

İSTANBUL BAROSU

SEM

Staj Eğitim Merkezi

CUMARTESİ FORUMLARI

**AİLE MAHKEMELERİNDE
6100 SAYILI YASA
UYGULAMALARI**

2013



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



**“Bandrol Uygulaması’na İlişkin Usul ve Esaslar
Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin ikinci fıkrası
çerçevesinde bandrol taşıması zorunlu değildir.”**

Genel Yayın Sıra No: 229
2013/10
ISBN No: 978 - 605 - 5316 - 59 - 4
Yayıncı Sertifika No: 12457

Tasarım / Uygulama / Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd.Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047 Ataşehir - İSTANBUL
Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05
www.egebasim.com.tr

Birinci Basım Kasım 2013
Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile
yediyüz adet basılmıştır.

**İSTANBUL BAROSU STAJ EĞİTİM MERKEZİ
CUMARTESİ FORUMLARI**

**AİLE MAHKEMELERİNDE
6100 SAYILI YASA
UYGULAMALARI**

Bakırköy Adliyesi Konferans Salonu
4 Mayıs 2013

Yayına Hazırlayan

Av. Muazzez YILMAZ Av. Nazan MOROĞLU



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstiklal Caddesi, Orhan Adli Apaydın Sk. Baro Han Beyoğlu/İst.

Tel: (0216) 427 37 22 Faks: (0216) 427 05 49

Web: www.istanbulbarosu.org.tr

E-posta: dergi@istanbulbarosu.org.tr

*Mesleđimizin ve hukuk devletinin teminatı olan
genç avukatlara armađandır.*

**İstanbul Barosu
SEM Yürütme Kurulu**

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ..... 7

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Av. Muazzez YILMAZ (SEM Başkanı).....9

Av. Mehmet DURAKOĞLU (İstanbul Barosu Başkan Yrd.)9

I.OTURUM

BOŞANMA DAVALARI

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Ü. Hukuk F. Öğretim Üyesi) 13

Ömer Uğur GENÇCAN (Yargıtay 2. HD Üyesi) 15

Av. Mustafa ŞİMŞEK (Yargıtay 2. HD emekli Üyesi)..... 43

II. OTURUM

MAL REJİMİLERİ ve KATILMA ALACAĞI DAVALARI

Av. Muazzez YILMAZ (SEM Başkanı).....63

Av. Nazan MOROĞLU (Yeditepe Ü. Hukuk F. Öğr.Gör.)63

Yusuf ULUÇ (Yargıtay 8. HD Başkanı) 75

SORU - CEVAP

YARGITAY KARARLARI..... 124



SUNUŞ

İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi (SEM) tarafından her dönem yapılan Cumartesi Forumları devam ediyor. 4 Mayıs 2013 tarihinde Bakırköy Adliyesi Konferans Salonunda düzenlediğimiz ve 460 kişinin izlediği Forumda “Aile Mahkemelerinde 6100 sayılı Yasa Uygulamaları” konusu ele alındı. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde boşanma ve mal rejimleri konusunda Forumda sunumlarıyla ve sorulara yanıtlarıyla destek veren Yargıtay 8. Daire Başkanı, 2. Hukuk Dairesi Üyesi, konunun uzmanı hocamız ve meslektaşlarımıza çok teşekkür ediyoruz.

Daha önce bir dönemin tüm forumları bir arada yayınlanırken bu konunun meslektaşlardan gelen yoğun talep üzerine tek kitap olarak yayınlanmasına Kurulumuzca karar verilmiştir.

Forumda Yargıtay 8. Daire Başkanı yeni kararlara değinirken, uygulamayı yakından ilgilendiren hususlarda önemli değişiklikler olduğunu da öğrendik. Örneğin mal rejiminin boşanma sonucu tasfiyesinde 1 yıl olarak uygulanmakta olan zamanaşımı süresinin 17 Nisan 2013 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla 10 yıl olarak kabul edilmiş olması toplantıda büyük memnuniyetle karşılandı. 6100 yasa uygulamasında dikkat edilmesi gerekli hususlara da ayrıntılarıyla değinilen Forumda katılanların bilgi dağarcığının zenginleştiğine inanıyoruz. Yayına hazırladığımız bu kitabın Forumda katılan veya katılma fırsatı bulamayan meslektaşlarımıza da yararlı olacağını umut ediyoruz.

Başta Sayın Baro Başkanı Sayın Av. Doç. Dr. Ümit Kocasakal ve Staj Eğitimi Merkezi Sorumlu Yönetim kurulu üyesi Sayın Av. Füsün Dikmenli olmak üzere tüm Yönetim Kurulu üyelerine çalışmalarımıza verdikleri destekten ötürü teşekkür ediyoruz.

Bu dönemde Staj Eğitim Merkezinde görev üstlenen Sayın Av. Cengiz Abbasgil, Sayın Av. Necmi Şimşek, Sayın Av. Seyit Usta, Sayın Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu, Sayın Av. Elif Görgülü, Sayın Av. Sinan Naipoğlu, Staj. Av. Cihan Temel, Staj Av. Tuğba Çetinkaya ile birlikte Yürütme Kurulu olarak mesleğe ilk adımı atmakta olan stajyerlerin avukatlık mesleğinin niteliği ve uygulamaya yönelik hukuki bilgi birikimine gönülden destek vermeye çalışıyoruz.

Av. Muazzez Yılmaz
SEM Başkanı



AİLE MAHKEMELERİNDE 6100 SAYILI YASA UYGULAMALARI

4 Mayıs 2013

AÇIŞ KONUŞMALARI

Av. Muazzez YILMAZ - Değerli meslektaşlarım, değerli stajyerler; Staj Eğitim Merkezimizin düzenlediği Cumartesi Forumlarına hoş geldiniz. Biz Staj Eğitim Merkezi olarak senede 2000 ve üzeri stajyere eğitim veriyoruz. Staj eğitimleri yanında ayrıca bu gibi etkinliklerle meslektaşlarımıza da yararlı olmaya çalıştığımızı düşünüyoruz.

Bugünkü Forumun konusu: **“Aile Mahkemelerinde 6100 sayılı Yasa Uygulamaları”**

Çok değerli konuşmacılarımız, konuklarımız var, kendilerine çok teşekkür ediyorum gerçekten bize zaman ayırdıkları için, ama en çok bu toplantının düzenlenmesinde büyük emekleri olan **Sayın Av. Nazan Moroğlu’na** ve Yönetim Kurulu üyemiz **Sayın Av. Füsun Dikmenli’ye** özellikle teşekkür ediyorum. Ben sözü fazla uzatmak istemiyorum. **Sayın Prof. Serap Keskin Kızıroğlu’nun** düzenleyeceği bir sonraki Forumu Eylül ayında yapacağız. Forumun konusu: **“İletişimin Denetlenmesi ve Bilgisayarlarda Arama”** olacak, bunun duyurusunu da şimdiden sizinle paylaşmak istiyorum.

Yararlı, verimli bir toplantı olmasını diliyorum. Şimdi sözü İstanbul Barosu Başkan Yardımcımız **Sayın Mehmet Durakoğlu’na** bırakıyorum.

Av. Mehmet DURAKOĞLU- Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin Sayın Başkanı, 2. Hukuk Dairesi Sayın Üyesi, Sayın Onursal Üyesi, sevgili meslektaşlarım, Değerli Hocam; öncelikle kendi adıma, İstanbul Barosu adına hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. Bugün

Staj Eğitim Merkezimizin “Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları” başlığında geleneksel hale gelmiş olan Cumartesi Forumlarından birisini daha yapıyoruz. Ben izin verirseniz başlangıçta Yönetim Kurulu olarak teşekkür borçlarımızı yerine getirmek istiyorum. Bunlardan birincisi, Yargıtayın Sayın 8. Daire Başkanı ve 2. Hukuk Dairesi üyelerine, böyle bir toplantıyı yapıyor olmamızı anlamlı kılan unsurlar gerçekten de uygulamanın içinde olan avukatlar olarak, bir süre sonra uygulamanın içinde olacak olan stajyerler olarak gelişen zaman dilimi içerisinde değişen yasaları avukatların özellikle Yargıtay nezdinde oluşan içtihatlarıyla birlikte paylaşıyor olmaları son derece önemli. Bu tartışmaları burada başlatıyor olmamız, başlatılan tartışmaların Ankara’ya kadar yansıyor olması, orada içtihat olarak birikiyor olması, o bilgilerin bizim tarafımızdan da biriktiriliyor olması bizim için bu toplantılar adına düzenlenmesi gereken, düşünülmesi gereken, ideal sayılması gereken çözümlerden birisi. O nedenle bu toplantı bu anlamda bizim için çok önemli, toplantının içerisinde Yargıtay 8. Daire Başkanının ve Yargıtay üyelerinin bulunması da son derece önemli. O nedenle kendilerine özellikle teşekkür etmek istiyorum.

Bir başka teşekkürüm böyle bir toplantıyı düzenlemiş olan Staj Eğitim Merkezimize, Staj Eğitim Merkezimiz gerçekten de sadece stajyerlerimizi avukatlığa alıştırma dediğimiz o staj dönemi içerisindeki çalışmalarıyla kendisini yeterli bulmuyor, bu türden avukatlık adına bilgi biriktirilmesini sağlayan, bizim de süreç içerisinde yetişmemizi sağlayan yeni çalışmalar içerisinde oluyor. Bunun çok önemli olduğunu düşünüyorum. Çünkü mesela, benim gibi 30 yıllık avukat olursanız, 30 yıl evvel hukuk fakültesinden mezun olurken var olan temel yasaların şimdi hemen hemen hiçbirinin artık olmadığı bir durumda bulunduğumuzu ve bu nedenle de sanki yeniden diploma almak gibi bir olguyla karşı karşıya bulunduğumuzu kabul etmek gerekiyor. Temel yasaların hemen tamamı değişti, bu değişiklik karşısında bizim de kendimizi eğitime ihtiyacımız, bilgi biriktirme ihtiyacımız ve her zamankinden daha ötede bir şiddetli ihtiyaç olarak kendisini gösteriyor. O nedenle bu

toplantılar bizim açımızdan çok önemli, çok hızlandırmaya çalışıyoruz, çoğaltmaya çalışıyoruz ve mümkün olduğu kadar da bugünkü toplantı gibi buna bir nitelik büründürmeye çalışıyoruz.

Bir teşekkürüm de sevgili hocamız için, bizi hiç yalnız bırakmıyor Sayın Ali Cem Budak, bu tür çalışmaların içerisinde sürekli oluyor. Bunu da üniversiteyle olan işbirliği açısından çok anlamlı buluyorum. Bütün bunları bir araya getirdiğimizde gerçekten bugünkü çalışmanın ideal bir çalışma olduğunu ve hepimiz açısından çok ciddi sonuçlar doğuracağını düşünüyorum. Sizin açımızdan da öyle olmasını diliyorum ve yeniden hem kendi adıma, hem de İstanbul Barosu Yönetim Kurulu adına hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum,

İlk oturum için Oturum Başkanı olarak Prof. Dr. Ali Cem Budak, konuşmacılar Sayın Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi Ömer Uğur Gençcan ve Av. Mustafa Şimşek'i buraya davet ediyorum, buyurun.



I. OTURUM

BOŞANMA DAVALARI

Ömer Uğur GENÇCAN
Av. Mustafa ŞİMŞEK
(Konuşmacılar)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Oturum Başkanı) - Sayın 8. Hukuk Dairesi Başkanım, Kıymetli Başkan Yardımcım, değerli meslektaşlar; bugün “*Aile Mahkemelerinde 6100 sayılı Yasa Uygulamaları*” konusunda bir araya geldik. İki oturumumuz olacak. Birinci oturumun konusu 6100 uygulamaları açısından “*Boşanma Davaları*”, ikinci oturumun konusu “*Mal Rejimleri ve Katılma Alacağı Davaları*” ile ilgili.

Zamanımızın kısıtlı olduğunu dikkate alarak, sözü uzatmadan ilk sözü Ömer Bey’e vereceğim. 2. Hukuk Dairesi’nin kıymetli bir üyesi ve yayınlarıyla bu alana çok emek vermiş hukukçulardan biri, hepimiz biliyorsunuz, tanıyoruz kendisini.

Başlarken aile hukuku alanında yargılama ya da medeni usul hukukunun aile hukuku uyumsuzluklarında nasıl uygulanacağı konusunda bir-iki genel şey söyleyeceğim. Bizde çekişmesiz yargı, malumunuz, son Hukuk Muhakemeleri Kanunu’muz yürürlüğe girinceye kadar düzenlenmemiştir. Şimdi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’muzda çekişmesiz yargıya ilişkin kısa bir düzenleme yer aldı. Diyebiliriz ki, yeni kanunumuzdaki bu düzenleme 19. yüzyılda yapılan Avrupa çekişmesiz yargı kanunları örnek alınarak yapıldı.

Gerçekten de yakın zamana kadar Avrupa ülkelerinin çekişmesiz yargıya ilişkin, daha kısa, 19. yüzyıldan kalma kanunları vardı. Fakat bu arada 2000’li yıllarda gelişme şu yönde oldu: Avrupa devletleri kendi çekişmesiz yargı kanunlarını yenilediler ve bunu yaparken kanunların isimleri de değişti. “Aile Hukuku İşleri ve Çe-

kişmesiz Yargı” ya da buna benzer isimlerle yeni kanunlar çıkarttılar. Aile hukuku konusundaki yargılama kurallarıyla çekişmesiz yargıyı birlikte düzenleme eğilimi ortaya çıktı.

Avrupa’daki bu yeni eğilim de haksız değil. Biliyorsunuz, aile hukuku alanında yapılan yargılama faaliyetinin çekişmesiz yargı faaliyetiyle benzerlikleri var. Hâkimin resen harekete geçebilmesi, birçok hallerde hukukun himayeye muhtaç olanları koruyucu fonksiyonunun öne çıkması, resen araştırma ilkesinin uygulanması, kararların bazen değişikliğe tabi tutulabilmesi gibi birçok müşterek özellikleri var. O nedenle çekişmesiz yargıyla aile hukuku arasında bir “akrabalık, yakın ilişki” olduğu anlayışı yerleşti.

Bu gelişmenin Türk hukukunda da yansıma bulmasını bekleyebiliriz. Biz 2003 yılında bildiğiniz gibi, bir Aile Mahkemeleri Kanunu çıkarttık. Aile Mahkemeleri Kanunu’muz aslında sadece aile mahkemelerinin teşkilatıyla ilgili değil, aynı zamanda aile mahkemelerindeki yargılamayı da düzenlemeyi amaçlıyor. Bunu belki önümüzdeki dönemde yasama çalışmalarında açmamız icap edecek. Belki Aile Mahkemeleri Kanunu’nu çekişmesiz yargı konusundaki genel hükümlerle birleştirip, müstakil bir kanun olarak yeniden yasalaştırabiliriz. Yahut belki de Usul Kanunu’muza bir “Aile Mahkemelerinde Yargılama” faslı ilave etmemiz gerekebilir. Mesela yeni Usul Kanunumuzu çok yakından etkileyen -çünkü birlikte yürüdüğü kanunlaştırma çalışmaları- İsviçre Medeni Usul Kanununda “Aile Mahkemelerinde Yargılama” diye bir fasıl var. Bizde İsviçre Kanunu’nun birçok hükmü örnek alınırken bu faslı âdeta atladılar. Esasen o fasıldaki bazı düzenlemeler bizim Aile Mahkemeleri Kanunumuza da girebilir.

Mesela, bu meyanda, aile hukukunda yargılamayı düzenleyen kanunlarda -hemen şimdi bu oturumdaki konumuz boşanma olduğu için söylüyorum- “boşanma kararının birliği” diye bir prensibin benimsendiğini görüyoruz. Boşanmanın sonuçlarıyla boşanmayı mümkün olduğu kadar birlikte halletmek, tek bir yargılama içinde mümkünse hem boşanmaya karar vermek, hem de boşanmanın

sonuçlarını, nafaka, mali tazminat, manevi tazminat, çocukların durumu meselelerini o davada halletmek gibi bir prensibin ortaya çıktığı görülüyor.

Yine mesela, aile hukuku dava ve işlerinde acaba ön inceleme uygulanacak mı, uygulanmayacak mı, yahut ön inceleme aşamasındaki sulhe teşvik farklı bir anlayışla mı ele alınacak, kanun koyucunun bütün bunları gözden geçirmesi gerekebilecektir. Bu türlü çalışmalar da hep ileride yapılacak yasama çalışmalarına da bir ön hazırlık diye düşünüyorum.

Toplantının başarılı geçmesini diliyorum. Kıymetli meslektaşımız Ömer Bey'e kürsüyü bırakıyorum. Süremiz 12.30'a kadar, dolayısıyla 2 saat süremiz var. Süreye ihtiyacımız olur soru-cevap kısmına da. 11.20'de sona erdirebilerseniz çok teşekkür ederim.

Ömer Uğur GENÇCAN - Değerli konuklar, hoş geldiniz. Ben Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin üyesiyim. Yargıtay 2. Hukuk dairesine tam 25 sene önce geldim, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi boşanma hukukuyla ilgilidir, 17 yıl Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tetkik hâkimliğini yaptım. Tetkik hâkimliği bizim mesleğin mutfağıdır, daha sonra Yargıtay üyeliğine seçildim. Son 8 yıldır da Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin üyeliğini yapıyorum.

Sunumumu “bilimsel/teknik bir üslupla değil” sizinle “sohbet ediyor gibi” yapacağımı bilmenizi isterim.

Benim profesyonel işim: Her gün 100 kadar boşanma dosyası dinliyorum, 100 kadar boşanma dosyasına oy kullanıyorum, 100 kadar boşanma dosyasının da yazılması gereken kararlarını yazıyorum. Gündelik işim boşanma, 25 senedir de bunu her gün yapıyorum. İşimi çok ama çok seviyorum, bu sebeple kendimi çok şanslı hissediyorum.

Bugün buraya gelenler de gerçekten şanslılar, zira bugün Yargıtay 2. Hukuk Dairesi olarak HMK'yı nasıl uyguladığımızı “örnek kararlarıyla” anlatacağım. Türk Medeni Kanunu 1. madde diyor ki: “Hâkim kararlarında bilimsel görüşlerden yararlanır” diyor.

Ben değerli hocalarımın bizlere ışık tutan, yol gösteren kitaplarını okuyorum, yararlanıyorum ama sonuçta adalet “hâkimlerin dediği gibi” dağıtılıyor. Bildiğiniz gibi “anayasal düzenleme” böyle. Sonuçta boşanma davalarında da adalet, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin dediği gibi dağıtılacak. Aksini yaparsanız kararınız bozulur! Elbette Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin dediği de “son değil” tabii ki, ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vardır, orada da tartışılır. Bu bir uzun ve çileli bir süreçtir, ama biz boşanma maçını “şimdilik nasıl oynatacağımızı” da sizlere açıklamak zorundayız. Bugün size işte bu ilkelerimizi anlatacağım.

Öncelikle ifade etmeliyim ki artık avukatlık daha zor bir meslek oldu. Özellikle HMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra özellikle “dava dilekçesi yazmak” son derece ciddi bir iş oldu.

Bugün size boşanma davalarında dava dilekçesinde neler yazmanız gerektiğini anlatacağım. Belli şeyleri yapmazsanız neler olacak onu da anlatacağım. Bu anlatacağım “şekli anlamda” konu başlığı itibariyle sadece boşanma davaları için ise de, kural olarak söyleyeceklerim bütün davalar için de geçerlidir. Örneğin söyleyeceklerim katılma alacağı davası için de geçerlidir, değer artış payı alacağı davası için de geçerlidir, velhasıl kural olarak bütün dava tiplerini için de geçerlidir.

Avukatlıkta artık özensiz dava dilekçesi yazma dönemi bitmiştir, çünkü dava dilekçesinin içeriğinde nelerin yazılı olması gerektiğini HMK 119. madde yazmış, HMK 119. maddeyi özümsemeyen avukatın bütün davalarda kaybetme riski çok yüksektir. HMK 119. maddeyi özümsemeyen bir avukat istediği kadar maddi hukuk normunu, pozitif normu bilsin, fazla hiçbir şey ifade etmez. Çünkü usul hukuku kurallarını bilmiyorsa her şeyi kaybetme ihtimali yüksektir.

Artık bu yeni usul kanununu sanki ilk kez uygulanyormuşçasına, sanki HUMK daha önce hiç yokmuş da bugün uygulamaya başlıyormuşuz gibi bu kanunu bütün unsurlarıyla uygulama azim ve kararındayız. HMK içinde yer alan her sözün arkasında duraca-

ğiz. HMK içinde yer alan her yaptırımı da mutlak olarak uygulama azim ve kararındayız. Çünkü biz artık boşanma davalarının da ciddi bir dava olmasını istiyoruz, boşanma davalarında dava dilekçesi yazmak ciddi bir iş olsun, boşanma davalarında yargılama ciddi bir iş olsun, boşanma davalarında iddia ciddi bir iş olsun, boşanma davalarında savunma da ciddi bir iş olsun, kurulan hüküm de ciddi bir iş olsun.

Burada kullandığım “ciddi olsun” sözcüğü “HMK hükümlerine harfiyen uygun olsun” anlamında tarafımdan kullanılmıştır.

Eskiden olduğu gibi boşanma davalarında dava dilekçesini “özensiz” yazıp, sadece “Biz geçinemiyoruz!” demek dönemi bitmiştir. Neden bitmiştir? Açıklayacağım. Bugün burada benim söyleyeceklerim Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin -yani toplantı konusu boşanma davasıdır ve boşanma hukukuna da biz bakıyoruz- kararlaştırdığı uygulamasıdır ve biz bunu böyle uygulayacağız, haberiniz olsun.

Bilindiği üzere HMK 119. maddesinin birinci fıkrasının pek çok bendi var. En önemli gördüğüm konu HMK 119. madde içerisindeki özellikle 1/e ve f bendidir. Ben konuşma sürem içerisinde sadece bu iki bendi size anlatabilirim kendimi mutlu hissedeceğim. Diğer bir deyişle bugün size sadece “HMK 119. maddenin 1/e ve f bendini” anlatacağım. Eğer çok iyi dinlerseniz Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin anlayışını öğrenerek sanırım çok şey kazanacaksınız.

Şimdi bakın, HMK119. maddenin 1/e bendini ne diyor? “*Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakaların sıra numarası altında açık özetleri*” dava dilekçesinde bulunur. Dolayısıyla boşanma davalarında *davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakaların sıra numarası altında açık özetlerinin* bulunması bir zorunluluk, takdire dayalı bir şey değil.

Bu ne anlama gelmektedir? Davacı boşanma davasında dava dilekçesinde sadece “Boşanmak istiyorum!” diyorsa kendisine HMK 119. maddesinde soruluyor: “Niye boşanmak istiyorsun, iddianın dayanağı olan vakıalar nedir?”

Kitap-dostlarımla bildiği üzere boşanma sebeplerini “Boşanma Hukuku” adlı kitabım (Ömer Uğur Gençcan, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara-2013) içinde çok ayrıntılı bir şekilde kategorize ettim. Öyle ki sadece içindeki bölümler bu sebeple 100 sayfalık kitap gibi oldu. Boşanma sebeplerini bölümlendim: Duygusal şiddet, cinsel şiddet, sosyal şiddet, ekonomik şiddet, fiziksel şiddet ve görsel şiddet. Bu şiddet sebeplerinin “vakıa bağlamında” kendi aralarında alt kategorileri de var.

Boşanma davasında dava dilekçesinde sadece “Aramızda şiddetli geçimsizlik var, boşanmak istiyorum” diyene HMK soruyor: “Hangi vakıalar sebebiyle boşanacaksınız?” “Şiddetli geçimsizlik dediğin vakıalar nedir?” “Sana davalı fiziksel şiddet mi uyguluyor?” Söyle ki bilelim. Cinsel şiddet mi uygulanıyor, söyle ki bilelim. Bilelim de tahkikatı bu vakıalara göre yapalım.

Sadece ana başlığı (Duygusal şiddet, cinsel şiddet, sosyal şiddet, ekonomik şiddet, fiziksel şiddet ve görsel şiddet) söylemeniz yetmiyor. Örneğin davacı kadın boşanma davasında dava dilekçesinde “Bana eşim cinsel şiddet uyguluyor!” diyorsa cinsel şiddeti “vakıa olarak” açıklamak zorunda. Ne yapıyor?, İstenmeyen (=ters) şekilde cinsel ilişki mi kuruyor? İstemediğin kadar cinsel ilişki mi kuruyor? Ne yapıyor? Vakıa olarak “açık özet” yapmak zorundasın.

Örneğin duygusal şiddet uyguluyor demek de yeterli değildir. Duygusal şiddeti “Boşanma Hukuku” adlı kitabımda kategorize ettim, içindekilerde 3 sayfa yaptı. Aşağılıyor mu? Küçümsüyor mu? Kıyaslıyor mu? Duygusal şiddet uygulayıp ne yapıyor? Söyleyeceksiniz. Söyleyeceksin ki tahkikatı bu vakıalara göre yapalım. Tanık göstermişsen bu vakıalara göre onları dinleyelim.

Bunu ben demiyorum ki kanun söylüyor: HMK 119. maddenin 1/e bendi: “Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakaların sıra numarası altında açık özetleri” yapılacak!

Sadece söylemeyeceksiniz, ne diyor bakın: Vakıaları söyleye-

ceksin ve “sıra numarası” vereceksin 1, 2, 3, 4 ve “açık özetini” yapacaksın. Hiçbirini yapmazsan derim ki, davacı hangi vakıya dayandığını söylemedi, tahkikat da çekişmeli vakalar üzerinden yapılır. İddiasının dayanağı olan bütün vakıaları sıra numarası altında açık özetlerini yapmayan davacının boşanma davasını reddeden hâkime ne diyeceğim ki? Nasıl elime kalem alıp bozma kararı yazabilirim ki?

Söylediğim üzere davacı ya da vekili olarak iddianızın dayanağı bütün vakıaları sıra numarası altında yazacaksınız. Oysa HMK öncesinde dava dilekçesinde sıra numaralarını “aklınıza geldikçe” ve “rasgele” veriyordunuz. 1, 2, 3, 4, 5, 6. Aklınıza geldikçe bir numara koyuyordunuz. Mesela, tetkik hâkimi iken boşanma dosyası okuyorum. 1. Ayşegül’le 1985 yılından beri evliyim. Aklınıza bir rakam daha geliyor. 2. Evliliğimiz içinde kızımız Cansu doğmuştur. Aklınıza yine bir rakam daha geliyor. 3. Sonra oğlumuz Caner doğmuştur. Allah Allah? Bir çocuğunu 2. bente söylemişti. Niye 3. bende tekrar çocuk yazdı ki! Niye 2. bende yazmadı? Oysa çocukları 2. bende yazabilirdi. Neden 3. bent açtı? Bilene aşk olsun!

Sonra rasgele 4, sonra rasgele 5. Büronuza gidince dava dilekçelerinize bu gözle bir bakın. Gerçekten böyle olduğunu fark edeceksiniz. Rakamları aklınıza geldikçe koyuyorsunuz 1, 2, Niye? 1’de neyi anlattın? Cevap yok. 2’de neyi anlattın? Cevap yok. Şimdi artık öyle değil.

Bundan sonra vakıaları “sıra numarası” altında yazın. 1. Davalı, davacıya cinsel şiddet uyguluyorsa “Bana ters ilişkide bulunuyor” gibi “açık özetini” yapacaksınız. Bütün ayrıntılarıyla değil tabi ki: Hangi saat? Nerede? O kadarına gerek yok. “Bana sürekli tükürüyor” demeniz yeterli. Hangi saat? Nerede? O kadarını yazmak zorunda değilsiniz, ama vakıayı açık “özetle” yazacaksınız.

Ön inceleme aşaması bitene kadar “usulüne uygun şekilde dayanmadığınız vakıadan” dolayı boşanma kararı alamazsınız, haberinizi olsun.

Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.

Şimdi size uygulamamızdan bir emsal vereyim. Bir boşanma davasında dava dilekçesinde “yer alan” sadakatsizlik vakiası gerçekleşmiş; buna karşılık fiziksel şiddet vakiasına ön inceleme aşaması tamamlanuncaya kadar vakia olarak dayanılmamış idi. Mahkeme ön inceleme aşaması tamamlanuncaya kadar vakia olarak “dayanılmayan” fiziksel şiddet vakiasına dayalı olarak boşanma kararı verdi. Boşanma davasında dava dilekçesinde “yer alan” sadakatsizlik vakiası da ispatlanmış idi. Aldığımız karar şöyledir:

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 5. 3. 2013 gün 2012/19642 esas, 2013/5718 karar: “*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacı-davalı (koca)’nın eşine fiziksel şiddet uygulaması vakiasına; davalı-davacı (kadın) tarafından, gerek asıl dava, gerekse karşı dava yönünden, ön inceleme aşaması tamamlanuncaya kadar **vakia olarak dayanılmamış ise de; kocanın sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışının sabit olduğu ve dayanılan bu vakianın Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca boşanma kararı verilmesi için yeterli bulunduğu anlaşılmasına göre; yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA...***”

Gördüğünüz üzere boşanma davasında ön inceleme aşaması tamamlanana kadar usulüne uygun biçimde dayanılmayan fiziksel şiddet vakası hükme esas alınamaz. Dayanmadığınız vakıadan dolayı boşanma kararı alamazsınız,

HMK öncesinde boşanma davası dilekçesinde sadece “geçimsizlik var” demeniz yeterliydi, içi istediğiniz şekilde ve zamanda dolduruluyordu. Şimdi o dönem bitti. Hangi vakıalara dayandıysanız onları sıra numarası altında açık özet olarak dava dilekçesinde yazmamışsanız, dayanmamışsanız, ön inceleme aşaması bitene kadar usulüne uygun şekilde (yani taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir) fiziksel şiddet söylemediniz. Şahitleriniz hepsi dese ki, “Davalı davacının sürekli kemiklerini kırıyor!” dikkate alamayız. Dayanmadın ki fiziksel şiddet vakiasına.

Dayanmadığın vakıa için demek oluyor ki, bu eylem senin açından evlilik birliğini çekilmez hale getirmiyor, Aksi olsaydı vakıa olarak dayanırdın. Öyle değil mi arkadaşlar? Senin dert etmediğini ben niye dert edeceğim? Etmem.

Bir başka örnek: Eşinizin sadakatsizliği var ama çocuklarınızın babası olması hatırına bu olayın duyulmasını istemiyorsunuz. Dava dilekçesinde ve ön inceleme duruşması sonuna kadar sadece “davalı bana sürekli fiziksel şiddet uyguluyor, bu sebeple boşanmak istiyorum, bu konuda tek tanığım var” dediniz. Ön incelemede de cinsel şiddet vakiasını var olmasına rağmen sakladınız. Ön incelemede boşanma sebebi olarak sadece fiziksel şiddet vakiası belirlendi. Ön inceleme sonlandırıldı ve tahkikata geçildi. Tek tanığınız tahkikata geldi “Davalı davacıyı hiçbir şekilde fiziksel şiddet uygulamamıştır. Ama davalı son 5 yıldır işyeri arkadaşı Melahat ile yaşamaktadır” derse hakim davacının bile dayanmadığı ve üstelik sakladığı cinsel şiddet vakiasını esas alarak “davalı davacıya fiziksel şiddet uygulamamıştır ama Melahat ile yaşıyor, cinsel şiddet sabittir, boşanmalarına” diyebilir mi? Hayır diyemez. Davacının bilerek ve isteyerek dayanmadığı bir vakıayı “dedikoducu tanık” söyledi deyip üstelik bu “özenle saklanan” Melahat ile yaşama vakıa-

sına “cümle aleme duyurup” hakim boşanma kararı verebilir mi? Elbette veremez. Aksini düşünen hakim varsa ona sesleniyorum: HMK diye bir kanunu, HMK ders kitaplarını okumanıza gerek yok. Çünkü siz “olan hukuka” göre değil “keyfinize göre” karar veriyorsunuz. Aksini düşünen hakim diyor ki: Ben dayanılan dayanılmayan, tahkikatın her aşamasında söylenen her vakıayı boşanma sebebi yaparım, HMK m. 115, 119, 141 hükmü de neymiş, bana göre boşanma davalarında hiçbir sınırlama yoktur, çünkü bu eşlerden her şeyi söylemesini bekleyemezsiniz!” deseniz bile HMK m. 115, 119, 141 hükmünü uygulamadığınız için HMK m. 33 “emredici” hükmünden de mi utanmayacaksınız?

Onun için “ön inceleme aşaması” en önemli aşamadır.

Şimdi size ön incelemenin kısa bir “panoramik uçuşunu” yapacağım. Çünkü ön inceleme aşaması bitene kadar yeterli performansı gösteremezseniz işiniz çok zorlaşacaktır.

Boşanma davası bağlamında bir “ön inceleme filmi” çekelim isterseniz. Öncelikle boşanma davasını açıyorum. Evlilik birliğinde gerçekleşen vakıaların, her türlü kirli çarşafın ortaya çıkarılması bazen istenmeyebiliyor. Kanun koyucu bunu öngörmüş, bunlar açık seçik HMK içine yazılmamışsa da, ben onu 25 yıllık boşanma hukuku birikimimden, içini dolduruyorum, gönlümden öyle geçiyor. Zaten öyle de yazınca o da “içtihat” oluyor.

Söyleyeceğim şey şu: HMK diyor ki, dava dilekçesinde bütün dayandığın vakıaları yazmak zorunda değilsin arkadaş. Aklınızda olsun, örneğin dava dilekçesinde fiziksel şiddete dayandınız, cinsel şiddete dayanmadınız, korkmayın. Kanun koyucu size “daha korkma” diyor. Korkmayı ise nerede diyor? Şimdi onun maddesini, korkma denilen maddeyi okuyacağım size, HMK 141. madde. Bakın, HMK 141. maddeyi de ne olur dikkatle inceleyin. HMK m. 119 ve 141 en önemli maddeler, HMK m. 141’in mutlaka bilinmesi lazım.

HMK m. 141 diyor ki: *“Taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap*

dilekçeleri ile serbestçe iddiasını da genişletebilir, savunmasını da genişletebilir.” Diyor ki, “Var olan vakıyı dava dilekçesine yazmadın ama korkma!” diyor, cevap dilekçesinde istediğin kadar vakıya ekleyebilirsin, serbestsin. Bunu da nasıl yapabilirsiniz, bakalım. Şimdi davayı diyelim kadın eş açsın. Kadın eş dava dilekçesinde desin ki, bu vakıyadan açayım, bakayım eşim cevapta şu vakıyı yazarsa, ben de ona gününü gösterir, hoşlanmayacağı şu vakıyaları da “cevaba cevap” dilekçemde (HMK m. 136) yazabilirim diyebilirsiniz. “Bak, ben o vakıyı aslında hiç de yazmayacaktım, madem sen cevap dilekçende yazdın, cevaba cevap dilekçeme ben de bu vakıyı ekliyorum, gör gününü!” diyebilirsiniz. HMK bunu nerede diyor? HMK m. 141’de diyor. Serbestçe iddianızı genişletebiliyorsunuz. Orada da kaçırdınız, korkmayın.

Son bir film sahnesi daha var, o da ön inceleme (HMK m. 137-142) sahnesi. Burayı da ne olur dikkatli dinleyelim. Ön inceleme şansınız var da karşı taraf gelmemişse, -bakın bu anlattıklarım bütün davalar için de geçerli, sadece boşanma davası diye düşünmeyin, her dava için geçerli- gene serbestçe vakıya ekleyebilirsiniz. Daha önce hiç yazmadığımız vakıyaları da ön incelemede ileri sürebilirsiniz yeter ki karşı taraf gelmemiş olsun. Ama karşı taraf gelmişse ancak o açık muvafakat gösterirse vakıyaları genişletebilirsiniz.

Bunu ben demiyorum ki, bakın, kanunun metni aynen öyle diyor. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir. Söyle söyleyebildiğin kadar. Değiştirebilirsin iddianı, genişletebilirsin iddianı. Devam ediyor: Eğer karşı taraf gelirse tabii ki açık muvafakatiyle yapabilirsin..

Dava dilekçelerinizi bugüne kadar öyle rahat yazıyordunuz ki, farkında da değilsiniz felaketin sonradan geleceğini. Bugüne kadar yazdığımız ve devam eden boşanma dava dilekçelerine lütfen bakınız: Ben dava dilekçesinde hangi vakalara dayandım, cevaba cevapta hangi vakıya dayandım, ben fiziksel şiddeti yazmamışım. Eyvah, benim vakıya ekleme hakkım bitmiş. İnşallah ön inceleme

karşı taraf gelmese de bari şu duygusal şiddet vakiasını eklesem. Gelirse yandınız, açık olarak muvafakat etmezse ekleyemezsiniz. Bu düzenleme niye yapılmıştır? Çünkü boşanma davalarında “çekişmeli vakıalar” üzerinden tahkikat yürütülür.

Boşanma davalarında artık canınızın istediği aşamada istediğiniz kadar dilekçe verme dönemi de bitmiştir. Eskiden 20 tane, 30 tane, 40 tane dilekçe veriyordunuz. Ne soran vardı, ne şikayet eden, şimdi öyle değil: dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi, ikinci cevap dilekçesi olmak üzere dört dilekçe veriliyor, ondan sonra ön inceleme, ön inceleme bitince film bitiyor. Neye benziyor? Yurtdışı tura çıkarken tur programı geliyor ya, o işte tur programı, hangi şehre gidilecek, hangi otelde kalınacak, hangi müzeler ziyaret edilecek, bunlar yazılı, işte hâkim sizinle birlikte sadece o şehirleri gezer. Paris çok güzel deseniz bile tur programında yoksa (yani ön inceleme tutanağında yoksa) gezmez (yani bu konuda delil toplamaz, buna ilişkin delili de hükme esas almaz), ben de bakmam. Ön inceleme tutanağında çekişmeli vakıa olarak belirlenmemiş bir vakıa ile ilgili ne temyiz dilekçenizi okurum, tanık anlatırsa da “Geç onu!” derim, O vakıaya dayanmamış ki, o vakıa onun için evlilik birliğini çekilmez hale getirmemiş ki, getirseydi yazardı canım, gösterirdi o vakıayı. Ön incelemede bunu çekişmeli vakıa olarak ileri sürerdi. Sürmemiş, onun dert etmediğini ben ne diye dert edeceğim derim. O halde ön inceleme tutanağında çekişmeli vakıa olarak belirlenmeyen hiçbir vakıa ne boşanma sebebi olur ne de tazminat (TMK m. 174) sebebi. Bunda anlaştık mı aramızda?

Ön inceleme aşaması sonucunda düzenlenecek olan tutanak benim “tur” (tahkikatta gidilecek yollar) haritamdır. Hakim bütün yargılamayı “bu yol haritası üzerinden” yapacaktır. Aynı anlaşmalı boşanma davasındaki protokol gibidir, protokole bakarım, protokolda yoksa dikkate almam, hükme geçmemişse dikkate almam, artık ön inceleme duruşmasına ciddiyet atfedin, siz atfetmezseniz biz atfedeceğiz. Tahkikata geçtikten sonra ne deseniz boştur. Tahkikata geçtikten sonra oluşan boşanma sebepleri nasıl bir yargılama konusu olur? Islah yolu açık, ıslah edebilirsiniz ya da yeni dava

açabilirsiniz, birleştirebilirsiniz, değil mi? O yollar, alternatif yollar, onlar ayrı, ben tur haritasındaki yolları anlatıyorum. Halbuki sizde 80 senelik genlerinize işlemiş bir yargılama uygulama birikimi var. Ne yapıyorsunuz? Vakıaları açıkça yazmıyorsunuz, umursamıyorsunuz, Şimdi öyle değil artık.

Şimdiye kadar size HMK 119. madde 1/e bendini anlattım. Biraz da HMK 119. madde 1/f bendini anlatmak isterim.

HMK 119. madde 1/f bendine göre boşanma davalarında “İddia edilen her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğini” de dava dilekçesine yazacaksınız.

HMK 119. madde 1/e bendine göre dava dilekçesinde “Davalı beni dövüyor!” dedin ama bu iddianı “hangi delille” ispat edeceksin?: Raporla mı?. Derseniz ki, ben “sadece raporla” ispatlayacağım. Tahkikatta tanık getirin, dinlemem. Demedin ki, ben tanıkla ispat edeceğim. Bu benim kişisel görüşüm değil, kanuna öyle yazılmış. Diyor ki, bir daha okuyorum: “İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini yazacaksın” Ben sadece raporla ispat edeceğim dersen, rapora bakarım. Ben sadece tanıkla ispat ederim dersen ve rapora dayanmamışsan rapora bakmam. Aksini düşünenlere söylüyorum: Eğer “Ben ispata elverişli her delile itibar ederim arkadaş” diyorsan HMK 119. madde 1/f bendine göre boşanma davalarında “İddia edilen her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğini” de dava dilekçesine yazılmasına ne gerek var? Sana göre HMK 119. madde 1/f bendi yok, var diyene de “Ben dikkate almam!” diyorsun. HMK 119. madde 1/f bendini uygulamadığınız için HMK m. 33 “emredici” hükmünden de mi utanmayacaksınız?

Değerli arkadaşlarım, benim anayasal yetkim ve görevim: TBMM tarafından kabul edilen ve değerli hukuk usulü hocalarının kanunlaştırmaya vesile oldukları bu kanunu harfiyen yaşama geçirmek. Ben HMK hükümleri uygulanmadığında HMK m. 33 “emredici” hükmünden utananlardanım.

HMK hükümlerini size anlatırken “Helal olsun, harika yapılmış,

şahanedir, en doğrudur, adildir, hakkaniyetlidir, bundan daha güzeli olmaz!” diye bir şey dedim mi? Demedim. Bu benim sorunum değil ki, benim anayasal görevim bu kanunu (HMK) aynen uygulamak.

HMK diyor ki, “hangi delille ispat edeceğini” yaz arkadaş. Dolayısıyla gördüğünüz üzere dava dilekçesi yazmak da artık çok ciddi bir iş oldu. HMK öncesi boşanma davası dilekçesi yazmak hiç de önemli değildi. Adliyenin önündeki arzuhalçiler de dilekçe yazıyordu. Boşanma dilekçesi çekişmeli olursa 50 lira, çekişmesiz olursa 10 lira! O dönemler bitti artık, gördüğünüz üzere hangi vakıalara dayandığınızı söyleyeceksiniz, söylemenin de vakti saati var, tahkikata geçtikten sonra karşı tarafın açık muvafakati ya da ıslah olmadan “yeni vakıa söyleme” dönemi bitmiştir. Usulüne uygun biçimde dayandığımız vakıaları “hangi delille” ispatlayacağımızı da söyleyeceksiniz. Öyle canınız istediği zaman istediğiniz delile dayanma dönemi de bitmiştir. Ön inceleme bittikten sonra tahkikata geçildikten sonra kural olarak her şey bitmiştir.

Kanun koyucu HMK 119. maddede demiş ki dava dilekçesinde bunlar, bunlar, bunlar bulunacak. Davacı ya da vekili hepsini yazmıyor ki, mahkemenin adını yazmayı bile unutanlar bile olabilir. Zaten onu bile düşünen kanun koyucu HMK m. 119/1-a bendine bunu bile yazmış.

Kanun koyucu HMK 119. maddenin 2. fıkrasında birinci fıkranın a, d, e, f ve g bentleri dışında kalanları “cimbızla” içinden çekmiş, almış. Diyor ki, bunlardan birini noksan bırakırsan, mesela HMK m. 119/1-b, diyor ki: “Eğer davacıyla davalının adı, soyadı ve adresini yazmayı unutursan” böyle bir boşanma dava dilekçesi olur mu? Demek ki oluyor. Hakikaten, var, öyle boşanma dava dilekçeleri de var.

Şimdi boşanma dava dilekçesinde davalının ya da davacının adı, soyadı ve adreslerini yazmazsan kanun koyucu diyor ki, “bir hafta kesin süre ver”, eğer hâlâ tamamlamamışsa, “dava açılmamış” sayılır. Gördünüz mü ne kadar ağır yaptırımı var? Biz eskiden tamamlanır, vesaire bile diyorduk. Şimdi HMK m. 119 1/a, d, e, f ve

g bentleri dışındaki eksiklik için bir hafta süre verileceğini HMK m. 119 f. 2 yazmış. Peki öbür bentlerin eksikliği halinde ne yapılacak? Onu yazmamış.

Buradaki hocamdan da bu konuda görüşlerini almayı çok isterim. Ben çünkü her gittiğim yerde hocalarımın görüşünü alıyorum, bundan sonra katıldığım bütün toplantılarda da “Budak Hocam da böyle diyor” diye söyleyeceğimi de şimdiden anons ediyorum onun görüşü böyledir diye, çünkü bu işi bir yerde bağlayacağız artık, yani bu konunun gezdirilecek tarafı kalmadı.

Şimdi bu 5 tane bent dışındaki bentlerin eksikliğinde ne yapacağız? Efendim, bu yeni çıkmış bir kanun. Böyle bir konuyu nasıl böyle tartışmalı bırakılır? Nasıl böyle çekişmeli bırakırsın! Nasıl çekişmeli, duraksamalı bırakılır? Benim aklım almıyor bunu.

Ben oy kullanacağım, kararlar geliyor, davacı yazmamış, vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini yapmamış, eski alışkanlıklar var, ne yapacağım? Okuyorum, ne yapılacağı belli değil. HMK m. 119 1/e bendi HMK m. 119 f. II kapsamı dışında. Ne olacak belli değil arkadaşlar. Dersimi çalıştım, baktım hocalar ne demiş. Mesela, sayın Ejder Yılmaz demiş ki: HMK m. 119 1/a, d, e, f ve g bentleri dışındaki eksiklik için bir hafta süre verilmelidir. Arkadaş, bu a, b, e, f ve g bendi dışındakilere de, yani HMK m. 119 b. 1 deki “bütün harflere” yani bütün bentlerdeki eksikliklerde de HMK m. 119 2. fıkrayı kıyasen uygularım demiş. Hepsine uygularım demiş. Ejder Hocamın kitabında var bu söylediklerim. (*Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara-2012, Yetkin Yayınları, s. 798-799*) Yani siz vakıaları sıra numarası altında açık özetini yapmazsanız Ejder Hocama göre size HMK m. 119 2. fıkraya göre kıyasen bir hafta mehil verilecek, bir hafta içerisinde hâlâ yazmazsanız o takdirde boşanma davanız “açılmamış hale” gelir diyor.

