T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DAL
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE KATILMA ALACAĞININ HAKİM KARARIYLA KALDIRILMASI VEYA AZALTILMASI (TMK M.236/2)

Yüksek Lisans Tezi

ENES UYAR

İstanbul, 2023

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE KATILMA ALACAĞININ HAKİM KARARIYLA KALDIRILMASI VEYA AZALTILMASI (TMK M.236/2)

Yüksek Lisans Tezi

ENES UYAR

Danışman: PROF. DR. FARUK ACAR

İstanbul, 2023

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE KATILMA ALACAĞININ HAKİM KARARIYLA KALDIRILMASI VEYA AZALTILMASI (TMK M.236/2)

ÖZET

Evlilik birliğinin sona ermesi halinde eşlerin aralarındaki mal rejimi tasfiye edilir. Eşler, edinilmiş mallara katılma rejiminin dışında bir mal rejimi seçmemişlerse, tasfiye, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine göre yapılacaktır. Kural olarak, her eş evlilik birliğinin hangi nedenle sona erdiğine bakılmaksızın, tasfiye sonucunda ortaya çıkan artık değerde yarı oranında pay hakkına sahiptir. Ancak, TMK m.236/2 hükmü ile eşlerin zina veya hayata kast nedenine dayalı olarak boşanmaları halinde, kusurlu eşin artık değere katılım oranının hakim tarafından hakkaniyet gereği azaltılabileceği ya da kaldırılabileceği düzenlenmiştir. Kanunda yalnızca bir fıkra olarak düzenlenmiş bu hüküm, edinilmiş mallara katılma rejiminin kusurdan bağımsız bir rejim olmasının istisnası olarak değerlendirilmektedir. Hükmün içeriğinin yalnızca mal rejimi hukuku ile açıklanması mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, edinilmiş mallara katılma rejiminin, aile hukuku ve miras hukuku ile ilişkisinin açıklanması gereken bir konu olduğu değerlendirilmiş ve bu kurumlara sıklıkla başvurulmuştur. İstisna niteliğindeki hüküm, pek çok sorunu beraberinde getirdiğinden, hükmün uygulamasına yönelik açıklamalar ile sorunlar giderilmeye çalışılacaktır.

Tezde katılma alacağının aile hukuku ile ilişkisi, niteliği ve hükmün benzer hukuki kurumlarla benzerlikleri ve farklılıkları, hükmün uygulamasına yönelik şartlar, azaltma veya kaldırma kararında etkili olan ölçütler ve hükmün uygulanmasına yönelik bazı sorunlar açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler : Katılma Alacağı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Artık Değer, Hakkaniyet, Zina, Hayata kast, Boşanma.

ABSTRACT

In the event of the dissolution of the marriage union, the property regime between the spouses shall be liquidated. If the spouses have not chosen a property regime other than the regime of participation in acquired property, the liquidation shall be made according to the regime of participation in acquired property, which is the legal property regime. As a rule, each spouse has the right to receive half a share in the residual value resulting from the liquidation when the marriage union ends for whatever reason. However, with the provision of Article 236/2 of the TMK, it is regulated that if the spouses divorce on the basis of adultery or intent on life, the defective spouse may be reduced or removed by the judge who is the winner of the surplus value, as a matter of equity. This provision, which is regulated as only one paragraph in the law, is considered as an exception to the regime of participation in acquired property being a regime independent of fault. Due to the content of the provision, it does not seem possible to explain it only with the law of property regime. For this reason, the relationship between the regime of participation in acquired property and the law of marriage and inheritance law is considered to be an issue that needs to be explained, and these institutions are frequently consulted. Since the exceptional provision brings with it many problems, the problems will be tried to be solved with explanations for the implementation of the provision.

In this thesis, the relationship of the participation claim with the matrimonial law, its nature, the similarities and differences of the provision with similar legal institutions, the conditions for the application of the provision, the criteria that are effective in the decision to reduce or remove it, and some problems regarding the application of the provision will be tried to be explained.

Key Words : Contribution Claim, Regime of Participation in Acquired Property, Residual Value, Equity, Adultery, Attempt on Life, Divorce.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ v
ÖZET iii
ABSTRACT v
İÇİNDEKİLER vi
KISALTMALAR x
Giriş 1
BİRİNCİ BÖLÜM: EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ, AİLE HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER, KATILMA ALACAĞI 3
I. Mal Rejimleri ve Türleri 3
A. Mal Rejimi Kavramı 3
B. Mal Rejimi Türleri 4
1. Genel Olarak 4
2. Seçimlik Mal Rejimi Türleri 4
3. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi 5
II. Mal Rejimi Bağlamında Aile Hukukuna Hakim Olan İlkeler 6
A. Genel Olarak 6
B. Sınırlı Sayı İlkesi 8
C. Şekle Bağlılık 9
D. Devlet Müdahalesi 10
E. Hakimin Takdir Yetkisi 10
III . Katılma Alacağı 11
A. Genel Olarak Katılma Alacağı 11
B. Katılma Alacağının Hukuki Niteliği 12
1. Genel Olarak 12
2. Aile Hukukundan ve Evlilik Birliğinden Doğan Bir Hak Olması 15
3. Borçlar Hukuku Hükümlerine Tabi Alacak Hakkı Olması 16
C. Benzer Alacaklar ve Hükümlerden Farkı 17
1. Genel Olarak 17
2. Boşanmanın Mali Sonuçlarından Farkı 17

a. Maddi Tazminattan Farkı 18
b. Manevi Tazminattan Farkı 21
c. Yoksulluk Nafakasından Farkı 24
3. Mal Rejiminin Tasfiyesinden Doğan Alacaklardan Farkı 26
a. Değer Artış Payı Alacağından Farkı 26
b. Katkı Payı Alacağından Farkı 28
4. Miras Hukukundan Doğan Alacaklardan ve Benzer Hükümlerden Farkı 28
a. Mirasçılıktan Çıkarma 29
b. Mirastan Yoksunluk 30

İKİNCİ BÖLÜM: MAL REJİMİNİN SONA ERMESİ VE ARTIK DEĞER PAY ORANININ BELİRLENMESİ 33

I. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi 33
A. Genel Olarak Sona Erme Halleri 34
B. Ölüm 32
C. Boşanma 36
II. Artık Değer Pay Oranının Belirlenmesi 39
A. Eşit Pay Kuralı 39
B. Artık Değer Pay Oranının Sözleşme ile Belirlenmesi 40
C. Artık Değer Pay Oranına Hakimin Müdahalesi 42
1. TMK m.236/2 Hükmünün Kanuna Eklenme Sebebi 44
2. Hükmün Medeni Hukuk Yaptırımı Bağlamında Değerlendirilmesi 47
III. Artık Değer Pay Oranının Azaltılması ve Kaldırılmasının Şartları 49
A. Eşler Arasında Edinilmiş Mal Rejiminin Geçerli Olması 49
B. Evliliğin Boşanma veya Ölümle Sona Ermesi 50
1. Boşanmanın Zina veya Hayata Kast Sebebine Bağlı Olarak Gerçekleşmesi 51
a. Sadakat Yükümlülüğü 56
b. Zina 58
c. Hayata Kast 62

2. Eşin Diğer Eşi Öldürmesi 65
C. Eşin Kusurlu Olması 68
D. Hakkaniyet Gerektirmesi 71
E. Mal Rejimi Sözleşmesi İle Farklı Bir Kuralın Belirlenmemiş Olması 72
IV. TMK m.236/2 Hükmünün Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirilmesi 75
A. Genel Olarak 75
B. Katılma Alacağı 75
C. Katkı Payı Alacağı 76
D. Değer Artış Payı Alacağı 77
E. Eşler Arasındaki Adi Alacaklar 79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ARTIK DEĞERE KATILMA ORANINA HAKİM MÜDAHALESİNİN SONUÇLARI, HÜKMÜN UYGULANMASINA YÖNELİK BAZI ÖZEL DURUMLAR **81**
I. Artık Değer Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması Kararı 82
A. Genel Olarak 83
B. Hükmün Re'sen Dikkate Alınması 76
C. Hakimin Takdir Yetkisi 77
II. Hakkaniyet Ölçütü 85
A. Genel Olarak 85
B. Hakimin Artık Değere Pay Oranını Azaltırken veya Kaldırırken Dikkate Alacağı Ölçütler 87
1.Hakkaniyet 88
2.Kusur Derecesi 88
3.Kusurlu Fiilin Süresi 89
4.Haksızlık Ölçütü 90
5.Evliliğin Süresi, Eşlerin Yaşı ve Evlenme İhtimalleri 91
6.Tarafların Maddi Durumu 92
7.Edinilmiş Malların Miktarı ve Olağan Seviyenin Üstünde Emek 93
8.Kişisel Malların Gelirlerinin Miktarı 94

9.Edinilmiş Malların Mülkiyetinin Durumu..... 94
10.Artık Değere Katılma Oranlarının Eşler Tarafından Kararlaştırılması..... 95
11.Ayrılık Kararı Verilmiş Olması 96
III. Hükmün Uygulanmasına Yönelik Bazı Özel Durumlar..... 97
A. Boşanma Davası Devam Ederken Eşlerden Birinin Ölmesi Durumuna Genel Bakış..... 97
B. Boşanma Davası Henüz Açılmadan Eşin Ölmesi..... 99
C. Boşanma Davası Devam Ederken Ölen Eşin Mirasçılarının Boşanma Davasına Devam Etmesi 101
D. Boşanma Davasının Sona Erdiği Ancak Henüz Tasfiye Davası Açılmadan Eşin Ölmesi 105
E. Tasfiye Davasında Hükmün Mirasçılar Tarafından İleri Sürülmesi 106
SONUÇ 108
KAYNAKÇA 111

KISALTMALAR

Art.	: Article (Madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
eMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (mülga)
eTCK	: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (mülga)
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İKÜHFD	:İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
OLG	: Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi)
para.	: Paragraf
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TL	: Türk Lirası
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanun ile edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş ve eşlerin evlilik birliği devamında emek karşılığı edinmiş oldukları mallar, kural olarak, edinilmiş mal kabul edilmiştir. Eşlerin, edinilmiş mallarda yarı oranda katkı yaptığı kabul edilmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejimindeki yarı yarıya hak sahipliği durumu, eşlerin korunması ilkesi ve Anayasadaki eşitlik kuralı ile örtüşmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde emek karşılığı elde edilen malların, eşlerin dayanışması ve sadakat yükümlülüğünden doğduğunu söylemek mümkündür. Bu dayanışma ve sadakat, edinilmiş mallara katılma rejiminin başlangıcı olan evlilik birliğinin kurulmasıyla başlamakta ve evlilik birliğinin sona ermesine, başka bir deyişle mal rejiminin tasfiyesine başlanılmasına kadar devam etmektedir. Evlilik birliği ile sıkı ilişki içinde olan edinilmiş mallara katılma rejiminin, evlilik birliğinin hangi nedenle sona erdiğine bakılmaksızın tasfiye yapılması haksız sonuçlara yol açacaktır. Özellikle sadakat yükümlülüğü ihlallerinin varlığı halinde, bu yükümlülüğü ihlal eden eşin katılma alacağının tamamını alabilmesi hali, kanun koyucu tarafından da haksızlık olduğu kabul edilerek, TMK m.236/2 hükmü ile evlilik birliğinin zina veya hayata kast nedenine dayanarak son bulması halinde, hakime, kusurlu eşin katılma alacağını azaltma ya da kaldırma yetkisi verilmiştir. Bununla birlikte eşlerden birinin, diğerini öldürmesi halinde de, öldüren eşin katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması mümkündür.

Çalışmamızda evlilik birliğinin zina veya hayata kast nedenine dayanarak boşanma ile sona ermesinde, eşlerin katılma alacaklarının azaltılıp azaltılamayacağı ve kaldırılıp kaldırılamayacağı konusu işlenmiştir. Konunun daha iyi anlaşılması amacıyla katılma alacağının aile hukuku ile ilişkisi, hukuki niteliği ve sadakat yükümlülüğü ile ilişkisi ele alınmıştır. Konunun seçilmesinde edinilmiş mallara katılma rejiminin her ne kadar kusurdan bağımsız bir mal rejimi türü olsa da, artık değere ağır kusuruyla katkıda bulunmayan ve mal rejiminin ağır ihlallerle sona ermesine sebebiyet veren eşin, evlilik birliğinin tabiri caizse meyvelerinden tam olarak faydalanmasının önüne geçilmesinin gerekip gerekmediği hususunun tartışılması gerekliliğidir. Çalışma ile katılma alacağının azaltılmasının ya da kaldırılmasının amacı, benzer kurumlarla karşılaştırılması, hukuki niteliği, uygulama şartları ve sonuçlarına ilişkin doktrindeki görüşlere yer verilerek çıkarımda bulunulacaktır. Ayrıca çalışma konusuna ilişkin kapsamlı bir çalışmanın bulunmaması ve hükmün uygulanma şartlarının kanun koyucu tarafında katı şekilde belirlenmiş olması nedeniyle, uygulamasının bir hayli düşük olması sonucunda ortaya çıkan belirsiz noktaların aydınlatılması amaçlanmıştır. Bu çalışma ile artık değere katılma oranının azaltılması veya kaldırılmasına ilişkin

öğretideki tartışmaların ve yargı kararlarının bir araya getirilmesi ve konuya ilişkin kişisel düşünce kanaatlerinin öğreti ve uygulamaya faydalı olması hedeflenmektedir.

Tezin kapsamı göz önünde bulundurularak, yalnızca, artık değere katılma oranının azaltılması ve kaldırılması kapsamında inceleme yapılacak olup, sınırlı olarak katılma alacağının hukuki niteliği benzer alacaklarla ilgili ilişkisi de incelenecektir.

Katılma alacağının evlilik birliği ile olan ilişkisi, katılma alacağının hukuki niteliği ve benzer alacaklar ile farkı anlatılarak katılma alacağının evlilik birliğinden doğan bir hak olduğu ortaya konulmuş; birinci bölümde, katılma alacağının alelade bir alacak olmadığı, evlilik birliğinin eşlere yüklemiş olduğu sadakat ve dayanışmadan oluştuğu üzerinde durulmuştur. Nitekim evlilik birliğinin sona ermesine ağır derecede kusurlu davranışlarıyla sebebiyet veren eşin, katılma alacağının azaltılmasının anlaşılması için evlilik birliği ve katılma alacağı bağlantısının kurulması önem arz etmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, mal rejiminin sona ermesine neden olan durumlar boşanma ve ölüm özelinde kısaca açıklanmıştır. Evlilik birliğinin sona ermesine yönelik zina ve hayata kast nedenine dayalı boşanma ve eşin diğer eşi öldürmesi durumu da, konu ile sınırlı olarak açıklanmıştır. Kanun koyucunun hükmün uygulanmasına yönelik aramış olduğu şartlar, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ile ele alınmış olup, hükmün hangi alacaklar bakımından uygulanması gerektiği konusundaki değerlendirmelerimiz belirtilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise, artık değere azaltma kararının niteliği, artık değere azaltma kararında etkili olan somut olayın özellikleri açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bölümün son başlığında ise, boşanma davası devam ederken ya da boşanma davası sona erdikten sonra, eşlerden birinin ölmesi halinde, hükmün uygulanmasına yönelik muhtemel sorunlara çözüm aranmaya çalışılmıştır.

Çalışmamız, hükme yönelik önerilerimizin de yer aldığı, çalışma neticesinde elde edilen neticelerin özetlendiği sonuç bölümü ile son bulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ, AİLE HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER, KATILMA ALACAĞI

I.MAL REJİMLERİ VE TÜRLERİ

A.Mal Rejimi Kavramı

Mal rejimi; eMK döneminden itibaren hukukumuzda uygulanmakta olan eşlerin, evlilik birliğinin devamı sırasındaki hak ve yükümlülüklerini; evliliğin sona ermesi durumunda ise, malvarlığı değerlerinin konumunu düzenleyen kurallar bütünü olarak ifade edilmektedir [1]. Kısaca mal rejimi, evlilik birliğinde eşler arasındaki mali ilişkilerin yönetim şeklini, evlilik birliği sona erdikten sonra ise tasfiyeyi konu edinir[2].

Mal rejimi, eşlerin mal edinmeleri, malların yönetimi ve malların tasfiyesi olmak üzere üç aşamada kendini göstermektedir. Her evlilik, bağlı bulunduğu mal rejiminin kurallarına tabi olduğundan, eşler arasındaki bu mali ilişkiler, mal rejimlerinin kendine özgü kurallarına göre yönetilecektir. Her ne kadar mal rejimi kavramının eşler arasındaki ilişkileri düzenlediğini belirtsek de, mal rejimi, eşler arasındaki ilişkilerin yanı sıra, dolaylı olarak üçüncü kişileri de ilgilendirir. Bu üçüncü kişiler eşlerle hukuki ilişkiye giren borçlu ya da alacaklı sıfatına sahip olan kimseler olabileceği gibi, eşlerin mirasçıları da olabilir[3].

Her evliliğin boşanma, ölüm ya da farklı bir nedenle mutlaka sona erdiği düşünüldüğünde eşlerin malvarlıklarının tasfiyesi büyük önem arz etmektedir [4]. Mal rejimi hukuku, mal edinimi ve

---

[1] Acar F., (2021), Aile Konutu Mal Rejimi Ve Eşin Yasal Miras Payı, (6.Baskı), İstanbul, Seçkin Yayıncılık , s..123; Zeytin Z.(2021), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Tasfiyesi, (5.Baskı), İstanbul , Seçkin Yayıncılık S.36; Sarı S.(2007), Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, (1.Baskı), İstanbul, Beşir Kitabevi, s.1; Kılıçoğlu M.A.(2016), Katkı-Katılma Alacağı,(6.Baskı), Ankara, Turhan Kitabevi, s.55; Gümüş M.A., (2008), Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, (1.Baskı), İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. Özdamar D./Toker A.G./Kayış F./ Yağcıoğlu B./ Akgün Toker A., (2022), Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi,(7.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.25; Acabey B., (1998), Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, (1.Baskı), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.3; Akçin F./Meral N./Ağyel E.,(2021),Yargıtay Uygulamasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi(1.Baskı), Ankara, Adalet Yayınevi, s.19; Helvacı S./Erlüle F. (2021), Medeni Hukuk, (7.Baskı), İstanbul, Legal Yayıncılık, s.185; Akıntürk T./Ateş D., (2016),Aile Hukuku, (18.Baskı), İstanbul, Beta Yayınları s.143.

[2] Acar, s.123.

[3] Zeytin, s.100; Acar, s.168 vd.;Eşin mirasçılarının katılma alacağı talep edebilmesi miras hukukundan kaynaklansa da TMK m.236/1 hükmü ile ayrıca belirtilmiş, buna göre eşin mirasçısı TMK m.236/1 gereği artık değer üzerinde yarı oranda katılma alacağı talep edebilecektir.; Mal rejimleri hukukunda alacaklıların korunması ilkesi benimsenmiş olup eşlerle hukuki ilişki içinde olan alacaklılara bazı haklar tanınmıştır. Mal ortaklığı rejiminde, haciz halinde alacaklılar mahkemeden, eşlerin mal ayrılığına geçilmesini talep edebilir.

[4] Acar, s.124.

yönetimini kapsıyor olsa da, genellikle tasfiye ile özdeşleşen kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira aile hukukunda eşler arasında evlilik birliğinin devamı sırasında edinim ve yönetim hallerine ilişkin uyuşmazlık genellikle ortaya çıkmamakta, ancak evlilik birliğinin özellikle boşanma ile sona ermesi halinde pek çok sorun gündeme gelmektedir. Bu duruma kanun koyucu tarafından kayıtsız kalınmamış, tasfiyeye ilişkin birçok hüküm getirilerek eşler arasında tasfiye sırasındaki sorunların çözümü amaçlanmıştır.

B.Mal Rejimi Türleri

1.Genel Olarak

4721 sayılı TMK'nun yürürlüğü ile birlikte biri yasal üçü seçimlik olmak üzere toplam dört adet mal rejimi mevcuttur. Çalışmamızın konusu yasal mal rejimini ilgilendirdiğinden, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi ayrı bir başlıkta ele alınacak olup, bu başlıkta seçimlik mal rejimlerine kısaca değinilecektir.

2.Seçimlik Mal Rejimi Türleri

Mal rejimlerini paylaşma esasına dayanan (mal ortaklığı modeli) ve paylaşma esasına dayanmayan (mal ayrılığı modeli) sistemler olarak incelemek, mal rejimlerinin yapısını anlama açısından daha isabetli olacaktır. Paylaşma esasına dayanan sistemlerde, eşler birbirlerinin varlıkları üzerinde ayni hak ya da alacak hakkı talep edebilmekteyken, paylaşma esasına dayanmayan sistemlerde, eşler arasında ne ayni hak, ne de alacak hakkı gündeme gelir[5]. Bu yönüyle mal ortaklığı rejimi ayni hak sağladığından, edinilmiş mallara katılma rejimi de alacak hakkı sağladığından paylaşma esasına dayanan sistemler içine dahil olacaktır. Mal ayrılığı rejimi ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ise, paylaşma esasına dayanmayan sistemler içinde incelenmektedir.

Eşlerin malvarlıkları üzerinde sıkı şekilde kader birliği yaptığı mal ortaklığı rejiminde; mal rejimi sözleşmesiyle, kanun tarafından ya da karşılıksız kazandırma yoluyla kişisel mal sayılanların dışında kalan ortaklık mallarına, eşler bölünmemiş şekilde sahip olurlar. Paylaşma ayni hak temelli yapıldığından, eşler ortaklık malları üzerinde elbirliği ile malik olurlar[6].

eMK döneminde yasal mal rejimi kabul edilen mal ayrılığı rejiminde, eşlerin malvarlığı değerleri birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmekte, eşlerden birinin karşılık vererek edindiği malvarlığı değerinde diğer eşin talep hakkı bulunmamaktadır. Bu mal rejiminde eşlerin özel malvarlığında bulunan mallar ve kanun gereği ya da sözleşmesel ilişki sonucu paylı mülkiyete tabi

[5] Acar, s.123; Zeytin, s.37.
[6] Acar, s.466; Helvacı/Erlüle, s.189; Acabey, s.28; Akıntürk/Ateş, s.193.

mallar olmak üzere iki tür mal grubu bulunmaktadır. Bu iki mal grubunun tasfiyesi diğer rejimlere nazaran hayli kolaydır[7].

Bir diğer seçimlik mal rejimi olan paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde ise, bireysel mülkiyete tabi mallar ile paylaşmalı mülkiyete tabi mallar olmak üzere iki mal grubu bulunmaktadır. Eşlerin karşılık vererek ya da karşılıksız olarak kazandığı mallar aileye özgülenmediği sürece paylaşma dışı bırakılmaktadır[8]. Paylaşmaya konu malların neler olacağı TMK m.250'de sayılmıştır[9]. Bu mal rejiminde paylaşmaya konu mallar üzerinde tasfiye ayni hak temelli yapılmaktadır. Mal rejiminin sona ermesiyle paylaşım konusu mallarda eşler arasında paylı mülkiyet oluşmaktadır[10].

3.Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi

Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejiminin devamı boyunca eşlerin malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf ettiği, mal rejiminin sona ermesi halinde evlilik birliği içinde emek ve para karşılığı edinilen mallar üzerinde katılma alacağı hakkı veren bir mal rejimi türüdür[11]. Eşlerin malvarlığı bireysel mülkiyetlerinde bulunduğundan ve yönetim, yararlanma ve tasarruf hakları kısıtlanmadığından temelinde mal ayrılığı rejimini barındırır[12]. Tasfiye sırasında mal ortaklığında olduğu gibi ayni bir paylaşım yapılmaksızın diğer eşin artık değerinin kural olarak yarısı üzerinde alacak hakkı niteliğindeki katılma alacağı ortaya çıkmaktadır[13].

Edinilmiş mallara katılma rejimi; eşlerin edinilmiş mallarını, paylı mallarını ve kişisel mallarını kapsamaktadır. Edinilmiş mal, mal rejimi süresince bir eşin para ya da emek karşılığında edindiği, kanunda kişisel mal olarak düzenlenmemiş ve sözleşmeyle de kişisel mal olarak kabul edilmemiş malvarlığı değeridir[14]. Edinilmiş mallara katılma rejiminin karakteristik yapısını ortaya koyan bu tanımdan da anlaşılacağı üzere edinilmiş maldan bahsedebilmek için 1) malvarlığı değeri bulunmalı, 2) yasal mal rejimi süresince elde edilmeli, 3) karşılık verilerek edinilmeli, 4) kanun ya da sözleşmeyle kişisel mal kabul edilmiş olmamalıdır. Sayılan bu dört şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi halinde edinilmiş maldan bahsetmek mümkündür.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde önem arz eden bir diğer mal grubu ise, kişisel mallardır. Kişisel mallar, TMK m.220'de sınırlı sayıda sayılmış olup, eşlerin aralarında yapabilecekleri mal rejimi sözleşmesiyle TMK m.221'de belirtilen iki malvarlığı değeri de bu mal grubuna dahil

---

[7] Helvacı/Erlüle, s.188; Acabey, s.50; Akıntürk/Ateş, s.179.

[8] Acar, s.412, Helvacı/Erlüle, s.188; Akıntürk/Ateş, s.184.

[9] Paylaşmaya tabi olan mallar *ailenin ortak kullanımına özgülenmiş mallar ,ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar ve bunların yerine geçen değerlerdir*.

[10] Acar, s.427; Akıntürk/Ateş, s.185; Kılıçoğlu A. M. (2016), Aile Hukuku, (2.Baskı), Ankara, Turhan Kitabevi, s.482.

[11] Zeytin,s.99; Şeker M. (2022), Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular, (1.Baskı), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.42.; Gümüş s.254.

[12] Acar,125; Zeytin, s.106.

[13] Zeytin, s.116.

[14] Acar s.221; Zeytin, s.119; Helvacı/Erlüle, s.186.

edilebilir[15]. Kişisel malların neler olduğunun kanun ile açıkça belirlenmesi, edinilmiş malların tespiti bakımından etkin rol oynamaktadır[16]. TMK m.222/3 hükmü neticesinde, edinmiş mal grubu lehine düzenlenmiş adi kanuni karine gereği eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olduğu kabul edilir[17]. Bu nedenle, eş, tasfiye konusu edilen malın kişisel mal olduğunu ve tasfiyede dikkate alınmaması gerektiğini ispatla yükümlüdür. Kişisel malların kanundaki düzenleniş biçimi dikkate alındığında eşlerin kişiliklerinin ön plana çıktığı mal değerleri (kişisel eşya ve kişilik hakları) ile herhangi bir karşılık verilmeksizin kazanılan mallardan oluştuğu görülecektir. Bir malın kişisel mal olduğunun kabul edilmesi için de bu iki ölçüt değerlendirilerek sonuca varılır[18].

Edinilmiş mallara katılma rejimi, TMK m.202 gereği yasal mal rejimi olduğundan, eşler aralarında herhangi bir mal rejimi türünün uygulanmasını kararlaştırmamış olsa dahi uygulanacaktır. Katılma rejimi, hukukumuza 01.01.2002 tarihinde dahil olması nedeniyle eşler 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun (TMKYHK) 10.maddesinin 3.fıkrası gereğince 01.01.2002-31.12.2002 tarihleri arasında mal rejimi sözleşmesiyle katılma rejiminin evlilik tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacağını belirlemediği sürece 01.01.2002 tarihinden önce uygulama alanı bulamayacaktır.

II. Mal Rejimi Bağlamında Aile Hukukuna Hakim Olan İlkeler

A.Genel Olarak

Niteliği itibariyle aile hukuku, diğer özel hukuk ilişkilerine nazaran özerk nitelikte olup, borçlar hukuku kurallarının doğrudan uygulanması mümkün değildir[19]. Zira aile hukukunun, kamu hukukunu ilgilendiren yönü olduğu ve dinsel kuralların da etkisinde kaldığı söylenmektedir[20].

Mal rejimlerinin genel olarak eşler arasındaki mali ilişkileri konu edinmesi, aile ve evlilik hukukunun ilkelerinin mal rejimlerine uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt uyandırabilir. Ancak TMK'da aile hukuku kitabının içinde yer alan mal rejimi hukukunu da aile hukukundan bağımsız olarak ele almak, hükümlerini değerlendirmek mümkün gözükmemektedir[21]. Kanun koyucu, mal rejiminin başlangıcını evlilik birliğinin kurulmasına; mal rejiminin sona

[15] Zeytin, s.166; Helvacı/Erlüle, s.186.
[16] Acar, s.261; Sarı, s.188.
[17] Zeytin, s.166; Sarı, s.189.
[18] Kılıçoğlu, s.131 vd.
[19] Koçhisarlıoğlu C., (2004), Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı, AÜHFD, C.53, S.3, s.23.
[20] Serozan R./Başoğlu B./Kapancı B.(2016), Aile Hukukunun Özellikleri İlkeleri Ve Gelişimi, İstanbul Kültür Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, s.549.
[21] Acabey, s.45; Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel H.H.(1966), Die Grobe Unbilligkeit des Zugewinnausgleichs (1381 BGB), Universitat Hamburg , s.53.

ermesini ise, evlilik birliğinin sona ermesine bağlamıştır. Mal rejimleri hükümlerinin eşlerin evlilik dışı yaşantılarında ya da nişanlılık döneminde uygulanmayacağı kabul edilmektedir[22]. Aralarında bu kadar sıkı irtibat bulunan evlilik hukuku ve mal rejimi hukukunun birbirinden bağımsız olarak ele alınmaması gerektiğini düşündüğümüzden; aile hukukunun kendine özgü ilkeleri, mal rejimi hukukuna evleviyetle uygulanmalıdır.

Mal rejimi hukukunun özü, evlilik hukukunun genel hükümlerinden TMK m.186/3'e dayanmaktadır. Buna göre, evlilik birliğinin devamı sırasında eşler giderlere güçleriyle orantılı olarak emek ve malvarlığı ile katılacaklardır. Kanun koyucu, emek ile malvarlığını "ve" ibaresi ile bağlaması kuşkusuz bu iki gidere katılma şeklini beraber aramasından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu eşlerden birisinin yalnızca emek ya da malvarlığı ile gidere katlanmasına müsaade etmemiş, bu haliyle evliliğin mal ve para birlikteliği dışında eşler arasında kader birlikteliğine dayandığını kabul etmiştir[23]. Yani evliliğin asli amacının mutlu bir hayat sürmek olduğu[24]; mal ediniminin ise, tali bir sonuç olarak karşımıza çıktığı görülecektir[25]. Evliliği mal ediniminden bağımsız olarak da düşünmek doğru olmayacaktır. Zira evliliğin ikincil yönü ekonomik bir teşebbüs olmasıdır[26].

Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte eşlerin sübjektif hakları çatışmakta, aile hukukunun toplumcu yapısı eşlerin bireysel haklarının önüne geçmektedir. Nitekim aile üyesi olmayan bir kişi ile aile üyesi olan bir kişinin bireysel hakları farklılık gösterir[27]. Özel hukuk ilişkilerindeki alışılagelmiş kavramların aile hukukuna doğrudan uygulanması, evlilik birliğinde ortaya çıkması muhtemel sorunları çözmeye elverişsizdir[28]. Aynı şekilde evlilik birliğindeki birtakım davranışların mal rejimi hukukunda sonuç doğurmaması, aile hukukunun toplulukçu bakış açısına ters

---

[22] Kılıçoğlu, s.98.

[23] Acar, s. 356; Zeytin, s.107.

[24] Evlilik kendine özgü bir medeni hukuk sözleşmesi olup eşler sözleşmenin başında belirli bir süre öngörmeyip sürekli olarak kader birliğini amaçladıkları topluluktur. Akıntürk/Ateş, s.60,112.; Öztan B. (2015), Aile Hukuku, (6.Baskı),Ankara, Turhan Kitabevi, s.22; Evlilik birliği kurarken eşler ileride boşanacaklarını ve mal rejiminden doğan haklarını, alacaklarını almayı amaçlamamakta, üzüntü ve sevinçlerini paylaşıp çocuklarıyla mutlu bir hayat sürme amaçlanmaktadır. Ersöz O., (2018), Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.5; Evlilik birliği yardımlaşma ve düşünce topluluğudur. Eşlerden her biri, üçüncü kişilere karşı kendi yükümlülüklerini ihlal etmeden, mümkün olduğu ölçüde diğerine destek olmalıdır. Eşlerden her biri, yaşam tarzlarını diğerinin ihtiyaçlarına göre uyarlamalı ve onların görüşlerine ve yaşam tarzının kendine has özelliklerine hoşgörü göstermelidir.

[25] Aynı görüşte Aksoy M., (1964), Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku İle Bağı, (1.Baskı), Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s.17; Strobel s.68; Yazar eşlerden birinin kazancına bakılmaksızın eşit oranda tazminat verilmesi fikrinin kazanç topluluğunun ana fikri olduğunu, eşit oranda paylaşım yapılması nedeniyle evlilik mal edinim topluluğu olmadığını ortaya koyduğunu ileri sürmektedir.

[26] Zeytin, s.39; Yücel Ö.,(2023), Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.38; Acabey, s.44; Eşler arasında ekonomik bir bağ bulmaksızın, evlilik birliğinin gerçek anlamda hayat ortaklığı olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığı görüşü hakkında bkz. Aksoy, s.16.

[27] Kanun koyucu evlilik birliğinin devamı esnasında eşlerin tasarruflarını TMK m. 194,TBK m.584 gibi hükümlerle sınırlanmışken, sağ kalan eşin ev eşyası ve aile konutu mülkiyet hakkı tanınmasını isteme hakkına sahip olması şüphesiz aile birliğine bağlı hakların, bireysel haklardan üstün tutulması gerektiğinin bir sonucudur.

[28] Koçhisarlıoğlu, s.26.

düşmektedir. Söz konusu aile birliği olduğunda, kanun koyucunun bilinen kavramların dışında özgün hukuk kuralları ihdas etmesi çok yabancı bir kavram değildir. Türk toplumunun evlilik birliğine atfetmiş olduğu önemin kanun metinlerinde karşılıksız kalması toplum vicdanını sarsacaktır. Bu nedenle mal rejimi hukukunu, aile hukukundan bağımsız ele alarak, evliliğin devamında ya da sona ermesinde yükümlülüklerini ciddi ölçüde ihlal eden eşi mal rejimi kurallarının uygulanmasında ayrık tutmak mümkün olmamalıdır. Mal rejimi, evlilik hukukundan doğduğundan uygun düştüğü ölçüde birbirlerine ait ilkelerin birlikte yorumlanması, birbiri arasındaki sıkı bağlantıyı ortaya koyacaktır.

Aile ve evlilik hukukuna hakim olan ilkeler doğal olarak mal rejimi hukukuna da uygulanacağından aşağıda incelediğimiz ilkelerin mal rejimi hukukuna yansımasını ele alacağız.

B. Sınırlı Sayı İlkesi

Aile hukukunda borçlar hukukundaki sözleşme serbestisinin aksine kişilerin kurabileceği ilişkiler sınırlı olarak kanunda düzenlenmiştir[29]. Özel hukuktaki irade serbestliğinin yerini kanunun emredici hükümleri almıştır[30]. Buna göre eşler kanunda belirtilen sınırların dışına çıkamayacaktır. Örneğin; mutlak boşanma sebepleri kanunda sınırlı sayıda düzenlenmiş olup, eşler aralarında yapacakları bir anlaşmayla yeni bir mutlak boşanma sebebi ihdas edemez.

Aile hukukundaki sınırlı sayı ilkesi, mal rejimi hukukunda da geçerlidir. Eşler her ne kadar mal rejimi sözleşmesi yapma serbestisine sahip olsalar da, mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir mal rejimi oluşturamayacak, düzenledikleri mal rejimi sözleşmesi de ancak kanunda belirtilen haller (TMK m.221) sınırlaması kapsamında yapılabilecek, ek olarak bir düzenleme yapamayacaktır[31]. Nitekim TMK m.203'de de belirtildiği üzere, eşler mal rejimi sözleşmesini, *"yazılı sınırlar içinde"* değiştirebilecek veya kaldırabilecektir. Başka bir deyişle eşler kanunda düzenlenenlerin dışında, farklı bir karma nitelikli mal rejimi yaratamayacaklardır. Eşler ancak kanunda düzenlenen mal rejimi türlerinden birini seçebilecektir. Bu durum, TMK m.202/2'de açıkça ortaya konmuştur. Buna göre, eşler kanunda düzenlenenlerin dışında, örneğin yabancı hukukta kabul edilmiş bir mal rejimi türünü seçemeyeceklerdir[32].

---

[29] Dural M./Öğüz T./ Gümüş A.(2014); Aile hukuku Cilt 3.(9.Baskı), İstanbul, Filiz Kitabevi, s.4; Sarı, s.12; Doğan G. (2022), Mal Rejimi Sözleşmelerinde Sözleşme Serbestisi ve Sınırları, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.4 S.1, s.243.

[30] Serozan/Başoğlu/Kapancı, s.551, Akıntürk T., (1996), Aile Hukuku, (4.Baskı), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,s.11; Sarı, s.9.

[31] Acar, s.128; Zeytin, s.52; Sözleşme serbestliği denilen ve tarafların bir sözleşmenin içeriğini diledikleri şekilde belirleme imkanı aile hukuku bakımından geçerli olmadığı görüşü hakkında bkz. Akıntürk, s.10; Aile hukukunda irade serbestliğine yer olmayışı hakkında. bkz. Serozan/Başoğlu/Kapancı, s.551.

[32] Zeytin, s.53.

Kanunda belirtilen mal rejiminin dışında farklı bir mal rejimi türünün yaratılması halinde, mal rejimi sözleşmesi kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır[33].

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, irade serbestisinin en yoğun olarak karşımıza çıktığı mal rejimi sözleşmesine dahi belirli sınırlamalar getirmiş, eşlerin kanunda düzenlenen mal rejimlerinin dışına çıkmasını yasaklamıştır.

C. Şekle Bağlılık

Aile hukuku yapısı itibariyle sıkı şekil şartlarına tabi bir hukuk dalıdır. Evliliğin kurulması, törenle; evliliğin taraflarca sona erdirilmek istenmesi de, ancak mahkeme kararıyla mümkün olmaktadır.

Mal rejimi hukukunda da şekle bağlılık esas alınmıştır. Zira eşlerin mal rejimi sözleşmesini noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapabileceği kanunda emredici hüküm olarak düzenlenmiştir[34]. Kanun koyucunun eşler arasında düzenlenecek bir mal rejimi sözleşmesinde resmi şekil şartı araması mal rejimi hukukuna ait kuralların aile hukuku içinde değerlendirdiğinin, mal rejiminden kaynaklanan katılma alacağının adi alacağın dışında tuttuğunun göstergesidir. Aksi bir ifadeyle katılma alacağının evlilik hukukundan bağımsız, sıradan bir alacak hakkı olduğu kabul edildiği takdirde; kanun koyucu mal rejimi sözleşmelerinde herhangi bir şekil şartını aramayacaktır. Hatta sözlü anlaşmaları dahi HMK m.203/1-a gereği senetle ispat kuralının dışında tuttuğundan, katılma alacağı talepli davanın görüldüğü mahkemece bu sözlü anlaşmalara değer atfetmesi gerekirdi. Ancak kanun koyucu, katılma alacağı dışındaki değer artış payı alacağından feragati dahi, yazılı şekil şartına tabi tutmuştur[35].

Kanun koyucunun mal rejimi sözleşmesinde şekle bağlılığı esas alması, aile hukukunun diğer bir ilkesi olan zayıfları koruma ilkesiyle de bağlantılıdır[36]. Kanun koyucunun, evlilikte ister karı ister koca olsun evlilik birliği içinde adi yazılı ya da sözlü anlaşmalarla mal rejimi türünün değiştirilerek zayıf tarafın menfaatinin zedelenmesine yol açacak eylemleri sonlandırmayı amaçladığı da söylenebilir[37].

---

[33] Acar, s.129.

[34] Zeytin, s.61; Sarı s.12.

[35] HMK m.203/1-a *"Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler."* TMK m.227/3 gereği değer artış payındaki oranın adi yazılı sözleşme değiştirilebileceği ya da feragat edileceği konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. Zeytin, s.58; Akçin/Meral/Ağyel, s.398; Acar, s.357.

[36] Anayasa m.41 "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.".

[37] Öztan, s.404.

D. Devlet Müdahalesi

Toplumun çekirdeğini aile oluşturduğundan, kamu gücü ve otoritesi aile hukukuna yön vermiştir. Bu müdahale çoğu zaman zayıfların korunması ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Korumacılık eğilimi; kamusal nitelikteki, şekilci ve emredici kurallarda kendisini göstermektedir[38]. Korumacılık eğiliminin en büyük yansımasını evlenmenin devlet memuru huzurunda yapılmasını ve boşanmanın da ancak mahkeme kararıyla gerçekleşmesinde görmek mümkündür.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin ülkemizde kabul edilmesini etkileyen faktörlerden biri de, çalışmayan ancak ev işlerinde evlilik süresince emeği bulunan kadınlar açısından haksızlık yaratan uygulamaya son verilerek ev işlerinde çalışan kadınların emeklerine değer verilmesidir. Yine kadının ev dışında çalışma ihtimalinde dahi, eve yapmış olduğu katkının değeri görmezden gelinerek, erkek eşin edindiği malda hak iddia edememesi birçok haksız durumu beraberinde getirmiştir. Kanun koyucu bu gibi haksızlıkları dikkate alarak yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejiminin, TMK döneminde seçimlik mal rejimi olarak kabulü yönünde müdahalede bulunmuştur[39].

Mal rejimi hukukunun devlet müdahalesinin en zayıf olduğu aile hukuku ilişkisi olduğu yönündeki önerme kanaatimizce doğru olsa da, kanun koyucu burada dahi devlet müdahalesini terk etmemiştir. Nitekim kanun koyucu taraflarca mal rejimi seçilmediği hallerde dahi, yasal mal rejimi belirlemek suretiyle evliliğin mal rejimsiz olarak yürümesini kabul etmemiştir[40]. Mal rejimi devam ederken eşlerden birinin diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacıyla yapmış olduğu işlemlere karşı kanun koyucu diğer eşi genel hükümlere göre daha avantajlı hükümlerle koruma eğiliminde olması ve eşin kefalet verirken diğer eşin yazılı rızasının aranması gibi pek çok koruyucu hüküm mal rejimi hukukunda devlet müdahalesine örnek olarak gösterilebilir[41].

E. Hakimin Takdir Yetkisi

Aile hukukunda haklar ve yükümlülükler kesin bir netlikte düzenlenmemiştir. Nitekim kendine özgü özel hukuk ilişkisi[42] olan evlilik birliğinde her sorunu somut olayın özelliklerine göre çözmek hakimin takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucu tarafından diğer özel hukuk alanlarına kıyasla aile mahkemesi hakimine takdir yetkisini kullanması için geniş bir alan yaratılmıştır. Bu durum, esasen kanun koyucunun iradesinden de kaynaklanmamış, aile hukukunun uygulanmasında bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Hakim, velayet (TMK m.182), geçici önlemler (TMK

[38] Serozan/Başoğlu/Kapancı, s.533; Akıntürk, s.11.
[39] Kılıçoğlu, s.196.
[40] Acar, s.128,141.
[41] Bkz. TBK m.584, TMK m.229.
[42] Serozan/Başoğlu/Kapancı s.536; Akıntürk, s.11.

m.169), boşanma (TMK m.170), nafaka(TMK m.175), maddi ve manevi tazminat (TMK m.174), olağanüstü mal rejimi (TMK m.206) hakkında karar verirken hakim takdir hakkını kullanmaktadır. Tarafların aralarında düzenlemiş olduğu anlaşmalı boşanma protokolünde dahi hakim, TMK m.166/3 gereğince, *"gerekli gördüğü"* değişikliği yapabilecektir.

Hakimin mal rejiminin tasfiyesinde takdir yetkisinin bulunmadığı genel olarak söylenebilir. Ancak mal rejiminin sona ermesinden evvel elden çıkarılmış mal hakkında ödenmesi gereken değer artış payı alacağı (TMK m.227/2) ve denkleştirme alacağı (TMK m.230/3), gelir değerine göre belirlenen katılma alacağı ve değer artış payının artırılması (TMK m.234/1) ve katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması (236/2) gibi pek çok hükümde hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Kanun koyucu tarafından malvarlığı değerlerine ilişkin hükümlerde hakime bu derece takdir yetkisi tanınması; şüphesiz mal rejimi hukukunun evlilik hukukundan bağımsız düşünülememesinin bir sonucudur.

Hakimin takdir yetkisi ilerleyen bölümlerde TMK m.236/2 hükmü özelinde detaylı olarak işleneceğinden şimdilik kısa açıklamayla yetiniyoruz[43].

III.Katılma Alacağı

A.Genel Olarak Katılma Alacağı

Kanun koyucu, katılma alacağının tanımını TMK'da yapmamış, yalnızca TMK m.236'da eş ve mirasçının, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olacağını belirterek katılma alacağının ne şekilde belirlendiğini düzenlemiştir. Buna karşılık katılma alacağının tanımı, Yargıtay tarafından yapılmıştır. Yargıtay 8.Hukuk Dairesi katılma alacağını, *"Mal rejiminin devamı süresince, bir eşin sahip olduğu edinilmiş malda, diğer eşin artık değerin yarısı oranında katılma alacağı hakkı vardır. Artık değere katılma alacağı; eklenecek değerlerden (TMK madde 229) ve denkleştirmeden (TMK madde 230) elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere, eşin edinilmiş mallarının (TMK madde 219) toplam değerinden, bu mallara ilişkin borçlar çıktıktan sonra kalan artık değerin (TMK madde 231) yarısı üzerindeki diğer eşin alacak hakkıdır (TMK madde 236/1)."* şeklinde tanımlamış, ayrıca tasfiyede izlenecek usulden de bahsetmiştir[44].

Katılma alacağını tanımlayabilmek için öncelikle artık değer kavramı üzerinde durmakta fayda vardır. TMK madde 231/1'de artık değerin tanımı ve hesaplanma yöntemi kısaca açıklanmıştır. Artık değer, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda eklenecek değerler ve denkleştirme sonucu ortaya çıkan miktarlar da dahil edilmek suretiyle bir eşin edinilmiş mallarının aktif ve

[43] Bkz. 3. Bölüm, I, C.
[44] Yarg. 8.HD, T. 24.05.2021 E. 2020/3459, K.2021/4238.

pasiflerinin dikkate alınarak hesaplanması sonucu oluşan pozitif sayısal ifadedir.[45] Edinilmiş mallara ilişkin pasiflerin aktiflerden daha fazla olması halinde negatif değer ortaya çıkacak ve bu negatif değer nedeniyle borçlara katılma söz konusu olmayacaktır[46]. Nitekim TMK m.231/2 gereği de değer eksilmelerinin dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir[47]. Artık değer hesaplanırken öncelikle bir malın edinilmiş mal mı, yoksa kişisel mal mı olduğunun tespiti yapılmalıdır. Daha sonra eklenecek değerler ve kişisel mal grubuna geçen edinilmiş malların değeri hesaplanmalı ve bu hesaplama sonucundan değer artış payı, edinilmiş mallara ilişkin borçlar ve edinilmiş mallara geçen kişisel malların değeri çıkarılmalıdır[48].

Katılma alacağı, bir eşin artık değeri üzerinde diğer eşin kural olarak yarısı oranında sahip olduğu kanundan doğan bir alacak hakkıdır. Katılma alacağı para alacağı niteliğinde nispi bir hak olup, eşe artık değer üzerinde kural olarak ayni hak yetkisi vermez[49]. Ancak TMK madde 240 gereğince mal rejiminin ölüme bağlı olarak sona ermesi halinde, sağ kalan eşin talebi doğrultusunda aile konutu ve ev eşyası ile sınırlı olmak üzere ayni hak tanınabilir[50]. Bunun dışında, borçlu eşin TMK madde 239 gereği katılma alacağı borcunu mal (ayın) ile ödeme konusunda seçimlik yetkisinin bulunduğu göz ardı edilmemelidir.

Katılma alacağının alacaklısı genellikle eşler olsa da ölüm halinde yasal mirasçılar olabileceği gibi, katılma alacağının devri kanun koyucu tarafından yasaklanmamış olduğundan alacağı, temlik yoluyla devralmış üçüncü kişiler de olabilir[51].

Katılma alacağının borçlusu, eş, mirasçılar, katılma alacağı borcunu üstlenen üçüncü kişi olabileceği gibi, TMK madde 229 hükmü gereğince eklenecek değerlerinde elinde bulunduran üçüncü kişiler de katılma alacaklısı eşin elde edemediği katılma alacağı ile sınırlı olmak üzere TMK madde 241 hükmü gereğince sorumlu olacaktır[52].

B. Katılma Alacağının Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Hukukumuzda TMK'nın yürürlük tarihi olan 01.01.2002 tarihinden itibaren uygulama alanı bulan ve kısmen yeni bir hak olduğu söylenebilen katılma alacağı, kendine özgü kurallara sahiptir.

---

[45] Şıpka Ş./Özdoğan A.,(2017), Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, (2.Baskı), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık s.53; Zeytin, s.293.
[46] Sarı, 228; Zeytin, s.330.
[47] Sarı, s.229; Acar, s.311;Artık değer hesabında bir eşin edinilmiş mallarının aktifi pasifinden azsa, eşlerin eksik değerin (borçları) paylaşacağına ilişkin mal rejimi sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Eksik değer edinilmiş malın sahibi olan eşin üzerine bırakılır.
[48] Acar, s.367.
[49] Acar, 371, Zeytin, s.116; TMK m.241 hükmü ile alacaklı eş koşulları gerçekleşmişse üçüncü kişilere karşı talep hakkını kullanabilir.; Karamercan s.35.
[50] Zeytin, 367.
[51] Acar, 372.
[52] Acar, s.380.; Zeytin, s.378.

Katılma alacağından bahsedebilmek için geçerli ya da butlanla geçersiz şekilde kurulmuş bir evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermiş olması gerekmektedir. Zira katılma alacağı mal rejiminin sona ermesi halinde ortaya çıkan, ancak tasfiyenin tamamlanmasıyla talep edilebilir hale gelen bir alacak hakkı olduğundan, evlilik birliğinin henüz kurulmadığı bir dönemde ya da evlilik birliğinin devamı sırasında talep edilmesi mümkün değildir. Katılma alacağı evlilik ilişkisi nedeniyle ortaya çıktığından, üçüncü kişilerin evlilik birliğine maddi katkıda bulunmaları veya bir malın edinilmesinde borç para vermeleri halinde, bu kişiler katılma alacağını talep etme hakkına sahip değildirler[53].

Mal rejiminin devamı esnasında katılma alacağı hakkı beklenti[54] olup, mal rejiminin sona erme tarihi itibariyle eşlerin aktiflerinde edinilmiş mal niteliğinde bir mal bulunmuyorsa ya da edinilmiş malların pasifleri aktiflerinden daha fazlaysa, eşin katılma alacağı ortaya çıkmayacaktır. Bu nedenle eşlerin edinilmiş mallarda kader birliği yaptıkları, evlilik boyunca emeklerinin karşılığı olan edinilmiş malları kendi mülkiyetinde bulunduran eşin özensiz yönetimi ya da hatalı kararları nedeniyle kaybetmeleri halinde, diğer eş de aynı kaderi paylaştığından, özensiz veya hatalı karar veren eşten katılma alacağı adı altında bir hak talep edemeyecektir. Hatta edinilmiş bir malı diğer eşe haber vermeksizin elden çıkaran eş, satış sonucu elde ettiği paranın tamamını müsrifliği nedeniyle tüketse dahi, eşin katılma alacağı hakkı bulunmamaktadır[55].

Katılma alacağının beklenti olması karşısında mal rejimi henüz sona ermeden eşlerden birinin henüz doğmamış olan bu hakkı devredip devredemeyeceği sorununu incelemeden önce,

---

[53] Eşin yakınları tarafından yapılan maddi katkı eş tarafından yapılmış gibi dikkate alınarak eşin değer artış payı talep etme hakkı olacaktır. Bkz. Akçin/Meral/Ağyel, s.806; Ancak üçüncü kişiler yapmış oldukları katkıları mal rejimine dayanarak talep edemeyecek genel mahkemelerde alacak davası olarak ileri sürebileceklerdir.

[54] Acar, s.365 ; Doktrinde mal rejiminin sona ermediği dönemde katılma alacağının "Anwartschaft", beklentiden ibaret olduğu, bu durumda "Anwartschaftscrecht", beklenen hak niteliğinde olmadığı ileri sürülmüştür. Beklenen hak ile beklenti kavramının farklı hukuki kurumları ifade ettiğini ileri süren görüş uyarınca; henüz kazanılmamış, ancak ileride hak sahibinin malvarlığına girmesi muhtemel ekonomik değerin karşılığı, beklenen hak olarak ifade edilir. Beklenti ise, beklenen hak sahibi kişinin hukuki durumuyla ilgili olup şarta bağlı olarak, hakkı elde edecek olan kişinin şartın gerçekleşmesine kadar olan dönemdeki hukuki durumunu ifade eden bir kavram olarak kullanılmıştır. Beklenti konusu hak şartın gerçekleşmesiyle birlikte eksik unsur tamamlanmış olacağından beklenen hakka dönüşeceği Alman Hukukunda kabul edilmiştir. Beklenti alelade bir ümitten öte hakkın kazanılmasının kesin nazarıyla bakıldığı veya gerçekleşmesi muhtemel olmalıdır. Nomer H. N.,(2002), Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları,(1.Baskı), İstanbul, Beta Yayınevi, s.185; Doktrinde ilk olarak Hatemi, "Anwartschaft" kavramının beklenti olarak tanımlamıştır. Gümüş, s.380; Gümüş katılma alacağını "beklenen hak niteliği taşımayan bir beklenti" olarak tanımlamaktadır. Edinilmiş mallar kanun koyucu tarafından çeşitli hükümlerle korunmakta, bir eş keyfi gerekçelerle edinilmiş bir mal üzerinde tasarrufta bulunabilse dahi bu tasarruf nedeniyle katılma alacaklısı eşin zarar görmesi halinde TMK m.229 hükümleri uyarınca katılma alacağı koruma altına alınmıştır. Bu durumda katılma alacaklısının alelade bir ümitten öte edinilmiş mallar üzerindeki alacak hakkı beklentisi devam etmektedir. Ancak bu beklenti beklenen hak için gerekli yoğunlukta olmayıp tasfiye sonucunda hangi eşin alacaklı olduğu dahi önceden kesin biçimde söylenemez. Bu nedenle mal rejiminin devam ettiği süre boyunca katılma alacağı beklenti kavramıyla örtüşmektedir.

