kavramını evlilikten daha geniş yorumlamaktadır. Bu anlamda olmak üzere fiili birlikte yaşama koşulunun sağlanması ailenin oluşumu için yeterlidir. Bu yöndeki kararlar için bkz. *Elsholz – Almanya Davası*, 13.7.2000 T., 25735 Baş. No., 43 p.; *K & T – Finlandiya Davası*, 12.7.2001 T., 25702/94 Baş. No., 149 – 150 p.

² <www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=18628>, Erişim Tarihi, 17.8.2015.

nımı, şekli ve özellikleri hakkında kısa açıklamalar yapmanın uygun olduğunu düşünüyörüz.

A) Tanımı

Evlilik birliğı kurulmadan önce ve/veya devam ederken eşlerin, sahip oldukları malvarlığı üzerindeki hak ve yükümlölükleri ile evlilik son bulduğunda bu değerler üzerindeki tasarrufları düzenleyen kurallar bütünü mal rejimi olarak ifade edilebilir. Mal rejimi sözleşmesi ise, uygulanacak mal rejiminin seçimi ve/veya değıştirilmesi amacıyla yönelik hukukî işlem olarak tanımlanır³. Mal rejimi sözleşmesi evlilik içerisinde veya evlilikten önce yapılabilir. Nişanlılar arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi, evlenme geciktirici koşuluna bağı hukukî işlem olarak vasıflandırılır⁴.

B) Şekli

Mal rejimi sözleşmesi, fiil ehliyetine sahip kişiler tarafından yapılabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların bu sözleşmeyi yapabilmesi yasal temsilcilerinin iznine bağıdır (TMK m. 204). Kişiyi sıkı sıkıya bağı bir hakkın kullanımı mahiyetini taşıyan bu sözleşmenin yasal veya iradî temsilci aracılığıyla yapılması mümkün değildir⁵.

Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılabilir. Bunun yanı sıra, evlenme başvurusu esnasında hangi mal rejiminin seçildiğine ilişkin resmî memura⁶ yazılı bildirimde bulunmak da mümkündür (TMK m.205/I). O hâlde, evlilik gerçekleştiikten sonra mal rejimi sözleşmesi sadece noterde yapılabilir.

C) Özellikleri

Özel ehliyet ve şekil koşullarına bağı bir aile hukuku işlemi olan mal rejimi sözleşmesi, öncelikle TMK hükümlerine (m. 203 – 205) tâbidir. Özel düzenleme

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZEYTİN, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, B. 2, Ankara 2008, 36; ACAR, Faruk: **Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, B. 4, Ankara 2014, 84 vd.; OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay/TURAN, Gamze: “*Türk Medenî Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi*”, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan, s. 1079 – 1092, 1080; ALDEMİR, İpek Betül: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, Ankara 2015, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 4.

⁴ KIRMIZI, Mustafa: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu**, Ankara 2014, 70; ŞIPKA, Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, İstanbul 2012, 17.

⁵ (TMK m. 205-gereke). Ayrıntılı bilgi için bkz. OZANEMRE YAYLA/TURAN, 1088; ŞIPKA, 24; ALDEMİR, 7 vd.

⁶ *Belediye başkanı veya köy muhtarı (TMK m. 134).*

olmayan hâllerde ise hiç şüphe yok ki TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır (TMK m. 5).

Mal rejimi sözleşmesi, rejim sona ermeden akdedilmelidir. Bu bağlamda, rejimin sona ermesi ile birlikte bu yöndeki düzenlemeler şekle tâbi olmaksızın yapılabılır. Daha açık anlatımla, tasfiye sürecinde eşler, ispat etmek koşulu ile diledikleri şekilde anlaşabilirler. Zira bundan sonrası, mal paylaşımına ilişkin bir süreçtir.