HMK komisyonunda çalışan değerli akademisyenlerle de baroların çeşitli toplantılarına katıldım, Örneğin Muhammed Hocayla Ankara Barosundaki toplantıda birlikte idim. Ona da sordum. Hocam, HMK m. 119 1. fıkradaki her bent için mehil verilecek mi?

Hayır, verilmeyecek dedi. O da hazırlama komisyonundaki değerli hocalardan birisi. Gördünüz mü, en önemli konu hocalar arasında böyle ortada kalmış. Dedim ki kendi kendime, böyle eğer HMK m. 119 f. 1’de yer alan tüm bentlere mehil verecek olursak canım, bu kanun koyucu benimle alay mı ediyor! Hepsine uygulayacaksam HMK m. 119 f. 2’de niye bu 5 tane harfi çekerek yazıp da benim aklımı karıştırıyorsun? Hepsine uygulanır deyiver olsun bitsin! Oysa kanunkoyucu HMK m. 119 1. fıkradaki her bent için HMK m. 119 2. fıkradaki mehil uygulamasını istemiyor. İsteseydi böyle yazmazdı.

Bu kadar önemli bir konuda, konuyu bu kadar çekişmeli bırakmak olacak şey değildir! Çekişmeli olduğu nereden belli? Bütün usul hocalarının bir ve aynı düşünceleri bir yana hepsi “farklı şeyler” söylüyor. HMK ise farklı yazıyor!

Şimdi diğer bir konu, bu açık muvafakat ve ıslah dışında iddia, savunma genişletilemez demiştik ya bu konuya da açıklık getirilmelidir.

HUMK döneminde tahkikatın herhangi bir anında maddi ya da manevi tazminat (TMK m. 174) istiyordunuz, istemiyor muydunuz? İstiyordunuz, değil mi? Size kimse bir şey demiyordu, değil mi? Artık diyeceğiz, öyle yok, bundan sonra yok. HMK öyle diyor. Ama boşanma davalarının ferî hükümlerinden “isteğe tabi olmayanlar” hariç. Mesela, velayet konusunda tahkikatın her aşamasında konuşabilirsiniz, iştirak nafakası (TMK m. 182) konusunda tahkikatın her aşamasında konuşabilirsiniz, tedbir nafakası (TMK m. 169) konusunda tahkikatın her aşamasında konuşabilirsiniz.

İştirak nafakasının miktarı için söylediğiniz zaten bir temennidir, velayetin size verilmesi sizin bir temenninizdir, öyle değil mi? Bana verirsen iyi olur, ama hakim ne yapar? Çocuğun güvenliğini, üstün yararını dikkate alır, idrak çağındaysa onu da dinler, talebe bağlı olmadan karar veririm. Devam edeyim, hakim olarak istemesen de karar veririm, o benim görevim. İştirak nafakası için konuşmasan da veririm. Bana diyemezsin ki, iştirak nafakası istenmedi. Koşulları varsa ben veririm, o çocuğun hakkıdır. Ben çocuğu an-

ne-babasına karşı da korumak zorundayım, ben çocuğu sayı bilmez anasına, babasına karşı da korumak zorundayım, korurum. Benim görevim bu. Velayet gibi kamu düzeni, dolayısıyla isteğe tabi olmayan konularda konuşabilirsiniz, korkmayın.

Buna karşılık “isteğe bağlı olan” maddi ve manevi tazminatı, yoksulluk nafakasını istemezseniz hakim istek olmadığı için veremez. Re’sen verilir mi? Verilmez, değil mi, dolayısıyla buna da ne olur artık dikkat edelim.

Maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası ön inceleme aşaması bitene kadar HMK içinde öngörülen usullere göre istenebilir. 4 tane dilekçenin (dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi, ikinci cevap dilekçesi) içerisinde istenmeyen yoksulluk nafakasını ön inceleme duruşmasında ancak karşı taraf gelmezse serbestçe isteyebilirsiniz, haberiniz olsun. Bakın, ön inceleme diyorum, ıslah veya karşı tarafın açık muvafakati dışında tahkikatta hiç isteyemezsiniz. Ön incelemede karşı taraf gelip açık olarak muvafakat etmezse isteyemezsiniz. Bu benim görüşüm değildir, bu bir Yargıtay kararıdır.

**YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ, 7.3.2013,
ESAS NO. 2012/16941, KARAR NO 2013/6052**

“Dava, 13.12.2011 tarihinde açılmış, davacı dava dilekçesinde yoksulluk nafakası talebinde bulunmamış, bu talebini 05.03.2012 tarihli ön inceleme duruşmasında ileri sürmüştür. Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise diğer tarafın açık muvafakati ve ıslah dışında iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez

(HMK md. 141/1). Davacının, dava dilekçesinde yer almayan, **ilk defa ön inceleme duruşmasında ileri sürülen yoksulluk nafakası isteği, talep sonucunun genişletilmesi niteliğindedir.** Aynı oturumda hazır bulunan davalı, bu isteğe muvafakat etmediğini ifade etmiştir. Bu durumda ıslah da söz konusu olmadığına göre, davacının yoksulluk nafakası talebi artık incelenemez. Bu husus nazara alınmadan, yoksulluk nafakası hakkında hüküm tesis edilmesi doğru görülmemiştir.”

7 Mart 2013 günlü kararımızda “ön incelemede istenilen” yoksulluk nafakası isteğine karşı taraf açıkça muvafakat etmediği için “veremezsin” dedik. Gördünüz mü neler değişti, neler. Taraflara yazık falan olmadı, istemediniz, atladınız, korkmayın, ıslah yaparsınız, değil mi? Harcını vererek dava açarsınız ve boşanma davası ile birleştirilmesini isteyebilirsiniz. Hiçbiri de olmadı, gene sorun yok, boşanma hükmü kesinleştikten sonra bir yıl içerisinde TMK m. 178 hükmüne göre gene istersiniz değil mi ?

Boşanma davasında yoksulluk nafakası hiç istemezsen karar kesinleştikten itibaren diğer koşulları da varsa (örneğin ağır kusurlu değil isen) bir yıl içerisinde zaten isteme hakkın var, ona bir şey demiyoruz, ama benim devam eden maçımda oyunu doğru düzgün oynamak lazım. HMK m. 141 hükmünü unutmayalım.

Neden öyle dedik, ne gereği vardı? Şimdi adam karısını dövmüş, ağzını burnunu kırmış, kendisinden yoksulluk nafakası da istenmemiş. Adam da yaptıklarını biliyor, boşanmaya da razı, oh yoksulluk nafakası da zaten “istenmemiş”, dünden razı, boşasın hakim diyor, maddi, manevi “istemiş” ama ne ise veririz, artık bir hata yaptık, onun bedelini tabii ki ödeyeceğiz diyor. Şimdi bunu da neye göre söylüyor? Şu an benim yaptığım tebliğe göre söylüyor. Adam diyor ki, dava dilekçesinde istemedi yoksulluk nafakası, cevaba cevap dilekçesinde de istemedi, ön incelemede de istemedi, bana tur programı geldi yani ön inceleme tutanağı geldi, bunun içerisinde yoksulluk nafakası (TMK m. 175) isteği de yok. Demek oluyor ki, eşim benden yoksulluk nafakası istemiyor. Artık duruş-

malara gelmesem de olur. Ne geleyim diyor, niye vakit kaybedeyim? Delil de çekişmeli vakalara yönelik sunulacağı için delil de sunmuyor.

Yoksulluk nafakası istemedi ki, yoksulluk nafakası istemi çekişmeli hale gelmedi ki, davalı eş delil sunsun. Siz eski alışkanlığınızı sürdürür, diyelim son oturumdaki yoksulluk nafakası isteğiniz için size uyar, verirsek, tahkikata ve devamına gelmeyen davalı adam yerine empati yapın. Davalı der ki : “Bu ne biçim şey, bu ne biçim bir hâkim, bana yoksulluk istendiğini söyleseydin biz de delil sunardık arkadaş, kadının şunu var, buyu var derdik, demedin ki, istemedi ki delil sunalım” Davalının bu şekilde gerçekleşecek sistemi haklı değil mi arkadaşlar? Savunma hakkı zedelenmiyor mu? Zedeleniyor, değil mi? Sürpriz yargılama olmuyor mu arkadaşlar? Oluyor, değil mi arkadaşlar? Sizden ne istendiğini bilmeden niye delil göstereceksiniz ki? Biz diyoruz ki yok arkadaş, sen yoksulluk nafakasını “tahkikat öncesi” usulüne uygun istemedin, bunu karşı tarafa usulüne uygun biçimde ileri sürseydin adam bu konuda delil gösterecekti. Bu sebeple şimdi vermiyoruz. Karar kesinleştikten sonra dava açarak (TMK m. 178) isterse karşı tarafın haberi oluyor ve delil sunma hakkı doğuyor. Ne kadar önemli şeyler değil mi bunlar? Bunlarda da aramızda anlaştık mı?

Şimdi uygulamada mahkemelerce en çok yapılan hatalardan birine de değinelim. Bu türden bozmaları yapmayalım artık, bırakın maça (boşanma davasının esasına) girelim artık, bununla bizi oyalamayın. Burada hâkim arkadaşlar varsa onlardan da rica ediyorum, bizi oyalamayın bununla artık. Ön inceleme duruşması bitiriliyor, tahkikata geçiliyor, gelmeyen davalıya duruşma günü bildirilmiyor. Olur mu böyle bir şey? Ön inceleme bitti diye açıkladıktan sonra diğer koşulları da varsa tahkikata geçilmesine karar vereceksiniz. Tahkikata geçmeye karar verdiğinizde de tarafları haberdar edeceksiniz.

HMK m. 147 hükmüne göre: Taraflar, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tahkikat için duruşmaya davet edilir.

Taraflara gönderilecek davetiyede, belirlenen gün ve saatte geçerli bir özrü olmadan mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri bildirilir.

**YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ, 14.03.2013,
ESAS NO: 2012/20435, KARAR NO: 2013/6946**

*“Dava, 10.10.2011 tarihinde ikame edilmiştir. Mahkemece dilekçelerin teatisi aşaması tamamlandıktan sonra ön incelemeye geçilmiş, ön incelemenin duruşmalı yapılmasına karar verilerek, davalıya ön inceleme duruşmasına çağrı davetiyesi tebliğ edilmiş; ancak davalı taraf belirlenen ön inceleme duruşmasına gelmemiştir. Mahkemece ön inceleme duruşmasında dava nihai olarak karara bağlanmayıp **tahkikat aşamasına geçildiğine göre**, davalının Hukuk Muhakemeleri Kanununun 147. maddesi gereğince tahkikat duruşmasına davet edilmesi zorunludur. Bu yasal zorunluluğun gereği yapıp, **davalının tahkikat duruşmasında bulunmasına olanak sağlanmaksızın**, davanın esas hakkında hüküm kurulması, davalının hukuki dinlenme hakkına (HMK md. 27) aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir.”*

Bunun gibi bir çok bozma yaptık, bir çok örnek var. Devam ediyorum.

HMK m. 140/5 çok önemli bir konu. Önemli olduğu için de altını çizerek anlatmak istiyorum. “Deliller ne zaman sunulacak?” konusu var. Şimdi HMK m. 140/5 diyor ki: “*Dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri*” tanık belge değildir, tanığı dilekçeye ekleyemezsiniz, değil mi? Örneğin Almanya’da bulunan tanık dilekçeye eklenemez! Bu sebeple HMK m. 140/5 hükümünde yer alan “belgeler” sözcüğünü “tanık” diye yorumlamayın. HMK m. 140/5 diyor ki, “belgeler varsa yanında şu an ekle”, ama ekleyemediğin “belge” varsa da bana de ki, işte Konya Tapu Sicil Müdürlüğünden şu belge celp edilecektir de, ben önce ön inceleme-

yi bitireyim. Çünkü deliller tahkikat aşamasında toplanır, “ön inceleme aşamasında tanık dinlenmez, keşif yapılmaz” Tekrar ediyorum: “ön inceleme aşamasında tanık dinlenmez, keşif yapılmaz” Ön incelemede sadece hangi delillerle ispatlanacağı söylenecek, bu deliller tahkikatta toplanacak.

HMK m. 145 hükmü de önemli bir konu. Sonradan delil gösterilmesi.

Bu da sizi çok heveslendirmesin diye okuyorum. Diyor ki HMK m. 145 hükmü: “*Taraflar kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler*” Gördünüz mü, öyle istediğiniz anda delil bildirme diye bir şey yok. HMK m. 145 hükmü devam ediyor: “*Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııymıyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir*” Bu göstereceğiniz delil canınızın istediği delil değil, sadece ve sadece ön inceleme bitene kadarki dönemde “dayandığınız vakalara ilişkin” delil ki, o delili koşulları yoksa ciddiye almam. Yani HMK m 145 hükmüne de çok güvenli bir ip diye sarılmayın fazla.

Acil olarak söyleyeceğim şeylerden biri de anlaşmalı boşanmanın (TMK m. 166/3) çekişmeli boşanmaya (TMK m. 166/1) dönüşme konusu var. Anlaşmalı boşanma yapacaktınız, ön incelemeye geldiniz, karşı taraf kabul etmedi, ne oldu? Boşanma davası çekişmeliye dönecek. Çekişmeliye dönünce filmi başa sarıyoruz arkadaşlar, yine “sohbet ediyor gibi” anlatayım. Vatandaşa diyeceksiniz ki, ya sen gerçi anlaşmalı boşanma için geldin, ama maalesef bu karın veya kocan kabul etmedi, davan çekişmeliye döndü, ne yapalım? Çekişmeli boşanma davasına dönünce de sen de bana “dayandığın vakaları” bildireceksin, bunları sıra numarası altında yazacaksın, açık özet bildireceksin, ben bunu diğer tarafa bildireceğim, o cevap verecek. Dayanmadığın vakıayı daha sonra cevaba cevapta ekleyebileceksin, sonra bir daha ön inceleme yapacağız. Oraya da gelince de karşı taraf gelmezse bak gene serbestçe iddianı genişleteceksin.

Bütün bunları baştan aşağı bu filmde oynamamız lazım, bu filmi oynayacağız, ondan sonra ön inceleme duruşmasında tutanağı düzenleyeceğiz, senin çekişmeli davana bundan sonra tahkikata geçip delillerini toplayarak bu şekilde devam edeceğiz. Değerli arkadaşlarım, beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim, sağ olun.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Çok teşekkür ediyoruz renkli, güzel konuşması için Sayın 2. Hukuk Dairesi üyesi Ömer Uğur Gençcan'a. Şimdi zannedirim sözü üstadım Mustafa Şimşek Beyefendiye nakletmeden evvel bir-iki söz benim söylemem gerekecek.

Çünkü bu futbol maçında bir de pas verildi bana, 119. maddeyle ilgili en azından. Ben de o pası değerlendirip birkaç dakikanızı almak istiyorum.

Bir defa tesadüfen Sayın Gençcan'ın söyledikleriyle benim söylediklerim arasında bir ilgi kurma imkânı doğdu. Ben aslında konuşmalarının içeriği hakkında bilgi sahibi değildim, sadece boşanma genel başlığını biliyordum. Fakat bu çerçevede bir görüşme yapılacağını bilmiyordum. Sanki bilirmiş gibi çekişmesiz yargıyla aile hukuku davaları arasındaki ilgiye dikkate çektim ve aile hukuku davalarının çekişmesiz yargıya yaklaştığını söyledim.

Bu alan, aslında benim de az evvel istifade ettiğim futbol maçı örneğinin çok uygun olmadığı bir alan. Ticari davalarda, borçlar hukuku davalarında tarafların maç ettiklerini varsayabiliriz ve maçın kurallarını Yargıtay hâkimleri mi koyar, o da tartışılabilir, ama hakemin dediği olur.

Ama aile hukuku davalarını Futbol Maçı gibi görmemek lazım. Bu meyanda boşanma davasını da futbol maçı gibi görmemek lazım. O kadar ki, Avrupa kanunlarında son yapılan değişikliklerde artık "davacı" ve "davalı" tabirleri dahi kullanılmıyor, "talepte bulunan" ve "hakkında talepte bulunulan" tabirleri kullanılıyor.

Tabii ki yargılama kolektif bir faaliyet. Hakikaten fena dava dilekçeleri görüyoruz. Ama gerekçesiz Yargıtay kararları da görüyoruz. Bunlar hep birlikte düzeltmemiz, geliştirmemiz gereken alanlar.

Şimdi şu bakımdan böyle yaklaşmamak lazım konuya: Hâkimin bir aydınlatma görevi var. Eski kanunumuzda da vardı 75. madde, yeni kanunumuza da alındı 31. madde numarasıyla. Hâkimin aydınlatma ödevi çok daha fazla önem taşıyor aile hukuku işlerinde, özellikle de boşanma davalarında. Ayrıca bizim memleketimiz bakımından daha da fazla önem taşıyor Avrupa'da verdiğim örneklere göre. Çünkü birçok Avrupa memleketinde olduğunun aksine bizde avukat tutmak mecburiyeti yoktur. Dolayısıyla avukata maçın kurallarını iyi bilmediği için öfkelenebiliriz, azarlayabiliriz veya birtakım usulü müeyyidelere tabi tutabiliriz, ama uygulamada görüyoruz avukat tutmadan hâkimin karşısına gelen kişiler de hakikaten var.

Düşününüz ki, birçok yerde kocasının adını söylemez kadınlar, "Mehmet'in babası" der. Şimdi, bu kadın sizin "ters ilişki" diye isimlendiriverdiğiniz şeyi hâkime nasıl tarif eder? Belki kocam bana eziyet ediyor diyecektir, ancak tahkikatta dili çözüldüncü o ters ilişki diye tabir ettiğiniz şeyin kendisini rahatsız eden bir husus olduğunu ifade edebilecektir.

Dolayısıyla burada bir defa gerek dava dilekçesindeki bütün dava malzemesinin davanın başında getirilmesi konusundaki kuralın yumuşak uygulanması gerekir, ikincisi hâkimin aydınlatma ödevinin çok daha geniş bir şekilde tatbik edilmesi gerekir.

Bu söylenen anlaşmalı boşanmalar için de böyle. Anlaşmalı boşanmalar için gene İsviçre Kanunu diyor ki: "*Tarafların iradelerinin serbestçe ifade edilip edilmediğini denetler hâkim. Onunla yetinmez, bunun "olgun bir kanaat" olup olmadığını da denetler*". Çünkü serbestçe bir baskı altında kalmadan ifade ediyor olabilir kendisini 19. yaşında bir hanım. Ama acaba yeterince düşünüp taşınmış mıdır? Hâkim bunu da denetler. Dolayısıyla boşanma protokolünün muhtevası konusunda dahi tarafları hâkim uyara-bilecek, hele avukat tutmamışlarsa, bunun muhtevasının tamamlanması konusunda onlara belki yeni bir celse günü verebilecektir.

Boşanma ve aile hukuku davalarına bu düşüncelerle yaklaşıl-

ması gerektiğini söylüyorum ve bizim elimiz de dayanaksız değildir. Usul Kanunu'nun 31. maddesi var bir yanda, bir yanda da hâlâ Medeni Kanun'umuzda duran boşanma davalarında yargılama usulü hakkında 184. madde var. Bu kanun hükmü açıkça hâkimin vicdani kanaati meselesini tekrar vurguluyor; hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceğini yeniden vurguluyor. Ticari davalarda serbestçe takdir etmez mi hâkim delilleri? Kanun onu demek istemiyor, denilmek istenen şu ki, hâkim icabında resen araştırma ilkesinden de faydalanarak, boşanmanın sonuçları hakkında, boşanma sebepleri hakkında bir neticeye varmaya çalışır. Bu bakış açısıyla da konuya bakılabilir diye arz etmek istedim.

119. madde eksik kalmasın. Ben kanunu hazırlayan komisyonda yer almayan usul hukukçularından, birkaç usul hukukçusundan biriyim. Şimdi gerçekten 119. madde bizi de şaşırtıyor, kanunun hazırlık çalışmaları sırasında da, görüş bildirme imkânımız olduğunda da söyledik. Fakat yine de bu şekilde çıktı kanun.

Şimdi kanun "1. fıkranın şu şu bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık süre verir" diyor. Peki diğer hususlarda ne yapar? Diğer hususlar: birincisi mahkemenin adı. Bu konuda durumun özelliğine bakmak lazım; mahkemenin adının dilekçeye konulmuş olmasına rağmen dosya bir şekilde mahkemede yolunu bulmuşsa ve doğru mahkemeye gelmişse eksiklik tamamlanmış demektir. Mesela, ufak bir yerdeyse ve tek bir hukuk hâkimi varsa -gerçi ufak yerlerde de en az iki hâkim oluyor şimdi- böyle bir durum ortaya çıkabilir. Buna karşılık, hangi mahkemeye talebin yöneltildiği anlaşılabilir bir şekilde dilekçe hazırlanmış ve başlığı da konulmamışsa, bu eksiklik bir dava şartı eksikliği teşkil edecektir ve davanın usulden reddedine karar verilmesi gerekecektir.

119. maddenin "b" bendine gelelim: "*Dava konusu ve malvarlığı hakkına ilişkin davalarda dava konusunun değeri*". Dava konusunun değeri davanın başında bizi çok ilgilendiriyordu geçmiş kanunumuzun döneminde, çünkü görev meselesiyle ilgiliydi. Malum

o ilgi kaldırıldı, o ilgi kaldırılınca da dava konusunun değerinin hesaplanmasıyla ilgili kanun hükümlerimiz de kanun metninden çıkartıldı. Evvelce şöyle bir hüküm vardı: İki taraf müddeabihin kıymetinde uzlaşamazlarsa, hâkim bunu resen tayin eder. Bunu malumunuz şöyle yorumluyorduk: Bu sadece görev meselesi bakımındandır, ama harçların tayini bakımından hâkim resen bir inceleme yapar. Şimdi dava konusunun değerinin bilinmesi gene önemini muhafaza ediyor gerek harçlar bakımından, gerek temyiz sınırı gibi kanunumuzdaki başka parasal sınırlar bakımından. Bu eksikliğin bulunmaması taraflara süre vermeyi gerektirmez, ama hâkimin bu eksikliği resen tamamlaması icap eder.

119. maddenin “e” bendi ve “d” bendi, üzerinde genişçe durduğumuz davacının iddiasını dayandırdığı vakaların belirtilmemesi ve hangi vakanın hangi delille ispat edileceğinin belirtilmemesinin sonuçları ise davacının aleyhine olacaktır; nihayet davanın reddine sebep olabilecektir, ama bunlara usulü bir müeyyide yüklenmemiştir.

Nihayet dayanılan hukuki sebepler konusunda da -hepimiz biliyoruz- hâkim hukuku resen uygulayacağı için bunların dava dilekçesinde belirtilmemiş olması bir eksiklik teşkil etmez.

Dolayısıyla bu 119. maddenin 2. fıkrasında tek tek sayılmış olan bentlerin her biriyle ilgili ayrı ayrı açıklama yapmaya ihtiyaç var kanaatindeyim.

Ömer Uğur GENÇCAN - Burada ilk husus şu: Benim sözlerimi ne olur hatırlayın, Ben ne dedim? Bu kanun mükemmel bir kanundur dedim mi? Demedim. Bu kanun şahanedir dedim mi? Demedim. Adildir dedim mi? Demedim. Hakkaniyete uygundur dedim mi? Demedim, böyle hiçbir şey demedim, değil mi? Ne söyledim: Benim görevim “uygulamak” dedim. Ben hâkimim, yani bu kanunun iyiliğinin-kötülüğünün faturası bende değil.

İkinci husus: Gereksiz Yargıtay kararlarına gelince. Günde yaklaşık 100 boşanma dosyası dinlemek zorunda kalıyoruz. “Tek

tek gelseler” haklarından geleceğiz hiç kuşkunuz olmasın. Bu yetenekte ve güçteyiz. Ama “toplu geliyorlar, çok kalabalık geliyorlar adeta dayak yiyoruz.” Gerekçelere “daha fazla zaman” ayıramamamız bizim yeteneksizliğimizden, bilgisizliğimizden, kastımızdan değil ki! Bu çalışma temposunun içine girenler bunu anlayabiliyor. Bunu azıcık Yargıtay’da çalışan herkes biliyor ve hak veriyor. Allah büyüktür, anımız da olsun. Zaten yeni Anayasa kabul edilirse Yargıtay üyeleri arasına avukat, bilim insanı meslektaşlarımız da katılacak. İnşallah onlardan bir-ikisi de yanıma oturduğunda bu iş yükü altında onların yazdıkları gerekçeli kararları da birlikte izleyeceğiz. O kararları da söz veriyorum baronuza arz edeceğim.

Üçüncü husus: Ben değerli hocamdan şunu soruyorum: HMK m. 119. maddenin birinci fıkrasında yer alan diğer bentlerle benim sorunum yok, bir şekilde hallediyoruz. Değerli hocam, diyelim siz de Yargıtay üyesisiniz veya hâkimsiniz kürsüde. Davacı iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetini yapmadı, Ön inceleme aşaması bitene kadar da yapmadı, ne yapacağız acaba? Ben işte bunu soruyorum, çok önemli. belki de en önemli soru, ne yapacağız?

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Şimdi dava dilekçesinin davayı ferdelettiği unsurları dediğimiz unsurlar var. Davanın kime açıldığını bilmemiz lazım, ne istediğini bilmemiz lazım ve ne için istediğini bilmemiz lazım. Dolayısıyla dava dilekçesinden davanın konusu, yani maddi vakalar hakkında bir bilgi almamız lazımdır. Bu bilginin hangi kapsamda verileceği mesele, eğer hiç belirtmemiş, mesele dava dilekçesinde hiçbir şey yazmamış, sadece boşanmayı talep ediyorum demişse yahut kanunun şu maddesine göre boşanmayı talep ediyorum demişse, maddi vakaları hiç zikretmemiş demektir. O vakit bu dava şartı eksikliği teşkil eder ve dava şartına ilişkin müeyyideleri uygulamak gerekir. Yani dava şartlarının tamamlanması için süre verilmesi söz konusu. Burada hele avukat tutmamış olan şahsı sen geçinemiyorum, boşanacağım demişsin, ama -şiddetli geçimsizlik denilmiyor artık tabii çok uzun süredir- evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebine ilişkin kanun hükmüne atıf

yapmışsın, ama hiçbir şey söylememişsin, hanım, ne söyleyeceksin diye bu dava şartının eksikliğini tamamlamamız lazım.

Ömer Uğur GENÇCAN - Mehil verilmesi mi gerekir diyorsunuz?

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Tabii, yasa hiçbir şey söylememiş.

Ömer Uğur GENÇCAN - Süre verilmesi bağlamında sayın Ejder Yılmaz gibi mi düşünüyorsunuz?.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Süre verilmesi gerekir, evet, neticede öyle düşünüyorum. Bu ama şu ekstrem örnek için hiç dava dilekçesinde maddi vakalara atıf yapılmamış olan haller için, dava dilekçesinde çoğu zaman karşılaşılan durum bir şeyler söylenmiştir, fakat iyi bir şekilde ifade edilmemiştir. Hele kanunun söylediği gibi sıra numarası altında açık özetler şeklinde ifade etmekte başarısızlık göstermiştir davacı yahut avukatı, bu durumda dahi hâkimin aydınlatma ödevini düzenleyen hükmün çok daha önem verilerek uygulanması icap eder. Yani kanunun dışında bir şey söylemiyorum, kanunu ben de hem çok beğenenlerden değilim, ama bilhassa aile hukuku davalarında buna özellikle önem vermek gerekir ve bana kocam eziyet ediyor, geceleri bana eziyet ediyor diyen kadının bu eziyetten ne kastettiğini aydınlatmak hâkimin görevidir.

Ömer Uğur GENÇCAN - Değerli hocam, ifade ettiğiniz şekildeki anlatım HMK m. 119 1/e bendi bağlamında yeterli bizim için. Bu şekildeki beyan bize yeterli. Onu sormuyorum zaten. Ben “hiçbir vakıa yazmamışı” soruyorum. Sadece “geçimsizlik var” diye yazanı soruyorum.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Tamamlamazsa reddetmek gerekir.

Ömer Uğur GENÇCAN - Dava dilekçesinde hiçbir “vakıa kokusu” yok, cevaba cevap dilekçesinde vakıa kokusu yok, hiçbirinde vakıa kokusu yok, ön incelemeye geldi davacı, “Bir diyeceğim yoktur” dedi, ne yapacağız?

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Şöyle yapalım. Çok kısa, konunun

önemine binaen beş dakika daha soru-cevaba devam edelim, sonra zaten vermiş olduğum, fakat geciktirdiğimiz sözü Mustafa Bey üstadımıza verelim. Neticede tekrar soru-cevaba vaktimiz olacak zaten. Şimdi sorabilirsiniz, fakat bundan sonraki soruları yazılı olarak iletilmesini rica edeceğim. Buyurun.

SALONDAN - Vatandaş kendisi açmış davayı, dava dilekçesindeki isteği boşanmak, şiddetli geçimsizlik vardır, 1,5 yıldır ayrı yaşıyoruz, boşanmamıza karar verilsin. Talep bu, ön inceleme duruşmasına geldi. Ön inceleme duruşmasında yine aynı şekilde talepte bulundu. Niçin ayrı yaşıyorsunuz, geçimsizliğinizin sebebi ne, açıkla dedim. Sebep sadece geçinemiyoruz, anlaşıyoruz, başka da delil sunmayacağım dedi. Şimdi ben bunu dava şartından mı reddedeceğim ön inceleme duruşmasında, yoksa ispatlanamayan davanın reddine mi diyeceğim, usulden mi, esastan mı?

Ömer Uğur GENÇCAN - Ben aynen bunu soruyorum.

SALONDAN - Ben İstanbul 17 Aile Mahkemesi hâkimiyim.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Hâkim olduğunuzu anladım soruyu soruşunuzdan, bu somut örneğe gelirsek sadece kanun hükmüne atıf yapmış oluyor aslında ismini söylemeden ve boşanmak istiyorum diyor. Kendisine 115. maddeye göre bir süre verilir ve bunu da tamamlamazsa dava dilekçesinin zorunlu unsurları olan davayı ferdileştiren unsurlardan biri olan olaylar hakkında hiçbir bilgi vermediği için davayı “usulden” reddetmek gerekir, “dava şartı noksanlığından” reddetmek gerekir benim kanaatimce. Fakat burada da hani Aile Mahkemeleri Kanunu’nun bilhassa aile mahkemelerinin teşkilatlı bir şekilde çalıştığı yerlerde uzmanlardan faydalanma imkânının da tüketilmesi gerekir kanaatindeyim. Hâkim Hanımın sorduğu soruda mehil verilecek, şimdi Aile Mahkemeleri Kanunu’ndaki imkândan da faydalanılabilir somut olayın özelliklerine göre, karşınıza gelen hanım, boşanma davasını açan hanım nasıl bir hanım, belki yarım Türkçesiyle konuşuyor filan.

SALONDAN - Davayı açan erkek.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Tamam erkek olsun, fark etmez, yani somut olaya bakmak lazım. Ne diyor? Uzmanlarla ilgili kanun hükmümüz var. İşte biliyorsunuz uzmanlardan da faydalanılması söz konusu olabilir, ayrı bir celse tayin edip uzman yardımıyla dinlemek söz konusu olabilir, ama nihayet o eksikliğin tamamlanması için çünkü dava şartlarının sonradan tamamlanması mümkündür. 115. maddenin verdiği imkânı tüketip, ondan sonra gene hiçbir açıklığa kavuşmamışsa, ben söylemem diyorsa, o zaman dava şartı noksanlığından usulden reddetmek gerekir.

SALONDAN - Ben sizin dediğinizi daha iyi şekilde yaptım. Başka delil sunmayacak dedik. Çünkü kadın da ben davanın reddini istiyorum dedi. Uzmana sevk ettim hem kadını, hem adamı, ikisi de başvurmadılar ve gelmeyeceğiz dediler. Yani uzmana gitmediler, rapor düzenlenmesini istemiyoruz, dediler. Şimdi bu halde benim yapacağım artık bir şey kalmadı. Ben de ispatlanamayan davanın esastan reddine dedim. Aile Mahkemesi'nin olanaklarından yararlanmak, evet yararlandım, uzmana sevk ettim. En azından aralarındaki geçimsizliğin ve ayrı yaşamamanın sebepleri, fakat açıklamıyorlar, sebebi şu: Davayı açan erkek 14 yaşında kızı kaçırmış, ondan sonra hakkında ceza davası açılınca kızı bırakmış, hanımı da baba evine yollamış, ama bunu ben haricen öğrendim.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Tamam, hemen Ömer Beye sözü vereceğim ve ondan sonra Mustafa Beye geçeceğiz. Şunu söyleyeyim, dava şartı noksanlığından reddetmeniz gerekirdi benim kanaatime göre, fakat neticeler çok farklı olmayacaktır. Çünkü kesin hükmün ortaya çıkması bakımından eğer dava sebebi belli edilmediyse, hiç belli olmadıysa, kesin hükmün bağlanabileceği bir dava sebebi de yok, yani önüne maddi bakımdan bir kesin hüküm engeli de çıkartmış olmuyorsunuz davasını reddetmiş olduğunuz şahsın, usulü redde yaklaşan bir durumla karşı karşıya kalıyoruz. Pratik sonuçları bakımından büyük bir farklılık da olmayacaktır. Şimdi Ömer Beye son söz veriyorum ve sonra da Mustafa Beyi daha fazla bekletmeyelim.

Ömer Uğur GENÇCAN - Şimdi aslında en önemli konu bu, gerekirse ben soru-cevap hakkımı şimdi kullanayım, bir daha da konuşmayayım. Çünkü burada anlaşılmadık ki aramızda, bakın, ne oldu biliyor musunuz? Çok basit bir soru sordum. Dedim ki, vakaları yazmadı avukat, eski alışkanlığımı sürdürdü, yazmadı. Hâkime Hanım diyor ki, ben “sübut bulmayan davanın reddine” karar veririm. Aynen öyle dedi, değil mi? Sübut bulmayan davanın reddine karar vermek çok önemlidir. Neden? Çünkü artık o davanın açıldığı tarihten önceki vakıalara bir daha dayanamazsın, değil mi? Çok önemlidir. Devam edelim. Hocam ne dedi? “Usulden” reddedelim dedi. Şimdi “usulden ret” başka şeydir, “esastan ret” başka şeydir, Ejder Hocamın dediği “açılmamış sayılma” bambaşka şeydir. Hocama soruyorum, mehil verecek miyiz? Vereceğiz dersiniz mehil verdiğiniz takdirde ne olacağının müeyyidesi nedir? “Usulden ret” başka, “esastan ret” başka, “açılmamış hale gelmesi” başka.

Değerli arkadaşlarım, ben bu konunun üzerinde “ısrarla” niye duruyorum? İşte bu çekişme aynı burada olduğu gibi her salonda var. Ben herkesten farklı bir cevap alıyorum. Mesela, biri “usulden ret” diyor, diğeri “açılmamış hale getir” diyor, Hâkime Hanım “esastan reddet” diyor.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Ama defalarca söyledim, 115. madde, 119. madde değil, dolayısıyla esas açılmamış sayılma değildir benim söylediğim müeyyide.

Ömer Uğur GENÇCAN - Mehil veririm dediniz değerli hocam.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Ama 119’a göre vermeyeceğim mehili, 115’e göre vereceğim.

Ömer Uğur GENÇCAN - Boşanma davasında “hâkimin davayı aydınlatma ödevi” (HMK m. 31) nedir biliyor musunuz? Hakim sadece davacının “dayandığı vakalara ilişkin” aydınlatma isteyebilir. Örneğin bana “cinsel şiddet” uyguluyor derse, aydınlatma ödevi vardır. “Cinsel şiddet olarak ne yapıyor? Aydınlat” dersin.

HMK m. 119 1/e bendi bağlamında oluşan eksikliğe ilişkin çö-

züm konusunda Sayın Budak gibi düşünmüyorum. Zira HMK 119. maddenin 1/e bendinde yer alan: “*Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakaların sıra numarası altında açık özetleri*” yapılması bir “dava şartı” değildir. HMK m. 114 hükmü okunduğunda bu açık seçik görülecektir.

Düşünceme göre boşanma davasında ön inceleme tamamlanana kadar “hiçbir vakıya dayanmayan” davacıya sayın Ejder Yılmaz düşüncesi gibi HMK m. 119/2 hükmüne göre, sayın Ali Cem Budak düşüncesi gibi HMK m. 115/2 hükmüne göre, “mehil verilemez”. Bu gibi durumlarda hiçbir şekilde “mehil verilmeden” ön inceleme duruşmasının bittiği açıklanarak davanın “usulden reddine” karar verilmesi gerekir.

Çünkü: HMK m. 25 hükmüne göre Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin “söylemediği vakıaları” kendiliğinden dikkate alamaz ve onları “hatırlatabilecek davranışlarda” dahi bulunamaz. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Mustafa Beyle devam ediyoruz. Mustafa Bey, sizin de 45 dakika süreniz var.

Av. Mustafa ŞİMŞEK - Değerli konuklar, hepimizi en içten duygularıyla selamlıyorum. Bu güzel toplantıyı düzenleyen başta İstanbul Barosu Yönetimine, emeği geçen herkese, Av. Nazan Hanıma en içten teşekkürlerimi sunuyorum, kutluyorum. Bu güzel toplantının yararlı olduğunu ve daha da olacağına inanıyorum. Çünkü şimdiye dek olan bölümde bile henüz netleşmeyen, önümüzdeki dönemde Yargıtay’a da çok sayıda gelecek ve Yargıtay’dan farklı içtihatların da çıkacağına inandığım konuları tartışıyoruz. Netleşmeyen çok konu mevcut, bunlarla ilgili kendi kişisel görüşümü de söyleyeceğim. Ancak ondan önce genel olarak konuya giriş niteliğinde birkaç görüşümü sizlerle paylaşmak isterim: Çoğu kez hukuksal bir konuyu konuşurken, tartışırken bir şeyleri gözden kaçırdığımızı, ihmal ettiğimize inanıyorum o da şu: Hukuk, toplumsal yaşamda bir ihtiyaç sonucu doğmuş. Binlerce yıllık insanın bir geçmişi, bir kültürü söz konusu, eski hukuk sistemleri, ilkeler evrensel değer-

ler söz konusu. Bugün insanlığın ulaşmış olduğu noktaya baktığımızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararındaki önemli ilkelere baktığımızda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve diğer yasalarımızdaki temel ilkelere baktığımızda çok esaslı, önemli birkaç nokta dikkatimizi çekiyor. Onlardan bir tanesi şu: Hukuk kuralı bir sorunun, bir uyuşmazlığın çözümü amacıyla vaaz ediliyor, konuluyor. Yani bir elimizde bir sorun, bir uyuşmazlık var, bu uyuşmazlığın çözümü uzman olan mahkemelere getiriliyor ve mahkemeler bunu çözüyorlar. Nasıl çözüyorlar? Karar şeklinde yargılama yapılıyor ve karar veriliyor. Diyorlar ki, işte sizin getirdiğiniz sorunu biz böyle çözdük.

Şimdi konu şu: Dünyanın hangi ülkesinde, hangi toplumunda olursa olsun hukuk kuralları bir şekilde uygulanıyor. Farklılıklar olmasına karşın temel ilke şu: Eğer o hukuksal sorun çözüldüğünde veya çözüldüğü söylendiğinde o sorunun sahipleri veya benzer soruna sahip olanlar; “tamam, bu sorun gerçekten çözüldü, bizim adalet duygumuzu da tatmin etti, hakkaniyete uygun, akla ve mantığa uygun” diyorlarsa, zaten sorun gerçekten çözülmüş demektir. Ancak bu denilmiyorsa, herhangi bir yasa kuralını uyguladım, işte sorunu çözdüm diye bizim önümüze getirilen ister yerel bir mahkemenin kararı, isterse yüksek mahkemenin kararı olsun bizim aklımıza yatmıyorsa, vicdanlarımızı zedeliyorsa, adalet duygumuzu tatmin etmiyorsa, yani yaşadığımız ülkenin, toprağın gerçekliğiyle uygun değilse, orada bir sıkıntı, sorun var demektir. Dolayısıyla şimdi konuştuğumuz ve konuşacağımız bu konularda da ben işin bu toplumsal gerçeklik boyutunu da gözden uzak tutmayalım derim. Yüksek mahkeme içtihatlarının da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Ben sevgili dostum Ömer Uğur Gençcan’la 17 yıl Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nde birlikte çalıştım. Bazı konularda yaklaşımlarımız, görüşlerimiz farklı, onlardan farklı olanları zaten ifade edeceğim, bazılarında aynı düşünüyoruz, ama o farklılığı ifade etmeden şunu belirtmek istiyorum: Ne bir yasa kuralına, ne de bir yüksek mahkeme içtihadına; değişmez, mutlak, tartışılmaz bir metin gibi mut-

lakçı bir anlayışla yaklaşılmamalı kanaatindeyim. Yargıçlar olarak da; “yasa koyucu iyi-kötü bir düzenleme yaptı, biz bunu böyle mutlak uygularız” demekle de sorumluluktan kurtulamayız. Çünkü ideal anlamda hukukçu, yargıç; o yasaı evrensel ilkeler terazisinde tartıp, diğer ilgili yasaları, geçmiş uygulamaları, yasanın amacını da dikkate alarak, deyim yerindeyse ince eleyip, sık dokumak suretiyle âdeta bir kuyumcu terazisinde tartarak sonuca ulaşmalı. O zaman gerçek yargıçlıktır söz konusu olan, o zaman gerçek bir içtihattan söz edebiliriz.

Şimdi özensizlik, maddi hata, yasanın yanlış yorumu veya zamanın ruhuyla birlikte değerlendirilmesi gereken ve zamanla değişen bazı kararlarla ilgili hemen birkaç tane örnek verip, somut konuya geçeceğim. Şu ifadeyi okuyayım:” Kocanın karısını evden kovması ve eve kabul etmemesi Medeni Kanun’un 143/2. maddesinde öngörülen şahsi menfaatleri ağır surette haleldar eden bir nitelik taşımadığından manevi tazminat isteminin reddi gerekir.”(2. Hukuk Dairesi 4.12.1991 tarih ve 546-1723 sayılı içtihadı. Bkz. Esat Şener, Açıklamalı-İçtihatlı TMK,üçüncü baskı,1.cilt,s.629)

“Koca tarafından cinsel ilişkinin başarılammamış olması uzun süre kadının kişilik haklarını ihlal niteliğinde bir durum değildir. Manevi tazminat isteğinin reddi gerekir.” (2. Hukuk Dairesi, 02.07.1991 tarih ve 5975-9781 sayılı içtihadı. Bkz. aynı eser, s.639) Daire, daha sonra görüş değiştirdi ve 13.06.2002 tarih ve 6712-7929 sayılı kararında; aynı durumda manevi tazminat hükmedilmesi gerektiğine oyçokluğuyla karar verdi.

Düğün yapmaya yanaşmama manevi tazminat gerektirir mi? 2. Hukuk Dairesi’nin eski içtihatlarına bakarsak gerektirmez, ancak 01.06.2006 tarih ve 2463-8656 sayılı içtihadı göre “manevi tazminatı” gerektirir. Eşin hastalığıyla ilgilenmeme manevi tazminatı gerektirir mi? 2. Hukuk Dairesi’nin bazı kararlarına baktığımızda gerektirmez, bazılarında göre gerektirir. 13.04.2006 tarih ve 21125-5407 sayılı kararına göre; “manevi tazminatı gerektirmez”. Bu karar, oyçokluğu ile alındı,Sayın Ömer Uğur Gençcan’ın karşı oyu ise;”manevi tazminatı gerektirir” şeklinde idi.

Koca yararına maddi tazminat verilir mi? Boşanma davasında diğer koşullar mevcut ancak kadının geliri yoksa koca yararına maddi tazminata hükmedilebilir mi? 2.Hukuk Dairesi'nin bu durumda maddi tazminat verilebileceğine yönelik oy çokluğuyla aldığı karar var. Sayın Ömer Uğur Gençcan'ın karşı oyu"maddi tazminat verilemez" şeklinde. Evlendikten sonra makul bir süre geçtiği halde cinsel ilişkinin kurulamaması durumunda; kadın yararına boşanma ile birlikte manevi tazminat hükmedilebilir mi? Bu durumda kadın yararına manevi tazminat hükmedilmesi gerektiği şeklinde 2. Hukuk Dairesi'nin oyçokluğu ile bir kararı çıktı. Ancak orada başkan ve bir üyemizin yazdığı muhalefet şerhinden bir cümle okumak istiyorum: "*Derin üzüntü, ağır utanç, onur kırıklığı, psikolojik buhran, yaşam sevincinin yitirilmesi, bu haller dahi manevi tazminat için yeterli değildir. Ortaya çıkan manevi çöküntü, acı ağır olmalıdır. Âdeta kişi kimsenin yüzüne bakamayacak, toplum içine çıkamayacak, yaşamdan hiçbir zevk alamayacak duruma girmelidir. Tarafların cinsel ilişki kurmamaları sebebiyle kadının ağır bir manevi zarara uğradığını kabul etmek mümkün olmaz*" Nitekim Dairemiz 02.07.1991 günlü kararında da cinsel ilişki kurulmamasının manevi tazminatı gerektirmediğini kabul etmiştir. Bu görüşte devam edilmesi gerekir ."(2.Hukuk Dairesi, 13.06.2002 tarih ve 6712-7929 sayılı karar.)

Şimdi bu niye deniliyor? Çünkü önceki Medeni Kanun döneminde maddi-manevi tazminat için tam kusursuz olmak gerekiyordu. Bu insanın doğasına aykırı olan bir olaydı. Yeni Medeni Kanunda değiştirildi;" daha az kusurluysa, maddi ve manevi tazminat hükmedilebileceği" şeklinde. *Yasa maddesi değiştirildi, ama zihniyetlerin değişmesi kolay olmuyor.* Aynı zihniyet devam ettikçe; bu durum ister istemez kararlara da yansıyor.

Asgari ücret alan yararına yoksulluk nafakası hükmedilebilir mi? Bu konuda 2. Hukuk Dairesi'nin farklı kararları var.

Bazı kararlarda; "yoksulluk nafakası hükmedilebileceği", bazı kararlarda ise;"hükmedilemeyeceği" belirtildi.

Oyçokluğu ile alınan bir kararda; SSK'dan emekli aylığı alan kadın yararına yoksulluk nafakası hükmedilebileceği kabul edildi. Sayın Ömer Uğur Gençcan; o davadaki özel durum nedeniyle "yoksulluk nafakasına hükmedilemeyeceği" şeklinde karşı oy görüşü yazdı.