[55] TMK m.229 hükmü eşin katılma alacağını engelleme kastı ile yapılan devirleri düzenlemektedir. Eşin evlilik birliğine ait yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya aşırı tüketimi nedeniyle edinilmiş mallarda tasarrufta bulunması halinde bu tasarruflar eklenecek değer olarak dikkate alınmaz. TMK m.199 gereğince eşin tasarruf yetkisinin sınırını aşması halinde hakimin, belirlenen malvarlığı değerleri ile sınırlı olmak üzere diğer eşin rızasının aranmasına karar verme yetkisi bulunmaktadır. Yine eşin TMK m.206 gereğince olağanüstü mal rejimine geçmeyi talep etme hakkı bulunmaktadır.

katılma alacağının ölüme bağlı tasarrufa konu edilmesinde hukuken bir sakınca bulunmadığını söyleyebiliriz[56]. Eşlerden biri düzenleyeceği vasiyetname ile öldükten sonra diğer eşten mal rejiminin tasfiyesi sonucunda elde edilecek katılma alacağını, yasal mirasçılarından birine ya da başka bir kimseye bıraktığını belirtebilir. Katılma alacaklısı sıfatı ölümle birlikte ölen eşin mirasçılarına geçtiğinden, burada yasal mirasçı ya da iradi mirasçı ayrımı yapılmayacak, ölüme bağlı tasarrufla da mirasçılık sıfatını kazanan kişiler, mal rejiminin tasfiyesi ve buna bağlı olarak katılma alacağı talebinde bulunabilecektir. Mal rejiminin henüz sona ermediği bir dönemde beklenti düzeyindeki muhtemel katılma alacağını ve buna bağlı talep hakkının ölüme bağlı tasarrufta bulunmaksızın sağlar arası hukuki işleme konu edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu akıllara gelecektir. Örneğin eşlerden biri boşanma davası açmadan önce ileride hak kazanması muhtemel katılma alacağını üçüncü bir kişiye devretse, evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği takdirde üçüncü kişi diğer eşten katılma alacağını talep edebilecek midir? Eşin henüz doğmamış katılma alacağını, alacağın devri hükümlerine göre devretmesi mümkün değildir[57]. Zira mal rejimi devam ederken katılma alacağının devri ahlaka aykırı olmasının yanında, evliliğin kader birliğine dayanması nedeniyle de, katılma alacağının herhangi bir borç ilişkisinden doğan haktan farklı bir alacak olduğu söylenmektedir[58]. Yine henüz doğmamış, beklenen hak düzeyindeki miras hakkının TMK m.678 hükümleri gereği devri mümkün olsa da[59], katılma alacağına ilişkin hükümlerin miras payına kıyasen uygulanmasını gerektirir bir hükmün olmayışı, aynı zamanda da katılma alacağının evlilik birliği içinde eşlerin katkısı sonucunda oluşması nedeniyle, mal rejimi sona ermeden önce eşlerden birinin ileride doğması belirsiz katılma alacağını devretmesi mümkün değildir[60].

Katılma alacağı yukarıda da açıkladığımız üzere nispi nitelikteki bir alacak hakkıdır[61]. Her ne kadar bu alacağın doğumu kendine özgü bazı kurallara tabi olsa da, tasfiye sonucunda artık değerin kural olarak yarısı olarak belirlenen bu değer, para alacağından başka bir şey değildir.

---

[56] Eşlerden birinin ölümü ile mal rejimi de sona ereceğinden ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçları da ölümden sonra doğacağı dikkate alındığında eşlerden birinin lehine doğacak katılma alacağını ölüme bağlı tasarrufa konu etmesi eşler arasındaki kader birlikteliğine zarar vermeyecektir. Dalcı Özdoğan N./Özdemir F.(2015), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Önceki Dönemde Katılma Alacağının Devrinin Mümkün Olup Olmadığı Problemi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.4, s.52 ; Acar, s.365; Sakarya Güneş N.,(2022), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı, (1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.122.

[57] Bu konuda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Acar, s.365;Gümüş, s.380.

[58] Dalcı Özdoğan/ Özdemir, s.52; Acar, s.365; Gümüş, s.381.

[59] Miras payının devri sözleşmesi, mirasbırakanın katılma ve onayıyla adi yazılı şekilde yapılan ve mirasçının ilerde beklenti niteliğindeki miras payını devrettiği sözleşmedir. Antalya G.O./Sağlam İ.,(2019), Miras Hukuku,(4.Baskı),İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s.509.

[60] Gümüş s.380; Dalcı Özdoğan/Özdemir, s.53.

[61] TMK m.241 kapsamında katılma alacağı 3.kişilere karşı ileri sürülebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karamercan F.(2023), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK m. 229, 241), (4.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık s.12.

2. Aile Hukukundan ve Evlilik Birliğinden Doğan Bir Hak Olması

Katılma alacağının TMK'da aile hukuku kitabında düzenlenmiş olması ve eşler herhangi bir mal rejimini seçmese dahi, kanun gereği mal rejiminin tasfiyesi sonucunda artık değerin yarısı üzerinde hak kazandıklarından, katılma alacağı kanundan doğan bir alacak hakkıdır. Evlilik birliğine sıkı sıkıya bağlı bir alacak hakkı olduğu söylenebilir. Bu nedenle evli olmayan kişilerce ortaklaşa alınan malvarlığı değerinin tasfiyesinin katılma alacağına uygulanan hükümlerce yapılması taraflarca kararlaştırılmış olsa dahi, katılma alacağına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Artık değer, evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerin birbirine olan sadakat yükümlüğü sonucunda oluşmaktadır. Sadakat yükümlülüğünü yalnızca duygusal ve cinsel sadakat olarak değerlendirmek yerine, ekonomik sadakati de kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlamak gerekir[62]. Ekonomik sadakat yükümlülüğü, eşlerin karşılıklı dayanışması ve yardımlaşmasından ibarettir[63]. Artık değer de eşlerin işbu dayanışma ve yardımlaşması sonucunda oluşmaktadır. Başka bir deyişle eşler, ekonomik sadakat yükümlülüğü gereği, evlilik birliği giderlerine emek ve malvarlığı ile katılarak birlikte yapmış oldukları tasarruf neticesinde artık değerin oluşmasına katkıda bulunmaktadır[64]. Bu nedenle katılma alacağının evlilik birliğinden ve eşlerin sadakat yükümlülüğünden bağımsız bir alacak hakkı olduğunu söylemek, katılma alacağının hukuki niteliği ile bağdaşmayacaktır[65]. Nitekim kanun koyucu da bir malın edinilmesinde hangi eşin ne kadar katkı yaptığına sonuç bağlamamış; evlilik içinde edinilen malların eşlerin dayanışma ve yardımlaşması sonucu oluştuğundan, TMK m.236/1 gereği artık değerin yarısı oranında katılma alacağı doğduğunu düzenlemiştir.

Kanun koyucu katılma alacağı borçlusuna, borcun ödenmesi için vade tanınması talep imkanı vermiştir. Bu imkanın, eşlerin dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünden kaynaklandığı belirtilmiştir[66]. Gerçekten de bu imkanın evlilik birliğinin sona ermesinden sonra eşler arasındaki

---

[62] Akıntürk, s.106; Gümüş, s.12.

[63] Yücel'e göre evlilik adi ortaklığa benzediğinden adi ortaklıktaki ortak amacın eşler için de eşlerin ve diğer aile üyelerinin geçiminin sağlanması, ihtiyaçlarının giderilmesi olduğundan; bu ortak amaç doğrultusunda eşlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri bulunmaktadır. Bkz. Yücel, s.38; Eşlerin sadakat yükümlüğü dışında ayrıca maddi olarak yardımlaşma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Yardımlaşma yükümlülüğü TMK m. 186/3'teki evlilik birliği giderlerine katılmayı aşan katkıda kendini gösterir. TMK m.185/3 ile somutlaşan bu yükümlülük bir eşin öngörülmeyen sebeplerle evlilik giderlerine katılmasının zorlaşması halinde diğer eşin TMK m.186/3'teki katkıdan daha fazlasını sağlamak zorunda kalmasından ibarettir. Bkz. Gümüş, s.13; Evliliğin aynı zamanda kader birliği olduğu kabul edildiğinde TMK m.186/3 hükmünün belirlediği katkıyı aşan eşin bu yardımı diğer eşten borç, değer artış payı, kişisel mal ya da denkleştirme değeri olarak talep edememesi durumu katılma alacağının eşlerin sadakat ve yardımlaşma yükümünde meydana gelen bir alacak olduğunu ortaya koymaktadır.

[64] Zeytin, s.39.

[65] Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel, s.53.

[66] Zeytin, s. 359.

adi nitelikteki alacaklara uygulanmaması katılma alacağının içinde eşler arasındaki yardımlaşma ve dayanışmayı barındırdığı söylenebilir[67].

Sonuç olarak katılma alacağı, kanaatimizce eşlerin evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğü ve karşılıklı dayanışma borcu kapsamında doğan, maddi katkıdan ziyade sadakatin ağır bastığı kendine özgü kurallara tabi olan bir alacak hakkıdır.

3. Borçlar Hukuku Hükümlerine Tabi Alacak Hakkı Olması

Katılma alacağının aile hukukundan doğduğu ve bu alacak hakkına uygulanacak hükümlerin, Borçlar Hukuku kuralları gereğince değerlendirilmesi gerektiği söylenmektedir. Para alacağı olarak nitelendirildiğinden, katılma alacağının doğumundan sonra devri mümkündür[68].

Katılma alacağı tazminat niteliğinde olmadığından, katılma alacaklısı eşin zararının doğması gerekmez. Katılma alacaklısı eş de, mal rejiminin sona ermesi nedeniyle zarara uğradığını ispatlamakla yükümlü değildir. Mal rejiminin sona ermesi nedeniyle eşlerden biri maddi menfaat elde etmiş olsa dahi, diğer eşin artık değeri üzerinde katılma alacağı talep edecektir. Örneğin; eşlerin edinilmiş mal niteliğindeki herhangi bir gelir getirmeyen taşınmazları için aidat, vergi ve diğer giderleri eşit olarak ödedikleri bir durumda mal rejiminin sona ermesi nedeniyle mülkiyete sahip olmayan eşin taşınmazın giderlerine katılmayacak olması katılma alacaklısı eşin menfaatine olsa da bu menfaat tasfiyede dikkate alınmayacaktır. Katılma borçlusu eş bu menfaatin katılma alacağından indirilmesini talep edemeyecektir. Yine katılma alacağı çoğu zaman kusura sonuç bağlamadığından evlilik birliğinin sona ermesinde tam kusurlu eş dahi katılma alacağını talep edebilecektir.[69]

Katılma alacağını kendine özgü bir yapısı olması nedeniyle katılma alacağına öncelikle TMK'daki özel hükümler uygulanacak, hüküm bulunmayan hallerde alacak hakkı olması itibariyle TBK hükümleri uygulanacaktır[70].

---

[67] TMK m.217 gereğince evlilik birliğinin devamında eşler arasındaki borçlardan dolayı borçlu eş ödeme içi süre isteyebilir. Ancak bu imkan evlilik birliği sona erdikten sonra borçlu eşe sağlanmamıştır.

[68] Helvacı/Erlüle, s.187; Acar, s. 371 vd.; Sarı, s. 227; Dalcı Özdoğan/ Özdemir, s.54; Mal rejiminin sona erdiği, ancak henüz tasfiyenin yapılmadığı dönemde katılma alacağının niteliği ve devri doktrinde tartışmalıdır. Zeytin bu dönemde *"şarta bağlı olmayan belirlenebilir bir alacak*" olarak nitelendirmiştir. Zeytin, s.87; Sarı'ya göre ise katılma alacağı henüz *"belirli olmayan ve ifa engeli olan"* bir alacaktır. Sarı, s.247; Şengül ise bu dönemde "beklenen hak niteliğinde bir alacak" olarak nitelendirmiştir. Kanaatimizce de mal rejimi sona erdikten sonra katılma alacağı doğduğundan devre konu edilebilmesi mümkündür. Şengül, s. 98.;Bu dönemde beklenen haktan bahsetmek yerine mevcut bir alacak hakkından bahsetmek daha doğru olacaktır. Alacak miktarının yalnızca hesabının yapılmamış olması o alacağı beklenen hak niteliğine dönüştürmeyecektir. Bkz. Dalcı Özdoğan/ Özdemir s.54.

[69] Şıpka/Özdoğan, s.54; Kanun koyucu katılma alacağının kusursuz ya da kusuru daha az bulunan eşe ödeneceği şeklinde bir düzenleme yapmadığından çalışmamızın konusunu oluşturan TMK m.236/2 istisna hükmü hariç olmak üzere katılma alacağı eşin kusuruna bakılmaksızın talep edilmektedir.

[70] Zeytin, s.345; Acar, s.372.

Alacak hakkı genel olarak para borcunun ifasını içermekte; bu nedenle katılma alacaklısı olan eşin ayni bir hakkın tesisini ya da devrini talep imkanı bulunmamaktadır[71]. Doktrindeki bir görüş, katılma alacağı borçlusu eşin, borcunun para borcu mu yoksa parça borcu mu olduğu sorusuna peşinen cevap vermenin mümkün olmadığını, borçlu eşin borcun ödenmesinde TMK m.239 gereği seçimlik yetkisi bulunduğundan, borcun soyut değer borcu olduğunu ve borçlu eşin borcunun tasfiye sonucu çıkacak soyut değerinin ayın veya para ile karşılanması gerektiğini belirtmektedir[72]. Bizimde katıldığımız hakim görüş gereğince, tasfiye sonunda borçlu eşin para borcunun doğduğu, ancak borçlu eşe ödeme kolaylığı sağlamak amacıyla borcunu ayın ile ödeme yetkisi sağlanmıştır. TMK m.239 hükmü katılma alacağının niteliğini değiştirmemekte, yalnızca tek taraflı ifa uğruna edim imkanı vermektedir[73].

C. Benzer Alacaklar ve Hükümlerden Farkı

1.Genel Olarak

Katılma alacağı, yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, kendine özgü bir alacak olmasına rağmen aile hukuku ilişkilerinde ortaya çıkan bazı alacak ve tazminat talepleri ile benzer özellikler gösterebilmekte ve buna bağlı olarak bazen karıştırılmaktadır. Katılma alacağının niteliği gereği zarara ve çoğu kez kusura sonuç bağlanmadığından tazminat alacaklarından; eşlerden birinin herhangi bir şekilde para ya da malvarlığı değerini evlilik birliğine katması aranmadığından da mal rejiminden doğan diğer alacaklardan ayrılmaktadır. Yine çalışma karşılığı edinilmesi gerektiğinden miras hukukuna ait kazanımlardan farklılık arz etmektedir.

Çalışmamızın konusu aynı zamanda mutlak boşanma nedeni olan zina ve hayata kast halinde artık değere katılma oranının azaltılması veya kaldırılması olduğundan, boşanmanın mali sonuçları ile katılma alacağı arasındaki ilişki, farklılıklar ve benzerliklerin ortaya konması TMK m.236/2 hükmünün daha iyi anlaşılmasına hizmet edecektir. Bu nedenle aşağıda başlıklar altında her bir tazminat ve alacak kalemleri konumuzu ilgilendiren boyutuyla kısaca açıklanarak katılma alacağı ve katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması ile olan ilişkisi açıklanacak; farkları ortaya konmaya çalışılacaktır.

2. Boşanmanın Mali Sonuçlarından Farkı

Hukukumuzda boşanma sebeplerinin genel olarak kusur ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Her ne kadar evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin boşanma sebebinde evliliğin sona ermesinin, evliliğin devam etmesine kıyasla tarafların daha fazla menfaatine olması

[71] Zeytin, 345. Bu kuralın istisnası için bkz. TMK m.240.
[72] Gümüş, s.377.
[73] Acar, s.373; Zeytin, s.349.

halinde taraflardan birinin talebi ile evliliğin sona ereceği kabul edilmişse de, daha ağır kusurlu eşin boşanma talep etmesi halinde, diğer eşin savunmada bulunarak boşanmayı engelleyebileceği düzenlenmiştir[74]. Yargıtay da, tam kusurlu eşin evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını iddia ederek boşanma davası açmasına imkan tanımamıştır[75]. Görüldüğü üzere, hukuk sistemimiz evlilik birliğinin sona ermesinde kusur kavramını ön planda tutmuştur.

Boşanmanın fer'i sonuçları olarak da adlandırılan maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakasına hükmedilmesi için kusur tek başına yetmemekte, zarar unsurunun da gerçekleşmesi aranmaktadır. Üç alacak türü de farklı nedenlerden kaynaklanmakta, ancak üçü de, zararın tazminini veya yaşam gereksinimlerini korumayı amaçlamaktadır.

Katılma alacağının evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde talep edilebilmesi karşısında maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası boşanma halinde istenebilecektir. Çalışma konumuzu da mutlak boşanma sebeplerinden olan zina ve hayata kast oluşturduğundan boşanmanın mali sonuçları bu iki boşanma türüne göre incelenecektir.

a.Maddi Tazminattan Farkı

Hakim, boşanma halinde TMK m.174/1 gereği, kusursuz ya da daha az kusurlu eş lehine *mevcut veya beklenen menfaati zedelenmesi* sebebiyle, zararın giderilmesine yönelik maddi tazminata hükmedebilir. Maddi tazminatın kaynağı, boşanma nedeniyle mevcut ya da beklenen menfaatin zedelenmesidir. Maddi tazminatla eşin evlilik birliğinin devamına ilişkin beklentisinin karşılıksız bırakmamak amaçlanmaktadır[76]. Bu nedenle, *hakkın devam ettirilmesi* amaçlanmaktadır. Böylelikle menfaatleri zedelenen eşin, sanki evlilik birliği boşanma ile sona ermemiş gibi ancak hakkaniyete dayalı uygun bir maddi, tazminatla menfaat kaybı giderilmeye çalışılır.

Katılma alacağı ile maddi tazminatı birbirinden ayıran en önemli unsur, zarardır. Maddi tazminatın konusunu evlilik birliği nedeniyle eşin mevcut ekonomik menfaatleri [77] ve evliliğin

---

[74] TMK m.166/2; Kaya Kızılırmak C.(2021), Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, (1.Baskı), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.33.

[75] Yarg. HGK, T. 17.06.2020, E.2017/2-2207, K.2020/435 "*Bu durumda anılan madde hükmüne göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olunması gerekmeyip daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu hâlin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır."* (Kazancı İçtihat Erişim Tarihi 12.04.2022)

[76] Kaya Kızılırmak, s.46.; Akıntürk/Ateş, s.296.

[77] Mevcut menfaate, boşanma nedeniyle diğer eşin maddi desteğinin sona ermesi, evlenme nedeniyle kaybedilen iş ve nafaka, iş ve ev değişikliği sebebiyle doğan zararlar, taşınma masrafı, konaklama giderleri, sosyal güvenlik hizmetinin sona ermesi halinde ödenecek primler örnek gösterilebilir.

boşanma ile sona ermeseydi beklenen menfaatleri[78] oluşturur. Katılma alacağı zarara bağlı olmamakla birlikte konusunu ise, artık değer üzerindeki alacak hakkı oluşturur. Maddi tazminattaki zarar kalemleri ile katılma alacağını oluşturan artık değer çoğu zaman farklılık gösterir. Örneğin, eşin kişisel malının fazla olması veya gelirinin çok yüksek olması maddi tazminat tayininde dikkate alınacakken, artık değer hesabı açısından önem arz etmeyecektir. Yine maddi tazminat hesabında salt boşanma nedeniyle eşin uğradığı zarar dikkate alınmakta[79], edinilmiş mallara ilişkin değerlendirme mal rejimi tasfiyesinin konusu olduğundan geri planda tutulmaktadır. Eşin kişisel mallarının gelirinden boşanma nedeniyle diğer eşin mahrum kalacak olması da, maddi tazminatın konusunu oluşturmaktadır. Zira edinilmiş mal olarak kabul edilen bu gelirlerden eş artık faydalanamayacaktır[80].

Doktrindeki bir görüş, boşanma davasında hükmedilen maddi tazminatın ileride hüküm altına alınacak katılma alacağından mahsup edilmesinin düşünebileceğini belirtmektedir[81]. Bu durum, boşanma nedeniyle zarara uğrayan eşin zararını karşılamayı amaçlayan TMK m.174 ile bağdaşmayacak ve haksız sonuçlar doğurması muhtemeldir. Kanaatimizce, mal rejiminin tasfiyesinden bağımsız olarak doğan maddi tazminatın, katılma alacağından mahsup edilmesi boşanma yargılamasındaki zarar ve kusura bağlı olarak hükmedilen maddi tazminatın işlevi ile bağdaşmayacağı gibi, boşanma nedeniyle tazminat borçlusu eşin kusurlu eylemi karşılıksız kalacak ve kendi kusurlu davranışına rağmen hak elde etmiş olacaktır. Medeni hukukta çelişki yasağı olarak da kabul gören kendi kusurlu eyleminden yararlanarak kendisi için hak elde etme eylemine hukuk düzeni cevaz vermeyecektir[82]. Çalışmamızın ikinci bölümünde[83] bu hukuk ilkesi ve çelişki yasağından TMK m.236/2 hükmünün konuluş sebebine ilişkin açıklamada yer verileceğinden şimdilik bu kısa açıklama ile yetiniyoruz.

---

[78] Beklenen menfaate, eşlerin birbirine mirasçı olması nedeniyle hak sahibi olacağı miras payı, birbirleri lehine yapmaları muhtemel ölüme bağlı tasarruflar, sosyal güvenlik ödemeleri örnek olarak gösterilebilir.

[79] Günay B.,(2019), Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.80.

[80] Kılıçoğlu, s.129; Acar, s.244; Zeytin, s.182.

[81] Zeytin s.441; Yazara göre katılma alacağının büyüklüğünün boşanmanın fer'isi niteliğinde olan diğer alacakları etkileyeceğinden tazminat alacaklısı eşin katılma alacağından hükmedilen maddi tazminat miktarının mahsubunun düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

[82] Akyol Ş.(2006), Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, (1.Baskı),İstanbul, Vedat Yayıncılık, s.96; *Venire Contra Factum Proprium* olarak da ifade edilen çelişkili davranma yasağına göre bir kişi, kendisinin hukuka aykırı hareketi sonucunda kusurlu olmasına rağmen hak iddia etmektedir. Bu yasak, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının doğal bir sonucudur. Alacaklının, alacak hakkının dürüstlük kuralına gereği sınırlandırılması amaçlanmıştır. Yine çelişkili ve kusurlu davranarak muhatabını zor duruma sokan kişinin hakkını kötüye kullanmasının önüne geçmek amaçlanmıştır. Exceptio Doli yani hile def'i olarak nitelendirilen kavramla hileli haksız fiiller (dolus) "çıkar elde etmek için karşı tarafı tuzağa düşürme" olarak nitelendirilir. Exceptio doli ile amaçlanan hakkını kötüye kullanarak hak elde eden kişinin kusurlu eylemini cezalandırmaktır. Uçaryılmaz Deibel T. Ş. (2019), Bona fides (Dürüstlük Kuralı), (1.Baskı), Ankara, Yetkin Yayınları, s.159.

[83] Bkz. 2. Bölüm, II, C.

Eşlerin ekonomik durumları maddi tazminatın belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Ekonomik durumun tespitinde, kişisel mal ve edinilmiş mal ayrımı yapılmadığından hakim, tazminatı belirlerken edinilmiş mallar üzerinden de belirleme yapmaktadır. Aslında maddi tazminatın belirlenmesinde mal rejiminin tasfiyesinin sonucu dikkate alınarak eşlerin ekonomik durumlarının tespiti yapılmalıdır[84]. Hakim maddi tazminata hükmederken, edinilmiş malları farazi olarak paylaştırmalı, eşin katılma alacağının da bulunduğunu dikkate almalıdır. Uygulamada bu durumun çok zor olması nedeniyle tarafların ekonomik durumu tespit edilirken, edinilmiş malları da kapsayan değerlendirme yapılmaktadır. Ancak edinilmiş malların maddi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması dahi, maddi tazminat ile korunan hukuki menfaatin niteliğini değiştirmemektedir. Maddi tazminat miktarı belirlenirken, edinilmiş malları mülkiyetinde bulundurmayan eşin mal rejiminin tasfiyesi sırasında uğrayacağı zararlar giderilmeye çalışılmaktadır. Her ne kadar eşler artık değer üzerinde yarı oranında pay sahibi olsa da, edinilmiş malı mülkiyetinde bulundurmayan eş, yalnızca para alacağı almak durumunda kalması nedeniyle diğer eşe nazaran dezavantajlı konumdadır. Hakim de bu durumu gözeterek maddi tazminatın miktarını belirleyecektir. Hakim maddi tazminatı belirlerken, öncelik zarar olduğundan eşlerin ekonomik durumu tazminatı doğrudan değil, dolaylı yoldan etkileyecektir. Örnek vermek gerekirse, edinilmiş malvarlığı değeri yüksek olan bir eş zina yaparak evlilik birliğinin sona ermesine sebebiyet vermişse, hakim diğer eşin boşanma nedeniyle uğradığı zarar kalemlerini tespit edecek, tazminata hükmederken davalı eşin ödenme gücü de dikkate alınarak yüksek bir miktar belirleyecektir. Dikkat edilirse hakim yalnızca eşin malvarlığı değerinin yüksek olması nedeniyle zarardan bağımsız bir tazminata hükmetmemektedir. Bu nedenle, katılma alacağını oluşturan edinilmiş mallar, maddi tazminatın belirlenmesinde bir etken olsa da, tazminatın asli unsurunu oluşturmamaktadır[85].

Katılma alacağı ve maddi tazminatı birbirinden ayıran diğer bir unsur ise kusurdur[86]. Maddi tazminat kusura bağlı bir alacak iken, katılma alacağı çalışmamız konusunu oluşturan iki hal dışında kusura bağlı değildir. Eşit kusurlu eş ya da daha fazla kusurlu eş, maddi tazminat isteminde bulunamayacakken[87]; boşanma, zina ve hayata kast nedeniyle gerçekleşse dahi, tam kusurlu eş

[84] Öztan, s.805; Kaya Kızılırmak s.170; Günay, s.84; Biçer Yener I.(2020), Boşanmada Maddi Tazminat, (1.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.37.

[85] Günay, s.84; Yazara göre mal rejiminin tasfiyesi nedeniyle meydana gelen kayıpların da maddi tazminat belirlemesinde dikkate alınması gerektiği ancak uygulamada önce tazminat talebinde bulunup daha sonra mal rejimi tasfiye edildiğinden tasfiye nedeniyle meydana gelen kaybın tespit edilemediği ve mal rejiminin tasfiyesinden doğan kayıpların tazminat belirlemesinde dikkate alınmamaktadır.

[86] Ünlüsoy Tek S.(2022), Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.70

[87] TMK m.174/1'de tazminat isteyebilecek tarafın *kusursuz ya da daha az kusurlu* eş olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Dural/Öğüz/ Gümüş, s.145.

katılma alacağı talebinde bulunabilecek ve hakkaniyet gereği artık değere katılma oranı tamamen kaldırılmadığı sürece katılma alacağı elde edebilecektir[88].

Görüldüğü üzere, her iki alacak kalemi de farklı olgulara dayanmakta farklı sonuçlardan beslenmektedirler. Maddi tazminatın konusunu eşin boşanma nedeniyle uğradığı zarar oluştururken, katılma alacağının konusunu edinilmiş mal topluluğu oluşturmaktadır[89]. Bu yönüyle zina ve hayata kast eylemi nedeniyle hem katılma alacağının azaltılması, hem de maddi tazminata hükmedilmesi aynı fiile birden fazla sonuç bağlandığını ortaya koymamaktadır. Maddi tazminatla hedeflenen amaç eşin boşanma nedeniyle zararının giderilmesi iken, katılma alacağının azaltılması ile hedeflenen amaç eşlerin evlilik birliğinde sadakat yükümlülüğü gereğince edindikleri mallardan sadakat yükümlülüğüne aykırı davranan eşin tam olarak faydalanmasının önüne geçilmesidir. Kaldı ki, hakim maddi tazminatı her somut olaya göre takdir eder, eşlerden birinin zina etmesi halinde mutlak olarak maddi tazminata hükmedilemeyeceği de göz ardı edilmemelidir[90]. Yine zina veya hayata kast fiiline rağmen eşin tazminat talep etmemesi ya da sembolik bir miktar tazminat talep etmesi halinde, hakim talepten fazlasına karar veremeyeceği için, zina veya hayata kast eden eşin sadakat yükümlülüğüne üst düzeydeki aykırılığı karşılıksız kalabilir[91].

b. Manevi Tazminattan Farkı

Boşanma konusu olaylar nedeniyle kişilik hakkı zarar gören tarafın manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Boşanma halinde talep edilen manevi tazminatın TBK'nın genel hükümlerinde düzenlenen manevi tazminattan ayrılan bir yönü bulunmamaktadır[92]. Ancak aile hukukunun kendisine özgü özellikleri nedeniyle genel hükümlere göre manevi tazminata konu olamayacak birtakım vakıalar[93], TMK m. 174/2 kapsamında manevi tazminat ödenmesini gerektirebilir[94]. Bu durum kendisini çoğunlukla genel boşanma sebebi olarak düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı boşanma davalarında göstermektedir. Zira manevi tazminata konu olan olaylar dikkate alındığında evlilik birliğinin taraflara yüklemiş olduğu

[88] Katılma alacağı talep edilebilmesi için maddi tazminatta olduğu gibi zarar ve kusur şartlarının gerektiğini ilişkin bir düzenleme olmayıp kanun koyucu TMK m.236/2 hükmünü istisna niteliğinde düzenlemiş olduğundan hükmün mefhumu muhalifinden diğer boşanma sebepleri halinde katılma alacağının tam olarak ödenmesi gerektiği sonucu çıkarılmaktadır.

[89] Günay, s.47.

[90] Eşlerden birinin zina etmesine karşılık, diğer eşin de sürekli şiddet uyguladığı bir olayda Yargıtay eşit kusurun varlığından hareketle maddi ve manevi tazminata hükmedilmeyeceği sonucuna varmıştır. bkz. Yarg. 2.HD, T. 05.04.2017, E.2015/26395, K.2017/4021.

[91] HMK m.26/1'e göre hakim tarafların talepleri ile bağlı olup talepten fazlasına karar veremeyecektir.

[92] Öztan, s.827.

[93] Eşin eve sürekli geç gelmesi, müşterek çocuğa babalık görevlerinin yerine getirmemesi, eşe karşı gerekli ilgiyi göstermemesi boşanma davası bakımından manevi tazminata neden olan kusurlu olaylar iken farklı hukuki ilişkilerde manevi tazminata neden olabilecek ölçüde değerlendirilmeyecektir.

[94] Kaya Kızılırmak, s.103.; Akıntürk/Ateş, s.299; Günay, s.32.

yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin kusurlu davranış olduğundan bahisle manevi tazminata hükmedilmektedir[95].

Manevi tazminatın amacı, boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle kişinin duyduğu acı, üzüntü ve kederin tazmin edilerek yaşanılan manevi acıya ve zarara karşılık mağdurun kısmen de olsa tatmin edilmesi ve zararın telafi edilmesidir[96]. Evliliğin zinaya dayalı olarak sona ermesi halinde, aldatılan eşin onur ve saygınlığı zedelenecek, manevi anlamda büyük çöküntüye uğrayacaktır. Ancak zinaya dayalı boşanma nedeniyle manevi tazminata hükmedileceğine ilişkin bir karine bulunmayıp, eşin manevi zararını ispatlaması gerekmektedir[97]. Yine hayata kast nedeniyle eşin bedensel bütünlüğü tehlikeye uğrayacak ve kişilik hakkı zedelenebilecektir. Maddi tazminatta olduğu gibi, manevi tazminatta da tazminat isteyen eşin, diğer eşe oranla daha az kusurlu olması gerekmektedir. Bu nedenle, her iki eşin de zina eyleminde bulunması halinde mahkemece eşit kusur değerlendirilmesi yapılması varsayımında manevi tazminata hükmedilemeyecektir.

Katılma alacağı ile manevi tazminat birbirinden bağımsız iki talep olup, maddi tazminata ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerliliğini korumaktadır. Manevi tazminatın kusur ve zarara dayanan yapısı karşısında, katılma alacağının zarar ve kusur şartlarından ayrı olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür[98]. Katılma alacağı ile manevi tazminat, evliliğin zina ve hayata kast nedeniyle sona ermesi halinde birbirine yaklaşmaktadır. Zira zina veya hayata kast eylemlerine hem manevi tazminat, hem de katılma alacağının azaltılması ve kaldırılması sonucu bağlanmıştır. Manevi tazminatla amaçlanan, diğer eşin zina ya da hayata kast eyleminde bulunması nedeniyle zarar gören kişilik hakkının tazmin ve telafi edilmesidir. Ancak katılma alacağının azaltılmasında ya da kaldırılmasında zina veya hayata kast eylemi nedeniyle edinilmiş mallara ilişkin bir zarar oluşmadığından, böyle bir tazmin ve telafi amacı güdülmemektedir[99].

Katılma alacağının azaltılması oranının belirlenmesinde hakim, takdir hakkını kullanırken, manevi tazminatın belirlenmesine yönelik bir takım kriterleri göz önünde bulunduracak olması bir an için bu iki kurumun aynı sonucu amaçladığını akıllara getirebilir. Ancak manevi tazminat hayata kast ve zina eylemlerinin dar anlamda sonucu iken, artık değerdeki pay oranının azaltılması bu iki

[95] Kılıçoğlu, (Aile), s.167; Eşin evi terk etmesi, zina etmesi, zararlı alışkanlıklara sahip olması ve hayasızca hayat sürmesi gibi hallerde manevi tazminatın şartları oluşmaktadır.
[96] Kaya Kızılırmak, s.104; Kılıçoğlu,(Aile), s.166.
[97] Kılıçoğlu,(Aile), s.167; Badur E./ Turan Başara G.(2016), Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, AÜHFD, C.65 S.1, s.116.
[98] Günay, s.47; Kaya Kızılırmak, s. 175.
[99] Katılma alacağı zarardan bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğinden kişinin maddi ya da manevi zararı tazminat ile giderilmişken; katılma alacağının azaltılması veya kaldırılmasının edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi nedeniyle uğranılan zararı gidermeyi amaçlamaz.

fiilin geniş anlamda sonucudur. Kanun koyucu manevi tazminatla salt hayata kast ve zina eylemleri sonucunda eşin manevi dünyasındaki zararını gidermeyi amaçlamışken; artık değer pay oranın azaltılmasında hayata kast ve zina ederek sadakat yükümlülüğünü, tabiri caizse hiçe sayan eşin, yukarıda da açıkladığımız üzere sadakat yükümlülüğü çerçevesinde oluşan edinilmiş mallardan tam olarak faydalanmasının önüne geçmek istemiştir. Artık değer pay oranının azaltılmasında salt fiile sonuç bağlanmamakta, geniş olarak sadakat yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirme yapılması gerektiği söylenebilir. Eş deyişle eşin zina veya hayata kast eylemini bir defa işlemesi halinde tazminata hükmedilmesi yeterli iken; aynı fiiller nedeniyle katılma alacağının azaltılmasına ya da kaldırılmasına karar verilirken, hakim hakkaniyeti dikkate alarak eşlerin mal rejimi süresinde yapmış oldukları katkıları, ekonomik yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini dikkate alacaktır. Bu nedenle tek bir fiile sonuç bağlamaktan çok mal rejiminin devamındaki ihlaller de katılma alacağının azaltılmasında rol oynamaktadır.

Zina veya hayata kast halinde her iki kurumun uygulaması çoğu zaman aynı doğrultuda gerçekleşmektedir. Ancak zina veya hayata kast nedeniyle manevi tazminata hükmedilen bir olayda, eşin artık değer pay oranını mutlak surette azaltılmadığı gibi; manevi tazminata hükmedilmeyen bir olayda, artık değere katılma pay oranı azaltılabilecektir. Örneğin, bir eşin zina yaptığı, diğer eşin de nişanlandığı bir olayda, Yargıtay, tarafların eşit kusurlu olduğunu kabul ederek manevi tazminata hükmetmemesine[100] rağmen, hakkaniyet gerektirmesi halinde hakim, zina yapan eşin artık değerdeki pay oranını azaltabilecektir. Görüldüğü üzere, katılma alacağı ve manevi tazminat birçok yönden birbirinden ayrılmaktadır. Katılma alacağının genel olarak kusurdan bağımsız bir alacak olması ve zararın doğmasına bakılmaksızın talep edilebiliyor olması, manevi tazminattan bağımsız bir alacak olduğunu ortaya koymaktadır. Katılma alacağının belirlenmesinde

[100] Yarg. HGK, T. 06.4.2021,E. 2017/2-2667 K. 2021/413 *"...eldeki davaya gelince; yerel mahkemece boşanmaya sebep olan olaylarda erkek eşin ağır, kadın eşin ise az kusurlu olduğu belirtilerek boşanmaya karar verilmiştir. Özel Daire ise boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların gerçekleştirdikleri kusurlu davranışlara göre eşit kusurlu oldukları gerekçesiyle kararı bozmuştur. Dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde; yerel mahkeme ve Özel Daire arasında gerçekleştiği hususunda uyuşmazlık bulunmayan olaylara göre, erkek eşin istemediğini söyleyerek eşini ve ortak çocuğu kadın eşin babasının evine bıraktığı, birlik görevlerini yerine getirmediği, eşine hakaret ve tehdit ettiği, başkası ile nişanlandığı buna karşılık kadın eşin de beş yıl ayrı yaşadıktan sonra sadakat yükümlülüğüne aykırı davranarak bir başkası ile gayriresmî şekilde evlendiği ve ondan çocuk sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; direnme kararında erkek eşin kusurlu davranışlarının kadın eşe göre her ne kadar sayısal üstünlüğünden bahsedilmiş ise de, kadın eşin evli olduğu halde başka bir erkekle gayriresmî olarak birlikte yaşadığı, hatta çocuk sahibi olduğu ve halen o erkekle yaşadığı, tarafların boşanmaya sebep olan olaylarda gerçekleştirdikleri kusurlu davranışlarının sayısal olarak toplamından ziyade eylemlerin niteliklerinin kusur durumlarını etkileyeceği gibi, kusurlu davranışların ilkini hangi eşin gerçekleştirdiği olgusunun da kusurların ağırlığının belirlenmesinde sonuca etkisinin bulunmadığı, bir başka ifade ile eşlerden birinin gerçekleştirdiği kusurlu bir eylemin diğer eşe de kusurlu eylemde bulunma hakkı vermediği, tarafların kusurlu davranışlarının gerçekleşme tarihi ve sırasına bakılmaksızın, davanın açıldığı tarihte evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olayların bütün olarak birlikte değerlendirilerek eşlerin kusur ağırlığının belirlenmesinin gerekmesinin karşısında, erkek eşin kusurlu davranışlarının kadın eşe bir başka erkekle yaşama hakkı vermediği hususu gözetildiğinde tarafların boşanmaya sebep olan olaylarda eşit kusurlu oldukları tartışmasızdır…"*(www. kazanci.com E.T. 06.05.2022).

kusura sonuç bağlanan iki halde -zina ve hayata kast eylemleri- dahi katılma alacağı ve manevi tazminat, farklı ölçütlere göre belirlenecektir. Yargıtayın manevi tazminatta tatmin ve manevi zararın telafisi amacının ağır bastığını ortaya koyan görüşü[101] karşısında, TMK m.236/2 hükmünün kusurlu eşin kendi kusurlu fiili ile hak elde edememesini amaçlaması, bu iki kurumu birbirinden ayırmaktadır.

Yeri gelmişken tartışılması gereken bir husus da, katılma alacağının azaltılması kararının manevi tazminatın tamamlayıcısı olup olmadığı konusudur[102]. Kural olarak, öncelikle boşanma ve fer'isi niteliğinde manevi tazminat kararına hükmedilecek, daha sonra mal rejiminin tasfiyesi ile katılma alacağı belirlenecektir. Mal rejiminin tasfiyesi davasına bakmakta olan hakim, artık değere katılma pay oranını azaltırken, boşanma davası sonucunda hükmedilen manevi tazminatı göz önünde bulunduracak mıdır? Yani manevi tazminat kararı, katılma alacağının azaltılmasında dikkate alınması gereken bir kriter midir? Kanaatimizce, mal rejimi tasfiyesi davasına bakmakta olan hakim, manevi tazminat kararıyla giderilmeyen bir zararın bulunduğu düşüncesiyle katılma alacağını azaltırken, manevi tazminat miktarını dikkate almamalıdır. Zira bu iki hüküm arasında öncelik-sonralık, tamamlayıcılık ilişkisi bulunmamaktadır. Mal rejimi davasına bakmakta olan hakim, katılma alacağını azaltırken, maddi-manevi zarardan bağımsız olarak hüküm kurması gerektiğinden, boşanma davasında hükmedilen tazminatın miktarını azaltma kararına dayanak göstermemelidir. Aksi bir yorum kusurlu eşin aynı zarar kalemine ilişkin dolaylı yoldan ikinci defa sorumluluğunu doğuracaktır ki, hem manevi tazminatın zenginleşme aracı olmaması ilkesine, hem de katılma alacağının zarardan soyut olmasına ters düşecektir. Ne boşanma davasına bakmakta olan hakim, eşin mal rejimi davasında katılma alacağı azaltılacağından bahisle manevi tazminat miktarında indirim yapacaktır, ne de mal rejiminin tasfiyesine bakmakta olan hakim, manevi tazminat miktarının yüksek olduğu gerekçesiyle katılma alacağının azaltılmasına gerek olmadığı yönünde hüküm kurabilecektir[103].

---

[101] Yarg. İçtihadı Birleştirme Kurulu T. 26.06.1966, E. 1966/7, K.1966/7 *"Hükmettiği meblağ, bir sadaka niteliği taşımamalı, kısmen de olsa bir manevi tatmin fonksiyonu ifa etmelidir. Mamafih diğer tarafın müzayaka haline düşmesine, onun mahvına da meydan vermemelidir. Esasen manevi tazminat ne bir ceza, ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmeksizin, sorumlu olana hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği için de , gerçek manasında bir tazminat, mağdurda veya zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevlit etmelidir."* (www.lexpera.com E.T. 06.06.2022).

[102] Bazı yazarlarca TMK m.236/2'nin uygulamada hükmedilen maddi ve manevi tazminatın yetersiz kalması nedeniyle yerinde bir düzenleme olduğu, bu nedenle katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması halinde zararların tazmini noktasında önem arz ettiği ileri sürülmüştür. Sarıkaya Güneş, s.111; Tarafımca bu görüşe katılmamakla birlikte kanun koyucunun katılma alacağının azaltılması hükmünü zararın giderilmesi amacıyla ihdas etmediğini, eğer hüküm zararı gidermeyi amaçlasaydı kanun metninde "eşin zararının bulunması halinde" şeklinde ayrıca bir ibare olurdu. Yine katılma alacağının talep edilmesi zarar şartına bağlanmadığından azaltılması veya kaldırılması da zarara bağlı olmamalıdır.

[103] Mal rejiminin tasfiyesi sonucunda ödenecek katılma alacağının maddi ve manevi tazminat miktarının tespitinde dikkate alınması gerektiği yönünde görüş için bkz. Alper M.A.; (2005), Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan

c. Yoksulluk Nafakasından Farkı

TMK m.175'e göre, boşanma nedeniyle yoksul duruma düşen tarafın kusurunun diğer taraftan fazla olmaması şartıyla, geçimi için nafaka talep edebileceği düzenlenmiştir. Yoksulluk nafakası, maddi tazminat ve manevi tazminatta olduğu gibi, yoksulluğa düşme şartı yani ekonomik durumunun kötüleşmesi kavramı esas alınmış ve nafaka talep eden eşin, diğer eşe göre daha kusurlu olmaması şartı aranarak kusurdan bağımsız bir alacak olmadığı görülmektedir. Yoksulluk nafakası, katılma alacağı ile birlikte düşünüldüğünde birbiriyle ilgili olmayan iki alacak kalemi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Çünkü katılma alacağı kural olarak kusurdan ve yoksulluğa düşme şartından bağımsız olarak talep edilebilirken; yoksulluk nafakası, eşin kusuruna ve yoksulluğa düşme şartına tabi tutulmuştur. Her iki alacak hakkında da öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Eşlerden biri hakkında hükmedilen yoksunluk nafakası, kural olarak katılma alacağının tespitinde önem arz etmemektedir. Ancak zina veya hayata kast halinde artık değere katılma oranının, hakim tarafından kaldırılabilmesi veya azaltılabilmesi mümkün olduğundan eşlerin ekonomik durumları, eşin katılma alacağını tam ödemesi halinde yoksulluğa düşüp düşmeyeceği değerlendirilerek hakkaniyete uygun şekilde hüküm kurulabilecektir.

Boşanmanın zina veya hayata kast nedeniyle sona ermesi halinde eşin geçim sıkıntısına düşeceğine kanaat getirilmesi halinde, yoksulluk nafakasına hükmedilmesi muhtemeldir. Hemen belirtmek gerekir ki, nafakaya hükmedilmesinde kusur dikkate alınsa da nafaka miktarının belirlenmesinde kusur dikkate alınmayacaktır[104]. Nafakanın belirlenmesinde evliliğin zina ile sona ermesi ya da genel boşanma sebepleri arasında bir fark gözetilmeyecektir. Yoksulluk nafakası evlilik birliğinin devam sırasındaki evlilik birliğine katılma yükümlülüğünün, evlilik sona erdikten sonra da devamı niteliğindeki bir alacaktır[105]. Edinilmiş malların, evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünden doğduğu kabul edildiği takdirde yoksulluk nafakasının, katılma alacağı ile aynı temellerden beslendiği söylenebilir. Bir başka anlatımla, eşler mal rejiminin devamı süresince emekleri karşılığında elde ettiği edinilmiş mal niteliğindeki gelirleri ile evlilik birliğinin giderlerine katılmakta, yine bu gelirler ile malvarlığı edinmektedirler. İşte bu durumda eşlerin evlilik birliği giderlerine katılmasından sonra artan değerin niteliği, ister taşınmaz ister taşınır mal isterse para olsun mal rejiminin sona erme anında edinilmiş mal olarak kabul edileceğinden evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğü ile artık değer arasında dolaylı bir ilişki mevcuttur.

Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; "Maddi Tazminat Ve/Veya Yoksulluk Nafakası" Ve/Veya Manevi Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9 ,S.3-4, s.396.; Zeytin, s.441.

[104] Ünlüsoy Tek, s.110.

[105] Akıntürk/Ateş, s.302; Öztan, s.832; Ünlüsoy Tek, s.86.

Evlilik birliğinin zina ve hayata kast nedeniyle sona ermesi nedeniyle katılma alacağının azaltılmasına karar verilirken, nafaka miktarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hakim aşağıda[106] inceleyeceğimiz üzere, tarafların ekonomik durumlarını da gözeterek artık değere katılma pay oranını azaltacak veya kaldıracaktır. Zira nafaka miktarının belirlenmesinde, eşin zina etmesi ya da hayata kast etmesi önem arz etmemektedir. Bu nedenle, aynı temele dayanan bu iki alacak, şartları oluşması halinde birbirini etkileyebilecektir. Aynı şekilde hakim nafakaya hükmederken de eşin mal rejimi tasfiyesinden elde edebileceği katılma alacağını dikkate alması gerektiği ileri sürülmüştür[107]. Bununla birlikte katılma alacağının talebe bağlı bir alacak olması nedeniyle eşin katılma alacağına hak kazanmasından sonra şartları oluşmuşsa, nafaka borçlusu eş nafakanın azaltılması ya da kaldırılması için dava açabileceği de ileri sürülmüştür[108]. Kanaatimizce de mal rejiminin tasfiyesi sonucunda nafaka alacaklısı konumunda olan eşin malvarlığı ciddi ölçüde artıp nafakanın şartlarından olan yoksulluğa düşme durumu da ortadan kalmışsa; nafaka borçlusu eş değişen ekonomik durumların dikkate alınarak nafakanın kaldırılmasını ya da azaltılmasını talep edebilecektir.

3. Mal Rejiminin Tasfiyesinden Doğan Alacaklardan Farkı

Mal rejiminin tasfiyesi sonucunda katılma alacağı dışında birtakım alacaklar da doğmaktadır. Katılma alacağının bu alacaklardan en önemli farkı, katılma alacağının yalnızca para karşılığı oluşmadığı, emek unsurunu da içinde barındırıyor olmasıdır. Diğer alacak taleplerinin hepsinde maddi bir katkıdan bahsedilirken, katılma alacağında yalnızca emeğin ortaya konulmuş olması yeterlidir. Hatta emeğin varlığı dahi, katılma alacağının tespiti açısından önem arz etmeyecek, katılma borçlusu konumundaki eşin, diğer eşin evlilik birliğinde ne malvarlığı ne de emek ile katkıda bulunmadığını ileri sürmesi hukuki açıdan sonuç doğurmayacaktır.

Aşağıda mal rejiminin tasfiyesinden doğan alacak kalemleri ile ilgili kısa açıklama yapılarak, katılma alacağının benzerlikleri ve farklılıkları ortaya konmaya çalışılacaktır. Tez konumuzu oluşturan TMK m.236/2 hükmünün bu alacaklara uygulanmasının mümkün olup olmadığına yönelik açıklamalarımız ikinci bölümünde açıklanacağından, aşağıda yalnızca bu alacakların nitelikleri ve farklılıklarına değinilecektir.

a. Değer Artış Payı Alacağından Farkı

Edinilmiş mallara katılma alacağının yasal mal rejimi olarak kabul edilmesiyle beraber hukukumuza giren değer artış payı, MK döneminde Yargıtay uygulaması ile kabul edilen katkı

[106] Bkz. 3. Bölüm, II, B, 6.
[107] Gümüş, s.388-403.
[108] Zeytin, s.441; TMK m.176/3'e göre eşin katılma alacağını tahsil etmesi nedeniyle yoksul olmaktan çıkması halinde yoksulluk nafakasının kaldırılacaktır.

payı alacağı ile benzerdir[109]. TMK m.227 ile kanunlaşan bu alacak, değer artış payı alacağı olarak ifade edilmiştir. Eşlerin evlilik birliğinde birbirlerine olağanın üstünde yapmış oldukları maddi katkı veya iş gücü katkısını yalnızca katılma alacağı ile hüküm altına almak istenmemiş, olağan durumu aşan katkıya ayrı bir sonuç bağlanmıştır. Geniş olarak tanım yapmak gerekirse, değer artış payı alacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminin devam ettiği süre boyunca eşin, diğer eşe ait malın edinilmesi, iyileştirilmesi ya da korunması amacıyla bağışlama kastı olmaksızın yaptığı olağan durumu aşan katkının, mal rejimi tasfiyesi sırasında oranlamak suretiyle hesaplanarak ortaya çıkan alacaktır. Değer artış payı alacağını doğuran katkı hangi mal grubundan verildiyse, tasfiye sırasında o mal grubuna özgülenecektir. Bir eşin kişisel malından diğer eşin kişisel malına yapılan katkı dışındaki ihtimallerde göre değer artış payı alacağı, artık değerin tespitinde rol oynamaktadır[110].

Katılma alacağının talep edilebilmesi için evlilik birliğinde eşlerin olağan katkıları ve emeği yeterli iken, değer artış payı için olağan katkıyı aşan maddi emek ve katkı aranmaktadır. Hatta katılma alacağında eşin maddi ve manevi hiçbir şekilde katkı göstermemesine dahi sonuç bağlanmamıştır. Bu nedenle mutlaka olağan dışı katkı şartını arayan değer artış payı ile katılma alacağı farklı birer kurumdur[111].

Katılma alacağı yalnızca eşlerin edinilmiş malları değerlendirilmek suretiyle hesaplanırken, değer artış payı alacağı hem edinilmiş mallarda, hem de kişisel mallarda söz konusu olur. Yine malın tasfiye öncesinde elden çıkarılmış olması halinde, artık değer hesaplamasında dikkate alınmazken; değer artış payında katkı yapılan malın tasfiyeden önce elden çıkarılmış olması halinde, hakim hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedecektir. Bununla birlikte, kanun koyucu katkı yapılan malın değerinin eksilmesi halinde dahi, eş en azından katkıda bulunduğu miktarı geri alacağını düzenleyerek, katkı miktarını adeta garanti altına almıştır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin *"kader birliği"* içerisinde bulundukları kuralı, değer artış payında terkedilmiş, katkı yapan eş lehine tabiri caizse, *"kaybetmeyen yatırım"* modeli öngörülmüştür. Değer eksilmesi halinde bu rizikoya malın sahibi eş tarafından katlanılmak zorunda olması, katkı yapan eşe kanun tarafından öngörülmüş yasal garanti niteliğinde olmasının, evliliğin kanun koyucu tarafından eşlerin kader birliğine dayalı bir kurum olarak düzenlenmesi amacına aykırı olduğu, ailenin kullanmasına özgülenmiş bir maldaki kullanıma dayalı bir değer düşmesi halinde bu değer düşmesine tek taraflı olarak mal sahibi eşin katlanacak olması haksız sonuçlara yol açtığı, bu

[109] Zeytin, s.183; Akçin/Meral/Ağyel, s.374; Dural/Öğüz/ Gümüş, s.219

[110]Sarı, s.266; Sakarya, s.107.; Günarslan F.B.,(2017), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı, (1.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.57.; Gümüş, s.323.