II- Kanunî Mal Rejiminin Geçmişe Etkili Uygulanması

A) Genel Olarak

1.1.2002 tarihinden önce evlenen eşler, TMK'nın yürürlüğe girdiği bu tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimini seçmedikleri takdirde kanunî mal rejimine tâbi olacaklardır. Başka bir ifade ile evlendikleri tarihten 1.1.2002'ye kadar bir önceki mal rejimi uygulanacak, daha sonra da kanunî mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olmaya başlayacaktır. Çalışma alanımızı doğrudan ilgilendirmeyen bu konu hakkında kısa açıklamalar yapmayı faydalı buluyoruz.

Hukukumuzda TMK ile giren, edinilmiş mallara katılma rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmaması yönündeki hükme (4722 sayılı Kanun m. 10/I) katılmaktayız⁷. Zira aksi bir tutum, devam etmekte olan evliliklerle sınırlı kalmayacak, TMK'nın yürürlüğe girmesinden önce sona eren evliliklerde de bu hükmün uygulanması gerektiği tartışmalarına yol açacaktı. Kaldı ki, devam etmekte olan evlilikler açısından da, bu duruma göre hareket edilmemesi, delil elde etmede ve yargı pratiği bağlamında karmaşık durumlarla karşılaşılmasına neden olacaktı. Bunun yanı sıra bu düzenlemede, “*kanunların geriye yürümezliği*” gibi temel bir ilkenin istisnasını oluşturacak bir durum da söz konusu değildir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi 18.9.2008 tarihinde verdiği bir kararda, 4722 sayılı Kanun m. 10/I hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğu ile hükmetmiştir⁸.

⁷ Bu konudaki açıklamalar ve gerekçeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet: **Katkı – Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar)**, B. 5, Ankara 2014, 196 vd.

⁸ Konu, Fatih 2. Aile Mahkemesinin ve Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesinin (Aile Mahkemesi Sıfatıyla) itiraz yoluna başvurusu neticesinde Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. İtirazların konusu 4722 sayılı Kanununun 10. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğudur. 4722 sayılı Kanununun 10. maddesinin 1. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmeden Yüksek Mahkeme gerekçesinde özetle şu ifadelere yer vermiştir: “... *yasa koyucunun takdir hakkını 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yer alan yasal mal rejimine ilişkin hükümlerin geçmişe yürümeyi gerektirecek ayrık durumlar dışında geçmişe etkili olarak uygulanmaması yönünde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.* ... *yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.*”

B) Bir Yıllık Süre İçinde Sözleşmenin Yapılması

4722 sayılı Kanun, evlilerin isteğine bağlı olarak, kanunî mal rejiminin geçmişe etkili uygulanmasını kabul etmiştir (m. 10/III). Daha açık anlatımla, TMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenen çiftler, 1.1.2002 ilâ 31.12.2002 tarihleri arasında yapacakları bir sözleşme ile edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliğin başladığı tarihten itibaren uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu sonuca, hükümde yer alan “*bir yıllık süre içinde*” ibaresinden yola çıkarak ulaşıyoruz. Buradan hareketle, bir yıldan sonra (1.1.2003 tarihinden sonra) yapılan sözleşmelerle, kanunî mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanamayacağı tespiti yapmak mümkündür⁹. Lafzî yorum yöntemi ile ulaşılan bu sonuca katılmıyoruz¹⁰. Şöyle ki, bu imkânı belli bir süre ile sınırlamak, ERTAŞ'ın da ifade ettiği gibi eşlerin mal rejimlerini serbestçe seçebilme ilkesini ihlâl etmektedir¹¹. Ayrıca bu bir yıllık süre, bir hakkın kullanımını gereksiz yere sınırlamak anlamına da gelmektedir. Bu hükmün konuluş amacının (*ratio legis*), en iyimser anlayışla, zaman sınırlaması koymak suretiyle evlileri bu konuda aktif davranışta bulunmaya sevk etmek olduğunu düşünüyoruz. Bu bağlamda eğer Kanun Koyucu bu bir yıllık süreyi koymamış olsa idi, “ - *bugün yaparız yarın yaparız*” söylemleri ile evliliğin sonuna (boşanma, ölüm, iptal vb) gelinmiş olurdu. Bir yıllık süre sayesinde hiç değilse, bunu düşünen evlilere bir motivasyon sağlanmış olacaktır.