Bir başka konu; boşanmadan sonra açılan nafaka davalarında yetki konusu. Bu husus önceki Medeni Kanunda düzenlenmemiştir, yeni Medeni Kanunda düzenlendi. "Nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesinde açılır" şeklinde. Bu yetki kesin mi? Kesin değil. Bu düzenleme neden yapıldı? Çoğunlukla nafaka davası açan kişinin ekonomik anlamda güçsüz olduğu için onu korumak amacıyla yapıldı. Ancak 3. Hukuk Dairesi bir kararında (28.05.2002 tarih ve 5515-6086 sayılı) "bu yetkinin kesin olduğunu, mahkeme tarafından her zaman resen gözetilmesi gerektiğini, 2001 yılında açılan davada da bunun gözetilmesi gerektiğine" karar verdi. Daire daha sonra ise bu hatalı içtihadından dönerek; "bu davalardaki yetkinin kesin olmadığı, burada seçimlik bir yetkinin söz konusu olduğuna" karar verdi.

Ölüm nedeniyle aile konutunun sağ eşe özgülenmesiyle ilgili açılan davada (TMK m.652) hangi mahkeme görevlidir? 2. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki içtihatlarını taradığımızda; başlangıçta farklı kararlar çıktığını görürüz. Bazı kararlarında; "Aile Mahkemesinin", bazı kararlarında; "dava değerine göre Sulh Hukuk veya Asliye Hukuk Mahkemesi'nin" görevli mahkeme olarak gösterildiğini görürüz. Ancak son dönem kararlarında ise istikrarlı biçimde "Sulh Hukuk Mahkemesi'nin" görevli mahkeme olarak gösterildiğini görmekteyiz.

Son bir örnek: Yabancı mahkemenin vermiş olduğu kararın gerekçesiz olması onun tanınmasına, tenfizine engel oluşturur mu? Yargıtay da çok değişik kararlar çıktı. 2. Hukuk Dairesi'nin kendi içinde bile değişik içtihatlar çıktı. Örneğin, bazı kararlarında; " yabancı mahkemenin boşanmaya ilişkin kararında gerekçe olmaması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eder, bu da tenfize

engeldir” şeklinde karar çıktı. Daha sonra ise;”Yabancı mahkeme kararında gerekçe olmaması tenfize engel olmaz” şeklinde karar çıktı. 13. Hukuk Dairesi’nden farklı çıktı ve sonuçta bu konu içtihadı birleştirme büyük genel kurulunda çözüldü. Yargıtay bu konuda son olarak dedi ki: *“Yabancı mahkemenin kararının gerekçesiz olması; o kararın tanınması veya tenfizi için tek başına engel oluşturmaz”*

Boşanma davası sırasında ileri sürülmeyen hususlar, temyiz veya karar düzeltme aşamasında ileri sürülürse ne olacak? 2. Hukuk Dairesi’nin çoğunluk görüşü; sadakatsizlik söz konusu olduğunda karar düzeltme aşamasında bile bunun incelenmesi, dikkate alınması gerektiği şeklinde. Sayın Ömer Uğur Gençcan’ın bu konuda muhalefet şerhi var: “Sadece sadakatsizlik iddiası için Usul Hukuku’nun genel ilkelerinden ayrılmanın doğru olmadığı” şeklinde. Ben de bu konuda aynı düşüncedeyim. Sadakatsizlik iddiasını, diğer iddialardan ayrı bir usule tabi kılmamızı gerektirecek geçerli bir hukuksal dayanağımız, bir neden yok, Her dava açıldığı gündeki koşullara ve delillere göre değerlendirilir. Bu örneklerle şunu anlatmak istiyorum: Yargıtay kararlarından yararlanırken çok dikkatli ve özenli olmak, muhakeme süzgecinden geçirmek durumundayız. İçtihatlar zaman içinde değişebilir, azınlık görüşü, çoğunluk görüşü haline gelebilir veya tersi olabilir. Aynı yasa maddesi “Zamanın ruhuna” göre farklı yorumlanabilir.

Şimdi esas konumuza gelecek olursak; önce değerli konuklarımız arasında bulunan Hâkime Hanım’ının anlattığı örnek olaydan başlayayım. Davacı geldi ve davasını dayandırdığı maddi vakaları belirtmedi. Benim bu konuda kişisel görüşüm şu: maddi vakaların belirtilmesi için, bir hafta süre verilmeli, bu süre içerisinde bildirmezse buradaki yaptırım uygulanmalı, yani davanın açılmamış sayılmasına karar verilmeli görüşündeyim. Ne davanın usulden reddi, ne de esastan reddi değil, açılmamış sayılması, benim kişisel kanaatim bu. Peki, bu maddeye baktığımızda iyi yazılmış mı? Kanaatim hayır, iyi yazılmamış. Ne dava dilekçesinin içeriği, yani 119. madde, ne de cevap dilekçesiyle ilgili madde iyi kaleme alın-

mamış. Doktrinde farklı görüşler söz konusu. Ömer Bey, görüşünü ve 2. Hukuk Dairesinin yaklaşımını anlattı. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 119. maddeye bakalım. Şimdi saymış, a'dan ğ'ye dek h alta geçmiş, 2, 1. fıkranın demiş, saymış a, d, e, f, g bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksiklik tamamlanmazsa dava açılmamış sayılır. Peki, bunu okuyan normal okuması-yazması olan hukuk nosyonu bile olmayan bir insanın neyi anlamasını bekleriz? Şunu anlamasını bekleriz: Demek ki, yasa koyucu bu a, d, e, f ve g bentleri dışında kalan diğer saydığı bentlerde dava dilekçesinde bir eksiklik mevcutsa, bir haftalık kesin süre bile vermene gerek yok, hemen davanın açılmamış sayılmasına karar vermelisin demek istiyor diye düşünülebilir.

Hukukçu olarak biz bu ifadeyi nasıl yorumlamalıyız, yukarıdaki şekilde yorumlamamız doğru mu? Kişisel kanaatim değil. Örneğin dayanılan hukuki sebepler HMK m119/1-g fıkrasında düzenlenmiş. Demek ki, eğer m.119/1-g fıkrasındaki eksiklik varsa normal okuması-yazması olan bir insan der ki; "hukuki sebep yazılmamış, hiç mehil de verilmez, davanın açılmamış sayılmasına karar vermek gerekir" şeklinde. Oysa bu konunun o kadar da basit olmadığını hukukçuların bu maddeyi farklı yorumladıklarını biliyoruz. Doktrinde örneğin Sayın Ejder Yılmaz'ın görüşü: "bunda da bir haftalık süre verilmeli" şeklinde. Kişisel görüşüm; buradaki eksiklik (dayanılan hukuki sebebin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi) bir hafta değil, bir ay içerisinde bile yerine getirilmezse, bu davanın açılmamış sayılması nedeni olamaz. Çünkü yargılamaya egemen olan ilkeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 33: "Hâkim Türk hukukunu resen uygular." Dolayısıyla hukuki sebep hiç dava dilekçesinde yazılmamış olsa ve hâkim süre verdiği halde bu eksiklik tamamlanmamış olsa dahi bu nedenle "davanın açılmamış sayılmasına" karar verilemez. Hukuk Yargılamasına egemen olan ilkeler dahil yasayı özüyle ve sözüyle bir bütün halinde yorumladığımda benim kişisel görüşüm bu şekildedir. Şayet denilirse ki; "Kanun koyucu bu şekilde yazmış, doğru yazsaymış, gerisi bizi ilgilendirmez, bunu yazıldığı gibi uygularım!" Bence bu durumda fazla

şekilci, katı yaklaşmış oluruz. “İyi kaleme alınmayan bir yasa maddesinden yola çıkarak genel ilkeleri ihmal ederek yanlışlığı çoğaltmış” genişletmiş oluruz.

Benzer bir şekilde cevap dilekçesinde eksiklik bulunması konusunda HMK m.130’a bakalım, orada bir haftalık süre diyor , kesin süre demiyor, Orada da aynı şekilde dayanılan hukuki sebeplere bakın. Bunun yaptırımını ne? Cevap dilekçesi verilmemiş sayılır. Ağır bir yaptırım. Diyelim ki, boşanma davasında yetki itirazı, ilk itiraz, cevap dilekçesiyle verilmesi zorunlu. Davalı cevap dilekçesinde hukuki sebebi yazmadı. Eğer siz cevap dilekçesini vermemiş sayarsanız davalının yetki itirazının da usulüne uygun olmadığı gerekçesiyle reddedeceksiniz. Peki, biz bunu nasıl uygulamalıyız? Biz bunu yine hukuk yargılamasına egemen olan ilkeler ışığında amaç ve bütünsellik içerisinde uygulamalıyız. Yani amacımız bizim üzüm yemek, bağcıyı dövmek değil. Bu yasa niye yapıldı? Yargılama daha hızlı gerçekleşsin, daha bir disiplin altında olsun, sonuçta adalete ve sonuca daha makul bir sürede ulaşalım diye yapıldı. Yani bu amacı gözden uzat tutup, son derece katı, ezberci dar bir şekilde yorumlayacak olursak ne olur o zaman? O zaman kaş yapalım derken göz çıkartmış oluruz. Hocamız da az önce açıkladı, aynı kanaatleyim. Ülkemizde boşanma davasında asliye hukuk mahkemesinde görülen davada ilgilinin avukatla kendisini temsil ettirme zorunluluğu yok, örneğin Almanya’da var bizde yok. Ülkemizdeki eğitim düzeyi, kültür düzeyini dikkate aldığımızda o ters ilişki örneğinde olduğu gibi, şimdi davacı dilekçesinde veya ön inceleme aşamasında tahkikata geçmeden şiddet iddiası hakkında ayrıntılı yazmadı. Avukatı da bulunmayan davacı dilinin döndüğünce “eziyet etti, hakaret etti, canımdan bezdirdi” şeklinde ifadeler kullandı. Tahkikat aşamasında tanıklar gelip davalının uyguladığı fakat davacının dilekçesinde ayrıntılı olarak göstermediği şiddet eylemlerini, türlerini anlattıklarında biz bu ifadeleri dikkate almayacak mıyız? Davacının dava dilekçesinde mutlaka tek tek fiziksel şiddeti ayrıntılı bir şekilde kategorize etmesi, ters ilişki dahil hepsini tek tek yazması mı gerekir? Kişisel kanaatim; gerekmez, bu kadar katı ve şekilci yaklaşılmalı şeklidir. Aksi halde; düzenlemenin

özünü, amacını gözden kaçırıp hak kayıplarına yol açarız, diye düşünüyorum.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen önemli bir değişiklik de; Mahkemenin verdiği “ihtiyati tedbir kararlarının” Yargıtay tarafından incelenmesiyle ilgili. Bu konu ile ilgili Yargıtay’dan çok farklı kararlar çıktı. Niye değişik kararlar çıktı? Çünkü; 389. maddedeki “uyuşmazlığın konusuyla ilgili” ifadesine bazı daireler mutlak anlam yüklediler. Örneğin; ölümden sonra açılan bir manevi tazminat davasında trafik kazası sonucu ölüm gerçekleşmişti. Daha sonra ölenin yakınlarının açtığı bir manevi tazminat davasında davalıya ait araç üzerine ihtiyati tedbir konulması talep edilmişti. Mahkeme bu talebi kabul ederek ihtiyati tedbir kararı verdi, itirazın reddi üzerine dosya Yargıtay’a gönderildiğinde 4. Hukuk Dairesi; “Dava manevi tazminata yöneliktir, araç hakkında bir dava bulunmadığından araç üzerinde ihtiyati tedbir konulamaz” gerekçesiyle yerel mahkemenin ihtiyati tedbir konulması yönündeki kararını bozdu. 4.Hukuk Dairesi; 389.maddedeki ihtiyati tedbir kararının “uyuşmazlık konusu” hakkında verilebileceği ifadesini mutlak ve dar şekilde yorumladı. Ancak bazı daireler örneğin 2.Hukuk Dairesi, 8. Hukuk Dairesi bu ifadeyi bu kadar mutlak ve dar yorumlamıyorlar.2.Hukuk Dairesi; açılan bir boşanma davasında istenilen maddi-manevi tazminatı güvence altına almak amacıyla davalıya ait taşınmaz mal veya araç üzerine ihtiyati tedbir kararı konulabileceğini ancak bunun orantılı ve haklar dengesi gözetilerek konulması gerektiğini kabul ediyor. 8. Hukuk Dairesi de benzer şekilde; tasfiye davası, değer artış payı davası açıldığında davalıya ait malvarlığı üzerinde istekle orantılı ve hakkaniyete uygun olarak ihtiyati tedbir konulabileceği görüşünde. Yine 2. Hukuk Dairesi Türk Medeni Kanunu 199. maddeyle ilgili tasarrufun sınırlandırılmasına ilişkin davalarda da davayla orantılı şekilde ihtiyati tedbir kararı verilebileceği görüşünde. Ancak 2. Hukuk Dairesi; boşanma davası içinde hakimin aldığı tedbirler örneğin tedbir nafakası, geçici tedbir, boşanma davası sonuçlanıncaya kadar geçerli olacak çocukla ilgili geçici velayet, geçici kişisel ilişki, kısacası TMK 169. maddeye göre hâkimin vermiş olduğu tedbir kararlarının tem-

yiz yolunun açık olmadığı, bunun 389 kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşünde. Uygulama bu şekilde.

Şimdi kısaca yeni yasada getirilen önemli değişiklikler ve boşanma davasıyla ilgili uygulamada dikkat edilecek hususlar konusundaki görüşümü ve bilgimi paylaşayım. Ondan önce hemen sayın Ömer Uğur Gençcan'ın konuşmamın başında belirttiğim yoksulluk nafakasıyla ilgili muhalefet şerhiyle ilgili bir hususu da belirteyim Somut olayda; kadın SSK'dan emekli,koca ise çok varlıklı idi. Dairenin çoğunluk görüşü; kadının yoksulluk nafakası alabileceği şeklinde idi. Sn.Gençcan'ın bu durumda yoksulluk nafakası verilemeyeceği şeklindeki karşı oyunun gerekçesi; o davada kadın lehine yüksek miktarda maddi ve manevi tazminata da hükmedilmesiydi.

Ömer Uğur GENÇCAN - Mustafa Arkadaşım, bir cümle anlattıvereyim de, o söylediğin dosya İzmir Karşıyaka dosyası, kadına tam 150 000 lira maddi tazminat verildi, 150 000 lira manevi tazminat verildi, şirkette hissesi vardı. Bu genel kuruldaki muhalefet şerhimdir o, bu kadın yoksulluğa düşer dediler. Ben de düşmez dedim. Asgari ücret aldığı için düşmez demedim, bir de 15 trilyonluk mal varlığı vardı, katılma alacağından süren davası vardı, tasfiyeden alacaktı. Yani beni doğru anlayın, onun için.

Av. Mustafa ŞİMŞEK - Evet, şimdi boşanma davasında yeni usul yasalarının uygulanması özellik arz ediyor. Çünkü birincisi, boşanma davası dediğimiz davalar birden fazla değişik hukuki sebebe dayanabiliyor. İkincisi, aynı hukuki sebebe dayalı olan bir boşanma davasında bile maddi olaylar birbirinden çok farklı olabilir. Üçüncüsü, boşanma davasındaki yargılama usulüne ilişkin kurallar sadece 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda değil, Medeni Kanun başta 184. madde olmak üzere aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerine dair kanun gibi değişik kanunlarda düzenlenmiş. Bütün bunları bir araya getirdiğimizde boşanma davasında gerçekten usul kurallarının uygulanması özel ve önemli. Bir de buna boşanma davası bazen dava içinde dava diyebileceğimiz bir manzume, yani boşanmanın eki niteliğindeki

maddi tazminat, manevi tazminat, yoksulluk nafakası, velayet, kişisel ilişki bazen boşanma davasında hem tasarruf ilkesiyle ilgili kurallar uygulanacak, hem de velayet, kişisel ilişki gibi hâkimin re-sen araştırma ilkesi uygulanacak. Dolayısıyla kolay değil, karmaşık bir konu. Bununla bağlantılı olarak Ömer Bey ifade etti; maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakasıyla ilgili 2. Hukuk Dairesi'nin artık ön inceleme aşaması bittikten sonra bu taleplerin ancak ıslahla veya diğer tarafın muvafakati, karşı çıkmaması halinde istenebileceği ya da bağımsız dava açılabilceği şeklinde bir karardan söz etti. Bunu yaşayıp hepimiz göreceğiz. Ben bu yaklaşımın da katı olduğuna ve boşanma davasındaki maddi-manevi tazminatla yoksulluk nafakasının ayrı bir dava değil, boşanma davasının eki, boşanma davasının mali sonuçları olduğuyula ilgili o gerçekliği ve özelliği yeterince irdelenmeden, yeterince bu konu üzerinde durulmadan sanki aceleyle katı bir yorumla alındığı kanaatini taşıyorum. Bunu yaşayacağız, gelecekte çıkacak kararlarla bu konuda yazılıp çizilenlerle de bunu izleyeceğiz.

Şimdi boşanma davasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Medeni Kanundaki usul kurallarının farklı düzenlediği birkaç konuya değinmek istiyorum. Birincisi; "davada taraflar" konusu. Boşanma davasında taraf ehliyeti ve dava ehliyeti çok önemli. Çünkü akıl hastasının dava açması ya da akıl hastası aleyhine dava açılması da önümüze gelen bir konu bu, akıl hastası dava açacaksa, vasisi bu davayı açacak, akıl hastası gösterilecek, vasisi gösterilecek, vasisi vekâlet verecekse de kendisi akıl hastası adına dava açmak üzere vekaleti verecek ve dava açarken de vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden boşanma davası açmak için yetki alıp, dosyaya sunacak. Ancak akıl hastası aleyhine dava açılması halinde davalı akıl hastasının vasisinin vesayet makamından izin alma gibi bir durumu söz konusu değil. Önceki Medeni Kanunumuzdaki "husumet" ifadesi yeni Medeni Kanunumuzda "dava açma" şeklinde ifade edildiği için.

Dava açıldıktan sonra, dava devam ederken taraflardan birisi öldü. Yapılacak olan nedir? Hukuk Muhakemeleri Kanunu 55.

maddesine bakalım.55. maddede yazılan şu: “Davadan sonra taraflardan birinin -tırnak içinde belirtiyorum- ölümü halinde mirasçuların mirası ret ya da kabulleri söz konusu değilse, bunun için yasanın öngördüğü süre beklenir ve dava ertelenir. Bununla birlikte mahkeme talep halinde gerekli gördüğünde kayyım atar” Bu maddeyi boşanma davalarında uygulayabilir miyiz? Uygulayamayız. Çünkü bu konu Medeni Kanun 181. maddesinde özel olarak düzenlenmiş, Boşanma davası kendine özgü bir dava, boşanma davasının konusu evlilik birliğinin hukuken sonlandırılması. Ölümle evlilik birliği zaten sona erdiği için artık ortada boşanma davasının konusu kalmamıştır. O halde boşanma davasında 181. madde uygulanacak, yani ancak davacının davadan sonra ölmesi ve mirasçılardan birinin kusur yönünden davaya devam etmeyip, talep etmesi ve davalının kusurlu olduğunun kanıtlanması halinde 181. maddenin 1. fıkrası hükmü uygulanacak. Yani mirasçı olamayacak, yani boşanmadan önce ölüme bağlı bir tasarrufla bir hak elde ettiyse, bu haktan yararlanamayacak.

Boşanma davasını dava şartları yönünden kısaca inceleyecek olursak, derdestlik ve kesin hüküm konusuna kısaca değinmeliyiz. Çünkü boşanma davasında aynı davanın açılmış ve görülüyor olması şeklinde açıklanan dava koşulu aynı kişiler arasında, aynı hukuki sebebe, aynı maddi olaya dayalı bir dava varsa uygulanacaktır. Hukuki sebep aynı olsa dahi maddi olay farklıysa, bu dava şartı gerçekleşmeyecektir. Örneğin, davacılar tartıştılar, davacı bir dava açtı, şiddet gördüğünü söyledi. Davalı karşı davada davacının kendisine hakaret ettiğini, başka birtakım kusurlu olayları maddi vaka şeklinde belirtip, dava açabilecektir. İkisi birbiri için derdestlik teşkil etmeyecektir. Kesin hüküm konusunda da şunları söyleyebiliriz: Kesin hüküm Yargıtay’ın düzelterek bozması dahil oldukça geniş anlamda bir anlam ifade eder boşanma davasında. Temyiz edilmeden kesinleşen veya temyiz edildiği halde gözden kaçırılan bazı konular dahi kesin hüküm başlığı altında incelenebilir. Örnek, boşanma davası esnasında maddi ve manevi tazminat aslında koşulu oluşmadığı halde, yani davalı daha fazla kusurlu olduğu halde hâkim davalı lehine maddi-manevi tazminat vermiş

olsun ve bu konu temyiz edilmeden kesinleşmiş olsun veya Yargıtay incelemesinden geçse dahi gözden kaçmış olsun veya başka bir örnek, yoksulluğa aslında düşmeyeceği halde yoksulluk nafakası verilmiş olsun ve bu yön kesinleşmiş olsun, bu ondan sonra açılan davalarda kesin hüküm anlamında tartışılabilecektir. Hepsinde tabii ayrı özelliklere sahip bu, zaman sınırlı olduğu için ayrıntılara giremeyeceğim, ancak kesin hükmün oldukça geniş uygulandığını belirtmekle yetineyim.

Yetki konusu: Boşanma davalarında kesin yetki söz konusu olmayıp ilk itiraz olarak mutlaka cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. Boşanma davasında seçimlik yetki söz konusudur, son altı ay birlikte oturulan yer mahkemesi veya dava tarihi itibarıyla taraflardan herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Bunlardan herhangi birinde davacı davasını açabilecektir. Davalı süresinde yetki itirazında bulunmaz veya süresinde belirttiği halde yetkili mahkemeyi yanlış gösterirse yetki itirazı reddedilecektir. Boşanma davası için önemli olan nokta eğer davalı sadece cevap dilekçesinde yetki itirazında bulundu ve yargılamaya gelmediyse, bu yetki itirazının reddine ilişkin kararında davalıya tebliğ edilmesi gerekecektir.

Boşanma davasında dikkatli ve hassas uygulanması gereken bir düzenleme de; bazı tanıkların dinlenmesinden mahkemenin vazgeçebileceğine ilişkin yeni yasamızdaki hükümdür (HMK m.241). Taraflar örneğin 15 tanık gösterdi. Mahkeme bir kısmını dinledi. Taraflar tüm tanıkların dinlenmelerini istedikleri halde Mahkeme bu madde uyarınca diğer tanıkların dinlenmesinden vazgeçerek hüküm kurarsa bu karar bozulabilir.

Son bir nokta içtihatlardan yararlanma konusu: Bazı avukat meslektaşlarımız herhangi bir hukuk kitabını veya içtihat programını alıp, acele bir şekilde açacakları davayla ilgili deyim yerindeyse “hap” gibi bir içtihat bulup, dava açmak istiyorlar. Bu konuda çok özen göstermemiz gerekir, çünkü içtihatlar sıklıkla değişebiliyor. Aynı dairenin bakıyorsunuz bir içtihadı birkaç ay sonra de-

gişmiş olabiliyor veya emsal diye aldığımızı zannettiğiniz bir içtihat gerçekten emsal olmuyor. Özellikle boşanma davalarında bu çok sık karşımıza çıkar. Çünkü boşanma davalarında bazen bir hukuk kitabında içtihat özetlenmiştir. İçtihadın başlığı yazar. Diyelim ki, kocasına “göbekli” demek, “şişko” demek boşanma nedenidir. Şimdi sadece bu başlığı okuyup, bazı dava dilekçelerinin veya değişik dilekçelerin hazırlandığını görmekteyiz. Halbuki o içtihadın içeriğinde sadece o söz değil, başka birtakım eylem ve sözler de yazılı. Benzer bir şekilde boşanma davasında tanık beyanı çok önemli, ama tanığın anlattığı olayın ne zaman geçtiği, hangi koşullarda söylendiği, tepki olup olmadığı da çok önemli ve son bir nokta, içtihatlar da zamanın ruhuna uygun değişmektedir. Örneğin, eski yasadaki maddi-manevi tazminat için tam kusursuz olmak gerekiyordu. Dolayısıyla 2. Hukuk Dairesi o dönemde birçok kararında, “kocanın sadakatsiz olması, başka kadınla yaşaması kadının da devamlı kocasına hakaret etme hakkı vermez. Bir tarafın kusurunu diğerinden daha az görmek mümkün değildir, boşanmaya hükmedilsin” dedi. Şimdi bu ifade, yani “bir tarafın kusurunu diğerinden daha az görmek mümkün değildir” şeklindeki ifade, şablon, klişe olarak tüfek icat oldu mertlik bozuldu misali kopyala yapıştır şeklinde birçok içtihatla kullanıldı. Yasa değişti, yine kullanıldı. 2002’den sonra bazı içtihatlarda bile bazılarında karşı oy şeklinde aynı ifadeyle karşılaştık. Yani koca başka bir ev tutmuş, gayri resmi bir kadınla yaşıyor, kadının da hakaretleri söz konusu, iki eylem eşit görüldü 2002’den sonraki bazı kararlarda. Ancak daha sonra; yeni yasaya, zamanın ruhuna uymayan bu hatalı kararlardan vazgeçildi. 2. Hukuk Dairesi’nin son dönemde verdiği birçok kararda; sadakatsizlik eylemi, hakaret eylemine göre daha ağır kusurlu davranış olarak görüldü. Dolayısıyla hem yasayı okurken, yorumlarken, hem içtihadı kullanırken benim önerim mümkün olduğunca muhakemesini yapmak, sorgulamak. Hukuk fakültelerinde, hâkimlik stajında, avukatlık stajında eksik kalan hususların birinin de hukuk normlarını okuma, anlama, yorumlama ve hukuk sistemiyle, evrensel ilkeler çerçevesinde değerlendirme olduğuna inanıyorum, ve gelecekte bu eksikliğin giderilmesini diliyorum ve umuyorum. Beni sabırla dinlediniz, hepinize teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Şimdi şöyle yapalım, yorulduk da, 5 - 6 dakika var 12.30'a süremizin bitmesine, 5 dakika ilave yapalım ona, 10 dakikamız olsun. Bu 10 dakika içinde ilk önce yazılı olarak verilmiş olan soruları cevaplayalım, vakit kalırsa devam ederiz. Eğer vakit kalmazsa bir sonraki oturumdan sonra belki o sorularımızı yine tartışabiliriz. Dediğim gibi 12.35'e kadar vaktimiz var. İlk önce Ömer Beyin yazılı soruları var, onları cevaplayalım, sonra Mustafa Beyinkilere geçelim.

Ömer Uğur GENÇCAN- Ön inceleme tutanağı düzenlenene kadar özellikle e ve f fıkraları olarak üzere yapılan eksiklikler için dilekçe verme sayısında bir kısıtlama var mı? Sorusuyla ilgili ben "dilekçe verme süresi içerisinde" olmak üzere birden fazla dilekçe verilebileceğine, ancak "dilekçe verme süresi bittikten sonra" artık verilemeyeceğini düşünüyorum. Bu konuda bir içtihadımız yok, ama gelirse ben öyle oy kullanacağım.

Dava dilekçesinde vakıa anlatılmamış, fakat delil olarak telefon kayıtlarına dayandığımı ön inceleme aşamasına kadar da bildirmemiştir. Hâkim artık bu delillere dayanamaz.

Niyazi Bey sormuş: Hangi vakıa hangi delille ispat edeceğimizi maddeler bölünmeden yazılması zorunludur, yoksa sübut delilleri, kanıtsal deliller, doktor raporu, tanık, keşif gibi yazılabilir mi? Tabii ki yazılabilir. Ben ne dedim? Bu vakıayı "tanıkla" ispat ediyorum demeniz yeterli, "raporla" ispat edeceğiz demeniz yeterli. Tanıkların ad, soyadı, adresleri vesaire delil toplama yani "tahkikat aşamasında" olacak, anlaştık mı?

Ön incelemede karşı taraf mazeretli olarak gelmezse ne olacak? Mazeret haklıysa kabul edilecek, ön incelemenin bir sefer ertelenme hakkı var, ertelenecek. Eğer mazeret haklı değilse gelmemiş taraf muamelesi yapılacak. Ön inceleme onun yokluğunda bitirilecek. Dolayısıyla karşı tarafın genişletme hakları, vesaire doğacak. Bu konuda da Yargıtay kararı yok, öyle gelirse ben böyle oy kullanacağım. Olan Yargıtay kararlarımı söyledim, yoksa Yargıtay kararı, var nasıl diyeyim ki? Yok.

Ön inceleme duruşma sonucunda mazeretli gelmeyen tarafa tahkikat duruşma günü tebliğ edilecek mi? Tabii ki edilecek. Şimdi değerli arkadaşlarım, şu konuda aramızda anlaşlık, değil mi? Karşıda kamera orada kayıtlı duruyor, filmi başa sardıralım. Ne dedim? Böyle yapmaya karar verdik, böyle yapmazsanız karar bozulur, ama bizden sonra Hukuk Genel Kurulu da var. Bu orada da denetlenir, daha sonra bu iş yoluna girer dedim mi, demedim mi? Dedim, değil mi? Kamera orada duruyor bu sözlerimi kaydetti.

Ben “son sözümdür” demedim. Hukukta zaten “son söz” olmaz, “Hayat hukukta akar.”

Hayatın aktığına küçücük bir örnek vereyim:

Boşanma davalarında davadan sonraki olaylar hükme esas alınır mı, alınmaz mı? Ne kadar basit ve sıradan bir soru değil mi?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasında boşanma davası açıldıktan sonra oluşan olayların boşanma hükmüne esas alınabilmesi konusunda FARKLI KARARLAR vermiştir.

Şöyle ki;

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2006 yılına kadar “Boşanma davası açıldıktan sonra oluşan olaylar boşanma hükmüne “ESAS ALINAMAZ dedi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2006 ve 2008 yılında “Boşanma davası açıldıktan sonra oluşan olaylar boşanma hükmüne ESAS ALINABİLİR dedi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010 yılı ortasında “Boşanma davası açıldıktan sonra oluşan olaylar boşanma hükmüne ESAS ALINAMAZ dedi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010 yılı sonunda “Boşanma davası açıldıktan sonra oluşan olaylar boşanma hükmüne ESAS ALINABİLİR dedi.

Bu kararlar için bakınız: Ömer Uğur Gençcan, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Bilimsel Açıklama-Son İctihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara-2013, s. 677-683.

Hukuk böyle bir şey. Hukuk Genel Kurulu kararı bağlayıcı değil ki, ben bütün bu kararlara rağmen oyumu sürekli olarak “alınmaz” diye oyumu kullandım ve halen de “alınmaz” diye oyumu kullanmaya devam ediyorum.

Çok önemli gördüğüm dört noktayı hemen söylüyorum size.

İlki: Davacı dava dilekçesinde “sürekli eziyet eder” derse “aydınlatma ödevi” devreye girer. Eziyet olarak ne yaptı? Kilitledi mi? Kimselerle görüştürmedi mi? Aç mı bıraktı? Ne yaptı?

İkincisi: Yoksulluk nafakası (TMK m. 175), maddi ve manevi tazminat (TMK m. 174) konusunda tahkikat aşamasında ıslah ya da karşı tarafın açık muvafakati yoksa artık istenemez dedik. Açıkladık sebebini. Dedik ki: “*Ön incelemesi aşaması bitene kadar dayanılmamış bir vakıaya tahkikat aşamasında dayanılmaz*” Ön inceleme aşamasındaki belirlenen çekişmeli vakialara yönelik delillerin toplanması suretiyle tahkikat yapılır.

Üçüncüsü: TMK m. 181 hükmüne göre davanın devam etmesi sorunu. Arkadaşlar, anlaşmalı boşanma yapılacakken davalı öldü. Davacının mirasçuları davayı devam ettirip, davayı sürdürebilir mi? Kanuna göre sürdürebilir. Rahmetli yok dünyada, anlaşmalı boşanma davasında kusur araştırılmaz. Ama devam edilirse kusur araştırılacak?! Daha enteresan bir şey, akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açtınız davalıya karşı, davalı öldü. Davacının mirasçuları davayı devam ettirip, davayı sürdürebilir mi? Kanuna göre sürdürebilir. Akıl hastasının ne kusuru olur ki?!

Dördüncüsü: Gelelim göbekliye, göbekli demek boşanma sebebidir. Bu bir Yargıtay kararıdır. (Ömer Uğur Gençcan, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Aile Mahkemesi Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012 s. 206) Benim yaptığım Yargıtay kararını “aynen” yayınlama oldu. Karar içeriğini, yazım şeklini eleştirmek ayrı bir şeydir.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Evet, tamamını karşılama imkânımız olmuyor. Mustafa Beye söz veriyorum üstadımıza.

Av. Mustafa ŞİMŞEK - Teşekkür ediyorum. O içtihadın kullanılması konusunda zaten o sözü dikkatli kullanalım diye söyledim. Çünkü o başlık sizi yanıltmasın, alelacele başlığa bakıp dilekçe hazırlamayın, içeriğinde başka şeyler de mevcut. O sözün hangi amaçla nasıl söylendiği, ondan sonra evlilik birliğinin devam edip etmediği gibi konular boşanmada çok önemli, 181. maddeyle ilgili evet, o hukukumuzda önemli bir sıkıntı. Ömer Beyin anlattıklarına ilave, yasada kusur ifadesi geçiyor. Bu yasal düzenlemeye niye ihtiyaç duyuldu? Şundan, Yargıtay da çalıştığım dönemde bazen öyle örneklerle karşılaştık ki, diyelim zina nedeniyle ya da hayata kast nedeniyle, haysiyetsiz yaşam nedeniyle dava açılmış. Dava içerisinde de kanıtlanmış davalının zina yaptığı, hayatına kastettiği gibi, ancak dava sonuçlanmadan bazen temyiz aşamasında, karar düzeltme aşamasında davacı ölmüş. Şimdi mirasçılardan bir kısmı isyan ediyor. Davalının zina yaptığı sabit dosya içerisinde, mahkeme boşanmış, 2. Hukuk onanmış, karar düzeltme aşamasında davacı ölmüş. Şimdi davalı mirasçısı olacak. Bu ve benzer insan vicdanını gerçekten sızlatan, adalet duygusunu zedeleyen şikâyetler nedeniyle bu düzenleme yapıldı, ama düzenleme yapılırken en azından bir sınırlama yapılsaydı, yani mal rejimine ilişkin davalarda belirtildi, hoş o düzenleme sağlıklı bir düzenleme değil. Hani katılma alacaklısı olan eş eğer zina nedeniyle aleyhine boşanma kararı verildiyse veya hayata kast nedeniyle katılma alacağını azaltma, sıfıra çekme imkânı aile mahkemesi hâkimine tanındı ya düzenlemede ki, o da yanlış, çünkü niye haysiyetsiz yaşam yok, bir de niye ikisi birbirine karıştırıldı, ama en azından orada iki neden belirtti yasa koyucu. Yanlış ve eleştirilerimizi saklı tutuyoruz, ama iki neden belirtti. Hiç olmazsa 181. maddedeki düzenlemeyi yaparken de kusur gibi soyut ve muğlak, çok esnek, çok geniş olan bir kavram yerine siz belirtseydiniz, işte zina, hayata kast, haysiyetsiz yaşam gibi nedenlerle boşanma halinde diye belirtseydiniz, onu demediğiniz için şimdi 166/1'den veya 2'den açılan davalarda bile diyelim ki tartış-

ma olmuş, birkaç kez hakaret etmiş. Bunda dahi bu madde sonucu kusurludur deniliyor ve mirasçı olamıyor gibi sonuçlar çıkıyor. o evet eksik bir düzenleme, teşekkür ediyorum hocam.

Soru: Boşanma davası sonunda bağlanan yoksulluk nafakası hem aylık olarak, hem de topluca bağlanabilir mi? Yani aylık 300 lira nafaka ve topluca 3 000 lira nafaka aynı anda bağlanabilir mi? Şimdi yasa koyucu yoksulluk nafakasının irat şeklinde ya da topluca bağlanabileceğini, aynı şekilde maddi tazminat konusunda da 176. maddede düzenleme yapmış. İfade şöyle: Maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilir. Dolayısıyla benim bu maddeyi okuduğumda anladığım ve yorumum ikisinden birisi, veya diyor, ikisi bir arada olmaz kanaatindeyim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Çok teşekkür ediyoruz her iki değerli konuşmacımıza, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi üyesi Ömer Uğur Gençcan'a ve üstadımız Mustafa Şimşek Beyefendiye. Saat 14.00'te tekrar bir araya gelmek üzere ara veriyoruz toplantıya.



II. OTURUM

MAL REJİMLERİ VE KATILMA ALACAĞI DAVALARI

Nazan MOROĞLU
Yusuf ULUÇ
(Konuşmacılar)

Av. Muazzez YILMAZ (Oturum Başkanı)- Değerli meslektaşlarım, Forumun ikinci bölümüne başlıyoruz. Bu bölümde “Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi” üzerinde duracağız. İki değerli konuşmacımız var. Sayın Nazan Moroğlu avukat, hepimiz tanıyoruz ve Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Yusuf Uluç, buyurun.

Türk Medeni Kanunu değişirken biliyoruz ki, en büyük değişiklik aile hukuku alanında oldu. Özellikle eşler arasındaki mal rejimi bölümünde, yasal mal rejimi bölümünde çok önemli değişiklikler oldu. Önceki tasarılar da hep paylaşmalı mal ayrılığı olarak düzenlenmişken her nedense bu değiştirildi ve edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edildi. Tasfiye sürecinde uygulamadan kaynaklanan birçok sorun yaşıyoruz. Uzun bir yargılama sürecinden bahsediliyor, çok yönlü bilirkişi tespitlerine ihtiyaç duyulması tasfiyeyi daha da güçleştiriyor. Bütün bunları konuşacağız. Bu oturumdaki konuşmacılar bu anlamda en yetkin, en etkin isimlerden, ilk sözü Sayın Av. Nazan Moroğlu'na vereceğiz. Nazan Hanım özellikle kadının ev içi emeğinin değerlendirilmesi konusunda bu Yasa'nın hazırlanma aşamasında çok emeği geçmiş bir isim, şimdiden kendisine teşekkür ediyorum. Buyurun.

Nazan MOROĞLU- Değerli Meslektaşlarım, Sevgili Stajyerler, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi Değerli Başkanı ve üyeleri, Değerli Hocam, Forumun bilgi birikimimize yararlı olmasına destek vermek üzere Ankara'dan gelen Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Değerli

Başkanı, 2. Hukuk Dairesi Değerli Üyesi hepinizi sevgiyle saygıyla selamlıyorum.

Son yıllarda, özellikle Avrupa Birliği'ne uyum çalışmaları çerçevesinde temel yasaların hızla değiştirilmesi, uzun yıllardır uyguladığımız bu yasaların yeni şekliyle madde numaralarının farklılaşması ve yeni düzenlemelerin yeterince anlaşılmasına fırsat tanınmadan hemen yürürlüğe girmesi, bütün hukukçuların adeta yeniden öğrenci olmasını zorunlu kıldı. Yasaları yeniden öğreniyoruz ve amaca uygun uygulanmasını sağlamaya çalışıyoruz. Bu bakımdan, Baromuzun ve Staj Eğitim Merkezinin düzenlediği meslek içi eğitim seminerleri ve forumlar çok yararlı oluyor.

Bu sabah 1. oturumda boşanma davaları açısından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla getirilen ön incelemeye, dilekçe içeriğinde nelere yer verilmesi gerektiğine, delil sunumlarına ilişkin yenilikler ayrıntılı bir şekilde anlatıldı. Yasanın çelişkili hükümleri tartışıldı, doktrinde birbirinden farklı yorumlar getirildiği görüldü, ortak bir uygulama alanı bulmakta da zorlanıldı. Yasa çıkarılmadan önce tasarılarla ilişkin eleştirilerin, Baroların, üniversitelerin, ilgili kurumların özenle hazırlayıp sundukları raporların, ne yazık ki dikkate alınmamış olduğuna bir kez daha tanık olduk. Ayrıca meclis görüşmeleri sırasında da önergelerle düzeltilmek istenen hususlar sayıca çoğunluğun adeta bir siyasi güç gösterisi engeliyle karşılaşıyor ve düzeltme imkânı kullanılamıyor. Sonuçta, temel yasalarda yer alan birçok karmaşık, çelişkili hatta bir madde içindeki fıkralar arasında bile tutarsızlık bulunan kurallar, uygulamada büyük zorluk yaşanmasına yol açıyor.

Bu oturumda ele alacağımız “mal rejimleri” de, Medeni Kanun Tasarısı'nın hazırlık aşamasında, sonra Tasarının TBMM Adalet Komisyonu'nda ve Genel Kurulda yapılan görüşmeleri sırasında en tartışılan ve sonuçta çıkarılış amacına da yeterince uymaz hale getirilmiş karmaşık bir düzenleme olmuştur.

Özellikle yeni Medeni Kanunun hazırlık sürecini izleyememiş genç meslektaşlarımız ve stajyerler için Medeni Kanun Tasarısı ha-

zırlanırken mal rejimlerinde neden değişiklik yapıldı? Nasıl bir değişiklik yapıldı? Yürürlük Kanunu 10. madde hükmünde Mecliste son anda yapılan değişiklik, uygulamada nasıl bir sorun yaşanmasına yol açtı? Bu hususlara kısaca değinmek isterim. Özellikle Yürürlük Kanunu konusunda değineceğim husus, 2002'den önce yapılmış evliliklerde edinilmiş mallar hakkında neden iki farklı talep hakkı söz konusu olduğuna; “katkı payı alacağı”, “katılma alacağı” gibi iki ayrı talepte bulunmak zorunluluğuna yol açtığına da yanıt olacağını düşünüyorum. 2002 öncesi için bir talep ileri sürülecekse, bunu “katkı payı alacağı”, 2002 sonrası yasal mal rejimi kapsamındaki talep hakkımız için “katılma alacağı” kavramları yerleşti, bu kavramları kullanıyoruz. Birazdan da değinileceği gibi, kadın eşin katkı payı talep edebilmesi, 1926 tarihli Medeni Kanunda ev içi emeğinin maddi bir değeri olmadığı için, bir işte çalışması karşılığında kazandığı ve bununla yaptığı maddi katkısını ispatlaması gerekecektir.

1926 tarihli Medeni Kanun'umuz hazırlanırken bilindiği gibi İsviçre Medeni Kanunundan birçok bölümü tercüme yoluyla aynen alınmıştır. Fakat mal rejimlerinde farklı bir yol izlenmiştir. (1907 tarihli) İsviçre Medeni Kanununda yasal mal rejimi “mal birliği” ve seçimlik mal rejimleri “mal ortaklığı” ve “mal ayrılığı” olmasına karşın, Türk Medeni Kanununda yasal mal rejimi olarak “mal ayrılığı” tercih edilmiş ve seçimlik olarak da “mal birliğine” ve “mal ortaklığına” yer verilmiştir.

Mal ayrılığı rejiminde, evlilik boşanma, evliliğin iptali veya eşin ölümü ile sona erdiğinde eşler arası bir mal paylaşımı yapılması söz konusu değildi. Aslında Medeni Kanunda eşlere evlilik sona erdiğinde malların paylaşımına dayanan “mal birliği” ve “mal ortaklığı” rejimlerinden birini aralarında sözleşme yaparak seçmeleri imkânı tanıyan düzenlenme olmasına rağmen, bildiğimiz kadar 1926'dan sonra 75 yıllık uygulamada yok denecek kadar az sayıda yaklaşık 15 kadar mal ortaklığı sözleşmesi yapılmıştır. Çünkü toplum olarak, aile yapımız olarak eşler arasında böyle bir sözleşme yapma alışkanlığımız yok. Bu nedenle de ülkemizde yasal mal re-

jimi büyük önem taşıyor. Bilindiği gibi, mal ayrılığı rejimi yıllar içinde kadının ekonomik açıdan güçsüz kalmasına, evlilik sona erdiğinde mağdur olmasına yol açmıştır. Özellikle kadın hukukçuların, kadın kuruluşlarının sorunu ülke gündemine taşınmasından sonra değişiklik taslakları hazırlanmıştır. Gerçekten mal ayrılığı rejimi, kadının ev içi emeğini, tarlada, bahçede çalışıp üretmesini, eşinin işine yardımcı olarak ekonomik getirisi olan çalışmalarını bile maddi bir katkı olarak saymamıştır. Hatta meslek sahibi olan ve bir işte çalışan kadınlar da çoğu kez aynı sonuçla karşılaşmışlardır. Kazandıklarını eve, çocuklara harcamışlar, koca ise tasarruf ederek mülk sahibi olmuştur. Ayrıca, kadının bir işte çalışması için 1990 yılında Anayasa Mahkemesince iptal edilene kadar kocanın iznine tabi kılınmış olduğunu unutmamalıyız.

İşte bu nedenle, Medeni Kanun Tasarısı hazırlama komisyonu da mal ayrılığı rejiminin kadın eş açısından yaşanan mağduriyetin giderilmesinin ve eşler arası eşit hakların getirilmesinin gerekli olduğunu oy birliği ile kabul etmiş ve yasal mal rejiminin değiştirilmesi kararını almıştır. Buna göre, mal ayrılığı yasal mal rejimi olmaktan çıkarılacaktı, ama nasıl bir mal rejimi getirilmeliydi? Bu konuda yine İsviçre örnek alınmak istenmiş, ancak Tasarı Hazırlama Komisyonu, İsviçre Medeni Kanununda 1984 yılında yapılan değişiklikle getirilen yasal mal rejimi “edinilmiş mallara katılmanın” tasfiyesinin anonim şirket tasfiyesinden zor olduğunu, uzun zaman aldığı genel gerekçeye de yazarak, bir alt komisyon kurulmasına ve paylaşımına dayanan ve tasfiyesi daha kolay olan bir mal rejimi düzenlemesine karar vermiştir. Alt komisyon “paylaşmalı mal ayrılığı” adıyla yeni bir mal rejimi düzenlemiştir. Tasarı bu şekliyle Meclis gündemine girmiştir. Adalet komisyonunda “paylaşmalı mal ayrılığı” yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş, ancak tekriri müzakere yapılmasında dayatılma, “edinilmiş mallara katılma” rejiminin yasal mal rejimi olmasının kabul edilmesi ve TBMM Genel Kurulundan da bu şekilde geçmesi ... uzun hikaye... Sabahki oturumda Sayın Şimşek’in de ifade ettiği gibi yasalar yapılırken içinde yaşanan toplumun yapısına uygun olmasına ve zamanın koşullarına yanıt vermesine özen gösterilmelidir.