[111] Günarslan, s.69.

nedenle TMK m.227/1 hükmünün haksız sonuçlarının TMK m.230/3'e benzer bir düzenleme ile sona erdirilmesi gerektiğini ileri sürülmüş olup doktrinde bu durum haklı olarak eleştirilmiştir[112].

Görüldüğü üzere, katılma alacağı ile değer artış payı alacağının doğmasına sebep olan katkı farklı olup, bu iki alacak, katılma alacağının özü olan TMK m.186/3 hükmünde ayrışmaktadır. Değer artış payında eş, yaptığı olağan durumu aşan katkının ileride daha fazlasını geri alma düşüncesiyle ya da en kötü ihtimalde verdiği miktarı geri alma düşüncesiyle diğer eşe katkı yapmaktadır. Bu nedenle her ne kadar eşlerin evlilik birliğinde bağlı oldukları ekonomik sadakat yükümlülüğü kuralı gereği eşlerin yardımlaşması ön planda tutulması amaçlanmışsa da, aslında bu katkı kanunda özel olarak düzenlenmiş, kendine özgü bir borç ilişkisi niteliğindedir[113].

b. Katkı Payı Alacağından Farkı

Katkı payı alacağı, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu MK döneminde değer artış payında olduğu gibi emek ya da malvarlığı ile bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına fayda sağlanmışsa, mal rejiminin tasfiyesinde yapmış olduğu katkı oranlanmak suretiyle hesaplanmaktadır[114]. TMK'nın kabulü ile değer artış payı adı ile kanunlaşan bu kurum, yalnızca MK döneminde yapılan katkılar için geçerlidir. Yukarıda değer artış payı alacağında yapmış olduğumuz açıklamalar ve katılma alacağından farkları katkı payı alacağı için de geçerlidir.

4. Miras Hukukundan Doğan Alacaklardan ve Benzer Hükümlerden Farkı

Katılma alacağının evlilik birliğinde emek ya da malvarlığı ile katkının karşılığı olarak talep edilmesi; miras payının ise, herhangi bir emek veya malvarlığı ile katkıda bulunulmasına ihtiyaç olmaksızın talep edilmesi, miras payı ile katılma alacağı arasındaki en önemli farktır[115].

---

[112] Acar, s.356.; Doktrinde bu durum "nominal değer garantisi" olarak da dile getirilmiştir. Günarslan, s.114.

[113] Günarslan, s.59.; Aile hukukundaki sadakat yükümlülüğünün görünümü olan ekonomik katkılar için değer artış payı talep edilemez.

[114] Yarg. 8. HD, T. 24.10.2018, E. 2016/9496, K. 2018/17837 *"Mal ayrılığı rejiminde; eşler kendi malları üzerinde tasarruf yetkisine ve intifa hakkına sahiptir ve mallarının idaresi kendisine aittir (TKM mad.186/1). Her birinin malları, geliri ve kendi kazançları yine kendilerine ait kişisel mallarıdır (TKM mad.189). Kadın veya kocanın, diğerinin mal rejiminin devamı sırasında edindiği mal varlığına katkısı nedeniyle katkı payı alacağı isteyebilmesi için, mutlaka para ya da para ile ölçülebilen maddi veya hizmet değeriyle katkıda bulunması gerekir. Bu katkı, ziynet, miras veya bağış yoluyla elde edilen başka mal varlıklarının kullanılması ile toplu olarak yapılabileceği gibi, çalışan eşin gelirleriyle de yapılması mümkündür. Çalışarak, düzenli ve sürekli gelire (maaş, gündelik, kar payı vb.) sahip eşin, aksi kanıtlanmadıkça diğer eşin sahip olduğu mal varlığına yapabileceği tasarruf oranında katkıda bulunduğunun kabulü gerekir. Yargıtay'ın ve Dairemizin devamlılık gösteren uygulamaları da bu yöndedir.Mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen tasfiyeye konu mala, eşlerin, hem başka mal varlıkları (ziynet, miras, bağış vb.) kullanılarak, hem de çalışma karşılığı elde ettikleri düzenli gelirleriyle katkıda bulunduklarının ileri sürüldüğü durumlarda; öncelikle, tasfiyeye konu malın edinildiği tarih itibarıyla başka mal varlıklarından elde edilen toplu para ile yapılan katkının, dava konusu malın bedelinin tamamı karşısındaki oranı saptanmalıdır. Bundan sonra da, kalan miktara her bir eşin çalışmaları ile elde ettikleri düzenli gelirleriyle katkıda bulunduklarının kabulü ile oranları ayrı ayrı belirlenmelidir."* (www. kazanci.com E.T. 13.06.2022)

[115] Gündoğdu Özbek M. (2022),Eşlerden birinin Ölümü Halinde Katılma Alacağı İle Miras Payı İlişkisi, Legal Hukuk Dergisi, C.20, S.235, s.2643.

Miras hukukunun içinde aile hukukunu barındıran özellikleri karşısında miras hukukuna ait bazı hükümlerin katılma alacağı hakkındaki hükümler ile farklılıkları ile benzerliklerinin ortaya konulması, çalışma konumuzun daha iyi anlaşılmasına hizmet edeceğinden, ayrı bir başlıkta inceleme gereği duyulmuştur. Zira miras payı ile katılma alacağı her ne kadar farklı özellikler barındırsa da, kanun koyucunun aile hukukundan doğan bazı yükümlülüklerin ihlali halinde, her iki alacak hakkında da benzer hükümler ihdas ettiği görülmektedir.

Miras payının karşılıksız elde edilen bir hak olması karşısında, katılma alacağının eşlerin emek ve katkılarından oluşması nedeniyle, kanun koyucu, mirasçılık sıfatının ortadan kaldırılmasını katılma alacağını azaltmaya kıyasla daha hafif sebeplere tabi tutmuştur[116]. Haklı olarak eşlerin emekleri sonucunda oluşan artık değerdeki pay oranının evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin her türlü ihlalinde azaltılması, katılma alacağının niteliği ile bağdaşmamaktadır[117]. Bu nedenle, kanun koyucu, mirastan çıkarmaya konu eylemleri sınırlı sayıda düzenlememişken, katılma alacağının azaltılmasına ilişkin eylemleri sınırlı sayıda düzenlemiştir.

Katılma alacağının azaltılması veya kaldırılmasına neden olan zina ve hayata kast eylemleri, miras hukukunda da karşılıksız bırakılmamıştır[118]. TMK m.510'da mirasçılıktan çıkarma; TMK m.578'de ise, mirastan yoksunluk kurumu düzenlenmiş olup, çalışma konumuzla bu iki kurum arasındaki benzerlikler ve farklılar ortaya konulacaktır.

a. Mirasçılıktan Çıkarma

Mirastan çıkarma; mirasçının, mirasbırakanın kendisine ya da yakınlarına ağır bir suç işlemesi veya aile hukukundan doğan yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde; mirasbırakanın, saklı paylı mirasçısının saklı payını, ölüme bağlı tasarruf yaparak kısmen veya tamamen ortadan kaldırmasıdır[119]. Mirasçılıktan çıkarmak için gerçekleşmesi gereken seçimlik iki fiil öngörülmüş

---

[116] Acar, s.370.

[117]Yücel, miras hakkıyla katılma alacağının ayni nitelikte görülerek benzer hükümlere tabi tutmanın isabetli olmadığını düşünmektedir. Miras hakkı, karşılığı verilmeksizin sırf kanun gereği veya mirasbırakanın isteği doğrultusunda elde edilen bir menfaat olup, paylaşıma dayanan mal rejimindeki katılma alacağı ile kıyaslanmasının doğru olmadığını ileri sürmüştür. Bu nedenle TMK m.510 hükmünün mal rejimi hukukuyla bağdaştırılmasının mümkün olmadığını beyan etmiştir. Yücel, s.274.

[118] Zina ve hayata kasta sonuç bağlanan hükümlerden biri de, bağışlamanın geri alınmasıdır. TBK m.295 gereğince bağışlananın, bağışlayana veya yakınına ağır suç işlemesi, kanunen yapmakla yükümlü olduğu fiilleri yerine getirmemesi ya da yüklemeli bağışlarda yüklemeyi haklı sebep olmaksızın yerine getirmezse, bağışlayan, bağışlamadan geri dönebilecektir. Eşin, diğer eşe bağışta bulunduktan sonra kendisine malvarlığı değeri bağışlanan eş, zina ya da bağışlayan eşe karşı hayata kast eyleminde bulunursa, bağışlayana, bağışlama konusunu geri alma hakkına sahip olacaktır. Özellikle zina ve hayata kast eylemleri evlilik birliğini sona erdirmekle kalmamakta mirasçılıktan çıkarma, maddi ve manevi tazminat ve bağışlamanın geri alınması gibi birçok hükümde kendisini göstermektedir. Tüm bu hükümler ışığında en azından bu iki ağır ihlal halinde eşin katılma alacağını tam olarak elde edememesi, diğer hükümlerle de uyum göstermektedir. Sert Sürtçü S., (2023),Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Öz M.T.(Ed.), (1.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.186 vd.

[119] Ayan M.(2016), Miras Hukuku Ders Kitabı, (9.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.185; İnan A.N./Ertaş Ş./Albaş H.; (2022), Miras Hukuku, (11.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.266.

olup, birincisi, *ağır bir suç işlenmesidir.* Mirasbırakanın kendisine ya da yakınına karşı işlenen suçun, aile ilişkilerinin temelinden kopmasına neden olabilecek ağırlıkta olması gerekmektedir[120]. Her suçun ağırlığı somut olaya göre karar verilebilecekken, çalışma konumuzu da ilgilendiren hayata kast eylemi kanun koyucu tarafından belirtilen ağır suç kavramını tam anlamıyla karşılamaktadır.

Mirastan çıkarma kurumuna müracaat için kanunda öngörülen bir diğer sebep ise, aile hukukundaki yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edilmesidir[121]. Kanun koyucu, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin mirasbırakanın aile üyelerine karşı ihlal edilmiş olmasını da, aynı mirasbırakana karşı ihlal edilmiş gibi hüküm altına almış, iki durumda da mirastan çıkarma işlemi yapılmasında farklılık gözetmemiştir. Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin başında sadakat yükümlülüğü gelmekle birlikte sadakat yükümlülüğünün en ağır ihlal boyutu zina ve hayata kast olarak kabul edilmektedir[122].

Katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması kararına neden olan fiiller aynı zamanda mirastan çıkarma için de kabul edilmiştir. Ancak bu iki hükmün aynı anda uygulanması mümkün gözükmemektedir. Zira katılma alacağının azaltılması kararı için kanun koyucu, boşanma şartını öngörmüştür. Boşanma nedeniyle eşlerin birbirine mirasçı olamayacağı da dikkate alındığında, mirastan çıkarma işlemi eşler açısından sonuç doğurmayacaktır. Aşağıda TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasına yönelik bazı özel durumlar başlığında inceleneceği üzere, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde mirasçıların davaya devam edip etmemesine göre durum değişkenlik gösterecektir.

b. Mirastan Yoksunluk

Mirastan yoksunluk, kanunda sınırlı sayıda sayılan haller nedeniyle kanuni ya da iradi mirasçının kendiliğinden mirasçılık sıfatını kaybetmesidir. Mirastan yoksun olan mirasçı lehine daha önce yapılmış bir ölüme bağlı tasarruf varsa, artık bu tasarruftan hak iddia edemeyeceklerdir[123]. Mirastan çıkarmada, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yaparak iradesini açıklaması aranmışken; mirastan yoksunlukta, böyle bir irade açıklamasına gerek olmaksızın re'sen mirasçılık sıfatı sona ermektedir[124]. Haliyle kanun koyucu mirastan çıkarmaya göre daha ağır ihlaller aramış ve kanunda yalnızca TMK m.578'de dört sebep düzenlemiştir. Bunun dışında TMK m.181/2 gereği, eşlerden birinin boşanma davası devam ederken ölmesi halinde, mirasçılarının davaya devam ederek, diğer eşin kusurunun tespiti halinde, eşlerin birbirlerine yasal mirasçı

[120] Ersöz O.(2019),Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,S.14,s.220.
[121] İnan/Ertaş/Albaş, s.271.
[122] Medeni Kanunda sadakatsizliğin en ağır yaptırımının cinsel sadakatsizlik olan zinaya bağlandığını belirtilmiştir. Akıntürk/Ateş s.113.
[123] Antalya/Sağlam, s.379; İnan/Ertaş/Albaş, s.482.
[124] Ayan, s.260; İnan/Ertaş/Albaş, s.483.

olamamaları ve TMK m.159 evliliğin butlanı davasında, evlenme esnasında iyiniyetli olmayan eşin, yasal mirasçı olamaması halleri de, mirastan yoksunluğun özel hali olarak kabul edilir[125]. Kanun koyucu, mirasbırakanı *öldüren ya da öldürmeye teşebbüs* edenleri mirastan yoksun bırakmıştır. Katılma alacağının kaldırılması veya azaltılmasında hayata kast eylemine sonuç bağlanmışken, eşin, diğer eşi öldürmesi halinde katılma alacağının kaldırılacağı kanun lafzında geçmemektedir. Ancak doktrinde bu durum haklı olarak eleştirilmiş ve eşin, diğer eşi öldürmesi halinde katılma alacağının kaldırılması veya azaltılmasının öncelikle uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.[126] BGB kanun tasarısında 1390. madde ile mirastan yoksunluk sebeplerinin bulunması halinde eşin, kazançların eşitlenmesi talebinde bulunmayacağı düzenlenmiş, ancak benzer amacın farklı bir hükümle sağlanması nedeniyle kanunlaşmamıştır[127]. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere, TMK m.236/2 hükmünde evliliğin boşanma ile sona ermesi şartı aranmaktadır. Eşin diğer eşi öldürmesi halinde ise, evlilik ölümle sonuçlanacağından ölen eşin mirasçılarına karşı açılan tasfiye davasında TMK m.236/2 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda kesin bir hüküm bulunmamakla beraber, şu ana kadar Yargı kararlarında da bu konuya cevap verilmemiştir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasına yönelik bazı özel durumlar başlığı adı altında bu sorunu detaylı olarak ele alacağımızdan şimdilik bu açıklamalarla yetiniyoruz.

Mirastan çıkarma ve mirastan yoksunluk sebeplerinden birinin gerçekleşmesine rağmen mağdur eşin evlilik birliğini sona erdirmek için boşanma davası açmaması halinde, diğer eşten genel hükümlere göre tazminat talep edebilecektir. Mirastan yoksunluk veya çıkarma sebeplerini gerçekleştiren eş, her ne kadar katılma alacağını tam olarak elde etse de, sadakat yükümlülüğüne aykırı tek fiiliyle hem mirastan mahrum kalacak, hem de tazminat borçlusu olacaktır. TMK m.236/2 hükmünün sıklıkla eleştirildiği bir durum da, zina veya hayata kast eylemini işleyen eş aleyhine hem maddi ve manevi tazminata hükmedilecek olması, hem de katılma alacağının azaltılmasına hükmedilecek olması nedeniyle tek bir fiile birden fazla sonuç bağlanmasının doğru olmayacağı yönündedir. Hukukumuzda genel olarak tek fiile birden fazla sonuç bağlanamayacağını düzenleyen bir kural bulunmamakla birlikte hem aile hukukunda[128], hem de diğer özel hukuk

[125] Antalya/Sağlam, s.381.

[126] Acar, s.371, Zeytin, s.328.

[127] Tasarıda kazançların eşitlenmesi talebinin evlilik birliğinin uzantısı olduğu, bu birlikteliği bu kadar ağır bir şekilde ihlal eden eşin bundan bir menfaat elde etmemesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak taslağın 1391.maddesinde (şimdiki 1381. Madde) bu durumun amaçlandığı bu nedenle ayrıca bir düzenlemeye gerek olmaması nedeniyle kanunlaşmamıştır.

[128] Boşanma davasında kusurlu eşin tazminat talep edemeyeceği gibi nafaka da talep edememesi durumu tek kusurlu fiile birden fazla sonuç bağlandığı göstermektedir. Ayrıca hayata kast halinde eş hem genel mahkemelerde tazminat davası açabilecek, hem de aile mahkemesinde maddi tazminat istemesinin önünde bir engel yoktur. Eşin boşanma davasında talep edebileceği tazminat evliliğin sona ermesi nedeniyle beklenen menfaatlerin zedelenmesi iken genel mahkemede açacapı tazminat ise sürekli ya da geçici iş görememezlik, iş gücü kaybı gibi yaralama fiiline bağlı olarak uğranılan zararlardır. Bu durumda eşin bir fiille birden fazla tazminat alması açısından bir sorun bulunmamaktadır.

dallarında[129] tek kusurlu fiile birden fazla sonuç bağlandığı sıklıkla karşılaşılan bir durumdur[130]. Yine zina veya hayata kasta fiillerine sonuç bağlayan mirastan çıkarma ve mirastan yoksunluk açısından da tek fiile birden fazla sonuç yüklenmesi nedeniyle böyle bir eleştiri getirilmemiştir, aksine mirastan çıkarma ve yoksunluk hallerinin aile bağlarının zedeleyici etkisi nedeniyle miras hakkına layık olmadığı kabul edilmektedir.

[129] İş Hukukunda işçinin iş akdi, işveren tarafından feshedilmesi üzerine mahkemece feshin geçersizliğine karar verilip işveren tarafından işçi işe başlatılmazsa, işçiye kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti adı altında birtakım tazminatların ödenmesi gerekmektedir. Sümer H.H., (2022), İş Hukuku, 26.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, s.108 vd.

[130] Badur E.(2016), Zina Veya Hayata Kast Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.1, S.2, s.39.

İKİNCİ BÖLÜM

MAL REJİMİNİNİN SONA ERMESİ VE ARTIK DEĞER PAY ORANININ BELİRLENMESİ

I. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi

A. Genel olarak Sona erme halleri

Edinilmiş mallara katılma rejimi evliliğin sona ermesi ile son bulduğu gibi, farklı bir mal rejimi türünün seçilmesi ya da hakim tarafından olağanüstü mal rejimine geçilmesi kararıyla da sona ermektedir[131]. Mal rejiminin en sık sona erme sebebi ve aynı zamanda çalışma konumuzu da ilgilendiren yönü bulunması sebebiyle boşanma ve ölüm ayrı bir başlık altında incelenecek olup, bu başlıkta evliliğin iptali, farklı bir mal rejimine geçiş ve hakim kararıyla olağanüstü mal rejimine geçiş hallerine kısaca değinilecektir.

Mal rejiminin başlangıcı ancak geçerli bir evlilik birliğinin kurulmasına bağlandığından, evlenmenin yokluğu halinde mal rejimi ilişkisi kurulmayacağından, mal rejiminin sona ermesinden de bahsedilemeyecektir[132]. Bu nedenle evliliğin kurulması için olumlu irade beyanlarının olmaması, eşlerin farklı cinsiyetlerde olmaması ve evlendirme memuru önünde iradelerin açıklanmamış olması hallerinde, evlilik yok hükmünde olacağından, eşler arasında mal rejimi ilişkisi kurulmayacak ve mahkemece tespit hükmündeki yokluk kararının verilmesi halinde de, mal rejiminin sona ermesine ve tasfiyesine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Evliliğin butlanı, evliliğin yokluğundan farklı olarak evliliğin kurucu unsurlarının bulunmasına rağmen, evliliğin geçersizlik sebeplerinden birinin ya da birkaçının bulunmasıdır. Evlilik mutlak butlanla sakat olabileceği gibi, nisbi butlan sebepleri ile de sakat olabilir. Mutlak butlan hallerinde[133], dava açma süresi öngörülmemişken; nisbi butlan hallerinde[134], butlan sebebinin öğrenilmesinden itibaren 6 ay, her halde evlilik tarihinden itibaren 5 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır[135]. Mutlak butlan davası, ilgililer ve savcı tarafından açılabilirken; nisbi butlan davası, eşler tarafından açılabilecektir[136]. TMK m.156 gereği, batıl evlilik hakimin butlan kararına

---

[131] Zeytin, s.110.; Yardımcı Çınar Yelda, (2022), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Terekenin Tasfiyesi Ve Sağ Kalan Eşin Talepleri, (1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.45; Gümüş s.283 vd.

[132] Akçin/Meral/Ağyel, s.806.

[133] TMK m.145'te sayıldığı üzere mutlak butlan halleri;

"1. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması,

2. Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması,

3. Eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması,

4. Eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması."

[134] TMK m.149 vd. Nisbi butlan halleri sayılmış olup *"yanılma ,aldatma ve korkutmadır."*

[135] Hatemi H. (2021), Aile Hukuku,(9.Baskı), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.80; Dural/Öğüz/ Gümüş, s.79.

[136] Hatemi, s.65. Helvacı/Erlüle, s.165; Akıntürk/Ateş, s.209; TMK m.153/1 gereği küçük veya kısıtlının yasal temsilciden onay almaksızın evlenmesi halinde yasal temsilci de evliliğin butlanını talep edebilecektir.

kadar geçerli bir evliliğin hükümlerini taşıdığından, eşler arasında mal rejimi ilişkisi kurulmuş olacaktır[137]. Hakim tarafından butlan kararı verilmesi halinde, taraflar arasındaki mal rejimi dava tarihinde sona ermiş olacaktır. TMK m.158/2 hükmünce, mal rejiminin tasfiyesi hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Edinilmiş mallara katılma rejimini sona erdiren hallerden biri de, eşler tarafından seçimlik mal rejimi türlerinden birinin seçilmiş olmasıdır. Eşler aksini kararlaştırmadığı sürece yeni mal rejimini seçtikleri tarih itibariyle önceki mal rejimi sona ermiş olur[138]. Eşler, seçimlik mal rejiminin hüküm ve sonuç doğurmasını vadeye ya da şarta bağlayabilir [139] .Eşler, üçüncü kişilerin menfaatlerini zedelememek koşuluyla, mal rejimi sözleşmesinin geçmişe dönük olarak sonuç doğurabileceğini kararlaştırabilirler[140]. Buradaki geçmişe dönükten maksattan eşler tarafından mal rejimi sanki daha önceki bir tarihte sona ermişçesine tasfiyeyi sonuçlandırmaları anlaşılmalıdır. Zira eşlerin seçmiş oldukları mal rejimi, mal rejimi sözleşmesi tarihi itibariyle yürürlüğe gireceğinden, geçmişe etkili olarak kabul edilemez[141].

Hakim tarafından olağanüstü mal rejimi türü olan mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verilmesi halinde, talep tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi sona erer. TMK m.206 hükmünde, örnekleme yoluyla sayılan hallerden biri ya da haklı sebep bulunması halinde, eşlerden biri hakimden olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep edebilir. Yine TMK m.197 gereğince, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde haklı sebep varsa hakim olağanüstü mal rejimine geçilmesine karar verebilir[142].

B.Ölüm

Eşlerden birinin ölümü halinde evlilik birliği sona erdiğinden, edinilmiş mallara katılma rejimi ölüm tarihinde sona erecektir[143]. Ölüm nedeniyle iki tasfiye gündeme gelecek olup, ilk

---

[137] Sarı, s.92; Akıntürk/Ateş, s.208; Helvacı/Erlüle, s.162.

[138] Sarı, s.89 ; Akçin/Meral/Ağyel, s.259.

[139] Gümüş, s.28; Sarı, s.89.

[140] Zeytin, s.63.

[141] Sarı, s.90; Aynı yönde Yarg. 8.HD, T.06.06.2013 E. 2012/13166 K.2013/7003 *"...eşler geçmişe etkili bir biçimde edinilmiş mallara katılma rejimi dışında gene kanunun tanıdığı başka seçimlik bir mal rejimini (mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinden birini) evlenme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere seçemez ve belirleyemezler. Dolayısı ile varsa bile; böyle bir belirleme de yok hükmünde olup, kamu düzenine ilişkin bu sınırlama sözleşme serbestisi kurallarına dayanılarak aşılamaz. ...somut olayda taraflar yasal edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde mal ayrılığı sözleşmesi yapmak suretiyle sözleşmeyle seçilen rejimi geriye götürme olanağı bulunmamaktadır..."*

" Tarafların anlaşması halinde mal rejimi sözleşmesi ile seçtikleri mal rejiminin geçmişe etkili olarak evlilik tarihinden itibaren uygulanabileceği görüşü için bkz. Zeytin, s.63.

[142] Zeytin, s.71; Akçin/Meral/Ağyel, s.45; Acar, s.179; Öztan, s.430.

[143] Zeytin, s.110; Akçin/Meral/Ağyel, s.257.

olarak mal rejiminin tasfiyesi, daha sonra da eşin ölen eşe mirasçı olması nedeniyle terekenin tasfiyesi yapılması gerekecektir[144].

Eşlerin aynı ölüm olayında birlikte ölmesi ve hangisinin daha önce öldüğünün tespit edilemediği durumlarda birlikte ölüm karinesi gereği, ikisinin de aynı anda öldüğü kabul edilir. Bu durumda eşler birbirine mirasçı olamayacaklardır[145]. Ancak bu durumda eşlerin mirasçıları mal rejiminin tasfiyesini ve katılma alacağını talep edebilirler[146]. Nitekim Yargıtay da aynı odada şömineden sızan karbonmonoksit gazı zehirlenmesinden hayatını kaybeden eşlerden birinin mirasçılarının, diğer eşin mirasçılarından katılma alacağı talep edebilecekleri sonucuna ulaşmıştır[147].

Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde mirasçıların davaya devam etme hakkı bulunsa da, boşanma davasına devam edilmesi, ancak kusur tespiti bakımından önem kazanacaktır. Mirasçılar boşanma davasına devam etse dahi, evlilik ölümle son bulacağından mal rejimi ölüm tarihi itibariyle sona erecektir. Zira mahkemece boşanma kararına hükmedilmeyecek; TMK m.181/2 gereği, yalnızca kusur tespiti yapılarak eşlerin birbirine mirasçı olup olmaması belirlenmiş olacaktır. Boşanma davasına mirasçılar tarafından devam edilip sağ kalan eşin, diğer eşe oranla daha fazla kusurlu olduğu tespit edilirse, sağ kalan eş, ölen eşe mirasçı olamayacaktır[148]. Her ne kadar sağ kalan eş kusurlu olsa dahi, katılma alacağı talep hakkı mevcut olacaktır. Son bölümde zina veya hayata kast nedenine dayalı açılan boşanma davası devam ederken, eşlerden birinin ölümü halinde ortaya çıkacak muhtemel sonuçlar ve özel durumlar ayrıca inceleneceğinden şimdilik bu açıklama ile yetiniyoruz.

---

[144] Acar, s.377; Sarı, s.85 ;Akçin/Meral/Ağyel, s.257.

[145] Helvacı/Erlüle, s.60.

[146] Zeytin, s.113, Zeytin, s.327.;Yardımcı Çınar, s.46.; Sarı, s.84; Eşlerin mirasçılarının aynı (ortak çocuk) olması halinde hem katılma alacaklısı hem de katılma borçlusu olacağından borç sona erecektir. Ancak ortak olmayan çocuğun bulunması ya da eşlerin altsoylarının olmaması halinde mirasçıları farklı olacağından miras payı ile orantılı olarak katılma alacağı talep edebilecektir.

[147] Yarg. 8. HD, T. 14.01.2014, E. 2013/18697, K. 2014/151, *"Davacıların murisi Nigarla davalıların murisi Mücahit 8.10.1988 tarihinde evlenmiş, 27.4.2003 tarihinde eşler ve çocukları Başakla M. C. E. karbonmonoksit zehirlenmesi suretiyle ölmüşlerdir. Bu tarihte de mal rejimi sona ermiştir. (T.M.K.nun 225/1. madde). Eşlerin birlikte ölümüyle katılma rejiminin sona ermesi halinde hangisinin diğerinden önce veya sonra öldüğü belirlenemiyorsa, bunların aynı anda ölmüş oldukları karinesi geçerli olacaktır. Ölümle miras edinme ehliyeti ve kişilik son bulduğundan birinin ölümü anında, diğer eş sağ olmadığı için eşler birbirinin mirasçısı veya vasiyet alacaklısı olamayacaktır. Ancak eşlerin katılma alacakları miras haklarından ayrı olduğundan katılma rejimi birlikte ölüm karinesi gereğince eşlerin ölümü anında sona erecek, ancak ölümle sona eren katılma rejiminin tasfiyesi sonunda eşlerin katılma alacağı veya alacakları doğarsa, bu alacak hakları eşlerin kanuni mirasçılarına intikal edecektir. Çünkü aynı anda ölenlerin birlikte ölüm karinesi gereğince birbirlerine mirasçı olamayacakları kural ise de; bu kişilerin her birinin mirası kendi mirasçılarına geçecek, dolayısıyla bu mirasçılar katılma alacağı borçlusu eşin mirasçılarından katılma alacağıyla ilgili haklarını talep edebileceklerdir. Bu açıklamalar karşısında birlikte öldükleri anlaşılan eşlerden Nigar'ın mirasçıları, varsa katılma alacağına dair haklarını diğer eşin mirasçılarından talep edebileceklerdi*r." (www. kazanci.com E.T. 23.07.2022).

[148] Topuz G.,(2012), Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.10, s.90.

Eşin ölüm tehlikesi içinde kaybolması halinde de, TMK m.44 gereği, yapılacak başvuru sonucunda ölü kabul edilir. Ölüme bağlanan tüm hukuki sonuçlar ölüm karinesinde de geçerli olduğundan, eşler arasındaki mal rejimi ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinde sona ermiş olacaktır[149].

Eşlerden birinin gaip olmasında ise, evlilik kendiliğinden sona ermediğinden mal rejimi de sona ermeyecektir[150]. TMK m.131 gereği, evliliğin feshi istenerek evliliğe son verilebilir. TMK m.225 hükmünün yalnızca boşanma ve evliliğin butlanı için öngörülmüş olması nedeniyle evliliğin feshinin istenmesi halinde mal rejiminin hangi tarihten itibaren sona ermiş olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüş; evliliğin feshi kararının kesinleşmesinin gerektiğini, bu nedenle de mal rejiminin evliliğin feshi davasının açıldığı tarihte sona ereceği yönündedir[151]. Doktrinde bizim de katıldığımız hakim görüş ise, TMK m.35/2 hükmünce gaiplik kararı geçmişe etkili olarak hüküm doğuracağından, mal rejimi eşin gaip olduğu (son haber alındığı) tarih itibariyle sona ereceği yönündedir[152].

C.Boşanma

Mahkeme tarafından tarafların boşanmalarına karar verilirse mal rejimi, boşanma davasının açıldığı tarihte sona ermiş kabul edilir. (TMK m.225/2) Mahkemece boşanma kararı verilmemişse (hem asıl davanın reddi, hem de karşı davanın açılması halinde karşı davanın reddi) taraflar arasında mal rejimi sona ermeyecektir.

Boşanma davasının açılması halinde, hakim, TMK m.169'daki geçici önlemlerden malların yönetimine ilişkin geçici önlemleri re'sen alabilecektir. Mal ayrılığına geçiş kararı da, hakimin malların yönetimine ilişkin alacağı tedbirlerden biri olarak gösterilebilir[153]. Mahkeme tarafından boşanma kararı verilmesi halinde, dava tarihi itibariyle mal rejimi sona ermiş olacağından, tedbir kararının pratikte bir fayda sağlamayacağı düşünülebilir. Ancak boşanma davasının reddedilmesi ve uzun süren yargılama aşaması dikkate alındığında, dava devam ederken eşlerin evlilik birliği giderlerine ekonomik desteklerinin sona erme ihtimali ya da kötüniyetli olarak birbirlerinin

---

[149] Zeytin, s.112; Helvacı/Erlüle, s.59.

[150] Akıntürk/Ateş, s.197; Helvacı/Erlüle, s.62; Farklı görüşteki Sarı, gaiplik kararının gaibin gerçek anlamda ölümü olduğu, bu nedenle de eşlerden birinin ölmesi durumunda olduğu gibi mal rejiminin ölümle sona ereceği, ayrıca evliliğin feshi kararının istenmesi mirasın tasfiyesi için mal rejiminin tasfiyesinin beklenmesi gerekliliği karşısında miras hukuku bakımından uyumsuzluk meydana getireceği ve evlilik feshedilmese dahi edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinin mümkün olduğunu, kanunda evlilik sona ermeksizin de edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiren hallerin bulunduğunu ileri sürmüştür. Sarı, s. 86.

[151] Kılıçoğlu, s.111; Yardımcı Çınar, s.50.

[152] Zeytin, s.112 vd. yazara göre eşin gaip olmasıyla evlilik birliğine ekonomik katkıda bulunmadığı bu nedenle eşin gaip olduğu tarih itibariyle mal rejiminin sona erdiğinin kabulü gerektiğini savunmuştur.; Aynı görüşte Sarı, s.87; Acar, s.102.

[153] Türkmen, A**.** (2020). **"**Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Ratio Legis'i Bağlamında Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada (TMK. m. 166/4) Ayrılığın Mal Rejiminin Tasfiyesine Etkisi*", Terazi Hukuk Dergisi*, C.15, S.169, s. 1872. ; Doktrinde bu konuda farklı görüşler de mevcuttur. Bkz. Akçin/Meral/Ağyel, s.46; TMK m.206 gereği mal rejiminin olağanüstü mal rejimine geçiş için mutlaka talep şartının aranması gerektiği belirtilmiştir.

zararlarına olacak şekilde tasarrufta bulunmaları durumu dikkate alınarak, hakimin tedbir kararı ile boşanma yargılaması devam ederken mal ayrılığı rejimine geçilmesi, telafisi güç zararların ortaya çıkmasına engel olacaktır. Doktrinde de boşanma davası her ne kadar reddedilmişse de, eşlerin karşılıklı dayanışmasının bulunmadığı bu süreçte edinilmiş mallardan dolayı katılma alacağı talep hakkının olması yasal mal rejimimizin kabul ediliş amacı ile bağdaşmayacağı, bu nedenle boşanma davası devam ederken eşlerin evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlal eden davranışlarının tespiti halinde, hakimin TMK m.169 gereğince, son çare olarak mal ayrılığına geçilmesine karar verebileceği ileri sürülmüştür[154]. Elbette ki bu tedbir geçici mahiyette olduğundan, boşanma davasının reddine dair kararın kesinleşmesi üzerine, tedbir kararı ortadan kalkacak ve eşler arasında yasal mal rejimi uygulanmaya devam edecektir.

Boşanma davası açılmasına rağmen hakim boşanma kararı yerine, TMK m.170/3'e göre ayrılık kararı da verebilecektir. Ancak yalnızca ayrılık kararı verilmesi, mal rejimini sona erdirmek için haklı sebep teşkil etmez[155]. TMK m.180'de hakimin ayrılık kararı vermesi halinde, ancak sözleşme ile kurulmuş mal rejimini kaldırabileceği şeklindeki düzenleme karşısında tarafların sözleşme ile belirlemediği -yasal mal rejimi- edinilmiş mallara katılma rejimini sona erdiremeyeceği kanun lafzından anlaşılmaktadır. Hükmün edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülerek doktrinde eleştirilmiştir[156]. Hükmün amacı dikkate alındığında da, kanaatimce, hakim ayrılık kararı verdiğinde, talep üzerine ya da gerekli görürse, re'sen eşler arasındaki yasal mal rejiminin de kaldırabileceği sonucuna ulaşılmalıdır.

Mal rejimi, boşanma kararının verildiği davanın açıldığı tarihte sona ereceği hükmü gereği, davalı tarafından açılan karşı davanın kabul edilip, esas davanın reddedilmesi halinde, mal rejimi davalı tarafın ikame ettiği karşı dava tarihinde sona erecektir. Her iki boşanma davasının da kabul edilmesi halinde ise, ilk açılan dava (esas dava) tarihi itibariyle mal rejimi sona erecektir[157]. Karşı davaya da dava hükümleri uygulanacağından, karşı dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılacaktır. Buna göre, mahkemece asıl davanın reddi ile karşı davanın kabulü üzerine, hüküm kurulması halinde, mal rejimi, karşı dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte sona ermiş olacaktır.

Mal rejiminin sona erdiği tarihe ilişkin incelenmesi gereken bir mesele de, açılmış olan boşanma davasının ıslah (HMK m.180) edilmesi halinde, mal rejiminin boşanma davasının açıldığı tarihte mi, yoksa davanın ıslah edildiği tarihte mi sona ermesi gerektiğidir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca davanın ıslah edilmesi yeni bir dava niteliğini taşımadığından ilk

[154] Kılıçoğlu, s.104; Acar s.179.
[155] Zeytin, s.72.
[156] Gümüş, s.286; Zeytin, TMK'nın yasalaşma sürecinde paylaşmalı mal ayrılığı rejimine göre TMK m.180 hükmünün düzenlendiğini, ancak edinilmiş mallara katılma rejimini kabul edilmesinden sonra TMK m.180 hükmünün düzeltilmesinin atlandığını belirtmiştir. Zeytin, s.72.
[157] Zeytin, s.110; Sarı, s.99.

davanın açıldığı tarihte mal rejiminin sona ermesi gerektiği yönündedir[158]. Kanaatimizce de, ıslahın dava tarihine etkisi bulunmadığı, davacının boşanma davası açma iradesini ortaya koyduğu dava tarihinde mal rejiminin sona ermesi gerekir. Aynı şekilde davacının cevaba cevap dilekçesinde iddiasını ve boşanma sebeplerini tamamen değiştirmesi halinde, mal rejiminin sona erdiği tarih, dava tarihi olacaktır. Zira ıslah, iddianın genişletilmesi yasağının istisnası kapsamında değerlendirildiğinden, ıslah dilekçesi ve cevaba cevap dilekçesinin mal rejimini sona erdirme tarihine etkisi bulunmayacaktır.

Konuyu TMK m.236/2 açısından da değerlendirdiğimiz varsayımında, sonuç değişmeyecektir. Davacı evlilik birliğinin temelinden sarsılması iddiası ile boşanma davası açıp daha sonra davalının zina yaptığını öğrenmesi üzerine davanın tamamen ıslah ederek zina sebebine dayanarak mahkemece zina nedeniyle tarafların boşanmasına karar verilirse, mal rejimi ilk davanın açıldığı tarihte sona erecektir. Her ne kadar tarafların zina nedeniyle boşanmış olmaları davalının artık değer üzerindeki pay oranına doğrudan etki edecekse de, mal rejiminin sona erme tarihi bakımından önem arz etmeyecektir. Boşanma yargılaması devam ederken ortaya çıkan vakıalar ancak yeni bir davanın konusunu teşkil edeceğinden[159], ıslahla dahi ileri sürülemeyecektir[160]. Taraflardan birinin dava görülmekte iken açtığı yeni bir boşanma davasının önceki dava ile birleştirilmesi ve kabul edilen dava tarihlerine göre mal rejiminin sona ermesi gerekmektedir. Örnek vererek açıklamak gerekirse, davacı eş, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanarak boşanma davası ikame etmiş, davalı eş de süresi içinde cevap dilekçesi ile aynı nedene dayanarak karşı dava açmıştır. Dava devam ederken davalı eş zina fiilini gerçekleştirmiş ve davacı eş tarafından zinaya dayalı boşanma davası açılarak önceki dava dosyasında birleştirilmiştir. Davacı tarafın açmış olduğu asıl dava ve birleşen dava ile davalı tarafın açmış olduğu karşı dava dikkate alındığında, üç adet boşanma davasında kabul edilen davalardan hangisi önce açılmışsa, mal rejimi de o tarihte sona ermiş olacaktır. Buna göre, davacının açmış olduğu her iki davanın da kabul

---

[158] Zeytin, s.111; Boşanma davası sırasında sonradan ileri sürülen vakıaların edinilmiş malların sona erme tarihine etkisinin bulunmadığını belirten görüş için bkz. Sarı, s.99.

[159] Yarg. HGK. T.16.06.2010, E. 2010/2-227, K. 2010/324 *"4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinin 3. fıkrası uyarınca eşlerin birbirine karşı sadakat yükümlülüğünün ihlali olgusunun, ancak boşanma davasından önce gerçekleşmesi halinde ve buna davada dayanılması durumunda hükme esas teşkil edebileceği kuşkusuzdur. Dava tarihinden sonra sadakat yükümlülüğünün ihlali halinde ise, az yukarıda açıklanan ilkeler gereği, bu yeni olgunun, yeni bir davanın konusunu teşkil edeceği, her türlü duraksamadan uzaktır."* ; Yarg. 2.HD, T.03.02.2021 E.2020/6051 K. 2021/1004 *"..tarafların, davadan sonra gerçekleşen vakıaları ıslah yoluyla davaya dahil etmeleri yönünden yasal bir engel bulunmamaktadır."* (www. kazanci.com E.T. 23.08.2022).

[160] Yarg. 2.HD, T.22.10.2018, E.2017/198, K. 2018/11592 "*Bu sebeple, davacı ıslah yoluyla, dayandığı vakıaları değiştirebilir veya davaya yeni vakıaları dahil edebilir ise de, eldeki boşanma davasının devamı sırasında işlendiği iddia olunan zina fiilinin veya başkaca bir kusurlu davranışın ıslah yoluyla olsa dahi eldeki boşanma davasında davalı erkeğe kusur olarak yüklenmesi ve davanın bu sebeple kabulüne karar verilmesi doğru değildir. Açıklanan sebeplerle, davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir*." (www. kazanci.com E.T. 23.08.2022).; Yeni bir boşanma davası açmaksızın dava sonrası gerçekleşen olayların ileri sürülmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Topak S.(2021),Boşanma Davalarında Yargılama Usulü,(1.Baskı),İstanbul,Oniki Levha Yayınları, s.94.

edilmesi halinde, mal rejimi ilk davanın açıldığı tarihte sona ermiş olmakla beraber, mal rejiminin tasfiyesinde zina nedeniyle boşanma nedeniyle davalının artık değer üzerindeki pay oranı azaltılması halinde dahi, zina sebebine dayalı boşanma davasının açıldığı tarihin mal rejiminin sona ermesi bakımından bir önemi bulunmayacaktır.

Mal rejiminin sona ermesi için boşanmanın hangi sebebe dayandığı önemli olmayıp, TMK m.236/2 dışında boşanma kararında gerekçe gösterilen boşanma sebebinin mal rejiminin tasfiyesine etkisi bulunmamaktadır. Taraflar TMK m.166/3 gereğince boşanmaları durumunda da mal rejimi aynı şekilde mahkemeye başvuru tarihinde sona erecektir. Anlaşmalı boşanma protokolünde eşler mal rejimini tasfiye edebilecekleri gibi, daha sonra da mal rejimini tasfiye edebilirler. Anlaşmalı boşanma protokolündeki katılma alacağından vazgeçilmesine ilişkin şüpheli ifadeler, tarafların gerçek iradeleri ortaya konarak yorumlanmalı, maddi ve manevi tazminata ilişkin talebin bulunmaması katılma alacağından feragat edildiği anlamına gelmemelidir[161].

II. Artık Değer Payı Oranının Belirlenmesi

A. Eşit pay Kuralı

Mal rejiminin tasfiyesi sonucunda denkleştirme ve eklenecek değerlerin de dahil olduğu her eşin mülkiyetinde bulunan edinilmiş mallarından, bu mallara ilişkin borçlar çıkarılmak suretiyle artık değer hesabı yapılmaktadır. Belirlenen bu iki artık değerden her birinin yarısı üzerinde, diğer eşin katılma alacağı mevcuttur[162]. Katılma alacağının hesabında kolaylık olması amacıyla, TMK m. 236/1'in ikinci cümlesi gereği, alacaklar takas edilerek artık değerinin miktarı düşük olan eşin, diğer eşten talep edebileceği tek bir katılma alacağı ortaya çıkacaktır[163].

Eşlerin artık değerin yarısı üzerinde alacak hakkı sahibi olması kuralı, edinilmiş mallara katılma rejiminin karakteristik yönünü ortaya koymaktadır. Artık değerin yarısında hak sahibi olma kuralı, TMK'da kabul edilen eşlerin eşitliği ilkesinin mal rejimi hukukundaki yansımasıdır[164]. Eşit pay kuralı, kanun gereği eşlere tanınmış bir haktır. Eşlerin evlilik birliğine ne kadar katkı ve emek verdiği ile ilgilenmez. Mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağı talepli davada da bir eşin daha fazla katkı yaptığı yönündeki iddiası, katılma alacağının tespiti açısından önem arz etmeyecektir.

Taraflar aralarında yapmış oldukları mal rejimi sözleşmesi ile farklı bir oran belirlemedikleri sürece, hakim, eşlerin artık değer üzerindeki payının yarı oranında olduğunu re'sen göz önünde bulunduracaktır. Tarafların mahkemeden katılma alacağını talep etmesi yeterli olup, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olduğunu belirtmesine gerek yoktur. Katılma alacağı talep eden eşin, diğer eşin artık değerin üzerinde ¼ oranında hak sahibi olduğunu beyan etmesinin

[161] Acar, s.161.; Akçin/Meral/Ağyel, s.643.
[162] Zeytin, s.324; Acar, s.368.
[163] Zeytin, s.325; Gümüş s.379 vd.; Acar s.379.
[164] Gümüş, s.379.

dahi sonuca etkili olmayacağı kanaatindeyim. Zira eşit pay kuralı her ne kadar emredici bir kural değilse de[165], eşit pay kuralının dışında bir paylaşma, ancak mal rejimi sözleşmesi (iradi) ya da TMK m. 236/2 hükmünün uygulanması (yasal) ile mümkün olduğundan, salt tarafların beyanına göre artık değere katılma oranının, yasanın belirlediğinden farklı bir oran olarak kabul edilmesi mümkün değildir[166].

B. Artık Değer Pay Oranının Sözleşme ile Belirlenmesi

Eşler evlilik birliğinin henüz kurulmadığı dönemde ya da evlilik birliğinin devam sırasında noterde resmi şekil şartına uyarak yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile kanunun izin verdiği ölçülerde mal rejimine ait hükümleri değiştirebileceklerdir[167].

Mal rejimi sözleşmesi ile yasal mal rejimi dışında farklı bir mal rejimi seçileceği gibi, edinilmiş mallara katılma rejimine ait hükümlerin de değiştirilmesi mümkündür. Değişiklik, ancak kanunda öngörülen hallerle sınırlı olmak üzere yapılabilecektir. Buna göre eşler, bir mesleğin icrasından veya işletmenin faaliyetinden doğan malvarlığı değerinin edinilmiş mala ait olması gerekirken kişisel mal olduğunu, edinilmiş mallardan olan kişisel malların gelirlerinin kişisel mal olduğunu[168], tasfiye sonrası değer artış payından vazgeçtiklerini[169], sağ kalacak eşin kendisine tanınan intifa ve sükna haklarından vazgeçtiğini ve diğer eşin rızası olmaksızın paylı mülkiyet konusu malda serbestçe tasarrufta bulunabileceklerini kararlaştırabilirler. Bunların dışında eşler mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma oranının kanunda belirtildiği üzere yarı yarıya paylaşılmayacağını kabul ederek, artık değere katılım oranını belirleyebilir[170].

Eşler artık değere katılma oranını belirlerken kanun koyucu tarafından sınırlama getirilmemiş, yalnızca katılım oranının değişmesi nedeniyle, *eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının* saklı paylarını zedeleyemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre eşler, her iki eşin de artık değere katılma pay oranını değiştirebileceği gibi, yalnızca bir eşin pay oranını da değiştirebilir. Yine eşler, pay oranını her iki eş açısından da farklı oranlara tabi olacağını ve tasfiyenin bu oranlar üzerinden gerçekleşeceğini kararlaştırabilir[171]. Eşlerden birinin ölümü

---

[165] Sarı, s.229.

[166] TMK m.236/2 hükmünün şartlarını hakim re'sen dikkate alacak olup mal rejiminin tasfiyesi davasında tarafların zina veya hayata kast fiillerini ikrar etmesine sonuç bağlanmayacaktır. Aile mahkemesi hakimi, aile hukukundaki re'sen araştırma yetkisini kullanarak tarafların beyanları ile bağlı kalmayacak taraflar arasındaki boşanma davasının hangi nedene dayandığını tespit edecektir.

[167] Akçin/Meral/Ağyel, s.587.

[168] Acar, s.291 vd.; Akçin/Meral/Ağyel, s.588.

[169] Zeytin, s.57.

[170] TMK m.237/1 "*Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir.*" Ayrıntılı açıklama için bkz. Akçin/Meral/Ağyel, s.587; Zeytin, s.330; Şıpka/Özdoğan, s.259.

[171] Zeytin, s.58; Sarı, s.234; Acar, s.144,146; Gümüş, s.401; Öztan, s.538; Bu görüşün Yargıtay uygulamasına aykırı olduğunu beyan eden görüş için bkz.Şıpka/Özdoğan, s.260; Eşler doktrindeki baskın görüş uyarınca mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma pay oranını sıfır olarak belirleyerek katılma alacağından feragat edebilirler. Ancak

halinde, artık değerin tamamının sağ kalan eşe kalacağını içeren mal rejimi sözleşmesi, aynı zamanda ölüme bağlı tasarrufu da içinde barındırmış olduğundan, ayrıca ölüme bağlı tasarruf işlemi (vasiyetname, miras sözleşmesi vs.) yapılmasına gerek yoktur[172]. TMK m.237/2'ye aykırı olan mal rejimi sözleşmesi geçersiz sayılmayacak, sadece kazandırmanın niteliği dikkate alınarak, eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoylarıyla sınırlı olmak üzere saklı pay sahibi mirasçının mal rejimi sözleşmesiyle yapılan tasarrufun tenkisini talep edebilecektir[173].

Mal rejimi sözleşmesinde belirlenen artık değere katılım oranının mal rejimini sona erdiren hallere göre ayrı ayrı belirlenmesi mümkündür[174]. Örneğin, eşlerden birinin ölüm halinde, katılma pay oranının diğer eşin artık değerinin tamamını kapsar nitelikte olduğu; boşanma halinde ise, her eşin artık değere katılma oranının ¼ olduğu kararlaştırılabilir[175]. Yine eşler belirledikleri katılma oranının belirli malvarlığı değerleri açısından sonuç doğuracağını, sözleşme ile kararlaştırılmayan malvarlığı değerlerinin ise yasal paylaşım oranı üzerinden yapılabileceğini düzenleyebilir[176].

TMK m.238 gereği, mal rejimi sözleşmesinde belirlenen oranın uygulanabilmesi için, bunun açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Eşler, sadece katılma oranını belirlemiş ve hangi hallerde bu oranın belirleneceğini kararlaştırmamışlarsa, evlilik birliğinin iptal, boşanma veya mal ayrılığına geçişte uygulanmayacaktır. Buna karşılık, yalnızca ölüm ve farklı bir mal rejiminin kabul edilerek mal rejiminin sona erme hallerinde uygulanabilecektir[177]. Kanaatimizce, eşlerin katılım oranının mal rejiminin hangi surette sona erdiğine bakılmaksızın uygulanacağını içeren tereddüte yer bırakmayan açık kayıtların bulunması halinde, belirlenen oranın tüm sona erme hallerine uygulanabileceği görüşündeyiz.

---

katılma alacağından feragat edilmiş olması mal rejimlerine ait *tipe bağlılık ilkesini* ihlalini gündeme getirmektedir. Kanaatimizce kanunda eşlerin artık değere katılma oranına ilişkin herhangi bir sınırlama olmaması ve yine katılma alacağından feragat edilmesi halinde kanunda sınırlı sayıda belirtilen mal rejimi türlerinin dışına çıkılmayacak olması nedeniyle katılma alacağından feragatin mümkün olduğu söylenebilir. Acar s.158 Her ne kadar iki eşin de mal rejimi sözleşmesinde katılma alacağından feragat etmesi katılma rejimini mal ayrılığı rejimine yaklaştırsa dahi katılma rejiminin diğer sonuçları (denkleştirme, değer artış payı vs.) uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle katılma alacağından bir eş feragat edebildiği gibi her iki eş de feragat edebilir. Ancak Yarg. 8.HD, T.20.03.2014, E. 2013/9389, K.2014/4769 karşı oy yazısında mal rejimi tasfiyesinden önce katılma alacağının beklenti halindeki bir hak olduğu ve doğmamış haktan feragat edilmesinin mümkün olmayacağı ileri sürülmüştür. Karşı oy yazısında doğmamış haktan feragat olmaz ilkesi farklı bir boyutta yorumlanarak yanlış bir sonuca varılmıştır. Doğmamış haktan feragat olmaz ilkesini bu şekilde yorumlamak medeni hukuktaki birçok hükmü reddetmenin önünü açmaktadır. Örneğin TMK m.528'de mirasçının mirastan feragat sözleşmesi yapabileceği düzenlenmiştir. Yargıtay kararındaki karşı oy yazısı benimsendiği takdirde doğmamış haktan feragat olmaz ilkesi gereği TMK m.528 hükmünün uygulamada hiçbir önemi kalmayacaktır. Doğmamış haktan feragat olmaz ilkesi usul hukuku kurallarına uygulanması gereken bir ilkeden ibarettir.

[172] Doğan, s.244.

[173] Doğan, s.265; Şıpka/Özdoğan, s.262.

[174] Zeytin, s.58; Sarı, s.233.

[175] Sarı, s.235.; Gümüş, s.383.

[176] Zeytin, s. 332.

[177] Sarı, s.233; Doğan s.264; Zeytin s.344; Akçin/Meral/Ağyel, s.588.; Gümüş, s.387; Şıpka/Özdoğan, s.260.