Bir yıllık süre dolduktan sonra, geçmişe yürütme amacıyla yapılan sözleşmelerin hukukî kaderinin ne olacağı önemli bir husustur. Örneğin, 24.1.2013 tarihinde eşler, notere giderek 1990 yılında kurulan evliliklerinin başlangıcından itibaren edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını istediklerini ifade ettiklerinde bu sözleşme geçersiz mi sayılacaktır? Bu sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi, sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır. Şöyle ki, kanunî mal rejimi, gelir getiren bir işte çalışmayan eşin (toplumumuzda genel olarak kadının) haklarının korunması, ev işlerinde çalışması nedeniyle aileye olan katkısının dikkate alınması amacıyla getirilmiş bir paylaşım biçimidir. Evlilik içerisinde kural olarak emek karşılığı edinilen mala, eşlerin katkı

... yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukukî durumlar yaratması ve aynı hukukî durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir. Bu anlamda itirazı konu kuralla Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında ayırım yapan bir düzenleme getirilmediği, her iki eşe de eşit haklar tanıyan objektif hukukî durumlar yaratıldığı görülmektedir...?: Anayasa Mahkemesi 18.9.2008 T., 2006/37 E., 2008/141 K. (RG. 23.12.2008, S. 27089).

⁹ KILIÇOĞLU, 204, 205; ZEYTİN, 37; ACAR, 85, 86; SARI Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul 2007, 39.

¹⁰ Aynı doğrultuda bkz. ERTAŞ, Şeref: “*Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukukî Sorunlar*”, DEÜHFD, C. XV, Özel S., 2013, s. 915 – 932, 917; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281)**, İstanbul 2008, 226.

¹¹ ERTAŞ, 917.

değerine bakılmaksızın eşit paylaşımı esasına (TMK m. 236)¹² dayalı bu rejimin, çalışan tarafın (kural olarak erkeğin) aleyhine olduğu söylenebilir. Ezcümle, kanunî mal rejiminin uygulanması, kendisi aleyhine olan tarafın özgür iradesi doğrultusunda, bu rejimin yürürlüğünü evliliğin başladığı tarihe götürmesi, irade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ayrıca bu noktada kamu düzeni ile genel ahlâka aykırı bir husus söz konusu değildir. Son tâhlilde, kanunî mal rejiminin evliliğin ilk gününden itibaren uygulanacağını kabul eden anlaşma bugün dâhi yapılsa, hâkimin objektif yorum yöntemini kullanmak suretiyle bu anlaşmayı geçerli olarak kabul etmesinin adalete daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Daha açık anlatımla, kanunun uygulandığı esnadaki toplum ihtiyaçlarının yanı sıra söz konusu hüküm ile düzenlenmek istenen menfaate/menfaatlere en uygun çözümü arayan objektif yorum yöntemi¹³ bu tür anlaşmaların geçerli kabul edilmesi konusunda hâkime yol gösterici olacaktır.