Tasarı hazırlanırken başlangıçta 1988 yılında yürürlüğe giren İsviçre’de uygulanmakta olan “edinilmiş mallara katılma” neden tercih edilmedi, diye baktığımızda “mal ayrılığından” birdenbire halkımızın alışık olmadığı bir sisteme geçmesinde ve tasfiyesinde yaşanacak zorlukların dikkate alındığını görebiliriz. Çünkü İsviçre’de “edinilmiş mal– kişisel mal; birlik malı; tasfiye” gibi uygulamayı içeren eşlerin alışkın olduğu bir düzen getiren “mal birliğinden” bu yeni mal rejimine geçilmiştir. İsviçre’de sadece kocaya üstün haklar veren bazı hükümlerin değiştirilmesi suretiyle bu yeni mal rejimi düzenlenmiştir. Mal birliğinde, birlik malının yönetim ve tasarruf yetkisi kocaya tanıyan; tasfiyede kocaya 2/3, kadın eşe 1/3 pay verilmesini düzenleyen kurallar kaldırılmış, yeni bir yasal mal rejimi getirilmiştir...

Değerli Arkadaşlar, bilindiği gibi Medeni Kanun Tasarısı 22 Kasım 2001 tarihinde Mecliste kabul edilmiş, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 8 Aralık 2001’de Resmi Gazetede ilan edilmiş ve 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni Medeni Kanunda yasal mal rejimi olarak “edinilmiş mallara katılma” ve bunun yanında mal ortaklığı, mal ayrılığı ve paylaşımlı mal ayrılığı adıyla üç seçimsel mal rejimi düzenlenmiştir. Almanya’da, İsviçre’de seçimsel mal rejimi iki tür iken, eşler arası sözleşme yapma alışkanlığı olmayan ülkemizde neden üç tür diye merak ederseniz; bunun da ayrı bir hikâyesi var, mal rejimi kitaplarında, özellikle Ahmet Kılıçoğlu hocanın kitabında ayrıntıları okuyabilirsiniz.

3 Aralık 2001 tarihinde Mecliste kabul edilen 4722 sayılı Medeni Kanunun yürürlüğü hakkındaki Kanun da 1 Ocak 2002 de yürürlüğe girmiştir. Mal rejimlerinin uygulama ve yürürlüğünü düzenleyen 10. maddede Meclis görüşmeleri sırasında verilen bir önerge ile değişiklik yapılmış, Tasarıda mevcut evlilikler açısından yürürlüğün “evlenme tarihinden itibaren” olmasına yazılı iken, önergenin kabul edilmesiyle birinci fıkra “*Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler **Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak** bir yıl içinde başka bir mal rejimi*

mi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar” halini almıştır.

Bu kurala göre, yıllardır aynı yastığa baş koyan eşler, ayrıca akşamdan sabaha “haydi gel sözleşme yapalım, 2002’den önceki malları eşit paylaşalım” demek zorunda bırakılmıştır. Aslında anlaşılabilir eşler zaten paylaşırlar, ayrıca bir sözleşme yapmalarına gerek var mı? Oysa mal rejiminin değiştirilme amacı geçmişteki mağduriyeti kaldırmaktı ve bu, eşlerin yapacağı sözleşmeye bırakılmamalı, yasada düzenlenmeliydi. İşte Yürürlük Kanunundaki bu kural nedeniyle evliliğin sona ermesi durumunda iki farklı hak talep edilmesi gereği doğmuştur. Bu nedenle, uygulamada evlilik tarihinden 1 Ocak 2002’ye kadar mal ayrılığı rejimi nedeniyle “katkı payı alacağı”; 1 Ocak 2002’den sonrası için ise “katılma alacağı” talep edilmektedir. Artık bu kavramlar yerleşti. 2002 öncesi için kadının katkı payı talep edebilmesi için bir işte çalışmış olması, alınmış mala maddi bir katkısı olması ve bunu ispatlaması gerekecektir. 1926 tarihli Medeni Kanunda ev içi emeğin bir maddi değeri olmadığı için alınan mal eşinin üzerine kayıtlı ise mal ayrılığı rejiminin sona ermesi durumunda kadının herhangi bir talep hakkı olamıyordu. Ama 2002 tarihli yeni Medeni Kanunda, “eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar” hükmü ile artık ev içi emek de maddi bir değer ifade etmektedir. Bu nedenle kadın eş çalışsa da çalışmasa da edinilmiş mallara katılma rejimi tasfiyesi sonucu ortaya çıkan artık değer üzerinden eşit oranda katılma alacağına hak kazanmaktadır.

Yeni ve önceki kanundaki yasal mal rejimini karşılaştırdığımızda bir önemli husus da, mal ayrılığı rejiminin sadece eşleri ilgilendirirken, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşin ölümüyle sona ermesi halinde, tasfiyesi sonucunun özellikle eş ile birlikte diğer yasal mirasçılarını yakından ilgilendirmesidir. Eşin ölümü halinde önce mal rejimi tasfiyesi yapılacak, Sağ kalan eş ölenin adına kayıtlı edinilmiş maldan yarı payını alacak, sonra edinilmiş malın diğer yarısı ile ölenin kişisel malından oluşacak tereke miras kurallarına göre eş ile diğer mirasçılar arasında paylaşılacak. Görüldüğü

gibi yeni yasal mal rejimi sağ kalan eşin ve diğer mirasçılarının miras paylaşımını önemli ölçüde etkilemektedir.

Değerli Arkadaşlar, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi davası açılması için zamanaşımı süresinde bir değişiklik oldu. Bildiğiniz gibi, 2. Hukuk Dairesi mal rejimleri konusuna bakarken, zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğunu kabul etmişti, gerçi karşı oy yazıları da vardı ama 10 yıl olarak uygulanıyordu. Mal rejimi davaları Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin görev alanına verilince, bu defa daire zaman aşımı süresini evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden doğan dava hakları kapsamında değerlendirerek boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra 1 yıl olduğuna karar vermişti. Evet 10 yıl çok uzun, ama bir yıl çok azdı, birçok olayda hak kaybına yol açıyordu. Bugün burada belki birçoğunuz ilk defa duyacaksınız, artık zamanaşımı süresinin tekrar 10 yıl olduğu karara bağlandı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17 Nisan 20013 tarihli yeni bir kararıyla zamanaşımının on yıl olmasını kabul etti. Bu durumu Sayın 8. Daire başkanı açıklayacaktır. Ben sadece bu değişikliği belirtmekle yetinmek istiyorum.

Değerli Arkadaşlar, yeni yasal mal rejiminin bir özelliği de, başladığı tarihten sona erdiği tarihe kadar her eşin kendi adına kayıtlı her tür malında, kişisel ve edinilmiş malları üzerinde dilediği gibi yararlanıp, tasarruf edebilmesidir. Bu yönüyle yeni yasal mal rejimi mal ayrılığı rejimi benzerdir. Demek ki edinilmiş mallara katılma rejimini sona erene kadar mal ayrılığı rejimi gibi düşünmemiz gerekiyor. Eşin bu yönetim ve tasarruf serbestliğinin sınırları kanunda belirtilmiştir. Bunlar, evliliğin genel hükümleri kapsamındaki 194. ve 199. maddeden kaynaklanan sınırlamalar ile yasal mal rejimi kuralları gereği 223. maddede düzenlenen paylı mülkiyetteki sınırlamalar ve 229. maddede belirtilen karşılıksız kazandırma ve devirler açısından sınırlamalardır. Bu bakımdan, yasal mal rejimi süresince dilediği gibi tasarruf edebilen eşlerin hangi malının edinilmiş veya kişisel mal olduğu tasfiye başladığında dikkate alınacaktır.

Değerli meslektaşlarım, mal rejiminin ne zaman başladığını ve hangi tarihte sona erdiğini bilmemiz gerekiyor, çünkü tasfiyeyi bu iki tarih arasında edinilen mallar üzerinden yapıyoruz. Zaten mal rejimi konusunda danışmaya gelen kişilere de, ilk sorumuz malın ne zaman alındığını sormak oluyor, değil mi?

Eşler arasında yasal mal rejimi ne zaman başlar, buna bakalım:

- evlendikleri tarihte; - 2002 öncesi evli olanlar için MK'nın yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002 tarihinde; -eşlerarası seçimlik mal rejimi sözleşmesi yapılmışsa, bu sözleşmeden döndüklerini noterde kayda geçirdikleri tarihte başlar.

Yasal mal rejiminin sona erdiği tarih ise: - evlilik boşanma ile sona ermişse, *boşanma davasının açıldığı tarihte*; -evlilik eşlerden birinin ölümüyle sona ermişse, *ölüm tarihinde*; eşlerin seçimlik bir mal rejimi sözleşmesi yapmaları halinde noterde işlem yaptıkları tarihte; - MK. 206 gereğince haklı bir neden olması halinde mal ayrılığın döndürme davasının açıldığı tarihte sona erer.

Dikkat etmemiz gereken bir husus da, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme tarihi ile tasfiyenin başlangıç tarihlerinin farklı olabileceğidir. Örneğin mal rejimi MK. 225 gereğince boşanma davasının açıldığı tarihte sona erdiği halde, tasfiyenin talep edilebilmesi için boşanma kararının kesinleşmesini beklemek gerekmektedir. Nitekim, tasfiye davası hakkında zamanaşımı süresi boşanma kararının kesinleştiği tarihte başlar. Yeni Hukuk Genel Kurulu Kararı ile zamanaşımı süresi artık 10 yıl oldu.

Medeni Kanununun 222. maddesinde, eşlerin sahip olduğu malların hangi tür mal olduğunu belirlemek için ispat karineleri düzenlenmiştir, bu karineler edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye sürecinde kolaylık sağlamaktadır. Buna göre, bir eşin malları aksi ispat edilene kadar edinilmiş mal sayılır, buna edinilmiş mal karinesi diyoruz. Bu mal benim kişisel malım diyen eş bunu ispatlamakla yükümlüdür. Kanunda yer verilen ikinci karine, paylı mülkiyet karinesi, buna göre eşlerden hangisine ait olduğu ispat

edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayıldığı kabul edilmiş. Edinilmiş mal karinesinde malın sahibi olan eş belli, tartışma yok bu konuda, ama söz konusu mala nasıl, hangi kaynakla, ne zaman (evlilik öncesi mi) sahip olduğu belirlenemiyor, eş aksini ispatlayamadıkça bu mal edinilmiş mal olacaktır. Örneğin, değerli bir halı var, bu benim diyen eş kişisel malı olduğunu, bunu annesinin kendine hediye verdiğini, ya da miras kaldığını ispatlayamazsa, bu halı tasfiye sürecinde edinilmiş mal olarak hesap edilecektir.

İkincisi, paylı mülkiyet karinesi. Malın hangi eşe ait olduğu belirlenemiyor, ispatlanamıyor. Bu karineye göre, eşlerden hangisine ait olduğu kanıtlanamayan durumlarda, mal onların paylı mülkiyetinde sayılır, tasfiye aşamasında üstün yararı olduğunu ispatlayan eş yarı bedelini diğer eşe ödemek koşuluyla malın mülkiyetine sahip olabilir.

Bir önemli husus da, edinilmiş mallara katılma rejiminin “nakdi tasfiye” esasına tabi olmasıdır. Bu ne demek? Tasfiye aşamasında bakılıyor, örneğin bir eşin adına kayıtlı ev var, bu ev evlendikten sonra eşlerin birikimiyle alınmış. Tasfiye davası açan eş mülkiyeti talep edebilecek mi? Hayır, çünkü tasfiye sonunda evin mülkiyeti yine kimin adına kayıtlı ise o eşte kalmaya devam edecek, o da malın maliki olmayan eşin nakdi tasfiye esasına göre ve tasfiye anına en yakın tarihteki keşif değeri üzerinden bedelin yarısını “katılma alacağını” ödeyecektir.

Değerli Arkadaşlar, başlangıçta hayatı paylaşmak üzere bir araya gelen eşlerin, evlilik özellikle boşanma ile sona erdiğinde malları paylaşmakta ne kadar isteksiz olduklarına, hatta hakkı olmasına rağmen diğer tarafa bir kuruş dahi ödemek istemediklerine tanık oluyoruz. Buna bir de, edinilmiş mallara katılma rejiminin içinden çıkılması zor kuralları eklendiğinde tasfiyeyi kolaylaştırmak için kendimize yasadaki düzenlemeye dayanarak bir yol haritası çizmenin yararlı olacağına inanıyorum.

Buna göre, eşlerin tüm edinilmiş ve kişisel malları belirlenmeli; dava dilekçesinde her bir malın hangi tarihte, hangi bedelle alındığı yazılmalı.

Eğer bir eşin diğer eşin kişisel malına yaptığı bir katkı varsa, değer artış payının hangi oranla hesaplanması gerektiği belirtilmeli. Değer artış payı talebi ancak mal rejimi tasfiyesi ile birlikte istenebilir, mal rejimi sona ermeden, evlilik devam ettiği sürece değer artış payı talep edilemez. Üzerinden değer artış payı talep edilen söz konusu mal daha önce satılmışsa, elden çıkmışsa, hakim hakkaniyete uygun bir bedel ödenmesine karar vereceğinden yine dilekçede yaklaşık bir değer bildiriminde yarar var.

Eğer bir eşin kişisel malından edinilmiş malına ya da tersine bir katkı olmuşsa, yine dava dilekçesinde katkının hangi oranda olduğunu belirtmek denkleştirme hesaplamasının daha hızlı yapılmasını sağlayacaktır.

Eğer eşlerden biri mal rejimi sona ermeden bir yıl önce üçüncü bir şahsa eşinin rızası olmadan olağan dışı karşılıksız bir kazandırma yaparsa, hediye alırsa, tasfiye sürecinde bu mal mevcut gibi hesaplanacağından elden çıktığı tarihteki yaklaşık bedeli belirtilmelidir. Ayrıca, eşlerden biri diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla üçüncü kişilere devrederse, yine tasfiye sürecinde bu mallar mevcut gibi hesaplanır, bu nedenle bu gibi mallar söz konusu ise, dava dilekçesinde açıkça bildirilmesinde yarar vardır. Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.

Burada dikkatinizi çekmek isterim, kanunda 232. maddede açık ifadeyle tasfiye sürecinde edinilmiş malların değerinin belirlenmesinde değer artış payı ve denkleştirme hesaplanırken “sürüm değerinin” esas alınması kabul edilmiştir. Ancak 235. maddede, eklenecek değerler konusunda “malın devredildiği” tarihteki değer olarak kabul etmiştir. Bu aslında haksız bir durum yaratmaktadır. Umarız bir torba yasa içine bu madde değişikliği de konular ve sürüm değeri olarak değiştirilir.

Bu işlemler yapıldıktan sonra, tasfiye sonucunda eşlerin her birinin edinilmiş mallarının (varsa borçlar düşülerek) net toplamı,

artık değeri bulunur. Her eş veya mal rejimi eşin ölümüyle sona ermişse mirasçıları, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Çünkü, tasfiye sonunda artık değerin yarısı katılma alacağı olarak sağ kalan eşe verilecektir. Görüldüğü gibi mal ayrılığında tereke ölen eşin edinilmiş, kişisel mal ayrımı olmadığından tüm malvarlığından oluşuyordu, sağ kalan eş dışındaki mirasçılar daha fazla pay alıyordu. Halbuki edinilmiş mallara katılma rejimin eşin ölümüyle sona ermesi halinde önce mal rejimi tasfiye yapılacak, sağ kalan eş artık değerin yarısını alacaktır.

Medeni Kanun'un 236. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan diğer bir hükme göre, eğer boşanma davası zina veya hayata kast nedenine dayanarak açılmışsa ve hakim bu nedene dayanarak boşanmaya karar vermişse, tasfiye davasında hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.

Değerli arkadaşlar, mal rejimi tasfiyesi davası açmak için yatırılacak nisbi harç hangi bedel üzerinden hesaplanacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre bu bir belirsiz alacak davası olarak kabul edilebilir mi, böylece bir kısmı için harç yatırılıp, daha sonra tamamlanabilir mi? Bu soruya yanıt verebilmek için HMK'nın 107. maddesine bakmamız lazım. Madde diyor ki, *“davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesi imkansız ise veya dava açanın belirleyebilmesi kendisinden beklenemeyecek durumda ise, asgari bir miktar belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası”* açabilir.

Buna göre, eğer eşlerin çok sayıda mal ve birikimi varsa, değer artış payı, denkleştirme ve eklenecek değerlerin belirlenmesi gerekecekse, mal rejimi tasfiyesi davası belirsiz alacak davası olarak açılabilir. Ama eşlerin sadece bir tek oturdukları ev varsa ve/veya bankada birikimleri mevcutsa, burada katılma alacağına ilişkin değer kolayca tespit edilebileceğinden bu gibi durumlarda katılma alacağı belirsiz alacak davası olarak talep edilememeli, edilse dahi kabul edilmeyeceği kanısındayım.

Tasfiye sürecinde çok farklı konular da karşımıza çıkıyor, mal varlığı denilince sadece taşınmaz, nakit gibi değerler değil, şirket hisseleri de söz konusu olduğunda tasfiye çoğu kez daha da zorlaşıyor. Örneğin, karşılaştığım sorulardan birine değinmek istiyorum. Boşanmak üzere olan bir şirket sahibi, şirketi evlenmeden önce kurduğunu (kişisel mal), çekişmeli bir durum olursa sadece şirket kârından mı ödeme yapması gerekeceğini, ayrıca şirketi kurduğu değer ile şimdiki değerinin arasındaki farkın yarısını da vermek zorunda kalıp kalmayacağını öğrenmek istedi. Şirketteki hissesi kişisel mal, geliri ise edinilmiş mal sayıldığından kârın yarısını ödemesi gerekecekti. Karşı taraf şirketin kurulduğu ve güncel değeri arasındaki farkı talep etse de, şirketin kurulduğu tarihle güncel değeri arasındaki farkı ödemek zorunda kalmaması gerektiği görüşünde olduğumu ifade ettim, çünkü kişisel malın artışı da eksisi de malın malikine ait olup tasfiyede hesaplama dahil edilmemelidir. Ancak, ihtiyati tedbir konmasını da isteyebileceğini de belirttim. Sanırım ihtiyati tedbir konulursa şirketin işlerliğinin riske gireceği endişesiyle, anlaşmalı boşanma yolunu seçti, eşiyile uzlaşabileceği yüksek bir miktar ödemeye karar verdi.

Tasfiye sürecinde kooperatif hisseleri için yapılan aylık ödemeler ya da banka kredisyle alınan bir malın taksit ödemeleri devam ederken boşanma durumunda taşınmazın kime ait olacağı da karmaşık bir hesaplama gerektiriyor. Bunlara sanırım soru cevap bölümünde ayrıntılı olarak girebiliriz.

Değerli Arkadaşlar, ben bir genel giriş yapmaya çalıştım. Değerli 8. Daire Başkanımız uygulama ve Yargıtay'da kararlılık kazanan konulara dikkat çekecek ve ayrıntıları bizimle paylaşacak.

Görüldüğü gibi, yasal mal rejiminin tasfiyesi zahmetli ve uzun bir süreç. Bütün bunları birkaç yıl için tamamlayıp, katılma alacağına hak kazanılsa bile, katılma alacağının ve değer artış payının derhâl ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa borçlu eş ödemenin ertelenmesi için uygun bir süre isteyebilir. Dolayısıyla bunca zahmete katlanan davacı eş bir de ödemenin yapılmasını beklemek zorunda kalacaktır. Tabii faiz isteyebilir.

Medeni Kanun Tasarısının ilk halinde yazılı olduğu gibi, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi anonim şirket tasfiyesinden daha zor.

Yasanın içeriğinin anlaşılması çok önemli, Yargıtay uygulamalarının kararlılık kazanması çok önemli. Tasfiye davası sürecinde Aile Mahkemesi hakimlerine, taraflara, davalıya, davacıya, Yargıtay'a hepimize kolay gelsin diyorum, hepinize saygılar sunuyorum.

Av. Muazzez YILMAZ- Biz de Nazan Hanıma çok teşekkür ediyoruz. Şimdi sözü Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Yusuf Uluç'a vermeden önce arkadaşlar bir hususu belirteceğim. Sorularınızı soru kâğıtçıkları dağıttık, eğer ulaşamadıysa ulaştıralım. Onlara yazarsanız kime, hangi konuşmacıya sormak istediğinizi bilelim, onları bu arada da toplayabiliriz. Ben Sayın Yusuf Uluç'u Şubat ayında İzmir'de yapılan bir konferansta izlemiştim. Orada demişti ki, bu konu hesap kitap işi, hem mali müşavir olacaksınız, hem mühendis olacaksınız, hem de avukat olacaksınız. Bu arada 8. Hukuk Dairesinin yol gösterici yeni kararları var, tabii onları kendisinden öğreneceğiz. Buyurun Sayın Uluç.

Yusuf ULUÇ- Değerli arkadaşlar, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Bu paneli düzenleyen başta Sayın Nazan Moroğlu olmak üzere İstanbul Barosu Yönetim Kuruluna, Staj Eğitim Merkezi Başkanı ve üyelerine saygılarımı sunuyorum, hepinizi tekrar saygıyla selamlıyorum.

Benden önce konuşan arkadaşların hepsine teşekkür ediyorum, kendilerinden gerçekten çok yararlandım. Şimdi mal rejimleri konusu arkadaşların da değindiği gibi gerçekten karmaşık bir konu, yani hem mali müşavir, hem hukukçu ve yerine göre mühendis veya kuyumcu vs. olacaksınız ki, bu hesabın içinden çıkabilirsiniz. Sistem yeni, Kanun 01.01.2002 yılında yürürlüğe girmiştir, bizde geçmiş olmayan bir konu, yeni uygulanıyor. İsviçre'deki içtihatları bir şekilde bize ulaştıran Federal Mahkeme kararlarını önümüze sunan bir sistem henüz yok. Fakat karamsar olmaya gerek de yok, bence iyi yoldayız, altından kalkarız.

Değerli arkadaşlar, 8. Hukuk Dairesi aslında herkesin bildiği gibi zilyetlik Dairesi olarak biliniyordu. 2009 yılında mal rejimleriyle ilgili davaların temyiz incelemesinin yapılması için Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nden 8. Hukuk Dairesi'ne verildi. Aynı yıl tahminen ondan bir yıl öncede, miras paylaşım sözleşmesinden kaynaklanan davalar verildi, 2012 yılında ise, 12. Hukuk Dairesi'nden (İcra İflas Dairesi) ilamlı icraya karşı yapılan şikâyetler ile menkul ve gayrimenkul ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin davalar verildi. 2013 yılında ise aynı Dairenden haczedilmezliğe ilişkin davalar ve ipoteğin fekki davaları ile bunların ardılları verildi. 17. Hukuk Dairesi'nden ise, istihkak iddiaları ile istihkak davalarına ilişkin dosyaların temyiz incelemesi 8. Hukuk Dairesi'ne verildi. 2. Hukuk Dairesi'nden ise tenkis hariç, miras hukukuna ilişkin tüm davaların temyiz incelemesi aynı şekilde Dairemize verildi.

8. Hukuk Dairesinde kalan gayrimenkul davaları ise 713/2. fıkrasından kaynaklanan davalar ile zilyetliğin korunması davaları ve kadastronun hiç girmediği yerlerde TMK'nın 713/1'e dayalı olarak açılan dava ve isteklerdir. Görüldüğü üzere bu yoğun iş hacmi içinde mal rejimi tasfiyesi davalarına da bakıyoruz.

Mal rejimi tasfiyesi davasıyla ilgili zamanaşımı en önemli sorundu, özellikle tartışma konusuydu. En çok eleştirildiğimiz konulardan biriydi, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi zamanaşımını oy çokluğuyla 10 yıl olarak uyguluyordu. Sayın Gençcan ve bildiğim kadarıyla Sayın Özuğur karşı oy yazıyordu. Sayın Gençcan burada. Haklı sebepleri vardı, 178. maddede, "boşanma davasından doğan dava hakları" ibaresi bizi bu yola sevk etti. Bir yıl aslında gerçekten çok kısa bir süre, 10 yıl da oldukça uzun bir süre, bu konuda yasal düzenleme gerekiyor. Bu da yüce Meclisin takdiri ve onların görev alanı içinde olmaktadır.

Bir yıllık zamanaşımını, mal rejimleri görev alanımıza girdiği 2009 yılından 17 Nisan 2012 yılına kadar uyguladık. Bir yılı uygulamamızın nedeni, sorunların bir an evvel bitirilmesi, yani mal rejimi davalarının bir an önce sonuçlanması ve aile içindeki huzurun

sağlanmasıydı. 10 yıl da oldukça uzun bir süreydi, o nedenle Dairede tartışıldı, çok uzun bir süre olması nedeniyle sorunu 15 - 20 - 25 yıla taşıyordu. Önümüze gelen dosyalardan gerçekten birinci evlilik bitmiş, boşanma kararı kesinleşmiş, eşler yeniden evlenmiş, 10 yıllık mal ayrılığı dönemi olması nedeniyle 10 yıllık zamanaşımına tabi bulunmasına karşın mal rejimi davalarının halen devam ettiği anlaşılıyordu. 01.01.2002 öncesi mal ayrılığı dönemine ilişkin katkı payı alacağı davaları bakımından 10 yıllık zamanaşımı uygulanır (TMK'nın 5. maddesi yoluyla BK. m.125). Bu dönem için sözleşmenin olup olmaması 10 yıllık zamanaşımının uygulanması bakımından sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra, evlilik ölümle sona ermişse 10 yıl, evliliğin iptaline karar verilmesi halinde 10 yıl ve eşler arasında mal rejimi sözleşmesi söz konusu ise yine 10 yıl uygulanıyordu. Sadece, TMK'nın 178. maddesinde, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları..., ibaresi nedeniyle katılma alacağı ve değer artış payı konusunda 1 yıllık zamanaşımı uygulanmaktaydı. Bu maddede, evliliğin iptalinden söz edilmediği için, 1 yıl değil 10 yıl uygulanıyor.

Önümüze gelen bazı davalar 10 yıllık zamanaşımına tabi olmasına karşın zamanaşımının kaçırıldığı görülmüştür. Bu konuda azımsanmayacak sayıda dosyalara rastlanılmıştır. Yine 10 yıllık zamanaşımına tabi olmasına karşın ikinci evlilikten doğan çocuk 17 yaşına gelmiş olmasına karşın, mal rejimi davasının devam ettiği görülmüştür. 10 yıllık zamanaşımı süresinin oldukça uzun bir süre olması nedeniyle mutlaka yüce Meclis tarafından bu durumun düzeltilmesi gerekmektedir. Hiç şüphesiz bu bir yasal düzenleme işidir. Çünkü, uzun süreli bu tür davalarda eski eşler, eski çocuklar ve yeni eşler, yeni çocuklar mahkemelerde karşı karşıya gelmek durumunda kalmaktadır. Bu husus ise toplumsal yapıya zarar vermektedir. 1 yıllık zamanaşımı süresinin de çok kısa olması nedeniyle hak kaybı açısından büyük yakınmalara neden oluyordu.

Bu konuda yasal düzenlemenin yapılması için yaptığımız girişimler sonuç vermeyince ve Dairede de 10 yıllık zamanaşımı baki-

mından çoğunluk sağlanamayınca direnme ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelecek dosya bekleniyordu. Hukuk Genel Kurulu'na direnme dosyalarının geldiği öğrenilince de, 1 yıllık zamanaşımına tabi dosyalar Hukuk Genel Kurulu'nda çıkacak karar nedeniyle beklemeye alındı. Katılma alacağı ve değer artış payı bakımından kısmi dava açılınca zamanaşımı sadece kısmi dava için öngörülen miktar bakımından kesiliyordu. Ek davanın da tabi olduğu zamanaşımı süresi içerisinde açılması gerekir. Islahın da aynı zamanaşımı süresi içinde yapılması zorunludur. Yargıtay'ın ağırlıklı görüşü de bu yöndedir. Hukuk Genel Kurulu'na gelip, direnilen bir dosyada; 10 yıllık zamanaşımına tabi bölümler ile 1 yıllık zamanaşımına tabi olup, hakkında def'i ileri sürülmeyen bölümler Daire tarafından onanmıştı. Ancak, hakkında zamanaşımı def'i ileri sürülen bir istek bakımından ise, 1 yıllık zamanaşımının geçmesinden sonra ıslahın yapıldığı görüşüyle zamanaşımından bu isteğin reddine karar verilmesi gerektiği yönünde bozma sevk edilmişti. Direnme buna ilişkindi. Her ne kadar davanın HMK'nın 107. maddesi gereğince, belirsiz alacak davası olduğu yönünde karşı oy yazılmış ise de, mahkemece, ilk olarak HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce kararını verdiği için ve HMK'nın 448. maddesi gereğince, tüm iş ve işlemler tamamlanmış bulunduğundan söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak kabulü mümkün olmadığı gibi, henüz karar verildiği tarihte yürürlükte olmayan bir kanun hükmünün de uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

SALONDAN - Hukuk Genel Kurulu kararını yeni duyanlar için tekrarlar mısınız?

Yusuf ULUÇ - 17 Nisan 2013 tarihinden itibaren Hukuk Genel Kurulunda, edinilmiş mallara katılma rejimi için de 10 yıl zamanaşımının uygulanacağı yönünde kararın çıkması üzerine, Daire çoğunluğunca da Hukuk Genel Kurulunun bu görüşü benimsendi ve o tarihten itibaren de uygulanmaya başlandı. İki veya üç arkadaşın karşı oy yazma durumu söz konusu olabilir. Oybirliğiyle çıkan kararlar da vardır. Sonuçta mal rejimi tasfiyesi davası bakımından 10 yıllık zamanaşımı Dairece uygulanmaktadır.

SALONDAN - Hâkim Bey, ıslah edilen miktar yönünden diyorsunuz, değil mi?

Yusuf ULUÇ - Tabii, şimdi zamanaşımı ne zaman başlıyor, o ayrı bir tartışma konusu. Bakın, şimdi 10 yılın başlangıç tarihi ne zaman olacak? İlke olarak yine boşanma kararının kesinleştiği tarih olur. Konuya ilişkin kitaplarda, boşanma davasının açıldığı tarih zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak belirtilmiştir. Yani mal rejiminin sona erdiği tarih gösteriliyor. Fakat Borçlar Kanununun bir maddesi var, arkadaşlar, eski Borçlar Kanunu'nun 132. maddesi, şimdiki Türk Borçlar Kanununun 153/3. bendi gereği: *"Eşler arasında evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için (1. fıkraya yapılan atıf nedeniyle) zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur"* Şimdi bu fıkra nedeniyle zamanaşımının başlangıcı boşanma dava tarihi de olsa, o tarihten de başlatılsa, açıklanan BK'nun amir hükmü karşısında zamanaşımının başlamayacağı ve başlamışsa duracağı hususu gözetildiğinde, sonuçta yine zamanaşımının başlangıç tarihi boşanma kararının kesinleştiği tarihe gider ve bu tarihten başlar. Bu yönde Dairenden çıkmış bir karar henüz yok. Bu benim kişisel görüşümdür. Zamanaşımının başlangıç tarihi değerlendirilirken TMK'nın 5 ve TBK'nın 146 (e.BK. m. 125) 153 (e.BK.m.132/1-3.bent) maddelerinin birlikte yorumlanması gerekir. Kısmi davanın da 10 yıl ve ıslahla artırılacak miktarın da yine 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde yapılması zorunludur.

SALONDAN - Kısmi dava durumunda ne olacak?

Yusuf ULUÇ - Kısmi davanın açılmasından itibaren istenen miktar bakımından zamanaşımı kesilmiş oluyor, ıslahla artırılacak miktar yönünden işlemeye devam ettiğinden 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ıslahın yapılması gerekir.

Bana göre 10 yıllık zamanaşımının başlangıç tarihi boşanma kararının kesinleştiği tarih oluyor. Doğrusu 818 sayılı BK'nın 132/1-3. bendi (6098 s.TBK'nın. m.153/1-3.bendi) gereğince, alacaklar bakımından eşler arasında zamanaşımı işlemez. Mal rejiminden kay-

naklanan katılma alacağı da şahsi nitelikte bir alacak olduğundan TMK'nın 5., 6098 sayılı TBK'nın 153. maddesi kapsamı uyarınca, zamanaşımının başlangıç tarihi boşanma kararının kesinleşme tarihi olmaktadır. Zira, boşanma kararının kesinleşmesiyle eşler arasındaki evlilik sona erer.

Zamanaşımı konusuna değinirken bir de belirsiz alacak davasına değinmekte yarar vardır. HMK'nın 107. maddesinde belirsiz alacak davası yer almaktadır. 01.10.2011 tarihinden itibaren de, söz konusu Kanun yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Anılan Kanunun 107. maddesinde oldukça zor bir şart getirilerek *“Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde alacaklı hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir”* denilmektedir. Acaba, her türlü mal rejimi tasfiyesi davası belirsiz alacak davası olarak kabul edilmesi mümkün mü? Sadece bir ev, bir araç söz konusu ise başlangıçta yani dava açılırken değerinin tespiti mümkün olamaz mı? Bu durumda imkansızlıktan söz edilebilir mi? Bu konuda daireden geçen bir karar henüz söz konusu değildir. Bence her türlü mal rejimi davasının belirsiz alacak davası olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Mal rejimine ilişkin dava bir ticari işletmeyle ilgili ise veya şirketin payından kaynaklanan katılma alacağı söz konusu ise, teknik bir konu olup, mahkemenin de bilgisi dışında bir hesaplamayı gerektirdiğinden bu tür ve benzeri davaların belirsiz alacak davası olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir. Bugünkü koşullarda bir araç, bir araba söz konusu ise, başlangıçta bunların değerlerinin bir takım imkanlardan yararlanılarak saptanması olanaklıdır. Dolayısıyla belirsiz alacak davası olarak değerlendirmek yerinde değildir. Bu benim kişisel görüşümdür. Bu konuda Daireden çıkan henüz bir karar bulunmamaktadır. Çünkü, HMK'nın 107. maddesinde herhangi bir zamanaşımına yer verilmemiştir. Yine, TMK'nın 5. maddesi yoluyla TBK'nın 146. maddesinde yer alan 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerekecektir. Dava, belirsiz alacak davası olarak nitelendirilse dahi, ıslahın açıklanan zamanaşımı süresinde yapılması

gerekmektedir. Aksi halde, maddi hukuka ilişkin zamanaşımı hükümleri baypas edilmiş olacaktır. Bu konuyu Sayın Kılıçoğlu, yeni yazdığı Borçlar Hukukunun Genel Hükümlerine İlişkin Kitabının 16. basısında irdelemiştir. Onun dışında da bu konuyu değerlendiren bir kitaba rastlanılmamıştır. Sözü edilen kitabın 16. basısında yine “zamanaşımı süresi içinde ıslahın yapılması yeni dava belirsiz alacak davası da olsa yine o süre içinde ıslah yapılması lazım” diyor.

Eğer birçok mal varlığı varsa, çok çeşitliyse, buna evet (belirsiz alacak davası) demek mümkündür. Ama bir araba, ya da iki araba, iki evi belirsiz alacak davası konusu yapmak biraz zor gibi geliyor bana, aksi halde (sayın Kılıçoğlu da o şekilde değiniyor, hatta sayın Ejder Yılmaz ve Hakan Pekcanitez’de özel görüşmelerde aynı düşüncüyü paylaşmaktadırlar) eda davası diye bir dava kalmaz. Halbuki, eda davası asli genel kural olup, belirsiz alacak davası istisna olmalıdır. Çünkü bu durumda iş davalarının, sosyal güvenlik davalarının neredeyse hepsi belirsiz alacak davasına konu olacaktır. Destekten yoksun kalma tazminatlarına ilişkin davalarda, belirsiz alacak davası olarak zaten kabul edilmektedir. Yıllık enflasyon tahminleri karşısında davanın 2-3 yıl ya da 5 yılda bitebileceği tahmin edilerek buna göre bir değer belirlendikten sonra davanın açılması imkanı bulunmaktadır. Bu yöntemle başlangıçta değer in saptanması olanaklıdır. Yine söylüyorum Dairede tartışılmış ve değerlendirilmiş bir belirsiz alacak davasına ilişkin karar henüz çıkmamıştır. Karşı oylu dosya çıkmıştır. Ancak karşı oylu dosyaların birinde daha öncede açıkladığım gibi, yerel mahkemece ilk karar 2010 yılında verilmiştir. Buna karşın ikinci karar 01.10.2011 tarihinden sonra tartışma konusu yapılmış ve karşı oy yazılmıştır. Bir dosyada da HMK’nın yürürlüğe girdiği tarihten bir buçuk ay sonra yerel mahkemece karar verilmiştir. Burada artık tamamlanmamış işlem yok demek mümkün mü? Bu durumda kazanılmış haklar ortaya çıkmaktadır. Çünkü, tüm deliller eski Kanun döneminde toplanmış ve işlemler bitirilmiştir. HMK’nın 448. maddesi ancak kazanılmış haklar ihlal edilmemek koşuluyla geçmişe yönelik olarak uygulanabilir. Sözü edilen dosyada tamamlanmış işlem söz

konusu olduğundan artık HMK'nın 107. maddesinin uygulanması olanağından söz edilemez. Belirsiz alacak konusu yapılan davalar da da zamanaşımı yine 10 yıl olup, ıslahın bu süre içerisinde yapılması gerekir.

Sayın Moroğlu da değindi. Katkı payı alacağı mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen mallara yapılan katkı nedeniyle istenen bir alacak hakkıdır ve zamanaşımı 10 yıldır. 07.10.1953 tarih, 8/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, zaten gerek 01.01.2002 öncesi ve gerekse 01.01.2002 sonrası mal rejimlerinde kural olarak, ayın istenemiyor. Yani TMK'nın 226 ve 240. maddeleri hariç, ki bunlar istisna oluşturmaktadır. Gerek katkı payı alacağı davalarında ve gerekse katılma alacağına ilişkin davalarda, davacının ayın (mülkiyet) isteme olanağı bulunmamaktadır. 743 sayılı TKM'de katkı payı alacağı özel olarak düzenlenmemiştir. Türk hukuk sistemine Yargıtay kararlarıyla girmiş ve uygulanmaya devam edilmiştir. Doktrinde de bu konu benimsenmiştir.

Katkı payı alacağı davalarında özellikle en büyük sıkıntımız dava dilekçelerinden kaynaklanmaktadır. Çünkü dava dilekçeleri açık ve ne istediği belli değildir. Hangi malın hangi tarihte alındığı yazılmamaktadır. Yani bir yerde her şey mahkemeye yükletilmek isteniyor ve ara bul deniliyor. Tabi bu durum da davaların uzamasına veya bozulmasına neden oluyor. Sayın Gençcan dava dilekçesine çok güzel değindi. Bir dava dilekçesinde bulunması gereken hususları açık açık anlattı. Bu nedenle HMK'nın 119. maddesi bu bakımdan çok önemlidir. Tekrarına girmemekle birlikte şunu söylemekte yarar görüyorum. Örneğin 10 tane taşınmaz dava konusu yapılmışsa, bunların ada ve parselleri, her birinin edindikleri tarihler, elden çıkarılmış ise devir tarihleri ile birlikte dilekçede yer alması lazım. Araçlar içinde aynı şey söz konusudur. Çünkü, alım tarihlerine göre, malların hangi mal grubuna dahil oldukları belirlenir. 01.01.2002 öncesine ait alımlar ise, katkı payı alacağına, bu tarihten sonra edinilen mallar ise katılma alacağına konu olabilmektedir. Dolayısıyla mal ayrılığı ve edinilmiş mallara katılma rejimine göre, kendi içerisinde değerlendirilmesi yapılmakta ve so-

nuca ulaşılmaktadır. Yine, her malın niteliklerinin ve değerlerinin ayrı ayrı dava dilekçesinde yer alması gerekir. Çünkü, reddedilen istekler bakımından davalı taraf yararına vekalet ücretinin taktiri söz konusu olacaktır. Yine 01.01.2002 öncesi alınan ev eşyaları mal ayrılığı döneminde edinilmiş olduklarından kural olarak, bu eşyalar aynen mevcutsa aynen iadesine, değil ise dava tarihi itibarıyla belirlenecek değerlerinin tahsiline karar verilir. Eşyalar mülkiyet hakkına dayalı olarak istenildiğinden TMK'nın 683. maddesi kapsamında istihkak davasına konu olabilmektedir. Eşyaların aynen iadesinin istenilmesi halinde herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmadığı, ancak bedelinin tahsili istenildiğinde, bu taktirde BK'nun 146. maddesinde yer alan 10 yıllık zamanaşımına tabi olmaktadır. Ev eşyaları 01.01.2002 tarihinden sonra edinilmiş ise kişisel malla alındığı da kanıtlanmadığı takdirde kural olarak edinilmiş mal kabul edilir. Ayn (mülkiyet) istenemeyeceğinden bu tür eşyaların dava tarihine en yakın tarihteki değerleri belirlenerek yarısı üzerinde davacının katılma alacağına olduğu sonucuna varılır. Yine ziynet eşyalarının adedi, nitelikleri, gramları ve değerleri ayrı ayrı dava dilekçesinde gösterilmesi gerekir.

Mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 01.01.2002 öncesi dönemde her iki eş çalışıyorsa ve davacı (kadın) eş gelirini (maaşını) nereye harcadığını kanıtlayamıyorsa dahi çalışıp bir gelire sahip olduğu gözetilerek davalı tarafından edinilen mallara katkısının olduğu Dairece kabul edilmiştir. Bu yönde verilmiş çokça karar söz konusudur. Ancak, buna öğretide şiddetli bir eleştiri söz konusudur. Kural olarak, mal ayrılığı rejiminde edinilen mallara yapılan katkı her iki eşin çalışarak gelir elde ettikleri gerçeğinden hareketle davacı eşin katkısının olduğu sonucuna varılır. Hesaplama yöntemi ise, gelirlerinden hareketle kişisel masraflar düşürüldükten sonra ve ayrıca evi geçindirme yükümlülüğü bulunan kocanın buna ilişkin masrafları da toplam gelirinden indirildikten sonra her iki eşin toplam tasarruf miktarları karşısında katkı oranlarının bulunması ve dava tarihine göre dava konusu malların belirlenecek değerleri ile katkı oranının çarpılması sonucu davacının katkı alacağına saptanması yoluna gidilmektedir.

Eleştirinin konusu şöyledir. Davacı maaşını nereye harcadığını kanıtlaması yerine, siz ispat yükünü yer değiştirerek davalıya yüküyorsunuz. Davalıyı, davacı eşinin maaşını nereye harcadığını ispat etmek durumunda bırakıyorsunuz, denilmektedir. Biçimsel olarak söylenen doğru ve yerindedir. Ancak, maaşını nereye harcadığını ispat edemeyen davacı eş evin masraflarına veya çocukların eğitim giderlerine harcamış ve buna ilişkin belgeleri yok, davalı eş ise maaşını biriktirmek suretiyle mal edinmiş ve bundan davacı herhangi bir katkı alacağı mevcut durum karşısında almamak durumunda kalıyorsa verilecek karar adil bir karardır, denilebilir mi? Sonuçta, Dairece benimsenen kural ile her eş gelirleri oranında katkı payı alacağına hak kazanacaktır. Bizce adil olan budur. Özellikle bu eleştiri, Sayın Kılıçoğlu'ndan gelmektedir. Yakınen tanıdığım ve sık sık görüştüğümüz değerli bir hocamızdır. Bu ilkedan dönüşümüz de şu aşamada oldukça güç gözüküyor. Yakınmalara neden olduğuna ise, rastlamadık. Yerine göre davacı kadın olabildiği gibi davalı da olabilir. Onun için eşler arasında bir ayrımcılığa yol açan ilke olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Burada önemli bir sıkıntı, hiç çalışmayan eşe ne verilebilir? Kanunkoyucu keşke asgari ücretin belirli bir oranını veya tamamı bakımından bir gelir hakkı tanınmış olsaydı. Ama şu anki pozitif hukuk karşısında böyle bir durum söz konusu değildir. 743 sayılı TKM'nin 152. maddesine göre, evin reisi kocadır ve evin tüm işesi onun tarafından temin edilir. Aynı Kanunun 153. maddesinde ise, kadın eve bakar. Yani kadının ev işlerini görmesi ve çocuklara bakması yasa koyucu tarafından onun görevi ve ödevi olarak değerlendirilmiştir. Bu çalışmasının karşılığında herhangi bir katkı alacağı hakkı tanınmamıştır. Çalışmayan kadın eş, olağan ev işleri dışında eşinin yaptığı inşaatta ya da onun işyerinde çalıştığını kanıtlyorsa, ya da pamuk, pancar, tütün tarlalarında, meyve ve narenciye bahçelerinde çalışıyor veya düzenli olarak evlere temizlik işlerine gidiyorsa ya da buna benzer işleri yapıyorsa ve bunu da ispatlıyorsa bu gibi çalışmalarının karşılığı elde ettiği gelir ile ve bu geliri oranında bir katkı payı alacağına hak kazanması mümkündür. Bu tür çalışmalarını her türlü delille ispatlaması da olanaklıdır. Davacı kadın

eş, bu tür çalışmaları yaptığı dosya kapsamından ve dinlenen tanık beyanlarından anlaşılıyor ancak, bu çalışmalarına ilişkin elde ettiği gelirin miktarı saptanamıyorsa bu taktirde 698 sayılı TBK'nın 50 ve 51 (818 sayılı eBK. m.42,43) maddeleri gereğince *hakkaniyet ve fedakarlığın denkleştirilmesi kuralı da gözetilerek tazminat niteliğinde bir katkı alacağına mahkemece takdir edilmesinin uygun olduğuna* ilişkin Daire kararları bulunmaktadır. Tüm mesele mağdur durumda bulunan eşin çalışmalarının karşılığı gelir nedeniyle katkıda bulunduğu maldan alacak hakkını almasını sağlamaktır ve bu şekilde mağduriyetin giderilmesine çalışılmıştır. Bu konularda henüz direnmeye rastlamadık. Yerel mahkemelerin Dairenin bu tür kararlarına uyup uymayacağı henüz bilinmemektedir. Sonuçta bu şekilde çalışan eşe bir şey takdir edilmesi ve verilmesi gerektiği görüşündeyiz. Çünkü, eş tarafından evin olağan işleri dışında gelir getirici işte çalıştığı ve gelir elde ettiği kanıtlanmış oluyor. Bu tür gelirlerin, evin ihtiyaçlarına harcandığı ya da davacı tarafından bizzat tüketildiği durumlarda katkı payı alacağından söz edilemez.

SALONDAN - HMK'nın 119. maddesi açısından bakılırsa davanın konusu dilekçede belirtilmemişse sonuç ne olur?