Eşler katılım oranını belirlemek yerine, katılma alacağı miktarını da belirleyebilir. Bu tür anlaşmanın hüküm ifade edebilmesi için, eşin artık değerinin en az kararlaştırılan miktar kadar olması gerekmektedir[178]. Yine mal rejimi tasfiyesi sonunda ortaya çıkacak katılma alacağının azami ve asgari miktarı da sözleşme ile belirlenebilir[179].

C. Artık Değer Pay Oranına Hakimin Müdahalesi

Yasal mal rejimimiz eşler arasındaki eşitlik ilkesini benimsediğinden, mal rejiminin sona ermesi halinde artık değere katılma oranı, mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir oran karşılaştırılmadığı sürece, kanunen yarı yarıya olarak belirlenmiştir. Ancak her durumda eşlerin artık değerdeki paydan ½ oranında katılma alacağına hak kazanacak olması toplumdaki adalet duygusunu sarsacağından, kanunda sınırlı olarak sayılan hallerde (zina veya hayata kast nedeniyle evlilik birliğinin sona ermesi) artık değere katılma oranının azaltılması veya kaldırılması konusunda, TMK m.236/2 gereği, hakime takdir hakkı tanınmıştır[180]. Mehaz Kanunda bulunmayan bu hüküm, doktrinde birçok yazar tarafından farklı nedenlerle eleştirilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, hükmün daha iyi anlaşılabilmesi için, katılma alacağının evlilik hukukundan doğan bir hak olduğunu ve artık değerin, sadakat yükümlülüğünün ekonomik boyutunda oluştuğunu açıklamıştık. Ekonomik sadakat yükümlülüğünden doğan bu değer karşısında eşin sadakat yükümlülüğün en ağır ihlallerini gerçekleştirerek paylaşım talep etmesi, çelişkili davranma yasağının (venire contra factum proprium) ihlali anlamına gelmektedir. Çelişkili davranma yasağının bu işlevi, hakların hukuka aykırı olarak kullanılmasının önüne geçilmesini sağlar[181]. Aksi takdirde katılma alacağını elde etmek isteyen eş kasten, kötüniyetli olarak evlilik birliğini sona erdirerek adeta kendi lehine "boşanma primi" niteliğinde bir hakka sahip olacak; diğer eş ise, eşin kasten evlilik birliğine yol açan davranışlarından dolayı boşanma talep etmesi nedeniyle katılma alacağı borçlusu konumunda olacaktır. Boşanma kararında kusuru bulunmayan eşin, mal rejiminin tasfiyesi davasında borçlu olması, ödeyeceği katılma alacağını "boşanma cezası" olarak nitelendirmek yanlış bir ifade olmayacaktır[182]. Elbette her sadakat yükümlülüğüne aykırılık durumunda katılma alacağının kusurlu eşe tam olarak ödenmesinin, toplumdaki adalet duygusunda tahammül edilemez şekilde zedelediğini söylemek mümkün değildir[183]. Bu nedenle

---

[178] Sarı, s.236; Gümüş s.383.

[179] Zeytin, s.334;

[180] Acar, s.369.

[181] Akyol, s.97; Ayrıca Alman Hukukunda BGB § 1390 kanun tasarısı metninde mirasa layık olmayan bir eşin, diğer eş onu hatalı davranışından dolayı affetmediği sürece tazminat talep etme hakkına sahip olmadığı öngörülmüş ve tasarı gerekçesinde tazminat talebinin (kazançların denkleştirilmesi) evlilik birliğinin bir sonucu olduğu ve bu birliğe karşı böylesine ciddi bir suç işleyen eşin bundan herhangi bir menfaat elde etmemesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak ilgili hüküm kanunlaşmamıştır.

[182] Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel, s.119.

[183]Alman Hukuku bakımından bkz. Johannsen K.H/Henrich D./Althammer Cristoph, (2020), Familienrecht, (7.Auflage), C.H.Beck s.362; Her ne kadar Alman Hukukunda zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hükmün uygulanması için

kanun koyucu da, sadakat yükümlülüğünün en ağır iki hali olan zina ve hayata kast hallerine sonuç bağlamıştır. Kanun koyucu, katılma alacağının azaltılmasını sadece bu iki halle sınırlamakla yetinmemiş, kanun lafzında *"azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir."* ifadesini kullanarak hakimin takdirine bırakmıştır. Boşanma her ne kadar zina veya hayata kast nedenine göre gerçekleşmişse de, aile mahkemesi hakimi, azaltma kararı vermeme takdirine sahiptir. Hakim somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak hakkaniyet gerektiriyorsa, azaltma kararı verebilecektir[184].

Artık değere katılmaya hakimin müdahalesine benzer bir hüküm Alman Medeni Kanunu (BGB) §1381'de mevcuttur. Buna göre, Alman hukukunda yasal mal rejimi olan ve temel düşüncesi edinilmiş mallara katılma rejimiyle aynı olan kazanç ortaklığı rejiminde, kazanç paylaşımının yapılması büyük adaletsizliklere yol açıyorsa, borçlunun ifanın tamamını ya da bir kısmını kalıcı olarak reddetme hakkı olduğu söylenmektedir[185].

Evlilik birliğini ve buna bağlı olarak mal rejimini kusurlu olarak sona erdiren eşin, diğer eşten katılma alacağı talep etmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında da incelenmelidir. Her ne kadar artık değer eşlerin emek ve katkılarıyla oluşmuşsa da, evlilik birliğinin sona ermesine, hatta eşin ölmesine sebep olan eşin, evlilik birliğinin sona ermesi dolayısıyla alacağını tam olarak elde etmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır[186]. TMK m.2'ye göre, herkes haklarını kullanırken dürüst olmak zorundadır. Bu genel kural tüm hukuki ilişkiler için olup, evlilik birliği dışında da herkes dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Hukuki ilişki içinde bulunan

---

şart değilse de, benzer şekilde BGB § 1381'in uygulanması için "adalet duygusuna dayanılmaz şekilde aykırılık" şartı getirilmiştir.

[184] Şıpka, s.859; Badur, s.51.

[185] Acabey, s.127; Alman Hukuku bakımından bkz**.** Koch E.;(2022),Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch C.9, BGB § 1381, C.H.BECK, para. 5. Johannsen /Henrich /Althammer, s.360 vd.; Uygulamada, BGB §1381 hükmü ağır adaletsizliğin varlığına ilişkin katı şartlar nedeniyle genellikle uygulanmamaktadır. Alman Federal Mahkemesi birçok kararında evliliğin kusurlu şekilde (zina vb.) sona ermesi durumunda, kusurlu davranış yalnızca evliliği sona erdirdiği için kazanç paylaşımını etkilemeyeceğini, eşin evlilik birliğindeki kusurlarının tek başına dikkate alınmayacağını belirtmiştir. BGH NJW 1973,749; Hükmün daha çok ekonomik yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, kusurlu olarak nafaka ödeme yükümlülüğünün uzun süreli ihlali, uzun süreli ayrılık döneminden sonra edinilmiş olması gibi kazanç paylaşımının adalet duygusuyla tahammül edilemez şekilde çelişmesi hallerinde uygulama alanı bulur.; Aynı yönde Yücel, s.275. Yazar BGB § 1381 hükmünün Türk hukukunda öngörülen düzenlemeden farklı olduğunu, Alman hukukunda evliliğin kim tarafından ne şekilde sona erdiğini değil, eşin katılma alacağının borçlusu durumuna düşmesindeki ekonomik olguların göz önünde bulundurulduğunu beyan etmiştir. Farklı görüşte Johannsen/Henrich/Althammer, s.362 yazarlara göre ihlalin yalnızca ekonomik alanda olmasının gerekmediği sadakat yükümlülüğü, eşin itibarının zedelenmesi, vücut bütünlüğüne karşı ihlallerin varlığı halinde hükmün uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir.

[186] Farklı görüşte Öztan, s.534; yazar hükmün edinilmiş mallara katılma rejiminin amacına ve mantığına aykırı olduğunu, artık değere katılma oranının kusura bağlanmasının isabetli olmadığını belirtmiştir. Alman Hukuk bakımından bkz. Schulz W./Hauß J.,(2022), Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung,(7.Auflage), s.198; Yazarlar BGB § 1381 hükmünün kazanç ortaklığının temel ilkesiyle, yani ortaklaşa edinilen malların eşitlenmesi ilkesiyle çeliştiğini, her iki eşin de evlilik mallarının edinilmesine kendi yöntemleriyle eşit katkıda bulunduğunu ve bu nedenle kazancı eşit olarak paylaşmaları gerektiğini ileri sürmüştür. Sadakatsiz eşin "evlilik birliğinin meyvelerinden" mahrum bırakılmasının mümkün olmadığını belirtmişlerdir. Bkz. Schulz /Hauß, s.198.

tarafların sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır[187]. Eşlerin birbiriyle olan ekonomik ilişkilerinin basit bir borçlu-alacaklı ilişkisinden daha fazla sadakat yükümlülüğü ile bağlı olduğu bir gerçektir. Sadakat yükümlülüğünün bu kadar yoğun olduğu bir ilişkinin ne şekilde sona erdiğine bakmaksızın ticari bir ortaklığı tasfiye edermişçesine hareket etmek, evlilik birliğinin doğasına aykırı olacaktır. Eşlerden birinin, diğerinin mülkiyetinde bulunan edinilmiş malın kazanılmasında doğrudan ya da dolaylı olarak bir katkı yaptığına bakılmaksızın, artık değerde eşit oranda paylaşıma tabi tutulması, evliliğin mal kazanım topluluğu olmadığını ortaya koymaktadır. Her ne kadar ekonomik bir ilişki mevcut olsa da, öncelik her iki tarafın kalıcı bir ortaklık şeklinde yükümlülüklerini yerine getirmesinden ibarettir[188].

1.TMK m.236/2 Hükmünün Kanuna Eklenme Sebebi

EMK döneminde yasal mal rejimi olarak kabul edilen ve çeşitli nedenlerle haksızlıklara yol açan mal ayrılığı rejimi yerine, İsviçre ve Almanya'daki yasal mal rejimlerinin TMK'da yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi konusunda TBMM Adalet Komisyonunda görüş ayrılıkları çıkmış ve paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk tarafından ortak bir çözüm bulma amacıyla edinilmiş mallara katılma rejiminin milletvekilleri tarafından eleştirilen yönlerine ilişkin öneriler dikkate alınarak kaynak kanunda bulunmayan maddeler ihdas edilmiştir[189]. Bu maddelerden biri de çalışma konumuzu oluşturan TMK m.236/2 hükmüdür.

Hukukumuzda yaklaşık 75 yıl boyunca yasal mal rejimi olarak uygulanan mal ayrılığı rejiminden vazgeçilerek, eşlerin evlilik birliği içinde edindikleri mallarda bir eşin parasal katkıda bulunmasa dahi, malın değerinin yarısı üzerinde hak talep edecek olması, erkek egemen toplumda itiraz edilmeksizin kabul görmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun, itirazları değerlendirerek toplumun tüm kesimlerince kabul gören mal rejimi hükümleri düzenlemesi gerekliliği doğmaktadır. Kanun görüşmeleri sırasında edinilmiş mallara katılma rejimine yönelik en büyük eleştirilerden biri de eşin, zina yapması ya da diğer eşin hayatına kast etmesi halinde de, artık değer üzerinde pay sahibi olmasının büyük haksızlıklara yol açacağı, katılma alacağına bir an önce ulaşmak isteyen eşin kötüniyetli şekilde mal rejimini sona erdirebileceği, evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle mağdur olan eşin, bir de katılma alacağı borçlusu olmasının kabul edilemez

---

[187] Tarafların henüz sözleşme kurmadığı dönemde dahi birbirlerinin kişi ve malvarlığı değerlerini koruma yükümü altına girmektedirler. Bu koruma yükümlülüğü sadakatli davranma yükümlülüğü olarak adlandırılmıştır. Antalya O.G. (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.5,: S.1.Ankara,Seçkin Yayıncılık, s.265. Sadakat yükümlülüğü genel düzenlemenin dışında birçok hukuki ilişkide özel yükümlülük düzenlenmiştir. İşçinin sadakat borcu, vekil ve temsilcinin sadakat borcu, şirketler hukukunda ortakların ve yöneticilerin sadakat borcu gibi.

[188] Akıntürk/Ateş, s.60; Öztan, s.22.

[189] Kılıçoğlu, s.74; Kaşak F.E., (2020), Zina Veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması Veya Kaldırılması (TMK m. 236/II), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, s.115; Acabey, s.157.

olduğu ileri sürülmüştür. Yücel'e göre, kanun koyucunun hükmü yasalaştırması, kanun koyucunun edinilmiş mallardaki artık değeri sarfedilen emeğin karşılığı olmaktan ziyade, eşe "jest" olarak görülmesinden ibarettir[190].

Montesquei, bir ülke, kanun iktibas ederken kanun koyucunun içinde bulunduğu toplumun özelliklerini göz önünde bulundurarak örf, adetine aykırı olan ve toplumun değerlerine aykırılık taşıyan kanun hükmünü kendi toplum yargılarına göre kanunlaştırmasını, kanun yapma tekniği açısından başarılı bulmuştur[191]. Yani kanun koyucu toplumsal yapıyı inceleyerek toplumun kendine özgü ilkelerini, sınırlarını keşfetmeli; bunun sonucunda topluma uygun kanun hükümleri ortaya koymalıdır. Kanun koyucular kendi toplumlarının örf ve adetini görmezden gelinmesi gibi bir durum hoş görülmeyecektir. Örf ve adetlerimizle uyuşmayan, doğrudan çeviri yöntemiyle iktibas edilen kanun hükmü, toplumun değer yargılarıyla çelişecektir[192].

Türk kanunun koyucusu, mehaz kanundan farklı olarak Türk toplum gereklerini dikkate alarak birçok hüküm ihdas etmiştir. Örnek vermek gerekirse, İsviçre Medeni Kanununda (ZGB art.95) üstsoy, altsoy ve kardeşler arasında evlenme engeli mevcutsa da TMK m.129'da üstsoy, altsoy ve kardeşler arasında evlenme yasağının yanı sıra dayı, teyze, hala ve amca ile yeğenleri arasında da evlenme engeli bulunduğu düzenlenmiştir[193]. Türk kanun koyucusu, TMK m. 236/2 hükmünde olduğu gibi mehaz kanunu doğrudan kabul etmemiş Türk örf ve adetlerini dikkate alarak evlenme engellerini mehaz kanundan farklı olarak düzenlemiştir. Bu nedenle TMK m. 236/2 hükmünün yalnızca mehaz kanunda bulunmaması nedeniyle ileri sürülen eleştirilere katılmamaktayım.

Katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması kararı her şeyden önce edinilmiş mallara katılma rejiminin öngörmüş olduğu hukuki sonuçları hafifletmeyi amaçlamaz[194]. Kanun hükmünün

---

[190] Yücel, s.272.

[191] Montesquei, (2016), Kanunların Ruhu Üzerine, Doruk Yayınları, s.424.

[192] Acabey, diğer ülkelerdeki mal rejimlerine ilişkin hükümler göz önünde bulundurulurken, söz konusu düzenlemelerin toplumun yapısına ve sosyal bünyesine uygun olup olmadığı değerlendirilmesi gerektiğini beyan etmiştir. Acabey, s.158. Yazar, 1998 yılında yayınlamış olduğu eserinde zina veya hayata kast halinde katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması gerektiği şeklinde öneride bulunmuştur. Ancak 2020 yılında yayınlamış olduğu eserinde mal rejiminin kusura sonuç bağlamaması gerektiğini belirterek TMK m.236/2 hükmünü isabetsiz bulmuştur. Acabey B., (2020), Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 1.Baskı,Turhan Kitabevi, s.174.

[193] Dural/Öğüz/ Gümüş, s.56.

[194] Alman Hukuku bakımından bkz**.** Schulz/Hauß s.193; Yazarlar yasalara uygun şekilde yapılan hesaplamanın adaletsizlik teşkil etmeyeceğini, somut olayın özelinde kazanç paylaşımı yapılmasının haksızlığının ve rejimin doğasında bulunan eşitsizliklerin bu hükümle giderilmesinin mümkün olmadığını tazminat değerlendirilmesinin sonucunda kazanç payı verilmesi dayanılmaz derecede haksız olması halinde paylaşımın reddedilmesi gerektiğini söylemektedir. Yazar ayrıca hükmü "adaletin son can damarı" olarak nitelendirmektedir. Scheller J./Sprink M.; Beck'sche Online Kommentar, BGB § 1381, para.3; Örnek vermek gerekirse piyango kazançlarının, her ne kadar tesadüfilik unsuru ağır bastığından kişisel mal karakterli bir kazanım olsa da gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında karşılığı edinilmiş mallardan yapıldığı dikkate alınarak TMK m.230/3 gereği edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir. Acar, s..257; Ancak bu durum tartışmalara yol açmış, eşin piyango kazancının diğer eşle paylaşmasının hakkaniyete aykırı düştüğü yönünde ileri

net bir şekilde zina ve hayata kast halleriyle sınırlandırılmış olması bir eşin tasfiye davasında, rejimin uygulanmasının adaletsizliğe yol açtığı yönündeki savunmasına itibar edilmeyecektir. Hükmün uygulanmasının ön koşulu olarak kabul edilen zina veya hayata kast gerçekleşmişse, azaltma veya kaldırma kararında hakim takdir hakkını kullanırken, rejimin uygulanması sırasında ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumları dikkate alacaktır[195]. Çalışmamızın son bölümde hakimin takdir hakkını kullanırken göz önünde bulundurması gereken unsurları detaylı olarak açıklayacağımız için şimdilik bu açıklamayla yetiniyoruz.

Madde metninde artık değerdeki pay oranının "artırılması" olarak değil de "azaltması" olarak düzenlenmiş olması ile hükmün bir amacının da boşanmada kusursuz, mağdur olan eşin malvarlığının paylaşımı sırasında borçlu konuma düşecek olması nedeniyle mülkiyetinde bulunan malvarlığını bir an önce satmak zorunda kalması gibi haksız durumların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Örneğin, eşlerin tek edinilmiş malını mağdur eşin ikamet ettiği taşınmaz oluşturuyorsa, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda zina veya hayata kast eden katılma alacaklısı eşin alacağını ödeyebilmek için katılma alacağı borçlusu eş (zina veya hayata kast mağduru eş), taşınmazı satmak zorunda kalabilecektir[196]. İşte bu gibi durumlarda mağdur eşin evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle uğradığı zararı her ne kadar maddi tazminatla karşılanmış olsa da, maddi tazminat kararında tasfiye nedeniyle eşin uğrayacağı zarar dikkate alınmamaktadır. Kısa süre içinde hem ağır kusurlu şekilde evlilik birliği bozulan, hem de ikamet ettiği taşınmazı satarak zor durumda kalacak eşin mağduriyeti önlenmek istenmiştir. Aynı örnekte taşınmazın mülkiyetinin zina veya hayata kast eden eşin üzerinde olması halinde ise, mağdur eş artık değere yarı oranda katılacak, artık değere katılma pay oranı artırılmayacaktır. Zira hükümle amaçlanan, ağır kusurlu hareketleriyle boşanmaya sebep olan eşi cezalandırmak değil, mağdur eşin hakkaniyete aykırı olarak tasfiyenin olumsuz yönlerinden korumaktır[197]. Bu çerçevede hükmün, zina ya da hayata kast

---

sürülen görüşler bulunmaktadır. Ancak BGB §1381'in kazanç ortaklığındaki adaletsizlikleri giderme amacı bulunmadığından piyango kazancı nedeniyle eşe ifayı reddetme hakkı tanınmamıştır. Alman Federal Mahkemesi kararında da aynı hususlar vurgulanmış ve piyango kazancının ayrılıktan uzun bir süre sonra elde edilmiş olması, tek başına büyük eşitsizliği haklı çıkarmaz. BGH , 16 Ekim 2013 tarihli karar − XII ZB 277/12; Ancak somut olay özelinde piyango alacağının paylaşılmasının haksızlık teşkil edeceği durumların bulunması halinde, örneğin çok kısa süren bir evlilikte piyango çıkması halinde bilinçli olarak piyango alacağını paylaşmak amacıyla mal rejimini sona erdirmek isteyen eşin paylaşım talebi ağır adaletsizlik oluşturabilir. Strobel s.104.

[195] Bir eşin evlilik birliğinin gerektirdiğinden çok daha fazla çalışarak yıllar boyunca kendisinde beklenen düzeyin üstünde performans göstermesi, edinilmiş malların büyük çoğunluğunu kişisel malların gelirlerinin oluşturması gibi durumlar örnek olarak gösterilebilir.

[196] Her ne kadar TMK m.239 gereği katılma alacağının derhal ödenmesi, borçluyu ciddi zorluklara sokacak olması halinde ertelenmesine karar verilse de erteleme süresinin sonunda dahi ödenmesinin mümkün olmadığı durumlarda eşin mağduriyeti giderilmemiş olacaktır.

[197] Alman Hukuku bakımından bkz.Scheller/Sprink, BGB § 1381 para.1; Schulz/Hauß, hükmün amacını, yalnızca kazanç tazminatını ödemekle yükümlü eşin aşırı yük altına girmesini önlemek şeklinde açıklamış ve bu duruma örnek olarak kaza sonrası bakıma muhtaç olan eşi terkederek kazanç paylaşımı talep eden eşin talebinin reddedilmesi gerektiğini beyan etmiştir. Schulz/Hauß s.199.

mağduru eşin katılma alacağı ödemekten kaçınmak amacıyla boşanma davası açmasının önündeki engeli kaldırdığı da söylenebilir.

TMK m.239/2 ile katılma alacağının alacaklı eşe derhal ödenmesi "ciddi güçlüklere" yol açacaksa, borçlu eş, vade tanınmasını isteyebilir [198] . Katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması ile amaçlanan, katılma alacağının ödenmesinin mağdur eş bakımından ciddi güçlüklere yol açmasıyla birlikte ödenmesinin ayrıca hakkaniyete aykırılık oluşturmasıdır. Bu nedenle tasfiye sonucunda katılma borçlusu eşe vade tanınması, ciddi güçlükleri ortadan kaldırmayı amaçlasa da, tek başına hakkaniyete aykırı durumu çoğu zaman ortadan kaldırmayacaktır. Somut olayın özelliklerine göre borçlu eşe vade tanınması hakkaniyete aykırılığı ortadan kaldıracaksa, hakim katılma alacağının azaltmasına karar vermeyebilir. Ancak hakim katılma alacağının azaltılmasına karar vermiş olsa dahi, borçlu eş, azaltılan katılma alacağını derhal ödemesi halinde zor durumda kalacaksa, talep halinde hakim azaltılan katılma alacağının ödenmesini erteleyebilir[199].

Hükmün kaleme alınış şeklinden bilinçli olarak mağdur eşin evlilik birliğinin bozulmasının dışında tasfiye nedeniyle adeta "çifte mağduriyete" uğramasının önüne geçmek olduğu anlaşılmaktadır[200]. Doktrinde hükmün bu şekilde düzenlenmesinin zina veya hayata kast eden eşin genellikle erkek olması ve yine edinilmiş malların genellikle erkek eşin mülkiyetinde bulunması dikkate alınarak erkekleri koruyucu amaçla bilinçli şekilde düzenlendiği ileri sürülmüştür[201]. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş hükmün katılma borçlusu mağdur eş lehine uygulanacağı yönünde [202] olsa da, maddedeki ifadeye fazla anlam yüklenmesine gerek olmadığını, hükmün alacaklı mağdur eş lehine de uygulanarak artık değerdeki pay oranın artırılması gerektiğini ileri süren görüş bulunmaktadır[203].

2.Hükmün Medeni Hukuk Yaptırımı Bağlamında Yorumu

Hukukumuzda tazminat kavramı, zararın giderilmesine yönelik ele alındığından cezalandırma işlevine uzak kalmaktadır. Ancak zararın giderilmesi, önleme amacını da kapsadığından caydırıcılık unsurunun ağır bastığı medeni ceza, medeni hukuk yaptırımı, özel hukuk cezası ve özel hukuk para cezası gibi adlarla nitelendirilen, zararı aşan boyutta tazminat

[198] Acar, s.396.
[199] Sarı, s.248.
[200] Alman Hukuku bakımından bkz.Schulz/Hauß s.196.
[201] Kılıçoğlu, s.148.
[202] Badur hükmün kaleme alınış şekli itibariyle edinilmiş malın kusurlu eşin mülkiyetinde olması halinde uygulanmayacağını bu durumun Türk aile yapısı açısından yaptırım teşkil etmeyeceğini ileri sürmüştür. Badur, s. 54; Zeytin s.329 ; Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel s.94, Scheller /Sprink**,** BGB § 1381**,** para**.**6.
[203] Akçin/Meral/Ağyel, s. 570.

hükümlerine çeşitli kanunlarda yer verildiği görülmektedir[204]. Medeni cezanın amacı, fail ne boyutta cezalandırılacağını haksız fiilin öncesinde bilmesiyle haksız fiili işlemekteki niyet ve iradesinin ortadan kaldırılmasıdır[205].

Katılma alacağının zarardan bağımsız olarak doğduğu dikkate alındığında, TMK m.236/2 hükmünün, özel hukuk cezası niteliğinde olmadığı söylenebilir. Özel hukuk cezası terimi, haksız fiil sonucu mağdurun zarara uğradığı ancak zararın miktarının genellikle gerçek zararı aşan ve gerçek zarardan bağımsız olarak önceden belirlenen tazminat hükümlerini karşılamaktadır. Oysa ki TMK m.236/2 mağdurun zararını gidermeye yönelik olmayıp, zina veya hayata kast fiilleri nedeniyle boşanma davasında lehine maddi ve manevi tazminat hükmedilerek, zarar telafi edilmeye çalışılmıştır[206].

Doktrinde bazı yazarlarca hükmün medeni ceza niteliğinde olduğu belirtilmektedir[207]. Mal rejiminin sona ermesine ağır kusurlu davranışlarıyla sebep olan eşin, Türk Ceza Kanunu kapsamında alacağı cezanın yanı sıra, artık değere katılma oranı azaltılarak, hatta kaldırılarak ekonomik olarak da cezalandırıldığından, hükmün medeni ceza niteliğinde olduğunu belirtmişlerdir.

Katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması, zina veya hayata kast eylemini gerçekleştiren kişiye, özel hukuk cezası niteliğinde bir yaptırım uygulamayı amaçlamamıştır. Her ne kadar fail zina veya hayata kast eylemlerini işlemiş olsa da, tasfiye anında eşlerin edinilmiş mal niteliğinde bir malvarlığı bulunmuyorsa ya da yukarıda değindiğimiz üzere edinilmiş mallar zina veya hayata kast fiilini gerçekleştiren eşin mülkiyetinde bulunuyorsa, hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, hükmün cezalandırma amacına haiz olmadığı değerlendirilmektedir. Eğer hükmün birincil amacı zina veya hayata kast fiilini gerçekleştiren eşi

---

[204] İş hukukunda düzenlenen ayrımcılık tazminatı ve Rekabet hukukunda düzenlenen üç kat tazminat örnek olarak gösterilebilir.

[205] Özel hukuk cezası, diğer bir deyişle medeni hukuk cezasının ilk olarak caydırma amacı olduğu bu nedenle toplumda bu fiilleri işlemenin ağır sonuçları olacağı algısı oluşturulmak istendiği belirtilmiştir. Zararı aşan miktarla cezalandırılmasında temel amacın bu fiili işleyenin ya da toplumdaki diğer bireylerin bu fiilleri tekrar etmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Medeni hukuk cezasının diğer bir amacı ise cezalandırma amacıdır ki bu da hukuka aykırı davranan kişilerden öç alınmak suretiyle hukuka aykırı davranan kişilerin cezalandırılmasıdır. Son olarak medeni hukuk cezasının telafi amacının olduğunu söylenebilir. Telafi etme amacı ise zarara uğrayan kişinin tazminatla telafi edemediği zararını karşılamayı amaçlar. Tazminat hukukunda zararın bazen zarar uğrayan kişi tarafından tespit edilemediği ya da telefasi mümkün olmayan zararların da telafisi edilmesi gerektiğini amaçlamıştır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Cömert Akbay B.,(2018),Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası,Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi,C.4, S.2, s.152 vd.

[206] Alman Hukuku bakımından farklı görüş için bkz. Schulz/Hauß s.199; Johannsen/Henrich/Althammer, s.370; Yazarlara göre boşanmanın nedeni olan evlilik içi güvene dayalı sadakat ihlallerinin, borçlunun ortaklaşa kazanılan değerdeki payının azaltılması veya yoksun bırakılması boşanma cezası etkisi yaratır.

[207] Yücel, s.273; Aydın G.S.,(2018), Türk Medeni Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Halinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.24; Gümüş, s.396.; Badur, s.57.

cezalandırmak olsaydı, kanun koyucu kusurlu eşin artık değere katılma oranını azaltmak yerine, diğer eşin artık değere katılma oranının artırılması şeklinde düzenleme yapardı. Kaldı ki, kanun koyucu, azaltma veya kaldırma kararını mutlak olarak uygulamak istememiş, hakimin takdir yetkisine bırakmıştır. Özel hukuk cezası niteliğinde bir yaptırım hedeflenseydi, hakime takdir hakkı tanımaksızın "kusurlu eşin artık değerdeki pay oranı yarı oranda azaltılır" şeklinde bir düzenleme ile somut olayın özellikleri dikkate alınmadan doğrudan kusurlu eşin cezalandırılması amaçlanırdı.

III. Artık Değer Pay Oranının Azaltılması Veya Kaldırılmasının Şartları

A. Eşler Arasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Geçerli Olması

TMK m.236/2 gereği katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması için her şeyden önce eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması gerekmektedir. Hem maddenin kanun sistematiğinde edinilmiş mallara katılma rejimini düzenleyen maddeler içinde düzenlenmesi, hem istisna niteliğindeki hükmün diğer mal rejimlerine uygulanamayacak olması, hem de edinilmiş mallara katılma rejiminin doğası dikkate alındığında, hükmün yalnızca edinilmiş mallara katılma rejimine uygulanacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, hükmün mal ortaklığı, mal ayrılığı ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerine uygulanma imkanı yoktur. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde benzer bir hüküm TMK m.252 ile getirilmiş olup, kusurlu eşin payının azaltılması veya kaldırılmasına karar verilebilecektir[208].

Tasfiyenin söz konusu olmadığı ve her eşin kendi mülkiyetinde bulunan malların evliliğin sona ermesi halinde de kendi mülkiyetinde kalmasını amaçlayan mal ayrılığı rejiminde, eşlerin tam olarak mali bağımsızlığı söz konusu olduğundan, evliliğin ne şekilde sona erdiğinin mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmaması gerekmektedir. Eşler arasında evlilik birliği nedeniyle elde edilmiş bir mal bulunmamakta, evliliğin sağladığı ekonomik durumdan ve eşler arasındaki dayanışma nedeniyle bir mal edinimi söz konusu olmadığından, evlilik birliğine ağır saldırı olarak nitelendirilen zina veya hayata kast halinde kanun koyucu farklı bir paylaşım kuralı öngörmemiştir. Eşler evlilik süresince mallarının ayrı olduğunu en başından itibaren kabul ettiklerinden; zina ya da hayata kast ederek evlilik birliğinin sona ermesine yol açan eşin, mağdur eşten mal tasfiyesine dayalı bir alacak hakkı talep etmesini düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, mal ayrılığı rejiminde TMK m.236/2 hükmüne benzer bir düzenleme yapılması, mal ayrılığı rejiminin niteliği ile bağdaşmayacaktır. Kaldı ki, TMK m.236/2 hükmü, kanunun taslak görüşmelerinde edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesine karşı çıkanların eleştirdiği

[208] Kanun taslağında TMK m.252 "Paylaşmanın açıkça hakkaniyete aykırı olduğunun veya istemde bulunan eşin mirasçılıktan çıkarılmasını gerektirecek davranışlarda bulunduğunun anlaşılması halinde paylaştırma istemini reddeder" şeklinde olmasına rağmen TMK m.236/2 ile birlik sağlanması ve mirastan çıkarılmasını gerektirecek davranışların yorumunun zor olması nedeniyle zina veya hayata kast ile sınırlandırılmıştır.; Kaşak, s.118.

noktaları hafifletmek adına getirilmiş olduğu da dikkate alındığında, tasfiyenin bulunmadığı mal ayrılığı rejimi açısından bu hükmün uygulanmasına ihtiyaç duyulmamaktadır[209].

Eşler arasında birlik ve dayanışmanın en üst düzeyde olduğu mal ortaklığı rejiminde, eşler, evlilik birliğinin devamına güvenerek ortaklık mallarını genişletmeyi amaçlamaktadırlar. Evlilik birliğinin sona ermesi durumunda, mal tasfiyesi, edinilmiş mallara katılma rejiminin aksine ayni olarak yapılmaktadır. Paylaşmada eşit pay kuralı esas alınır[210]. Eşlerin en az edinilmiş mallara katılma rejimindeki kadar korunması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna rağmen, kanun koyucu, TMK m.236/2 hükmüne benzer bir hükmü, mal ortaklığı rejimi açısından getirmemiştir. Kanun koyucunun evlilik birliğinin ne şekilde sona erdiğini tasfiyede dikkate almak istemesinin birden fazla sebebi bulunabilir. İlk olarak, mal ortaklığı rejiminin ülkemizde çok nadir kullanıldığı, bu nedenle mal tasfiyesinde, evlilik birliğinin ne şekilde sona erdiğine bakılmaksızın eşit paylaşma kuralını en başta iradi olarak kabul etmeleri nedeniyle, hakimin müdahalesinin uygun düşmeyeceği yorumu yapılabilir. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmesinde iradilik söz konusu olmayıp, yasa gereği uygulanma durumu söz konusudur[211]. Kanun koyucunun mal ortaklığında hakimin müdahalesine imkan tanımamış olmasının diğer bir nedeni de, paylaşmanın ayni olarak yapılmasıdır. Bunun sonucunda tasfiye davası sonucunda eşlerden birisi, katılma alacağı niteliğinde bir alacak kaleminin borçlusu olmamasıdır. Hükmün kanuna eklenme sebebini değerlendirdiğimiz başlıkta, zina ve hayata kast mağduru eşin, diğer eşe katılma adı altında bir borcu ödemesinin toplum vicdanını sarsacağından söz etmiştik. Mal ortaklığı rejiminde zina ya da hayata kast mağduru eşin, diğer eşe borçlu konumunda bulunmayacağını öngören kanun koyucunun, paylaşma kuralına istisna getirmemesi hukuk düşüncesine uygun düştüğü söylenebilir. Kanaatimce, kanun koyucunun tasfiyenin ayni olarak yapıldığı paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde olduğu gibi, evlilik birliğindeki kader birliğinin üst düzeyde benimsendiği mal ortaklığı rejiminde de zina veya hayata kast halinde eşit paylaşma kuralına, hakimin müdahalesini mümkün hale getiren bir düzenleme yapması mal ortaklığı rejiminin niteliğine uygun düşecektir.

B. Evliliğin Boşanma veya Ölümle Sona Ermesi

TMK m.236/2 lafzında hükmün "boşanma halinde" uygulanacağı açıkça kararlaştırılmıştır. Bu nedenle, mal rejiminin boşanma dışında bir sona erme halinde evliliğin butlanı, olağanüstü mal rejimine geçilmesi ya da eşler tarafından farklı bir mal rejimi seçilerek edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi hallerinde hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Kural olarak, ölüm halinde

[209] Mal ayrılığı rejiminde gerçek anlamda bir tasfiye yapılmamakta paylı mülkiyet konusu mallarla sınırlı olmak üzere tasfiye yapılmaktadır. Bkz. Acar, s.407.
[210] Acar, s.444.; Zeytin, s.325.
[211] Mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimindeki eşit pay kuralından farklı bir kuralın kararlaştırılması halinde TMK m.236/2 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına yönelik tartışmalar için bkz. Badur, s.52.

de hakim azaltma ya da kaldırma kararı veremeyecektir. Ancak eşin, diğer eşi öldürmesi hükmün istisnası olarak aşağıda ele alınacaktır. Yine zina veya hayata kasta dayalı boşanma davası devam ederken eşin ölmesi halinde, her ne kadar evlilik ölümle sona ermiş kabul edilse de, hükmün farklı ihtimallere göre uygulanıp uygulanmayacağı son bölümde detaylı olarak anlatılmaya çalışılacaktır.

Henüz zina veya hayata kasta dayalı olarak boşanma davası açılmadan ayrılık kararı talep edilmiş ve buna bağlı olarak eşlerin katılma rejimi mal ayrılığı rejimine dönüştürülmüşse, mal rejimi boşanma ile değil de, hakim kararı ile sona erdiğinden, her ne kadar zina veya hayata kast nedeni ispatlansa dahi, katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması talep edilemeyecektir[212].

Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi hangi boşanma sebebine dayanırsa dayansın, öncelikle, mal rejimini sona erdiren mahkeme kararının kesinleşmesi şartı aranmaktadır. Boşanma ilamı kesinleşmeksizin mal rejiminin tasfiyesi davası açılmışsa, hakim boşanma davasının sonucunu bekletici mesele yapacaktır[213]. Bu nedenle, mal rejiminin tasfiyesi için boşanma kararı tek başına yeterli olmayıp, boşanma kararının kesinleşmesi de ayrıca aranmaktadır.

Kanun koyucu katılma alacağının azaltılması veya kaldırılmasını boşanma nedenlerinden yalnızca iki özel mutlak boşanma sebebiyle sınırlandırmış olduğundan, kıyas yoluyla diğer mutlak boşanma sebeplerine uygulanma olanağı yoktur. Nitekim mal rejimi tasfiyesindeki eşit pay kuralının istisnası niteliğindeki bu hüküm, "istisnalar dar yorumlanır" ilkesi gereğince genişletilemeyecektir[214].

TMK m.236/2 hükmünün boşanma dışında uygulanacağı bir başka durum ise evliliğin, eşin, diğer eşi öldürmesi nedeniyle sona ermesi halidir. Bu nedenle kural olarak her ne kadar hüküm evlilik birliğinin ölüm nedeniyle sona ermesi açısından uygulanmayacak ise de, eşin diğer eşi öldürmesi halinde uygulanması mümkündür.

1.Boşanmanın Zina veya Hayata Kast Sebebine Bağlı Olarak Gerçekleşmesi

TMK m.236/2 hükmünde kanun koyucu, yalnızca zina veya hayata kast eylemlerine sonuç bağlamıştır. Bu iki eylemin ya da mutlak boşanma sebebinin katılma alacağını azaltma ya da tamamen kaldırma etkisi, bu iki boşanma sebebinin kanun koyucu tarafından evliliğin en ağır ihlali olarak kabul edilmiş olmasıdır. Gerçekten de mutlak ve nisbi boşanma sebepleri dikkate

---

[212] Şeker, s.68.; Zeytin, s.112.

[213] Yarg. 8.HD., T.12.06.2018, E.2017/16257, K.2018/13988 "*Yargıtay'ın ve Dairemizin sapmaksızın devam eden uygulamalarına göre, mal rejiminin tasfiyesi ile alacak hakkında bir karar verilmesi için eşler aralarındaki mal rejiminin sona ermesi gerekir. Başka bir anlatımla, şahsi hak niteliğindeki mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak hakkının davaya konu yapılabilmesi için muaccel (istenebilir) hale gelmesi gerekir, bu da mal rejiminin sona ermesi ile gerçekleşir. Mal rejiminin sona ermesi, mal rejiminin tasfiyesiyle alacak davalarının görülebilirlik ön koşuludur. Mal rejimini sona erdiren boşanma davasının derdest olduğunun anlaşılması durumunda usul ekonomisi gereğince (6100 Sayılı HMKm.30) bekletici mesele yapılmalıdır."* (www. kazanci.com E.T. 23.08.2022).

[214] Bkz. dn. 224.

alındığında Türk toplumu açısından, en ağır iki ihlalin zina ve hayata kast olduğu görülmektedir. Kanun koyucu tarafından belirleme yapılırken TMK m.162'deki kusurlu hareketlerin (hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış) tamamı hükme dahil edilmemiş, özellikle "hayata kast" fiili seçilerek eşe karşı işlenebilen en ağır kusurlu davranışa sonuç bağlanmıştır[215].

Yüksek mahkeme boşanmanın mutlak surette "zina ya da hayata kast" sebebine dayanarak karar verilmiş olmasını aramakta; boşanma davasında zina veya hayata kast ispatlanmış olsa bile, boşanma davasının farklı bir nedene dayanılarak açılmış olması veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak hüküm kurulmuş olması halinde, mal rejiminin tasfiye davasında hakim tarafından katılma alacağının azaltılmasına ya da kaldırılmasına karar verilemeyecektir[216]. Yargıtay 8. HD.'nin bir çok kararında[217] bu husus vurgulanmıştır. Öncelikle kanun lafzında açıkça boşanmanın zina ya da hayata kast sebebine dayanması gerektiği düzenlenmiş olup, boşanma sebebinden bağımsız şekilde "zina ya da hayata kast eden eşin katılma alacağı azaltılır ya da kaldırılır" olarak yorumlanması mümkün değildir. İkinci olarak, hükmün uygulanmasının önündeki zorluklar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Zira mal rejiminin tasfiyesi davasında, hakim tarafları boşanmaya götüren vakıalar hakkında yargılama yapmayacak; kesinleşmiş boşanma kararının hüküm kısmı ile bağlı kalacaktır[218]. Yalnızca boşanma kararının verildiği dosyayı incelemek

---

[215] Badur, s.43; Demir Ş.(2014), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, S.2014/1 ,s.265.; Sarı, s.230.

[216] Helvacı/Erlüle, s.187; Badur, s.44; Şıpka Ş., (2015), "Hakkaniyet Oranı" Zina Veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanmanın, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Doğan Katılma Alacağına Etkisi (TMK m.236/f.2), Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, Der Yayınevi, s.854; Uluç Y. (2014), Mal Rejimleri ve Tasfiyesi,(1.Baskı), Ankara, Yetkin Yayınları, s.1393.

[217] Yarg. 8.HD, T. 23.11.2015,E. 2014/12620, K.2015/21007 K., "*TMK'nun 236/2. maddesindeki düzenlenen eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına ilişkin hüküm edinilmiş mallara katılma rejimine özgü artık değere katılma alacağına ilişkin olduğu gibi; bu maddenin uygulanabilmesi için evliliği sona erdiren boşanma kararının "zina (TMK m. 161)" veya "hayata kast (TMK 162)" sebebine dayalı olarak verilmiş olması gerekir. Kesinleşen taraflara ilişkin boşanma kararının ne "zina" ne de "hayata kast" sebebine dayalı olmadığı, TMK'nun 166/1-2 ve 163 maddelerine göre karar verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle mahkemenin davayı ret gerekçesi yerinde değildir. Mahkemece, davanın esasına girilerek taraflarca gösterilen deliller toplanıp gerçekleşecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken; yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."* (www. kazanci.com E.T. 19.09.2022); Yarg. 8.HD, T. 01.04.2019, E.2019/552, K. 2019/3464, K., "*Mahkemece, TMK'nin 236/2 maddesine göre zina ve hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakimin kusurlu eşin katılma alacağının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebileceği hükmüne dayanarak davacının, davalıyı dolandırması sebebiyle ceza davası olduğu, evlilik birliği içinde sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı, iyi niyetle hareket etmediği, bu nedenle davacının dava konusu edilen taşınmazda herhangi bir katılma alacağını hak etmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmişse de, verilen karar kanuna ve Dairenin ilke ve uygulamalarına uygun bir karar değildir. Uşak 1. Aile Mahkemesi'nin 2007/523 E. 2010/953 K. sayılı dosyasında, kadının kusurlu davranışları nedeniyle TMK'nin 166/1-2 maddesine göre tarafların boşanmalarına karar verildiği, TMK'nin 236/2 maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, boşanma davasına bakan mahkeme tarafından, tarafların TMK'nin 161. maddesi gereğince zina nedeniyle veya TMK'nin 162 maddesi gereği hayata kast nedeniyle boşanmalarına karar verilmiş olması gerektiği, dikkate alındığında, somut olayda, tarafların evlilik birliğinin zina veya hayata kast boşanma sebebine göre sona ermemesi karşısında, TMK'nin 236/2 maddesinin uygulanamayacağı gözetilerek, yukarıda bahsedilen Dairenin ilke ve uygulamaları doğrultusunda davacı lehine katılma alacağına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir."* (www. kazanci.com E.T. 19.09.2022); Yarg. 8.HD, T. 15.11.2011, E.2011/5257, K. 2011/5888, K., "*Taraflar arasındaki boşanma davası sadakatsizlikten kaynaklanan şiddetli geçimsizliğe dayalı (TMK'nın 163 ve 166.) olarak açılmış, boşanma ile sonuçlanmış ve kesinleşmiştir. Bu nedenle TMK'nın 236/2. maddesinin olayda uygulanma imkanı da yoktur."* (www. kazanci.com E.T. 19.09.2022).

[218] Badur, s.49.

suretiyle katılma alacağının kaldırılması ya da azaltılması için hakkaniyet gerekip gerekmediği konusunda takdir hakkını kullanacaktır. Böylece mal rejiminin tasfiyesi davasında hem taraflara boşanmaya ilişkin vakıa ileri sürme imkanı vermeyerek yargılamanın uzamasının önüne geçilmiş olmakta, hem de hakim, kesinleşmiş boşanma kararını yorumlamak ya da denetlemek zorunda kalmaksızın kesin hüküm ile bağlı kalarak TMK m.236/2 hükmünü uygulayıp uygulamayacağı konusundaki takdir hakkını kullanacaktır[219]. Aynı şekilde hakim, zina ya da hayata kast sebebine dayalı kesinleşmiş boşanma kararındaki hukuki gerekçeden ayrılarak boşanmanın zina veya hayata kast dışında bir nedenden dolayı gerçekleştiği gerekçesiyle TMK m.236/2 hükmünün şartlarının oluşmadığına hükmedemeyecektir. Bu sebeple medeni yargılama hukukumuzdaki usul ekonomisi ilkesi de yerine getirilmiş olacak; tasfiye davası hakimi kesinleşmiş mahkeme kararı hakkında tekrar araştırma ve yargılama yapmaksızın mal rejiminin tasfiyesine başlayacaktır[220].

Yargıtay'ın görüşünün üçüncü yönü ise, hükmün uygulama alanının kanunun öngördüğü sınırlar dışına çıkmasının, istisna niteliğindeki hükmün genişletilmesinin önüne geçilmiştir[221]. Örneğin; genel boşanma sebebine dayanarak açılmış bir boşanma davasında zina boyutuna ulaşmayan güven sarsıcı hareketler ile hayata kast düzeyine ulaşmayan fiziksel şiddet halinde, tasfiye davasına bakmakta olan hakim, fiilleri gerekçe göstererek katılma alacağının azaltılmasına ya da kaldırılmasına karar vermesi sıkı şekil kuralları nedeniyle mümkün olamayacaktır. Başka bir deyişle, hükmün uygulanması için kararlaştırılmış olan boşanma sebeplerinin sınırlı sayıda oluşu hakime takdir, yorum veya kıyas imkanı tanımamaktadır[222].

Hükmün, mutlak surette zina ya da hayata kast nedenine dayanması her ne kadar hükmün uygulanmasında kolaylık olduğundan dolayı desteklense de, zina veya hayata kast nedeninin varlığına rağmen eşin birtakım sebeplerden dolayı genel boşanma sebebine dayanarak dava açması halinde hükmün uygulanmayacağını ileri sürmek, hükmün konuluş amacına aykırı olacaktır. Zira eş, dava dilekçesinde sonuç ve istem kısmında zina ya da hayata kast nedenine dayanarak

---

[219] Aydın, s.11.

[220]Medeni usul hukukumuzda bu durumda kesin hükümden bahsedilir. Buna göre ilk davada verilmiş olan karar, aynı tarafları, dava sebebi ve konusu aynı olan ikinci davada ilk davada kesin hükme bağlanmış olan husus açısından kesin delil niteliğini taşır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanıtez H./Atalay O./Özkes M., (2015), Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (3.Baskı), Ankara, Yetkin Yayınları, s.494 vd.

[221] Latince *"singularia non sunt extenda"* şeklinde ifade edilen *"istisnalar geniş yorumlanamaz"* olarak Türkçe'ye çevrilmiş bu evrensel hukuk ilkesi her ne kadar Medeni Kanunumuzda düzenlenmemişse de, yargı kararlarında ve doktrinde genişçe yer aldığı söylenebilir . İstisna hükmünden anlaşılması gereken olağan kanun hükümlerinden ayrılarak farklı bir hukuki sonuç öngören hükümlerdir. Bu istisna hükümlerinin kural olarak dar yorumlanması gerekir. Bu kuralın farklı bir boyutunu "*istisna kuralları kıyasen uygulanmaz"* kuralı oluşturur. Bu kural ile istisna hükümlerinin kıyas yoluyla uygulamasının genişletilmesinin önüne geçmek amaçlanmıştır. Kanun hükmünün kıyasen uygulanabilmesi için kanun boşluğunun bulunması, adaleti tesis etme amacına uygun olarak yapılacak hukuki değerlendirmede benzerliğin tespit edilmesi ve yorum yoluyla kıyasın mümkün olabileceği sonucuna ulaşılması gerekmektedir. bkz. Helvacı S./Topuz M.,(2022), Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri, (1.Baskı), İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s.58; Yongalık, s.10.

[222] Ersöz s.197; Şıpka, s.854 ;Badur, s.44.

boşanmayı talep etmemişse de, dava dilekçesinin içeriğinde zina veya hayata kast fiillerine yer vermiş, boşanmanın ileri sürülen olaylar nedeniyle gerçekleşmesini istemektedir. Mahkemece de bu fiillerin gerçekleştiği sonucuna ulaşılmasına ve gerekçeli kararda da eşin zina yaptığı açıkça yazılmasına rağmen hükmün uygulanmayacak olması haksız sonuçlara yol açacaktır. Hüküm öyle ki, hayata kast nedeniyle yapılan ceza yargılaması nedeniyle eşin kusurlu olduğu dahi sabitken, eşin boşanma davasını genel sebebe dayanarak açması nedeniyle TMK m.236/2 hükmünden faydalanamayacaktır. Aynı durum eşin zina eylemine dayanmaksızın açtığı davada, zina fiilinin gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen, yargılamanın geldiği aşamayı dikkate alarak zina sebebine dayalı yeni bir dava açmaması halinde de görülür. Yine eşin yaralama fiilini pek kötü muamele olarak değerlendirerek dava açmasına rağmen ceza davasında eşin işlemiş olduğu fiilin hayata kast niteliğinde olduğunun ortaya çıkmasında, hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle, pek kötü muamele nedeniyle boşanmalarına karar verilmiş olmasında ortaya çıkmaktadır. Eşlerin evlilik birliğini sona erdirme gerekçeleri zina veya hayata kast olmasına rağmen eşin elinde olmayan sebeplerden ya da dava sebebini yanlış nitelendirmesinden dolayı TMK m.166/1 gereğince boşanmalarına karar verilmiş olması nedeniyle zina yapan ya da hayata kast eden eşin katılma alacağından tam olarak almasını hukuk düzeni korumamalıdır.

Taraflar TMK m.166/3 gereğince düzenledikleri anlaşmalı boşanma protokolünde, boşanmaya sebep olan olayların zina ya da hayata kast nedenine dayandığını kararlaştırmış olsalar dahi, mal rejiminin tasfiyesi davasında boşanma, genel sebebe dayandığından -zina veya hayata kasta ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmadığından- katılma alacağının kaldırılmasına ya da azaltılmasına karar verilemeyecektir. Tasfiye davasında davacı eş hakkında hayata kast nedeniyle kesinleşmiş mahkumiyet kararı delil olarak sunulsa dahi, hakim, boşanmanın hayata kast nedeniyle gerçekleşmediği gerekçesiyle hükmü uygulayamayacaktır.

TMK m.236/2 hükmünün bir yönü de, evlilik birliğinin devamı süresince eşlerin katkısının bulunduğu karinesinin aksinin ispat edilmesidir. Katılma rejiminin devam ettiği, ancak eşlerin terk sebebine dayalı boşanmaları halinde terk döneminde edinilen mallar yönünden katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması gerektiğini düşünüyorum. Zira terk eden eşin aile konutu ve ailenin gereksinimlerini karşılamadığı, eşlerin ortak hayat sürdüremedikleri ve ekonomik yönden yardımlaşmanın bulunmadığı bu dönemde[223], edinilen mallarda yarı oranında alacak hakkına sahip olması hakkaniyete aykırıdır[224]. Bu durumda aile konutunu kusurlu şekilde terk eden, eşin terk döneminde edinilen mallardaki katılma alacağı azaltılabileceği ya da kaldırılabileceği gibi terk

[223] Acar F. (2011), ”Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Aile Konutu Niteliğine Etkisi”, İKÜHFD, C.10, S.2, s.35

[224] Gökçe Z., (2016), Edinilmiş Mallara Katılma, AÜHFD, C.65, S.4, s.3457-3492.

fiilini gerçekleştirmeyen eşin de bu dönemde edinilen mallarda hak sahibi olduğu katılma alacağı azaltılarak çift yönlü azaltma çözümü öngörülebilir.

Benzer bir durum boşanma davasının reddine rağmen üç yıl içinde ortak hayatın kurulamaması nedeniyle de gerçekleştirilen (TMK m.166/4) boşanma davası için de geçerlidir. Boşanma davasının devam ettiği süre ve kararın kesinleşmesinden sonraki üç yıllık süre dikkate alındığında eşlerin uzun bir süre ayrı yaşadığı, yardımlaşma ve dayanışmanın hiç olmadığı ya da asgari seviyede olduğu bu dönemlerde edinilen mallardan katılma alacağı talep edilmesi, kanun koyucunun hedeflemiş olduğu evlilik birliğine "emek harcama" ölçütünden uzaktır[225]. Her ne kadar ayrı yaşama halinde kanun koyucu eşlere önlem alma imkanı vermişse de (TMK m.206, TMK m.199, TMK m.197 vb.) eş bu imkanlardan yararlanmadığı sürece haksız sonuçların meydana gelmesi muhtemeldir.