III- Seçimlik Mal Rejimlerini Geçmişe Yürütme İmkânı

A) Genel Olarak

Türk Medenî Kanununun Aile Hukuku başlıklı İkinci Kitabında yer alan düzenlemeler (m. 118 ilâ 494) kural olarak emredici niteliği haizdir. Mal rejimlerine ilişkin hükümlerde de bu esas, kural olarak görülmektedir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bir örnek vermek gerekirse, “Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilirler.” hükmü (m. 221) ile TMK, iki grup malın edinilmiş mal kategorisinden kişisel mal kategorisine geçirilmesine müsaade etmiştir. Burada nisbî emredici bir hüküm vardır. Şöyle ki, miras yolu ile kazanılan ve kişisel mal olarak vasıflandırılan malların (TMK m. 220) edinilmiş mal olarak kabulü mümkün değildir. Bir başka deyişle, eşler başlangıçta yapacakları bir sözleşme ile “*evliliğimiz içinde miras yolu ile herhangi birimize kalacak mallar edinilmiş maldır ve bu şekilde tasfiyede dikkate alınacaktır.*” şeklinde bir karar alsalar, bu karar geçersiz olacak ve hüküm ifade etmeyecektir. Zira buradaki hükümler emredicidir. Birazdan inceleyeceğimiz konunun daha iyi anlaşılabilmesi için örneğimizi daha farklı bir hâle getirelim: Eşlerden herhangi birine miras yolu ile mal kaldıktan sonra, mirasçı olan eşin bu malı diğeri ile paylaşmasında herhangi bir hukukî sakınca var mıdır? Yoktur.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. SARI, 102 vd.; KIRMIZI, 55 vd.; ZEYTİN, 218 vd.

¹³ Bu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EDİS, Seyfullah: **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, B. 6, Ankara 1997, 191, 192.

B) Geçmişe Yürüme

Eşlerin, seçimlik mal rejimlerini (mal ayrılığı, mal ortaklığı veya paylaşmalı mal ayrılığı) geçmişe etkili hâle getirip getiremeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar böylesi bir anlaşmanın, 4722 sayılı Kanuna aykırı olduğu için, geçerli olmayacağını ileri sürmektedirler¹⁴. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, bu görüşüne dayanak olarak, bu tercih nedeniyle eşlerden birinin alacaklısının zarara uğrama ihtimalini göstermiştir¹⁵. KILIÇOĞLU ise “*Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler.*” (4722 sayılı Kanun m. 10/III) hükmünün mefhum-u muhalifinden yola çıkarak mal rejimini geçmişe etkili kılma imkânının sadece edinilmiş mallara katılma rejimi için verildiğini ileri sürmüştür¹⁶. Yargıtay da, seçimlik mal rejimleri açısından geçmişe etkili sözleşme yapma imkânının olmadığı şeklinde karar vermiştir¹⁷. Konumuzu doğrudan ilgilendiren bu kararın ilgili bölümünde “... 4722 sayılı Kanun m. 10/I ve III düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde eşlerin geçmişe etkili olmak üzere sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilecekleri açıktır. Diğer bir ifade ile; eşler geçmişe etkili bir biçimde edinilmiş mallara katılma rejimi dışında gene kanunun tanıdığı başka seçimlik bir mal rejimini (mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinden birini) evlenme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere seçemez ve belirleyemezler. Dolayısı ile varsa bile; böyle bir belirleme de yok hükmünde¹⁸ olup, kamu düzenine ilişkin bu sınırlama sözleşme serbestisi kurallarına dayanılarak aşılamaz...” ifadeleri yer almıştır¹⁹. Görüldüğü üzere Yargıtay da lafzî yorum yöntemini uygulamak suretiyle bu sonuca ulaşmaktadır.

¹⁴ HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Aile Hukuku**, B. 4, İstanbul 2014, 81; KILIÇOĞLU, 204.

¹⁵ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 81.

¹⁶ KILIÇOĞLU, 204.

¹⁷ Y. 8. HD, 13.5.2013 T., 2012/13166 E., 2013/7003 K.: ULUÇ, Yusuf: **Mal Rejimleri ve Tasfiyesi**, Ankara 2014, 458 – 460.

¹⁸ Yokluk yaptırımı, kurucu unsurun olmaması olarak ifade edilebilir. Burada her ne kadar aile hukukuna özgü olsa da bir sözleşme söz konusudur. Tarafların sözleşmenin esaslı unsurları konusunda uzlaşmaları hâlinde artık kurucu unsur eksikliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu ifadenin geçersizlik/hükümsüzlük/butlan kavramlarından birisi ile zikredilmesi gerekirdi. Yargıtay da gerekçesini emredici hükme aykırılık esasına dayandırdığına göre “*yokluk*” kavramının kullanılmış olması isabetsiz olmuştur.