Yusuf ULUÇ - HMK'nın 119. maddesi, gerçekten büyük tartışmalar yaratan bir maddedir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında a, d, e, f ve g bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde, hakim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanması halinde dava açılmamış sayılır, denilmektedir. Sayın Gençcan, değerli hocam Moroğlu ve Sayın Şimşek bu konudaki görüşlerini açıkladılar. Bu madde bana göre daha çok tartışma götürür. İkinci fıkrada belirtilen a, d, e, f ve g bentleri için de bir hafta süre verilsin, tamamlanmadığı taktirde bunlar içinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilsin şeklinde görüş ileri sürenler bulunmaktadır. Bence kanun koyucu bu şekilde bir görüşe sahip olsaydı, a, d, e, f ve g'de diğer bentlerden ayırmazdı. Kanun koyucu bunu ayrı düzenlediğine göre hiç şüphesiz bir nedeni vardır. Bu neden madde kapsamından ve

gerekçesinden anlaşılıyor mu? Hayır anlaşılıyor demek mümkün değildir. o zaman bu madde yeniden düzenlenene kadar uygulama buna yön verecektir.

Yakın zamanda Hukuk Genel Kurulu'na bir dosya yansıdı. Benim kendi Dairemden geçen bu konuda bir tek kararımız vardır. Bir dava dosyası nedeniyle hakim ısrarla soruyor, çünkü dava dilekçesinde davanın değeri ve davanın konusu yok, defalarca ara kararıyla süre verilmesine rağmen şimdilik 10.000 TL'nin tahsiline ilişkin dilekçe sunuluyor ve bunun harcı yatırılıyor. Ancak davanın konusu mal yine açıklanmıyor. Yani maddenin (d) bendi dilekçede yer almıyor. Halbuki dava mal rejimine ilişkindir. Davanın konusunun açık bir biçimde az öncede değinildiği gibi dava dilekçesinde yer alması gerekir. Davanın konusu tüm ısrarlara rağmen davacı tarafça bildirilmediğinden hakim davanın reddine karar vermek durumunda kalıyor.

Davanın reddi söz konusu olduğundan belki de ileride taraflar bakımından kesin hüküm savunması söz konusu olacaktır. Ya da yeniden dava açıldığında davalı bu savunmayla karşı karşıya kalacaktır. Bir görüşe göre, bu red kararı kesin hüküm oluşturmaz, zamanaşımı süresi içerisinde yeniden dava açabilir. Bir görüş de az önce açıklandı, diğer bentlerde olduğu gibi bir haftalık süre verilecek, davacı vekili bu süre içinde eksikliği tamamlamadığı takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verecek biçimindedir. Bir Dairenin görüşüne göre ise, davanın konusu ve mal varlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değeri ve dava konusu yapılan mal usuli bir eksiklik olup, her zaman tamamlanması mümkün olduğundan davanın açılmamış sayılmasına karar verilemeyeceğine göre reddine de karar verilemez. Bu usulü bir eksiklik olup, yargılama sırasında her zaman tamamlanmasının mümkün olduğu yönündedir. Bence, tüm ısrarlara rağmen, davanın değeri az da olsa bildirilmekle beraber, davanın konusu bildirilmediğinden ve konusu belli olmayan bir mal rejimi davasının tasfiyesinin de yapılamayacağı gözetilerek en doğrusu dava dilekçesinin reddine karar vermektен ibaret olacaktır. 8. Hukuk Dairesinden geçen

bu yönde şu ana kadar sadece bir karar vardır. Bu uyuşmazlık her halde 119. maddenin iyi kaleme alınmayışından kaynaklanmaktadır. Bu yöndeki görüşlerin hangisinin ağırlık kazanacağı zaman içinde uygulamayla ortaya çıkacaktır. Dava dilekçesinin reddi halinde taraflar arasında kesin hükümden söz edilemeyeceği gibi, usulü bir eksiklik nedeniyle reddedildiğinde davacının derhal yöntemine uygun bir dava dilekçesiyle davasını açması mümkündür. Dava redle sonuçlanmış bulunduğundan Dairece bozma yapılmadı, ancak dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken kesin hüküm oluşturacak biçimde usulden davanın reddine karar verilmesi doğru değil ise de, dava redle sonuçlandığından sonucu itibarıyla doğru olan hükmün onanmasına karar verilmiştir. Hatta, 119. maddeyle ilgili olarak kanunda bir boşluk söz konusudur. TMK'nın 1. maddesinden yararlanılarak bu boşluğun hakim tarafından doldurulması mümkündür. Onun için süre ve davanın reddine karar vermeye gerek yoktur, görüşünü savunanlarda bulunmaktadır.

Eski sistemde de dava dilekçesinin reddine karar verme imkanı vardı. HMK'nın 114. maddesi, dava şartlarından söz etmekte ve 115. maddesi ise dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesini öngörmektedir. 119/2. fıkrada öngörülen halin bu iki madde kapsamında değerlendirilmesi ve davanın usulden reddine karar verilmesi pek olanaklı görülüyor.

Ama burada “dışında” ibaresi söz konusu olduğundan açılmamış sayılmasına karar verilmesi bu nedenle doğru görünmüyor. Konusu olmadığından dava dilekçesinin reddine karar vermek en uygun yoldur. Çünkü, hangi malın tasfiyesini istediği belli değil, bu nedenle dava dilekçesinin reddine karar verilecek ve davacının yeniden dava açması sağlanacak.

Hakim ısrarla davanın değeriyle, dava konusu malların bildirilmesini istediği halde davacı taraf bir türlü bunu bildirmiyor. Bu durum karşısında hakim ne yapabilir? Ben kişisel görüşümü söylüyorum, yine böyle durumlarda kesin hüküm de oluşturmayacağından dava dilekçesinin reddine karar verilmesi yolunu tercih ediyorum.

SALONDAN - Gider avansında da açıklık olmalı mı?

Yusuf ULUÇ - Gider avansı için ara kararı verilirken ne için istenildiği açık açık yazılması lazım. Örneğin 100 lira keşif parası, 100 lira davetiye, şahit ve bilirkişi parası şeklinde ara kararında tek tek açıklanması gerekir. Sadece toplam şu kadar gider avansının yatırılması konusunda hangi iş ve işlemler için istendiği açıklanmadan verilen bu tür ara kararları bozma nedeni yapılmaktadır. Tabii delil avansı için usulden davanın reddine karar verilemez. Delil avansı için öngörülen para yatırılmadığı takdirde sadece tarafın dayandığı delilden vazgeçmiş sayılır ve o delil hüküm kurulurken değerlendirilmeye alınmaz. Bu nedenle delil avansı için davanın usulden veya esastan reddine karar verilemez.

Av. Muazzez YILMAZ - O soru arkadan anlaşılamadı değerli yargıcımızın sorduğu soru, cevabı duyduk ama soruyu tekrarlar mısınız?

SALONDAN - Şimdi 119/2'de biliyorsunuz sayılan şıklar belli, onun dışındakiler için siz diyorsunuz ki, eksiklik olduğu takdirde dava dilekçesinin reddi olması gerekir. Şimdi dava dilekçesinin reddi diye yeni HMK'da öyle bir kurum yok. 114-115'de dava şartı yok, bunları reddediyoruz. 119'a göre o işte saydığımız şıklar için davanın açılmamış sayılmasına diyoruz. Hangi maddeye göre reddedeceğiz dava dilekçesini..

Yusuf ULUÇ - Şimdi arkadaşlar, bazen çözümsüz kalınca çözüm üretiyorsunuz. Eskiden de dava dilekçesinin reddi vardı. Şimdi bakın, iki görüş size söyledim. Bir daire diyor ki, bu usulü eksikliklerin mahkemece her zaman yerine getirilmesi mümkündür. O da bir madde göstermiyor. Siz çözüm bulmak zorundasınız, hâkimsiniz, başka yolunuz yok. Şu anda yeni HMK sayesinde ben yine kişisel görüşümü söyledim, yine dava dilekçesinin reddi en uygundur. Niye? Kesin hüküm oluşturmuyor, yeniden dava açma imkânını sağlıyor. Aksi halde sabit olmayan davanın reddine ilişkin hükmü onadığınız zaman kesin hüküm savunmasıyla karşılaşması mümkündür.

Av. Muazzez YILMAZ - Sayın Ali Cem Budak'ın fikrini merak ediyoruz bu konuda, hocam.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Aslında Yusuf Bey'le birleşiyoruz. Fakat o 115. maddeye atıf yapmak istemiyor, çünkü 114. maddedeki dava şartlarının sınırlı olarak sayılmış olduğundan hareket ediyor. Benim kanaatimce 114. maddedeki saymayı bir sınırlı sayma saymamamız lazım. İfade de çok kesin, çok net değil, “şunlardır dava şartları” diyor, 1, 2, 3, 4, 5 diye sayıyor; ama “şunlardan ibarettir” gibi kuvvetli bir ifade taşıyor.

Dava dilekçesinin ihtiyaca cevap vermeyecek mahiyette olması, yani ne istendiğinin, niçin istendiğinin, kimden istendiğinin anlaşılmasında bir dava şartı noksanlığı vardır. Çünkü usuli bakımdan davanın esasına girebilmek imkânı hâkimin elinden alınmış demek. O yüzden bence 114. maddedeki saymanın sınırlı bir sayma olmadığından hareketle aynı görüşü kuvvetlendirebiliriz. Ama benim bu açıklama şeklim, sonuçları bakımından Yusuf Bey'inkiyle birleşiyor. Teşekkür ederim.

Av. Muazzez YILMAZ - Evet, Sayın Mustafa Şimşek'in de ekleyecekleri var.

Av. Mustafa ŞİMŞEK - Şimdi dava şartlarının ben yasada sınırlayıcı şekilde belirtildiği kanaatindeyim. O dava şartlarının ancak diğer yasalarda açıkça belirtilenler eklenebilir, onun dışında bizim takdiren dava şartlarını genişletme yetkimiz kesinlikle yok. Hocamdan farklı düşünüyorum, çünkü dava şartları diye sayılanların hepsine tek tek bakalım; görev olsun, işte o Türk mahkemelerinin yargı yetkisi olsun, bunların hepsi Türk kamu düzeniyle çok açıktan ilgili olan konulardır. Bunları biz sadece diğer bazı davalarda özel yasalarda belirtilen dava şartlarını ekleyebiliriz. Örneğin, terk nedenine dayalı boşanma davasında geçerli bir ihtar kararının olması dava şartıdır, hâkimin kendiliğinden incelemesi gerekir, ama 119. maddede dava dilekçesinde bulunması gereken konulardaki eksikliği kesinlikle dava şartı eksikliği olarak düşünemeyiz ve değerlendiremeyiz kanaatindeyim. Çünkü 119. maddedeki eksiklikler

halinde bunun müeyyidesi zaten gösterilmiş. İşte iki farklı düşünce var, Başkanımız da söyledi. Yargıtayda bir daire diyor ki, sınırlı sayılanların dışındaki eksikliğin olması halinde dava içerisinde tamamlanır. Yani mutlaka bir hafta içinde olması şart değil, iki hafta içinde olması şart değil. İkinci görüş yok, süre bile verilmez, bu konuda açılmamış sayılma diyor. Başkanımız diyor ki, dava dilekçesinin reddi. Şimdi ben yeni Usul Yasamızda dava dilekçesinin reddiyle ilgili bir yaptırım olmaması nedeniyle bunun uygulanmasının doğru olmadığı kanaatindeyim. Sadece açılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyim. Hemen yeri gelmişken Başkanımıza bir soru yöneltmek istiyorum. Diyelim ki, mal rejimiyle ilgili açılan bir dava dilekçesinde davacımız malların hepsini saydı, bir kısmı 2002 yılı öncesi alınmıştı, anlattı, katkıda bulunduğunu belirtti, bir kısmı 2002'den sonraydı, onları da yazdı. Sonuçta dava dilekçesini okuduğumuzda katkı payı isteğiyle değer artış payı isteği artık değere katılma isteği olduğu anlaşılıyor. Ancak hukuki sebeplerini yazmadı, boş bıraktı tamamen, yani 227. madde demedi, 231 demedi gibi. Şimdi bu dava dilekçesine baktığımız zaman bir eksiklik, hukuki sebebin yazılmaması eksiklik. Ne diyor ilgili madde? İkiye ayırmış, işte şunlarda varsa bir haftalık kesin süreler, yerine getirilmesi açılmamış sayılma, diğerlerini boş bırakmış. Şimdi böyle bir olayda aile mahkemesi yargıcı tuttu, süre verdi, bir hafta içerisinde tamamladı, tamamlamadı. Mahkeme de açılmamış sayılmasına karar verdi, bu olayda sizin görüşünüz, yaklaşımınız ne olur?

Yusuf ULUÇ - Ya da 119'un eğer bentler dışında dediği gibi açılmamış sayılma sadece kalan diğerleri içindir, dışında dedikleri a, d, e, f, g için söz konusu olmaz, dava dilekçesinin reddi gerekir.

Av. Mustafa ŞİMŞEK - Yani hukuki sebep yazılmadı, süre verildi, tamamlanmadı, dava dilekçesinin reddi gerekir görüşünde misiniz?

Yusuf ULUÇ - Hayır, şimdi tüm malları gösterdi. Hukuki nitelendirme zaten her zaman hâkime aittir. Hukuki nitelendirmeyi hâkim yapacak, sonuçlandırarak orada.

Av. Mustafa ŞİMŞEK - Peki, oradaki maddeyi nasıl yorumlayacağız, niye kanun koyucu hani az önce abesle iştigal olmaz dediniz ya Başkanım, niye kanun koyucu hukuki sebebin de yazılmasını dava dilekçesine koydu?

Yusuf ULUÇ - Şimdi hukuki sebebin yazılmasını koydu, ama öteki taraftan hâkimin nitelendirme hakkını da elinden almış değil bana göre.

Av. Mustafa ŞİMŞEK - Yani açılmamış sayılma uygulanmaz diyorsunuz, değil mi?

Yusuf ULUÇ - Evet.

Yusuf ULUÇ - Diğer konuya geçelim, tapu iptali tescil olmadığı takdirde katkı veya katılma alacağı'nın hüküm altına alınması istenilmektedir. Açılan dava terditli bir davadır. Zaten 07.10.1953 tarih, 1953/8 Esas ve 1953/7 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme kararı gereğince, ayın yani mülkiyet istenmiyor. Bu isteğin reddedileceği baştan belli. Bu tür istekli davalarda tapu iptali ve tescil davasının reddine, kanıtlanmış ise katkı ya da katılma alacağı'nın hüküm altına alınmasına karar verilir. Dava terditli bir dava olduğundan ve sadece isteklerden biri hakkında karar verilmesi gerektiğinde reddedilen tapu iptali ve tescil isteği bakımından davalı yararına vekalet ücreti taktir edilmez. Çünkü isteklerden biri aynı dava içinde kabul edilmiş bulunmaktadır. Öte yandan tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde katkı ya da katılma alacağı isteğinde bulunurken, taşınmazın muvazaalı olarak üçüncü kişiye devredildiğini açıklayarak muvazaa nedeniyle tapu kaydının iptali ile davalı eş adına ya da davacı adına iptal ve tescile karar verilmesi istenilmektedir. Devralan üçüncü kişi de davada gösterilmektedir.

Muvazaaya dayalı istek, TBK'nın 19. maddesi gereğince değerlendirilip sonuçlandırılması gerekmektedir. Genel muvazaaya dayalı olarak açılan bu tür davaların Aile Mahkemelerinde değil Genel Mahkemelerde bakılması esastır. Bu nedenle zorunlu olarak bu istek yönünden önce tefrik kararının verilmesi, ayrı bir esasa kay-

dının yapılması, ondan sonra dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi ve dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi yönünde karar oluşturulması gerekir. Elde kalan katkı ya da katılma alacağı isteğine ilişkin dava ise, iddia ve savunma doğrultusunda değerlendirilip sonuçlandırılmalıdır. Sadece tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde katkı ya da katılma alacağı isteği söz konusu olan davalarda az önce belirtildiği üzere, mülkiyet istenemeyeceğinden tapu iptali ve tescil davasının reddine, diğer istekler konusunda ise olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi düşünülmelidir.

Katkı ve katılma alacağı isteğine ilişkin davanın muvazaa nedeniyle tefrik edilen ve hakkında görevsizlik kararı verilen davanın sonucunun beklenmesine gerek bulunmamaktadır. İptali halinde sadece davacı tarafından taşınmaza tedbir konulduğu takdirde katkı ve katılma alacağı yönünden de olumlu karar almış ise, taşınmazın satışı suretiyle alacağını tahsil etmesini kolaylaştırmış olur. Muvazaa istekli davanın sonucunun beklenmemesi yönünde HGK. kararı da mevcuttur.

SALONDAN - Şimdi biz 1,5 ay önce bir dava açtık. Boşanma istemli ve koca adına olan gayrimenkule tedbir konulması istenen bir dava açtık. Yalnız davayı açmadan bir ay önce eşin gayrimenkülü eniştesine devrettiğini öğrendik. Buna rağmen de mahkeme tedbir talebimizi kabul etti ve şu anda üçüncü bir kişi adına olan gayrimenkule mahkemece tedbir konulmuş durumda. İlk duruşması oldu, şu andaki süreci biz de merak ediyoruz nasıl olacak şu anda diye, hem boşanma, hem de gayrimenkule tedbir koyduk, ama bu gayrimenkul şu anda üçüncü bir kişide.

Yusuf ULUÇ - Sadece tedbir mi konuldu, yoksa ona ilişkin açılmış bir dava da var mı, iptal davası?

SALONDAN - Hayır, şu anda açılmış bir davamız yok, sadece başka üçüncü bir kişi adına olan gayrimenkulün üçüncü şahıslara tekrar devredilmemesi hususunda tedbir kararı var. İlk duruşması oldu, tedbir hâlâ devam ediyor. Biz de merak ediyoruz.

Yusuf ULUÇ - Bence orada doğru olan onun hakkında muvazaa nedeniyle tapu iptali ve tescil açıp, bununla birlikte taşınmazın tapu kaydının iptali ile eski eşe dönmesini sağlamak ve bununla beraber tedbir isteğinde bulunmak gerekir. Aksi halde, çoğu zaman bu tür istekleri kapsayan tedbirleri mahkemeler reddetmek durumunda kalıyor. Taşınmaz üçüncü kişiye geçmiş bulunduğu ve üçüncü kişinin iyi niyetli olma durumu söz konusu olabileceğinden bu nedenle tedbir kararı verilmeme yoluna gidilmektedir. Sayın Şimşek, sabahleyin bu konuya değindi ve 8. Hukuk Dairesinin kararından bahsetti. Notların arasında bir karar var. Sırası şimdi geldi, onu da söyleyeyim. Mal elden çıkarılmış ve üçüncü şahsa geçmiştir. Hakim, taşınmaz üçüncü şahsa geçtiği için ben tedbir koymuyorum diyor. Bu da HMK'nın 389. maddesinin 1. fıkrasından kaynaklanmaktadır. 8. Hukuk Dairesine şöyle bir tedbir kararı temyiz incelemesi için geldi. Davalıda bulunan taşınmaz üçüncü kişiye satılmak suretiyle devredilmiştir. Mahkemede; davalının ölen babasına ilişkin terekede miras payı bulunduğunu, gerekçe göstermek suretiyle davalının terekedeki miras payı üzerine tedbir koyuyor. Bu husus Dairece tartışıldı ve tedbir kararının onanmasına karar verildi. HMK'nın 389/1. fıkrasına sıkı sıkıya bağlı kalındığı taktirde tüm davalarda davalılar, dava konusu malı üçüncü kişilere devretmek suretiyle davacının elde edeceği kabule ilişkin kesinleşmiş kararı sonuçsuz bırakacağı bir durum ortaya çıkabilir. Davalının başka bir malı yoksa ve geliri de bulunmuyorsa kesinleşen mahkeme kararının infazı zorlaşır.

Şimdi 389'un 1. fıkrası şöyle diyor: *“Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde -burası önemli, uyuşmazlık konusu hakkında çok kapalı pek anlaşılmayan bir terim- (uyuşmazlık konusu hakkında) ihtiyati tedbir kararı verilebilir”* Uygulamada uyuşmazlık konusu hakkında ibaresiyle dava konusu yapılmayan mal ve eşya hakkında tedbir kararının

verilmemesi şeklinde yorumlanmaktadır. Bunun sakıncasını da az önce açıkladım. Çünkü “uyuşmazlık konusu hakkında” ibaresi, oldukça kapalı ve pek ne anlama geldiği anlaşılmayan bir tabir olarak madde metnine alınmıştır. Bu durum karşısında davalının terekede bulunan miras payına neden tedbir konulmasın? Nasıl olsa, terekenin tasfiyesinde davacıya miras payı verilecektir. Bunun ne sakıncası olabilir veya kime zararı vardır. Bu nedenle HMK'nın 389/1. fıkrasında yer alan “...uyuşmazlık konusu hakkında...” ibaresinin hakkaniyete uygun bir biçimde geniş yorumlamakta yarar vardır. Kanun yeni yürürlüğe girdiği için zaman içerisinde gerek bu madde ve gerekse aynı kanununun 119. maddesiyle yoruma muhtaç olan diğer maddelere ilişkin uygulamayla çözüm yolları aranıp bulunabilecektir. Şu aşamada hakim önüne gelen somut olaya göre çözüm bulmak durumundadır.

SALONDAN - Benim sorduğum sorunun devamı, mahkeme tarafından sanırım bir sonraki celse tedbir kaldırılabilir.

Yusuf ULUÇ - Kaldırılabilir, tabii karşı taraf isterse kaldırılması imkân dahilinde. Ben de ne dedim? Onun en doğru yolu muvazaa nedeniyle tapu iptali ve tescil davası açmak suretiyle tedbirin devamını sağlamaktan geçer.

SALONDAN - Tapu iptali tescili eşinin adına mı olacak.

Yusuf ULUÇ - Eşi adına olmalı, kendi adına isterse dava redde mahkûm. Bizim özellikle sizden ricamız soru sorun, ben soruya karşı değilim, ama dosyam demeyin, ne olur, kayıta, her şey kayıta lütfen, dosyam demeyin. Çünkü o dosya önüme çıkacak yarın, olmaz tabii.

SALONDAN - O zaman sevineyim mi peki?

SALONDAN - Şimdi koca talepte bulunuyor. Benim bir dükkanım vardı, eşim oğluma devrettirdi, evimiz vardı, onu da kendi üstüne aldı. Boşanma davası açtı, eşimin bu evi satmasından korkuyorum, üzerine ihtiyati tedbir konulsun. Değişik işten geliyor bu talep, fakat taraflar İstanbul Fatih adres, ev Doğubeyazıt'ta, tedbir

talebi boşanma dava dosya numarası yok, boşanma dava dosya numarası bildirilmemiş, evin tapu kaydına dair herhangi bir bilgi, belge yok. Şimdi buna göre siz biraz önce dilekçenin reddi dediniz, dilekçenin reddi mi, yoksa ben muhtıra gönderdim. Dedim ki, birincisi, teminat değerlendirme bakımından evin değeri tapu kaydı, tapu bilgileri, bir de boşanma davası açılmışsa bunun dosya numarası veya örneği. Şimdi bu 389 anlamında nasıl değerlendirilecek, bir de aile konutu, 194'e göre aile konutu şerhi konulması istenilen dosyalar var. Onlarda da ısrarla ihtiyati tedbir isteniyor. O konularda sizin dairenizin görüşü?

Yusuf ULUÇ - 194'ü Sayın Gençcan'a sormanız lazımdı ya da Sayın Şimşek'e, çünkü o bizim alanımızın dışında. Cevap veririm ayrı bir konu, ama onlar varken şimdi onların yerine geçip ben cevap vermeyeyim. 194 kapsamında, ama sizin yaptığınız işlem bana göre doğru, tedbirin verilmesine gerek var mı, yok mu gene bir araştırma inceleme gerektirir. Belgeleri toplayacaksınız, ya reddedecek ya da kabul edecektir. Deminki arkadaşın söylediği soru gözetilerek bana göre mal üçüncü şahısta da olsa dava sonuna kadar taşınmazın satış ve devrinin önlenmesi için tedbir kararı verilmesinde davacının hukuki yararı bulunmaktadır. Sonuçta dava konusu yapılan maldır. Ama mal elde değil, üçüncü şahsa geçmiştir. Az önce verdiğim örnekte olduğu gibi, mal üçüncü şahsa geçtiği halde davalının terekedeki miras payına el konulmuştur. Aksi halde, kesinleşmiş mahkeme kararı elde olduğu halde, alacağın tahsili zorlaşacaktır. Belki de, davacı hiç alacağına kavuşamayacaktır. Bu nedenle HMK'nın 389. maddesindeki ibareye sıkı sıkıya bağlı kalmakta yarar görmüyorum. Aksi halde, hak kaybının ortaya çıkacağı kesindir.

SALONDAN - Efendim, bir de ısrarla anonim şirket veya limitet şiddet hisseleri üzerine ihtiyati tedbir konulması talepleri var.

Yusuf ULUÇ - Efendim, şirketlerle ilgili Daireye bir dosya geldi. Aslında ihtiyati tedbir kararlarının temyizen inceleme olanağının bulunup bulunmadığı tartışma konusudur. Yani ihtiyati tedbir

kararıyla ilgili olarak geldi. Bu husus HMK'nın geçici maddelerin birinden kaynaklanmaktadır. Kural olarak, ihtiyati tedbir kararlarının temyizen incelenmesi Bölge Adliye Mahkemelerinin görevi dahilindedir. Ancak, HMK'nın geçici maddeleri uyarınca Yargıtay, ihtiyati tedbir kararlarının temyiz edilmesi halinde temyiz incelemesini yapmaktadır. Başlangıçta tüm Hukuk Daireleri ihtiyati tedbir kararlarının temyizen incelemesine bakıyordu. Ancak son zamanlarda öğrendiğin kadarıyla iki daire ihtiyati tedbir kararlarının temyiz inceleme mercii Bölge Adliye Mahkemeleri olduğundan bu tür istekleri reddetme yoluna gitmektedirler. Diğer daireler ise İstinaf Mahkemeleri faaliyete geçene kadar temyiz incelemesini hali hazırda yapmaktadırlar.

Mal rejimleriyle ilgili tedbir kararları temyiz edildiğinde 8. Hukuk Dairesi bu konuyu incelemektedir. Bu nedenle mal rejimleri ile ilgili davalarda ihtiyati tedbir kararının değerlendirilmesi ve koşulları varsa verilmesi gerekmektedir. Tabii ki bu husus olaya bakan ilgili hakimin takdirindedir. Kural olarak, katkı veya katılma alacağı bir şirket ya da ticari işletme ile ilgili ise, tüm mal varlığına ve bankadaki hesaplarına ticari işletmeyi ya da şirketin faaliyetini durduracak biçimde tedbir konulamaz. Katkı ya da katılma alacağı konusu yapılan istek miktarının göz önünde bulundurulması ve bu miktar ile beklenebilecek ya da hüküm altına alınacak faiz miktarı birlikte düşünülme suretiyle bu miktarlarla sınırlı olmak üzere, davalının bunu karşılayacak taşınmaz ya da taşınmazlarına veya bankadaki hesabına tedbir konulması ihtiyati tedbirin amacına daha uygun düşer.

İhtiyati tedbirin amacına aykırı ve karşı tarafın ticari faaliyetini durduracak biçimde tedbir kararı verilmemesi gerekir. Ticari faaliyetin durdurulması bir yana aynı zamanda, söz konusu şirkette çalışan insanların da düşünülmesi gerekir. Taşınmaz ise tapu kaydına satış ve devrinin önlenmesi için, araç ise aynı şekilde trafik kaydına tedbir konulabilir. Her iki halde de kayıt maliki taşınmazından ya da aracından yararlanması mümkündür. Bu nedenle teminat almaya da gerek yoktur. Tabi bu husus kararı veren hakimin

takdiri ile ilgilidir. Bu günkü ortamda bir taşınmazın, bir aracın semtlere, modeline göre emlakçıdan, galericilerden yararlanmak suretiyle değerinin belirlenmesi mümkündür. %100 olmayabilir, ama değer tespiti mümkündür.

SALONDAN - Muvazaa nedeniyle tapu iptali aile konutuysa aile mahkemesi mi bakıyor? ... asliye hukuk mu?

Yusuf ULUÇ - Boşanma ve aile konutu şerhine ilişkin davalar biliyorsunuz yine 2. Hukuk Dairesinin alanına giriyor. Arkadaşlar burada olduğu için cevap vermem doğru olmuyor. Ancak, aile konutu şerhi konulmuş olsa bile, boşanma kararı kesinleşinceye kadar bu şerh hükmünü sürdürür. Ondan sonra o şerhin bir hükmü kalmıyor. Kesinleşen boşanma kararıyla boşanan eş bu tarihten sonra aile konutu da olsa, hala aynı evde oturuyorsa haksız işgalci durumuna düştüğünü ve kendisine karşı kayıt malikinin tahliye davası veya müdahalenin önlenmesi davalarını açacağını bilmesi gerekir. Görevli mahkeme Aile Mahkemesidir. Ancak, boşanma kararı kesinleştikten sonra genel mahkemeler görevli olur.

Av. Muazzez YILMAZ - Değerli Meslektaşlarım, Forum olduğu için birkaç sözlü soru aldık, artık yazılı sorulara geçelim. Sayın Başkan, biz sizi dinlemek istiyoruz, ancak çok soru var, dilerseniz yazılı sorularla devam edelim.

Yusuf ULUÇ - Şimdi ben külli tasfiye ve takas üzerinde biraz da durmak istiyorum. Bu konuyu Dairede kendi aramızda da tartıştık. Başlangıçta sadece davacı katılma alacağı konusunda dava açmış bulunduğundan ve karşı dava söz konusu olmadığından davalının böyle bir isteği de savunma olarak getirmediğinden külli (çifte) tasfiye kuralını uygulamıyorduk. Ancak, doktrinde bu konuya eleştiri vardır. Neden çifte tasfiye ya da tam tasfiye yapmıyorsunuz, şeklinde bize yönelik yoğun bir eleştiri vardı. Daire ise, istekle bağlılık ilkesi (HMK. m.26) ve harçsız dava açılmaz hükmü gereğince, istek olmadan çifte tasfiyenin yapılamayacağı görüşündeydi. Fakat, daha sonra doktrindeki eleştirilerde gözetilerek en azından bu husus savunma olarak getirilmiş ve davacı adına da bulunan mallar ve

banka hesapları gösterilmiş ise çifte tasfiyenin yapılması yönünde Dairede görüş oluşmuş bulunmaktadır. Çifte tasfiye yapıldığı takdirde zaten doğrudan buna bağlı olarak TMK'nın 236/1. fıkrasının son cümlesi gereğince, takasın zorunlu olarak yapılması ortaya çıkar. Takas için herhangi bir dava açmaya gerek yoktur. Defi olarak ileri sürülmesi yeterlidir. Çifte tasfiyeyi kabul ettikten sonra, artık istekle bağlılık ilkesi ve harçsız dava açılmaz kuralı bir bakıma göz ardı edilmiş olunacaktır. Bunun en doğru yolu davacı katılma alacağı davasını açarken davalının da buna karşılık davacı nezdinde bulunan mallar için aynı şekilde katılma alacağı davasını açmasıdır. Ne var ki, davalı taraf her nedense bu yolu tercih etmemektedir. Bu çok zor bir iş de değildir. Takasın yapılabilmesi için, en azından davalının belirlenmiş bir alacağı olması gerekir ki, karşılıklı takasa gidilebilsin. Karşılıklı katılma alacağı davalarının açılması halinde yine, isteklerin HMK'nın 119. maddesinde açıklandığı biçimde, ayrı ayrı özellikleri ve nitelikleriyle sayıları ve değerlerinin yer alması gerekir.

Şimdi Daire önüne gelen ilginç bir dosyadan söz edeceğim. En azından bunu sizinle paylaşmak istiyorum.

Değerli arkadaşlar, doğmayan haktan feragat olur mu, olmaz mı? Eşler 30.01.2005 tarihinde evleniyorlar. Davacı kadın ve o tarihte 72 yaşında, davalı ise 01.01.1953 doğumludur. Yaklaşık aralarında 27 yaş fark bulunmaktadır. Davalı genç biri olup, maliyeden emekli ve aylık emekli maaşı 960 liradır. Tipik bir olay olduğu ve karşılaşabileceğiniz bir olgu olacağı için anlatmak istiyorum. Davalı Antalya'ya gidiyor. Borcum var demek suretiyle eşinden bir dairenin satılmasını ve paranın gönderilmesini istiyor. Kadın eş bunu aynen yerine getiriyor. Gayrimenkul zengini biridir. Sattığı daireden gelen 157.000 lirayı erkek eşe gönderiyor ve erkek eş kendisine bir daire alıyor. Aradan bir süre geçtikten sonra yine aynı şekilde ihtiyacı olduğunu belirterek başka bir dairenin satılmasını ve paranın gönderilmesini istiyor. Davacı kadın bir başka dairesini 149.000 liraya satarak parayı bankadaki ortak hesaba yatırıyor. Davalı bu parayı ortak hesaptan çekmek suretiyle kendi-

sine lüks bir araba alıyor ve kalan kısmını da kendisi için harcıyor. Davalı kadın boşanma davasıyla birlikte mal rejimi tasfiyesi davasını açar. Vekil sıfatıyla dava takip edilir. Ancak, davalı, davacıyla irtibata geçip davacının vekilinin haberi olmadan anlaşma yoluna gidiyor. Davacı kadın hem boşanma davasından ve hem de mal rejimi davasından feragat ettiği gibi, her iki istek konusunda feragat nedeniyle davanın reddine ilişkin hükmün temyiz edilmesinden de vazgeçerek hüküm kesinleştiriliyor. Aradan bir süre geçtikten sonra davacı bu sefer tekrar boşanma davası açıyor ve bu boşanma davası kabul edilmiş, 2011 yılında kesinleşmiştir. Henüz boşanma davası kesinleşmeden davacı aynı zamanda mal rejimine ilişkin davayı da açmaktadır. Yerel mahkemece, bir önceki davada davacının mal rejimi davasından feragat ettiğini ve hükmün taraflar arasında kesin hüküm oluşturduğunu gerekçe göstermek suretiyle mal rejimi davasının reddine karar verir. Bu karar davacı tarafından temyiz edilmektedir. İşte doğmayan haktan feragat olur mu, olmaz mı? sorunu burada karşımıza çıkmaktadır.

TMK'nın 231. maddesinde; "bu mallara ilişkin borçlar" 230. maddesinde de; "edinilmiş mallara ilişkin borçlar" ve 235/1. fıkrasında ise; "...mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar.." açıklamasına yer vermişlerdir. Bundan ayrı, edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katılma alacağı davası ancak boşanma kararının kesinleşmesinden sonra istenebilir. *Boşanma davasının açıldığı tarihte kural olarak mal rejimi sona ermektedir.* Dolayısıyla boşanma dava tarihinde mevcut olan mallar tasfiyeye tabi tutulur. Davacı, ilk açtığı boşanma davasından ve onunla birlikte yürüttüğü mal rejimi davasından feragat etmiştir. Bu konuda bir uyuşmazlık zaten yoktur. Ancak, boşanma davası redle sonuçlanmış bulunduğu için zaten onunla birlikte açılan mal rejimi davasının reddine karar verilmesi gerekliydi. Çünkü, boşanma davası edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katılma alacağı davasının görülebilmesinin bir ön koşuldur. Yani boşanma davası olumlu sonuçlanıp kesinleştiği için sonra ancak katılma alacağı isteminde bulunabilir. Bu bakımdan doğmayan haktan feragat olmaz ilkesi burada Dairece uygulandı.

Bizce doğru bir karardır. Aksi halde, önemli bir mal varlığını dava-lyaya kaptıran eşin mağdur olacağı kesindir. Bir çok Dairenden ben-zer kararlar çıkmıştır. Zinayla ilgili İçtihatı Birleştirme Kararı da mevcuttur.

Av. Muazzez YILMAZ - Çok teşekkür ediyoruz. Sizi yorduk, ama yazılı çok soru da var. Bir kısmına esasında cevap verdiniz aslında, Nazan Hanıma sorulan sorular var. Nazan Hanım soruları cevaplandırırken Yusuf Bey de yazılı soruları gözden geçirebilir.

Av. Nazan MOROĞLU - Bana sorulan soruları kısaca cevapla-maya çalışayım. Boşanma zina sebebiyle sona erdiğinde katılma alacağı nasıl azaltılacak? Bildiğiniz gibi 236. madde çok açık diyor ki: *“Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hâkim kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun azaltılmasını veya tamamen kaldırılmasına karar verebilir”* Bu yapılabilir, kanunen buna imkân var. Bu konuda bir Yargıtay ka-rarı var mı diye sorulmuş aynı zamanda, onu Sayın Uluç cevaplan-dırır.

Bir uzun bir soru var, ama özet olarak şöyle diyebilirim: 1971 tarihinde bir mal ortaklığı sözleşmesi yapılmış, geçerli bir mal or-taklığı sözleşmesi. 2003 yılında eşlerden biri vefat ediyor. Eşler çocuksuz ve ölenin sağ kalan eşi ve kardeş çocuğu mirasçı ola-rak kalıyor. Şimdi bu durumda acaba ne olacak? O mal ortaklığı sözleşmesinde eşin ölümü halinde tabii 1971 tarihinde yapılmış ve 1926 tarihli Medeni Kanunumuz çerçevesinde böyle bir imkân var. 1926 tarihli Medeni Kanunumuza göre mal ortaklığı sözleşme-si bir eşin ölümü halinde diğerine bütün mal varlığını bırakması mümkün. Sözleşme geçerli bir sözleşme, ancak Yürürlük Kanunu 10. maddemizin 5. fıkrası var. Bildiğiniz gibi orada diyor ki: Daha önce mal rejimi sözleşmeleri yapılmışsa dahi bu tarihte sona erer. Yani 1 Ocak 2002’de sona erer diyor. Şimdi 10. maddedeki yeni bir sözleşme yapılması hususu, daha önce mal ortaklığı yapmış kişiler tarafından anlaşılacağı için eşler yeni bir sözleşme yapmamışlar ve yeni Medeni Kanun yürürlüğe girdiği tarihte bu mal ortaklığı

sözleşmesi sona ermiştir. O zaman mal ortaklığı bana göre ölümle sona ermediğinden, kanunen sona erdiğinden ölen eşin malının tümünün geçmesi bu durumda söz konusu değil. Aynı zamanda yürürlük kanunu diyor ki, daha önce yapılmış sözleşmelere önceki yasa uygulanır, oraya da açıp baktığımız zaman 1926 tarihli Medeni Kanun diyor ki: *“Eğer çocukları varsa onların saklı payını zedelememek koşuluyla böyle bir sözleşme yapılabilir. Ancak yarı yarıya paylaşım söz konusu olur”* Mal ortaklığı rejimi burada ölümle sona ermemiş olduğu için sağ kalan eş ancak yarısı üzerinde hak sahibi olabilir, diğer yarısı üzerinde de ölenin çocuksuz olması durumunda sağ kalan eşin miras payı terekenin yarısı olacaktır. Buna göre ölenin mal varlığının dörtte üçü sağ kalan eşin olacaktır.

SALONDAN - 8. Hukuk Dairesi'nden geçti efendim bu konu, mahkeme tamamen davacının talebini kabul etti ve malların eşe ait olduğuna karar verdi. Tasfiye adıyla açılmıştı dava, 8. Hukuk Dairesi aynen Nazan Hanımın söylediği gerekçeyle kararı bozdu, ama bozma gerekçesinde şöyle bir şey söyledi: Yine 1971 yılında yapılan resen umumi mal ortaklığı sözleşmesi geçerli, eşler 2002 yılında yeni bir sözleşme yapmadıklarına göre ondan sonra edinilen mallar için de, ama edinilen mal yoktu. Müvekkilim günahsız mirasçı, daireyi, arabayı ve banka mevduatını elinde tutmayan kişi, ona karşı açılan davada davayı kaybettik ve avukatlık ücreti, harca mahkûm olduk. Sonra mahkeme bozmadan sonra tekrar kararda ısrar etti. Şu anda Hukuk Genel Kurulu'nda ve Hukuk Genel Kuruluna benim ilk giden davam 45 yıllık meslek hayatımda, fakat davacı vefat etti. Şimdi ne yapacağız?

Bir de çok önemsedığım konu, benim günahsız kardeş çocuğu olan müvekkilim neden 45 000-50 000 lira tutarında avukatlık ücreti ve yargılama gideri ödesin? Onların arasında yaptıkları sözleşme müvekkilimi ilgilendirmez, ben zorla da elimde tutmuyorum, davacı onlar, sözleşmeyi yapan onlar. Peki efendim, teşekkür ederim.

Av. Nazan MOROĞLU - Evet, ne yazık ki yürürlük kanunu tasa-

rısı tartışılırken bu çok dikkat edilmeyen bir konuydu. Oysa zaten sözleşme yapanların sayısı çok azdı, bilinçli bir şekilde sözleşme yapanlara bunu tekrar yenileme koşulu dayatılmamalıydı. Ancak kural böyle, dolayısıyla 2002'den önce mal ortaklığı sözleşmesi yapmış olan eşler sözleşmeye ölümden sonra tüm malların diğer eşe geçmesi kaydını koymuş olsalar dahi, sözleşme 2002'de yeni Medeni Kanunun yürürlüğe girmesiyle sona erince artık bu geçerli olmayacaktır. Yürürlük kanunu 10. maddede yapılmış olan mal rejimi sözleşmelerinin de sona ereceğini düzenlenmiştir. Böylece 1926 tarihli MK gereğince sağ kalan eş tüm malvarlığını değil, mal ortaklığı sözleşmesinin kanunen sona ermesi nedeniyle yarısını alması gerekecektir. Diğer yarı üzerinden de miras payına alacaktır.

SALONDAN - ... 8. Hukuk Dairesinin bozması 2002'den sonra yapılan bir mal rejimi sözleşmesi olmadığı için ikiye ayırarak konuyu çözmüş. Bir, 71 yılında yapılan geçerli, ona göre malları verese, 2002'den sonra edinilen mal varsa bunu paylaşır demiş, ama mal yok. Dolayısıyla tüm mallar 71 yılındaki sözleşmeye göre davacı eşe ait kabul edildi. Mahkeme de bozmaya uymadı ve kararında ısrar etti.

Yusuf ULUÇ - Artık son sözü Yüksek Genel Kurul söyleyecek.

Av. Nazan MOROĞLU - Hukuk Genel Kurulu kararını beklemezsek bu durumda.

Yusuf ULUÇ - Şimdi artık o birlikte tartışılacak, Genel Kurula intikal etmiş bir olayda biz bir açıklama yapmayalım.

SALONDAN - Davacı vefat etti, bunu bildirecek miyim Genel Kurula?

Yusuf ULUÇ - Dosyaya nüfus kaydını koyun, onu ne şekilde değerlendirir bilemem. Dosyaya konulması, bilinmesinde yarar var.

Yusuf ULUÇ - Değerli arkadaşlar, tam tasfiyenin yapılması için normalinde benim kişisel görüşüm karşı dava açılarak birlikte görülmesinde yarar bulunmaktadır. Bu benim kişisel görüşümdür.

Türk Medeni Kanununun 2. maddesinin tasfiye aşamasında eşlere ait alacak miktarın belirlenmesinde uygulama alanı var mıdır? Bana göre yoktur. Miktarın azaltılması konusunda da, aynı maddenin uygulama olanağı olduğunu düşünmüyorum. İmam nikahlı evliliklerde mal rejiminin tasfiyesi söz konusu olamaz. Tasfiyenin yapılabilmesi için öncelikle eşlerin resmi evliliklerinin olması gerekir. Boşanmadan söz ettiğimizde, eşler arasında resmi evlilik olmalıdır. Bu durumda eşler arasında uygulanacak mal rejiminin hangisi olduğu hususu eşler arasında seçimlik mal rejimlerine ilişkin herhangi bir sözleşme mevcut değil ise, yasal mal rejiminin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Edinilen malların bir kısmı 01.01.2002 öncesi, bir kısmı ise 01.01.2002 tarihinden sonra edinilmiş ise birincisinde mal ayrılığı rejimi, ikincisinde ise edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olup, buna göre tasfiyenin yapılması düşünülmelidir. Mal rejimi tasfiyelerine ilişkin kararların hüküm fıkrasında yazılı olan miktar icraya konulur. TMK'nın 232. maddesi gereğince, edinilmiş malların karar tarihine yakın tarihteki sürüm değerleri tasfiyeye esas alınır. Bu husus TMK'nın 232 ve 235/1. maddesinde belirtilmiştir.

SALONDAN - ... tasfiye alacağının miktarı serbest piyasada eğer o değerse ondan satacaklar, al 100 000'i senin, 100 000'i benim diye sulh olacaklar ya da tasfiye alacaklısı ilamı alacağını elde etmek için icraya koyacak. Şimdi ilamı icraya koyduğunda icra belli safhalardan sonra satışa çıkartma aşamasında tekrardan bir kıymet takdir yapacak gayrimenkule, bu illa mahkemenin belirleyeceği kıymet olmayabilir. Çünkü değişen ekonomik şartlar, mevki, mahal, vesaire bir sürü faktör var gayrimenkulün değerinin belirlenmesinde. Diyelim ki, satış aşamasında 150 000 lira olarak kıymet takdiri yapıldı ve kesinleşti. Şimdi satışa çıktı, birinci ihalede alıcı yok, ikinci ihalede biri çıktı, yüzde 40'ından 60 000 liraya aldı. Şimdi davacının katılma alacağı 100 000 lira, 60.000 TL aldı, 40 000 lira daha alacaklı kalıyor, öbür taraf her şeyini kaybediyor. Bunu önleyecek bir şey yok mu?

Yusuf ULUÇ - Değerli meslektaşım, bu infazla ilgili icra kısmı-

dır, o konuda benim bir şey söyleme şansım yok. Mahkeme safhası değil, o tamamen icra işidir.

SALONDAN - O konuda çözüm yolu olması lazım.

Yusuf ULUÇ - Ama işte, bu icrayı ilgilendiren bir konu ve sonuçta ihale ile satılmaktadır. Şimdi siz, kendi malınızla ilgili ortaklığın giderilmesi davasını açıyorsunuz. Değer şu kadardır, ama ilk açık arttırmada yüzde 75 muhammen bedel ve masrafları karşıladığı taktirde ve alıcı çıktığında ihale konusu taşınmazın satışı mümkündür. Alıcı bulmadığı taktirde ise ikinci ihalede yüzde 40 bedel ve masrafları karşıladığında, tabi alıcı da bulunduğunda bu fiyata satılması söz konusu olur.