Ayrı yaşama halinde eşin TMK m.229 hükmü dışında yaptığı edinilmiş malları azaltan tasarruflar dahi diğer açısından adaletsiz durumlar ortaya çıkaracaktır. Zira yasal mal rejimimiz eşlerin müsriflik derecesindeki harcamalarını dahi yaptırıma bağlamamış mal rejiminin sona erme anındaki malvarlıkları üzerinden artık değerin hesaplanmasını öngörmüştür. Örneğin fiili ayrılık döneminde ortak konutu terk eden eşin, uzun bir süre otelde kalarak bankada bulunan edinilmiş mal niteliğindeki parayı tüketmesi halinde; yardımlaşma ve dayanışmanın bulunmadığı bu dönemde diğer eşin katılma alacağının azalması yasal mal rejimimizin amacına aykırılık teşkil etmektedir. Aynı örnekte diğer eşin tek başına çalışarak edinmiş olduğu mallar üzerinde katılma alacağını kusurlu olarak azaltan eşin katılma alacağı talep etmesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Türkmen'e göre bu duruma ilişkin olarak ileri sürülen çözüm yollarından birincisi fiili ayrılığa dayanak olarak ileri sürülen boşanma davasının açıldığı tarihte mal rejiminin sona ermesi gerektiğidir. Kanaatimizce bu öneriye katılmamaktayız, zira eşler fiili ayrılık dönemlerinde evin geçimine destek olabilir, ekonomik anlamda yardımlaşma ve dayanışma devam edebilir. Somut olayın özelliklerini dikkate almaksızın doğrudan bir kanun düzenlemesiyle mal rejimini sona erdirmek, haksız sonuçlara yol açacaktır. Bu konuda hakime takdir yetkisi tanınarak eşlerin yardımlaşma ve dayanışmasının olmaması halinde mal rejiminin ilk açılan boşanma davasında sona ereceğinin düzenlenmesi bu açıdan, daha makul bir çözüm yolu olduğunu düşünmekteyim. Türkmen diğer bir çözüm yolu olarak ortak hayatın kurulmasında kusuru bulunan eşin ayrılık döneminde elde edilen mallara katılmasından ayrık tutulması ileri sürülmüştür. Bu çözüm yöntemine kısmen katılmaktayız. Zira ayrılık döneminde edinilen mallardan kusurlu eşin hak

[225] Türkmen, fiili ayrılık durumlarında mal rejimine ilişkin genel kuralların uygulanmasını kanunun amacına uygun düşmediğini, fiili ayrılık dönemlerine ilişkin bir düzenleme bulunmamasının örtülü kanun boşluğu olduğunu ileri sürmüştür. Türkmen, s.1872.

sahibi olması engellenmişse de, ayrılık döneminde kusurlu eşin artık değerini azaltmaya yönelik harcamaları bakımından bir önlem alınmayacaktır.

Ortak hayatın kurulmasında her iki eşin de kusurlu olması halinde, TMK m.236/2'de olduğu gibi, katılma alacağının hakim kararıyla hakkaniyete uygun olarak azaltılması gerektiği belirtilmiştir[226]. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından terk, fiili ayrılık ve ayrılık kararına rağmen mal rejimi konusunda bir önlem alınmamışsa, hakim somut olayın özelliklerini dikkate alarak kusurlu eşin katılma alacağını azaltabilmelidir. Yine ortak hayatın kurulmasında kusuru bulunmayan eşin de olağanı aşan harcamaları gibi, hakkaniyete aykırı davranışları olması halinde, katılma alacağı azaltılabilmelidir.

a-Sadakat Yükümlülüğü

Evlilik birliğinin kurulması ile birlikte eşler pek çok yükümlülük altına girmektedir. Bu yükümlülüklerden kuşkusuz en başta sadakat yükümlülüğü gelmektedir. Sadakat yükümlülüğü, kanuni dayanağını TMK m.185/3 hükmündeki *"eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar"* ifadesinden almaktadır. Sadakat yükümlülüğü, evliliğin huzurlu ve mutlu olarak devamını sağlamak üzere eşlerin birbirlerine karşı gerekli fedakarlığı, düşünceli davranmayı, sevgi ve saygıyı göstermelerini, evliliğin huzurunu, birliğini ve düzenini bozacak davranışlardan uzak durmalarını öngörmektedir[227]. Sadakat yükümlülüğü TMK m.2'deki dürüstlük kuralının aile hukukundaki özel düzenlemesi olduğu kabul edilir[228].

Sadakat yükümlülüğü, evliliğin her aşamasında eşlerin mutlak surette uymaları gereken bir yükümlülük olup, evlilik öncesi, boşanma davası devam ederken, hatta eşler boşandıktan sonra dahi tarafların birbirlerine karşı ekonomik anlamda sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır[229]. Evliliğin sona ermesi nedeniyle yoksulluğa düşen eşin, nafaka talep edebilmesi sadakat yükümlülüğünün, evlilik birliği sona erdikten sonra ekonomik yönden devam ettiğinin bir göstergesidir.

Sadakat yükümlülüğünün evliliğin farklı aşamalarında birçok görünüm şekli karşımıza çıkmaktadır. Bunları kısaca başlıklara ayırmak gerekirse; cinsel ve duygusal sadakat, fiziksel sadakat ve ekonomik sadakat olarak ele almak mümkündür. Sadakat yükümlülüğü türleri tek başına, parça parça olarak değerlendirilmemelidir. Bir yükümlülüğe aykırı davranan eşin beraberinde sadakat yükümlülüğünü tümüyle ihlal ettiği söylenebilir.

---

[226] Türkmen, s.1875.

[227] Badur/Başara, s.106;Yücel s.66; Akıntürk/Ateş, s.113.; Gümüş s.12.; Atılkan B., (2019), Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.10.

[228] Öztan, s.198; Dural/Öğüz/ Gümüş, s.26.

[229] Akıntürk/Ateş, s.113; Badur/Başara, s.106.; Atılkan, s.58.; Boşanma davası açıldıktan sonra da eşlerin sadakat yükümlülüğünün devam ettiğine ilişkin bkz.Yarg. 2. HD., T. 19.10.2012, E. 2012/17463, K. 2012/25314.

Cinsel ve duygusal sadakatsizlik, eşin karşı cinsle duygusal veya cinsel anlamda yakınlaşmaları ve bu yakınlaşmaya imkan tanıyan davranışlardan kaçınmayarak, diğer eşe karşı duygusal bağın azalması olarak ifade edilebilir[230]. Cinsel sadakatsizliğin en yoğun olduğu boşanma sebebi zina fiilinde görülmektedir. Cinsel sadakatsizlik birçok farklı durumda ortaya çıkmakta, zina boyutuna ulaşmayan güven sarsıcı hareketler, cinsel şiddet ve cinsel ilişkiden kaçınmak gibi durumlarda kendisini göstermektedir.

Fiziksel sadakat kavramı ise, eşin, diğer eşe, evlilik birliğinin çekilmez hale getiren, eşler arasındaki bağı ortadan kaldıran fiziki müdahalelerde bulunmasını yasaklayan yükümlülüktür. Fiziksel sadakatsizliğin en yoğun olduğu boşanma sebebi hayata kast ve eşin, diğer eşi öldürmesi olduğu söylenmektedir[231]. Fiziksel sadakatsizlik, hayata kast boyutuna ulaşmayan basit ya da nitelikli yaralama hallerinde de kendisini gösterebilir.

Ekonomik sadakat, eşlerin evlilik birliğindeki giderlere mali güçleri oranında katılmak ve evlilik birliğini oluşturan bağı zedeleyecek türden olumsuz ekonomik davranışlardan kaçınmak olarak ifade edilmektedir. Gidere katılma yükümlülüğü, ekonomik sadakatin akla ilk gelen parçası olup, bunun dışında, mali açıdan diğer eşi bilgilendirme, eşe ve çocuklara maddi destekte bulunma yükümlülüğü, eşin çalışma hayatına saygı ve savurganlık boyutuna ulaşan davranışlardan kaçınma örnek gösterilebilir[232]. Ekonomik sadakat yükümlülüğü mal rejimleri hukuku ile yakından ilgilidir. Zira yukarıda da bahsettiğimiz üzere, eşlerin edinilmiş mal olarak nitelendirilen bir malı, evlilik birliği içinde, karşılığının verilerek alınması şarttır. Eşlerin evlilik birliğinde birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü ile edinilmiş mal topluluğu arasında irtibat bulunduğu söylenebilir[233]. Sadakat yükümlülüğü bir bütün olarak ele alındığı takdirde eşlerin sadakat yükümlülüğü çerçevesinde edindikleri mal topluluğunu yine çok ağır bir sadakat yükümlülüğü ihlali ile bozması halinde, eşin mal topluluğu tasfiyesinde katılma alacağını eksiksiz olarak alması toplum vicdanını sarsacaktır[234].

---

[230] Erdem M./Makaracı Başak A.,(2022), Aile Hukuku, (1.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.31.

[231] Atılkan, s.46.

[232] Kılılçoğlu, (Aile), s.218; Evlilik birliğinin bütçesini sarsan eşin kusurlu olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 2.HD, T. 22.05.2018 ,E. 2016/18186, K.2018/6534 K., *"...mahkemece davalı kadına yüklenen kusurlu davranışlar yanında, davacı erkeğinde teknolojik alet merakı nedeniyle müsrif davranışlar sergilediği bu nedenle evlilik birliğinin bütçesini sarsacak derecede borçlandığı, davalı kadını doğuya tayin isteyeceği yönünde yanıltarak kadını ailesinin yanına gönderdiği ve birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ve boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit derecede kusurlu olduklarının kabulü gerekir. Bu husus gözetilmeden davalı kadının ağır kusurlu olduğunun kabulü doğru olmamıştır."* (www. kazanci.com E.T. 10.12.2022).

[233] Kılıçoğlu, TMK m.186/3 gereğince yapılan katkıların değer artış payı ya da katkı payı alacağının hak edilmesinde dikkate alınmadığını ileri sürerek bu katkıların edinilmiş mal olarak kabul edileceği sonucuna varılmıştır. Kılılçoğlu, (Aile), s.218.

[234] Acar, s.370 dn.1147.

TMK m.236/2'de sadakat yükümlüğünün en ağır iki hali yaptırıma bağlanmış olup, kanun koyucu aynı zamanda bu iki mutlak boşanma sebebini gerçekleştiren eşin katılma alacağının azaltılmasını düzenlemiştir. Zina ve hayata kast fiilleri konumuzu ilgilendiren boyutu dikkate alınarak açıklanacaktır.

b. Zina

Zina, hukuki itibarla evlilik birliğinin devamı süresince eşin karşı cinsten biriyle rızası ile cinsel ilişkiye girmesini ifade eder. Sadakat yükümlülüğünün en ağır boyutu olarak karşımıza çıkmaktadır[235]. Aynı zamanda mutlak boşanma sebebi de olduğundan, zina fiilinin işlenmiş olması halinde hakim, evlilik birliğinin çekilmez hal alıp almadığını, temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmaksızın boşanmaya karar verecektir. Hakim zinanın bir defa dahi gerçekleşmesi halinde hangi sebebe bağlı olarak geliştiği, eşin üzüntüsü veya zina eden eşin pişman olmaması gibi şartlara tabi olmaksızın evlilik birliğinin sona ermesine karar verecektir[236].

eTCK döneminde zina fiili suç olarak kabul edilmişti[237]. Zinanın boşanma sebebinin dışında suç olarak düzenlenmesinin amacı, genel ahlaka aykırı bir fiille ailenin toplumdaki önemine zarar verilmesi olarak açıklanabilir[238]. Anayasa mahkemesi tarafından verilen iki iptal kararı sonucunda zina önce erkek sonra da kadın açısından suç olmaktan çıkmıştır[239]. 5237 sayılı TCK'da ise zina suç olarak düzenlenmemiştir.

Almanya ve İsviçre'de boşanmada kusur ilkesi terk edildiğinden, zina fiili boşanma sebebi olarak düzenlenmemiştir[240]. Buna göre, zina halinde evlilik birliğinin çekilmez bir hal alması nedeniyle boşanma davası açılabilecektir. TMK m.236/2 hükmü, mehaz kanunda yer almaması

---

[235] Akıntürk/Ateş, s.244; Hatemi s.120.; Ersöz s.40.

[236] Helvacı/Erlüle, s.168; Kılıçoğlu, (Aile), s.118.

[237] eTCK m.440,441 eTCK'da zina suçu kadın ve erkek için farklı şartları tabi tutulmuştur. Evli kadının bir defa cinsel ilişkiye girmesi suç olarak kabul edilmişken evli erkeğin bir kadınla karı koca hayatı yaşaması halinde zina suçunun gerçekleşeceği kabul edilmiştir.

[238] Zinanın kişilik haklarını zedelemesi yanı sıra evliliğin onur ve şerefini korumaya amaçladığı, aile ve genel ahlak kurallarına aykırı bir suç olması ve tek eşliliğe dayalı aile yapısının ve nesebin korunması amacıyla suç olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Ersöz, s.29.

[239] Anayasa Mahkemesi evlilik birliğin tarafları arasında oluşan farklı durumun kadın erkek eşitliğine aykırı olduğuna hükmederek erkeğin zinasına ilişkin hükmü iptal ederek iptal kararının yayınlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceğine karar vermiştir. Kanun koyucu tarafından bir yıllık süre içinde yeni bir düzenleme yapılmadığından evli erkeğin zinası suç olmaktan çıkmış yalnızca kadının zinası suç olarak kalmaya devam etmiştir. AYM (Anayasa Mahkemesi) bu sefer de bu durumun Anayasa'nın 10. Maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle kadının zinasını düzenleyen eTCK m.440 hükmünü iptal etmiştir. (AYM 23.06.1998 T.,1998/3 E.,1998/28 K.)

[240] İsviçre'de 01.01.2000 yürürlük tarihli boşanma hukuku revizyonunda özel boşanma sebepleri yer almamaktadır. Alman hukukunda da 1977 tarihli değişiklikle kusur ilkesi terk edilerek zina özel boşanma sebebi olmaktan çıkmıştır. Avrupa'da aile hukuku ilkelerinin düzenlenmesi ve Avrupa Birliği ülkelerinde benzer hükümlerle uygulamada yeknesaklık amacıyla kurulan Avrupa Aile Hukuku Komisyonu'nun yayınladığı 2001 tarihli ilkeler doğrultusunda tüm Avrupa ülkelerinde zamanla boşanmada kusur ilkesi terk edilmiştir. Kaya Kızılırmak, s.19 vd.

nedeniyle sıkça eleştirilmektedir[241]. Ancak ülkemizde yakın bir tarihe kadar suç olarak kabul edilen zinanın mehaz kanunda özel boşanma sebebi olarak dahi kabul edilmemesi, kanun koyucunun içinde bulunduğu toplumun özelliklerini dikkate alarak kanun ihdas etmesinin bir sonucudur. Nitekim İsviçre ve Almanya'da zina her ne kadar boşanmaya neden olan bir hal olarak değerlendirilecek olsa da, Türk hukukunda olduğu gibi mutlak boşanma sebebi olarak yer almamaktadır. Bunun temel sebebi, Türk toplumunun sadakat yükümlülüğünü evliliğin temel taşı görerek zinanın çok ağır düzeyde bir ihlal olduğunun kabul edilmesidir. Yücel, TMK m.236/2 hükmünde kötü muamele ve onur kırıcı davranış yerine, zina fiilinin yer almasının sebebinin mirasçılıktan çıkarma hükümlerine uyarlanmak istenmesi olduğunu, aksi takdirde haksız fiil olarak değerlendirilen pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış yerine zinanın madde metnine eklenmesinin başka bir açıklamasının bulunmadığını ileri sürmüştür[242].

Yukarıdaki bölümlerde bahsedildiği üzere, BGB § 1381'de kazanç ortaklığı rejiminde aşırı adaletsizlik durumlarında, eşin ifayı reddetme hakkı vardır. BGB § 1381 hükmünün uygulama alanlarından biri de, evlilik birliğini yıkıcı ve önemli bir davranışın bulunmasıdır[243]. Buna rağmen eşin zinası nedeniyle evlilik birliğinin sona ermesi hali, tek başına kazanç paylaşımının azaltılmasına yönelik bir neden olarak kabul edilmemekte; uzun süreli sadakat yükümlülüğü ihlalleri halinde hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir[244]. Zina kazanç paylaşımın reddi için tek başına sebep olarak düzenlenmemiş, özellikle, zina sonrası hamile kalınması, çocuk olması, eski eş ya da yakın akraba ile zina halleri gibi ağır olarak kabul edilecek zina halleri kabul edilmiştir. Hukukumuzda ise, zina tek başına ağır bir ihlal kabul edildiğinden hakim başkaca bir şart

---

[241] Kılıçoğlu, s.147; Kaşak, s.115.

[242] Yücel, s.274.

[243]Alman Hukuku bakımından bkz. Schulz/Hauß s.196.; Zina tek başına kazançların eşitlenmesinin reddi için gerekli kabul edilmeyecek, birkaç yıl boyunca evlilik birliği yükümlülüklerinin ihlal edilmesi gerekmektedir. Ayrıca evliliğin süresi ve evlilik yükümlülüklerinin yerine getirildiği süre dikkate alındığından evlilikte ağırlıklı olarak yükümlülükler yerine getirilmişse kazançların eşitlenmesi nadir başvurulan bir istisna olmalıdır.; Koch, BGB § 1381, para.28

[244] Acabey, s.127; Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel, s.137, Johannsen/Henrich/Althammer, s.370, Schulz/Hauß,s.197; Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi 01/14/1981 T., 5 UF 155/80 kararında *"Eş üzerinde fark edilebilir bir etkisi olmayan ciddi bir evlilik kusuru, evlilik birliğinin, kazançların eşitlenmesinin azaltılmasına yol açabilecek ciddi bir şekilde bozulması anlamına gelmez."* Almanya Federal Mahkemesi'nin 22 Nisan 1966 tarihli kararında kocasının yeğeni ile ilişki yaşayarak 2 çocuğu olan kadının kazanç ortaklığı rejiminde doğan denkleştirme talebinin incelendiği davada İstinaf mahkemesi evliliğin ciddi bir şekilde suiistimal edilerek sona ermesine neden olan eşin tazminat talep etme hakkının evliliğin saygınlığı ve doğası ile bağdaşmadığını, kazançların eşitlenmesinin reddedilmesinin alacaklı tarafından evlilikteki suiistimal için bir "ceza" olarak görülmesinin hukuk politikası açısından istenmeyen bir durum olmadığını, zina davranışının "ısrarlı, ağır sadakatsiz ve alışılmışın dışında" olması halinde kazancı etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın, tazminat talebinin reddine yol açması gerektiğine hükmetmiştir. Federal Mahkeme ise m.1381 uygulamasının somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini, zina eden eşin yükümlülükleri ne derece yerine getirdiği, tarafların karşılıklı kusurlarının bulunup bulunmadığını, paylaşma konusu malın değerinin zina fiilinden sonra artıp artmadığı, kazanç eşitlenmesi talebinin tam olarak hesaplanmasının adaletsizlik olarak kabul edileceği noktanın tarafların ekonomik düzeyiyle ölçülmesi gerektiğini hükmün çok istisna niteliğinde olduğunu bu nedenle kararın bozularak m.1381 uygulamasının tekrar gözden geçirilmesi gerektiğine karar vermiştir. (IV ZR 58/65, NJW 1966, 2109)

aramaksızın katılma alacağının azaltılmasına ya da kaldırılmasına karar verebilecektir. Zina fiilinin devamlılığı, süresi ve ihlalin sonucu gibi hususlar hakimin artık değere katılma oranının azaltılmasında dikkate alacağı ölçütlerdir[245].

TMK m.161/2 gereğince, eşin zinayı öğrendikten sonra altı aylık hak düşürücü süre içinde dava açması gerekmekte, bu süre sonunda zina boşanma sebebine dayanarak dava açamamaktadır. Ancak zina mağduru eş altı aylık süre geçtikten sonra evliliğin birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı dava açabilecekse de, mahkemece verilen kararda zinaya ilişkin tespit yapılmış olması, TMK m.236/2 hükmünün uygulanması açısından önem arz etmeyecektir[246]. Bu durumda boşanma kararı zina nedenine dayanmadığından TMK m.236/2 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

Zinaya önceden rıza gösterme, zinaya muvafakat Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Zinaya rıza Türk toplum yapısına, toplumun aile topluluğuna bakış açısına uygun bir davranış olmadığından ve önceden verilen rızanın ahlaka aykırı olduğundan af kapsamında da değerlendirilmez[247]. Doktrinde farklı cinsel isteklerin ve normal olmayan cinsel deneyimlerin (eş değiştirme, toplu ilişki vs.) her iki eşçe önceden kabul edilmesi halinde, zina nedenine dayanarak boşanma davası açılamayacağı yönündeki görüşe katılmaktayım[248]. Eşlerden birinin zinaya rıza göstermesi ve daha sonra zinaya dayalı boşanma davası açması halinde, her ne kadar zina nedenine dayalı boşanma kararı verilecekse de, artık değere katılma oranı azaltılmasına karar verilecekse; eşin, zinaya muvafakatinin varlığı dikkate alınarak zina eden eş açısından makul sayılacak bir miktarda azaltmasına kararı verilebileceği düşüncesindeyim.

TMK m.236/2 hükmü, bir eşin zinası nedeniyle boşanma kararı verildiği takdirde rahatlıkla uygulama alanı bulacaktır. Her iki eşin zina sebebine dayalı olarak açmış oldukları boşanma davasında, her iki eşin de zina sebebiyle boşanmalarına karar verilmiş olması halinde, tarafların

---

[245] Bkz. 3. Bölüm, II, B.

[246] Şıpka, s.854; Yarg. 8. HD. T. 23.02.2015. E.2013/22743, K. 2015/797 *"...davaya konu taşınmaz edinilmiş mal rejiminin geçerli olduğu dönemde üçüncü kişiden satın alınarak davalı kadın adına tescil edildiğine, edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı talebi bakımından uygulanması mümkün olan TMK'nin 236/2. maddesinin tarafların TMK'nin 161. maddesinde yazılı zina sebebiyle değil, 166/4. maddesine göre 'ortak hayatın yeniden kurulamaması' sebebiyle boşandıkları dikkate alındığında katılma alacağı bakımından bu maddenin uygulanmasının mümkün bulunmadığına..."* (www. kazanci.com E.T. 18.12.2022).

[247] Akıntürk./Ateş, s.248; Rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir konularda olması gerektiği, kişilik haklarından önceden feragat edilemeyeceği şeklindeki görüş için bkz. Badur/Başara, s.109; Zinanın suç olduğu dönemde Yargıtayın görüşü de önceden rızanın geçerli olmadığı yönündeydi. Bkz. Y.İBK T.23.5.1966, E.1966/3 K.1966/5; Benzer hususlar TMK dönemindeki bir kararın karşı oy yazısında vurgulanmıştır. Yarg. 8. HD. T. 20.03.2014, E. 2013/9389, K. 2014/4769, *"Cezayı icap ettiren olaydan şikayet etmek hakkı şahsiyet ile ilgili medeni haklardandır. Medeni Kanun'un 23. maddesi uyarınca, bir kimse medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun vazgeçemez. Türk Ceza Kanunu'nda; karının veya kocanın zinasına, diğer eşin evvelce muvafakat etmiş olması hali şikayet hakkını önleyecek bir olay olarak kabul edilmemiştir. Bundan başka zina fiilinin başlamasından evvel kadının, kocasının evli olmayan bir kadınla zinasına rıza gösterdiğine ve bu rızanın her türlü baskıdan uzak bulunduğuna yer vermek, kadının sosyal durumuyla bağdaşamaz.*" (www. kazanci.com E.T. 18.12.2022).

[248] Ersöz, s.106.

eşit kusurlu oldukları kabul edilmelidir[249]. Bu durumda hakimin katılma alacağını azaltması ya da kaldırması hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edeceğinden, hükmün uygulanmaması gerektiği kanaatindeyim[250]. Her iki eşin evlilik birliğini yıkıcı bu davranışları halinde katılma alacakları talebinin reddedilmesinin hükmün amacına aykırı olacağı, hükmün zina yapan eşi cezalandırma amacı içermediği, aksine zina nedeniyle evlilik birliği bu denli ağır şekilde yıkılan eşin, zina yapan eşine katılma alacağı borçlanmasının getirdiği zorluklara ve toplumun adalet anlayışına aykırı olacağı değerlendirildiğinde, her iki eşin zina yapması halinde hükmün lehlerine uygulanması mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, her iki eşin zina yapması evlilik birliğine sıkı bir bağlılığın bulunmadığı, bu nedenle katılma alacağının tam olarak (TMK m.236/1 gereği ½ oranında) ödenmesi halinde, eşlerden birinin mağduriyetinin gündeme gelmeyeceği söylenebilir. Eğer doktrinde bazı yazarlarca savunulduğu üzere hükmün zina eden eşi cezalandırma amacı olduğunu kabul etmiş olsaydık, her iki eşin zina yapması halinde de, hükmün her iki eş aleyhinde de uygulanması gerektiğini kabul etmemiz gerekirdi. Ancak hükmün zina eden eşin aleyhine değil, zina mağduru eşin lehine uygulanabilme yönü dikkate alınarak her iki eşin zinası halinde, iki eşin de lehine uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir[251]. Yargıtay'ın da bu yönde vermiş olduğu bir kararında; her iki eşin de zinasına dayalı olarak boşanma kararının varlığına rağmen mal rejiminin tasfiye davasına bakan mahkemenin, TMK m.236/2 hükmünü uygulamaksızın vermiş olduğu kararı onamıştır[252].

Hükmün bir eşin zinasına karşılık diğer eşin de zina veya hayata kast eylemleri haricindeki kusurlu davranışları nedeniyle boşanma kararında eşit kusurun varlığına karar verilmesi halinde uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Yani eşlerden birinin zinasına karşılık, diğer eşin pek kötü davranış, ağır derecede onur zedeleyici davranış, ilgisizlik, şiddet vb. nedenlerle boşanma kararı verilip eşit kusura hükmedilmesi halinde[253], hakim, zina eden eşin katılma alacağını azaltabilmeli

---

[249] Yarg. 2. HD. T. 15.01.2013, E. 2012/12526, K. 2013/492, "…*davalı kocanın bir başka kadınla birlikte olması karşısında, davacı kadının da bir başka erkekle birlikte olduğu anlaşılmaktadır. Tarafların gerçekleşen bu kusurlu davranışları dikkate alındığında boşanmaya sebep olan olaylarda her iki tarafın da eşit kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir. Eşit kusurlu eş yararına maddi ve manevi tazminata (TMK. m. 174 /1-2) hükmedilemeyeceği gibi, başka bir erkekle birlikte yaşayan davacı kadın lehine tedbir ve yoksulluk nafakası verilmesi de usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."* (www. kazanci.com E.T. 15.10.2022).

[250]Aynı yönde görüş için bkz. Badur, s.50.

[251] Ersöz, s.199.

[252] Yarg. 8. HD, T. 25.11.2014, E. 2014/8031, K. 2014/21578, "…*her iki tarafın ayrı ayrı zina sebebine dayalı olarak boşanması, bu boşanma gerekçesinin her iki taraf yönünden nazara alınması gerektiği gözetilip değerlendirilerek; T. Z. Y.'in bu aracın alımında yarı oranında katkısı D. Q. tarafından kabul edildiği cihetle TMK'nun 236. maddesi gereğince 2.608,50 TL katılma alacağının ve tasfiye tarihi olan iş bu karar tarihinden itibaren yasal faizinin D.'e yapılacak ödemeden mahsup olunmasına…" (*www. lexpera.com E.T. 23.10.2022).

[253] Yargıtayın yakın tarihli bir kararında da bir eşin zinasına karşılık diğer eşin tehdit ve şiddet eylemlerinde bulunması hali eşit kusur olarak değerlendirilmiştir. Yarg. 2. HD, T. 14.03.2022, E. 2022/239, K. 2022/2391 *"…Bölge adliye mahkemesi, davacı-karşı davalı kadının; zina eylemini gerçekleştirdiği, davalı-karşı davacı erkeğin ise; eşini tehdit ettiği, eşe ve müşterek çocuğa karşı şiddet uyguladığı, ilgisiz davrandığı, tarafların karşılıklı kavga ve hakaretlerinin bulunduğu, müşterek hanenin ihtiyaçlarını karşılamadığı vakıalarını kusur olarak yükleyip boşanmaya sebebiyet veren*

ya da kaldırabilmelidir. Zira madde metninde boşanmanın zina nedeniyle gerçekleşmesinde kusurlu olan eşin katılma alacağının azaltılacağı öngörülmüş, hükmün uygulanması diğer eşin kusursuz ya da daha az kusurlu olması gibi bir şarta bağlanmamıştır. Bu nedenle bir eşin zinasına karşılık, diğer eşin kusurlu hareketleri mevcutsa ve hatta bu kusurlu hareketler nedeniyle zina eden eşten daha fazla kusurlu olsa dahi, zina eden eşin katılma alacağının kaldırılabilmesi mümkündür. Son olarak hakim zinaya rağmen diğer eşin eşit kusurlu hareketlerini, artık değerdeki pay oranını azaltırken dikkate almalı; kanun koyucunun "hakkaniyet" ibaresi ile amaçlamış olduğu hukuki sonuca ulaşmalıdır. TMK m.236/2 hükmünü eleştirenlerce ileri sürülen görüşlerden birisi de, zina eden eşin maddi tazminat ve manevi tazminata mahkum edilerek ekonomik olarak yeterince yaptırımı olduğunu, bir de katılma alacağının azaltılması şeklindeki hükmün, tek fiile birden fazla sonuç bağlanması nedeniyle uygun olmadığını belirtmektedirler[254]. Çalışmamızın ilk bölümünde maddi-manevi tazminat ile katılma alacağı farklı hukuki sebeplerden meydana geldiğinden çoğu zaman farklı malvarlığı grupları dikkate alınarak hesaplandığından, maddi tazminata hükmedilmesinin katılma alacağının tespitinde pratik bir öneme sahip olmadığını açıklamıştık. Bir tarafın zinasına rağmen eşit kusur bulunması halinde, her zina davranışının maddi-manevi tazminatla sonuçlanmadığı göz önünde bulundurulduğunda, TMK m.236/2 hükmünün maddi-manevi tazminattan ayrıldığını ve iki hukuki kurumun birbirinden bağımsız olduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar zina eden eş, eşit kusur nedeniyle aleyhine tazminata hükmedilmeyecek olsa da, diğer eşin sadakatinin en ağır şekilde ihlal edilmesi nedeniyle hakkaniyet gerektirmesi halinde artık değerdeki pay oranı azaltılabilecektir.

c. Hayata Kast

Boşanma sebebi olarak hayata kast kavramı; eşlerden birinin diğerini öldürmek amacıyla bilerek ve isteyerek yapmış olduğu yaralama eylemleri olarak tanımlanabilir. Tanımdan da hareketle, eşin fiilinin kasten gerçekleşmesi gerekmekte, taksir, ihmal, dikkatsizlik ya da öldürme niyeti bulunmaksızın yapmış olduğu eylemler, hayata kast eylemi olarak değerlendirilemeyecektir[255]. Yine yaralama eylemi ölümle sona ermişse, artık hayata kasttan söz edilerek boşanma sebebi ileri sürülemeyecek, evliliğin ölümle sona erdiği kabul edilecektir[256].

---

olaylarda kadının ağır, erkeğin az kusurlu olduğuna hükmetmiştir. Yapılan incelemede; kadının zina eyleminin sabit olduğu, taraflara bölge adliye mahkemesince yüklenen kusurlar dışında, erkeğin sürekli şekilde şiddet ve hakaretinin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre taraflar eşit kusurlu oldukları halde, erkeğin ağır, kadının az kusurlu olduğuna hükmedilmesi doğru bulunmamış ve hükmün bozulmasına karar verilmiştir."(www. kazanci.com E.T. 25.10.2022).

[254] Öztürk Savaş H.(2022),Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiye,(1.Baskı),Ankara, Adalet Yayınevi, s.91; Alman Hukuku Bakımından bkz.Strobel, s.91.

[255] Erdem/Makaracı Başak, s.107.

[256] Kibar,A.F. (2020), Türk Hukukunda "Hayata Kast" Sebebi İle Boşanma Ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.2020/2, s.637.

Hayata kast mutlak boşanma sebebi teşkil ettiğinden, hakim hayata kastın varlığı halinde başkaca bir araştırma yapmasına gerek olmaksızın eşlerin boşanmalarına karar verebilecektir[257].

Hayata kast eylemleri, çoğu zaman ceza hukuku itibariyle de suç teşkil etmektedir. Eşe karşı kasten öldürmeye teşebbüs, TCK m. 82/d'de düzenlenmiştir. Bunun dışında, TCK kapsamında kasten öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmeyen, ancak kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan mağdurun *"yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olmuşsa",* hayata kast eyleminden bahsetmek mümkündür[258].

Hayata kast eyleminin mutlaka eşe karşı işlenmiş olması gerekir. Eşin yakınlarına ya da müşterek çocuğa karşı işlenen hayata kast eylemi halinde hükmün uygulanması mümkün değildir[259]. Çalışmamızın ilk bölümünde, hükmün, miras hukukundaki mirastan yoksunluk ve mirastan çıkarma kurumlarına benzerliğinden bahsetmiştik. Mirastan çıkarmada, ağır suçun mirasbırakana ya da yakınlarından birine karşı işlenmesi yeterliyken; mirastan yoksunlukta, mirasbırakanın bizzat kendisinin öldürülmesi veya öldürmeye teşebbüs edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, katılma alacağının azaltılmasının uygulama şartları, mirastan yoksunluk kurumuyla benzerlik göstermektedir. Sonuç olarak müşterek çocuğun öldürülmesi halinde tarafların hayata kast nedeniyle boşanması şartı gerçekleşmediğinden, kanunun açık hükmü uyarınca katılma alacağının azaltılması uygulama alanı bulamayacaktır.

Hayata kast eylemi bizzat eş tarafından gerçekleştirilmeyip, eşin iştirak etmesi ya da azmettirmesi mümkündür. Bu durumda iştirak eden veya azmettiren eş hakkında hayata kast nedeniyle boşanma kararı verilmesi mümkün olacağından, TMK m.236/2 hükmünün uygulanması gündeme gelecektir[260].

Mal rejiminin tasfiyesine bakmakta olan hakim, hayata kast sebebiyle kesinleşmiş bir boşanma hükmünün varlığında, artık değerdeki pay oranını hakkaniyet oranında azaltabilecektir[261]. Hakim, boşanma kararına rağmen ceza mahkemesince verilmiş bir mahkumiyet kararı bulunmadığına, ya da farklı bir gerekçe ile hükmün uygulanmasının mümkün olmadığına karar veremez. Hakimin TMK 236/2 hükmünü uygulayabilmesi için, boşanma kararı dışında birtakım

---

[257] Erdem/Makaracı Başak, s.108; Akıntürk/Ateş, s.251; Helvacı/Erlüle, s.169.

[258] Kılıçoğlu, (Aile), s.120; Okan Koç; Y.,(2019), Hayata Kast, Pek Kötü Veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi İle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisans Eğitim Enstitüsü s.51.

[259] Hayata kast eylemenin mutlak olarak eşe karşı gerçekleştirilmiş olması gerekmekte olup, müşterek çocuğun öldürülmesinde dahi TMK m.236/2 hükmünün uygulanamayacağına ilişkin bkz. Yargıtay 8. HD. E. 2016/15105K. 2018/18680 T. 14.11.2018.

[260] Azmettirme ve iştirak halinde Türk Ceza Kanunu m.38 ve 39'da azmettirenin ve iştirak edenin fiillerden sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle eşinin hayatına kast edilmesine iştirak eden ya da eşini öldürme fiili için üçüncü bir kişiyi azmettiren eş hakkında hayata kasta dayalı boşanma kararı verileceğinden TMK m.236/2 hükmünün uygulama alanı bulacağı kanaatindeyim.

[261] Boşanma kararının TMK m.162/1'e dayanması şartı Yargıtayın istikrarlı kararlarında vurgulanmıştır.

şartların gerçekleşmesini aramasına ihtiyaç yoktur. Ancak TMK m.236/2, hakime geniş bir takdir yetkisi verdiğinden, gerekçesini belirtmek suretiyle artık değere katılma oranının azaltılmasına gerek olmadığına hükmedebilir.

Her iki eşin birbirlerinin hayatına kast etmesi (meşru müdafa hakkı dışında) halinde hükmün uygulanmaması gerektiği kanaatindeyim. Zira hayata kast eden eş açısından hayata kast eylemi sübjektif olarak değerlendirildiğinde, sadakat yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Hayata kast eylemini gerçekleştiren eşin, kendisine yapılan hayata kast eylemini, evliliğin yıkıcı bir etkisi olarak görmemesi gerektiğinden, katılma alacaklısı eşe katılma alacağını tam olarak ödemesi durumu eşler açısından haksızlık olarak değerlendirilmemelidir. Bir eşin zina etmesine karşılık, diğer bir eşin hayata kast eyleminde bulunması ve boşanma kararının zina ve hayata kasta dayanarak verilmiş olma ihtimalinde, hakim somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hakkaniyet gereğince her iki eşin ya da bir eşin katılma alacağını azaltabilmelidir[262]. Yargıtay bir kararında, zinaya ulaşmayan sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışların, kişilik hakkı ihlali olduğunu, hayata kast eyleminin ise, yaşama hakkının ihlali olduğunu; gerekçe göstererek, hayata kast eylemini gerçekleştiren eşin daha fazla kusurlu olduğu sonucuna varmıştır[263]. Hakimin hakkaniyet ölçütünde dikkate alması gereken kriterleri üçüncü bölümde açıklayacağımızdan şimdilik bu açıklama ile yetiniyoruz.

Alman Hukukunda da eşi kasten öldürmeye teşebbüs halinde kazanç paylaşımından faydalanmanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir[264]. Hukukumuzda olduğu gibi artık değerdeki pay oranı biraz daha esnek yoruma açık olarak değerlendirildiğinden, uzun yıllar boyunca fiziksel şiddet uygulayan eşin kazanç paylaşımı talebi kısmen reddedilmiştir. Fiziksel şiddet her ne kadar hayata kast boyutunda olmasa da, onlarca yıl sürmüş olması ve işkence boyutuna ulaşması sadakat

---

[262]Karamercan F.(2023), Katkı-Değer Payı Alacağı& Katılma Alacağı Davaları, (8.Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.1082.

[263]Yarg. HGK, T.02.12.2020, E.2020/2-2709, K.2020/987 *"Boşanmaya sebep olan olaylarda erkek eşin hakaret ettiği, fiziksel şiddet uyguladığı ve birlik görevlerini ihmal ettiği, kadın eşin ise sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı hususunda Özel Daire ile yerel mahkeme arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, tarafların sabit olan eylemleri nedeni ile boşanmaya sebep olan olaylarda kusur derecelerinin ne olduğu noktasındadır. Taraflar arasında 07.09.2013 tarihinde gerçekleşen yaralama olayının Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21.03.2014 tarihli ve 2013/254 E., 2014/47 K. sayılı yargılamasına konu olduğu, bu yaralama sonucunda kadın eşin durumunu bildirir 31.10.2013 tarihli kati sağlık raporunda geçen "Çekilen Toraks BT de sağda total pnömotoraks mevcuttu. Mevcut bulgularla hastaya sağ tüp torakostomi ve kapalı sualtı drenajı uygulandı. Hasta bu hali ile mevcut travmadan dolayı hayati tehlike geçirmiştir," ifadelerden kadın eşin hayati tehlike geçirecek şekilde sırtından bıçaklandığı anlaşılmıştır. Medeni yargılamaya konu somut olayda, boşanmaya sebep olan olaylarda erkek eşin süregelen hakaret, fiziksel şiddet ve birlik görevlerini ihmal eden kusurlu davranışlar sergilediği, buna karşılık kadın eşin de sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve sonuçta kadın eşin hayati tehlike geçirecek şekilde sırtından bıçaklanması ile fiilen sonlanan evlilik birliğinde; erkek eşin kişilik hakkının, kadın eşin ise yaşama hakkının ihlal edildiği görülmektedir."* (www. kazanci.com E.T. 22.12.2022).

[264] Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel s.139; Schulz/Hauß, s.204.

yükümlülüğü ile bağdaşmayacağından denkleştirme tazminatının azaltılmasına karar verilmiştir[265]. Yıllar boyu süren fiziksel şiddet eyleminin mi yoksa bir defa hayata kast eyleminin mi sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği sorusunun cevabını bulmak zordur. TMK m.236/2 hükmü ifadesinde yalnızca zina ve hayata kast nedeniyle boşanma kabul edildiğinden, yorum yoluyla hangi eylemin daha ağır olduğunun tespitinin bir önemi bulunmamakta, mal rejiminin tasfiyesi davasında hakime bu yönde bir takdir yetkisi verilmemiştir.

2. Eşin Diğer Eşi öldürmesi

TMK m. 236/2 maddesinde hükmün, açıkça boşanma halinde uygulanacağın belirtilmesi nedeniyle, eşin, diğer eşi öldürmesi halinde hükmün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt oluşturmuştur. Doktrinde birtakım yazarlar istisna niteliğindeki hükmün genişletilerek ölüm halinde de uygulanmasının ve TMK m.181/2 hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını savunmaktadır[266]. Bazı yazarlar ise, hayata kast halinde uygulanan hükmün ölüm halinde evleviyetle uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür[267].

Kanun koyucunun eşi öldürmeyi amaçlayan, ancak birtakım sebeplerden ötürü hedefine ulaşamayan eşin hayata kast eylemine sonuç bağlayıp, hedeflenen ölüm sonucuna ulaşan eşin katılma alacağı hakkında hüküm öngörmemesi açık ve gerçek bir kanun boşluğundan söz ettirir[268]. Zira kanun koyucu, eşin, diğer eşi öldürmesi halinde uygulanabilecek bir hüküm ihdas etmesi gerekirken, kanun metninin kaleme alınışı sürecinde unutarak ya da kanun sistematiğini bozmamak amacıyla ölüm halini hükme eklememiştir. Kanun koyucunun hayata kast eylemine sonuç bağlayıp ölüme sonuç bağlamaması özensizlik sonucunda değil; kanun boşluğunun bilinçli olarak hukuk politikası gereği bırakıldığını düşündürmektedir.

Hemen burada kanun koyucunun eşi öldürme halinin madde metnine eklenmemesinin bilinçli susma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini de tartışmak gerekir. Bilinçli susma, kanun koyucunun düzenleme yapmayarak, sorunu olumsuz olarak çözüme bağlamayı amaçladığı durumlarda mevcuttur. Bilinçli susma halinde hukukun tamamlanmasını gerektirecek bir boşluk bulunmamakta, kanun metninden kanun koyucunun iradesi anlaşıldığından kıyas yoluyla madde metninde söz edilmeyen durum için hakimin hukuk yaratmasına imkan ve olanak bulunmamaktadır[269]. TMK m.236/2 hükmünde kanun koyucunun bilinçli boşluk mu bıraktığı,

---

[265] OLG Bamberg , 5 Aralık 1996 tarihli karar - 2 UF 181/96.

[266] Gümüş, s.397; Sarı, s.230.

[267] Acar, s. 371; Köroğlu E. (2016), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler Ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (Tmk M. 225) , Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.11, S. 1, s.234; Akçin/Meral/Ağyel, s.586, Karamercan, s.1083.; Zeytin, s.328; Şıpka/Özdoğan, s.524; Aydın, s.28; Kaşak, s.121.; Öztürk Savaş, s.91; Hatemi s.109.

[268] Öztan, s.535; Şıpka, s.859; Zeytin s.328.;Aydın, s.25; Helvacı/Erlüle, s.18.

[269] Antalya G.O./Topuz M.(2021), Medeni Hukuk Cilt I, Ankara,Seçkin Yayıncılık, s.283.

yoksa bilinçli susma[270] yoluyla eşi öldürme halinin hükmün dışında mı bıraktığı sorusunun cevabı, kanun koyucunun iradesi ortaya konularak çözümlenebilecektir. Kanaatimizce, kanun koyucu, madde metnine "hayata kast halinde boşanma" halini düzenleyerek *"azı yasaksa çoğu da yasaktır"* şeklindeki hukuk ilkesini[271] benimsemiştir. Buna göre, kanun koyucunun iradesi; her öldürme eylemi, içinde hayata kast olgusunu da barındırdığından, öldürme eylemi kanun metnine bilerek eklenmemiş, boşluğun hakim tarafından doldurulması amaçlanmıştır. Kaldı ki, kanun koyucunun hayata kast eylemine sonuç bağlayıp öldürme fiiline sonuç bağlamaması mantık kurallarına aykırı olup, aynı zamanda kanunda çelişki meydana getirmektedir. Ortaya çıkan adaletsiz ve haksız sonuca izin verilmemelidir[272].

Hakim açık boşluğu doldururken genellikle kıyas yoluna başvurmaktadır. Kıyas, kanun koyucunun bir kanun hükmündeki iradesinin ve eğiliminin somut olaya uygulanmasıdır[273]. Hakim, önüne gelen sorunu aynı sonucu gerektiren olaya başka bir kanun hükmünden faydalanarak o hükümde benimsenen çözümü dikkate alarak sonuca ulaşmalıdır.[274] TMK m.236 hükmünün istisna niteliğinde olduğunu, kıyas yoluyla farklı durumlar için uygulanmayacağı, zira istisnaların kural olarak dar yorumlanması gerektiğine ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamamıza bağlı kalarak, "eşin diğer eşi öldürmesi eyleminin" istisna niteliğindeki hükmün genişletilmesi anlamına gelmediğini söylemek mümkündür[275]. Zira istisnaların kural olarak dar yorumlanması gerektiği ilkesi kanun hükmünün uygulamasının genişletilmemesini amaçlamaktadır. Söz gelimi, boşanmanın onur kırıcı davranış nedeniyle gerçekleşmesinin eş açısından zina fiilinden daha yıkıcı bir sonuç doğurduğu bir olayda, onur kırıcı davranış halinde kusurlu eşin katılma alacağının azaltılmasına karar verilemeyecek olması, istisna hükmünün dar yorumlanmasının bir sonucudur. Ancak eşi öldürme eyleminin hayata kast eylemi arasındaki neden-sonuç ilişkisi, ağırlık derecesi dikkate alındığında, istisna hükmünün genişletilmediği sonucuna ulaşılır. Tersi bir durumda, kanun koyucu madde metninde "hayata kast" yerine "eşi öldürme" halini düzenlemiş olsaydı hayata kast halinde katılma alacağının azaltılması gerektiğini söylemek; istisnaların dar yorumlanacağı kuralından bahisle mümkün olmayacaktı. İstisna hükümlerinin dar sınırları içinde kıyasen uygulanabileceği, kanun metninde düzenlenmemiş bir durum ile pek çok açıdan benzerlik

[270] Kanun koyucunun bilinçli susması, bu konuda kıyası öngörmesi de olabilir. Antalya O.G.(2021), Hukuk Metodolojisi,C.2,(1.Baskı)Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.324.

[271] Roma hukukunda Latincesi "*Argumentum a minori ad maius*" olan bu ilke ile kanun bir şeyin azını yasaklıyorsa çoğunun yapılmasını yasaklıyor kabul edilmesi gerekir. Hakimin daha hafif bir durum için uyguladığı kanunu daha ağır bir durumda uygulaması gerekir.bkz. Helvacı/Topuz s.68.

[272] Aydın, s.25.

[273] Antalya, s.317.

[274] Antalya, s.320.

[275] Aydın, genişletici yorumun kanun metnindeki kelimelerden yapılabildiğini ancak madde metninde "hayata kast nedeniyle boşanma" şeklindeki ifade sebebiyle eşin öldürülmesi halini de kapsayacağını ileri sürmenin hükmün lafzının aşılması sonucunu doğuracağını, hayata kast ile öldürme fiili arasındaki benzerlik nedeniyle yapılan faaliyetin genişletici yorum olarak düşünülmemesi gerektiğini hükümde boşluk bulunduğunu belirtmiştir. Aydın, s.25.

gösteriyorsa, kendi anlam ve amaçları sınırında kıyas yapılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür[276]. Yine kıyas yapılırken kullanılan mantık kurallarından evleviyet kuralı (a fortiori) - daha az önemli duruma uygulanan kuralın daha önemli durumlarda uygulanması gerektiği- gereği mümkün hale gelmelidir.

Kanun boşluğu halinde hakim, TMK m.1/2 gereğince konuya ilişkin örf ve adet kuralı bulunmadığından TMK m.2 gereği dürüstlük kuralına dayanarak hükmün amacını ve benzer düzenlemeleri (TMK m.510/b.1 ve TMK m.578/1-b.1) dikkate alarak kanun boşluğunu gidermelidir.[277]

Hükmün amacı dikkate alındığında kanun koyucu, mal rejiminin sona ermesine kusurlu fiilleriyle sebebiyet veren eşin evlilik birliğinin devamı sırasında ortaya çıkan birikimden, diğer eş ile eşit oranda hak talep etmesini hakkaniyete aykırı bulmuştur[278]. Yapılacak kıyas, kanunun amacına (ratio legis) aykırı düşmediği takdirde caiz olacağından, TMK m.181/2 hükmü de dikkate alınarak kanun boşluğunun doldurulması sonucunda eşin, diğer eşi öldürmesi halinde katılma alacağının azaltılması veya kaldırılmasına karar verilebilmesi kanaatimce mümkündür.

Eşin, diğer eşi öldürmesi halinde katılma alacağı talep edip edemeyeceği hususunda Türk Yargısı tarafından verilmiş bir karar henüz bulunmamaktadır. Ancak konuya ilişkin Alman Yargısında eşini öldüren eşin, ölen eşin mirasçılarına karşı açmış olduğu kazanç paylaşımı davasında paylaşım talebinin reddedilmesi gerektiğine ilişkin karar verilmiştir[279]. Alman doktrininde eşini öldürenin kazanç paylaşımı talebinin reddedilmesi gerektiği savunulmuştur[280].

Eşin, diğer eşi kasten öldürmesi hali dikkate alınacak olup, taksir ya da bilinçli taksirle öldürme hallerinde katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması gündeme gelmeyecektir[281]. Eşin olası kastla öldürülmesi halinde hüküm uygulama alanı bulacak, ancak hakimin katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılmasında olası kastın yoğunluğuna göre karar vermesi

---

[276] Yongalık A.(2011), "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi, AÜHFD, C.60, S.1, s.12; Aydın s.28; Antalya, s.324.

[277] Aydın,, s.26;Hakim boşluğu doldururken tamamen serbest olmayıp kanun koyucu gibi davranmalıdır. Bu nedenle kanun koyucunun iradesi, kanunun amacını ve kanun koyucunun benzer olaylara ilişkin tutumunu dikkate alması gerekmektedir. Antalya, s.303,309; Akçin/Meral/Ağyel, s.586.; Zeytin s.328; Şıpka, s.859; Badur, s.48; Öztan, s.535.

[278] Aydın, s.24.

[279] Alman Hukuku bakımından bkz. Scheller/Sprink, BGB § 1381 para.24.; Eşini kasten öldüren eşin kazanç paylaşımı borçlu eşin mirasçıları açısından ağır ölçüde haksız olup uzun süren evlilik ihlallerinden de ağır olarak değerlendirilir. Bu nedenle kazanç paylaşımının tamamen reddedilmesi gerektiğine karar verilmiştir. (LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 29.02.2012 - 7 O 8624/11) aynı yönde davacı, evlilik süresince önemli bir kazanç elde edilmesine çalışarak ve ekonomik imkanlarını kullanarak katkıda bulunmasına rağmen eşini öldüren davacının sınırı aştığı, kazançların eşitlenmesine izin verilmesinin, borçlular için kabul edilemez bir adaletsizlik olarak kabul edileceğini, eşini öldüren davacının denkleştirme talebinin azaltılarak bile ödenmesinin adaletsiz bir sonucu olacağından denkleştirme adalet duygusuyla dayanılmaz bir şekilde çeliştiğini ve bu nedenle denkleştirmenin reddedilmesi sonucuna ulaşmıştır. (OLG Karlsruhe, Urteil vom 16.04.1987 - 2 UF 267/85)

[280] Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel s.135, Schnitzler K.(2020), Familienrecht, (5.Baskı), C.H.Beck, s.1161.

[281] Aydın, s.31; Akıntürk/Ateş, s.249, Kılıçoğlu, (Aile), s.120.

gerekecektir. Eşi intihara yönlendirme, intihar için gerekli hazırlıklara yardım etme, eşini ölmekten kurtarma imkanı varken kurtarmama hallerinde de hayata kastın bulunduğu belirtilmiştir[282].

Katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması hükmü kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olsaydı; TMK m.236/2 hükmü kanuna eklenmeseydi dahi, kanaatimce olması gereken hukuk bakımından eşini öldüren eşin katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması gerekirdi. Zira eşi kasten öldüren eşin artık değerden katılma alacağını talep etmesi kanuni adalete, evlilik birliğinin ruhuna ve hakkın kötüye kullanılması kuralına aykırıdır[283]. Yine eşin öldürülmesi halinde, TMK m. 578 gereği eşin miras payından faydalanamayacak, eşin katılma alacağını talep edebilmesi mirastan yoksunluk kurumunun düzenleniş amacıyla bağdaşmaz[284]. Nitekim kanunun yasaklamadığını dürüstlük kuralı yasakladığından, kusurlu veya ahlaka aykırı eylem ile hak elde edilemeyeceğinden eşini öldüren eşin katılma alacağı talebi reddedilmelidir.