¹⁹ Aynı kararın devamında yer alan “... *aile hukukunda; tam ve sınırsız bir sözleşme serbestisi kabul edilmemiş, tam aksine özgür iradeye dayalı sözleşme serbestisinin sınırlı olarak kabul edildiği ve kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda en büyük yasal engel de, 4722 sayılı Kanunun 10/III. fıkrası olmaktadır. Bu nedenle, somut olayda taraflar yasal edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde mal ayrılığı yapmak suretiyle sözleşmeyle seçilen rejimi geriye götürme olanağı bulunmamaktadır...*” ifadelerine ve tespitlerine de katılmıyoruz. Konumuzu doğrudan ilgilendirmemekle birlikte, hükmün amacından çıkılarak böyle bir sonuca ulaşıldığını düşünüyoruz. Şöyle ki, 4722 sayılı Kanun zaten TMK’nın yürürlüğe girmesi ile ilgilidir. Eş deyişle, TMK yürürlüğe girdikten sonra temelleri atılan hukukî ilişkiler için 4722 sayılı Kanun’dan yola çıkılarak yapılan yorumlar ve/veya tespitler yanlış olacaktır.

Yukarıdaki ilmî ve kazaî içtihatlarla katılmıyoruz. Seçimlik mal rejimlerinin de, yapılacak bir anlaşma ile geçmişe etkili hüküm ve sonuçlar doğurabileceğini düşünüyoruz. Hiç şüphe yok ki, “*kamu yararı*” ve “*kamu düzeni*” hassasiyetleri nedeniyle aile hukukunda, diğer özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak Devlete daha fazla müdahale etme yetkisi verilmiştir. Bu anlamda olmak üzere sözleşme özgürlüğü ilkesinin istisnası niteliğini haiz aile hukuku kurumlarında Devletin denetleme görev ve yetki sahası çok geniştir. Hâl böyle olmakla birlikte, buradaki emredici hükümleri dikkatle incelemek ve 4722 sayılı Kanun m. 10/I ve III hükümlerinin konuluş amaçlarını itina ile tâhlil etmek gerekir. Seçimlik mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmasının kabulünün hangi temel değeri ihlâl ettiği incelendiğinde, sadece eşlerin menfaatlerini zedeleyecek sonuçlar görülmektedir. Kaldı ki, kanunî mal rejiminin kabulü (TMK m. 202/I) de özellikle kadını korumak amacıyla getirilmiştir. Ancak burada da kanun koyucu mutlak emredici bir hüküm ihdas etmekten kaçınmış ve tamamlayıcı bir hukuk kuralı koymak suretiyle, eşlerin farklı bir mal rejimini benimsememesi hâlinde kanunî mal rejiminin uygulanacağını düzenlemiştir. Hülâsa kamu yararı ve kamu düzeni bu sözleşmeden zarar görmemektedir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için örnek üzerinden gitmenin daha isabetli olacağını düşünüyoruz. “*24.1.1990 tarihinde evlenen çiftler, 17.11.2002 tarihinde²⁰ yaptıkları bir sözleşme ile mal ortaklığı rejimini kabul ettiklerini ve bu rejimin de 24.1.1990’dan itibaren geçerli olmasını istemişlerdir. Söz konusu sözleşmede kişisel malları dışında kalan mallarının ortaklık malları olacağını ve bu mallara bölünmemiş bir bütün hâlinde sahip olacaklarını, her birinin kişisel kullanımında bulunanlar ile manevî tazminat alacaklarının yasal olarak kişisel mallarını oluşturacağını hükme bağlamışlardır.*” Tamamen özgür iradeleri ile herhangi bir irade bozukluğu (yanılma, aldatma veya korkutma) yaşamadan bir sözleşme imzalayan taraflar, mevcut mallarını mal ortaklığına sokacaklarını kararlaştırmışlardır. Bu sözleşmede yer alan hükümleri geçersiz saymak için emredici bir hükmün ihlâl edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin, 4722 sayılı Kanun m. 10/III hükmüne aykırı olduğunu iddia etmek çok zorlama bir sonuç olmaktadır. Zira eşlerin mal rejimini geçmişe yürütme olanağının sadece kanunî mal rejimine münhasır kılınması taraf iradelerinin ipotek altına alınması anlamına gelir ki, sözleşme özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi temel insan haklarının yanı sıra ahde vefa gibi temel hukuk ilkesinin ihlâli olarak yorumlanmalıdır. Ayrıca burada olumsuz etkilenen genel ahlâk, kamu düzeni veya üçüncü bir kişinin hakkı söz konusu değildir. Bu işlemde edinilecek bir malın mal ortaklığına girmesi değil, eşlerin mevcutta sahip oldukları malvarlığı değerlerini ortaklık malları olarak kabul etmeleri söz konusudur. Başka bir deyişle, bu sözleşmenin şu şekilde yorumlanması da mümkündür: Evliliğin başından sözleşmenin yapıldığı âna kadarki süreç için