Dolayısıyla hüküm altına alınan ilamdaki miktardan daha düşük bir değerle taşınmazın satılması tamamen icra safhasıyla ilgili olup, farklı bir şey söylemem mümkün değildir. Teşekkür ederim.

Boşanma davası açıldıktan sonra şirket hissesi muvazaalı olarak davalının babasının üzerine devrediliyor. Bu muvazaa konusunu anlattım, ondan farklı bir durum değildir.

Maddi ve manevi tazminat davası açtım. Davalı şirket dava açıldıktan sonra tasfiye aşamasına girdi. Ben davacı olarak mahkemeden davalı limited şirket hissesi üzerine ihtiyati tedbir konulmasını talep ettiğimde bunu kabul edebilme ihtimali nedir? Bu tamamen hâkimin takdirindedir, ben hâkimin yerine geçip tedbir ver diyemem, kendim verecek durumda değilim.

SALONDAN - Yine boşanma davasında davalı eşin hissedarı olduğu şirketin gayrimenkullerinin üzerine ihtiyati tedbir talebi talep edildi ve mahkeme buna karar verdi. Şimdi davalı eşin hissedar olduğu şirketlerin gayrimenkullerine dair yapılan üçüncü kişi itirazı da reddediliyor. Fakat burada mağdur edilen o gayrimenkuller üzerinde yapılan üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı kişiler var efendim. Bu tür bir ihtiyati tedbir kararı konulması makul ölçülerde olduğundan malların kaçırılmasının engellenmesi için makul de, bu kadar ileriye gidilmesi doğru mudur?

Yusuf ULUÇ - Şimdi tedbir konusu üzerinde durdum, bence fazlaca durdum ve her şeyi anlattım. Tamamen o arkadaşın, bakacağı arkadaşın takdirine bağlı. Onu temyiz edeceksiniz. Temyiz ilgili daire nedir, son noktayı orası koyacak. Şimdi ben burada ne desem bağlayıcı değil, tamamen tedbir takdir konusu.

Banka kredisi ile ilgili soruya gelirsek; 2002 tarihinden sonra koca banka kredisiyle kendi adına taşınmaz alıyor, diğer eş edinilmiş malın yarısının değerini bana ver derse sonuç ne olur? Şimdi tabii 2002 tarihinden sonra alındıysa bu edinilmiş mal sayılır.

Banka kredisi üzerinde bende durmak istiyorum. Önemli bir konudur. Bununla birlikte aynı zamanda boşanma davasında mahkemeye sunulan protokollere ve bağış için kullanılan ibarelere de değinmek gerekir. Ancak, soruların yoğunluğu karşısında henüz bunlara değinme olanağı olmadı. 01.01.2002'den sonra edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiş mal ister kısmen, ister tamamı krediyle alınmış olsun, hesaplama bakımından şu yolu izlemek gerekir. Eşler arasındaki mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarihte sona erer. Bu nedenle, taşınmazın satın alındığı tarihte, taşınmaz için kullanılan krediye ait tüm dökümanlar krediyi veren Bankadan getirilmesi ve bu dökümanlar üzerinde yapılacak inceleme sonucu boşanma davasının açıldığı (mal rejiminin sona erdiği tarih oluyor) tarihe kadar kaç taksitin ödendiğinin belirlenmesi ve bu taksitlerin karşılıklarının edinilmiş mallardan ödendiğinin saptanması, bunun TMK'nın 219 ve 236. maddeleri gereğince edinilmiş mal olarak kabul edilmesi, tasfiyenin buna göre yapılması gerekmektedir. Boşanma dava tarihinden sonraya kalan taksitler ise, davalının kişisel malıyla karşılanacağından onun borcu ve kişisel malı sayılır. Bu miktar aynı zamanda edinilmiş malın borcu olduğundan katılma alacağı hesaplanırken bu miktarın düşürülmesi gerekir. Örneğin, 60 ay vadeli kredi çekilmiş ve bu kredinin 20/60 taksiti mal rejiminin sona erdiği tarihten önce ödenmişse bu miktar edinilmiş mal sayılır, 40/60 taksiti de mal rejiminin sona erdiği tarihten sonra davacının kişisel malıyla karşılanacağından, onun kişisel malı olup, edinilmiş malın borcu

olarak hesaptan düşürülmesi düşünülmelidir. Bu TOKİ'den krediyle alınan evler için de geçerlidir.

Bir diğer husus, gerekçeli karar yazılmadan davadan feragat durumuna bakacak olursak; mahkeme hükmü kurduktan sonra, fakat gerekçeli kararını yazmadan önce davadan feragat edilmesi halinde izlenmesi gereken yöntem şöyle olmalıdır. HMK'ya bağlı olarak çıkartılan yazı işleri yönetmeliğindeki hükme göre, hakim hükmünü kurduktan sonra ve gerekçeli kararı yazmadan davadan feragat söz konusuysa dosyayı ele alıp, feragat nedeniyle davanın reddine karar verebilir. Her halde, bu usul daha çok Yargıtay'a gelen iş yoğunluğunu engellemek amacını taşımaktadır. HUMK döneminde hakim hükmünü kurduktan sonra dosyadan elini çekmiş bulunduğundan yeniden dosyayı ele alıp feragat nedeniyle davayı sona erdirmesi mümkün değildi. Temyiz üzerine Yargıtay'a gelen dosya bakımından bu husus bozma sebebi sayılırdı. Ancak, şu aşamada da, davadan feragat edilmesi nedeniyle dosya temyize geldiğinde Yargıtay "...davadan feragat edilmiş bulunduğundan" hükmün bu nedenle bozulmasına, ifadesini kullanmaktadır. Ondan sonra yerel mahkeme bozma ilamına uyma kararı verip davanın feragat nedeniyle reddine karar verme olanağına sahip olur.

Bir başka husus da, eşler evlenmeden önce, bir eş diğer eşten taşınmaz veya başka bir mal almış ise, bunun mal rejimiyle ilgisi olduğu söylenemez. Evlendikten sonra satan veya alan eş genel hükümler çerçevesinde genel mahkemelerde diğer eşe karşı davasını açabilir.

Yusuf ULUÇ - Ama burada siz evlilik öncesinde kadına gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle taşınmaz satın alınıyor diyorsunuz. Tapunun ne zaman verildiği anlaşılabilir?

SALONDAN - Evlilik sırasında.

Yusuf ULUÇ - Evlendikten sonra ise sadece sicil oluştu bana göre, satış işlemi gayrimenkul satış vaadi de olsa evlilik öncesi gerçekleşmiş bulunmaktadır.

SALONDAN - Ben biraz tersi olabilir gibi düşündüm, ama zor bir yorum mu?

Yusuf ULUÇ - Elimden geçmedi, biraz sanki evlilik öncesi bir işlem, bu nedenle genel hükümlere tabi olup, mal rejimiyle ilgisi olmadığı kanısındayım. Çünkü, satış evlilik öncesi gerçekleşmiştir. Evlilikten sonra sadece mülkiyetin geçişi için tapuda intikal sağlanmış ve sicil oluşturulmuştur.

Diğer bir konuya geçiyorum; koca öldüğü için evlilik sona erdi. Kocanın ikinci evliliği ve ilk evliliğinden çocukları var. Eş olan kadının haklarını katılma alacağı nasıl korunur? Şimdi bu tabii Sayın Levent Ünser evlilik ölümle sona erdi, ilk eşinden olan çocuklar var, mallar herhalde ölen kişiye ait, öyle anlaşılıyor. İkinci evliliğinde de çocuklar olduğu anlaşılıyor. İkinci eş burada katılma alacağını alır, ayrıca katılma alacağı terekenin borcudur, öncelikle ödenir. Ondan sonra kalan miras payından da hangi zümre mirasçılarla paylaşma giriyorsa, oradaki tereke payını ayrıca alır. Katılma alacağı aynı zamanda terekenin borcu olduğundan katılma alacaklısı aynı zamanda tereke borçlusudur. TMK'nın 641/1. fıkrası uyarınca, tereke borçlarında mirasçılar müteselsilen sorumludur. Bu tür davalarda alacaklı ve borçlu sıfatı davacı üzerinde birleşmiş oluyor. Evlenen ikinci eş, evlilik tarihinden ölüm tarihine kadar ki edinilen mallar bakımından kural olarak katılma alacağı hakkına sahiptir.

Eş Bulgaristan göçmeni, henüz taşınmaz edinme hakkı elde etmedikleri dönemde birlikte çalışarak apartman dairesi satın alıp, eski göçmen kocanın amcaoğlu adına tapuya tescil ediliyor, bu işlem 1992 yılında yapılıyor, eşler boşanıyor, karar kesinleşiyor. Mal tasfiyesi için açılan davada mahkeme davayı tapu iptali ve tescil gibi görüp, amcaoğlu adına tescilli taşınmazı koca adına tescil ediyor. Bu karar da deracetten geçip kesinleşiyor. Anılan taşınmaz eşlerin birlikte çalışarak aldıkları boşanma ilamıyla sabit olmasına rağmen son kararlar tamamı koca adına tescil edilen taşınmaz üzerine kadın eş, prensibe göre hak sahibi olacaktır. Boşanma ilamından çok sonra verilen tapu iptali ve tescil kararına göre yeni ve-

rilmiş gibi olan bu taşınmazda kadın eş edinilmiş mala katılacaksa, zamanaşımı hangi tarihte başlar? Zamanaşımı boşanma kararının kesinleştiği tarihte başlar. Bu 01.01.2002 öncesi için de öyle uygulanıyor, şimdi de aynı kural uygulanıyor. Tabii burada konu tam anlaşılmadı, şimdi bu mal evlenmeden önce mi yoksa sonra mı alındı? Evlenmeden önceyse genel hükümlere tabidir ve sorun genel hükümler çerçevesinde çözümlenir. Evlenmeden sonraysa ispat şekline bağlı olup, katkı payı alacağı kanıtlandığı takdirde hüküm altına alınır.

SALONDAN - Eşler boşanma kararından sonra mal ayrılığı için dava açtıklarında mahkeme bunu tapu iptal ve tescil davası gibi görüyor. Çünkü eşler adına kayıtlı değil, üçüncü bir şahıs amcaoğlu adına kayıtlı.

Yusuf ULUÇ - Tamam, yakını adına tescil ettirmiş, tapu iptali tescil davası açtı, o da herhalde davayı büyük bir ihtimalle kabul etti ki, daha kolay sonuçlandı, öyle anlaşılıyor. Kocaya geçti ancak hangi tarihte kocaya geçtiği anlaşılmıyor. 1992'ye katkı payı alacağına konu olur. Oradaki katkısını ispatlaması lazım, ama *zamanaşımı boşanma dava tarihinden değil, kararın kesinleştiği tarihten başlar.*

Mal ayrılığı dönemi olduğu için zamanaşımı 10 yıla tabidir. Tabii olayı tam bilmeden size katkı payı alacağı, değer artışı niteliğinde katkı payı alacağı gelir ya da gelmez bu konuda bir şey söylemek zor. Olayı bilmek lazım. Şimdi kadının orada veya davacının katkısı nedir? Bu tapu iptali ve tescil davası kayıt sahibiyle görünürde mal sahibi olan kişi arasında geçti. Sonuç olarak, davacının bu taşınmaza katkı yaptığını, eşiyile birlikte aldığını ancak, bazı güçlükler nedeniyle eşinin yakın akrabası adına tapuya tescil ettirdiklerini TMK'nın 6 maddesi gereğince kanıtlamak durumundadır. O takdirde katılma alacağına hak kazanır.

SALONDAN - Bu durumda malı edinilmiş mal gibi mi göreceğiz? ...

Yusuf ULUÇ - Mal yeni dönemde değil, eski dönemde alınan bir maldır. Tescil yeni, sadece sicil yeni oluştu, taşınmaz davalı adına tapuda kayıtlıdır. Diğer hususlar az önce açıklandı.

Adli yardım isteğine gelince, talep mahkemece, reddediliyorsa bunun esasla birlikte temyiz imkanı vardır. Genel olarak koşulları bulunduğu taktirde isteklinin bundan yararlandırılması gerekmektedir. Mahkemenin reddi konusunda bir şey söylemek mümkün değildir. takdir mahkemeye aittir.

Öte yandan, eşlerden biri adına bulunan bir veya birden fazla taşınmaz müşterek çocuklardan birine veya hepsine tapuda intikali sağlanmış ise, katılma alacağı davası yine bu işlemi yapan eşe karşı açılır. Nasıl olsa 07.03.1953 tarih ve 1953/8 Esas, 1953/7 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı gereğince ayin (mülkiyet) istenemeyeceğinden ve sadece şahsi hak niteliğinde bulunan alacak dava konusu yapılacağından, tapuda devri yapan eşe karşı açılan katılma alacağı davasının koşullarının bulunması halinde kabulü mümkündür. Taşınmazların üçüncü kişilere devri bu sonucu etkilemez. TMK'nın 241. maddesindeki durum saklıdır. Aynı işlem 01.01.2002 öncesi, yani mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde yapılmış ise davacının devri sağlanan taşınmazlara katkısının olduğunun kanıtlanması gerekir.

Diğer bir konuda 743 sayılı TKM'nin 152, 153 ve 196. maddelerinin katkı payı alacağı davalarında neden birlikte kendiliğinden göz önünde tutulmadığı eleştirisi doktrin tarafından yapılmaktadır. Sözü edilen 152. maddeye göre, mal ayrılığı döneminde koca evi geçindirmekle yükümlü olduğundan evi geçindirme yükümlülüğünden doğan giderlerde kişisel harcamalarına eklenerek hesaplamada göz önünde bulundurulma zorunluluğu vardır. TKM'nin 153. maddesinde ise kadın eve bakar. *Yasa koyucu, kadının eve bakması ve ev işlerini yapması hususunu bir katkı olarak kabul etmemiştir.* Yani kadının çocuklara bakması ve ev işlerini yapması, onun yasal görevi ve ödevi olarak kabul etmiştir. Bu durumda, katkı payı alacağı yönünden bu maddenin değerlendirilme olanağı

bulunmamaktadır. 743 sayılı TKM'nin 196. maddesi ise, evi ge­çindirmekle yükümlü olan koca eşinden evin giderlerine belirli bir oranda katılmasını ister. Şayet bu konuda eşler anlaşamazlarsa o takdirde kocanın mahkemeye başvurup olumlu yönde bir kararı alması gerekir. Bu güne kadar gelen dosyalarda bu tür bir isteğe rastlanılmadı. Kendi aralarında anlaşma yoksa ve mahkemeden de karar alınmamış ise 196. maddenin diğer belirtilen maddelerde birlikte uygulama olanağı bulunduğu söylenemez. Uygulama hali hazırda bu yöndedir. Mal ayrılığı döneminde davayı açan eşin davalı tarafından edinilen mallara katkısı saptandığı taktirde (her iki­si de çalışıyorsa belirli bir gelire sahip oldukları kabul edilerek davacının katkısının olduğu kabul edilmektedir.) kadının katkı oranı yaklaşık %55-60, kocanın ise %35-40 arası olmaktadır. Bu oran bazen %45 olabilir. Verilen rakamlar kesin rakamlar olmayıp, ağırlıklı olarak rastlanılan rakamlardır. Bazen davacı eş (kadın) davalının aşırı alkol aldığı, müsrif olduğunu iddia etmektedir. Gerçekten davalının olağan durum dışında bu tür aşırılıklardan kaynaklanan bir harcaması varsa hiç şüphesiz indirim sebebi yapılabılır. Burada 6098 sayılı TBK'nın 50 ve 52. maddelerinin de­ğerlendirilmesi mümkündür.

Yusuf ULUÇ - Maddi manevi tazminat konusuna gelirsek; TMK'nın 174. maddesi gereğince, boşanma davası ile hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminatların davalı adına kayıtlı bulunan malların yani edinilmiş malın borcu olup olmadığı, az da olsa tartışma konusu yapılmıştır. TMK'nın 220/3. bendi uyarınca, manevi tazminatı kişisel mallar arasında saymıştır. Boşanma nedeniyle verilen maddi tazminatında edinilmiş malın borcu olduğu söylenemez. Katılma alacağı koşulları ile TMK'nın 174. maddesi gereğince hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminatın koşulları ve hüküm altına alınma şekli oldukça birbirinden farklı kuralara tabidir. Örneğin destekten yoksun kalma tazminatları, kural olarak edinilmiş mal kabul edilmektedir. TMK'nın 714. maddesi çerçevesinde bağlanan maddi ve manevi tazminatlar karşılık verilerek ya da emek karşılığı alınan mallar olduğunu söylemek oldukça güçtür. TMK'nın 230/1. maddesinde, mala ilişkin borçlar, aynı

ibare aynı Kanunun 231. maddesinde de yer almaktadır. TMK'nın 235/1. fıkrasında ise, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallardan söz etmektedir. Boşanma davasının açıldığı tarihte maddi ve manevi tazminat henüz hüküm altına alınmamıştır ve mevcut mal olduğundan söz edilemez. Edinilmiş malın tarifi, TMK'nın 219. maddesinde yapılmıştır.

Yabancı bir mahkeme tarafından verilen bir boşanma kararı söz konusu ise, bu kararın Türk Hukuku karşısında hüküm ifade edebilmesi için, mutlaka bu boşanma kararının Türk Mahkemelerince tanınması gerekir. kesinleşmiş yabancı mahkeme kararı sadece bulunduğu (verildiği) ülkede kesin hüküm sonucunu doğurur. Eşler kesinleşen yabancı mahkeme kararıyla boşanmış olsalar dahi Türk Hukuku açısından tanıma kararı verilip kesinleşmedikçe halen evli sayılmaktadırlar. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkındaki Kanunun 59. maddesi var. 5718 sayılı Kanun: “*Yabancı ilamın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder*” şeklindedir. Açıkçası biz bunu halihazırda tanıma kararının kesinleştiği tarih değil, boşanma kararının kesinleştiği tarihe götürüyoruz. Yüksek 2. Hukuk Dairesi bunu farklı uygulamaktadır. Eski ve yeni uygulaması da halen devam etmektedir. Yani, 59. madde gereğince, tanıma kararı verilip kesinleşmiş olsa dahi, zamanaşımı tanıma kararının kesinleştiği tarihten itibaren değil, boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren uygulanacağı düşüncesindeyiz. Dairede çoğunluk bu yönde uygulama yapmaktadır. Yüksek 2. Hukuk Dairesi ise, 01.01.2002 öncesi uygulamasını aynen sürdürmekte ve zamanaşımını yabancı mahkemenin boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren değil, tanıma kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlayacağını kabul etmektedir. 5718 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda 59. maddenin benzeri bir hüküm bulunmamakta idi ve bu husus gerek doktrinde ve gerekse uygulamada oldukça tartışmalıydı. Bildiğim kadarıyla doktrinin etkisiyle 5718 sayılı Kanuna 59. madde eklendi. Kanun metni açık olduğundan yabancı mahkemenin boşanma kararının kesinleştiği tarihte zama-

naşımı süresinin başlangıç tarihi olduğunun kabulü gerekir. Aksi halde, miras hukuku bakımından bir takım sakıncalar getireceği gibi, yabancı mahkemede boşanma davasının açıldığı tarihte eşler arasındaki mal rejiminin sona erdiği kabulünden hareketle tanımanın kesinleşmesine kadar edinilen malların durumu tartışma konusu olur.

SALONDAN - Sayın Başkan diyor ki, biz tanıma, tenfizi aramadan 49 gereğince uygulayacağız. O zaman nasıl olacak?

Yusuf ULUÇ - Tabii. Şimdi Alman iki vatandaşın Silifke'de açtığı bir dava geçti, ikisi de Alman uyruklu. Mal rejimi davasını açmışlar, onlarda kazanç ortaklığı söz konusu, bizde edinilmiş mallara katılma söz konusu. Hâkim bizim Türk hukukunu uygulamıştı, ama ikisi de Alman vatandaşı, kendi milli hukuklarının uygulanması gerekir.

SALONDAN - Pardon, bir soru sorabilir miyim acaba? Bu konuyla ilgili değil, ama mal tasfiyesiyle, muvazaa sebebiyle tapu iptali davasıyla ilgili. Davacı kadın boşanma davası açıyor. Boşanma davası açtığı sırada davalı eş kadını kandırıp, davasından feragat ettiriyor ve üzerine kayıtlı 10 adet taşınmazını da aynı gün kız kardeşi ve yeğenlerinin üzerine yapıyor. Bunun üzerine yeniden boşanma davası açıyor. Davacı eş, feragat etti, sonra işte boşanma davası kesinleşti, onları geçiyorum. Tapu iptali muvazaa sebebiyle tapu iptali davası açtık 10 adet taşınmazın kız kardeşi ve 18 yaşına henüz girmiş yeğenlerine muvazaalı şekilde tesciliyle ilgili. Dava devam ederken tapu kayıtları geldi bu 10 adet daireyle ilgili, bir baktık ki 4 tane daha taşınmazın aynı gün kız kardeşine satış göstermiş, kız kardeşi de üçüncü bir kişiye tekrar satış göstermiş, üçüncü kişi de dördüncü başka bir kişiye satmış. Şimdi acaba 10 adet daire için muvazaa sebebiyle tapu iptali davası açtık. Diğer 4 adet taşınmazla ilgili de ayrı bir dava açılıp, yani ek dava açılıp birleştirilmesi mi gerekir, yoksa mal tasfiyesiyle oradaki katkı payını mı almak gerekir? 2002'den sonra.

Yusuf ULUÇ - Şimdi değerli arkadaşlar, bu durum katılma ala-

cağına engel oluşturmaz. Dava açılabilir, o mallar gittiye de onların yerine kaim olan değer esas alınır. Zaten mülkiyeti isteme olanağı bulunmadığından açılacak bir katılma alacağı davasıyla alacağın hüküm altına alınması mümkündür.

Taşınmaz ya da taşınmazlar üçüncü kişilere geçmiş ise hatta birden fazla el değiştirmiş ise TMK'nın 1023. maddesinin olayda değerlendirilmesi mümkündür. TMK'nın 194. maddesinde yer alan aile konutunun elden çıkarılması ve üçüncü kişiye geçmesi konusunda açılacak bir davada TMK'nın 1023 ve 1024. maddeleri söz konusu olur. Ancak, bu husus oldukça tartışmalıdır. Birbirinden farklı ona yakın görüş belirlenmiştir. Ama, 1023'ün tartışılması gerekir.

SALONDAN - O zaman eş adına tescil ister miyim? Katılma payı istenecek.

Yusuf ULUÇ - TBK'nın 19. maddesi uyarınca, genel muvazaaya dayalı açılacak tapu iptali ve tescil davaları ile TMK'nın 241. maddesinde yer alan üçüncü kişilere karşı açılacak dava tamamen birbirinden farklıdır. Bu nedenle genel muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davasının açılması mümkündür. Bu konu biraz önce açıklandı. Ancak, bu husus az da olsa doktrin tarafından eleştirilmektedir. TMK'nın 241. maddesi söz konusu iken, neden genel muvazaa davasının görülmesi benimseniyor biçiminde eleştiriler duyulmaktadır. Davacının muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davasını açmakta hukuki yararı olduğu bir gerçektir. Taşınmazı üçüncü şahıstan eşine döndürdüğü ve üzerine tedbir konulduğu taktirde katılma alacağının tahsilini kolaylaştırmış olmaktadır. Bu bakımından hukuki yararı vardır. TMK'nın 241. maddesinde ise; “..tasfiye sırasında borçlu eşin mal varlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı taktirde alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir...” görüldüğü gibi, her iki isteğin birbirinden farklı olduğu görülmektedir.

Av. Muazzez YILMAZ - Değerli meslektaşlarım, çok soru var ve zamanımız da az, sanıyorum klima sistemi de çalışmıyor. O açıdan anlayışınızı rica ediyorum. Çoğu benzer sorular, birleştirmeye çalışıyor Sayın Başkan.

Yusuf ULUÇ - Anlaşmalı boşanma davalarında protokolde bir eşe ait gayrimenkulün 1/2'sinin iki yıl içerisinde satılarak payının eşe verilmesi hususunda anlaşma yapılmış, mahkeme protokolü hüküm fıkrası haline getirmiş ve bu şekilde onaylamış ise, karşı taraf bu hükme karşın tapuda intikali sağlamamış ise alacaklı tarafından kesinleşen bu mahkeme kararına dayalı olarak genel mahkemelerde açacağı bir dava ile, tapuda intikalin sağlanması yönünde karar alınması mümkündür.

Eşlerden birisinin reşit müşterek çocuk adına aldığı ve fiilen çocuğun kullandığı araç eşlerden biri adına kayıtlıysa, edinilmiş mal sayılır mı? İspata bağlıdır. Çünkü çocuğa ait alındı diyorsunuz. Araç eş adına kayıtlıdır. Kural olarak, eş adına kayıtlı araç edinilmiş mal sayılır. Ancak, eşler tarafından çocuğa alınmış ve sadece kayıt eşlerden biri adına bulunuyor ve eşler tarafından bu doğrultuyorsa reşit çocuğun kişisel malı kabul edilebilir.

Anlaşma protokolünde yer almış olup, boşanma kararının eki haline gelmiş ise, banka hesaplarındaki paraların bu anlaşmaya göre ve kesinleşen boşanma kararı kapsamında kendiliğinden borç yerine getirilmediyse hükmün icraya konulması yoluyla edinilmesi mümkündür. Bankalarda bulunan müşterek ya da ortak hesaplar uyuşmazlık konusu olduğu takdirde kişisel kanaatime göre Aile Mahkemeleri'nde açılacak bir dava ile görülmesi mümkündür. Çünkü mal rejiminden kaynaklanan paradır. Ancak, uygulamada ağırlıklı olarak bankada açılan hesap eşler arasında akdi bir ilişki olarak kabul edildiğinden genel mahkemelerde davalar açılmakta ve daha önce bu tür davaların temyiz incelemesi Yüksek 13. Hukuk Dairesi'nde yapılırken, şu anda 3. Hukuk Dairesi tarafından temyiz incelemesi yapılmaktadır.

1982'de evlenen eşler, evlilik sırasında koca adına alınan mal 1990 yılında eşine devri sağlandıysa dava dilekçesinde kullanılan

ibarelere, tanıkların beyanlarına ve savunmaya bakmak lazım. Yapılan işlemin bağış olup olmadığı buna göre değerlendirilir. Mal rejimi dosyalarının bize verildiği ilk sıralarda ağırlıklı olarak bağış yönünde kararlar çıktı. Ancak, daha sonraları bundan uzaklaşıldı. Çok açık bağış irade ve kastını gösteren kavramlara rastlanılmadığı taktirde bir eşin diğer eşe yaptığı satışın bağış kabul edilmesi görüşü benimsenmedi. Eskisi kadar bağışa yanaşmıyoruz.

Yusuf ULUÇ - Şimdi TMK'nın 236/2. maddesine değinmek istiyorum. Bu konu üzerinde de durmak isterim. Değerli hocam bu maddenin getiriliş nedenini daha iyi bilir, bir siyasi partinin zorlamasıyla TMK'nın 236/2. fıkrası getirilmiştir. Bu husus bizi ilgilendirmez. Zina ve cana kast söz konusu ise öncelikle boşanma davasının zina veya cana kast hukuki sebeplerine dayalı olarak açılmış olması ve kabulü sonuçlanması ve buna bağlı olarak hükmün kesinleşmiş olması gerekir. Ancak, bu durumda TMK'nın 236/2. fıkrasına göre, hakim kusurlu eşin artık değerdeki pay olanının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir. Aksi halde, şiddetli geçimsizlik nedeniyle veya cana kast ile zina dışında başka bir hukuki sebebe dayalı olarak boşanma davası açılmış, kabulü sonuçlanmış ve kesinleşmiş ise şu anki uygulamaya göre böyle bir halde TMK'nın 236/2. fıkrası uygulanamaz.

SALONDAN - 236/2'de aile mahkemesi hâkimine zina nedeniyle kesinleşme halinde katkı payının azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir diye bir hüküm var. Onun kullanılmasının kapsamı anlamında, hani azaltılmasına yönelik veya tamamen kaldırılmasına mı yönelik?

Yusuf ULUÇ - Evet, boşanma davası zinaya dayalı açılmış ve kesinleşmiş olacak. O zaman hâkim azaltma veya tamamen kaldırma yönünde taktir hakkını kullanacaktır. Ondan sonra temyiz halinde Daire değerlendirir. Şu aşamaya kadar Dairede gelen ve temyiz incelemesinden geçen bir karara rastlanılmamıştır.

SALONDAN - İkinci bir dava açılırsa, ikinci davanın açıldığı tarihten itibaren mi artık bizim ödemelerimiz dikkate alınacak?

Yusuf ULUÇ - Evet ikinci davanın açıldığı tarih olacaktır. Çünkü birinci boşanma davası açıldı ve reddedildi. Eşler arasında resmi evlilik devam etti. Bir de şu var arkadaşlar, hakikaten büyük bir sıkıntı var. Zira 10 yıldan beri bir araya gelmedik diyorlar. Birinci boşanma davası reddedildi, kararın kesinleşmesinden itibaren 3 yıllık fiili ayrılık nedeniyle ikinci boşanma davasının kabulüne karar verildi. Her iki boşanma davası arasında bazen 8-10 yıl gibi bir süre geçmektedir. Bu fiili ayrılık döneminde edinilen mallar 01.01.2002 öncesinde eşler arasında geçerli olan mal ayrılığı döneminde edinilmiş ise, davayı açan eşin bu süreç içerisinde alınan mallara katkısının olduğunu kanıtlaması gerekir. Yani tamamen ispat yükü davacıdadır. Hiç şüphesiz uzun süreli aralıkta da resmi evlilik devam etmektedir. Bu dönem için ispat yükü olduğu için önemli bir mağduriyet söz konusu olamaz. Ancak aynı durum 01.01.2002 tarihinden sonra yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen mallar bakımından bir mağduriyetin olmadığını söylemek haksızlık olur. Eşler 8 – 10 yıl fiilen ayrı yaşamışlar, daha sonra kabule ilişkin boşanma kararı ile boşanmışlar, ancak fiili aykırılık döneminde edinilen mallar edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu süre içerisinde edinilmiş bulunduğundan davacının bu mallardan katkı payı alacağı alması mümkündür. Burada ispata gerek yoktur. Sadece davalı söz konusu malların kişisel malıyla aldığı kanıtlaması gerekir. davacı açısından böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu nedenle burada bir haksızlığın olmadığını söylemek mümkün değildir. Bu konuda bir yasal düzenlemenin yapılması gerektiği görüşündeyim.

Dava konusu taşınmazlardan üç tanesi başka bir şehirde, diğerleri ise yine ayrı ayrı yerlerde bulunduğu takdirde davanın hangi yerde açılacağı sorusuna gelince; gerek mal ayrılığı rejimi döneminde ve gerekse edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu evrede edinilen mallardan kaynaklanan katkı ya da katılma alacağı davaları kural olarak, TMK'nın 214/1-2. bendi uyarınca, “..boşanmaya, evliliğin iptaline veya hakim tarafından mal ayrılığına karar

verilmesi durumunda, bu davalarda yetkili olan mahkeme” yetkilidir, denildiğine göre bu davaların açıldığı yer Aile Mahkemesinde açılıp bakılmaktadır. Çünkü, gerek katılma alacağında ve gerekse katkı payı alacağında mülkiyet hakkı istenemez. Bu nedenle HUMK’nun 13 ve HMK’nın 12. maddesinde yer alan taşınmazlar bakımından uygulanması gereken kesin yetki kuralı bu tür davalarda uygulanmamaktadır.

Av. Muazzez YILMAZ - Sayın Başkana çok teşekkür ediyoruz, gerçekten sabrını zorladık.

SALONDAN - Pardon, benim de bir sorum olacaktı. Sayın Başkan, biraz önce dediniz ki, zina nedeniyle boşanma davası açılması gerekir, ama biz şöyle öğrenmiştik: Özel boşanma nedenleri, bir de genel boşanma nedenleri var. Bunlardan bir tanesi eskiden şiddetli geçimsizlikti, şimdi evlilik birliğinin temelinden sarsılması. Peki, biz özel boşanma nedenini değil de, bu özel boşanma nedenini sebep göstererek şiddetli geçimsizlik veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan bir dava açamaz mıyız ve bu açtığımız davada salt özel boşanma nedenini göstermemiz şart mı?

Yusuf ULUÇ - TMK’nın 236/2. fıkrasında yer alan zina ya da cana kast nedeniyle katılma alacağından bir indirim yapılması veya tamamen kaldırılması hükmünün değerlendirilmesi için bu iki sebebe dayalı boşanma davasının açılmış olması, kabulle sonuçlanan hükmün kesinleşmesi bir ön koşul olarak değerlendirilmektedir. Yoksa kişi istediği hukuki sebebe dayanarak boşanma davasını açmakta özgürdür.

SALONDA N- Zina nedenine dayanılır, ama şiddetli geçimsizlik derim. Çünkü o şiddetli geçimsizlik genel bir boşanma nedeni, ama siz orada sadece özel boşanma nedenine dayanabilirsiniz.

Yusuf ULUÇ - Şiddetli geçimsizlikte biz uygulamadık, Yargıtay 2. Hukukun önceki uygulaması varsa bilmiyorum. Kendisi cevap verecek. Biz uygulamıyoruz. O zaman şiddetli geçimsizliğin içinde ayrıca bu zinada var demek lazım, bir genişletici yoruma tabi tutmak lazım.

SALONDAN - Başkanım, bir de şeyi söylemişsiniz, belirsiz alacak davası için demiştiniz ki, ıslah nedeniyle zamanaşımı süresi içerisinde arttırabilirsiniz. Belirsiz alacak davasında bir miktar gösteriyorsunuz. Yani alacak belli değil, ama siz zamanaşımı o belirsiz alacak davası için kesilmiş oluyor artık. Siz belirsiz alacak davasını zamanaşımı süresi içerisinde arttırabilirsiniz. Arttırdınız, örneğin üç tane bilirkişi raporu var. Üçüncü bilirkişi raporuna göre acele ettiniz ve arttırdınız. İtirazınız kabul edilir veya edilmez diye düşünmediniz, ama itirazınızı mahkeme kabul etti ve dördüncü bir bilirkişiye gitti. Dördüncü bilirkişi daha yüksek bir miktar gösterdi, ama siz ne yaptınız? O belirsiz alacak davasını açtığınızdaki o miktarı belirlediniz. Peki, şimdi bu dördüncü bilirkişi raporuna göre daha üst belirlenen miktarı biz ıslahla arttıramaz mıyız? Ama onu zamanaşımı süresi içerisinde arttırabiliriz.

SALONDAN - Sayın Başkan, faizin başlangıcı ne olacak?

Yusuf ULUÇ- Edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan faiz alacağı için TMK'nın 239. maddesi uyarınca, faizin başlangıç tarihi karar tarihi olmaktadır. Katkı payı alacağı davalarında ise, faizin başlangıç tarihi dava tarihi olarak esas alınmaktadır. Uygulanacak faiz yasal faiz olup, katkı ve katılma alacağı davalarının hepsi nispi harca tabidir, vekalet ücreti de nispi olarak uygulanmaktadır.

Av. Muazzez YILMAZ - Sayın Ali Cem Budak belirsiz alacak davası şeklinde katılma alacağı açılabilir mi konusundaki görüşünüzü merak ediyoruz.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Şimdi geç saat oldu, herkes de yoruldu, çok kısa, çünkü Yusuf Bey'i de çok yorduk. Aslında kim bilir neler söyleyecekti bize, söyleyemedi.

Yusuf ULUÇ - Söylemediğim çok şey var, doğru.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Şimdi şöyle, 107. maddede haki- katen zamanaşımıyla ilgili bir şey söylemiyor da, evvelki kanunumuzun da bir yerinde zamanaşımıyla ilgili bir şey söylemiyordu.

Davanın zamanaşımını kesmesi, Yusuf Bey'in buyurdukları gibi, Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanır. Davanın açılmasıyla zamanaşımının kesilmesi aslında maddi hukuka ilişkin bir düzenleme, Borçlar Kanununda yer alan bir düzenleme. Eski kanunda 133. maddede idi, şimdi madde numarası 154 oldu.

Şimdi, davayı açtığımız vakit, o irade beyanında bulunduğunuz vakit -ki dava mahkeme nezdinde devlete karşı yöneltilmiş bir hukuki himaye talebidir, ama aynı zamanda da bir irade beyanıdır- kanun ona bir hukuki sonuç bağlamış. Diyor ki, zamanaşımı kesilir. Yani biz Usul Kanununda bir şey demiyoruz, onu Borçlar Kanunu diyor.

Niye kısmi dava zamanaşımını sadece açılmış olan kısım bakımından keserdi? İsviçre'de de öyle, ama Türkiye'de de öyle, Yargıtay'ın, yargı organlarının içtihadı sebebiyleydi. Yargı organları diyor ki "sen alacağının bir kısmını dava yoluyla istemişsen o istediğin kısım bakımından irade beyanında bulunmuş olursun, zamanaşımı da sadece o kısım bakımından kesilir". O yüzden hatta endişe ederler, işte malum, "davayı ıslah etmeden evvel zamanaşımı dolarsa bakiyeyi talep edemeyeceğim" diye.

Şimdi benim kanaatimce katkı, katılma alacakları pekâlâ belirsiz olacak davasına mesnet olabilir. Çünkü tam da hesap güçlüğü arz eden bir meseleyle karşı karşıyayız ve belirsiz alacak davası olarak açıldığı zaman da, bu dava alacağın tamamı bakımından, belirsiz olan alacağın tamamı bakımından zamanaşımını keser.

Yani ben kıymetli hocamız, üstadımız Kılıçoğlu'nun görüşüne katılmıyorum. Çünkü burada yöneltilen irade beyanı "alacağın bir kısmının ödenmesi talebi" şeklinde değildir, aslında alacağının hepsini istiyorum. Dava dilekçesinde de öyle diyorum. "Ben alacağımın hepsini istiyorum da adını koyamıyorum" diyorum. Dolayısıyla irade beyanım kısmi bir talebe ilişkin olmadığı için, alacak miktarının sadece bir kısmına ilişkin olmadığı için, zamanaşımının kesilmesine ilişkin maddi hukuk sonucu da alacağın tamamı bakımından doğacaktır. Çok teşekkür ederim imkân verdiğiniz için.

Ömer Uğur GENÇCAN - Ben maddi olayı anladım. Söylediğim şey şu: Biz ehliyet araştırması bozmasını yaparız, o bozmada bozma sebebine göre sair yönler incelenmez.

Burasını meclis gibi düşünürsek “Grubumuza sataşma var, söz istiyorum!” diyorlar ya bu sebeple Oturum Başkanından söz istedim. Şimdi grubum adına olan sataşmalara kısa olarak cevap vermek istiyorum. Çünkü bunlara cevap vermezsem ne söylemek istediğimiz anlaşılamaz.

İlk nokta: katılma alacağı “belirsiz alacak” (HMK m. 107) davası mıdır? Katıldığım bir panelde bir akademisyen söz aldı, dedi ki: “*Katılma alacağı belirsiz alacak davasına verilecek en iyi örnektir*” Diğer akademisyen söz aldı, dedi ki: “*Belirsiz alacak davası katılma alacağı davasına verilecek en kötü örnektir*”

Düşünceme göre katılma alacağı davası belirsiz alacak davasına verilecek en iyi örnektir. Neden? Tasfiye anı değerini dava açarken bilmek mümkün mü? Bir: Siz hakimin hangi yılda karar vereceğini bilebilir misiniz? Bilemezsiniz. İki: Karar tarihindeki değerini bilebilir misiniz? Bilemezsiniz. Katılma alacağı davası hiçbir şeyi bilemeyeceğinizin en güzel davasıdır. Anımız olsun, döner dolaşır bu dava belirsiz alacak davasına gelir. Devam edeyim. Belirsiz alacak davası olduğu için ben bu ıslahı da anlamıyorum. Tenkis davasında olduğu gibi gerçek hesap yapılır, bulduğum rakamı ben alırım. Islaha var, ne gerek?

İkinci nokta: Boşanma sebebiyle sona eren mal rejiminde oluşan katılma alacağı davasında zamanaşımı nedir?

Katılma alacağı boşanma davalarının fer’i niteliğinde değildir. Ancak TMK. m. 178 hükmüne göre evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasından **doğan dava hakları**, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden “bir yıl geçmekle” zamanaşımına uğradığı da bir gerçektir.

Boşanma, evliliği olduğu gibi mal rejimini de **sonlandıran** bir sebeptir. Evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasına rağmen eşle-

rin **yıllar sonra** maddî ya da manevî tazminat ya da ilk kez istenilen yoksulluk nafakası gibi sebeplerle karşı karşıya gelmelerini önlenmek isteyen Kanun Koyucunun katılma alacağında farklı düşünmesi 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu sistematığı ile de bağdaşmaz.

Katılma alacağının boşanma davalarının fer'i niteliğinde olması TMK. m. 178 hükmüne göre evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasından **doğan dava haklarının**, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden **bir yıl geçmekle zamanaşımına uğradığı gerçeğini** ortadan kaldırır mı? TMK. m. 178 hükmünün lafzi hükmünü ne yani yok mu sayalım?

Zamanaşımı konusunda görüşümüzü TMK. m. 178 hükmünün sadece boşanma davalarının sonuçlarına sayarak eleştirenlerin evliliğin boşanma sebebiyle **son bulmasından doğan dava haklarının** ne anlama geldiğini/neler olduğunu **birkaç kez daha düşüncelerini** önermekteyiz.

Tekrar etmek istiyorum;

Katılma alacağı evliliğin boşanma sebebiyle **son bulmasından doğan** dava haklarındandır. Bu sebeple de TMK m. 178 hükmü kapsamındadır.

Başka bir anlatımla katılma alacağının TMK m. 178 hükmü kapsamında olması boşanmanın **fer'i hükmü olmasından değil** evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasından **doğan dava haklarından** olduğu içindir.

Anlaşılamadığımız için bir kez daha tekrar etmek zorunda kalıyorum: Katılma alacağının TMK m. 178 hükmü kapsamında olması boşanmanın **fer'i hükmü olmasından değil** evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasından **doğan dava haklarından** olduğu içindir. (Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, Kısaltma: Gençcan-Mal Rejimleri 2010, s. 996-997*)

Üçüncü nokta: Yabancı mahkemeden verilen boşanma kararı-

nın tenfizine karar verilip bu karar kesinleşmişse zamanaşımını Yargıtay 8. Hukuk Dairesi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten başlatıyor. Oysa tenfiz kararının kesinleştiği tarihten başlaması gerekir.

Dördüncü nokta: Zina nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak **azaltılmasına** veya **kaldırılmasına** karar verebilir uygulaması.

Kanun koyucunun **haysiyetsiz yaşam sebebiyle** boşanma hâlinde hâkim tarafından kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verilememesini içine sindirebilirken zina nedeniyle boşanma hâlinde hâkim tarafından kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebileceğini istemesi çok tuhaftır.

Başkasıyla **her gün yatan** (Haysiyetsiz yaşayan) eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına **karar verilemezken;** başkasıyla **bir kere yatan** (Zina eden) eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına **karar verilebilmesi** olacak şey değildir.

Örneklemeyle TMK m. 236 f. II hükmü genişletilemez. Çünkü: Kanun koyucu bütün boşanma sebeplerini bilmektedir. İsteseydi diğer boşanma sebeplerini de pekala TMK m. 236 f. II hükmüne ekleyebilirdi. Kanun koyucu aklını nedense **sadece zina ve hayatta kast nedeniyle boşanmaya** takmış durumdadır. Diğer boşanma sebepleri ile bir problemi yoktur. (Ömer Uğur Gençcan, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara-2013, s. 179-180)

Son nokta: Aile konutunun maliki olan eş aile konutunu eşinin rızasını almadan devrederse üçüncü kişinin iyi niyeti korunur mu? Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “korunur” düşüncesindedir.

Karşı oyumuzun yer aldığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının yayınlanmasından sonra “Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır” hükmü uyarınca taraftan bilimsel görüşler tarafımdan izlenmiştir.

Karşı oyumuzdan **sonra yayınlanan eserlerde** Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına yönelik olarak bilimsel öğretilerde görüşümüz gibi düşüncelerin sergilendiğini belirledik.

GÜMÜŞ “Sonuçta söz konusu YHGK kararı **en kısa dönülmesi gereken isabetsiz bir sonucu** yansıtır” görüşünü sergilemiştir. (*Mustafa Alper GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul-2008- s. 104*)

Görüşümüz **SEROZAN** tarafından da aynen benimsenmiştir: “Ne denli çok yinelse az sayılabilir; eşin oluru alınmadan yapılan aile konutunun devri işlemi, **devralan kişi ister iyi niyetli olsun ister kötü niyetli olsun, her halde kesin hükümsüzdür.** Hele Yargıtay’ın MK 194 kuralına ilişkin **antisosyal kararı ışığında** yeni rejimin derhal yürürlüğünü bir devrim diye nitelemek büsbütün şaşkıncıdır” (*Rona SEROZAN, “Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara-2009, s. 593*)

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları dışındaki diğer yargı kararlarını uygulama zorunluluğu olmadığından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında bulunan karşı oyumu (YHGK, 4.10.2006, E:2006/2-591, K:2006/624) **bilimsel öğretilerde verilen desteğin** doğal bir sonucu olarak aynı inançla sürdürmekteyim.

Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

Av. Muazzez YILMAZ - Efendim, biz de çok teşekkür ediyoruz. Bütün değerli konuşmacılara çok teşekkür ediyoruz, değerli meslektaşlarım, sevgili stajyerler katılımınızdan dolayı sizlere de teşekkür ediyoruz.

**YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 17.04.2013
TARİHLİ, 2013/8-375 ESAS VE 2013/520 NUMARALI
KARARI**

Taraflar arasındaki “katkı payı ve katılma alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 1. Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 23.11.2011 gün ve 2007/176 E.-2011/1000 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 08.05.2012 gün ve 2012/2056 E., 2012/3981 K. sayılı ilamı ile; (...Davacı birleşen dosyada davalı ..vekili, evlilik içinde alınan ve davalı .. adına tescil edilen Gelibolu ve Zekeriyaköy'de bulunan taşınmazlarla ilgili katkı payı ve katılma alacağı isteğinde bulunmuş, ayrıca vekil edenine ait antika yüzükle ilgili de talepleri olduğu bildirilmiş, birleşen dosyada vekil edeni aleyhine açılan davanın reddine karar verilmesini ve aksi halde belirlenecek miktarların karşılıklı takas ve mahsup edilmesini istemiş, 11.10.2011 tarihli harcını da yatırdığı dilekçesi ile taleplerini 111.300 TL katkı payı, 148.700 TL katılma alacağı olarak ıslah etmiştir.