C. Eşin Kusurlu Olması

Katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması için gereken şartlardan biri, doğal olarak kusurun varlığıdır. Boşanma kararının zina veya hayata kast eylemine dayanması gerektiğinden, tasfiye davasına bakmakta olan hakimin eşin kusuru bakımından tekrar değerlendirme yapması hem yargılamayı geciktireceğinden, hem de boşanma kararı kusur hakkında kesin hüküm teşkil ettiğinden tekrar yargılama yapılamayacaktır. Bu nedenle, kanun maddesindeki "kusurlu eşin" ifadesinin, tasfiye davasında; zina veya hayata kast fiilleri nedeniyle eşin kusurlu olmasının tekraren tespit edilmesi gibi bir amaca hizmet etmediği açıktır. Zina veya hayata kast eylemleri nedeniyle boşanma kararı verilmişse, bu karar kusuru da içinde barındırır. Yani eşin kusuru bulunmaksızın, diğer eşi hayata kast niteliğinde yaralaması ya da eşi dışında karşı cinsten biriyle cinsel ilişkiye girmesi halinde, boşanma kararı, bu iki boşanma sebebine istinaden verilemeyeceğinden, TMK m.236/2 uygulaması gündeme gelmeyecektir.

Madde metnindeki "kusurlu eş" ifadesinin kanun koyucu tarafından hükümdeki azaltma ya da kaldırma kararının muhatabı eş olarak anlaşılması gerekir[285]. Buna göre, artık değerdeki pay oranı azaltılacak olan eş, zina veya hayata kast fiillerinin faili kusurlu eş olup, zina veya hayata kast fiilinin mağduru olan eşin açtığı katılma alacağı davasında, artık değer pay oranı artırılmayacaktır[286]. Doktrinde bu husus, ülkemizde edinilmiş malların mülkiyetinin genellikle erkek eşlerin üzerinde bulunduğu, zina veya hayata kast eylemlerinin de genellikle erkek eşler tarafından işlendiği, bu sebeple hükmün kadınların aleyhine uygulandığı ileri sürülerek

[282] Aydın, s.32,; Akıntürk/Ateş, s.249.
[283] Zeytin, s.698; Öztan, s.535.
[284] Acar, s.371.
[285] Badur s.49; Ersöz, s.199.
[286] Zeytin, s.329; Kaşak, s.123.

eleştirilmiştir.[287] Kusurlu eş ifadesinden kusur derecesi hakkında bir çıkarım yapılamadığından, payı azaltılacak eş ağır ve tam kusurlu olabileceği gibi, eşit kusurlu da olabilir[288].

Kusurlu eş ifadesinin kullanılmasının diğer bir sonucu da, kanun koyucunun iradesinin, zina ya da hayata kast mağduru olan kusursuz ya da daha az kusurlu eşin artık değer pay oranının artırılamaması yönünde olduğudur. Doktrinde bazı yazarlarca hükümdeki azaltma veya kaldırma ifadelerinin mutlak surette kusurlu eş açısından uygulanması gerekmediği; kusursuz eşin artık değerdeki pay oranının artırılması suretiyle de kanun koyucunun istediği sonuca varılacağı ifade edilmiştir[289]. Ancak bu görüşe katılma imkanı yoktur. Her ne kadar kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılması pratikte bazen diğer eşin pay oranının artırılması anlamına gelse de, her durumda aynı sonuca varmak mümkün değildir.

Alman Hukukunda, hükmün kusurlu eşin alacağı yönünden uygulandığı, ifayı reddetme niteliğinde bir savunma yoluyla ileri sürülebileceği söylenmektedir[290]. Örnek vererek açıklamak gerekirse, eşlerin 1.000.000 TL değerinde edinilmiş mal niteliğinde bir taşınmazı kusurlu eşin (zina veya hayata kast eyleminde bulunan eşin) mülkiyetinde bulunsun. Diğer eş katılma alacağı talepli açacağı davada, artık değere TMK m.236/1 gereğince ½ oranında katılacağından, kusurlu eşten 500.000 TL alacaklı olacaktır. Burada kanun koyucunun iradesini aşarak artık değere katılma oranının ½'den ¾'e çıkarılması imkanı bulunmamaktadır. Katılma talebi eden kusursuz eşin artık değere katılma oranı değişmemektedir. Ancak tam tersi bir örnekte, eşlerin edinilmiş malının zina veya hayata kast filinin mağduru olan eşin mülkiyetinde bulunduğu varsayımında, kusurlu eşin katılma alacağı talepli olarak açmış olduğu davada hakim kusurlu eşin artık değere katılma oranını azaltabilecektir. Hakimin kusurlu eşin artık değere katılma oranını ¼'e indirmesi halinde, diğer eşin artık değere katılma oranı ¾'e artırılmış gibi düşünülebilir. Ancak hükmün, katılma alacağı talep eden kusurlu eş bakımından uygulanabileceği dikkate alındığında, kusursuz eşin dolaylı olarak katılma alacağı artsa da, artık değere katılma oranının artmadığı sonucuna varılır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için her iki eşin de mülkiyetinde 500.000'er TL değerinde birer araba bulunduğu ihtimalinde, eşlerin katılma alacağı talepli açmış oldukları davada, kusurlu eşin ½ olan artık değere katılma oranı TMK m.236/2 gereği ¼'e indirildiğinde, diğer eşten 125.000 TL katılma alacağı hakkı olacak; diğer eş ise, sürüm değeri 500.000 TL değerindeki arabanın ½'si oranında katılma alacağı talep edebilecek ve 250.000 TL katılma alacağı hakkı olacaktır. Kanun gereği alacaklar takas edileceğinden, kusurlu eşin 125.000 TL'lik alacağı kusursuz eşin 250.000 TL'lik

[287] Kılıçoğlu, s.148.
[288] Badur, s.50.
[289] Akçin/Nadir/Ağyel, s.570.
[290]Alman Hukuku bakımından bkz. Johannsen/Henrich/Althammer s.362.; Schulz/Hauß s.194.; BGB 1381'in hakkaniyet hükmü, yalnızca tazmin etmekle yükümlü olan eş lehine bir etkiye sahiptir. Tazminata hak kazanan eş bu hükümle tazminat talebinde bir artış sağlayamaz.

alacağından takas edilerek sonuç olarak kusursuz eşin 125.000 TL değerinde katılma alacağı hüküm altına alınacaktır. Kusurlu eşin son malvarlığı değeri 375.000 TL iken, kusursuz eşin son malvarlığı değeri 625.000 TL olacaktır. Görüldüğü üzere, kusursuz eşin artık değere katılma oranı artırılmasa da, kusurlu eşin payı azaltılmak suretiyle, kusursuz eşin katılma alacağı daha önce takas nedeniyle bulunmamaktayken, hükmün uygulanması ile birlikte 125.000 TL olarak belirlenmiştir.

Kanun koyucunun iradesinin kusurlu eşin artık değere katılma alacağına yönelmiş olması nedeniyle kusurlu eşin katılma alacağının bulunmaması halinde, hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır[291]. Kanun koyucunun iradesi kusursuz eşin olabildiğince katılma alacağı borçlusu olmasının önüne geçilmek istendiği şeklinde yorumlanabilir. Kusurlu eşten daha fazla katılma alacağı almak için artık değerdeki pay oranını artırılması ise, kusurlu eylem nedeniyle boşanma davasında maddi ve manevi tazminat almasının yanında bir de kusur nedeniyle eşin malvarlığından fazlaca katılma alacağı almasına sebebiyet verir ki, bu durum, kanun koyucunun hedeflemiş olduğu amaca hizmet etmeyecek, hükmün cezalandırma şeklinde yorumlanabilmesinin önünü açacaktır[292].

Hükmün uygulandığı ve Yargıtay 8.HD'nin 04.02.2020 tarihli kararıyla[293] onanmış Samsun Bam 4. HD.'nin kararına konu olayda[294], davalı erkeğin zinası nedeniyle tarafların boşanmalarına karar verilmesi üzerine davacı kadın, evlilik birliği süresinde edinilmiş mal niteliğinde olan taşınmaz ve taşınırlardaki katılma alacağını talep etmiştir. Yerel mahkeme tarafından her ne kadar boşanmanın "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" sebebine dayanıldığı belirtilerek TMK m.236/2 hükmü uygulanmamışsa da, istinaf mahkemesi tarafından, Yargıtay 2.HD'nin 24.11.2014 T. 2014/13389 E. ve 2014/23684 K. ile boşanmanın zina sebebine dayandığı, bu nedenle, TMK m.236/2 hükmünün uygulanması gerektiğine, erkeğin katılma alacağında indirim yapılmasına karar verilerek, %10 oranında hakkaniyet indirimi yapılmıştır. Buna göre davalı erkeğin katılma alacağının ise %45'e indirildiğine karar verilerek, bilirkişi raporunda belirlenen değerler üzerinden davacı kadına %55 oranında katılma alacağına hükmedilmiştir. Hüküm her ne kadar Yargıtay 8.HD tarafından onanmışsa da, söz konusu davada, TMK m.236/2'nin uygulama şartları gerçekleşmemiştir. Her şeyden önce TMK m.236/2 hükmü, kusurlu eşin artık değere katılma oranını azaltmayı amaçladığından ve davalı eşin katılma alacağı bulunmadığından, söz konusu davada hükmün uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi

---

[291] Kaşak, s.123.
[292] Zeytin, s.329.
[293] Yarg. 8.HD, T. 04.02.2020 E.2019/1435, K. 2020/900.
[294] Samsun BAM. 4.HD, T.30.10.2018, E. 2018/263, K. 2018/2473. *"Davacı kadının TMK.nun 236/2 maddesi gereğince erkeğin katılma alacağından uygun bir miktar indirim yapılmasana ilişkin istinaf başvurusunun HMK 353/1-b-2 maddesi gereğince KABULÜ ile erkeğin katılma alacağından TMK'nun 236/2 maddesi gereğince hakkaniyete uygun miktarda indirim yapılarak erkeğe %45 oranında, kadına ise %55 oranında pay verilmesi gerekmekle birlikte taleple bağlılık ilkesi gereğince hüküm kurulmak üzere, kararın kaldırılarak gerekçeye uygun yeni hüküm oluşturulması gerektiği kanaatine varılarak…"* (Karamercan, s.1100 vd.)

iki aşamada gerçekleşmekte olup, erkeğin ve kadının artık değerleri üzerinden hesaplanmakta, daha sonrasında karşılıklı alacaklar kanun gereği takas edilmektedir. Söz konusu davada, erkeğin kendi mülkiyetinde bulunan mallardan katılma alacağı talep edebilmesi mümkün olmayıp, buna ilişkin hesaplama yapılmasına da gerek yoktur. Kusurlu eşin katılma alacağı talebinde bulunabileceği bir malvarlığı değeri bulunuyorsa, artık değere katılma oranı azaltılabilir. TMK m.236/2 hükmü, davacı eş lehine uygulanan bir hüküm olmayıp, davalı eş aleyhine uygulanan bir hükümdür. Davacı kadının mülkiyetinde edinilmiş mal bulunmadığından, davalı erkeğin katılma alacağı azaltılsa da, sonuç değişmeyecektir. Zira artık değer "sıfır" olduğundan, çarpanı kaç olursa olsun katılma alacağı "sıfır" olacaktır. Davacı kadının artık değere katılma oranı artırılması hükmün amacına uygun olmadığından, kanaatimizce söz konusu karar hukuka aykırıdır[295].

D. Hakkaniyet Gerektirmesi

Hakkaniyet, kanun koyucunun, kanun ile sağlamaya çalıştığı adaleti; somut olaya ve somut olayın taraflarına göre kişiselleştirilmesini ve böylece kanunun genelliğinin getirmiş olduğu sakıncaları bertaraf edilmesini amaçlamaktadır[296]. Hakkaniyet, kanun hükümlerinin katılığını engelleyerek, hukukun dar alanlarını genişleten, adaletin katı olarak uygulandığı "katı eşitlikçi" yapıdan çıkmasına olanak sağlayan ve bu katı hükümleri esneten bir işleve sahiptir[297].

Hükümdeki hakkaniyet lafzının iki şekilde anlaşılması mümkündür. Birincisi, artık değere katılma oranının azaltılması için hakkaniyetin gerekip gerekmediğidir. Hakim, tarafların durumlarını, boşanmaya neden olan olayları dikkate alarak hükmü uygulayıp uygulamama konusunda karar verebilmesidir. İkinci olarak anlaşılması gereken husus ise, artık değerdeki pay oranı azaltılırken hakimin hakkaniyeti göz önünde bulundurmasıdır[298].

Kanun koyucu, hakkaniyet lafzını madde hükmüne eklemesi ile kanaatimizce her iki sonucu da amaçlamıştır. Hakim önce hakkaniyet gerektiriyorsa, hükmü uygulama yoluna gidecek, sonra da azaltma kararı verirken mesleği gereği hakkaniyete uygun davranacaktır. Kanun koyucu madde metninde "verebilir" ifadesiyle hakime hükmü uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi vermiştir. Hakimin gerekçeli kararında istisna hükmünün neden uygulanıp uygulanmadığının gerekçelendirmesi istenilmiştir[299]. Yalnızca, eşin zina yapmış olması nedeniyle hükmün

---

[295] Badur, s.54 vd.; Zeytin, s.329.

[296] Dinçkol, A., "Hakimin Takdir Yetkisini Kullanması Sırasındaki Adalet", HFSA 9.Kitap,İstanbul Barosu Yayınları, s.180.

[297] Dinçkol, s.185.

[298] Şıpka, 859;Badur, s.51; Kaşak, s.124.

[299] Yarg. 8.HD. T. 06.10.2016, E.*2016/1406, K. 2016/13160* "*Dava konusu taşınmazlardan edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu, 13.09.2005 tarihinde alınan 769 ada 5 parsel sayılı taşınmaz ile 07.01.2009 tarihinde alınan .... plakalı araç yönünden, dosya arasında bulunan .... Asliye Hukuk (Aile Mahkemesi Sıfatıyla) Mahkemesi'nin 05.04.2013 tarih, 2011/325 Esas-2013/297 Karar sayılı zina nedeniyle boşanma ilamına göre, tarafların TMK'nun 161. maddesi*

uygulanması da kanaatimizce doğru olmayacaktır. Doktrinde hükmü eleştirenler tarafından hakimin hakkaniyet gereği hükmü dar yorumlaması ve mümkün mertebe çekimser davranması gerektiği ileri sürülmüştür[300]. Ancak bu yorum kanaatimizce isabetli değildir. Zira hakim kendisine verilen takdir hakkı gereği gerekçesini açıklamak suretiyle hükmü uygulayıp uygulamamakta serbesttir. Kaldı ki, hükmü uygularken ayrıca bir hakkaniyet şartı getirilmiş olup, yürürlükte olan kanun hükmünün uygulanmasında hakkaniyetin de ötesinde bir çekimserlik göstermesi, kanun koyucunun hedeflediği sonuca ters düşecektir. Nitekim Yargıtay da şartların, oluşması halinde hükmün uygulanması gerektiğini pek çok kararında[301] belirtmiştir.

Hakkaniyet, hakimin somut olayın özelliklerini dikkate alarak katılma alacaklısı borçlusu eşin katılma alacağını ödemesi halinin adalet duygusuyla çelişip çelişmediğinin ve toplumun vicdani kanaati etkisinin ortaya konmasıdır. Katılma alacağının ödenmesi ertelense dahi, eşin katılma alacağını ödeyebilmek için malvarlığını aniden elden çıkarması gerekmesi, çoğu zaman bu ihtiyaç nedeniyle ani satış kararlarının bilirkişi raporundaki sürüm değerinden düşük kalması gibi durumlar, hakimin hakkaniyeti ile karar vermesine etki etmelidir. Hakkaniyetin ikinci boyutu olarak karşımıza çıkan artık değerin belirlenmesi konusu çalışmamızın üçüncü bölümünde daha detaylı olarak incelenecektir.

E. Mal Rejimi Sözleşmesi İle Farklı Bir Kuralın Belirlenmemiş Olması

Hükmün uygulanmasına yönelik doktrinde ileri sürülen şartlardan birisi de, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kanun koyucu tarafından ½ olarak kabul edilen artık değere katılma oranı

---

uyarınca boşanmalarına karar verilmiş olduğundan aynı Kanunun 236/2. maddesi uyarınca değerlendirme yapılarak hüküm kurulması gerekir. Bu hususun göz ardı edilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir." (www. lexpera.com E.T. 07.01.2023); Ersöz, s.200.

[300] Kaşak, s.124;Gümüş, s.397.

[301] Yarg. 8.HD, T. 06.11.2018, E. 2016/13910, K. 2018/18247 *"Somut uyuşmazlık incelendiğinde; dosya ekinde bulunan ... Aile Mahkemesi'nin ... Esas-2013/604 Karar sayılı boşanma dosyasına göre kadının kusurlu bulunduğu ve tarafların TMK'nin 161/1 maddesi uyarınca zina nedeniyle boşanmalarına karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Dava, katılma alacağı isteğine ilişkin olduğuna ve tasfiyeye konu taşınmazlar ile araç edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinildiğine göre TMK 236/2. maddesi uyarınca değerlendirme yapılarak davacının katılma alacağı isteği hakkında karar verilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir."* (www. kazanci.com E.T. 22.04.2023); Yarg. 8.HD, T. 27.09.2017, E. 2015/18037, K. 2017/11613 *"Dosyaya getirtilen tarafların boşanmalarına dair Karşıyaka 2.Aile Mahkemesi'nin 2007/476 esas-2008/149 karar sayılı boşanma dava dosyasının incelenmesinde; erkek tarafından TMK'nun 161.maddesi uyarınca zina sebebiyle boşanma davası açıldığı, kadın tarafından TMK'nun 166/1.maddesi uyarınca şiddetli geçimsizlik sebebiyle karşı boşanma davası açıldığı, mahkemece kadının zina yaptığının sabit olduğu gerekçesiyle davanın ve karşı davanın kabulüyle tarafların TMK'nun 161. ve 166/1.maddesi uyarınca boşanmalarına karar verildiği ve kararın bu hali ile kesinleştiği anlaşılmaktadır. TMK'nun 236/2. maddesi "Zina veya hayata kast sebebiyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir." hükmünü içermektedir. Davalı vekili cevap dilekçesinde, TMK'nun 236/2 maddesinin uygulanması gerektiği savunmasında bulunmuştur. Mahkemece davalının bu savunması yönünden olumlu ya da olumsuz bir inceleme ve değerlendirme yapılmadan katılma alacağına hükmedilmesi isabetsiz olmuş; hükmün bu sebeple bozulması gerektirmiştir."* (www. kazanci.com E.T. 22.04.2023)

yerine farklı bir oran kararlaştırmış olmamalarıdır[302]. Bu görüşe göre, eşler mal rejimi sözleşmesinin artık değere katılma oranını iradi olarak belirleyip, TMK m.236/1'deki kanuni paylaşma kuralından faydalanmıyorlarsa, hüküm uygulanmayacaktır[303]. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma oranını ½ olarak belirleseler dahi, ortada taraflarca belirlenen iradi bir paylaşma oranı olduğundan, hükmün uygulama alanı bulamayacağı çıkarımı yapılabilir. Doktrindeki bu görüşe katılmamakla birlikte, eşlerin mal rejimi sözleşmesinde "açıkça öngörmesi" halinde, TMK m.236/2 hükmü belirli şartlarda uygulanmayabilir. Zira eşler sözleşme serbestisi gereği mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma oranını diledikleri gibi kararlaştırabilecek, mal rejiminin hangi nedenle sona erdiği ihtimallerine ilişkin ayrı ayrı artık değere katılma oranı belirleyebilecektir[304].

Eşler mal rejimi sözleşmesiyle kanunun öngördüğü paylaşım oranından farklı bir oran kararlaştırmış olmaları halinde, doktrinde katıldığımız görüşe göre, hükmün uygulanabileceği belirtilmiştir[305]. Zira hükmün amacı, mal rejiminin beklenmedik ve çok ağır ihlal boyutuyla sona erdirilerek mağdur eşin katılma alacağı ödemesinin haksızlık oluşturmasının yanı sıra ödemenin eş açısından çok büyük zorluklar meydana getirmesidir. Eşler herhangi bir şart koymaksızın yalnızca boşanma halinde artık değere katılma oranlarını belirlemişlerse, zina veya hayata kast halinde, hakim, bu oranları dikkate almak suretiyle artık değere katılma oranını azaltabilir veya kaldırabilir. Örneğin, eşler boşanma halinde artık değere katılma oranlarını erkek eş için %80, kadın eş için %20 olarak belirlemişler ve evlilik, erkek eşin zinası nedeniyle sona ermiştir. Erkek eşin katılma alacağı talepli açmış olduğu davada hakim, hakkaniyet gereği erkek eşin artık değere katılma oranını azaltabilecektir. Hakim, erkek eşin artık değere katılma oranının, %50 azaltılmasına karar verdiğinde, erkek eşin, kadın eşin mülkiyetinde bulunan edinilmiş mallarda artık değere katılma oranı %40 olacaktır. Eşler mal rejimi sözleşmesi yaparken paylaşmanın %80-%20 oranlarına göre yapılacağını kabul etmiş ve evliliklerinde buna göre mülkiyet edinmiş olmaları muhtemeldir. Ancak mal rejimi sözleşmesi imzalanırken eşler, evliliğin zina veya hayata kast boyutunda ağır bir ihlalle sona erme ihtimalini düşünmeksizin artık değere katılma oranını belirlemişlerdir. Bu nedenle eşlerin mal rejimi sözleşmesinde belirlemiş oldukları artık değere katılma oranı üzerinden, artık değere katılma oranının azaltılması mümkündür. Kaldı ki, hükmü, artık değere katılma oranının kanun gereği %50-%50 olduğu durumda uygulayıp, eşlerin artık değere katılma oranını

[302] Badur, s.52; Kaşak, s.125.

[303] Badur, s.52; Tarafların mal rejimi sözleşmesiyle koymuş oldukları iradeye değer atfedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

[304] Zeytin, s.58; Acar, s.147; Akçin/Meral/Ağyel, s.588.

[305] Akçin/Meral/Ağyel, s.587; Kaşak, eşlerin ancak zina veya hayata kast eylemlerinden sonra mal rejimi sözleşmeleri yapmaları halinde sözleşmede belirlemiş oldukları oranların geçerli kabul edileceğini ve artık değer pay oranına hakimin müdahale edemeyeceğini belirtmiştir. Kaşak, s.125.

%51-%49 olarak kararlaştırılması halinde uygulanmayacağını kabul etmek gerek hükmün amacına, gerekse de eşlerin iradesine aykırı olacaktır.

Mal rejimi sözleşmesiyle eşler zina veya hayata kast hali dışındaki boşanmalarda kusuru bulunan eşin katılma alacağının TMK m. 236/2 gereği hakim tarafından azaltılabileceğini kararlaştırmış olmaları halinde, hakimin artık değere katılma oranına müdahalesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira TMK m. 236/2'deki azaltma veya kaldırma yetkisi, hakime, kanun koyucu tarafından verilmiş istisna hallerde kullanılabilir bir yetki olup, tarafların artık değere katılma oranının belirlenmesini hakime bırakamayacak, TMK m.236/2 hükmünü mal rejimi sözleşmesiyle genişletemeyecektir. Sonuç olarak eşlerin her bir boşanma sebebi için kusura bağlı olarak artık değere katılma oranlarını belirlemeleri geçerli iken, bu belirlemeyi hakime bırakmalarını içeren kaydın geçersiz olduğunu düşünmekteyim.

Eşlerin tasfiyeye ilişkin bir oran belirleyip, bu oranın zina veya hayata kast nedeniyle boşanmada da uygulanacağını içeren mal rejimi sözleşmesi yapmaları halinde, söz konusu kaydın geçerli olup olmadığı gündeme gelebilir. Bu durumda, TMK m.238 hükmünden yola çıkarak, artık değere ilişkin yapılan anlaşmaların mal rejimi sözleşmesinde "açıkça öngörülmüş" şartı arandığından, söz konusu kaydın geçerli olduğu ve bu nedenle eşlerin ölüm, evliliğin iptali ya da herhangi bir boşanma sebebi için belirlemiş oldukları artık değere katılma oranı, zina veya hayata kast halinde de geçerli olduğu kabul edildiğinden, kusurlu eşin açtığı katılma alacağı talepli davada hakim artık değere katılma oranına müdahale edemeyecektir[306].

Mal rejimi sözleşmesinde eşler boşanmanın zina veya hayata kast nedeniyle gerçekleşmesi halinde artık değere katılma oranını ayrıca kararlaştırmışsa, bu durumda, eşlerin iradesine öncelik vererek, artık değere katılma oranına hakimin müdahalesi mümkün olmamalıdır[307]. Eşler bir nevi kanun koyucunun hedeflemek istediği amaca kendileri anlaşmak suretiyle ulaşmak istemişler; evlilik birliğinin devamı süresince de bu ihtimale karşılık kendilerini hazırlamışlardır. Kanaatimizce eşlerin sözleşme serbestisi gereği sonucu açıkça öngörerek düzenlemiş oldukları hükme geçerlilik tanınması gerekmektedir.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle zina veya hayata kast halinde artık değere katılma oranını ayrıca belirlemesi ya da belirlenen artık değere katılma oranının zina veya hayata kast halinde de geçerli olması, TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasının örtülü olarak aksi kararlaştırılabildiği

[306] Kaşak, s.125; Alman Hukuku bakımından bkz. Scheller/Sprink, BGB § 1381 para. 27; Denkleştirme talebi ortaya çıkmadan önce eşlerin kazançların eşitlenmesinin reddini talep etme hakkından feragat edemeyeceklerini belirtmişlerdir. Ancak kanunda belirtilen koşullara uyularak ve ağır haksızlık eylemi içeren davranışları bilmesi halinde eşlerden birinin yapacağı feragat hüküm ifade eder.
[307] Badur, s.53.

anlamına gelecektir. Gerçekten de, TMK m.236/2 hükmü emredici bir mahiyet taşımamakta, taraflar, mal rejimi sözleşmesinde örtülü olarak ya da açıkça aksini kararlaştırılabilirler[308].

IV.TMK 236/2 Hükmünün Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirilmesi

A.Genel Olarak

TMK m.236/2 hükmünde hakimin artık değere katılma oranına müdahalesi düzenlenmiş olup, hükmün mal rejiminin tasfiyesinde ortaya çıkan diğer alacaklar açısından doğrudan ya da kıyasen uygulanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde hükmün yalnızca katılma alacağına uygulanması gerektiği, katkı payı alacağı, değer artış payı alacağı gibi alacaklara uygulanmayacağı yönünde görüş birliği mevcuttur[309]. Gerçekten de gerek hükmün amacı, gerek kanun koyucunun iradesi değerlendirildiğinde, hükmün yalnızca katılma alacağı yönünden uygulanması gerektiği kanaatindeyim.

Çalışmamızın birinci bölümünde katılma alacağı ve katkı payı alacağı ile değer artış payı alacağından farkları açıklandığından tekrara düşmeden hükmün bu alacaklar yönünden uygulanıp uygulanamayacağı kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

B.Katılma Alacağı

Katılma alacağı kısaca, tasfiye sonucunda ortaya çıkan artık değerin, eşin pay oranı ile hesaplanması sonucu ortaya çıkan alacaktır. TMK m.236/2'de kusurlu eşin artık değere katılma oranının azaltılması düzenlendiğinden, artık değerin sıfırın üzerinde bir sayı olması halinde kusurlu eşin katılma alacağı doğrudan etkilenecektir.

Mal rejimi evlilik birliğinin kurulmasıyla başlayıp boşanmanın gerçekleştiği boşanma davasının açıldığı tarihte sona erer[310]. Eşlerin evlilik birliğinin kurulduğu tarih ile boşanma davasının açıldığı tarih arasında edinmiş oldukları ve mülkiyetlerinde bulunan para, taşınır mal, taşınmaz mal veya maddi değeri bulunan her şey artık değeri oluşturur. Artık değeri oluşturan bu malvarlığı, eşlerin evli olmasının getirmiş olduğu birlik sayesinde, sadakat yükümlülüğünün ekonomik boyutuna uygun davranarak eşlerin maddi veya manevi dayanışması sonucu oluşmuştur. Artık değeri oluşturan katkı maddi olabileceği gibi, manevi de olabilir. Katılma alacağına ilişkin önceki açıklamalarımızda[311] katılma alacağının, aile ve evlilik birliğinden bağımsız olarak düşünülemeyeceğini ifade etmeye çalışmıştık. Kanun koyucu da, aynı yönde düşünerek evlilik birliğindeki dayanışmayı tek seferde en ağır boyutuyla ihlal eden eşin, evlilik birliğinin tabiri

[308] Badur, s.61; Uluç, s.1392.
[309] Badur, s.53; Şıpka, s.856; Zeytin, s.328; Günarslan, s.70; Hatemi, s.109.
[310] Acar, s.226; Zeytin, s.110.
[311] Bkz. 1. Bölüm, III, B,2.

caizse semeresinden tam olarak hak talep etmesinin, toplum vicdanını sarsacağından TMK m.236/2 hükmünü ihdas etmiştir[312].

Zina veya hayata kast eden eşin, diğer eşten katılma alacağı bulunmuyorsa; diğer eşin mülkiyetinde bulunan, artık değeri oluşturan bir malvarlığı yoksa, kusurlu eşin katılma alacağı da bulunmayacağı için, artık değere katılma oranının azaltılması ya da kaldırılması bir sonuç ifade etmeyecektir. Bu durumda, artık değere katılma oranını azaltılması için hakkaniyet konusunda yargılama yapması usul ekonomisine aykırı olacağından, bu yönde araştırma yapılmasına gerek olmaksızın karar verilmesi gerekmektedir[313].

C.Katkı Payı Alacağı

eMK döneminde yasal mal rejimi, mal ayrılığı rejimi olduğundan her iki eşin maddi katkısı sonucunda edinilen, ancak bir eşin mülkiyetinde bulunan malvarlığı değerlerine katkı yapan eşin alacak hakkı bulunmamaktaydı. Bu hakkaniyetsiz durum karşısında Yargıtay kararları[314] ile "katkı alacağı", "katkı tazminatı", "katkı payı alacağı" gibi farklı terimlerle adlandırılan bir alacak türü ortaya çıkmıştır. Buna göre, eşin evlilik birliği içinde (01.01.2002 öncesi) para, mal ya da emek vererek bir malın edinilmesinde ya da iyileştirilmesinde katkıda bulunmuşsa, hakim hakkaniyet gereği katkı payı alacağına hükmedecektir. Eşin mutlak surette maddi bir katkısı aranmakta olup, katılma alacağında olduğu gibi manevi katkı ya da maddi gelir getirmeyen ev işlerine yardımcı olması, katkı payı için aranan maddi destek şartını sağlamamaktadır[315].

---

[312] Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel, s.54; Yazar, kazanç eşitleme talebinin reddi değerlendirilirken aile ve evlilik birliğindeki kişisel bağlılığın yoğunluğu dikkate alınması gerektiğini; sonuç olarak evliliğin sona ermesinde kusuru bulunan eşin bu kusurunun kazanç topluluğunun temelini etkilemediği ve katılma alacağının azaltılmaması ya da kaldırılmaması yönündeki görüşü isabetli bulmamaktadır.

[313] Yarg. 8.HD, T. 30.11.2015, E. 2014/12512, K. 2015/21469 *"Diğer yandan, TMK m. 236/2 maddesindeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılması veya kaldırılmasına yönelik karar verilebilmesi için öncelikle, davacının artık değere katılma alacağının yapılan incelemeyle sabit olması gerekir. Katılma alacağı olması halinde, hakimin mevcut delillere göre alacağı azaltma veya kaldırmaya yönelik takdirini kullanması söz konusu olabilecektir."* (www. kazanci.com E.T. 22.02.2023)

[314] Yarg.8.HD. T.15.11.2011, E.2011/6646, K. 2011/5863 "*Dava, 01.01.2002 tarihinden önce edinilen mal varlığına yönelik katkı payı alacağı isteğine ilişkindir. Dava konusu mallar 743 sayılı TKM'nin 170. maddesi uyarınca eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinildiğine göre; taraflar arasındaki uyuşmazlığın Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir. 743 sayılı TMK.nun yürürlükte olduğu; 01.01.2002 tarihinden önce eşler arasında yasal mal ayrılığının geçerli olduğu dönemde, karı ve kocanın diğerinden katkı payı karşılığında bir tazminat isteyebilmesi için mutlaka parasal veya para ile ölçülebilen maddi bir değer koymak suretiyle katkısının bulunması gerekir. Eşlerden birinin edindiği mala diğer eşin doğrudan maddi bir katkısı yoksa, bu talep kabul edilemez."* (www. kazanci.com E.T. 22.02.2023); Yarg.2.HD. T.25.11.2021, E.2021/5549, K. 2021/8799. **"***Mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde satın alınan tasfiyeye konu mala, düzenli gelir dışındaki diğer malvarlığı (ziynet, miras, bağış vs gibi) ile toplu katkıda bulunulduğu iddia edildiğinde; katkıda kullanılan malvarlığı değerinin, tasfiyeye konu malın satın alma tarihindeki bedelinin tamamı karşısındaki oranı saptanarak, bulunan bu katkı oranının, tasfiyeye konu malın dava tarihindeki sürüm (rayiç) değeri ile çarpılmak suretiyle, davacı eşin katkı payı alacak miktarı belirlenir."* ; Yarg.2.HD. T.13.09.2021, E.2021/5504, K. 2021/5949.

[315] Akçin/Meral/Ağyel, s.804; Acabey, s.77 vd.; Zeytin, s.231.

Katkı payının eşin mutlaka maddi bir destekte bulunması ve bu desteğin ispatlanması gerektiği karşısında, eşlerin ekonomik sadakat yükümlülüğünden oluştuğunu söylemek güçtür. Zira eş, maddi desteği sağlarken mal rejiminin sona ermesi halinde yaptığı katkı miktarı oranında karşılığını alacağını bilmektedir. Aslında bu durum, eşin, diğer eşe vermiş olduğu borçtan farkı bulunmamaktadır.

TMK m.236/2'de açıkça katılma alacağı düzenlenmesine rağmen hükmün katkı payı alacağı açısından da uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki tereddüt, Yargıtayın istikrarlı kararları ile giderilmiştir. Gerek doktrin[316], gerekse de Yargıtay içtihatlarında, hükmün, katkı payı alacağında uygulanmaması gerektiği yönünde görüş birliği vardır[317]. Katkı payı alacağında maddi desteğin ispatlanması gerekliliği, eşlerin sadakat yükümünden kaynaklanan bir alacak olmaması nedeniyle her ne kadar evlilik birliği zina veya hayata kast nedeniyle sona erse bile, TMK m.236/2 hükmünün katkı payı alacağına kıyasen uygulanması mümkün değildir[318]. Kaldı ki, TMK m.236/2 açıkça edinilmiş mallara katılma rejimine özgü bir hüküm olduğundan, mal ayrılığı rejimindeki katkı payı alacağına uygulanması mümkün değildir. Zira istisna nitelikteki hükümlerin kıyasen uygulanması ancak kendi anlam ve amaçları sınırlarında yapılabilir. Bu nedenle, katkı payı alacağının, katılma alacağına ilişkin hükümlere kıyasen uygulanması söz konusu olmadığından, zina veya hayata kast halinde katkı payı alacağının azaltılmasına karar verilemeyecektir.

D.Değer Artış Payı Alacağı

Çalışmamızın ilk bölümünde değer artış payı alacağı ile katılma alacağı arasındaki farkları açıklarken, katılma alacağının, evlilik birliğindeki olağan dayanışmanın bir sonucu olarak ortaya çıktığını; değer artış payını ise, evlilik birliğinde diğer eşin malına yapılan olağan katkıyı aşan miktarların oluşturduğunu belirtmiştik[319]. Değer artış payının temelini evlilik birliğindeki ekonomik dayanışma oluştursa da, burada, tam anlamıyla ekonomik sadakat yükümlülüğünden

---

[316] Hatemi s.110, Uluç, s.1393.

[317] Yarg.8.HD. T.13.02.2019, E.2017/4334, K. 2019/1407 *"Ayrıca, dava katkı payı ve artık değere katılma alacağı isteğine ilişkin olup, 743 sayılı TMK'da, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Yasa'nın 236/2 maddesinin karşılığı bulunmadığından katkı payı alacağı yönünden zina sebebine dayanarak davacının katkı payı alacağında indirim yapılması doğru değildir. Diğer yandan, TMK'nin 236/2. maddesi, her şeyden önce boşanmanın zina nedeniyle açılmış olması ve bu nedenle boşanmaya karar verilmiş olması halinde uygulanabilecektir. O halde, mahkemece, iddia ve savunma kapsamında tarafların delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ve uygulama ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır." (*www. lexpera.com E.T. 24.02.2023). Aynı yönde Yarg.8.HD. T. 30.11.2015 , E.2014/12512, K. 2015/21469 *"Yasa maddesinin kanunda düzenlendiği yer ve kenar başlığından açıkça anlaşılacağı gibi, zina ve hayata kast nedeniyle boşanma kararının eşin alacak talebine etkisi, edinilmiş mallara katılma rejimine (TMK m. 218-241) özgü ve sadece 'artık değere katılma alacağı (TMK m. 236)' için söz konusudur. Bir başka anlatımla, mal ayrılığı rejimindeki 'katkı payı alacağı' ve edinilmiş mallara katılma rejimindeki 'değer artış payı alacağı TMK m. 227 için, TMK 236/2. maddesi uygulama alanı bulmaz." (*www. lexpera.com E.T. 24.02.2023).

[318] Hatemi, olması gereken hukuk açısından eşini öldüren katkı payı alacaklısının katkı payı alacağından indirim yapılması şeklinde bir düzenleme yapılmasının daha doğru olacağını ileri sürmüştür. Hatemi, s.109.

[319] Bkz. s.25.

bahsetmek doğru olmayacaktır. Çünkü eşlerin, evlilik birliği giderlerine katılmaları TMK m.186/3 gereğince yükümlülük olarak düzenlenmişken, eşin, diğer eşin kişisel malına, olağanı aşan miktarda katkı yapması sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmeyecektir.[320] Kaldı ki, eşlerin, kişisel mallarına olağan miktarı aşan katkıyı yapıp yapmaması tercih olup, eşin, diğer eşin kişisel malına bu olağanüstü katkı yapmamış olmaması sadakat yükümlülüğü ihlali olarak değerlendirilmezken, eşlerin beraber mal ediniminde bir eşin emek ya da malvarlığı katkısında bulunmaması, kanaatimce evlilik birliği yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirilebilir.

Katılma alacağındaki evlilik birliği dayanışması ve yardımlaşması, değer artış payını oluşturan katkıdan daha yoğundur. Kanun koyucu da bu düşünceyle hareket ederek, eşin yapmış olduğu katkının karşılığının artışı payı oranınca ödenmesini, malvarlığının değerinin düşmesi ya da yok olması halinde ise, yapmış olduğu katkının aynen istenebilmesini öngörmesi, değer artış payı alacağının evlilik birliğinde pay esasına dayalı özel bir borç ilişkisi olarak kabul edildiğini gösterir[321].

Değer artış payının eşlerin evlilik birliğindeki yükümlülüklerini aşan miktarlar olması nedeniyle ve TMK m.236/2 metninde açıkça "artık değere katılma oranı" düzenlendiğinden, zina veya hayata kast halinde değer artış payının azaltılmasına ya da kaldırılmasına karar verilemeyecektir. Bu yönüyle hükmün değer artış payı açısından uygulama alanı bulamayacağı hususu doktrinde açık olarak belirtilmiştir[322]. Yargıtay da hükmün yalnızca katılma alacağı açaısından uygulanacağını değer artış payı açısından uygulanmayacağını belirtmiştir[323].

Kanun koyucu, TMK m.236/2 hükmüne değer artış payını da dahil etmiş olsaydı veya zina ya da hayata kast eden eşin değer artış payının da azaltılacağı ya da kaldırılacağını kabul etmiş olsaydık, hükmün medeni ceza niteliğini haiz olduğunu söylemek gerekirdi. Zira değer artış payında, eşler, evlilik birliğinde kendisinden beklenenin ötesinde bir yardımlaşma göstermekte ve bu çoğu zaman belirli bir malvarlığı değeri olmaktadır[324]. Eğer hüküm medeni ceza amacını içermiş olsaydı, çoğu zaman katılma alacağına denk gelen miktarlardaki değer artış payının da

---

[320] Günarslan, s.88.

[321] Sarı, s.266.

[322] Zeytin, s.328; Günarslan s.70.; Hatemi s.109.; Uluç, s.1395.; Özer Deniz M.(2016), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi,(1.Baskı), İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.94; Değer artış payının eşin, diğer eşe sağlamış olduğu kredinin karşılığı olduğunu bu nedenle zina veya hayata kast halinde azaltılması ya da kaldırılmasının mümkün olmayacağını ileri süren görüş için bkz. Kılıçoğlu, (Aile), s.389.

[323] Yarg. 8.HD. T. 30.11.2015 , E.2014/12512, K. 2015/21469 *"Yasa maddesinin kanunda düzenlendiği yer ve kenar başlığından açıkça anlaşılacağı gibi, zina ve hayata kast nedeniyle boşanma kararının eşin alacak talebine etkisi, edinilmiş mallara katılma rejimine (TMK m. 218-241) özgü ve sadece 'artık değere katılma alacağı (TMK m. 236)' için söz konusudur. Bir başka anlatımla, mal ayrılığı rejimindeki 'katkı payı alacağı' ve edinilmiş mallara katılma rejimindeki değer artış payı alacağı TMK m. 227 için, TMK 236/2. maddesi uygulama alanı bulmaz." (*www. lexpera.com E.T. 11.03.2023).

[324] Günarslan, s.82.

azaltılması gerekirdi. Eşlerin kişisel mallarından yapmış oldukları katkının azaltılması ya da kaldırılması, eşlerin tabiri caizse cezalandırılmasına yol açacaktır. Ancak değer artış payının TMK m.236/2 dışında tutulması, kanun koyucunun iradesinin zina veya hayata kast eden eşi cezalandırmak olmadığı, TMK m.236/2 hükmünün medeni ceza kapsamında değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Eğer kanun koyucu cezalandırma amacı gütmüş olsaydı, değer artış payında zina veya hayata kast eden eşin başlangıçta yapmış olduğu katkının değer kazanması halinde, değer artış payından indirim yapılacağı şeklinde bir hüküm düzenlenirdi. Olması gereken hukuk açısından değer artış payı alacağının da katılma alacağı gibi eşler arasındaki yardımlaşma ve sadakat yükümlülüğünden oluştuğu gözetilerek, özellikle, eşini öldüren değer artış payı alacaklısının evlilik birliğinin kazanımlarından faydalanmaması gerektiğini düşünmekteyim. Bu nedenle eşini öldüren değer artış payı alacaklısının, katkı yapılan malın değerinin artması halinde başlangıçta yapmış olduğu katkıya yasal faiz işletilmek suretiyle hesaplanan bedelin üst sınır olduğu kabul edilmelidir. Değer artış payının bu bedelden az olması halinde değer artış payının ödenmesi, değer artış payının bu bedelden fazla olması halinde ise katkıya yasal faiz işletilerek belirlenen değerin, alacaklı eşe ödenmesi gerekmektedir. Bu nedenle değer artış payı borçlularının eşten, sanki genel hükümlere göre borç para almışçasına iade edilmesi yönünde düzenleme yapılması daha adaletli olacaktır. Zira eşin, diğer eşin kişisel malına katkı yapması halinde değer azalmasından etkilenmediği, yalnızca değerinin artması halinde artan oranda faydalanması "kaybetmeyen yatırım" şeklinde değerlendirilmesine neden olmaktadır. Bu durum kuşkusuz evlilik birliğinin eşlere sağladığı bir imkan olarak değerlendirilir. Evlilik birliği dışında hiçbir ilişkide malın değerinin artması halinde başlangıçta yapılan katkının da aynı oranda artacağı, malın değerinin azalması halinde ise, başlangıçtaki katkının ödenmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Hukuki ilişkilerde kazançta ve kayıpta ortaklık ilkesi benimsenmiştir. Zina veya hayata kast fiili ile evlilik birliğinin sona ermesine neden olan eşin değer artış payı kuralının kendisine sunmuş olduğu bu imkandan faydalanması, kanaatimce adalete aykırı bir durum oluşturacaktır.

E.Eşler Arasındaki Adi Alacaklar

Eşler arasındaki ödünç akdine bağlı olarak kurulmuş borç ilişkisi, eşler evlilik birliği ile bağlı değilmiş gibi, TMK m.217 gereğince talep edilebilir. Yalnızca TBK m.153/3 gereğince eşlerin evlilik birliğini korumak amacıyla evlilik birliği devam ederken zamanaşımı süreleri işlemeyecektir[325]. Bunun haricinde tasfiye konusu olmayan bu alacaklar, evlilik birliğindeki dayanışma gereği verilmiş ise de, sadakat yükümlülüğü gereği verilmemiştir. Eşlerin arasındaki bu borç ilişkisi, adi alacaklardan olduğu yalnızca faiz işleyecek olup mal rejiminin eşlere getirmiş olduğu avantajlar bu borç ilişkisinde geçerli olmayacaktır. Kanaatimizce, sadakat yükümlülüğü

[325] Akıntürk/Ateş, s.153.

kapsamında olmayan alacaklarda TMK m.236/2 hükmünün uygulanmaması gerektiğinden ve kanun metninde de açıkça katılma alacağı düzenlenmiş olduğundan, değer artış payında olduğu gibi, eşler arasındaki borç ilişkisinde de, TMK m.236/2 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARTIK DEĞERE KATILMA ORANINA HAKİM MÜDAHALESİNİN SONUÇLARI, HÜKMÜN UYGULANMASINA YÖNELİK BAZI ÖZEL DURUMLAR

I. ARTIK DEĞER PAY ORANININ AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI KARARI

A. Genel Olarak

Hakim, mal rejiminin tasfiyesi ya da katılma alacağı talepli uyuşmazlığı çözüme bağlarken, evlilik birliğinin kesinleşmiş mahkeme kararıyla zina ya da hayata kast sebeplerinden biriyle sona erdiğini belirlediğinde TMK m.236/2 hükmünü uygulayabilecektir. Hükmü uygulayacak mahkemenin boşanma davasına bakan mahkeme olması gerektiğini ileri süren Sarı'ya[326] göre boşanma davasının sonucu olarak boşanma kararının fer'isi olarak azaltma veya kaldırma oranına hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak katılma alacağının boşanmanın fer'isi niteliğinde bir alacak olmaması, boşanma davasına bakan mahkemenin tarafların ekonomik durumuna, mal rejimi türüne hakim olmamasından dolayı, azaltma ya da kaldırma kararını vermesi gereken mahkemenin, mal rejiminin tasfiyesine bakan mahkemenin karar vermesi gerektiği yönündeki görüşe iştirak etmekteyiz[327]. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin[328] vermiş olduğu kararda, konuyla ilgili tereddüte yer bırakmayacak derecede açık olup uygulamadaki sorunları gidermiştir. Zira boşanma davasına bakan mahkemenin, katılma alacağının azaltılmasına ya da kaldırılmasına karar verecek olması boşanma davasının uzamasına sebebiyet verecektir. Hakkaniyet oranını belirlerken hakimin tarafların malvarlıklarını tespit etmesi, hangi malvarlığının edinilmiş mal, hangi malvarlığının kişisel mal olduğunu belirlemesi, ihtilaflı malvarlıkları hakkında değerlendirme yapması ve değer artış payı alacağı, katkı alacağı gibi alacakları da araştırması gerekecektir. Boşanma davasına bakan hakimin maddi ve manevi tazminat, velayet ve nafaka hakkında da karar verecek olması dikkate alındığında, TMK m.236/2 hakkında karar vermesi hem iş yükünü artıracak, hem de gereksiz yere davaların uzamasına sebebiyet vereceğinden, usul ekonomisi gereğince TMK m.236/2 hükmü hakkında karar verecek mahkemenin, tasfiye davasına bakan mahkeme olması gerekmektedir[329].

---

[326] Sarı, boşanma davasında katılma alacağının azaltılması yönünde bir hüküm yoksa, tasfiye davasında tarafların katılma alacağının azaltılmasını talep etmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Sarı, s.230.

[327] Badur, s.55.

[328] Yarg.2.HD,T. 05.03.2013, E. 2012/10429, K. 2013/7427 *"Davalı-karşı davacı kadın karşı dava dilekçesinde boşanma ve ferileri yanında, zina nedeniyle boşanmaya karar verildiği taktirde, davacı-karşı davalı kocanın Türk Medeni kanununun 236/2. maddesi gereğince edinilmiş mallara katılım payının ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Bu istek boşanmanın fer'isi niteliğinde olmayıp, ancak mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada taraflarca ileri sürülebilir ve mahkemece dinlenebilir. O halde taraflaca usulüne uygun biçimde açılmış mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir dava bulunmadığından davalı-karşı davacı kadının bu talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerekirken…"* (www. kazanci.com E.T. 15.03.2023).

[329] Kaşak, s.126.

Hakim, azaltma kararını verirken doğrudan alacaklı eşin "katılma oranının ½ yerine ¼ olduğunu" belirterek katılma alacağına hükmedebileceği gibi, "belirlenen katılma alacağının ½ oranında azaltılmasına" şeklinde de karar verip, alacağın miktarını belirleyebilir. Her iki ifade de aynı sonuca hizmet ettiğinden, hükümdeki bu ifadelerin ne olması gerektiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Madde metniyle bağlı kalınmak gerekirse, hakimin artık değere katılma oranının hangi oranda azaltıldığını belirledikten sonra, belirlenen katılma oranı ile katılma alacağına hükmetmesi, karardaki ifadenin daha iyi anlaşılacağı kanaatindeyim.

Hakim azaltma kararı gerekçesinde hangi değerlendirme ölçütlerini esas kabul ettiğini, azaltma kararında etkili olan durumların neler olduğunu açıklamalıdır. Aksi takdirde hüküm yeterli gerekçe içermediğinden, kararı inceleyen üst derece mahkemesi kararın denetimini yapamayacaktır. Örneğin, somut olayda hakim azaltma oranının 1/3 olduğuna kanaat getirmişse, bu kanaate ulaşmasında rol oynayan sebebi açıklamalı ya da katılma alacağının kaldırılmasına karar vermiş olması halinde, azaltma kararını tercih etmemesinin nedenine etki eden sebepleri hükümde gerekçelendirmelidir.

B. Hükmün Re'sen Dikkate Alınması

Medeni usul hukukumuzda, tarafların ileri sürmüş oldukları vakalardan emredici nitelikteki bir hükmün ihlal edildiği sonucuna varılması halinde, hakim, taraflarca ileri sürülmese dahi emredici nitelikteki hükmü re'sen dikkate alarak uygulayabilecektir. TMK m.236/2 hükmünü bu bağlamda değerlendirdiğimizde, eşler yapmış oldukları mal rejimi sözleşmesinde hükmün uygulanmayacağını, zina veya hayatı kast halinde de artık değere eşit oranda katılacaklarını kararlaştırabilmeleri mümkün olduğundan, katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması hükmü emredici nitelikte değildir. Ancak buna rağmen gerek maddenin kaleme alınış şekli, gerekse de aile hukukunda hakime tanınmış takdir yetkisi ve re'sen araştırma yetkisi gereğince, davalı tarafça talep edilmese dahi, hakim, hakkaniyet gerektiriyorsa, hükmü re'sen dikkate alabilecektir[330]. Zira hükümde katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması eşin talebine bağlanmamış; hakime, hükmü re'sen uygulayabileceği yönünde bir takdir yetkisi verilmiştir[331].Aynı şekilde TMK m.236/1 hükmünün de taraflarca sözleşmeyle aksi kararlaştırılabilse de, re'sen uygulama alanı bulacak

[330] Şıpka Ş./Çelikel A.Y.(2017), Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, s.185.; Kaşak s.126.; Kibar, s.657; Demir, s.265.; Ersöz, s.201.; Öztan s.534; Şıpka, s.855; Alman Hukuku Bakımından bkz. BGB §1381 hükmünün borçlunun itirazı üzerine uygulanacağını ileri süren görüş için bkz. Johannsen /Henrich /Althammer s.362; Koch, BGB § 1381, para.36; Hiçbir hukuk düzeni büyük haksızlıklara karşı müdahale etmeden kişilerin mağdur olmasına göz yumamaz. Farklı görüşte; Scheller/Sprink, BGB § 1381 para.26; Kazançların eşitlenmesinin reddini isteyen tarafın itirazını ileri sürmesi gerekmektedir.

[331] Madde metni "davalı taraf katılma alacağının azaltılmasını ya da kaldırılmasını isteyebilir", "katılma alacağının azaltılmasını ya da kaldırılmasını talep edebilir", "hakimden talep edebilir" şeklindeki ifadeler ya da benzer anlama gelen ifadeleri içermiş olsaydı hükmün hakim tarafından re'sen uygulanma imkanının olmadığından bahsetmek gerekirdi. Ancak kanun koyucunun hükümdeki ifadeleri bilinçli olarak seçtiği düşünüldüğünde hükmün taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça TMK m.236/1 hükmü gibi re'sen uygulanması gerekir.

olması, kanun koyucunun TMK m.236/2 hükmünün re'sen uygulanmasını istediği sonucu çıkarılır. Buna göre, katılma alacağının tasfiyesine bakmakta olan hakim, zina veya hayata kast mağduru eşin, davacı eşin katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması yönünde talebi bulunmasa dahi, hükmü uygulayabilecek, hatta eşlerin hangi boşanma nedenine dayanarak evlilik birliğinin sona erdiğini belirtmemiş olması ihtimalinde dahi, evlilik birliğinin sona erme nedenini re'sen araştırma ilkesi gereğince araştırabilecektir. Katılma alacağı davalarında taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu ve tarafların tasarruf yetkisinin bulunduğu davalardan olduğu dikkate alınarak hükmün hakim tarafından re'sen değerlendirilmesinin mümkün olmadığı da doktrinde ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca, dava dilekçesinde ya da yargılamanın her aşamasında kusurlu eşin katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması talep edilebileceği gibi, cevap dilekçesi ya da yargılamanın her aşamasında hükmün uygulanması talep edilmesi gerekmektedir[332]. Kanaatimizce hükmün davacı tarafından talep edilmesi mümkün olmadığından dava dilekçesinde talep edilmesi teknik anlamda mümkün değildir. Eğer hükmün hakim tarafından re'sen dikkate alınmayacağı kabul edilirse de, yargılamanın her aşamasında TMK m.236/2 savunmasında bulunmak mümkün değildir. Aksi takdirde Medeni Usul Hukukumuzda kabul edilen iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına aykırı olacaktır.