²⁰ Bu sözleşme 17.11.2003 tarihinde de yapılmış olabilir. Bu konu yukarıda tartışıldığı için üzerinde durmuyoruz.

mallara dair bir tasarruf işlemi, bu tarihten sonra ise mal rejimi sözleşmesi şeklinde iki ayrı hukukî işlem olarak mütalâa etmek mümkündür. Bu perspektifle bakılacak olursa, 2016 yılında yapılacak bir sözleşme ile 2002'de evlenen çiftler evlendikleri tarihten itibaren geçerli olacak tarzda mal ayrılığı rejimi seçilebilir. Şöyle ki, ev hanımı olan eş edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması ile birlikte ekonomik açıdan avantajlı bir konum elde etmektedir. Bu durumun doğal sonucu olarak da evlilikte geçen 14 yıl boyunca da önemli kazanımlara sahip olmuştur. Bir kişi – uygulamada pek karşılaşılacakla birlikte - kazanmış olduğu haklarından özgür iradesi doğrultusunda vazgeçebilir. Dolayısıyla ev hanımı olan eş de, mal ayrılığı rejimini evliliğinin başından itibaren geçerli olacak şekilde uygulamak suretiyle, sahip olduğu hakları terk etmiş sayılacaktır. Bu hususu malvarlığına ilişkin, ekonomik bir tercih olarak değerlendirmek gerekir. Bu hâlde malların tasfiyesi de mal ayrılığına ilişkin esaslara tâbi olacaktır.

IV- Çözüm

Kanunî mal rejimini geçmişe yürütebilme imkânını bir yıl ile sınırlandırmanın ve geçmişe yürütmenin edinilmiş mallara katılma rejimine münhasır kılınmasının yerinde olmadığı değerlendirilmelerinden sonra, ulaştığımız sonucun nasıl elde edilebileceği konusundaki önerilerimizi şu şekilde ifade edebiliriz.

Yapılacak açık bir kanunî düzenleme, garabet olduğunu düşündüğümüz bu hükmü ortadan kaldırarak, mevzuatımızı - bu anlamda – evrensel hukuka uygun hâle getirecektir²¹. Şöyle ki, gerek Alman hukukunda ve gerekse İngiliz hukukunda geçmişe etkili mal rejimi sözleşmeleri yapmak mümkündür ve bu konuda da zaman sınırlamaları getirilmemiştir²². Zira yukarıda da ayrıntılı bir şekilde ifade edildiği gibi böylesi sözleşmeler, kamu düzenini ihlâl edici niteliği haiz değildir²³.

Bu hükmün iptal edilmesi bir diğer çözüm yolu olabilir. Şöyle ki, yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararında, 4722 sayılı Kanun m. 10/I hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin içtihat tesis edilmiştir. Bu bağlamda bizim çalışma konumuzu ilgilendiren üçüncü fıkra hakkında kesin hüküm söz konusu değildir. Dolayısıyla, konunun tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne gelmesinde ve Yüksek Mahkemenin bu fıkrayı Anayasa'nın "*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*" başlıklı 48/I'de teminat altına alınan "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" hükmüne aykırı bularak iptal etmesinde herhangi bir sakınca yoktur.