Davalı vekili, Zekeriyaköy'deki taşınmazda davacının katkısı olmadığını, Gelibolu'daki taşınmazın annesi tarafından bedelsiz verildiğini, yüzüğün varlığının ve vekil edeni tarafından alındığının ispat edilmesi gerektiğini açıklayarak davacının davasının reddine karar verilmesini savunmuş, birleşen dava dosyasında ise, evlilik içinde alınan ve adına tescil edilen iki adet araçla ilgili katkı payı ve katılma alacağı isteğinde bulunarak birleşen dosyanın davalısından tahsilini istemiştir. Islah dilekçesine karşı cevabında ise katılma alacağı ile ilgili talebin zamanaşımına uğradığını açıklayarak reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacı vekili tarafından açılan katkı payı alacağı davasının kabulü ile 111.300 TL katkı payı alacağının davalı-karşı davacıdan tahsiline, hüküm altına alınan katkı payı alacağından 100.000 TL'ye dava tarihi, 1.300 TL'ye ise ıslah tarihinden itibaren

yasal faiz yürütülmesine, davacı tarafından açılan denkleştirme katılım alacağı isteminin kısmen kabulü kısmen reddi ile 148.700 TL katılım alacağının karar tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı S.M.Ş'den tahsiline, fazlaya dair istemin reddine, davacı'nın yüzük ile ilgili talebinin vazgeçme nedeni ile reddine, mahkememizin bu dosyası ile birleştirilen dava dosyasında davacı lehine 10.000 TL katılım alacağının karar tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davacıdan alınıp davalı-karşı davacıya ödenmesine, davalı karşı davacının katkı payı davasının kısmen kabulü kısmen reddi ile 7.200 TL katkı payı alacağının davanın açıldığı 12.10.2009 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte'dan tahsiline, fazlaya dair istemin reddine, tarafların hüküm altına alınan alacakları ile doğacak yasal faizlerin karar kesinleştiğinde karşılıklı olarak takas ve mahsubuna karar verilmesi üzerine hüküm davalı-birleşen dosyanın davacısı vekili ile katılma yolu ile davacı-birleşen dosyanın davalısı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Mahkeme, davalı-karşı davacı vekilinin hükmün açıklanmasına ilişkin isteğini de hükümde açıklanması gereken bir husus veya maddi hata olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir.

Taraflar 20.9.1990 tarihinde evlenmiş, 12.12.2005 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün 13.10.2008 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Eşler arasında başka mal rejimi seçilmediğinden 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 sayılı TKM'nin 170. m.), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği boşanma davasının açıldığı tarihe kadar (4721 sayılı TMK'nın 225/2. m.) yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4721 sayılı TMK'nın 202.m).

Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine, dosya arasında bulunan banka dekontları ve hesap ekstreleri ile havale edilen miktarlar gözetilerek Gelibolu'daki taşınmazın bedelsiz değil erkeğin annesi tarafından satışla devredildiği kabul edildiğine, çalışarak gelir elde ettiği anlaşılan kadının gelirini baş-

ka yerde kullandığı ispat edilemediğinden alımlarda katkısı olduğunun kabulü gerektiğine, yapılan katkı payı hesaplamasında taraf gelirleri, kişisel harcamaları ve TKM'nin 152. Maddesindeki erkeğin evi geçindirme yükümlülüğü dikkate alınarak belirlenen katkı payı oranı ile dava tarihindeki taşınmaz değerleri çarpılarak katkı payı alacağı bulunduğuna, bu hesaplamada Zekeriyaköy'deki taşınmaz bakımından 1.1.2002 tarihine kadar yapılan ödemeler de gözetildiğine, 111.300 TL bulunan katkı payı alacağı bakımından dava tarihi ve ıslah tarihindeki değerlere ayrı ayrı faiz yürütüldüğüne, faiz yürütülmeyen 10.000 TL miktar için mahsuptan söz edilerek ıslah dilekçesinde faiz istenmediğine, feragat sebebiyle reddine karar verilen antika yüzükle ilgili harcı yatırılarak artırılan bir değer olmadığından harcı yatmayan değerle ilgili vekalet ücreti takdir edilemeyeceğine, dava dilekçesinin açıklanması niteliğindeki 11.10.2011 tarihli dilekçede ayrıca yargılama giderleri ve vekalet ücretinden bahsedilmemiş olmasının, dava dilekçesinde açıkça yazılarak istenen bu taleplerle ilgili davacının hakkını ortadan kaldırmayacağına, taşınmazları veya hakkını alım tarihlerinde kocasına bağışladığına dair kadının bağışlama iradesini içeren herhangi bir delil veya beyan da dosyaya sunulmadığına, talep dikkate alınarak karşılıklı hükmedilen alacaklar ve faizleri bakımından takas ve mahsuba karar verildiğine göre davalı-birleşen dosyadaki davacı Sinan vekilinin aşağıda yazılı katılma alacağı dışındaki diğer temyiz itirazları da yerinde değildir.

Davalı-birleşen dosyanın davacısı vekilinin katılma alacağı ile ilgili temyiz itirazlarına gelince; mahkemece yapılan değerlendirmede açılan davanın esas itibariyle belirsiz davalar olduğu, TMK'nın 178. maddesinde yazılı zamanaşımı süresinin boşanmadan kaynaklanan maddi manevi tazminat ve yoksulluk nafakası ile ilgili olduğu, aleyhe yorumlanamayacağı açıklanarak zamanaşımı defî reddedilmiş ve yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Davacının katılma alacağı isteğini ıslah dilekçesinde 158.700 TL olarak bildirdiği ve harcını da ıslah ile birlikte yatırdığı, dava dilekçesindeki yazılı miktar içinde katılma alacağı olmadığı, dava dilekçesindeki

100.000 TL miktarın açıkça katkı payı alacağına özgülendiği, dava 1 yıllık sürede açılmakla birlikte dava dilekçesinde katılma alacağı olarak talep edilen bir miktarın olmadığına davacı Elmira vekili tarafından açıklandığı, tarafların boşanmalarına ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği 13.10.2008 tarihinden ıslah dilekçesinin verildiği 11.10.2011 tarihleri arasında katılma alacağı bakımından 1 yıllık zamanaşımı süresinin de geçtiği ve davalının ıslah dilekçesine karşı süresinde zamanaşımı def'inde bulunduğu ihtilafsızdır.

Uyuşmazlık, davacının katılma alacağı talebi bakımından zamanaşımı süresinin 1 yıl olarak uygulanıp uygulanamayacağı hususunda toplanmaktadır.

743 sayılı TKM'nin yürürlükte bulunduğu dönemde mal ayrılığı rejimi söz konusu idi. Mal ayrılığı rejimi için 743 sayılı TKM. de mal rejimi konusunda herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Ancak, 743 sayılı TKM'nin Borçların Umumi Kaideleri başlığını taşıyan 5. (4721 sayılı TMK. m.5) maddesinde, "Aktillerin in'ikadına ve hükümlerine ve sükutu sebeplerine taalluk edip borçlar kısmında beyan olunan umumi kaideler, medeni hukukun diğer kısımlarında dahi caridir" amir hükmüne yer verilmiştir. Bu durum karşısında anılan madde gereğince BK'nın zamanaşımına ilişkin uygun düşen hükmünün mal rejimleri konusunda da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu durum karşısında, TKM'nin 5. maddesinin yollamasıyla mal ayrılığı rejimi dönemi bakımından BK'nın 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi uygun düşmektedir. BK'nın 125. maddesinde; "Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı taktirde her dava 10 senelik mürrur zamana tabidir", denilmiştir. Madde metninde sözü edilen "her dava" sözcüğü her alacak olarak

değerlendirilmektedir. Aynı Kanunun 132/1-3 nolu bendinde ise, "Nikah devam ettiği müddetçe karı kocadan birinin diğerinin zimmetinde olan alacakları hakkında zamanaşımı işlemez" hükmüne yer verilmiştir.

4721 sayılı TMK'da ise, zamanaşımına ilişkin hüküm yer almak-

tadır. Anılan Kanununun 178. maddesinde; “Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar” denilmiştir. Maddenin birinci bölümünden de açıkça anlaşılacağı üzere “evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları...” denilmektedir. Bu hükmün sadece boşanmanın ferî niteliğinde bulunan nafaka, maddi ve manevi tazminat ile benzeri hakları kapsadığını söylemek güçtür. Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları ibaresinin aynı zamanda edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağı ve değer artış payını da kapsadığı düşünülmektedir. Halihazırda Daire uygulaması bu yöndedir. 743 sayılı TKM’nin 170. maddesi uyarınca mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde katkı payı alacağına yönelik tüm davalar sözleşme olsun veya olmasın 743 sayılı TKM’nin (4721 sayılı TMK’nın) 5. maddesinin yollamasıyla BK’nın 125. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir. TMK’nın 225/1. maddesi uyarınca mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona ermiş (ki başka bir mal rejiminin kabulü halinde sözleşme söz konusu olur) ya da aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince mahkemece evliliğin iptaline karar verilmesi hallerinde de 4721 sayılı TMK’nın 5. maddesinin yollamasıyla BK’nın 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımını uygulanmaktadır. 01.01.2002 tarihinden sonra eşler arasında mal rejimi konusunda yapılmış bir sözleşme söz konusu ise, yine 10 yıllık zamanaşımını uygulanacaktır. TMK’nın 225/2. fıkrasında; “Mahkemece evliliğin (...) boşanma sebebiyle sona ermesi...” halinde katılma alacağı bakımından TMK’nın 178. maddesinde yer alan bir yıllık zamanaşımının uygulanacağı Dairece kabul edilmektedir. Daha önce mal rejimine ilişkin davaların görüldüğü Yüksek Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nde de; 4721 sayılı TMK’nın 231. maddesine dayalı katılma alacağı konusundaki kararlar oyçokluğuyla verilmiştir. Çoğunluk; TMK’nın 5. maddesi yollamasıyla bu mal rejiminde BK’nın 125. maddesinde yer alan 10 yıllık, azınlık ise; TMK’nın 178. maddesindeki bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını benimsemiştir (2.H.D. 05.02.2007 T. ve 9383/1228 E/K).

Mal rejimleri konusunda on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasının gerektiği görüşünü savunanlar; TMK'nın 178. maddesinin TMK'nın boşanma kısmında yer aldığı, bu nedenle sadece boşanmanın eki niteliğinde bulunan davalar hakkında uygulanması gerektiği, mal rejimleri konusunda uygulanmasının mümkün olmadığı, maddenin kanunda yer alış biçiminin de buna engel olduğu gerekçesine dayanmaktadırlar. Kanun sistematığına göre gerçekten TMK'nın 178. maddesi boşanma kısmında yer almaktadır. Ne var ki, TMK'nın 158 ve 179. maddeleri de aynı bölümde yer almakta olup, TMK'nın 158/2. fıkrasında; "Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır", Mal Rejiminin Tasfiyesi başlığını taşıyan 179. maddesinde de, "mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır" denilmektedir. O takdirde bu maddelerin yer alış biçimine hangi gerekçe gösterilmelidir.

Buna benzer bir çok hüküm bulmak mümkündür.

O halde bu gerekçe tek başına on yıllık zamanaşımının uygulanmasının gerekçesi olamaz. Ancak, tali bir gerekçe olarak değerlendirilebilir.

Bundan ayrı, istek sahibi için çok zorunlu ve yaşamsal bir değer taşıyan, aynı zamanda boşanmanın fer'i niteliğinde olan nafaka, maddi ve manevi tazminat davaları ve benzerleri bakımından daha kısa süre olan bir yıllık, mal rejimi bakımından ise oldukça uzun bir süre sayılan on yıllık zamanaşımının kabulünün bir çelişki oluşturacağı açıktır.

Yargıtay ve Daire uygulaması gereğince uygulanması gereken zamanaşımı süresi boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren başlar. Bugünkü koşullarda bir boşanma davasının temyiz sürecinde dahil en az 4-6 yıl sürdüğü bilinmektedir. Kesinleşmeden itibaren on yıllık sürenin son yılı ya da gününde mal rejimine ilişkin davanın açıldığı da gözönünde tutulduğunda sosyal problemin

asgari 15 – 20 yıla taşınacağı da bir gerçektir. Bir yıllık zamanaşımı süresinin çok kısa olduğu ancak, on yıllık zamanaşımı süresinin ise çok uzun olduğu ve sosyal problemi uzun süre ayakta tuttuğu ve başka sosyal problemlere de yol açtığı ya da açacağı gözardı edilemez. Mal rejimine ilişkin zamanaşımı konusunda doktrinde de tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Çoğunluk görüşünü benimseyenler; farklı açılardan olayı değerlendirmekle birlikte on yıllık zamanaşımının uygulanacağını savunmaktadırlar. Azınlık ise; olayda bir yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini ileri sürmekteler. Yani TMK'nın 178. maddesinin uygulama olanağının bulunmadığını ileri sürenler iki gerekçeye dayanmaktadırlar. Birincisi sözü edilen madde TMK'nın mal rejimleri bölümünde değil, kanunun sistematığı açısından TMK'nın boşanma kısmında yer almaktadır. İkincisi ise, TMK'nın 178. maddesi boşanmanın eki niteliğinde bulunan nafaka, maddi ve manevi tazminatlarla ilgili olup bunlar hakkında uygulanır. Mal rejimine ilişkin davalar ise boşanmanın eki (fer'i) niteliğinde davalar olmadığını söylemekteler. Konunun çok tartışmalı olduğu ve henüz bir birlikteliğin gerek doktrinde ve gerekse uygulamada sağlanamadığı görülmektedir. Taraflar arasında görülen boşanma davasının kesinleştiği 13.10.2008 tarihinden ıslah dilekçesinin tarihi olan 11.10.2011 tarihine kadar TMK'nın 178. maddesinde düzenlenen 1 yıllık zamanaşımı süresi geçmiş bulunduğu ve davalı Sinan vekili ıslah dilekçesi ile talep edilen katılma alacağı miktarı bakımından süresi içerisinde zamanaşımı definde bulunduğu göre, davacının dava konusu ettiği mal varlığına ilişkin katılma alacağı miktarı zamanaşımına uğradığından mahkemece 148.700 TL katılma alacağı bakımından davanın reddine karar verilmesi gerekirken bu kısım bakımından da yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru olmamıştır. Davalı-birleşen dosyanın davacısı vekilinin temyiz itirazları aleyhine hükmedilen katılma alacağı açısından yerindedir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı-davacı Sinan vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava; katkı payı ve katılma alacağı istemine ilişkindir.

Mahkemenin, davanın kabulüne dair verdiği karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine, Özel Daire’ce yukarıda yazılı gerekçeyle katılma alacağı yönünden kısmen bozulmuş; Yerel Mahkemece, “katılma alacağına ilişkin davanın Borçlar Kanunu’nun 125.maddesinde öngörülen on (10) yıllık zamanaşımına tabi olduğu ve ıslah tarihi itibarıyla zamanaşımı süresinin dolmadığı gibi, esasen bu tür davaların belirsiz alacak davaları olduğu” gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir. Hükmü temyize, davalı-davacı vekili getirmektedir.

Davaya konu edilen, Sarıyer Zekeriyaköy 1431 parselde 7 nolu dubleks meskenin davalıdavacı koca adına kooperatife üyelik suretiyle edinildiği 1. 1. 2002 tarihinden, kooperatif hissesinin elden çıkarıldığı 26.7.2005 tarihine kadar ödemelerin devam ettiği taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelen uyuşmazlık; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğünden sonra edinilen mallar konusunda, evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanması halinde, eşler arasında katılma alacağına ilişkin davalarda zamanaşımı süresinin TMK 178. maddesi uyarınca bir yıl mı, yoksa aynı Kanunun 5. maddesi yollaması ile Türk Borçlar Kanunu 146. maddesi (eBK m. 125) uyarınca on yıl mı olduğu; varılacak sonuca göre ıslah edilen kısmın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkeme ilk karar gerekçesinde; zamanaşımı savunmasını ret ederken uygulanacak zamanaşımı süresi tartışması yanında, katılma alacağı davalarının esasen “belirsiz alacak” davaları olduğunu ve zamanaşımı savunmasının bu nedenle de kabul edilmediğini belirtmiş ve özel Dairece bu hususun tartışılmamış, uygulanacak zamanaşımı hükmü(TMK m. 178) yönüyle

mesele ele alınmış ve salt bu nedene hasren bozma yapılmış olması karşısında, Yerel Mahkeme'nin terditli olarak; gerek uygulanacak zamanaşımı süresi itibariyle, gerekse de davanın bir belirsiz alacak davası olduğundan bahisle direnmesinin “yeni hüküm” niteliğinde olup olmadığı önsorun olarak tartışılmış ve oyçokluğu ile önsorun olmadığı kabul edilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir. İşin esasının incelemesinde; uyuşmazlığa konu taşınmaz yönünden uygulanacak mal rejiminin niteliği Yerel Mahkeme ve Özel Daire arasında çekişmeli değildir. Çekişme; eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen mala ilişkin katılma alacağı yönünden uygulanacak zamanaşımı süresi konusundadır.

Taraflar arasında bir sözleşme bulunmaması nedeniyle, Kanuna göre belirlenecek olan; Kanun'daki düzenleme şekliyle “artık değere katılma” alacağı olarak ifade edilen ve uygulama ile öğretide “katılma alacağı” olarak adlandırılan eşler arasındaki bu alacak, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kabul edilen “edinilmiş mallara katılma” rejimine ilişkin bir kavram olup, TMK'nın 231 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Alacağın açıklanan bu niteliğine göre, Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlığa dönülecek olursa; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na bakıldığında, yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına özgü olarak bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir (KILIÇOĞLU, Ahmet: “Katılma Alacağında Zamanaşımı”, Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1289; ACAR, Faruk: Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 3.B, Seçkin Yayınevi, Anaka 2012, s. 275; SONSUZUĞLU, Elif: Medeni Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 50; ÖZUĞUR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 5. B. , Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 82). Bu nedenle edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağına uygulanacak zamanaşımı konusu tartışmalara neden olmuştur. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında azınlıkta kalan bir kısım üyeler TMK m.

178'deki zamanaşımı süresinin bu dava da uygulanması gerektiğini belirtmiş iseler de bu görüş Kurul çoğunluğunca kabul edilmemiştir.

Katılma alacağının niteliği itibariyle, eşler arasında bir alacak olduğu ve dolayısıyla boşanmanın bir fer'i olmadığı (CEYLAN, *Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006; s. 68; KILIÇOĞLU, s. 1292*); "evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan bir dava" da olmadığı, kaldı ki edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin boşanmanın değil mal rejiminin sona ermesinin bir sonucu olduğu kabul edilmektedir. **Zira boşanmanın fer'ileri; boşanma davası ile birlikte veya ayrı olarak açılan maddi-manevi tazminat(TMK m. 174/1-2) ve nafaka(TMK m. 175) gibi hususlardır.** Belirtmek gerekir ki; TMK m. 178'in salt boşanmanın fer'i niteliğindeki tazminat ve nafakayı kapsadığı madde gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır. Boşanma olgusu; salt mal rejiminin sona ermesini, dolayısıyla katılma alacağı gibi taleplerin gündeme gelmesini sağlayan harici bir olgudur (ERDEM, *Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 203; KILIÇOĞLU, s.1291; ACAR, s. 284*). Ancak ifade etmek gerekir ki; katılma alacağını gündeme getiren; eş söyleyişle katılma alacağını talep edilebilir hale getiren tek harici olgu boşanma değildir (TMK. m. 225). Öğretide, mal rejimlerinden doğan davaların boşanmanın fer'i olmadığı kabul edilmekle birlikte; mal rejiminin tasfiyesinin aile hukukunun bir parçası olduğu, bu nedenle katılma alacağı davalarında, zamanaşımı süresinin TMK. m. 178'e göre belirlenmesinin isabetli olacağı da savunulmaktadır (ACAR, s. 284; ÖZUĞUR, s. 82).Bu düşünce tarzının, esasen bir kıyas olmayıp, genişletici bir yorum olduğu ileri sürülse de, maddenin Kanun sistematigi içinde bulunduğu yer nazara alındığında, bu fikir zamanaşımında kıyas yasağına takılacaktır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu sistematigi incelendiğinde; 178. maddenin, Kanunun "İkinci Kitap, Birinci Kısım, İkinci Bölüm-Boşanma" düzenlemesi içinde, "Boşanmada tazminat ve nafaka" kenar başlığı altında yer aldığı görülür. Oysa katılma alacağı TMK, "İkinci Kitap, Birinci Kısım, Dördüncü Bö-

lüm- Eşler Arasındaki Mal Rejimi” düzenlemesi kapsamında (TMK m. 231 vd.) yer almaktadır.

Mal rejiminin “boşanma” dışındaki sebeplerle sona ermesi halinde, katılma alacağında zamanaşımı süresinin TBK m. 146(eBK m. 125) uyarınca on yıl olacağı genel kabul gören bir husustur (ANIL, Yaşar Şahin/TANER, *Yonca: Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, Legal Kitabevi, İstanbul 2011, s. 191-193; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 391*). Özel Daire de, yukarıya metni alınan kararında belirttiği üzere, mal rejiminin boşanma dışındaki hallerde; yani eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona ermiş ya da aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince mahkemece evliliğin iptaline karar verilmesi hallerinde 4721 sayılı TMK’nın 5. maddesinin yollamasıyla TBK m. 146(eBK m. 125) uyarınca on(10) yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını kabul etmektedir.

Mal rejiminin boşanma nedeniyle sona ermesi halindeki zamanaşımı süresini, salt TMK. m. 178’deki “evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları” ifadesine dayandırmak kanun koyucunun amacına da uygun düşmez. Zira, kanun koyucu mal rejimleri için ayrı ve özel bir zamanaşımı süresi öngörmek isteseydi, bunu ayrıca düzenler ve salt boşanma ile sınırlı olarak değil de mal rejiminin diğer sona erme halleri (TMK m. 225) için de öngörürdü(KILIÇOĞLU, s. 1292). Şu halde katılma alacağında zamanaşımı süresinin TMK m. 178 uyarınca belirlenmesine imkân bulunmamaktadır.

Bu durumda katılma alacağında zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi katılma alacağının hukuki niteliğine göre belirlenecektir. Uygulanacak zamanaşımı bakımından da, öncelikle özel hukuktaki zamanaşımı süreleri üzerinde durmakta yarar vardır.

Bu açıklamalar ışığında katılma alacağının niteliğine baktığımızda; katılma alacağının kanundan doğan bir (parasal) alacak hakkı olduğu görülür. Bu niteliği gereğiyle; katılma alacağının doğumuyla bu alacak artık temlik edilebilir, haczedilebilir ve rehnedilebilir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel*

Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 380).

Katılma alacağı kanundan doğan bir alacak olduğundan, TMK m. 5 yollaması ile Borçlar Kanunu genel hükümlerinin bu alacak bakımından da uygulanacağı açıktır (*Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 843*) 01.01.2002 Tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına uygulanacak zamanaşımı süresi konusunda Türk Medeni Kanunu'nda ayrı bir hüküm bulunmadığına ve niteliği itibariyle hakkın bir alacak hakkı olduğunun açık olmasına göre, olayda uygulanması gereken hükümler, TMK. m. 5 yollaması ile TBK. m. 146 (eBK m. 125) uyarınca belirlenecektir. Anılan hükümde; "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir"(6098 Sayılı TBK. m. 146; eBK. m. 125) düzenlemesi yer almaktadır. Şu halde, katılma alacağına zamanaşımı süresi TBK m. 146(eBK m. 125) uyarınca on(10) yıl olarak. Eldeki olayda; tarafların 20.9.1990 tarihinde evlendikleri, uyuşmazlığın 01.01. 2002 tarihinden sonra edinilen taşınmaz yönünden katılma alacağına(TMK m. 231 vd.) ilişkin bulunduğu, 12.12.2005 tarihinde açılan boşanma davasının kabulü sonuçlandığı ve boşanma hükmünün 13.10.2008 tarihinde kesinleşmiş bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, ıslah tarihi olan 11.10.2011 tarihi itibariyle Kanunda öngörülen (TBK m. 146; eBK m. 125) on yıllık zamanaşımı süresinin geçmediği kabul edilmelidir.

Özel Dairenin; davacı-davalının katılma alacağına ilişkin ıslahın TMK m. 178 uyarınca bir (1) yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu yönündeki bozma kararına, yerel mahkemece "davanın on (10) yıllık dava zamanaşımı süresine tabi olduğu" şeklindeki gerekçe ile direnmesi, yukarıdaki açıklamalar nedeniyle yerinde olup onanmalıdır....

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme uygun bulunduğuna ve.... 17.04.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ'NİN 14.1.2013 TARİH VE 2012/5183 ESAS, 2013/38 NOLU KARARI

... ve aralarındaki katkı payı alacağı davasının reddine dair Eskişehir 2. Aile Mahkemesi'nden verilen 20.01.2012 gün ve 575/44 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresinde istenilmiş olmakla; dosya incelendi, gereği düşünüldü; Karar:

Taraflar 22.11.1976 tarihinde evlenmiş, 19.01.2010 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün 07.06.2010 tarihinde kesinleşmesiyle evlilik birliği son bulmuştur. Başka mal rejimi seçilmediğinden taraflar arasında evlenme tarihinden 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (TKM m. 170), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği boşanma davasının açıldığı tarihe kadar yasal edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. (TMK. m. 202 ve 225, 4722 s.Y.nın 10.m.)

Dava konusu 2002 ada 5 parselde bulunan 19 numaralı mesken eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli bulunduğu 08.05.1996 tarihinde 3 kişiden satın alma suretiyle davalı adına tescil edilmiş, ardından satış suretiyle dava dışı S. adına temlik sağlanmıştır. Davacı taraf dava dilekçesinde, alım bedelinin tamamının davacı tarafından karşılandığı, iyi niyetle davalı adına tescil edildiği, davalının katkısı olmadığını açıklayarak taşınmazın tüm bedelinin, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak şimdilik 10.000 TL'nin faizi ile davalıdan tahsilini istemiş, davalı vekili ise, taşınmazın, 1993 yılında alındığını bedelinin yarısının peşin verildiğini, diğer yarısının da vekil edeninin bileziklerini vererek, kızı ve oğlunun taksitlerini ödemek suretiyle ayrıca kendisinin de iğne oyası yaparak edinildiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının taşınmazın tüm parasını verdiği kabul edilmiş ancak, kadın adına tescil edilmesi ve boşanma sırasında davalının kusurunun bulunmadığı gerekçe gösterilerek bağış olarak nitelendirilip yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiştir.

...açıklandığı üzere, taşınmaz üçüncü kişiden alınarak davalı adına tapuya tescil edilmiş olup, davacı tarafından davalıya tapuda devredilmiş değildir. Diğer yandan davacının bağış iradesini ve kastını ortaya koyduğu kabul edilebilecek herhangi bir ifade veya açıklama da dosya arasında bulunmamaktadır. Dava dilekçesinde geçen “herhangi bir kötülük ve art niyet düşünmeden davalı üzerine yaptım” ifadesi de Dairemizin ve Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamasına göre tek başına davacının gizli bağış iradesinin ve kastının ortaya konduğunu göstermez. Alım tarihinden boşanma dava tarihine kadar evlilik içinde davacının davalıdan taşınmazı istememiş olmasının da davacı aleyhine değerlendirilme imkanı yoktur. Yine evlilik içinde tarafların katkıları ile satın alınan bir taşınmazın eşlerden biri adına tescil edilmiş olması halinde diğer eşin katkısı oranında alacak isteme imkanı bulunmakta olup, alacak isteğinde bulunan eşin bağış iradesinin olmaması halinde katkı payı alacağı istemesini engelleyen bir durum yoktur. Bu alacak hakkı kanundan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple Mahkemece, taşınmazın davalıya bağışlanmış olduğunun kabul edilmesi doğru değildir.

Davacı, 1993 yılında emekli olduğunda kıdem tazminatı ile taşınmazı satın aldığı ileri sürmüştü, davalı ise, taşınmazın bileziklerin bozdurulması, kızı ve oğlunun yardımları ile işlediği iğne oyasından gelen paralarla bedelinin bir bölümünün ödendiğini bildirmiştir. TMK’nın 6 ve 222. maddeleri gereğince tarafların iddia ve savunmalarını kanıtlamaları gerekir. Dinlenen davacı tanığı davalı eşin ev hanımı olup katkısının bulunmadığını, davalı tanıklarından olan ve davalı eşin kız kardeşi M., evin öncesinde kendilerine ait olduğunu, davacının 1993 yılında emekli olduğunda kendisine sattıklarını, evin toplam bedeli 110.000 lira olup, 80.000 lirasının davacı, kalan miktarın davalı ve çocukları tarafından ödendiğini, davalının el işi, iğne oyası yapıp sattığını, para kazandığını bildirmiştir. Dava konusu taşınmazın tapuda davalı adına satış suretiyle 08.05.1996 tarihinde tescili sağlanmıştır. Davacının çalıştığı ve emekli olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ne var ki emeklilik belgeleri ile kıdem tazminatına ilişkin tahakkuk ve ödeme belgeleri getirilmemiştir. Davacının 1993 yılında emekli

olduğu tarafların kabulünde olmasına ve evin de bu tarihte alındığı iddiasına rağmen tapuda 1996 yılında tescil edildiği nazara alındığında, kıdem tazminatının miktarı, taşınmaz alımına harcanıp harcanmadığı, harcanmış ise aradaki zamanda ne şekilde değerlendirildiği, banka hesabı bulunup bulunmadığı, tasarruf ve muhafaza biçimi konusunda herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır.

Saptanan bu hukuki ve somut olgular karşısında, ...davacının emekli ikramiyesinin tamamının taşınmazın alımına harcanıp harcanmadığının, ya da ne miktardaki bölümünün evin alımına harcanmadığının, kalan bölüm bakımından davalının katkısı olup olmadığını, varsa ne şekilde katkı sağladığının, tarafların çocuklarının taşınmazın bedelinin ödenmesinde yardımlarının olup olmadığını ayrıntılı ve tereddüte mahal vermeyecek biçimde açıklığa kavuşturulması, davalının iğne oyası ve terzilik işlerinden tasarruf edebileceği ve katkı yapacak kadar para elde edip etmediğinin tanıklardan sorularak saptanması, beyanlar arasında çelişki bulunduğu takdirde HMK'nun 261. maddesi uyarınca yüzleştirilmek suretiyle aykırılığın giderilmesi, gerekli görüldüğü takdirde davacının dava dilekçesinde "her türlü delile" dayandığını açıkladığına göre, bunlar arasında sayılan yemin (HMK'nın 225 vd) deliline de dayandığının kabulü ile yemin teklif hakkını kullanıp kullanmayacağını hatırlatılmasının düşünülmesi, davacının TMK'nın 152. maddesi uyarınca evi geçindirme yükümlülüğü de gözetilerek tarafların katkı oranlarının belirlenmesine çalışılması, bu belirlemede gerekirse hakkaniyet ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkelerinin de dikkate alınması, bu katkı oranının uzman bilirkişi vasıtasıyla belirlenecek dava konusu taşınmazın dava tarihindeki değeri ile çarpılması sonucu katkı payı alacağının saptanması, dosyanın konunun uzmanı bir hukukçu ve mali müşavir bilirkişiye verilerek yukarıda belirtilen esaslar gözetilerek tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, ondan sonra iddia ve savunma doğrultusunda toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulmuş bulunması usul ve yasaya aykırıdır.

Davacı vekilinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde bulunduğundan kabulü ile hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA, taraflarca HUMK'nun 388/4 (HMK'nun 297/ç) ve HUMK'nun 440/1 maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve 21,15 TL peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine 14.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ'NİN 02.05.2012 TARİHLİ,
2012/641 ESAS VE 2012/3623 NO.LU KARARI MAL
ORTAKLIĞI SÖZLEŞMESİNİN TASFİYESİNE İLİŞKİNDİR.**

Davacı vekili, vekil edeni ile eşi B. arasında yapılan mal rejimi sözleşmesiyle mal ortaklığı rejiminin seçildiğini ve evliliğin ölümle sona erdiğini ileri sürerek, sözleşmenin 6. maddesine göre dava konusu taşınmaz ile otomobilin kayıtlarının iptaliyle davacı adına tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, vekil edeninin çocuksuz ölen eş B.nin mirasçısı olduğunu, ölüm tarihi itibarıyla edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olup tasfiyenin buna göre yapılması gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, mal rejimi sözleşmesinin 6. maddesi esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı vekilinin temyizi üzerine; Dairenin 01.11.2011 gün 2011/4845 Esas 2011/5871 Karar sayılı ilamı ile yerel mahkeme hükmü onanmıştır. Bu kez davalı vekili karar düzeltme isteğinde bulunmuştur.

Davacı ile B. 15.07.1955 tarihinde evlenmişler, İstanbul 18. Noterliği'nde 10.03.1971 tarih 4316 yevmiye ile düzenlenen "Re'sen Umumi Mal Ortaklığı" başlıklı sözleşme ile "mal ortaklığı" rejimini seçmişlerdir. 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra eşler bir yıl içinde sözleşmeyle başka mal rejimini

seçmemişlerdir. Evlilik B.'nin 21.12.2003 tarihinde ölümüyle sona ermiştir. Dosya arasındaki mirasçılık belgesine göre çocuksuz ölen B.nin davacı ve davalıdan başka mirasçısı bulunmamaktadır.

Tasfiyeye konu her iki mal varlığı da eşler arasında sözleşme ile kabul edilen mal ortaklığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiş, evlilik birliği ise edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde ölümle sona ermiştir.

Az yukarıda tarih ve yevmiye numarası belirtilen mal rejimi sözleşmesinin 1. maddesinde mal ortaklığı rejimi seçilmiş, 3. maddesinde ileride iktisap edecekleri menkul ve gayrimenkul mal varlığının mal ortaklığına dahil edileceği, 6. maddesinde ise evliliğin ölümle sona ermesi durumunda ortaklığa ait malların sağ eşe kalacağı kararlaştırılmıştır. Çözüme kavuşturulması gereken uyuşmazlık, tasfiyenin hangi esaslara göre yapılacağıdır.

Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 10/1.maddesinde, “ Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler kanun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş olurlar.” hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucu, anılan maddeyle, önceki mal rejiminin yasal mal rejimi olan mal ayrılığı (TKM. 170. m.) ya da sözleşme ile seçilmiş başka mal rejimi olup olmadığına bakılmaksızın, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte sona ereceğini, 01.01.2002 tarihinden itibaren TMK'nın 202. maddesi ile kabul edilmiş yeni yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olunacağını kabul etmiştir. Davacı ile TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden itibaren bir yıl içinde sözleşme ile başka mal rejimi seçme haklarını kullanmadıklarından, bu tarihten itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmuşlardır. Davacı ile B.nin 10.03.1971 tarih 4316 yevmiyeli noterde düzenlenen mal rejimi sözleşmesiyle kabul ettikleri mal ortaklığı rejimi, aynı sözleşmenin 6. maddesinde

belirtildiği gibi ölümle değil, başka nedenle (4722 s.yasanın 10/1. m.) sona erdiğinden, söz konusu sözleşme maddesi uygulanmaz. Başka bir anlatımla, evlilik birliğinin sona erdiği B.nin 21.12.2003 ölüm tarihi itibariyle eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olduğundan, daha önceden sona ermiş mal ortaklığı rejiminin tasfiyesine ilişkin sözleşme hükmünün uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Bu açıklamalara göre, tasfiyeye konu malların edinildiği tarih itibariyle eşler arasında geçerli olan mal ortaklığı rejiminin, o tarihte yürürlükte bulunan 743 sayılı TMK'nın 211 vd. maddeleri uyarınca tasfiyeye karar verilmesi gerekirken, mal rejimi sözleşmesinin uygulanması mümkün olmayan 6. maddesi esas alınarak mal rejiminin tasfiyesine karar verilmiş olması doğru olmamıştır. Ne var ki; Dairemizce yanılığa düşülerek mahkeme kararı onanmıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 6100 sayılı HMK.nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla uygulanacak olan 1086 sayılı HUMK.nun 442. maddesi uyarınca Dairemizin 01.11.2011 gün 2011/4845 Esas 2011/5871 Karar no'lu onama kararının ortadan KALDIRILMASINA, davalı vekilinin yerinde görülen karar düzeltme talebinin kabulü ile usul ve kanuna aykırı bulunan yerel mahkeme hükmünün HUMK.nun 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA ve 1845,45 TL'nin istek halinde karar düzeltme isteyen davalıya iadesine 02.05.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dava, 10.03.1971 tarih ve 004316 yevmiye numarasıyla düzenlenen "Re'sen Umumi Mal Ortaklığı Mukavelesi" başlıklı sözleşmeden kaynaklanan mal ortaklığı rejiminin tasfiyesi isteğine ilişkindir.

Davanın kabulüne ilişkin hükmün davalı vekili tarafından temyizi ve Dairenin 2011/4845 Esas ve 2011/5871 Karar sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmesi üzerine bu sefer davalı vekili 23.12.2011 tarihli karar düzeltme dilekçesiyle, Dairenin onama ilamının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesini istemiş, Yüksek

Daire çoğunluğunca, onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkemece, “davanın kabulü ile İstanbul 18. Noterliğinin 10.03.1971 tarihli “Re’sen Umumi Mal Ortaklığı Mukavelesi”nin tasfiyesiyle dava konusu malların davacıya ait olduğunun tespiti ile davacı adına tesciline” karar verilmiştir.

Davacı ile miras bırakan 1955 yılında evlenmişler ve 1971 yılında yukarıda açıklanan mal ortaklığı sözleşmesini yapmışlardır. Sözleşmenin yapıldığı tarihten 4721 sayılı TMK’nın yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihine kadar eşler arasında mal ortaklığı rejiminin geçerli olduğu hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. Eşler 1.1.2002 tarihinden itibaren 4722 sayılı Kanununun 10/1. maddesi uyarınca, tanınan bir yıllık yasal süre içerisinde taraflar başka bir mal rejimini seçmediklerinden mal ortaklığı rejiminin bu tarihten itibaren yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimine dönüştüğü açıktır. Miras bırakan B’nin 21.12.2003 tarihinde ölümüyle eşler arasındaki mal rejimi sona ermiştir.

Mal ortaklığı sözleşmesine konu edilen 500 ada 41 sayılı parseldeki 1 sayılı bağımsız bölüm 28.2.1980, 34 61 plakalı aracın ise, 14.7.1994 tarihinde üçüncü kişilerden satın alındığı ve ölen eş B. adına tapuda ve trafikte tescil edildikleri, kayıtların onun adına olduğu dosya kapsamındaki tapu kaydı ile trafik kaydından anlaşılmıştır. Söz konusu mallar mal ortaklığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmişlerdir.

UYUŞMAZLIK NOKTASI

Somut olayda, anılan mal ortaklığı sözleşmesinin mal rejiminin tasfiyesinde ne şekilde değerlendirileceği, özellikle sözleşmede yer alan 6 ve 8. maddelerinin ne şekilde yorumlanacağı ve tasfiyenin hangi ilkeler dahilinde çözüme kavuşturulacağı noktasında toplanmaktadır. 743 sayılı TKM’nin 170. maddesi uyarınca, eşler arasında sözleşmenin yapıldığı 10.3.1971 tarihine kadar mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu, ancak eşlerin sözleşmeyle 10.3.1971 tarihinden itibaren mal ortaklığı rejimini kabul ettikleri bir gerçektir. 4722 sayılı TMK’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 10/son fıkrasında; “Yukarıdaki hükümler uyarınca mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine

dönüşmesi halinde, Türk Kanunu Medenisinin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır”, denilmektedir. Mal ortaklığı rejimi 4721 sayılı TMK’nın yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden itibaren bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçilmediğinden 01.01.2002 tarihinde sona ermiştir. Bu durum karşısında 743 sayılı TKM’nin 211 ve devamı maddeleri gereğince olayın çözüme kavuşturulması mümkündür. Bozma gerekçesine göre, bu konuda çoğunluk ile azınlık arasında bir görüş ayrılığı da bulunmamaktadır.

ÇOĞUNLUĞUN DAYANAK YAPTIĞI GEREKÇE

Değerli çoğunluk gerekçesinde; “...sadece 4722 sayılı Kanununun 10/1. fıkrasından söz etmekte, aynı maddenin son fıkrasına değinilmediği gibi, sözleşmenin özellik arz eden 6. ve 8. maddelerinin uygulanıp uygulanamayacağı veya ne şekilde uygulanacağı konusuna da değinilmemiş ve herhangi bir görüş ortaya konulmamış, yalnızca mal ortaklığı rejimi, aynı sözleşmenin 6. maddesinde belirtildiği gibi ölümle değil, başka nedenle (4722 sayılı Kanununun 10/1. m.) sona erdiğinden, söz konusu sözleşme maddesinin yani evlilik birliğinin sona erdiği B.nin 21.12.2003 ölüm tarihi itibarıyla eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olduğundan, daha önceden sona ermiş mal ortaklığı rejiminin tasfiyesine ilişkin sözleşme hükmünün uygulanamayacağına...” vurgu yapılmıştır. 743 sayılı TKM’nin 211 ve devamı maddeleri gereğince olayın çözüme kavuşturulması gerektiği ileri sürüldüğüne göre açık söylenmemekle birlikte sözleşmenin 8. maddesinin uygulanması gerektiği çoğunluk tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu kural olarak, mal ortaklığı rejiminin bir gereğidir.

MAL ORTAKLIĞI REJİMİNİN KAPSAM VE NİTELİĞİ:

Mal Ortaklığı Rejimi, seyrek uygulanabilen bir mal rejimi türüdür. Bu rejimde, eşlerin kişisel malları birleşerek müşterek (ortak) bir mallar grubu haline gelmektedir. Ortaklık mallarında eşler arasında elbirliği mülkiyet esası geçerli olmaktadır. Eşlerin her biri ortaklığa koydukları malların miktarı ne olursa olsun, ortaklık malları üzerinde yarı paya sahip olurlar. Böylece genel mal ortaklığında eşlerin ortaklığa koydukları mallar üzerindeki bağımsız mülkiyet hakları ortadan kalkar. Artık eşler, ortaklık mallarında yarı yarıya elbirliği mülkiyet halinde malik olurlar.

(743 sayılı TKM. m.629, TMK. m.701) Mal ortaklığı rejiminde, eşlerin bütün mallarının ortaklığa girdiği karine olarak kabul edilir. Bu karinenin aksini iddia eden taraf kanıtlamak durumundadır. Yani bir malın ortaklığa dahil olmadığını iddia eden taraf bunu ispat etmekle yükümlüdür. (743 TKM. 211/5, TMK. m.256) Her ne kadar eşler ortaklık malları üzerinde elbirliği mülkiyet halinde malik iselerde; elbirliği halinde mülkiyet kuralı, kesin ve katı bir biçimde uygulanamaz. 743 TKM m. 224 ve 146. maddelerinde bunu görmek mümkündür. Çünkü eşlerden birinin ölümü halinde, ortaklık tasfiye ve mallar paylaşılırken sağ kalan eş, ortaklığa koyduğu malların yani kişisel mallarının kendisine tahsisini ve bunların kendi payından çıkarılmasını isteyebilir. (743 TKM. m.224, TMK. m.278) Diğer bir söyleşle, sağ kalan eş, vaktiyle ortaklığa koyduğu ve kendi mülkiyetinde bulunan mallarla ilgili olarak açacağı bir "İSTİHKAK" davasıyla bu malların yeniden kendisine verilmesini isteyebilir. 743 sayılı TKM'nin 146. maddesinde de; "karı-koca, mallarının idaresi hakkında hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, boşanma halinde her biri kendi şahsi mallarını geri alır" denilmektedir. Görüldüğü gibi bu madde ile de, eşlere ortaklığa koydukları şahsi mallarının geri alınması için bir istihkak davası açabilme hakkı tanınmıştır. Şu halde, 743 sayılı TKM'nin 224 ve 146. maddelerinde öngörülen istihkak davaları elbirliği halinde mülkiyet kuralına istisna oluşturur. Anılan maddelerle eşlere tanıma istihkak davaları nitelik itibarıyla 743 sayılı TKM'nin 618 ve 4721 sayılı TMK'nın 683. maddesinde ifadesini bulan mülkiyet hakkına dayalı istihkak davaları olduğundan duraksamamak gerekir. Mal ortaklığı rejiminde yasal kural, yarı yarıya paylaşım olmakla birlikte bunun yerine sözleşmeyle başka bir paylaşım yöntemini de kabul edebilirler. Ölüm halinde tasfiye yapılırken kural olarak, ortaklık malların yarısı sağ eşe, kalan yarısı da sağ kalan eşin miras hakkı saklı kalmak üzere ölenin mirasçılara geçer. (743 TKM m. 221, 222, TMK. m.276)

ÖZELLİK TAŞIYAN SÖZLEŞMENİN 8 VE 6. MADDELERİNİN NİTELENDİRİLMESİ

Saptanan bu somut ve hukuki olgular karşısında sözleşmenin 8. maddesi somut olayda uygulama alanı bulmakta ve tasfiyenin 743 sayılı TKM'nin 211 ve devamı maddeleri gereğince çözüme kavuşturulması esastır. Bu konuda bir duraksama söz konusu değildir.

Kural olarak, sözleşmenin tüm hükümlerinin bir bütün olarak ve birlikte değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmenin 6. maddesinde; eşlerden birinin diğerinden önce ölmesi halinde ortaklığa ait olan malların sağ kalan eşe ait olacağı kabul edilmiştir. O halde, sözleşmenin 6. maddesi neyi ifade eder. Ne şekilde yorumlamak gerekir hususu ayrı bir uyuşmazlık konusu oluşturmaktadır. İstanbul 18. Noterliğinde düzenlenen 10.3.1971 tarih 004316 yevmiye numaralı mal ortaklığı rejimi sözleşmesi noterde resmi bir biçimde düzenlenmiş olup, iki tanık tarafından da imzalanmıştır. Sözleşmede yer alan 6. madde sözleşmeyle birlikte değerlendirildiğinde, TMK'nın 514 ve devamı maddelerinde yer alan ölüme bağlı tasarruflar kapsamında yorumlanması gerekmektedir. Mirasçı Atama (Mirasçı Nasbı) başlığını taşıyan TMK'nın 516. maddesinde; "Miras bırakan, mirasının tamamı veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir. Bir kişinin, mirasın tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı atanması sayılır" amir hükmüne yer verilmiştir.