Sonuç olarak hakim her ne kadar tasarruf ilkesinin geçerli olduğu davalarda, taraflarca ileri sürülmesi gereken defi ve itirazları re'sen dikkate alamazsa da, aile hukukunun kendine özgü kuralları hakimin re'sen araştırma yetkisi nedeniyle, zina veya hayata kast halinde artık değere katılma oranına müdahale edebilir.

C. Hakimin Takdir Yetkisi

Takdir yetkisini kısaca tanımlamak gerekirse; kanunda soyut, belirsiz ve genel ifadelerin öngörmüş olduğu adaleti her somut olayın özelliklerini dikkate alarak hukuki bir denge kurma yönünde kanun koyucu tarafından hakime tanınmış bir serbest, ancak sınırlı bir alandır[333]. Bir başka deyişle takdir yetkisi, kanun koyucu tarafından sınırları çizilmiş bir çerçeve içinde hakimin, hükmün uygulanmasına yönelik şartları incelemesi ve somut olayda verilecek kararın hakkaniyete, olayın özelliklerine uygun şekilde karar verebilme yetkisidir[334]. Hakim, TMK m.4 gereğince, kendisine tanınan takdir hakkını hakkaniyete uygun olarak kullanarak adaletli bir sonuca ulaşmalıdır.

---

[332] Akçin/Meral/Ağyel, s.567; Özkan H.,(2017),Türk Medeni Yasası ve Uygulaması 3.Cilt,(1.Baskı), İstanbul, Legal Yayıncılık, s.1660.

[333] Bülbül, D.(2009) Hâkimin Takdir Yetkisi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi),s.26; . Demirdöven O. (2010), Özel Hukukta Hakimin Takdir Yetkisi Ve Yargıtay Tarafından Denetlenmesi, Fırat Öztan'a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, s.721.

[334] Antalya/Topuz, s.396; Helvacı/Erlüle, s.20; Antalya, s.765.

Kanun koyucunun hakime takdir yetkisini tanıması açıkça anlaşılabileceği gibi, hükmün ifade tarzından da anlaşılabilmesi mümkündür. Özellikle "haklı veya gerekli sebeplerin varlığı halinde, durumun gereklerine göre, uygun miktar, hakkaniyet gerektirmesi halinde, takdir eder, …bilir" gibi ifadelerde hakimin takdir yetkisi olduğu belirtilmiştir[335]. Buna göre, TMK m.236/2 hükmündeki "hakkaniyete uygun olarak" ifadesinin kanun koyucunun, hakime takdir yetkisini kullanması için işaret ettiğini söylemek mümkündür.

Kanun koyucu, hakime takdir yetkisini iki şekilde tanımaktadır. Birincisi, kanun maddesinin uygulanması için gerekli şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda olabilir[336]. Bu takdir yetkisine kısaca "şartlarda takdir" denmektedir. Buna TMK m.166/1 hükmündeki *"ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa"* düzenlemesi örnek verilebilir. Kanun koyucu, evlilik birliğinin temelinden sarsılacağı halleri saymamış, somut olayın özelliklerine göre hangi davranışların boşanmaya sebebiyet vereceği konusunda hakime takdir yetkisi tanımıştır. Takdir yetkisinin diğer bir görünümü ise, "hükümde takdir" olarak adlandırılan, kanun koyucunun, hükmün hukuki sonucunu hakimin takdir yetkisine bıraktığı hallerdir.[337] Bu durumda hükmün uygulanması için gerekli şartlar kanun koyucu tarafından belirlenmiş olmakla, hakimin takdir yetkisi, hukuki sonucu belirlemekte ortaya çıkmaktadır. Örneğin, hakim, tarafların boşanmalarına karar vermişse, TMK m.174'deki "uygun bir maddi tazminat isteyebilir" hükmü gereğince, tazminatı belirlerken takdir yetkisini kullanacaktır. Yine kanun koyucu tarafından TMK m.236/2 gereği hakime tanınan takdir yetkisi hükmün sonucu belirleme şeklinde olup, hükmün uygulanması için gerekli şartların belirlenmesinde hakimin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Hakim, pek kötü muamele sebebine dayalı olarak evlilik birliğinin sona ermesi halinde, takdir yetkisini kullanamayacak; yalnızca hüküm için öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, katılma alacağının hangi oran ya da miktarda azaltılması konusunda takdir yetkisini kullanacaktır.

Konuyu Aile Hukuku bakımından değerlendirecek olursak, kanun koyucunun hakime takdir yetkisi tanıması aile mahkemesi hakimi açısından çok uzak bir kavram değildir. Zira nişanın bozulması, evlilik birliğinin sona ermesi, maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesi, nafaka miktarının tayin edilmesi, mal rejimi konusunda gerekli önlemlerin alınması, velayet ve kişisel ilişki tesis edilirken takdir yetkisini kullanması gibi birçok somut olayda kanun koyucu, aile mahkemesi hakimine takdir yetkisi tanımıştır.

---

[335] Antalya, s.772; Oğuzman K./Barlas N.,(2022), Medeni Hukuk, (28.Baskı), İstanbul Oniki Levhacılık, s.89; Demirdöven, s.726; Antalya/Topuz, s.402.

[336] Hatemi H.,(2021),Medeni Hukuk'a Giriş, (10.Baskı), İstanbul,Oniki Levha Yayıncılık, s.100; Oğuzman /Barlas, s.90; Helvacı/Erlüle, s.20.

[337] Helvacı/Erlüle, s.20; Antalya, s.773; Oğuzman/Barlas, s.90; Antalya/Topuz, s.403.

Takdir yetkisinin kullanımı kanun koyucunun izin verdiği hallerde ve izin verdiği sınırlarda mümkün olup, hakimin, takdir yetkisini kullanırken mutlak bir serbesti ile hareket etmesi mümkün değildir. Buna göre, hakim takdir yetkisini kullanırken hükmün amacını, hükümle korunan menfaati dikkate alacak, hukuka ve hakkaniyete uygun davranacak, ölçülülük ve eşitlik ilkelerini göz önünde bulunduracaktır[338].

Hakimin takdir yetkisini kullanırken keyfi davranmamalı, takdir yetkisini hangi somut olayın özelliklerine dayandırdığını mutlaka gerekçelendirmelidir [339] . Takdir yetkisinin hukuka ve hakkaniyete uygun kullanılıp kullanılmadığı, yargı denetimine tabi olacaktır[340]. Bu nedenle, hakim katılma alacağının azaltılması için gerekçesini açıklamış olsa dahi yargı (istinaf ve temyiz incelemesi) tarafından azaltma oranı denetime tabi olacaktır. İstinaf veya temyiz incelemesinde, mahkeme tarafından kullanılmış takdir yetkisinin, kanun koyucunun belirlediği sınırlar içinde kullanıp kullanmadığı ve takdir yetkisinin kullanılmasında dikkate alınması gereken ölçütlere uygun hareket edip etmediği konusunda denetlenmektedir[341]. Üst mahkeme denetimi bakımından oldukça öneme sahip olan takdir yetkisinde dikkate alınacak ölçütler aşağıda detaylı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

II. Hakkaniyet Ölçütü

A. Genel Olarak

Kanun koyucu, artık değere katılma oranının azaltılması ya da kaldırılması konusunda hakime tanımış olduğu takdir hakkı gereği, özellikle azaltma oranının belirlenmesinde geniş bir yetki tanımış olup, azaltma oranının belirlenmesine ilişkin "hakkaniyet" dışında bir ölçüt belirlememiştir. Kanun koyucunun "hakkaniyet" lafzını iki farklı anlamda kullandığını, birinci anlamının hükmün uygulanma şartı olarak değerlendirilmesini gerektiğini diğer anlamının ise, azaltma oranı belirlenirken dikkate alınması gereken bir ölçüt olduğunu yukarıda belirtmiştik. Hakkaniyet kelimesinin sözlük anlamı, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde tarafların durumlarını

---

[338] Helvacı/Erlüle, s.20;Antalya s. 776 vd., Bülbül s.31;Antalya/Topuz, s.405.

[339] Oğuzman/Barlas, s.91; Helvacı/Erlüle, s.20; Demirdöven, s.736; Antalya/Topuz, s.408; Yarg. HGK, T.08.12.1965, E.892.D-I/K.450 *".... Hüküm yerinde takdir hakkının o yolda belirişinin nedenleri ve özellikle bu belirişin dayanakları yeterli şekilde gösterilmelidir. Yargıtay, kontrol hakkını kullanabilmek için elbette ki takdir hakkının dayanaklarını bilmek zorundadır."* (www. kazanci.com E.T. 15.04.2023).

[340] Antalya, s.780,; Demirdöven, s.726.

[341] Demirdöven, s.739.; Yarg. HGK, T.22.03.2023, E.2021/1-234, K.2023/259 "…Burada özellikle üzerinde durulması gereken husus; hâkimin "hukuki sonuca yönelik olarak kullandığı takdir hakkının bir hukuk meselesi" olduğu hususudur. Hâkim somut olaydaki hukuksal faaliyetin ilk üç aşamasını doğru olarak tamamladıktan sonra dördüncü aşamada vardığı hukuki sonucun "takdir hakkının" kullanılmış olduğu gerekçesiyle Yargıtay denetimine tabi olmadığı sonucuna varılamaz. Zira Yargıtayın maddi hukukun doğru olarak uygulanıp uygulanmadığı yönünden mutlak denetim yetkisi vardır. Takdir hak ve yetkisinin denetlenmesi de bir hukukilik denetimi olup Yargıtayın yetki alanında bulunduğu da muhakkaktır." (www. lexpera.com E.T. 18.04.2023).

ve somut olayın özelliklerini dikkate alarak adalete uygun bir karar tesis etme olarak açıklanabilir[342]. Hakkaniyeti kısaca somut olay adaleti olarak tanımlamak mümkündür.

Madde metnindeki hakkaniyet kelimesinden yola çıkarak hakimin azaltma kararında, somut olayın özelliklerini dikkate alması gerekmektedir. Somut olayın özelliklerinin dikkate alınması, hakimin her olayı kendi koşulları çerçevesinde değerlendirerek, her durumun kendine özgü yapısını göz önünde bulundurmasıdır. Somut olayın özellikleri bakımından kesin ölçütler bulunmayıp, aşağıda belirttiğimiz ölçütler, hükmün uygulanmasında dikkate alınması gereken başlıca ölçütlerdir. Sınırlı sayıda olmayan bu ölçütler, her olaya göre değişkenlik gösterebilmekte; bir olay için asli derecede öneme sahipken; diğer bir olay için herhangi bir öneme sahip olmayabilir.

Hakkaniyetin dikkate alınmasında önemli olan ölçütlerin dayanağını, TMK m.186/3 gereği eşlere yüklenmiş olan evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirip getirmedikleri oluşturmaktadır. Eşlerden birinin emeğini ya da kazancını ortaya koyarak evlilik birliği giderlerine katılmasına rağmen; diğer eşin üçüncü kişilerle zina yapması, alkol, uyuşturucu gibi kötü alışkanlıklar ile evlilik birliğinin ekonomik yapısını tehlikeye düşürmesi halinde, katılma alacağı talep etmesi hakkaniyete aykırı düşmekte, edinilmiş mallara katılma rejiminin amacıyla bağdaşmamaktadır[343].

Azaltma oranının belirlenmesinde somut olayın özelliklerine etki eden ölçütlerin, maddi ve manevi tazminata etki eden ölçütlerle ilişkisini ortaya koymak gerekir. Hakim maddi ve manevi tazminata hükmederken esas aldığı birçok ölçütü, TMK m.236/2'nin uygulanması esnasında dikkate alacaktır. Evlilik, zina ya da hayata kast nedeniyle sona ermişse hakim tarafların ekonomik durumlarını dikkate alarak muhtemelen yüksek bir maddi veya manevi tazminata hükmedecektir. TMK m.236/2 uygulamasında maddi veya manevi tazminatın belirlenmesine yönelik ölçütlerin dışında, mal rejimine özgü bazı özel durumları da dikkate almalıdır. Boşanma davasında, maddi veya manevi tazminat belirlenirken; eşlerin mal rejimi türü, edinilmiş mal-kişisel mal ayrımı, değer artış payı alacağının varlığı gibi boşanma davasının konusu olmayan birçok ölçütü dikkate almamaktadır. Bu nedenledir ki, boşanma davasına bakmakta olan hakim, zina nedeniyle yüksek bir maddi tazminata hükmederken, tasfiye davasına bakmakta olan hakim artık değere katılma oranını çok cüz'i bir oranda azaltabilecektir. Şüphesiz bu sonucun ortaya çıkmasında yukarıda da detaylı olarak bahsettiğimiz TMK m.236/2 hükmü ile maddi-manevi tazminatın aynı amaca hizmet etmediği düşüncesi yatmaktadır. Doktrinde birçok yazar maddi tazminatın belirlenmesinde mal

[342] Hakkaniyet: Hak ve adalete uygunluk; doğruluk (https://sozluk.adalet.gov.tr).

[343] Yücel, evlilik birliğindeki ekonomik yükümlülükler itibariyle adi ortaklık ilişkisinin kurulmuş olduğunu ve adi ortaklıkta ortakların yükümlülüklerini ağır biçimde ihlal etmesinin haklı fesih imkanı verdiğini, eşin yalnızca mal ayrılığına geçilmesini talep etmemiş olması nedeniyle evlilik birliğindeki bu ihlallerden olumsuz olarak etkilenmesinin önüne geçilmek için hakkaniyet şartının gerekli olduğu belirtilmiştir. Yücel s.275.

rejimi tasfiyesinin sonucunun beklenmesi gerektiğini beyan etmişse de[344] mal rejiminin tasfiyesinin boşanma kararının kesinleşmesinden sonra gerçekleşecek olması ve genellikle boşanma kararının ve fer'ileri niteliğindeki maddi-manevi tazminat kararının aynı anda kesinleşmesi nedeniyle, boşanma davasına bakan mahkemenin mal rejiminin tasfiyesini dikkate alması pek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca hem boşanmaya neden olan fiillerin araştırılması hem de velayet, nafaka gibi birçok talep yönünden karar vermesi beklenen mahkemenin bir de tarafların mal rejimine ilişkin genel tespitlerini, tazminat miktarında dikkate alması yargılamayı geciktirmekten başka bir sonuç doğurmayacaktır.

Mal rejiminin tasfiyesine bakan, özellikle TMK m.236/2 hükmünün uygulama şartlarının bulunduğu bir olayda katılma alacağının azaltılmasına karar verecek olan mahkemenin, maddi ve manevi tazminata dair hükmü dikkate alıp almayacağı sorusu gündeme gelebilir. Kanaatimce hakim, TMK m.236/2 hükmünü uygularken somut olayın tüm özelliklerini dikkate alması gerektiğinden, bir tarafa ödenmiş olan tazminat miktarının, o tarafın kişisel malı olarak değerlendirerek, artık değere katılma oranının azaltılmasında dikkate almalıdır.

B. Hakimin Artık Değer Pay Oranını Azaltırken veya Kaldırırken Dikkate Alacağı Ölçütler

Aşağıda hakimin hangi ölçütlere göre azaltma ya da kaldırma kararını kullanmaları gerektiği sık karşılaşılan durumlar için örnek mahiyetinde açıklanmaya çalışılacaktır. Bunların dışında, uygun düştüğü ölçüde her türlü durum, hakimin azaltma kararında etkili olacaktır. Ancak hangi durumların hakimin azaltma kararında dikkate alacağı ölçütlerden olmaması gerektiğini de belirtmek gerekmektedir. Her şeyden önce hakim, edinilmiş mallara katılma rejiminin olumsuz yönlerini, TMK m.236/2 hükmü ile gidermeye çalışmamalıdır. Taşınmazın sürüm değeri ile karar tarihi arasındaki bedel artışı, enflasyon ya da eşlerden birinin ev işleriyle ilgilenmesi nedeniyle maddi kazanç sağlamaması ya da mal rejiminin devamı süresince eşlerden birinin edinilmiş mal niteliğindeki bir malı hasara uğratması, bir eşlerin gelirleri arasındaki yüksek farklılar gibi faktörlerin azaltma kararında dikkate alınmaması gerekmektedir[345]. Aynı şekilde eşin birtakım muvazaalı tasarruflar gerçekleştirerek, edinilmiş malları azaltma kastı gibi filleri de, bu gibi fiillere kanun koyucu tarafından sonuç bağlanmış olduğundan, azaltma kararına etki etmemesi gerekmektedir.

---

[344] Öztan, s.805; Kaya Kızılırmak, s.170.

[345] Alman Hukuku bakımından bkz. Johannsen/Henrich/Althammer, s.362; Eşlerin birinin evlilik birliğinde daha fazla mülkiyet edinmesi büyük ölçüde adaletsiz sayılmayacaktır. Yine mal rejiminin doğası gereği ortaya çıkan eşitsizlikler hükümle giderilmeye çalışılmamalıdır. Aile içindeki görev dağılımlarının ve borçlu eşin borcu ödemekte zorlanacak olmasının kazanç eşitlenmesine bir etkisi bulunmamaktadır. Bkz. Schulz/Hauß, s.195.

1.Hakkaniyet

Artık değere katılma oranının azaltılmasında ya da kaldırılmasında, hakimin dikkate alacağı ilk ölçüt hakkaniyet olmalıdır. Hakkaniyet, hem hükmün uygulanıp uygulanmamasında hem de hüküm uygulanırken hangi oranda azaltma yapılacağı konusunda, göz önünde bulundurulmalıdır. Hakkaniyetin ilk boyutu, yukarıda hükmün uygulanması için gereken şartlar içinde açıklanmaya çalışılmıştır. Hakkaniyetin ikinci boyutu olarak değerlendirilen konu ise, hakimin azaltma oranı ile somut olayın özellikleri arasında denge kurmuş olmasıdır.

Hakkaniyet, kısaca somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi anlamına gelse de bu başlıkta hakkaniyetin, hakimin hükmü uygularken makul davranması gerektiği anlatılmaya çalışılacaktır[346]. Zira somut olayın özellikleri çok genel bir ifadeyi içerdiğinden somut olayın özelliklerinde hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiği, diğer başlıklarda incelenecektir.

Hükme yönelik eleştiriler dikkate alındığında, eşlerin ömür boyu çabası sonucunda elde ettikleri malvarlığından ne kadar ağır olursa olsun tek bir fiil nedeniyle hak talep edememesi hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilmiştir[347]. Hakim, TMK m.236/2 hükmünü uygularken hakkaniyeti göz önünde bulundurarak, doğrudan artık değere katılma oranının kaldırılmasına karar vermemeli; makul sayılacak şekilde katılma oranının azaltılmasına karar vermelidir. Zira daha önceki başlıklarda da vurguladığımız üzere, hükmün cezalandırma amacı bulunmamaktadır. Bu nedenle tek bir fiille katılma oranının kaldırılmasının, bir eş yönünden ağır bir yaptırım olacağı hatta tabiri caizse, yıkım olacağını söylemek güç değildir. Bu nedenle, kanun koyucu, tarafından "hakkaniyet" lafzı bilinçli olarak seçilerek hükmün, hakim tarafından dikkatle uygulanması amaçlanmıştır. Kanun koyucu "hakkaniyet" lafzını kullanmasaydı dahi hakimin kararı hakkaniyete dayanması gerekmekte, bunun aksi düşünülmemektedir. Ancak bu kelimeyle, hükmün tedbirli olarak kullanılması gerektiği belirtilmiştir.

2.Kusur Derecesi

Evlilik birliğinin sona ermesine neden olan olaylarda bir eşin zina veya hayata kast, diğer eşin de bunların dışındaki fiiller nedeniyle, kusurlu bulunduğu durumlarda hükmün zina veya hayata kast eden eş aleyhine uygulanması gerekse de, diğer eşin de evliliğin sona ermesinde kusuru bulunduğundan azaltma kararında bu husus dikkate alınmalıdır[348].

---

[346] Doktrinde bazı yazarlarca hükme hakim tarafından çekimser kalınması, her olayda uygulanmaması gerektiği vurgulanmışsa da bu görüşe katılmaya imkan yoktur. Hakim kanun hükmünü uygulamakta takdir hakkını kullanarak kanun koyucunun öngördüğü sonuca ulaşmalıdır. Bu durum hakimin her olayda katılma alacağını kaldırması anlamına gelmemeli, hakimin tedbirli davranarak hakkaniyete dayalı makul bir azaltma oranı tercih etmesi gerektiği söylenebilir.

[347] Öztan, s.534.

[348] Alman Hukuku bakımından bkz. Strobel s.137; Zinanın uzunluğu, şekli, derecesi, aile ve evlilik ilişkileri, diğer eşin tutumu BGB § 1381'in uygulanması açısından önem arz eder.

Eşlerden birinin zina veya hayata kast fiiline rağmen, diğer eşin kusurlu fiillerinden dolayı mahkemece taraflara eşit kusur yüklenmişse dahi, yukarıda da açıkladığımız üzere zina veya hayata kast fillini işleyen eşin, artık değere katılma oranını azaltmaktan kaçınılmamalıdır. Her ne kadar eşit kusur nedeniyle maddi veya manevi tazminata hükmedilmemişse de, eşit kusura neden olan fiiller de dikkate alınarak, artık değere katılma oranı hakkaniyete uygun şekilde, makul bir oranda azaltılabilmesi mümkündür.

Her iki tarafın da kusurlu eylemlerinin TMK m.236/2'deki boşanma nedenlerini oluşturması halinde ise, eğer her iki eş zina ya da hayata kast fiilini işlemişse, hakimin artık değere katılma oranına müdahalesine gerek olmayacaktır. Zira her iki eş açısından da kendisine karşı işlenen bu davranış nedeniyle, katılma alacağının tam olarak ödenmesi toplumdaki adalet duygusunu sarsacak boyutta değerlendirilmemelidir. Eşlerden birinin zina, diğerinin de hayata kast eylemleri neticesinde evlilik birliği sona ermişse hakim somut olayın özelliklerini dikkate alarak her iki eş açısından da aynı ya da farklı oranda artık değere katılma oranının azaltılmasına karar verebileceği gibi, bir eş açısından ya da her iki eş açısından, hükmü uygulamayabilecektir.

3.Kusurlu Fiilin Süresi

Eşlerden birinin katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılmasına yönelik fiilleri, birden fazla kez ve uzun süre gerçekleştirmiş olması azaltma kararında, dikkate alınmalıdır. Şüphesiz fiillerin uzun süre işlenmesi, fiili işleyenin aleyhine olacak şekilde dikkate alınmalı ve katılma alacağı önemli oranda azaltılmalıdır.

Konuyu zina boyutuyla dikkate alacak olursak; eşlerden biri uzun süreli zina ilişkisi kurmuş, zina ilişkisinde olduğu üçüncü kişi ile beraber evde yaşıyor ve bu eve maddi olarak destek sağlıyor olabilir. Bu durumda zina ilişkisinde bulunan eşin, edinilmiş mal niteliğine haiz olan gelirini uzun yıllar zina ilişkisine harcamış olması, sadakat yükümlülüğünün ekonomik boyutunu da ihlal ettiği sonucunu ortaya çıkarır[349]. Eşin uzun süreli zina ilişkisine yapmış olduğu masraflar boşanma esnasında mülkiyetinde bulunmamakta bu durum, diğer eşin katılma alacağının azalmasına yol açmaktadır. Mahkemece zinanın süresi ve yapılan masrafların miktarı, dikkate alınmalıdır.

Hayata kast fiilinin birden fazla kez işlenmesi, çok karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte hayata kast fiiline rağmen eşin af iradesi göstermesi ve eşlerin başka bir hayata kast olayı nedeniyle evlilik birliğinin sona ermesi halinde, mahkemece, affedilmiş olsa dahi ilk hayata kast eylemi de dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır[350]. Af iradesinin gösterilmiş olması nedeniyle, her ne kadar

[349] Alman Hukuku bakımından bkz. Koch, BGB § 1381, para.33; Kusurlu davranış, evlilik dışı cinsel ilişkinin ekonomik sonuçlarının kadına yüklenmesinde yatıyorsa, kocanın evlilik dışı doğan çocuk için yaptığı masrafları kadının denkleştirme talebinde § 1381 uyarınca yapılması gereken indirimin kapsamında dikkate alınmalıdır.; Scheller/Sprink, BGB § 1381 para.17.

[350] Kaya Kızılırmak, s.153.

boşanmada affedilen olaylar tazminatın belirlenmesi konusunda dikkate alınmasa da[351], katılma alacağının azaltılmasında dikkate alınmalıdır. Yine hayata kast eyleminin dışında eşin hayata kasta varmayan yaralama fiilleri de, katılma alacağının azaltılmasına etki etmelidir.

Alman hukukunda, kazanç ortaklığındaki denkleştirme talebinin reddedilmesi için eşlerin, özellikle zina eylemini bir defa işlemiş olmaları yeterli görülmemiş, bu eylemin devamlılık arz etmesi ya da büyük haksızlık içermesi gerektiği belirtilmiştir[352]. Hukukumuzda, zina veya hayata kast eyleminin bir defa işlenmiş olması, zina veya hayata kast nedeniyle boşanmayı ve sonucunda katılma alacağını azaltmak için yeterli kabul edilse de, eylemlerin süresinin uzun olması, hakimin katılma alacağını azaltırken dikkate alması gereken kriterlerden biridir.

4.Haksızlık Ölçütü

Haksızlık kavramı, kusurdan farklı olarak ele alınan, evlilik birliğinin sona ermesinde kusurlu eşin fiillerinin, toplum tarafından kabul edilemez oluşunun yanı sıra, toplum vicdanını ağır derecede sarsmasıdır. Haksızlık kavramı, eşin kusur oranından bağımsız olarak düşünülmeli, fiilin işlenip işlenmediğinden ziyade kimle ve ne şekilde işlendiği önem arz etmektedir. Eşin zina fiilini, eşlerin daha önce tanımadığı bir kişiyle birlikte işlemesi halinde tam kusurlu kabul edildiği bir olayda, eşin zina fiilini akraba veya yakın arkadaş gibi eşlerin sosyal ortamında bulunan biriyle işlemesi, zina ilişkisinden doğan çocuğu eşlerin birbirlerinden saklaması halinde, tam kusurun yanı sıra fiilin işleniş biçimi toplumdaki vicdani kanıyı derinden sarsacağından, bu eylem daha ağır bir eylem olarak değerlendirilerek azaltma veya kaldırma kararında etkili olmalıdır. İstanbul Bam 6.Hukuk Dairesinin 01.10.2020 tarihli kararında eşin kız kardeşi ile zina yapan eşin katılma

---

[351] Yarg. HGK**.** T. 23.01.2020, E. 2017/2-2065, K. 2020/46 **"***Toplanan delillerin değerlendirilmesinde; davacının 09.01.2014 tarihli duruşmada "...evden ayrılırken çocuklarla birlikte babamın evine gidiyorum, kendini iyi hissettiğinde gelirsin diye not bıraktım, bu şekilde evden ayrıldım, ben normal evden ayrılır gibi evden çıktım, hiçbir şey yanıma almadım, ben evden ayrılmak niyetinde değildim..." beyanında bulunduğu, davalının davacıya 17.01.2013 tarihinde uyguladığı fiziksel şiddet vakıasından sonra davacının, tanık ifadelerinde de yer aldığı üzere davalı hakkında verilen uzaklaştırma kararı sona ermeden eşini telefonla arayarak eve çağırdığı, tarafların bu şekilde barışarak birlikte yaşamaya başladıkları anlaşılmaktadır. Affedilen olaylar tarafların kusurlarının belirlenmesinde dikkate alınamayacağından, affedilen olaylar gerekçe yapılarak taraflar lehine maddi ve manevi tazminata da hükmedilemeyecektir. Taraflar bir araya geldikten sonra da aralarında geçimsizliği kabule elverişli ve taraflara kusur olarak yüklenecek bir olayın yaşanmadığı dosya kapsamı ile aşikâr olup duyuma dayalı tanık beyanlarına dayanarak kusur irdelemesi yapılarak, bir tarafın beyanına üstünlük tanıyarak taraflara kusur yüklemek de usul ve yasaya aykırılık teşkil edecektir. İzah edilen sebeplerle; boşanmaya sebep olan olaylarda davalının kusurlu kabul edilmesi ve dosya kapsamına uygun düşmeyen bu kusur belirlemesine bağlı olarak davacı lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir."*(www. kazanci.com E.T. 22.03.2023)

[352] Alman Hukuku bakımından bkz. Schulz/Hauß s.196.; Yükümlülüklerin yerine getirilmediği sürelerin evlilik süresine göre değerlendirmesi yapılarak kazanç eşitlenmesinin reddine karar verilir.

alacağının 1/10 oranında azaltmanın yetersiz olduğu, 3.kişi ile yapılan zinadan daha ağır bir hal olduğu bu nedenle katılma alacağının tamamen kaldırılması gerektiği sonucuna varılmıştır[353].

Alman hukukunda da, uzun süreli evlilik ihlalleri madde kapsamında değerlendirilmesinin yanı sıra istisna olarak eylemin büyük haksızlık içermesi halinde, kazançların eşitlenmesinin reddedilmesine karar verilmiştir. Zina eyleminden doğan çocuğu, eşinden saklayarak çocuk lehine iştirak nafakası talep edilmesi, 22 yıl süren evlilikte altı çocuğun dördünün eşin zina ilişkisinden doğması ve diğer eşin bu çocukların tüm giderlerine destek olması, eşin yakın zaman diliminde dört farklı kişiyle zina ilişkisinde bulunmuş olması, eşin, eşlerin müşterek olmayan çocuğuyla zina ilişkisine girmesi gibi ağır haksızlık durumlarına örnek olarak gösterilebilir[354].

Evlilik birliğinin yukarıda saydığımız türden ağır haksızlık içeren şekillerde sona ermesi halinde hakim kanaatimizce katılma alacağının kaldırılması yolunu tercih edebilir. Bunun dışında katılma alacağının azaltılması yoluna da gidilecekse, hakkaniyet gereği ciddi bir oranda katılma alacağı azaltılabilir.

5.Evliliğin Süresi, Eşlerin Yaşı Ve Evlenme İhtimalleri

Hakim hakkaniyet gereği katılma alacağını azaltırken eşlerin evlilik birliğinin ne kadar devam ettiğini ve eşlerin tekrardan evlilik birliği kurarak mal ediniminin mümkün olup olmadığını değerlendirmelidir. Uzun süren bir evlilikte, eşlerin bu süre boyunca yapmış oldukları birikimlerinin, yüksek oranda azaltılması hakkaniyete aykırı olacaktır. Evlilik süresi dikkate alınarak uzun evliliklerde katılma alacağının kaldırılmasına karar vermek yerine, katılma alacağının makul sayılabilecek bir oranda azaltılmasına karar verebilir. Kısa süreli evliliklerde, yüksek miktar kabul edilecek derecede edinilmiş malvarlığı olduğu takdirde, artık değere katılma oranı nispeten azaltılabilecektir[355].

---

[353] İstanbul BAM, 6. HD, T. 1.10.2020, E. 2019/543, K. 2020/1404 *"TMK.nun 236/2. maddesi düzenlemesinde ''Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir'' hükmü gereği karşı tarafın bu yöndeki talebi de dikkate alınarak bilirkişi tarafından bu maddeye dayanılarak alacağın indirilerek 1/10 şeklinde alacağa karar verilmesinin uygun olduğu belirtilmiş ise de, tarafların boşanma dosyası kapsamından zina eyleminin eşin kız kardeşi ile gerçekleştirilmiş olması halinin zinanın ağır hali olduğu üçüncü bir kişi ile yapılan zina olarak değerlendirilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı maddede de belirtildiği üzere bu halde tamamen kaldırmanın gerektiği vicdani kanısına varılarak davalı karşı davacının katılma alacağının tamamen kaldırılmasına,"* (www. lexpera.com E.T. 14.04.2023).

[354] Alman Hukuku bakımından bkz. Schulz/Hauß, s.197.;Schnitzler s.1161; Uzun süreli hapis cezasıyla sonuçlanan evlilik sırasında birkaç kadının tecavüze *uğraması,* elde edilen kazançların eşitlenmesinin tamamen hariç tutulmasını haklı çıkarır . Eşlerin ortak evinde yaşayan *kadının kızına tecavüz edilmesi* , kocanın eşit kazanç hakkının kısmen veya tamamen azaltılmasını haklı çıkaran ciddi kişisel suistimale örnek teşkil eder.

[355] Alman Hukuku bakımından bkz. Schulz/Hauß, s.200.; Strobel s.104;Yazara göre çok kısa evliliklerde şans oyunlarından elde edilen kazanç nedeniyle eşin evlilik birliğini sona erdirip kazanç paylaşması talebinde bulunmasının önünü açacaktır.

Eşlerin yeniden evlenme ihtimalleri de dikkate alınmalı, eşlerin yeni bir evlilik birliği kurması halinde edinilmiş mallara katılma rejiminin sağlamış olduğu imkanlarla tekrar birikim yapma ihtimali gündeme geleceğinden, katılma alacağının azaltılması konusunda hakimin geniş bir alanı bulunmaktadır. Ancak somut olayın özelliklerine göre eşlerin bir daha evlenme ihtimali düşükse, evliliğin kendilerine sağlamış olduğu imkanlardan faydalanamayacak olmaları nedeniyle hakim, katılma alacağını düşük miktarlarda azaltması hakkaniyete uygun olacaktır.

6.Tarafların Maddi Durumu

Tarafların maddi durumundan anlaşılması gereken, eşlerin kişisel malları ve eşlerin gelir durumudur. Göz önünde bulundurulacak konu, eşlerin maddi durumlarının azaltılan ya da kaldırılan katılma alacağına bir daha ulaşıp ulaşamayacaklarıdır. Yani katılma alacağının kaldırılması ya da önemli ölçüde azaltılması diğer eş açısından telafi edilemez boyutta ise hakim, düşük bir azaltma oranı tercih etmelidir. Zira hakkaniyet lafzından da bu anlaşılması gerekli olup, katılma alacağının azaltılan kısmına, çok uzun sürede ya da hiçbir zaman erişemeyecek olan eşi bu alacaktan, önemli ölçüde mahrum etmek hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Eşlerin zina veya hayata kast nedeniyle boşanmalarına karar verilmiş olması halinde, zina ve hayata kast fillerini işleyen eş aleyhine, maddi ve manevi tazminata hükmedilmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Maddi ve manevi tazminat kalemleri, eşlerin maddi durumunu etkileyeceğinden azaltma oranı belirlenirken tazminat miktarı da dikkate alınmalıdır. Doktrinde boşanma sebebinden bağımsız olarak maddi tazminatın katılma alacağından düşülmesine ilişkin çözüm önerisine[356] katılmasak da TMK m.236/2 istisna niteliğindeki hükmün değerlendirilmesinde, hakim geniş bir takdir yetkisine sahip olduğundan, katılma alacağının azaltılmasında tazminat miktarını da ele almalıdır. Zina veya hayata kast fiilini işleyen eş aleyhine, yüksek sayılacak miktarda maddi ve manevi tazminata hükmedilmişse katılma alacağının azaltılması yoluyla da kusurlu eşin borç ödemekten aciz duruma düşürmek, kanun koyucunun hedeflediği bir sonuç değildir. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, evlilik birliği zina nedeniyle sona ermiş ve kusurlu eş aleyhine toplam 300.000 TL maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Eşlerin mülkiyetlerinde edinilmiş mal niteliğine haiz birer adet taşınmaz bulunmakta ve her birinin sürüm değeri 1.000.000 TL değerindedir. Kusurlu eşin mülkiyetindeki taşınmazda, diğer eşin 500.000 TL katılma alacağı bulunmaktadır. Kusurlu eşin açmış olduğu katılma alacağı talepli davada kanun gereği katılma alacağı azaltılabilecektir. Kusurlu eşin katılma alacağının, kaldırıldığı varsayımında kusurlu eşin mülkiyetinde 1.000.000 TL'lik taşınmaz bulunsa da 300.000 TL tazminat ve 500.000 TL katılma alacağı borcu bulunmakta ve boşanma nedeniyle mülkiyetindeki taşınmazı satmak zorunda kalacaktır. Kusurlu eş, bu durumda ciddi anlamda zor durumda kalacağından hakim tarafından,

[356] Zeytin, s.441.

hakkaniyet gereği katılma alacağı yarı oranında veya daha az bir oranda azaltılarak TMK m.236/2 hükmünün meydana getireceği olumsuz durumlardan kaçınılmalıdır. Hakim, eşlerin kişisel malvarlıklarını da dikkate almalı eğer kusurlu eşin kişisel malları, edinilmiş mallarından önemli derecede fazlaysa, takdir hakkı mağdur eş lehine kullanılması, hakkaniyete aykırılık teşkil etmeyecektir.

7. Edinilmiş Malların Miktarı Ve Olağan Seviyenin Üstünde Emek

Edinilmiş malların miktarı arttıkça, TMK m.236/2 hükmünün uygulanması da önem arz etmektedir. Zina veya hayata kast fiilinin mağduru eşin mülkiyetindeki edinilmiş malların değeri ne kadar çoksa, kusurlu eşin katılma alacağı da o doğrultuda fazla olacak ve mahkemenin kaldırma ve azaltma kararından etkilenecek miktar, o derece fazla olacaktır.

Eşlerden birinin olağanüstü emek sarf etmesine karşılık, diğer eşin, eşe bu olağanüstü çalışma dönemlerinde destek olmak yerine, evlilik yükümlülüklerini ihlal etmesi de katılma alacağının azaltılması kararında etkili olmalıdır[357]. Katılma rejiminin temel düşüncesi gereği, eşlerin kazancına bakılmaksızın tasfiye yapılsa da eşin olağanüstü çalışma dönemlerinde dayanışma görevini ihlal eden eşin, zina veya hayata kast nedeniyle evlilik birliğinin sona ermesi halinde, bu olağanüstü çalışma döneminde edinilen mallardan hak elde etmesi, haksızlık oluşturacağından artık değere katılma oranı azaltılmalıdır. Olağanüstü emek kavramı her ne kadar TMK'da yer almasa da mehaz kanun İsviçre Medeni Kanununda (ZGB art.165) yer almaktadır. ZGB art.165/2'e göre eşin, evlilik birliği giderlerine gelirinden veya malvarlığından yükümlü olduğundan daha fazla katkıda bulunması durumunda uygun bir tazminat alması öngörülmüştür[358]. Her iki eşin de çalıştığı bir örnekte, kadın eş, haftasonu ek iş yaparak kazanç sağlamış ve bu kazancını bankada biriktirmiştir. Evliliğin erkek eşin zinası ile son bulması halinde, bankadaki edinilmiş mal olarak nitelendirilen malvarlığından yarı oranında katılma alacağı talep etmesi, haksızlık oluşturacak; hesaplanan katılma alacağından indirim yapılmasını gerektirecektir. Hakim tarafından katılma alacağı azaltılırken, ek iş nedeniyle olağan seviyenin üstünde emek sarfeden eşin bu emeği görmezden gelinmemeli ve olağanüstü performans nedeniyle elde edilen gelir, ne kadar fazla ise, artık değere katılma oranı da o derecede azaltılmalıdır.

---

[357] Alman Hukuku bakımından bkz. Schulz/Hauß s.205. Strobel s.70.; Konuya ilişkin örnek vermek gerekirse mimar olan eşin bir proje nedeniyle gece gündüz çalışmasına rağmen diğer eşin eşe gerekli yardımı yapmaması ona destek olmaması halinde bu proje nedeniyle elde edilen ek gelirden yükümlülüklerini ihlal eden eşin tam olarak faydalanmaması gerektiği ileri sürülmüştür.

[358] Zeytin, s.108.

8. Kişisel Malların Gelirlerinin Miktarı

Kişisel malların geliri de kanun gereği edinilmiş mal kapsamındadır. Kişisel malların geliri, kısaca kişisel maldan ortaya çıkan ürün ve semeredir. Bu ürün ve semere bir taşınmaza ait kira geliri ve bankadaki paranın faiz getirisi olabileceği gibi tarım arazisinden çıkan mahsul de olabilir[359]. Kanun koyucu, edinilmiş mal kapsamında değerlendirmiş olduğu bu gelirleri, TMK m.221/2 gereğince mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal olarak kararlaştırılabileceğini öngörmüştür.

Eşler mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirinin, kişisel mal olarak kabul edileceğini kararlaştırması halinde mahkemece bu gelirler tasfiye kapsamında dikkate alınmayacaktır[360]. TMK m.236/2 hükmü gereği katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılmasına karar verilirken kişisel mal olarak kabul edilmiş bu gelirler yukarıda da değindiğimiz üzere, eşlerin maddi durumlarına etki ettiğinden azaltma oranı belirlenirken göz önünde bulundurulmalıdır.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile kişisel malların gelirlerinin kişisel mal olarak kararlaştırılmadığı durumlarda, kanun gereği edinilmiş mal olarak kabul edilen bu gelirler, mal rejiminin tasfiyesi anında hesaba katılacaktır. Emek ve çalışma karşılığı elde edilmeyen bu gelirler, özü itibariyle kişisel mal grubuna dahil olması gerekirken[361] istisna getirilerek edinilmiş mal olarak kabul edilmiş olması ve kanun koyucu tarafından mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal kabul edilebilmesinin mümkün olması, bu gelirlerin TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasında hakkaniyet gereği, dikkate alınması gerektiği kanaatindeyim. Zina veya hayata kast fiillerinden birini gerçekleştiren kusurlu eşin, emek ve çalışmasının karşılığı olmayan, diğer eşin kişisel mallarının gelirinden katılma alacağı talep etmesi, hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir. Kusurlu eş hakkında TMK m.236/2 hükmü uygulanırken diğer eşin sahip olduğu kişisel malların geliri fazla olması, katılma alacağının da azaltılmasında dikkate alınarak, azaltma oranı artırılabilir. Ancak zina veya hayata kast mağduru eş, kusurlu eşin sahip olduğu kişisel malların gelirinden, tam olarak katılma alacağını almaya devam edecektir.

9. Edinilmiş Malların Mülkiyetinin Durumu

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, malın mülkiyeti kendisinde olmayan eş katılma alacağı adı altında bir alacak hakkı elde etmektedir. Borçlu eşin ayın ile ödeme seçimi bulunsa da kural olarak ortaya alacak hakkı çıkmaktadır. Bu bağlamda edinilmiş mallara katılma rejiminin edinilmiş malı, mülkiyetinde bulundurmayan eş açısından bazı dezavantajları bulunmaktadır. Örneğin edinilmiş mal niteliğindeki bir malın sürüm değerinin kısa süre içinde artması, alacağın tahsilinin gecikmesi nedeniyle uğranılan zarar, edinilmiş mala emsal bir mal

[359] Acar, s.244; Zeytin, s.142.
[360] Zeytin, s.57; Acar, s.144; Dural/Öğüz/ Gümüş, s.210.
[361] Zeytin, s.141.

edinim için yapılması gereken masraflar gibi, birtakım olumsuzluklar mevcuttur. Ancak bu sayılan olumsuzlukların, TMK m.236/2 hükmünde dikkate alınmaması gerektiğini yukarıda değinmiştik. Zira TMK m.236/2 ile amaçlanan bu gibi olumsuzlukları bertaraf etmek değildir.

Artık değere katılma oranının azaltılması ya da kaldırılması hükmü katılma alacağı talep eden, zina veya hayata kast fiilini işleyen eş açısından, mümkün olduğundan edinilmiş malların mülkiyetinin kusurlu eşe ait olması halinde, hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Bu durum birçok yazar tarafından eleştirilmiş ve ülkemizde edinilmiş malların mülkiyetinin genellikle zina veya hayata kast fiilini gerçekleştiren erkek eşe ait olduğu bu nedenle hükmün genellikle erkek eş lehine uygulandığı beyan edilmiştir[362].

Edinilmiş malların mülkiyetlerinin dağılımı arasında oransal olarak farklılık mevcutsa, bu durum hakim tarafından dikkate alınmalıdır. Örnek vererek açıklamak gerekirse eşlerin edinilmiş mal niteliğine haiz değerleri birbirine yakın 5 adet taşınmazı bulunmakta ve 4 tanesi kusurlu eşin mülkiyetinde bulunmakta ve diğer 1 tanesi de diğer eşin mülkiyetinde bulunmaktadır. Kusurlu eşin mülkiyetinde bulunan 4 taşınmazda, diğer eş lehine katılma alacağına hükmedilecek olup TMK m.236/2 hükmü uygulanmayacaktır. Ancak diğer eşin mülkiyetinde bulunan 1 adet taşınmazın tasfiyesi yapılırken TMK m.236/2 gereği katılma alacağı azaltılabilecektir. Bu gibi durumlarda edinilmiş malların mülkiyetlerinin durumu göz önünde bulundurularak şartları oluşmuşsa kusurlu eşin katılma alacağı yüksek oranda azaltılması, hakkaniyete uygun düşecektir.

10. Artık Değere Katılma Oranlarının Eşler Tarafından Kararlaştırılması

Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile evliliğin sona erme sebeplerine göre farklı ihtimalleri de dikkate alarak artık değere katılma oranını, serbestçe kararlaştırabileceğini yukarıda açıklamıştık[363].

Eşler mal rejimi sözleşmesi ile evliliğin zina veya hayata kast nedeniyle sona ermesi halinde dahi belirledikleri katılma oranının geçerli olacağını kararlaştırmışsa, artık hakimin müdahalesi mümkün olmayacaktır. Ancak eşler tarafından, bu şekilde bir kayıt düşülmeyip boşanmaya özel, genel bir oran belirlenmişse bu durumda TMK m.236/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Mahkemece azaltma ya da kaldırma kararı verilirken eşlerin belirlemiş olduğu oranın, bu karara ne şekilde etki edeceği sorusu gündeme gelecektir. Her şeyden önce eşlerin iradelerine değer atfederek belirlemiş oldukları artık değere katılma oranını, TMK m.236/2 hükmü ile bertaraf etmemek gerekmektedir. Bu nedenle eşlerin belirlemiş oldukları değer üzerinden azaltma işlemi

[362] Kılıçoğlu, s.148; Türkiye İstatistik kurumunun yayınlamış olduğu istatistiki verilere göre 2022 yılında zina sebebiyle 124 boşanma gerçekleşmiştir. Yine cana kast ve pek kötü muamele sebebiyle toplam 39 boşanma gerçekleşmiş olup boşanmada kusurun erkek ya da kadın eşe ait olup olmadığı konusunda bir istatistiki veri bulunmamaktadır.
[363] Bkz. 2. Bölüm, III, E.

yapılması gerektiğini düşünüyorum. Eşlerin belirlemiş olduğu katılma oranları arasında açık oransızlık varsa, örneğin bir eşin katılma oranı %90 oranında kararlaştırılmış ve eşin zina veya hayata kast eylemi mevcutsa artık değere katılma oranı, yüksek oranda azaltılabilir. Ancak bir eşin artık değere katılma oranının %60 olduğu durumda hakim, sanki eşler kanun gereği ½ olarak kararlaştırmışçasına azaltma veya kaldırma kararı vermelidir.

11. Ayrılık Kararı Verilmiş Olması

Eşlerden biri evlilik birliği nedeniyle ekonomik ve kişisel güvenliği tehlikeye girmesi halinde veya aile birliğinin huzurunun ciddi şekilde sarsılması halinde TMK m.197'e göre hakimden ayrılık kararı verilmesini talep edebilir. Ayrılık kararı verilmesi halinde hakim gerekli önlemleri alacaktır. TMK m.180'de yasal mal rejimi dışında, bir mal rejimi türü kabul edilmişse ayrılık halinde, bu mal rejiminin kaldırılmasına karar verileceği düzenlenmiş olup eşlerin edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olması halinde, hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ayrılık kararı verilmiş olması, kendiliğinden mal rejiminin sonlanmasına sebebiyet vermeyeceği gibi, mal rejiminin askıda kalması gibi bir durumu da meydana getirmez. Her ne kadar hukukumuzda ayrılık halinde, mal ayrılığına geçiş yönünde doğrudan bir düzenleme bulunmamaktaysa da hakim TMK m.197/2 bağlamında; talep halinde, TMK m.206 gereğince dolaylı olarak mal ayrılığına geçişe karar verebilecektir[364]. Eşlerden birinin ayrılık talebiyle birlikte, mal rejiminin mal ayrılığına geçilmesi yönünde talebi bulunmuyorsa, hakim doktrinde ileri sürülen görüşe göre, mal ayrılığına geçiş konusunda kanun boşluğunu, TMK m.180 hükmünü, kıyasen uygulayarak doldurması ve mal ayrılığına geçilmesine karar vermesi gerektiği ileri sürülmüştür[365].

Hakim, ayrılık kararı ile mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verdiği takdirde ayrılık süresince edinilen mallar eşlerin kişisel malı sayılacağı için bu dönemde edinilen mallar tasfiyede dikkate alınmayacaktır. Ancak eşler arasında ayrılık kararı verilmesine rağmen, edinilmiş mallara katılma rejiminin devam etmesi ya da eşlerin uzun yıllar fiili olarak ayrı yaşamalarına rağmen ayrılık kararı talep etmemiş olmaları ya da eşlerin uzun yıllar süren boşanma davası nedeniyle ayrı yaşamış olmalarına rağmen, boşanma davasının reddedilmesi hallerinde, TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasına yönelik etkisi önem arz etmektedir. Eşler, uzun ayrılık sürelerinde her ne kadar edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olsalar da evlilik birliğinin giderlerine katılım, kimi zaman asgari düzeyde kimi zaman da hiç olmamaktadır. Eşlerin bu ayrılık dönemlerinde, edinmiş oldukları mallarda evlilik birliğindeki yardımlaşmanın olmamasına karşılık, daha sonra zina veya hayata kast nedenine dayanarak boşanmaları halinde, hakim, edinilen malın değerini ve katkıyı

[364] Acar s.178, Öztürk A.,(2015) Aile Hukukunda Ayrılık; Türk Hukukunda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları, (1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.189.
[365] Öztürk, s.190; Dural/Öğüz/ Gümüş, s.134.

dikkate alarak katılma alacağının yüksek oranda azaltılmasına karar verebilmelidir. Örneğin; eşler boşanma davasının reddine rağmen, 2 yıl boyunca tekrar bir araya gelememişler, bu süre zarfında bir eş kazandığı ücretle mal edinimi yapmış olmasına rağmen, diğer eş hiçbir mal edinmeyip, zina fiili ile evlilik birliğinin sona ermesine yol açmışsa ayrılık döneminde elde edilen bu malın tasfiyesinde TMK m.236/2 hükmü, hakkaniyete uygun olarak uygulanmalı ve şartları oluşmuşsa, zina eden eşin katılma alacağı kaldırılmalı ya da yüksek oranda katılma alacağı azaltılmalıdır. Aksi bir durum toplum vicdanını derinden sarsacak, zina eden eşin boşanma nedeniyle kazanç elde etmesine yol açacaktır. Belirtmek gerekir ki TMK m.236/2 hükmü, ayrılık döneminde elde edilen mallar yönünden kullanılmaz[366] zina veya hayata kast fiilleri nedeniyle evliliğin sona ermesi şartı da mutlaka gerçekleşmelidir.

Ayrılık kararı verilmeksizin terk (TMK m.164) ve fiili ayrılık (TMK m.166/4) nedenlerine dayalı olarak boşanma haline özgü bir kanun düzenlemesi ile katılma alacağının hakkaniyete uygun ölçüde azaltılması gerektiğini savunsak da yasal düzenlemenin bulunmadığı mevcut düzende zina veya hayata kast nedeniyle boşanmanın yanı sıra, kusurlu eşin terk veya fiili ayrılıkta da kusurlu olması halinde katılma alacağının yüksek oranda azaltılması gerekmektedir.

Alman hukukunda BGB §1381 uygulanmasında uzun süreli ayrılık kararı olmasına rağmen kendi çabasıyla mal edinen eşlerin, ifayı reddetme hakkına sahip olduğu ileri sürülmüştür[367].

III. HÜKMÜN UYGULANMASINA YÖNELİK BAZI ÖZEL DURUMLAR

A.Boşanma Davası Devam Ederken Eşlerden Birinin Ölmesi Durumuna Genel Bakış

Hukukumuza edinilmiş mallara katılma rejimi ile girmiş ve mehaz kanunda bulunmayan TMK m.236/2 hükmü uygulamada birçok soruyu beraberinde getirmiştir. Hükmün, hangi hallerde uygulanacağı kanunda açık bir şekilde ifade edilmesine ve eşin diğer eşi öldürmesi halinde hükmün uygulanıp uygulanmayacağına dair sorular çözüme kavuşturulmasına rağmen, hükmün ölen eşin mirasçıları tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği, hükmün boşanma davası açılmaksızın ileri

[366] Kılıçoğlu, uzun süren fiili ayrılıkların bulunması halinde eşlerin edindikleri mallarda diğer eşin katkısının bulunmayacağını, buna rağmen eşin katılma alacağı talep etmesinin adalete aykırılık teşkil ettiğinden bahisle olması gereken hukuk bakımından artık değere katılma oranını düzenleyen 236. Maddeye *"Eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek üzere fiilen ayrı yaşadıkları dönemler için hakim artık değere katılma payını hakkaniyete uygun olarak düşürebilir"* şeklinde bir hüküm eklenmesi gerektiğini beyan etmiştir. Kılıçoğlu, s.149.