²¹ HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: **Grundriss des Eherechts**, B. 4, Bern 2000, 236.

²² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SANDERS, Anne: "**Private Autonomy and Marital Property Agreements**", International and Comparative Law Quarterly, http://journals.cambridge.org/abstract_S0020589310000230, 584. Erişim Tarihi 1.3.2016.

²³ SANDERS, 584.

Sorunu kökten çözmeye yönelik ilk iki önerimizin gerçekleşmemesi durumunda iş yargıya düşmektedir. Türk Milleti adına yargılama ve hüküm kurma yetkisini uhdesinde tutan bağımsız hâkimlerimizin amaçsal yorum yöntemini kullanmak suretiyle hükümden radikal bir sonuca ulaşmaları mümkündür. Yargıtay'ın bu konuda bizimle aynı safta yer almadığını yukarıda ifade etmiştik. Yargıtay kararlarının bağlayıcı olmaması gerçeği karşısında bu kararın emsal alınmaması – ki değerli hâkimler de bizimle aynı doğrultuda düşünür ise – arzu edilen uygulamanın hayata geçmesine imkân tanıyacaktır. Unutulmamalıdır ki bazen adalet, cesur hâkimlerin kararları ile tecelli edecektir.

SONUÇ

Eşler arasındaki mal paylaşımında daha adil olduğu düşünülen ve bu nedenle de TMK ile kanunî mal rejimi olarak benimsenen edinilmiş mallara katılma rejimini geçmişe yürütme olanağını bir yıl ile sınırlamak hem hükmün konuluş amacına hem de genel sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırıdır. Bu bağlamda, 1.1.2002 tarihinden önce evlenen eşlerin 31.12.2002 tarihinden sonra yapacakları bir sözleşme ile kanunî mal rejimini evliliğin başından itibaren uygulayabilme imkânı tanınmalıdır.

Geçmişe yürütebilme açısından hükümde sadece kanunî mal rejiminden bahsedilmiş olması, seçimlik mal rejimleri ile ilgili olarak böyle bir işlemin yapılamaması anlamına gelmemektedir. Aksi bir anlayış, mülkiyet hakkının esasını teşkil eden tasarruf yetkisinin anlamsız bir sınırlandırması şeklinde vasıflandırılacaktır. Ayrıca, eşler arasındaki malvarlığı tasarruflarının kamu düzeni ve yararı açısından sakıncalı bir sonucu da söz konusu değildir.

KISALTMALAR

B.	Bası
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
K.	Karar
m.	madde
RG	Resmî Gazete
s.	sayfa
T.	Tarih
TMK	Türk Medenî Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay

BİBLİYOGRAFYA

- ACAR, Faruk: **Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, B. 4, Ankara 2014.
- ALDEMİR, İpek Betül: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, Ankara 2015, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- ERTAŞ, Şeref: “*Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar*”, DEÜHFD, C. XV, Özel S., 2013, s. 915 – 932.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281)**, İstanbul 2008.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Aile Hukuku**, B. 4, İstanbul 2014.
- HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: **Grundriss des Eherechts**, B. 4, Bern 2000.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: **Katki – Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar)**, B. 5, Ankara 2014.
- KIRMIZI, Mustafa: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu**, Ankara 2014.
- OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay/TURAN, Gamze: “*Türk Medenî Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi*”, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan, s. 1079 – 1092.
- SANDERS, Anne: “*Private Autonomy and Marital Property Agreements*”, International and Comparative Law Quarterly, http://journals.cambridge.org/abstract_S0020589310000230.
- SARI Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul 2007.
- ŞIPKA, Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, İstanbul 2012.
- ULUÇ, Yusuf: **Mal Rejimleri ve Tasfiyesi**, Ankara 2014.
- ZEYTİN, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, B. 2, Ankara 2008.