Şu halde, belirlenen bu olgu karşısında, sözleşmenin 6. maddesiyle, eşlerden her birinin diğerini mirasçı atadığının kabulü gerekmektedir. Mirasçı atamasının da resmi vasiyetname düzenleme hükümlerine göre yapılacağı açıktır. TMK'nın 532. maddesinde; "resmi vasiyetnamenin iki tanığın katılımıyla resmi memur tarafından düzenleneceği" öngörülmüştür. Taraflar arasındaki sözleşmenin de bu yönetime göre yapıldığı ve iki tanık tarafından imzalandığı bir gerçektir. Söz konusu sözleşmenin 6. maddesi; murisin son arzu ve iradesini yansıttığı konusunda bir kuşku bulunmamaktadır. Esas olan murisin en son iradesine değer verilmeli ve saygı duyulmalıdır. Mal rejimi davası ile miras meselesi davalarının bu haliyle birlikte görülmesinde hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Bu yönde Daire uygulamaları da mevcuttur.

FAVOR TESTAMENTİ KURALI

Ölüme bağlı tasarrufun yorumu konusunda önemli bir kuralda "Favor Testamenti" prensibidir. Buna göre, kural olarak, murisin ölüme bağlı tasarruflarını iptal etmekten ziyade, bunları muhafaza etmek, vasiyetçinin iradesine ve isteğine uygun düşecektir. Bu nedenle, yorumda bu amacın gözönünde tutulması, şüpheli ve müphem hallerde tasarrufun muhafazası lehine yorum yapılması gerekir. Bu kural, Alman mahkeme içtihatlarında, "vasiyetnamenin yorumu, onun iptalinden önce gelir" denilmek

suretiyle ifade olunmaktadır. “Favor Testamenti” kuralı genel olarak hukuki işlemlerin yorumu hakkındaki “Favor Actus” prensibinin özel bir türüdür. (Prof Dr. Ahmet M.Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 3. bası, Ankara 2009 baskı, sh:177 vd, Prof. Dr. Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku*, 3. bası, 1972, sh:159)

Mirasçı atanan (nasbolunan) şahıs, miras bırakanın ölümünde tereke malları üzerinde doğrudan doğruya ve kendiliğinden bir aynı hakkı (mülkiyet hakkını) kazanırlar. Bu durum karşısında taşınırlarda teslime, taşınmazlarda tescile, alacaklarda temlike gerek yoktur. (Kılıçoğlu aynı eser, sh:138, TKM. m.539, TMK. m.599) Mal ortaklığı sözleşmesinin geçersizliği konusunda ileri sürülmüş bir savunmada bulunmamaktadır. Lehine mal vasiyeti olan şahsın ise, miras bırakanın ölümünde, sadece bir alacak hakkı doğar, bundan doğan talep hakkı da nispi bir niteliktedir. Bu hak ancak, borçlu durumunda olan şahıslara (vasiyet borçlularına yani mirasçılara) karşı ileri sürülebilir.

Kural olarak, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden önce mal ayrılığı rejimi geçerli olduğu halde, eşler, mal ortaklığı rejimini seçmiş iseler, bu mal ortaklığı rejimi 01.01.2002 tarihinden itibaren bir yıl içinde yeni bir mal rejimini seçmedikleri takdirde kendiliğinden edinilmiş mallara katılma rejimine dönüşür. Böyle bir durumda 01.01.2002 öncesi mal ortaklığı rejimi döneminde edinilen mallar bakımından 743 sayılı TKM'nin 211 ve devamı maddeleri, 01.01.2002 tarihinden sonra edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen mallar hakkında ise, 4721 sayılı TMK'nın edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümleri uygulanır ve anılan kanunlara göre mal rejiminin tasfiyesi yapılır.

Yerel mahkemece, sözleşme bir bütün olarak değerlendirilerek ve sözleşme hükümleri uyarınca davanın kabulüne karar verilmiştir. Daire ise, sözleşmenin 8. maddesiyle birlikte, miras bırakanın son iradesi de esas alınarak 6. madde kapsamı değerlendirilmiş ve hükmün ONANMASINA karar verilmiştir. Onama kararında sadece kısa bir gerekçe gösterilmiş, sözleşmenin ve maddelerin yorumunda bir kuşkuya düşülmediğinden bu nedenle herhangi bir gerekçe gösterilmemiştir. Bu husus doğrudur. Ancak gerekçe gösterilmeksizin sözleşmenin özellik arz eden bir maddesinin uygulanacağı ve diğer maddenin ise, uygulanamayacağı yönündeki çoğun-

luk görüşüne katılmak mümkün olmadığı gibi miras hukukunda önemli bir kural olarak bilinen, murisin son arzu ve iradesinin yorumuna ilişkin bulunan “FAVOR TESTAMENTİ” kuralı asla gözardı edilmemelidir. Bu kural evrensel bir miras hukuku kuralı olarak kabul edilmektedir.

ÇÖZÜM BİÇİMİ VE SONUÇ

Şu halde, yapılan tüm bu açıklamalar ve olgular birlikte gözönünde tutulduğunda sözleşmenin 8. maddesi bakımından 743 sayılı TKM'nin 211 ve devamı maddelerinde öngörülen mal ortaklığı rejimine ilişkin hükümler esas alınarak mal rejiminin tasfiyesinin yapılması, sözleşmenin 6. maddesinin ise, eşlerin birbirlerini mirasçı atadıklarının (nasbettiklerinin) kabulüyle, TKM'nin 516, 532 ve diğer ilgili maddeleri gereğince somut olayın çözüme kavuşturulması gerektiği, yerel mahkemece, bu hususlar gözönünde bulundurularak davanın kabulüne karar verildiği, Dairece de, her ne kadar onama için geniş gerekçe yazılmamış ise de, yapılan inceleme sonucu yukarıdaki açıklamalar ve murisin son arzu ve iradesi esas alınarak yani “Favor Testamenti” kuralı gözetilerek hükmün onanmasına karar verilmiştir. Onama kararının bu nedenle doğru olduğu görüşündeyim. Aksi halde, sözleşmenin uygulanması, yani olayın çözümü yani kısaca karar bir yönüyle eksik kalır.

O halde, tüm bu açıklamalar gözönünde bulundurularak karar düzeltme isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken, onama kararının kaldırılmasıyla yerel mahkeme hükmünün bozulması biçiminde gerçekleşen Sayın çoğunluğun görüşlerine açıklanan gerekçelerle katılmıyorum.
02.05.2012

YARGITAY 8.HUKUK DAİRESİ'NİN 21.11.2011 TARİHLİ, 2011/1028 ESAS VE 2011/6069 NO.LU KARARI

ÖZET: Tarafların yurtiçi ve davalının yurtdışındaki çalışma ve gelirlerine ilişkin belgeler ile E... Yapı Kooperatifi'ne ait üyelik kaydı, taksitlerin ödenmesine ilişkin belgeler ile 4 nolu bağımsız bölümün fiilen hangi tarihte teslim edildiğine ve içinde oturmaya başlandığına ilişkin kayıt ve belgelerin buldukları yerlerden getirilerek dosya arasına konulması, evlenme tarihi ile kooperatif

ödemelerine ilişkin eşlerin ayrı ayrı gelirlerinin olabildiğince gerçeğe uygun olarak belirlenmesine çalışılması, bu gelirlerden tarafların ekonomik ve sosyal durumları, yaşam tarzları, hayat düzeylerine göre kişisel harcamalarının ayrı ayrı tespit edilmesi, davalı kocanın aileyi geçindirme yükümlülüğü de göz önünde bulundurulurken yapabilecekleri tasarruf miktarlarının ayrı ayrı bulunması, daha sonra tarafların tasarruf miktarlarının toplam tasarruf miktarı içerisindeki katkı oranlarının ne olduğunun saptanması, davacıya ait katkı oranının taşınmazın dava tarihindeki değeri ile çarpılarak davacının katkı payı alacağı belirlenmesi, bu konuda bir hukukçu, bir mali müşavir ve bir inşaatçıdan oluşan bilirkişi kurulundan yeniden taraflar, mahkeme ve Yargıtay'ın denetimine açık rapor alınması, bağımsız bölüme ait ödemelerin bir bölümü 01.01.2002 tarihinden sonraya sarkmış ise, bu yönde de hesabın yapılması, katılma alacağı bakımından durumun değerlendirilmesi; ondan sonra esas hakkında karar verilmesi gerekir.

Dava: S. ile D. aralarındaki katkı payı alacağı davasının kısmen kabulüne ve kısmen reddine dair Menemen Asliye (Aile) Hukuk Mahkemesi'nden verilen 29.09.2010 gün ve 581/612 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili ile davalı vekili taraflarından süresinde istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği düşünüldü:

Karar: Davacı S. vekili, tarafların 1986 yılında evlendiklerini, evlilik birliği içinde kooperatif kanalıyla alınan 4 nolu bağımsız bölüm, 35 ... 0882 plakalı araç, Y... ve K... Bankası'nda bulunan mevduat hesabı üzerinde tasfiyeden kaynaklanan alacağı bulunduğunu açıklayarak fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak üzere 25.000 TL katkı payı alacağının davalıdan alınmasına karar verilmesini istemiş, adli yardımdan yararlanması nedeniyle harç alınmaksızın verilen 11.03.2009 tarihli ıslah dilekçesinde, alacak talebini 37.500 TL'ye yükseltmiş, 29.10.2010 tarihli son oturumda otomobil ve bankadaki mevduata ilişkin davanın atıye terk edildiğini bildirmiştir.

Davalı vekili, yersiz açılan davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, araç ve bankadaki mevduata ilişkin talep yönünden karar verilmesine yer olmadığına, taşınmazla ilişkin davanın kabulü ile uzman bilirkişi tarafından belirlenen 25.000 TL katkı payı alacağına davalıdan alınmasına karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili ile davalı vekili taraflarından temyiz edilmiştir.

Taraflar, 05.03.1986 tarihinde evlenmiş, 20.03.2006 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün 15.09.2006 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Taraflar arasında evlilik tarihinden 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (TMK m. 170), bir yıl içinde başka mal rejimini seçmediklerinden 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden boşanma davasının açıldığı 20.03.2006 tarihine kadar yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 S. K. m. 10/1, 4721 S. K. TMK m. 202/1). Taraflar arasındaki mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarihte sona ermiştir (TMK m. 225/2).

Dava konusu 60317 ada 2 parsel üzerindeki 4 nolu bağımsız bölüm, E... Yapı Kooperatifi adına kayıtlı iken 20.11.2003 tarihinde ferdileştirme yoluyla davalı adına tescil edilmiş olup, kooperatif üyeliği 1990 yılında yapılmıştır.

Dava; mal rejiminin tasfiyesine ilişkindir. Mahkemece, boşanma dosyasındaki ekonomik ve sosyal durum araştırması esas alınarak davacının taşınmazın edinilmesine 1/3 oranında katkıda bulunduğu kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmiş ise de, yapılan araştırma ve inceleme yeterli olmadığı gibi ulaşılan sonuç da dosya kapsamına uygun bulunmamaktadır.

Davacı vekili, vekil edeni S.'in 1986 yılından itibaren P... K... Makarna Fabrikası ile N... Cıvata Fabrikasında çalışmak suretiyle elde ettiği gelirlerle taşınmazın alınmasına katkıda bulunduğunu açıklayarak istekte bulunmasına karşılık mahkemece, tarafların çalışmalarına ilişkin kayıt ve belgeler ile kooperatif üyeliğine ilişkin, üyelik kaydı, ödeme kayıt ve belgeleri istenilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmiştir. O halde; öncelikle iddia ve savunma doğrultusunda tarafların yurtiçi ve davalının yurtdı-

şındaki çalışma ve gelirlerine ilişkin belgeler ile E... Yapı Kooperatifi'ne ait üyelik kaydı, taksitlerin ödenmesine ilişkin belgeler ile 4 nolu bağımsız bölümün fiilen hangi tarihte teslim edildiğine ve içinde oturmaya başlandığına ilişkin kayıt ve belgelerin buldukları yerlerden getirtilerek dosya arasına konulması, evlenme tarihi ile kooperatif ödemelerine ilişkin eşlerin ayrı ayrı gelirlerinin olabildiğince gerçeğe uygun olarak belirlenmesine çalışılması, bu gelirlerden tarafların ekonomik ve sosyal durumları, yaşam tarzları, hayat düzeylerine göre kişisel harcamalarının ayrı ayrı tespit edilmesi, 743 sayılı TMK'nın 152. maddesinden kaynaklanan davalı kocanın aileyi geçindirme yükümlülüğü de göz önünde bulundurularak yapabilecekleri tasarruf miktarlarının ayrı ayrı bulunması, daha sonra tarafların tasarruf miktarlarının toplam tasarruf miktarı içerisindeki katkı oranlarının ne olduğunun saptanması, davacıya ait katkı oranının taşınmazın dava tarihindeki değeri ile çarpılarak davacının katkı payı alacağı belirlenmesi, bu konuda bir hukukçu, bir mali müşavir ve bir inşaatçıdan oluşan bilirkişi kurulundan yeniden taraflar, mahkeme ve Yargıtay'ın denetimine açık rapor alınması, bağımsız bölüme ait ödemelerin bir bölümü 01.01.2002 tarihinden sonraya sarkmış ise, bu yönde de hesabın yapılması, katılma alacağı bakımından durumun değerlendirilmesi; ondan sonra esas hakkında karar verilmesi gerekirken, bu hususlar gözden kaçırılarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Diğer yönden, dava dilekçesinde faiz istenilmemiş ise de adli yardım nedeniyle harç alınmaksızın verilen 11.03.2009 tarihli ıslah dilekçesinde faiz talebinde bulunulmuştur. Davacı tarafça ıslah dilekçesiyle faiz istenilmesine karşın mahkemece bu hususta olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiş olması da doğru görülmemiştir.

Sonuç: Davacı vekili ile davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi yollamasıyla HUMK'nın 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde temyiz eden davalıya iadesine 21.11.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

**YARGITAY 8.HUKUK DAİRESİ'NİN 25.01.2011 TARİHLİ,
2010/5612 ESAS VE 2011/343 NO.LU KARARI**

Dava ve Karar: F. A. ile G. A. aralarındaki katkı payı alacağı ve katılma alacağı davasının kısmen kabulüne ve kısmen reddine dair Mersin 3. Aile Mahkemesinden verilen ... sayılı hükmü ve dosya incelendi ...gereği düşünüldü:

Davacı F. U. (A.) vekili, dava dilekçesinde evlilik birliği içerisinde edinilerek davalı G. A. adına tapuda kayıtlı bulunan 4191 ada 1 sayılı parseldeki 1 nolu bağımsız bölümün edinilmesinde vekil edeninin katkısının bulunduğunu açıklayarak 25000 TL katkı alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı G. A. vekili, davacının taşınmaza yaptığı bir katkısının bulunmadığını, vekil edeninin gelirinin davacının gelirinden çok çok fazla olduğunu, kooperatife ilişkin ödemelerin 2002 yılında bittiğini, emekli ikramiyesinin de buna harcandığını açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, ...Ankara Sincan ...zemin kat 1. nolu mesken nitelikli bağımsız bölümden kaynaklanan 17.227,52 TL katkı payı alacağı ile 2.425,5 TL katılma payı alacağının kabulüne toplam 19.653,02 TL'nin davalı G. A.'dan (A.'dan) alınarak davacı F. U.'e (A.-A.'ya) verilmesine, bakiye isteğin reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davalı G. A.(A.) vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava, 1.1.2002 tarihinden önce edinilen taşınmaza yapılan katkı payı alacağı ile 1.1.2002 tarihinden sonra yapılan ödemelerden doğan edinilmiş mallara katılma alacağı isteğine ilişkindir. Taraflar 16.7.1990 tarihinde evlenmiş, 21.2.2005 tarihinde açılan boşanma davasının 31.1.2007 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Taraflar başka bir mal rejimini seçmediklerinden (TMK m.202) 743 sayılı TKM'nin 170. maddesi gereğince 1.1.2002 tarihine kadar mal ayrılığı, bu tarihten boşanma davasının açıldığı ve mal rejiminin sona erdiği 21.2.2005 tarihine kadar TMK. nun 225. maddesi uyarınca edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Uyuşmazlık konusu katkı payı alacağı ile edinilmiş mallara katılma alacağının

mahkeme hakimince hesaplandığı, sonuç olarak 1 nolu bağımsız bölüm nedeniyle hesaplanan katkı payı alacağının 17.227,52 TL ve edinilmiş mallara katılma alacağının ise 2.425,5 TL olarak belirlendiği ve bu miktarların hüküm altına alındığı görülmüştür. Dosyadaki bilgi ve belgeler ile dosya arasında bulunan 16.6.1989 tarih 377498 sayılı,sigorta sicil numaralı işe giriş bildirgesine göre davacının 1.11.1989 tarihinde işe başladığı ve çalışmasını 2002 yılına kadar sürdürdüğü görülmektedir. Davacının çalıştığı çalışma süresi göz önünde tutulduğunda ve bu çalışmasıyla gelirden elde ettiği gözetildiğinde davacının uyuşmazlık konusu taşınmaz bir katkısının bulunmadığı düşünülemez. Davalı G. A.'nın (A.) ise TSK da doktor olarak çalıştığı ve Kara Kuvvetleri Komutanlığının 2.6.2005 gün ve 251598 sayılı karşılık yazılarına göre, 18.1.2000 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetler'den ayrıldığı anlaşılmaktadır. Silahlı Kuvvetlerden ayrıldıktan sonraki çalışmalarına ilişkin belgeler ise dosya arasında yer almamaktadır.

Her ne kadar mahkemece dosya bilirkişiye verilerek gerekli hesaplama işlemini yapmamış ve bizzat mahkeme hakimince yapılmış ise de yapılan araştırma, inceleme ve değerlendirme az önce açıklanan ilkelere ve belirtilen kanun maddesine uygun olarak yapıldığı görülmektedir.

Bundan ayrı diğer bir konu ise, temyiz incelemesinin temyize konu yapılan istek ve sebeplerle sınırlı olarak yapılması olgusudur. Davalı G. A.(A.) vekili, 13.9.2010 günlü temyiz dilekçesinde; "... hüküm altına alınan 3.897,5 TL'nin yalnızca vekil edeni tarafından kooperatife yapılan ödeme olduğunu, davacının buna yönelik isteğinin reddine karar verilmesi gerektiğini, mahkemece hatalı hüküm kurulduğunu, dosyanın bilirkişiye verilmediğini, kooperatif ödemelerinin yapıldığı 6.1.1997 - 28.12.2001 tarihleri arasında elde ettikleri kazançlar toplamının hesaplanması suretiyle oran tespiti yapılması gerektiğini, bunun yapılmadığını, ödemelerin davalı tarafından yapıldığını..." belirterek temyiz isteğinde bulunmuştur. Görüldüğü gibi hüküm altına alınan 2.425,5 TL ile ilgili herhangi bir temyizi bulunmamaktadır. Bu miktar 1.1.2002 tarihinden sonra

edinilmiş mallara katılma rejimi süresi içinde belirlenen katılma alacağı olduğu açıktır. 1.1.2002 öncesi ise az yukarıda açıklandığı gibi davacının çalışmalarına ait belgeler, dosya arasında bulunan bilgi ve belgeler ile banka dekontları göz önünde tutulduğunda davacının katkısının bulunduğu kabulü gerekir.

Sonuç: Saptanan bu somut ve hukuki olgular ile az yukarıda açıklanan fedakarlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ilkeleri ve BK.nun 42. maddesinin kapsamı gözönünde bulundurulduğunda davalı G. A.(A.) vekilinin temyiz itirazlarının yerinde bulunmadığından reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan yerel mahkeme hükmünün ONANMASINA, Yargıtay duruşmasının yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uyarınca 825 TL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak Yargıtay duruşmasında avukat marifetiyle temsil olunan davacıya verilmesine ve aşağıda dökümü yazılı 291,85 TL peşin harcın onama harcına mahsubu ile kalan 875,53 TL'nin temyiz eden davalıdan alınmasına 25.01.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 8.HUKUK DAİRESİ'NİN 20.10.2011 TARİHLİ, 2011/3104 ESAS VE 2011/5254 NO'LU KARARI

Katkı payı davası mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen taşınmazlar bakımından **on yıllık zamanaşımı** süresine tabidir.

Dava, 743 sayılı TKM'nin 170. maddesi uyarınca mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen taşınmazlara yapılan katkı payı alacağı ile, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden sonra aynı taşınmazlara yapılan katkı nedeniyle doğan edinilmiş mallara katılma alacağı isteğine ilişkindir (TMK. m.202, 218, 219, 225, 231, 235 ve 236/1).

Davacı H. Ö. vekili dava dilekçesinde; vekil edeni ile davalı T. T.'in 17.7.1992 tarihinde evlendiklerini, evlilik birliği içerisinde eşler ortak kazançlarıyla oturdukları gayrimenkul ile yatırım ama-

çıyla Bursa ve Bodrum'da iki tane yazlık aldıklarını, kooperatif üyeliklerinden edindiklerini, kooperatiflere üye olan kişinin davalı olduğunu, evlilik öncesinde tarafların mal varlıklarının bulunmadığını, aylık kazançlarının birbirlerine yakın olduğunu, eşlerin Kadıköy 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 10.4.2003 tarih ve 2003/281 Esas, 2003/483 Karar sayılı kararıyla boşandıklarını, davacının ... A.Ş. de, davalının ise ... A.Ş.'de çalıştığını, maaşları dışında, tarafların başka bir gelir ve kazançlarının bulunmadığını, vekil edeninin davalı üzerinde kayıtlı bulunan taşınmazlara katkısının bulunduğunu, dava konusu taşınmazların toplam rayiç bedeli 400.000 lira olup, vekil edeninin katkı payı olan 200.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı T. T. vekili cevap dilekçesinde; davaya bakma görevinin Aile Mahkemesine ait olduğunu, Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olmadığını, davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerektiğini, tarafların anlaşmalı olarak boşandıklarını, boşanma kararının 24.4.2003 tarihinde kesinleştiğini, kesinleşme tarihinden itibaren TMK'nın 178. maddesinde öngörülen bir yıllık zamaşımı süresinin geçtiğini, taşınmazların edinildiği sırada mal ayrılığı rejiminin geçerli olmadığını, tarafların ayrı ayrı çalıştıklarını, kendilerine ait gelirlerinin bulunduğunu, kooperatif evine ilişkin tüm ödemelerin vekil edeni tarafından yapıldığını, davacının hiçbir katkısının bulunmadığını, davacı H.'ın 1993 yılında ... çalışmaya başladığını, 1996 yılında yedek subay olarak askere gittiğini, As-teğmen olarak askerliğini yaptığını, 1998 yılında askerden döndüğünü, boşanana kadar aynı firmada çalıştığını, kendi maaşını özel zevklerine harcadığını, Maltepe'de 160 ada 471 sayılı parselde bulunan taşınmazın ½'sinin davacıya verildiğini, daha sonra vekil edeni tarafından davacı H.'dan satın alındığını, davacının borca batık olduğunu, parasını lüks tüketime harcadığını, borca batık kredi kartlarını ödeyemez duruma düştüğünü, 100 liralık çocuğun nafakasını bile veremediğini, bu nedenle kooperatif evine katkısının söz konusu olamayacağını belirterek öncelikle davanın hem görev yönünden hem de zamaşımının geçmiş bulunması nedeniyle

esastan reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, "...anlaşmalı boşanma davasında talep edilmeyen ya da saklı tutulmayan taşınmazlara ilişkin herhangi bir yazılı belge, delil sunulmadığı, tarafların her ikisinin de çalıştığı iddiasının yeterli olmadığı ve böylece davacının katkısının kanıtlanamadığı kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın reddine..." karar verilmesi ve hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Daire, 18.1.2010 tarih ve 2009/4286 Esas, 2010/44 Karar sayılı kararıyla, somut olayda; TMK'nın 178. maddesinde öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin geçirilmesinden sonra davanın açıldığı görüşüyle sonucu itibariyle doğru olan red hükmünün onanmasına karar verilmiştir. (Hüküm; Kadıköy 3. Aile Mahkemesince kurulmuştur).

Davacı vekili bu sefer 11.3.2010 havale tarihli karar düzeltme dilekçesiyle onama kararının yerinde bulunmadığını, zamanaşımının olayda gerçekleşmediğini belirterek onama kararının kaldırılmasıyla yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, 21.5.2009 tarih, 2008/389 Esas, 2009/445 Karar sayılı kararıyla davacının davasını kanıtlayamadığı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiş, Daire ise, yukarıda tarih ve sayısı verilen onama kararıyla, somut olayda TMK'nın 178. maddesinde öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin geçirilmesinden sonra davanın açıldığını, bu gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini, her ne kadar esastan davanın reddine karar verilmiş ise de, red hükmünün sonucu itibariyle doğru olduğunu gerekçe göstermek suretiyle red hükmünün onanmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Karar düzeltme isteği üzerine yapılan incelemede; ...yapılan ödemelerin yasal edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiş mallardan yapıldığının kabulü gerekmektedir. Karar düzeltme dilekçesinin kapsamı gözetilerek, bazı eksik

bilgilerin tamamlanması için dosyanın Dairenin 7.10.2010 tarih ve 2010/1944 Esas, 2010/4590 Karar sayılı kararıyla geri çevrildiği ve geri çevirme üzerine dosya arasına konulan S.S. Bursa ... Kooperatifi (Tasfiye Halinde) Yönetim Kurulu Başkanlığı tarafından imzalı 7.12.2010 tarihli yazısında yer alan bilgilerde yukarıdaki açıklamaları doğrulamaktadır.

...Kural olarak, 743 sayılı TKM'nin 170. maddesi uyarınca mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen taşınmazlara katkısının olduğunu iddia eden eşin para veya parayla ölçülebilen maddi bir değer katkı olarak yapıldığını kanıtlanması gerekir (TMK. m.6).

Mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen taşınmazlar için 743 s. TKM'de herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. .. TKM'nin 5. maddesinin yaptığı yollamayla somut olayda, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen taşınmazlar bakımından Borçlar Kanununun 125. maddesinde yer alan **10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir.** Aynı kanunun 132/1-3 bendinde ise; "nikah devam ettiği müddetçe karı kocadan birinin zimmetinde olan alacakları hakkında zamanaşımı işlemez" hükmüne yer verilmiştir.

Davacı vekilinin karar düzeltme isteği Bodrum'daki taşınmazın bütünü, Bursa'daki taşınmazın ise 1.1.2002 tarihine kadarki bölümü bakımından yerinde olduğundan kabulü ile Dairenin 18.1.2010 tarih ve 2009/4286 Esas, 2010/44 Karar sayılı onama ilamının belirtilen kısımlar bakımından kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bu taşınmaz bölümleri yönünden BOZULMASINA, Bursa'daki taşınmaza ilişkin olarak 1.1.2002 tarihinden sonra yapılan ödemeler bakımından Dairenin onama ilamı yerinde olduğundan davacı vekilinin buna yönelik karar düzeltme isteğinin REDDİNE ve 51,10 TL peşin harcın istek halinde karar düzeltme isteyen davacıya iadesine 20.10.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

**YARGITAY 8.HUKUK DAİRESİ 20.01.2011 TARİHLİ,
2010/3082 ESAS VE 2011/146 NO.LU KARARI**

...Davacı vekili, evlilik birliği içinde edinilen taşınmazlara çalışması karşılığı geliri ve ziynet eşyalarının paraya çevrilmesi suretiyle vekil edeninin katkıda bulunduğunu açıklayarak, halen davalı üzerindeki 3345 ada 1 ve 4251 ada 6 parsellere ilişkin tapu kayıtlarının 1/2 paylarının iptali ile vekil edeni adına tescilini; bu talepleri kabul edilmediği takdirde halen davalı adına tapuya kayıtlı taşınmazlar ile G.....Yapı Kooperatifi'ndeki hisse ve devredilen A.....Yapı Kooperatifi'ndeki villa nedeniyle fazlaya ilişkin hakları saklı tutularak 40.000.-TL alacağın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak vekil edenine verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davanın 1 yıllık zamanaşımı süresinin geçirilmesinden sonra açıldığını, kaldı ki boşanma davasında tüm hususlarda anlaşma sağlandığını açıklayarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, boşanma davasının kesinleştiği tarihten dava tarihine kadar bir yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında başka bir mal rejimi seçildiği ileri sürülmediğine göre, evlenme ve boşanma tarihleri itibarıyla 743 sayılı MK'nın 170. maddesine göre mal ayrılığı rejimine tabidirler. Eşler arasındaki mal rejimi TMK'nın 225/2. maddesine göre boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir. Dava konusu taşınmazların edinildiğinin ileri sürüldüğü tarih aralığına göre, uyuşmazlık 01.01.2002 tarihinden önceye ilişkin olup eşler arasında 743 sayılı MK'nın 170. maddesi hükmü uyarınca mal ayrılığı rejimi geçerli olduğundan Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulmalıdır. ...uyuşmazlıkta 743 sayılı TKM'nin 5. maddesi yollamasıyla Borçlar Kanunu'nun başka türlü hüküm mevcut

olmadığı takdirde her dava için öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresini öngören 125. maddesindeki düzenlemenin uygulanması gerektiği açıktır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile usul ve yasa hükümlerine uygun bulunmayan hükmün HUMK'nun 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, bozma nedenine göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve 17,15.-TL peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine 20.01.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

**YARGITAY 8.HUKUK DAİRESİ 01.06.2010 TARİHLİ,
2010/1695 ESAS VE 2010/2923 NO.LU KARARI**

Dava: E. ile U. aralarındaki katılma alacağı davasının reddine, aynı hak tanınmasına ilişkin istek bakımından ise mahkemenin görevsizliğine dair Ankara İkinci Aile Mahkemesi'nden verilen 23.12.2009 gün ve 1396/1602 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmiştir. ..dosya incelendi, gereği düşünüldü:

Karar: Davacı vekili, vekil edeninin eşi Ö.Haluk'un 29.09.2008 tarihinde vefat ettiğini, geriye mirasçı olarak davacı eşi ile annesi ve kardeşi U.'yu mirasçı bıraktığını, muris Ö.nün ölümünden sonra annesinin de öldüğünü, muris Ö. adına kayıtlı bulunan 27527 ada 2 parselde 52/2974 arsa paylı 39 nolu bağımsız bölüm ile 06 ... 3815 plakalı 2006 model V. P. marka araç (değeri 18.000 TL) ve F...bank M... Şubesi 15234559 nolu hesaptaki 35.254 Amerikan Doları üzerinde vekil edeninin 1/2'ser oranında edinilmiş mallara katılma alacağı hakkının bulunduğunu, hepsinin toplam değerinin 130.000 TL olduğunu, 1/2'ye isabet eden miktar 65.000 TL olup, bu edinilmiş mallara katılma alacağı karşılığında (60.000 TL) TMK'nın 240. maddesi gereğince 27527 ada 2 nolu parselde bulunan 39 nolu bağımsız bölümün murise ait 1/2 payının mülkiyet hakkının vekil edenine tanınmasını, 65.000 TL edinilmiş mallara katılma alacağından 1/2 mülkiyete ilişkin payın bedeli düşürüldük-

ten sonra kalan bakiye 5.000 TL edinilmiş mallara katılma alacağı-
nın 29.09.2008 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte
tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, 03.11.2009 günlü cevap dilekçesinde; murisin ölüm tarihinin 29.09.2008 olduğunu, davanın 14.10.2009 tarihinde açıldığını, talepler için bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğini, özgüleme taleplerini incelemekle görevli mahkemenin Sulh Mahkemeleri olduğunu, TMK'nın 240/1. fıkrasında mülkiyet hakkından söz edilmediğini, ancak, sağ kalan eş; şartları varsa intifa ya da oturma hakkının tanınmasını isteyebileceğini, mülkiyet hakkının devrinin yasaya aykırı olduğunu, takas ve mahsubun söz konusu olamayacağını belirterek davanın zamanaşımı ve görevsizlik nedenleriyle, aksi takdirde yasal dayanağı olmayan davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, katılma payı alacağına ilişkin davanın zamanaşımını nedeniyle reddine, 27527 ada 2 nolu parselde kayıtlı 39 nolu bağımsız konutun murise ait 1/2 payı üzerinde mülkiyet hakkı tanınması ve özgülenmesine dair istek bakımından mahkemenin görevsizliğine, davanın ayrılarak görevli Ankara Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmesi üzerine, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, TMK'nın 218, 231 ve 236/1. maddeleri gereğince edinilmiş mallara katılma rejimi nedeniyle doğan edinilmiş mallara katılma alacağı karşılığında aynı Kanun'un 240/3. fıkrası gereğince murise ait 27527 ada 2 nolu parselde bulunan 39 nolu bağımsız bölüme ilişkin 1/2 pay için mülkiyet hakkının tanınması ve bakiye edinilmiş mallara katılma alacağının tahsili isteğine ilişkindir.

Mahkemece, TMK'nın 178. maddesi gereğince edinilmiş mallara katılma alacağının bir yıllık zamanaşımının geçtiği gerekçesiyle reddine, 39 nolu bağımsız bölümde murise ait 1/2 pay üzerinde mülkiyet hakkının tanınması ve davacıya özgülenmesi isteği; TMK'nın 652. maddesi kapsamında kalan aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesine yönelik olup, Sulh Hukuk Mahkemesi-

nin görevi kapsamında kaldığı gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş ise de, mahkemenin bu gerekçelerine katılma olanağı bulunmamaktadır. Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir (TMK m. 222/son). Herkes iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür (TMK m. 6, 222/1).

Dosya arasında bulunan nüfus aile kayıt tablosuna göre, taraflar 12.11.1988 tarihinde evlenmişler ve muris Ö.nün 29.09.2008 tarihinde ölümü ile TMK'nın 225/1. maddesi gereğince eşler arasındaki mal rejimi sona ermiştir. ...Davacı vekili, edinilmiş mallara katılma alacağı karşılığında ..39 nolu bağımsız bölümde murise ait 1/2 pay üzerinde mülkiyet hakkının tanınmasını ve kalan edinilmiş mallara katılma alacağının tahsilini istemiştir. ... mal rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesinde 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

Öte yandan, davacı vekili dava dilekçesinde, açıkça edinilmiş mallara katılma alacağı karşılığında 39 nolu bağımsız bölümde murise ait 1/2 pay bakımından mülkiyet hakkının tanınmasını istediği halde mahkemece, TMK'nın 652. maddesi gözetilerek görevsizlik kararı vermesi doğru değildir. TMK'nın aile konutu ve ev eşyası başlığını taşıyan 240/1. fıkrasında, "sağ kalan eş eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde "...kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir..." aynı maddenin 3. fıkrasında ise, "...haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir" denilmektedir. Maddenin metninden de anlaşıldığı gibi haklı sebeplerin varlığının olup olmadığı mahkemece araştırılıp belirlenmesi gerekmektedir. Mal rejimi ölümle son bulduğundan sağ kalan eşe bu yönde yükletilebilecek bir kusur da söz konusu olamaz.

Uygulama açısından TMK'nın 240 ile aynı Kanun'un 652. mad-

desi arasında ortak bir yön bulunduğu ve ortak bir konuyu düzenledikleri görülmekle birlikte aralarında bazı farklar da bulunmaktadır. TMK'nın 240. maddesine göre, mal rejimi ölüm nedeniyle sona erdiğinde, sağ kalan eşin bu rejimden kaynaklanan aynı hakkını düzenlemektedir. Yani edinilmiş mallara katılma alacağı karşılığında mülkiyet hakkının tanınmasını öngörmektedir. TMK'nın 652. maddesinde ise, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, sağ kalan eşin, tereke malları arasında yer alan konut veya konut eşyası üzerinde mirastan kaynaklanan aynı hakkını düzenlemektedir. TMK'nın 240. maddesi gereğince sağ kalan eşin, konut ve ev eşyası üzerinde aynı hak isteğinde bulunabilmesi için bazı koşulların varlığı aranmaktadır. Örneğin, eşler arasında katılma rejiminin bulunması, katılma rejiminin ölüm nedeniyle son bulması, sağ kalan eşin olması, sağ kalan eşin katılma alacağının doğması ve sağ kalan eşin aynı hak talep etmesi gibi koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. TMK'nın 652. maddesi gereğince, sağ kalan eşin konut ve konut eşyası üzerinde aynı hak istemesinin koşulları ise, şu şekilde açıklanabilir, ölüm olması, sağ kalan eşin varlığı ve mirasçı olması, tereke malları arasında eşlerin birlikte yaşadıkları konut veya konut eşyasının bulunması ve sağ kalan eşin konut veya konut eşyasında aynı hak talep etmesi gibi koşullar öngörülmektedir.

Görüldüğü gibi, TMK'nın 240 ve 652. maddeleri görünürde ortak yönleri bulunduğu halde uygulama alanları ve aranan koşullar açıklandığı gibi farklıdır. Katılma alacağı yok ise, mülkiyet hakkının tanınması TMK'nın 240. maddesi gereğince istenemez. TMK'nın 652. maddesine dayanan ölüm halinde ise, mal rejimi türü ne olursa olsun, konut ve konut eşyası üzerinde sağ kalan eşin aynı hakkı tanınmıştır. TMK'nın 240. maddesinde yer alan benzer hüküm TMK'nın 255 (paylaşmalı mal ayrılığı rejimi) ve 279. (mal ortaklığı rejimi) maddelerinde öngörülen mal rejimlerinde de yer almıştır. Diğer bir deyişle, sağ kalan eşin TMK'nın 240. maddesi gereğince mülkiyet hakkını talep edebilmesi için bu rejimin tasfiyesi sonucunda ölen eşten alacaklı olması koşuluna bağlıdır. Aksi halde bu hakkı talep etmeyecektir. TMK'nın 652. maddesinde, az önce değinildiği gibi böyle bir koşul söz konusu değildir. Miras hakkı karşılığında mülkiyet hakkının tanınması istenilmektedir.

Saptanan bu somut ve hukuki olgular karşısında TMK'nın 240. maddesi çerçevesinde iddia ve savunma doğrultusunda taraf delilleri toplanarak edinilmiş mallara katılma alacağının olup olmadığının belirlenmesi, bunun sonucu olarak mülkiyet hakkının tanınıp tanınmaması konusunda olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, zamanaşımı ve görevsizlik nedeniyle istekler yönünden davanın reddine karar verilmesi açıklanan nedenlerle usul ve kanuna aykırıdır. Öte yandan dava, doğru görevli ve yetkili mahkemede açılmıştır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan, kabulü ile yerel mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle ve HUMK'nın 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 01.06.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİNİN 2.2.2010 TARİHLİ,
2009/6184 ESAS VE 2010/435 NO.LU KARARI**

DAVA: İ. G. ile G. aralarındaki katkı payı alacağı davasının reddine dair Aksaray 2. Aile Mahkemesinden verilen 26.05.2009 gün ve 11/367 sayılı hükmün duruşma yapılması suretiyle Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmiştir

KARAR: Davacı İ. G. vekili; vekil edeninin katkıları ile evlilik birliği içinde ve tarafların fiilen ayrıldıkları 1.1.2000 tarihinden önce edinilen plaka sayılı araç için 3500,00 YTL, U. Y. Kooperatifi hissesi için ise aylık tarihinde sahip olduğu 15000,00 YTL'nin 1/2 sine karşılık gelen 7500,00 YTL olmak üzere toplam 11.000,00 YTL'nin fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla dava tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili ise; davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar 18.9.1992 tarihinde evlenmişler, 25.6.2003 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün kesinleşmesiyle 8.12.2004 tarihinde boşanmışlar ise de fiili ayrılığın 1.1.2000 tarihinde gerçekleştiği ve tarafların bundan sonra bir araya gelmedikleri hususunda bir uyuşmazlık bulunmadığı gibi, davacının talepleri de fiili ayrılık tarihinden önce var olduğu iddia edilen katkıya ilişkindir. Bu nedenle taraflar arasında ki uyuşmazlık, 743 sayılı TMK'nın 170. maddesine göre eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu döneme ilişkin bulunduğu göre. Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine, takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına, davacının birlikte edinildiğini ileri sürdüğü0 plaka sayılı aracın davalı adına kayıtlı olmaması ve kayıtlara yansımamış olsa dahi taraflarca bedeli ödenmek suretiyle kayıt sahibi C. G. ve onun eşi Şammaz G.'den satın alındığının kanıtlanmamış olması karşısında dava konusu araca ilişkin olarak davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle; davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün plaka sayılı araca ilişkin bölümünün ONANMASINA, Davacı vekilinin dava konusu diğer mal varlığına yönelik temyiz itirazlarına gelince; dosya arasında bulunan S.S U. K. Yapı Kooperatifi Yönetim Kurulu imzalı 31.5.2005 günlü cevabi yazıya göre; dava konusu kooperatif hissesi davalı eş tarafından 30.9.1991 tarihinde edinilmiş ve tarafların ayrı yaşamaya başladığı tarihten hemen sonra 6.1.2000 tarihinde üçüncü bir kişiye devredilmiştir. Davacı öğretmen olarak çalışan ve düzenli gelire sahip olan bir kişidir. Bu durumda evlenme tarihinden fiili ayrılık tarihine kadar geçen dönemde adı geçen kooperatife yapılan aidat ödemeleri varsa aynı evde yaşayan ve düzenli gelire sahip bulunan bir kişinin ödemelere katkıda bulunduğu kabulü gerekirken mahkemenin; davacı kadının somut olarak katkıda bulunduğu belirlenememiştir şeklindeki değerlendirmesinde isabet bulunmamaktadır.

Bu nedenle; evlenme tarihinden fiili ayrılık tarihine kadar geçen dönemde söz konusu kooperatife aidat ödemesi olup olmadığının araştırılması, varsa ödeme tarihleri ve miktarlarının belirlenmesi, bundan sonra tarafların gelir durumları ve davalı kocanın TMK'nın 152. maddesinden kaynaklanan iâşe yükümlülüğü de gözetilerek bilirkişiden davacı kadının dava konusu kooperatif hissesine sağlayabileceği katkı miktarı konusunda görüşünün alınması ve ondan sonra uyuşmazlık hakkında karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazları yukarıda açıklanan nedenle yerinde bulunduğundan kabulüyle usul ve yasaya aykırı kooperatif hissesine ilişkin bulunan hüküm bölümünün HUMK'un 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA, Yargıtay duruşmasının yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uyarınca 750 TL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak Yargıtay duruşmasında avukat marifetiyle temsil olunan davacıya verilmesine ve aşağıda dökümü yazılı 15,60 TL peşin harcın onama harcına mahsubu ile kalan 1,55 TL'nin temyiz eden davacıdan alınmasına, 02.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

**YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ 9.6.2008 TARİHLİ,
2007/10436 ESAS VE 2008/8191 NO.LU KARARI**

KARAR: 1- Davalının katılma yolu ile temyizinin harcı ve kaydı bulunmadığından incelenmesine yer olmadığına, 2-Davacı kadının temyizinin incelenmesine gelince;

a- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davacının aşağıdaki bent kapsamı dışına kalan temyiz itirazları yersizdir.

b- Davalı adına kayıtlı olan ticarethane, taraflar arasında mal ayrılığının geçerli olduğu dönemde alınmış olup, bu ticari işletme edinilmiş mallara katılma rejiminde davalının kişisel malıdır. Bu işletmenin 1.1.2002'den sonraki geliri ise edinilmiş maldır.

(TMK.219/3) Boşanma davası 7.6.2004 tarihinde açılmış olup, boşanma ile sonuçlanmıştır. O halde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği 7.6.2004 tarihleri arasındaki davalıya ait ticarethanenin gelirinin gerektiğinde bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle tesbiti ve taraflar arasında Türk Medeni Kanununun 221. maddesi gereğince yapılmış olan bir sözleşme olup olmadığı da araştırılıp sonucu uyarınca bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2/b bentte gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin 2/a bentte gösterilen nedenlerle ONANMASINA, davalı kocanın temyizinin 1. bentte gösterilen nedenlerle incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09.06.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

**YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ 13.3.2008 TARİHLİ,
2007/5855 ESAS VE 2008/3362 NO.LU İSPAT YÜKÜ VE
ZİYNET EŞYALARI İLE İLGİLİ KARARI**

KARAR: 1 - Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalı-davacı kocanın aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Kanunda aksi öngörülmedikçe kural olarak herkes iddiasını ispatla yükümlüdür (M.K6). Ancak iddialar karşılaştığında kimin ispat yükü altında bulunduğu tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Bunun için gerek ilmi gerekse kazai içtihatlarında bir takım ölçülere yer verilmiştir.

a) Hemen bütün ilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında kararlılık ifade eden ölçüye göre, ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer (Prof. Baki

Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1968, sh.372; Prof. İlhan Postacıoğlu, Medeni Yargılama Usulü, 1970, sh. 464; Prof. Necip Bilge, Hukuk Yargılamaları Usulü, 1967, sh.449; Prof. Sabri Şakir Ansay Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1957, sh.248-249; Prof. Saim Üstündağ Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1973, sh.378)

b) İleri sürdüğü bir vakıadan lehine haklar çıkararak kimse iddia ettiği olayları ispat etmelidir (Prof. Saim Üstündağ, Age. 1973, sh.397).

c) İspat yükü daha kolay başarıya düşer (Prof. Saim Üstündağ, Age, Federal Mahkeme Kararına atfen).

Davacı ziynet eşyasının davalıda kaldığını ileri sürmüş, davalı ise onun tarafından götürüldüğünü savunmuştur. Hayat deneylerine göre olağan olan bu çeşit eşyanın kadın üzerine de olması ya da evde saklanmış, muhafaza edilmiş bulunmasıdır. Diğer bir deyimle bunların davalı tarafın zilyetlik ve siyanetine terk edilmiş olması olağana ters düşer.

Diğer taraftan söz konusu eşya rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen nevidendir. Onun için evden ayrılmayı tasarlayan kadının bunları önceden götürmesi gizlemesi her zaman mümkündür.

Davacı dava konusu ziynet eşyasının varlığını, evi terk ederken bunların zorla elinden alındığını, ve götürülmesine engel olduğunu, evde kaldığını, ispat yükü altındadır.

Olayda kadın, dava konusu ziynet eşyasının, götürülmesine engel olduğunu ve zorla elinden alındığını, daha öncede götürme fırsatı elde edemediğini ispat edememiştir. Buna rağmen yukarıda yazılı ilkelere hataya düşülerek hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bente gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin yukarıda 1. bente gösterilen nedenlerle ONANMA-

SINA, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 13.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