[367] Alman Hukuku bakımından bkz. Johannsen/Henrich/Althammer, s.362, BGH kararı 9 Temmuz 1980 – IVb ZR 531/80, BeckRS 2010, tazminat ödemekle yükümlü olan eşin ancak ayrılıktan sonra kazancın tamamını elde ettiği bir durumda, tazminata hak kazanan eşin bu ayrılığa yol açan kusurlu davranışı da bu kapsamda önem taşımaktadır. Hakim, büyük eşitsizlik sorununu değerlendirirken, boşanmaya neden olan olayların somut özelliklerini dikkate almalıdır. Schulz/Hauß s.201.; Koch, BGB § 1381, para.22; Scheller/Sprink, BGB § 1381 para.19; Strobel, s.66,76; Yazar fiziksel ayrılık durumunda da kazanç eşitleme talebinin reddi gerektiğini ancak fiziksel ayrılığa rağmen evin geçimine katkıda bulunulması halinde bunun ihlal olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

sürülmesinin mümkün olup olmadığı, boşanma davasına devam eden mirasçıların verilecek karardan ne şekilde etkileneceği gibi sorulara bu başlıkta cevap aranacaktır.

TMK m.181'e göre boşanan eşler birbirine sağ kalan eş sıfatıyla mirasçısı olamayacak ve ölüme bağlı tasarruflardaki kazandırmalardan mahrum olacaklardır. TMK m.181/2 ile boşanma davası devam ederken, eşlerden birinin ölümü halinde mirasçılardan biri davaya devam ederse, sağ kalan eşin kusuru ispatlanması halinde, sağ kalan eş; ölen eşe, sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olamayacaktır[368].

Boşanma davasına ölen eşin mirasçılarının devam etmesi halinde, evliliğin ölümle sona ermiş olduğu ve bu davanın boşanma davası niteliğinde olmadığı, mahkeme kararları ve doktrinde kabul edilmektedir.[369] Ölen eşin mirasçılarının devam ettiği dava sonucunda, mahkemece sağ kalan eşi kusurlu kabul etse dahi, maddi veya manevi tazminata hükmetmeyecektir[370]. Kararın tespit hükmüne mi yoksa inşai hükme mi haiz olduğu konusunda, doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür[371]. Kanaatimizce, mirasçıların devam etmiş olduğu dava sonunda verilen kararın, tespit hükmüne haiz olup yeni bir mirasçılık belgesi alınması ile hükmün sonuçları ortaya çıkacaktır[372].

Mirasçıların devam etmiş olduğu boşanma davasında, sağ kalan eşin kusuru bulunsun ya da bulunmasın sağ kalan eş, tasfiye sonucunda edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağını talep hakkına sahip olacaktır[373]. Yani TMK m.181/2 hükmü, esasen eşin mirasçılık sıfatını ilgilendirmekte, taraflar arasında mal rejimlerine etki etmemektedir. Bir önceki paragrafta bahsettiğimiz üzere mirasçılar davaya devam edip sağ kalan eşin kusurunu ispatlasa dahi, evlilik boşanma ile değil ölümle sona erecektir. Bu nedenle mal rejiminin sona ermiş olduğu tarih, boşanma davasının açıldığı tarih değil, eşin ölüm tarihi kabul edilmektedir. Bu durum mal rejimi hukuku açısından hakkaniyete aykırı durumlara yol açmaktadır. Şöyle ki; eşin ağır kusurlu olduğu genel sebebe dayalı boşanma davası uzun yıllar sürmüş, mahkemece tarafların boşanmalarına karar

---

[368] Aksu M.(2017), Boşanmada Davası Sırasında Ölümün Eşin Mirasçılığına Etkisi,(1.Baskı),İstanbul, Filiz Kitabevi,s.361 vd. Gençcan Ö.U.(2021), Boşanma Hukuku, (10.Baskı), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1446; AYM'nin 21.01.2010 tarih ve 2008-102 Esas, 2010/14 Karar sayılı kararı ile "davacının" ve "davalının" kelimeleri iptal edilmiş daha sonra 6217 sayılı Kanun ile şimdiki halini almıştır.

[369] Akçin/Meral/Ağyel, s.584.; Gençcan, s.1463; Özcan Z.(2023), Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Etkisi Ve Arabuluculuk Çözüm Yolunun Bu Kapsamda Uygulanabilirliği,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayınevi,s.40.; Yardımcı Çınar, s.47; Aksu, s.521;Farklı görüşte bkz. Acar s. 370; Sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması halinde evliliğin ölümle değil boşanma ile sona ereceği, devam edilen davada boşanma davasının daha baskın olduğu ileri sürülmüştür.

[370] Mirasçıların davayı tazminat talepleriyle de takip ettiğini bildirmeleri halinde sağ kalan eşin kusurunun tespit edilmesi halinde, tazminata hükmolunur görüşü için bkz. Gençcan, s.1465.

[371] Topuz'a göre ölen eşin mirasçılarının talebi kabul edilirse hüküm inşai nitelikte olacaktır. Ancak mirasçılarının taleplerinin reddedilmesi halinde ise hüküm tespit hükmüne haiz olacaktır. Topuz, s.73; Konuyla ilgili ayrıntılı tartışma için bkz. Şıpka/Çelikel, s.184 vd.

[372] Özcan, s.45; Yardımcı Çınar, s.47; Aksu, s.521.

[373] Özcan, s.46.

verilmiş ancak dosya temyiz aşamasında iken kusursuz eş hayatını kaybetse ve ölen eşin mirasçıları davayı takip ederek karar kesinleşmiş olsa, kusurlu eş katılma alacağını boşanma davasının açıldığı tarihe kadar edinilen mallar yerine, eşin ölüm tarihine kadar edinilen mallar üzerinden alacaktır. Benzeri bir sonuç boşanma davası aşamasında, eşin mülkiyetindeki malvarlığını elden çıkarması (TMK m.229'ın dışındaki tasarruflar) durumunda da geçerli olup bu durum, kanun koyucunun TMK m. 225/2 ile amaçlamış olduğu sonuca aykırı olacaktır.

Eşin ölümüne rağmen boşanma kararı için aranan kusurun ispatlanması halinde, her ne kadar evlilik ölümle sona erse de, sonuçları bakımından boşanma kararıyla sona ermişçesine değerlendirme yapılması, TMK m.181/2 hükmüne uygun düşeceği, doktrinde ileri sürülmüştür[374]. Bu durum hem TMK m.236/2 hükmünün uygulanması için, hem de mal rejiminin sona erme tarihinin tespiti için hakkaniyete uygun düşmektedir.

Aşağıda zina veya hayata kasta dayalı boşanma davasının açılmasından önce ya da açıldıktan sonra, tasfiye anına kadar eşlerden birinin ölmesi halinde, hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tartışılacaktır.

B. Boşanma Davası Henüz Açılmadan Eşin Ölmesi

Eşlerden birinin zina veya hayat kast eylemini gerçekleştirmesine rağmen, eşin boşanma davası açmadan önce ölmesi durumunda, mirasçıların TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasını talep edip edemeyeceği konusu karşımıza çıkmaktadır. TMK m.181/2 ile ölen eşin mirasçılarına boşanma davasına devam etmek için tanınmış hak, boşanma davası açmadan önce ölen eşin mirasçılarına verilmemiştir. Zira boşanma davası açma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup mirasçılar tarafından bu yönde bir talepte bulunulamayacaktır. Evlilik, ölümle sona ermiş olacağından, kusurlu ancak kendisine boşanma davası yöneltilmeyen eş, sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olmanın yanı sıra mal rejiminin tasfiyesi nedeniyle varsa katılma alacağını da tam olarak alacaktır. Kural olarak ölen eşin öldüğü tarihe kadar, boşanma davası açmaması af yönünde bir irade ortaya koymasa da ölen eşin, en azından evlilik birliğini sona erdirmek istediğini göstermektedir. Ölen eşin bu davranışıyla mirasçılarının da bağlı olması gerektiği düşünüldüğünde, dava açma imkanı olmasına rağmen, dava açmayan eşin ölümü halinde, evlilik birliği ölümle sona ererek genel hükümlere göre mal rejimi ve terekenin tasfiyesi yapılmalıdır. Aksi bir düşünce, ölen eşin mirasçılarının, sağ kalan eşe zina veya hayata kast nedeni olmasa bile boşanma davası açma hakkını vererek, sağ kalan eşin, mirasçılık sıfatının sona ermesi için evlilik birliğinin sona ermesinde kusurunun ispatlaması durumunu ortaya çıkarır, bu durum da hukuk güvenliğine aykırılık teşkil edecektir.

[374] Acar, ölen eşin mirasçılarının devam ettiği boşanma davasında boşanma davasının özelliklerinin daha ağır bastığını ve evliliğin boşanma ile sona ermesi gerektiğini ileri sürmektedir. Acar s.370.

Sağ kalan eşin evlilik birliğinin devamında, zina veya hayata kast eylemlerini gerçekleştirmesine rağmen boşanma davası açılmaması halinde mirasçı sıfatı değişmeyecektir. Ancak sağ kalan eşin, ölen eşin mirasçılarına karşı açtığı mal rejiminin tasfiye davasında ölen eşin mirasçıları katılma alacağının azaltılmasını ya da kaldırılmasını talep edebilmelerinin mümkün olduğu, doktrinde bazı yazarlarca ileri sürülmüştür[375]. Bu görüşe göre, tasfiye yargılamasına bakmakta olan mahkemece sağ kalan eşin zina veya hayata kast eylemlerini işleyip işlemediği konusunda araştırma yapılması gerekecektir. Ancak doktrinde ağırlıklı olan görüş, eşin en azından zina veya hayata kasta dayalı boşanma davası açmış olması gerektiğidir[376]. Eşin hayata kast ya da zina sebebine dayalı olarak dava açması için bir avukata vekalet vermiş olması ve avukatın eş öldüğü sırada adliyede dava açmak için sıra beklemesi durumunda dahi, TMK m.181/2 hükmünün uygulanması mümkün değildir[377]. Kanaatimizce boşanma davası açılmaksızın TMK m.236/2 hükmünün ileri sürülmesi, tasfiye davalarının genel usulüne aykırı olup mirasçıların takip ettiği tasfiye davalarında şartları oluşmamasına rağmen, katılma alacağının azaltılması yönünde savunma yapılmasına sebebiyet verecek, bu durum da yargılamanın gereksiz yere uzamasına yol açacaktır. Ayrıca istisnai niteliğe sahip olan hükmün, sınırları olmaksızın, genişletilmesinin önünü açacak, hükmün konuluş amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, mirasçıların boşanma davası olmaksızın TMK m.236/2 hükmünü ileri sürebilmeleri mümkün gözükmemektedir[378]. Hükmün tasfiye davasında, mirasçılar tarafından ileri sürülmesi, aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

Son olarak, eşin diğer eşi öldürmesi halinde hükmün ne şekilde uygulanacağı konusu gündeme gelmektedir. Kanun koyucunun madde metninde eşin, diğer eşi öldürmesi halini düzenlememiş olmasına rağmen, ölüm durumunda da hükmün uygulanması gerektiği yukarıda detaylı olarak açıklanmaya çalışılmıştır[379]. Her şeyden önce mirasbırakanın öldürülmesi mirastan yoksunluk (TMK m.578) sebebi olarak sayılmıştır. Ölen eşin mirasçılarının sağ kalan eşin mirasçılığını ortadan kaldırmak için boşanma davası ya da farklı bir davada kusurlu olduğunu ispatlamakla uğraşmayacaklardır. Ancak sağ kalan eşin miras hakkı ortadan kalksa da mal rejiminin tasfiyesinden doğması muhtemel katılma alacağı bulunmaktadır. Bu durumda ölen eşin

---

[375] Kılıçoğlu, s.149; Uluç, s.1394.; Karamercan, s.1085; Yazar ölen eşin mirasçılarının boşanma davası açarak eşlerin zina veya hayata kast nedenine dayalı boşanmalarının talep edilmesinin mümkün olduğunu, mirasçılara zina veya hayata kasta dayalı boşanma davası açma hakkı verilmesi gerektiğini ve bu davayı açmakta hukuki yararlarının olduğunu beyan etmiştir.

[376] Akçin/Meral/Ağyel, s.585; Ölen eşin iradesinin dava açmayıp affetme kapsamında mı olduğu yoksa dava açma iradesinin olup olmadığı konusunun araştırılmasının doğru olmadığı belirtilmiştir. Yazarlar ayrıca TMK m.181/2 hükmünün yalnızca derdest olan boşanma davalarına özgü olduğunu, kanun koyucunun henüz açılmamış olan boşanma davaları için bu yönde düzenleme yaparak mirasçılara boşanma davası açması için bir hak tanımadığını ve boşanma davasının açılmadığı bir durumda mirasçıların TMK m.236/2 hükmünü ileri sürebileceğini kabul etmek kanun koyucu yerine geçerek yeni bir hüküm ihdas etme anlamına geleceğini öne sürmüşlerdir. Aynı görüşte Şeker s.68.

[377] Aksu, s.370.

[378] Gümüş s.397; Aydın, s.33.

[379] Bkz. 2. Bölüm, III, B.2.

mirasçılarına karşı açmış olduğu katılma alacağı talepli davada, ölen eşin mirasçılarının TMK m.236/2 hükmünün uygulanarak sağ kalan eşin katılma alacağının, kaldırılmasını talep edebilirler[380]. Bu durumda, kanun boşluğu olduğundan, hakim kanun boşluğunu TMK m.1'e göre doldurarak, tasfiye davasında, eşini öldüren tarafın katılma alacağını, tercihen kaldırmalı, somut olayın özellikleri azaltmayı gerektiriyorsa da büyük oranda azaltılmalıdır.

C. Boşanma Davası Devam Ederken Ölen Eşin Mirasçılarının Boşanma Davasına Devam Etmesi

Boşanma yargılamasının devamı sırasında eşlerden birinin ölmesi halinde, ölen eşin mirasçıları davanın her aşamasında yargılamaya devam edebilir. Ölen eşin mirasçıları, hüküm verilmeden önce henüz, delillerin ikame edilmesi sırasında yargılamaya devam edebileceği gibi, istinaf ya da temyiz aşamasında da davaya devam hakkına sahiptir. Kısacası, dava açıldığı an ile hükmün kesinleştiği ana kadar, eşlerden birisinin ölmesi halinde, ölen eşin mirasçısının, davaya devam etme hakkı vardır[381]. Ölen eşin mirasçıları, yalnızca açılmış bir boşanma davasına devam edebilecek olup yeni bir boşanma davası açma hakkına sahip değildirler. Bunun bir sonucu olarak da ölen eşin mirasçısı murisin ileri sürmediği kusur iddiasını ileri süremeyecek ve ıslah yoluyla yeni bir vakıa ileri süremeyecektir[382]. Konumuz kapsamında, eşlerden birinin zina veya hayata kasta dayanmaksızın, ikame ettiği davanın devamı sırasında ölmesi halinde ölen eşin mirasçıları, ıslah hakkına dayanarak boşanmanın zina veya hayata kast sebebine bağlı olarak gerçekleştiğini ileri süremeyeceklerdir.

Zina veya hayata kast sebebine dayanarak açılmış bir boşanma davasının devamında, ölen eşin davacı ya da davalı olmasının konumuz bakımından birtakım sonuçları ortaya çıkacaktır. Ölen eşin davacı olması halinde ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek sağ kalan eşin zina veya hayata kast fiillerini ispatlayarak hem mirasçılık sıfatını sona erdirilmesi hem de sağ kalan eşin, katılma alacağı talepli davasında katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması savunmasında bulunmalarına olanak sağlamaktadır. Ölen eşin davalı olması halinde ise ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşin kusurunu ispatlayarak davacının, ölen davalı eşe mirasçı olamamasının tespitini ve sağ kalan eşten katılma alacağını tam olarak talep etme hakkına sahip olacaktır. Sağ kalan eş ise ölen

---

[380] Şıpka /Çelikel, s.187.

[381] Taş Korkmaz H.(2015), Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son vermek, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.1440; Aksu, s.372

[382] Taş Korkmaz s.1459; Eşlerin boşanma davası açmasına sebep olan gerçek olayları gizleyerek farklı bir sebebe dayanmış olmaları halinde dahi ölen eşin mirasçıları gizlenen sebepleri ileri sürerek sağ kalan eşin kusurunu ispatlayamayacaktır. Yine birden fazla boşanma sebebi bulunan eşin kendi isteğiyle yalnızca bir boşanma sebebini tercih etmesi halinde şahıs hukukuna ait bir hakkın mirasçılara geçmesinin usul hukukuna, medeni hukuka ve genel ilkelere aykırı olacağı ileri sürülmüştür. Aynı görüşte Gençcan, s.1456; Topuz, s.91; Şıpka/Çelikel s.185; Farklı görüş için bkz. Karamercan, s.1088; Aksu, s.516.

eşin zina veya hayata kast eylemlerini gerçekleştirdiğini ileri sürerek, sağ kalan eş sıfatıyla ölen eşin mirasçısı olmaya devam etmesinin tespitini, talep edecektir. Doktrinde sağ kalan eş, yine bu davada ölen eşin zina veya hayata kast fiillerini gerçekleştirdiğini ispatlamak suretiyle ölen eşin mirasçılarının ilerde katılma alacağı talepli dava açması halinde, TMK m.236/2 hükmü gereğince katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması yönündeki savunmayı yapabileceği ileri sürülmüştür[383]. Bu görüşün en önemli dayanağı, TMK m.181/2 ve TMK m.236/2 hüküm gerekçeleri dikkate alındığında zina veya hayata kast eylemini gerçekleşmesine rağmen boşanma yargılaması sırasında, eşin ölmesi nedeniyle katılma alacağının tam ödenmesi halinin, hakkaniyete ve adalete aykırı olacağı düşüncesidir[384].

TMK m.181/2'ye göre devam edilen dava, boşanma davası usulüne göre devam etmeyecek, sağ kalan eşin kusur tespitine yönelik bir dava, olarak devam edecektir[385]. Sağ kalan eşin davacı ya da davalı olmasının bu noktada bir önemi olmayacaktır. Her ne kadar sağ kalan eşin, davadan feragat ederek ölen eşin mirasçısı olmaya devam etmesinin önünde bir engel bulunmasa da[386] Yargıtay tarafından ölen eşin mirasçılarının devam ettiği bir davada sağ kalan davacı eşe davadan feragat hakkı tanınmamıştır[387].

Sağ kalan eşin mirasçılarının devam etmiş olduğu bir davada, verilen hükmün tespit hükmü niteliğinde olduğu ve yargılama sonucunda yalnızca sağ kalan eşin kusurunun bulunup bulunmadığına yönelik bir tespit yapılmaktadır[388]. Bu nedenle, zina veya hayata kasta dayalı bir davada ölen eşin mirasçıları sağ kalan eşin zina veya hayata kast fiillerini işlediğini ispatlasa dahi, boşanma davası konusuz kaldığından, zina veya hayata kasta dayalı özel sebebe göre karar

---

[383] Acar, s.369, Yazara göre mirasçılardan birinin davaya devam ederek zina veya hayata kastın varlığını tespit etmesi halinde hakkaniyet gerektiriyorsa katılma alacağının azaltılması veya kaldırılması da gündeme gelecektir. Eşlerden birinin ölümüne rağmen boşanma davasına devam edilmiş olması evliliğin ölümle değil boşanma ile sona ermiş gibi değerlendirilmelidir. ; Şıpka, s.858.

[384] Akçin/Meral/Ağyel, s.585.

[385] Hatemi, s.132.

[386] Topuz, s.83; Farklı görüşte Aksu s.383, Yazar eşlerden birinin ölümü halinde davadan feragatin mümkün olmadığını ileri sürmüştür.

[387] Yarg. 2.HD, T.04.04.2023, E. 2022/1154, K.2022/3224 *"Dosyanın tetkikinden, davalı erkeğin ... tarihinde öldüğü ve davacı kadın vekilinin de dosyaya ... tarihli "davasından feragat ettiğini bildiren" dilekçe sunduğu anlaşılmıştır. Davacı kadın her ne kadar açmış olduğu davadan feragat ettiğini mahkemeye bildirmiş ise de, feragatin geçerli kabul edilebilmesi için hukuki varlığını sürdüren bir davanın mevcut olması gerekir. Boşanma davası erkek eşin ölümüyle konusuz hale geldiğine göre, davacı kadının feragat beyanı boşanma davası yönünden hukuki bir sonuç doğurmayacağı gibi; Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesi uyarınca ölen eşin mirasçılarının kusur tespiti yönünden davaya devam etme haklarını da ortadan kaldırmaz. O halde; ilk derece mahkemesi kararından önce meydana gelen ve niteliği gereği son karar üzerinde belirleyici ve değiştirici etkiye sahip olan ölüm vakıası dikkate alınarak; davanın esası hakkında "konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına" ve davalı eşin mirasçılarının kusur tespiti davasında da TMK m.181/2 gereğince sağ kalan eşin evlilik birliğini temelinden sarsacak derecede kusurlu olup olmadığının tespiti yönünde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir."* (www. kazanci.com E.T. 24.05.2023).

[388] Aksu, s.521.

verilmeyecek, genel bir kusur değerlendirmesi sonucunda sağ kalan eşin kusurlu olduğu tespiti yapılacaktır. Bu karar TMK m.236/2 hükmünde aranan "zina veya hayata kast nedeniyle boşanma" şartını sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle yargılama esnasında zina veya hayata kast eylemleri ispatlanmış olsa dahi, mahkeme kararında "sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespitine" şeklinde karar verildiğinden[389], bu kararın mal rejimi tasfiyesine bakmakta olan hakim tarafından, TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasına dayanak teşkil etmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.[390] Zira TMK m.181/2 hükmünde, sağ kalan eşin kusuru önem arz etmektedir. Sağ kalan eşin zina veya hayata kast nedenine dayalı olarak açmış olduğu davada, ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmemesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğinden sağ kalan eşin davaya devam ederek zina veya hayata kast sebebini ispatlaması mümkün değildir[391]. Sağ kalan eşin zina veya hayata kast sebebini ispatlayarak, TMK m.236/2 hükmünden faydalanamamasına rağmen, ölen eşin mirasçılarının zina veya hayata kast sebebini ispatlayarak TMK m.236/2 hükmünden faydalanmaları, eşitliğe aykırı olacaktır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için farklı ihtimallere göre örneklendirerek açıklamanın, faydalı olacağını düşünüyorum. E ile K evli olup C adında bir çocukları bulunmaktadır. Boşanma davası açıldığı sırada eşlerin kişisel malı bulunmayıp, yalnızca K adına kayıtlı bir taşınmaz bulunmaktadır. K, E'ye hayata kasta nedenine dayalı olarak boşanma davası ikame etmiştir. Boşanma davası devam ederken K ölmüştür. K'nın mirasçısı C davaya devam ederek E'nin K'ya karşı hayata kast eylemini gerçekleştirdiğini ispatlayarak E'nin K'ya mirasçı olmasını engelleyebilecek hatta doktrinde bazı yazarlarca ileri sürüldüğü gibi E'nin katılma alacağı talepli davasında da TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasını isteyebilme durumu oluşacaktır. Aynı olayda davalı E'nin ölmesi halinde, C'nin önünde iki seçenek olacaktır. Birinci seçenek, ölen davalı E'nin yerine davaya devam ederek, K'nın kusurunu ispatlamak suretiyle K'nın mirasçılığına son verebilecektir. İkinci seçenekte ise davaya devam etmeyerek K'nın, E'ye mirasçı olmasını kabul etmiş olacaktır. Bu durumda, miras payı oranında katılma alacağını talep edebilecek, katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması

---

[389] Topuz, s.81; Gençcan, s.1463; Boşanma davası konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.; Yarg. 2.HD, T.27.04.2022, E. 2022/3237, K.2022/4036 "Dosyada bulunan nüfus kaydına göre davalı-davacı erkek ...'ın boşanma kararı verilmesinden sonra hüküm henüz kesinleşmeden 09.06.2020 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. Bu halde evlilik ölümle sona ermiş, taraflarca karşılıklı olarak açılan boşanma davaları konusuz kalmıştır. Davalı-davacı erkek mirasçılarından ..., vekili aracılığıyla dosyaya sunduğu katılma yoluyla temyiz dilekçesinde Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesi gereğince kusur belirlemesi yönünden davaya devam edeceklerini beyan etmiştir. Bu durumda mahkemece davacı erkeğin mirasçılarının davaya dahil edilerek, konusuz kalan karşılıklı boşanma davaları hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm tesis edilmek ve kusur belirlemesi bakımından davaya devam edilmek suretiyle, sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurunun bulunup bulunmadığı hususunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (www. kazanci.com E.T. 27.05.2022)

[390] Şıpka/Çelikel, s.186; Aydın, s.34; Öztürk Savaş, s.91.; Özcan s.96, Ersöz s.198; Gümüş s.397.; Uluç, s.1395; Köroğlu, s.244 ; Öztan, hükmün istisna niteliğinde olduğunu bu nedenle de dar yorumlanarak ölüm halinde uygulanmayacağını ileri sürmüştür. Öztan s.535.

[391] Gençcan, s.1454.

kendisine karşı ileri sürülemeyecektir. K'nın bu durumda TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasını talep etme imkanı olmayacaktır. İşte bu gibi durumlarda, hayata kast mağduru eşin, miras payı alacağı ya da TMK m.236/2 hükmü arasında seçim yapma imkanı bulunmaması bu seçimin yalnızca kusurlu eşin mirasçısına tanınmış olması, eşitliğe aykırılık teşkil eder. Bu hakkaniyete aykırı durumun ortadan kaldırılması için iki çözüm yolu ileri sürülebilir.

Birinci çözüm yolu, ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi halinde her ne kadar hayata kast veya zina ispatlanmış olsa dahi yukarıda da beyan ettiğimiz üzere TMK m.236/2 hükmünün uygulanmamasıdır. Ancak bu çözüm yolu ne hakkaniyeti sağlamakta ne de kanun koyucunun iradesi ile örtüşmektedir. Zira hayata kast mağduru eşin boşanma davası devam ederken farklı bir nedenle ölmesi durumunda, katılma alacağını azaltma ya da kaldırma imkanının eşin boşanma davasına devam eden külli halefi olan mirasçılara tanınmamış olması, hakkaniyete aykırıdır. Boşanma davasına devam eden ölen eşin mirasçılarının amacı, yalnızca kusurlu eşin mirasçılığını engellemek değil, aynı zamanda katılma alacağının da tam olarak ödenmemesini sağlamaktır. Hayata kast nedenine dayalı boşanma kararı verilmesine rağmen kararın kesinleşmesinden bir hafta önce hayata kast mağduru eşin ölmesi durumunda, katılma alacağının azaltılmasına karar verilemeyecek olmasının kanun koyucunun iradesiyle örtüşmediği de açıktır. Aynı şekilde hayata kast faili eşin, boşanma davası sırasında ölmesi durumunda, ölen eşin mirasçılarının katılma alacağını tam olarak alması da kanun koyucunun iradesinden uzaklaşılması sonucunu doğurur. Kanun tasarısında katılma alacağının azaltılması ve kaldırılmasına yönelik bir düzenleme olmadığından TMK m.181/2 hükmü yalnızca eşlerin birbirlerine mirasçılığını düzenlemiştir. Zira TMK'da m.236/2 hükmü düzenlenmemiş olsaydı eşlerin boşanma davasındaki kusuruna göre (zina veya hayata kast) katılma alacağının azaltılması diye bir kurum olmayacağından, zina veya hayata kasta dayalı boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinin eşlerin yalnızca mirasçılığına etki etmesinin gerekçesi hukuken makul karşılanabilirdi. Ancak kanunlaştırma hareketinde kanuna daha sonradan eklenen TMK m.236/2 hükmü ile eşlerin katılma alacağının da azaltılması gündeme geleceğinden, TMK m.181/2 hükmünü yalnızca miras hukuku bakımından uygulamak TMK m.236/2 hükmünü göz ardı etmek anlamına gelmektedir. Bu nedenle kanunlaştırma sırasında bu husus kanun koyucu tarafından atlanmıştır.

TMK m.181/2 hükmünün madde gerekçesinde, özellikle zina veya hayata kast, pek kötü muamele gibi boşanma sebeplerine dayanılarak açılan boşanma davalarında eşin ölmesi nedeniyle kusurlu eşin mirasçı olabilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu belirtilmesine rağmen, yine zina veya hayata kast eylemlerinden dolayı açılan boşanma davası devam ederken eşin ölmesi nedeniyle

katılma alacağının tam olarak ödenmesi haline sonuç bağlanmamış olması, bu konuda düzenleme yapılmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır.[392]

Hakkaniyete aykırı bu durumun giderilmesine yönelik ikinci öneri ise, yeni bir düzenleme yapmak suretiyle kanun koyucunun TMK m.236/2 ile ulaşmak istediği sonuca boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde de ulaşılmasıdır. Bu nedenle TMK m.236/2 ve TMK m.181/2 hükümleri arasında uyumsuzluk giderilerek, zina veya hayata kast nedeniyle sınırlı olmak üzere sağ kalan eşe, ölen eşin kusurunu ispatlama imkanı verilerek, sağ kalan eş davaya devam ederek ölen eşe mirasçı olma ya da ölen eşe mirasçı olmayarak ölen kusurlu eşin katılma alacağının azaltılmasını ya da kaldırılması arasında seçim yapabilme hakkı tanınmalıdır.

D. Boşanma Davasının Sona Erdiği Ancak Henüz Tasfiye Davası Açılmadan Eşin Ölmesi

Boşanma yargılamasının sona erdiği yani hükmün kesinleşmesinden sonra, eşlerden birinin ölmesi halinde, tasfiye davası, diğer eşe karşı ölen eşin mirasçılarınca, miras payı oranında ikame edilecektir. Diğer eşin, ölen eşin mirasçılarına karşı açacağı katılma alacağı talepli davada ise dava açan eşin mirasçılık sıfatı bulunmadığından, ölen eşin mirasçıları müteselsilen sorumlu olacaktır. Evlilik boşanma ile sona ermeksizin doğrudan ölümle sona ermesi halinde ise, katılma alacağı davasında taraflar aynı zamanda da mirasçı olduğundan, her mirasçı miras payı oranında sorumlu olacaktır[393]. Eşlerin zina veya hayata kast nedenine dayalı boşanmalarına karşılık tasfiye davası

---

[392] TMK m.181/2 hükmünün gerekçesi *"Maddenin ikinci fıkrasında, boşanma davası devam ederken, davacı eşin ölümü halinde, davalının buna rağmen mirasçı olabilmesi belli koşullar altında engellenmektedir. Buna göre ölen davacının mirasçılarından herhangi birisinin davayı devam ettirmesi ve davalının kusurlu olduğunun sabit olması halinde, davalı eş, birinci fıkra hükmünde olduğu gibi davacıya mirasçı olamayacaktır. Davacı eşin ölümü halinde evlilik kendiliğinden son bulur. Bu nedenle davacının ölümüne rağmen, mirasçılardan birinin devam ettirdiği bu dava, eşlerin boşanmasına yönelik olmayacak, devam edilen davada, boşanmada davalının kusurlu olup olmadığı karara bağlanacaktır. Bir başka ifadeyle bu durumda devam edilen dava, boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına yönelik olacaktır. Bu durum özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü halinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına da neden olabilecektir, işte bu haksız durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır."*

[393] Akçin/Meral/Ağyel, s.751. bkz. Yarg. 8.HD, T.04.04.2022, E. 2014/14831, K.2019/2605 *"Dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile eksikten getirtilen ... 7.Aile Mahkemesi'nin 2010/983 Esas-2013/98 Karar sayılı dosyasının incelenmesi neticesinde, 2010/983 Esas sayılı asıl davada hükme esas alınan bilirkişi raporunda, sırayla 03.03.2003 ve 05.05.2003 tarihlerinde satış yoluyla muris eş adına tescil edilen 573 ada 244 ve 573 ada 243 parsel sayılı taşınmazlar yönünden keşif tarihi itibariyle belirlenen rayiç değerleri üzerinden 62.600 TL katılma alacağı hesaplandığı, mahkemece davacının 62.600 TL katılma alacağı bulunduğu kabul edilerek 1/4 oranındaki miras payı düşülmeden 50.000 TL katılma alacağına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, davacı mirasçı sağ eşin mal rejiminin tasfiyesi nedeniyle talep ettiği ve terekeye ait borç sayılan katılma alacağından, davanın mirasçılar arasında görülmesi nedeniyle, davacı da dahil bütün mirasçıların miras payları oranında sorumlu olduğuna, dolayısıyla raporda tespit edilen 62.600 TL miktarındaki katılma alacağından davacının 1/4 oranındaki miras payı düşüldüğünde aslında davacının 46.950 TL katılma alacağı olduğu halde mahkemece asıl davada 50.000 TL katılma alacağına hükmedildiğine göre, artık davacının talep edebileceği bir katılma alacağı kalmadığından bu alacak talebi yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır."* (www. kazanci.com E.T. 30.05.2022)

açılmaksızın eşlerden birinin ölmesi halinde, tasfiye davasında zina veya hayata kast eylemini gerçekleştiren eşin ya da eşin mirasçılarının katılma alacağı, kaldırılabilecek veya azaltılabilecektir.

Konuyu bir örnek ile açıklayacak olursak, A ile B evli olup C ve D adında iki çocukları vardır. Eşler A'nın zinası nedeniyle boşanmışlardır. A ve B'nin edinilmiş mal niteliğinde mülkiyeti B üzerinde olan bir taşınmazı mevcut olup A bu taşınmazdaki katılma alacağı için dava açacağı sırada ölür. A'nın mirasçılarından C'nin açtığı katılma alacağı, talepli davada ise B TMK m.236/2 hükmünü ileri sürerek katılma alacağının azaltılmasını talep etmiştir. Mahkemece taşınmazın değeri 1.000.000 TL olarak tespit edilmiş ve A'ya bağlı olarak da C'nin katılma alacağı takdiren ½ oranında azaltılmıştır. Buna göre C'nin katılma alacağı, 250.000 TL yerine 125.000 TL olmuştur. Aradan 1 yıl geçtikten sonra mirasçı D'nin B'ye karşı açmış olduğu katılma alacağı talepli davada ise taşınmazın değeri 1.200.000 TL olarak tespit edilmiş, bu kez D'nin katılma alacağı 1/3 oranında azaltılmıştır. D'nin katılma alacağı 300.000 TL yerine 200.000 TL olmuştur.

E. Tasfiye Davasında Hükmün Mirasçılar Tarafından İleri Sürülmesi

Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin davanın mirasçılara karşı açılması birden fazla ihtimalde gerçekleşebilir. Eşler zina veya hayata kast sebebine dayalı olarak boşanmış olabilir, zina veya hayata kast mağduru eşi henüz tasfiye davasının açılmadığı aşamada ölmüş ya da tasfiye davasının devamı sırasında ölmüş olabilir. Bunun dışında, zina veya hayata kasta dayalı boşanma davası devam ederken davalı eş ölmüş; her ne kadar yerel mahkemece zina veya hayata kast sebebine dayalı olarak boşanma kararı verilmişse de davalı eşin ölümü nedeniyle mal rejimi ölüm nedeniyle sona ermiş olabilir. Yine eşlerden biri zina veya hayata kast eylemini işlemiş ancak diğer eş boşanma davası açmak için gerekli tüm hazırlıkları tamamladığı esnada henüz boşanma davası açamadan ölmüş olabilir. Son olarak eşlerden biri, diğerini öldürmüş olabilir.

Eşlerin zina veya hayata kast nedenine dayalı olarak boşanmaları halinde ölen eşin mirasçılarına karşı açılacak katılma alacağı talepli davada mirasçılar, TMK m.236/2 hükmünü ileri sürerek katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılmasını talep edebilir. Bu konuda doktrinde ve mahkeme kararlarında birlik olup, eşin külli halefi konumundaki mirasçılarının eşin sahip olduğu savunmalara dayanabileceği kabul edilmektedir[394].

Eşlerin zina veya hayata kast nedeniyle boşanma davası devam ederken, zina veya hayata kast mağduru eşin ölmesi halinde, ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek sağ kalan eşin zina veya hayata kast fiilleri ispatlanmış ve sağ kalan kusurlu eş tarafından ölen eşin mirasçılarına katılma alacağı talepli dava açılmışsa, doktrinde ölen eşin mirasçılarının TMK m.236/2 hükmünün

[394] Taş Korkmaz, s.1463.

uygulanmasını talep etmesinin mümkün olduğu görüşünü benimseyen yazarlar olduğu[395] gibi evlilik birliğinin boşanma ile değil, ölümle sona ermiş olduğundan TMK m.236/2 hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığını benimseyen yazarlar vardır[396]. Konuya ilişkin yargı kararlarına yansımış bir karara henüz denk gelinmemiştir. Yukarıdaki başlıkta çeşitli görüşler ve kanaatimiz belirtildiğinden tekrara düşmemek adına bu açıklamayla yetiniyoruz.

Boşanma davasının henüz açılmadığı ancak zina veya hayata kast mağduru eşin bu sebeplere dayalı boşanma davası hazırlıklarını yaptığı esnada ölmesi halinde, ölen eşin mirasçılarının tasfiye davasında TMK m.236/2 hükmüne dayanarak katılma alacağının azaltılmasını ya da kaldırılmasını talep etme imkanı yoktur.

Eşin diğer eşi öldürmesi halinde hükmün evleviyetle uygulanması gerektiğini yukarıda açıklamıştık[397]. Evlilik ölümle sona erdiğinden, ölen eşin mirasçılarının boşanma davası açma gibi bir hakkı bulunmamaktadır. Evlilik her ne kadar ölümle sona erse de sağ kalan eş TMK m.578 gereği mirastan yoksun olacaktır. Bunun dışında, her ne kadar boşanma davası olmasa da eşin diğer eşi öldürmesi halinde kanun boşluğu TMK m.1'e göre doldurulmalı ve TMK m.236/2 hükmü, somut olay adaleti gözetilerek kıyasen uygulanmalıdır[398].

[395] Acar, s.369; Badur, amaçsal yorumla kusurlu eşin artık değerden katılma alacağını tam olarak almasının hakkaniyete aykırı olacağını belirtmiştir. Badur s.46.
[396] Akçin/Meral/Ağyel, s.584; Şıpka/Çelikel, s.186; Öztürk Savaş, s.91.; Özcan, s.96, Ersöz, s.198;Gümüş, s.397.
[397] Bkz.s.58.
[398] Akçin/Meral/Ağyel, s.586.; Zeytin, s.328;Şıpka, s.859 ;Badur, s.48; Sarı, s.230.

SONUÇ

Çalışmasını yaptığımız yüksek lisans tezinde ulaşmış olduğumuz sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Katılma alacağı evlilik birliğinden doğan, borçlar hukukuna tabi bir para alacağıdır. Katılma alacağının konusunu emek karşılığı elde edilen malların tasfiyesi oluşturduğundan, artık değerin TMK m.186/3 gereği eşlere yüklenmiş dayanışma ve yardımlaşma sonucu oluştuğu söylenebilir. Bu nedenle evlilik birliği ve bu birliğin eşlere yüklemiş olduğu yükümlülüklerden doğan bir alacağın talep edilmesini, evlilik birliğindeki kusur ve sadakatsizliklerden ayrı ele almak doğru olmayacaktır.

2. Artık değer, eşlerin maddi ve manevi emekleriyle, kanun koyucunun evlilik birliğinde eşlere yüklemiş olduğu sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Eşlerin sadakat yükümlülüğü neticesinde oluşan, evlilik hukukuna bu derece irtibatlı olduğu söylenilen artık değerde; evliliği sadakat yükümlülüğünün en ağır derecede ihlal ederek evlilik birliğinin sona ermesine yol açan eşin, diğer eş gibi artık değer üzerinde yarı oranda hak sahibi olması toplum vicdanını sarsacak ve evliliğin sona ermesinde kusuru bulunmayan eşin, mal rejimi tasfiyesiyle haksız sonuçlarla karşılaşması mümkün olacaktır. Buradan hareketle kanun koyucu haklı olarak evlilik birliğinin sona ermesine zina ya da hayata kast eylemleriyle yol açan kusurlu eşin artık değere katılma oranının azaltılmasını ya da kaldırılmasını düzenlenmiştir.

3. Katılma alacağının borçlunun talebi doğrultusunda, ayni olarak ödenmesi ya da sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası hakkında ayni hak talebinde bulunuyor olabilmesi katılma alacağının hukuki niteliğini değiştirmemektedir. Katılma alacağı zarardan bağımsız olmasıyla maddi ve manevi tazminattan; katkı sonucunda oluşması nedeniyle miras hakkından; parasal bir katkıda bulunulması zorunlu olmadığından değer artış payı ve katkı payı alacağından ayrılmaktadır.

4. Kanun koyucu, TMK m.236/2 hükmünü yalnızca zina veya hayata kast nedenine dayalı açılan boşanma davası için düzenlemiş, eşlerin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yönelik açmış olduğu boşanma davasında zina veya hayata kast eylemi ispatlansa dahi mal rejiminin tasfiyesi davasında zina veya hayata kast fiilleri hakim tarafından dikkate alınmaksızın eşler artık değere yarı oranda katılacaklardır. Bu düzenleme hükmün sınırlandırılması açısından ve mal rejiminin tasfiyesi yargılamasında boşanmaya neden olan olayların ileri sürülemeyecek olması nedeniyle tarafımızca olumlu olarak değerlendirilmiştir. Ancak boşanma davasının talep sonucunda zina veya hayata kast nedenine dayanılmaması nedeniyle eşin TMK m.236/2 hükmünden faydalanamayacak olması da hakkaniyete aykırı olacağından, boşanma zina veya hayata kast hukuki nedenine dayanmasa ancak yargılama esnasında zina veya hayata kast olayı ispatlanması halinde hükmün uygulanması yönünde bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

5. Zina veya hayata kasta dayalı boşanma dışında, özellikle ekonomik birlikteliğin bulunmadığı terk nedenine dayalı boşanma hali ve TMK m.166/4 gereğince ortak hayatın kurulamaması nedeniyle boşanmada da hükmün uygulanmasına yönelik düzenleme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Zira artık değer, eşlerin ortaklaşa emek ve malvarlığı birikimleri ile oluşuyorsa ortak konutu terk ederek uzun yıllar evlilik birlikteliğine maddi ya da manevi olarak emek sağlamayıp mal rejiminin tasfiyesine katılma alacağı talep etmesi hakkın kötüye kullanılması bağlamında değerlendirilecektir. Ayrıca terk halinin gerçekleştiği süre boyunca eşler mal edinmeyerek, diğer eşin katılma alacağı talebinden kaçınmak zorunda kalmaları sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından en azından terk dönemindeki edinilen mallarla sınırlı olarak katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılması yönünde düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyim. Katılma alacağının azaltılması hükmünün eşlerin evlilik birliğindeki ekonomik ihlaller nedeniyle de uygulanması gerektiği savunmak mümkün gözükse de ekonomik ihlallerin sınırlandırılması kanun koyucu tarafından yapılmadığı müddetçe hüküm haksız sonuçlara yol açmaya elverişli hale gelir. Kanunda ekonomik ihlallere dayalı özel boşanma sebebi bulunmaması mal rejimini tasfiyesinde görevli mahkemenin boşanmada ekonomik ihlalin varlığını araştırmasının güçlük oluşturacağı dikkate alındığında hükmün zina, hayata kast ve terk nedenine dayalı boşanma davalarında ve eşin diğer eşi öldürmesi halinde uygulanması yönünde düzenleme yapılarak ekonomik ihlallerin hükmün uygulama şartlarında değerlendirilmeyip artık değere katılma oranının azaltılması aşamasında dikkate alınması gerektiğini kanaatindeyim.
6. Her ne kadar kanun koyucu, TMK m.236/2 metninde, eşin diğer eşi öldürmesine yönelik bir düzenleme yapmamış olsa da bilinçli boşluğun varlığından söz edilir. Hakim tarafından her öldürme olayı, içinde hayata kastı da barındırdığından, boşluk, TMK m.2 gereği doldurularak hükmün eşini öldüren eş açısından da uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.
7. Kanun koyucu açıkça artık değere katılma oranının azaltılabileceğini ve kaldırılabileceğini düzenlediğinden hüküm katkı payı alacağına ve değer artış payı alacağına uygulanmayacaktır. Kanun koyucunun benzer bir düzenlemeyi değer artış payı alacağında da öngörmesi ortaya çıkması muhtemel haksızlıkların önüne geçecektir. Değer artış payı bilindiği üzere eşin diğer eşin kişisel malına yapmış olduğu parasal katkının o malın tasfiye anında, sürüm değerindeki artış oranında artırılarak eşe ödenen parasal miktardır. Değer eksilmesi halinde eş en başta yapmış olduğu parasal katkıyı alabilmektedir. Değer artış payı da aile hukukundan doğan bir alacak olmakla birlikte evlilik birliğinin eşlere sağlamış olduğu tabiri caizse kaybetmeyen yatırım niteliğinde bir alacaktır. Değer artış payı alacağı hakkına sahip eşin zina veya hayata kast eylemiyle evlilik birliğini sona erdirmesi halinde değer artışından yararlanması haksızlık teşkil edeceğinden kusurlu eşin başlangıçta yapmış olduğu parasal katkının yasal faiziyle birlikte hesaplanarak bu hesaplanan değerin değer artış payından az olması halinde bu bedelin eşe

ödenmesi daha adil olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Zira evlilik birliğini kendi ağır davranışlarıyla görmezden gelen, evlilik birliğindeki en önemli yükümlülük olan sadakat yükümlülüğünü ihlal eden hatta eşinin hayatına kast eden veya öldüren eşin evlilik birliğinin kendisine sağlamış olduğu imkanlardan faydalanmaması gerektiği kanaatindeyim. Eşin başlangıçta yapmış olduğu bu parasal yardım kusurlu eş lehine artırılmamalı, evlilik birliğini görmezden gelen eş bakımından bu katkı diğer eşe verilmiş bir borç gibi değerlendirilerek iade edilmelidir.

8. TMK m.236/2 hükmü mal rejiminin tasfiyesine bakan mahkeme tarafından re'sen değerlendirilecek ve şartların oluşması halinde katılma alacağının azaltılması ya da kaldırılmasına karar verilecektir. Hakimin önüne gelen uyuşmazlıkta hükmün uygulama şartlarının oluşması halinde artık değere katılma oranının hangi oranda azaltılacağına ya da kaldırılacağına karar vermesi için göz önünde bulundurması kriterler mevcuttur. Aile hukukunun kendine özgü yapısı her olayın içinde farklı şartları barındırdığından kriterleri sınırlı sayıda saymak mümkün değildir. Kanaatimizce bu kriterler ekonomik katkıyı esas almalıdır. Hakkaniyet, kusur oranı, kusurlu fiilin süresi, kişisel malların durumu, edinilmiş malların mülkiyetinin durumu gibi birçok etken katılma alacağının azaltılmasında rol oynayacağı düşünülmektedir.

9. Zina ya da hayata kast nedenine dayalı boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarının devam etmesi halinde evliliğin boşanma ile değil ölümle sona ereceğinden TMK m.236/2 hükmünün uygulanma imkanı olmadığı kanaatine varılmıştır. Zira TMK m.236/2 hükmü, mal rejiminin ancak zina veya hayata kast nedenine dayalı boşanma kararı ile sona ermesi halinde uygulanacağı dikkate alındığında mevcut düzenlemede hükmün boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde uygulanmayacağı kanaatindeyim. Ancak bu durumun haksız sonuçlara yol açması muhtemel olduğundan zina veya hayata kast nedeniyle boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde de hükmün uygulanması yönünde düzenleme yapılması gerekliliği doğmuştur. Her ne kadar mal rejimi zina veya hayata kast eylemi ile değil ölümle sona ermiş olsa da ölen eşin mirasçılarının külli halef olarak TMK m.236/2 hükmünden faydalanmaları gerekir.

KAYNAKÇA

Acabey B., (2020), Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, (1.Baskı), Turhan Kitabevi.

Acabey B., (1998), Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, (1.Baskı), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Acar F.,(2021), Aile Konutu Mal Rejimi Ve Eşin Yasal Miras Payı, (6.Baskı),İstanbul,Seçkin Yayıncılık.

Acar F.(2011),"Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Aile Konutu Niteliğine Etkisi", İKÜHFD,C.10,S.2,s.35-52.

Akçin F.Meral N.,Ağyel E.,(2021),Yargıtay Uygulamasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi(1.Baskı),Ankara, Adalet Yayınevi.

Akıntürk T.,(1996),Aile Hukuku, (4.Baskı), Ankara,Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Akıntürk T./ Ateş D.,(2016),Aile Hukuku,(18.Baskı),İstanbul, Beta Yayınları.

Aksoy M.,(1964), Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku İle Bağı,(1.Baskı),Ankara,Ankara Üniversitesi Yayınları.

Aksu M.(2017), Boşanmada Davası Sırasında Ölümün Eşin Mirasçılığına Etkisi,(1.Baskı),İstanbul, Filiz Kitabevi.

Antalya O.G.(2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.5,:S.1.Ankara,Seçkin Yayıncılık.

Antalya O.G.(2021), Hukuk Metodolojisi,C.2,(1.Baskı)Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Antalya O.G/Sağlam İ.,(2019), Miras Hukuku,(4.Baskı),İstanbul,Seçkin Yayıncılık.

Antalya O.G./Topuz M.(2021), Medeni Hukuk Cilt I, Ankara,Seçkin Yayıncılık.

Akyol Ş.(2006), Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, (1.Baskı),İstanbul,Vedat Yayıncılık.

Ayan M.(2016),Miras Hukuku Ders Kitabı,(9.Baskı),Ankara,Seçkin Yayıncılık.

Aydın G.S.,(2018),Türk Medeni Kanunu'nun 236.Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Halinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.9-42.

Badur E.(2016), Zina Veya Hayata Kast Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı, ÇÜHFD,c.1,S.2, s.39-63.

Badur E./Turan Başara G.(2016), Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65 S.1, s.101-136.

Biçer Yener I.(2020), Boşanmada Maddi Tazminat, (1.Baskı),Ankara,Seçkin Yayıncılık.

Bülbül, D.(2009) Hâkimin Takdir Yetkisi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Cömert Akbay B.,(2018),Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası,Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi,C.4, S.2, s.149-174.

Dalcı Özdoğan N./Özdemir F.(2015),Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Önceki Dönemde Katılma Alacağının Devrinin Mümkün Olup Olmadığı Problemi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.4 s.41-58.

Demirdöven O. (2010), Özel Hukukta Hakimin Takdir Yetkisi Ve Yargıtay Tarafından Denetlenmesi,Fırat Öztan'a Armağan,Ankara, Turhan Kitabevi, s.719-742.

Demir Ş.(2014), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması,Ankara Barosu Dergisi,S.2014/1,s.245-270.

Dinçkol, A., "Hakimin Takdir Yetkisini Kullanması Sırasındaki Adalet", HFSA 9.Kitap,İstanbul Barosu Yayınları, s.173-188.

Doğan G. (2022),Mal Rejimi Sözleşmelerinde Sözleşme Serbestisi ve Sınırları, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.4 S.1, s.243-272.

Dural M./Öğüz T./ Gümüş A.(2014) ;Aile hukuku Cilt 3.(9.Baskı),İstanbul,Filiz Kitabevi.

Erdem M./Makaracı Başak A.,(2022),Aile Hukuku,(1.Baskı),Ankara,Seçkin Yayıncılık.

Ersöz O.(2019),Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,S.14,s.195-254.

Ersöz O.,(2018), Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul,Oniki Levha Yayıncılık.

Gençcan Ö.U.(2021),Boşanma Hukuku,(10.Baskı),Ankara, Yetkin Yayınları.

Gökçe Z.,(2016), Edinilmiş Mallara Katılma,AÜHFD, C.65, S.4,s.3457-3492.

Gümüş M.A.,(2008), Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, (1.Baskı),İstanbul,Vedat Yayıncılık.

Gümüş M.A.;(2005), Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; "Maddi Tazminat Ve/Veya Yoksulluk Nafakası" Ve/Veya Manevi Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,C.9,S.3-4, s.383-402.(Gümüş Makale)

Günay B.,(2019), Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Günarslan F.B.,(2017), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Gündoğdu Özbek M. (2022),Eşlerden birinin Ölümü Halinde Katılma Alacağı İle Miras Payı İlişkisi,Legal Hukuk Dergisi,C.20,S.235,s.2639-2678.

Helvacı S./Erlüle F. (2021),Medeni Hukuk, (7.Baskı),İstanbul, Legal Yayıncılık.

Helvacı S./Topuz M.,(2022), Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri,(1.Baskı), İstanbul, Seçkin Yayıncılık.

Hatemi H.,(2021),Medeni Hukuk'a Giriş, (10.Baskı), İstanbul,Oniki Levha Yayıncılık.

Hatemi H. (2021), Aile Hukuku,(9.Baskı), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.

İnan A.N./Ertaş Ş./Albaş H.;(2022),Miras Hukuku,(11.Baskı),Ankara,Seçkin Yayıncılık.

Johannsen K.H/Henrich D./Althammer Cristoph, (2020),Familienrecht,(7. Auflage), C.H.Beck.

Karamercan F.(2023), Katkı-Değer Payı Alacağı& Katılma Alacağı Davaları,(8.Baskı), Ankara,Seçkin Yayıncılık.

Kaşak F.E.,(2020), Zina Veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması Veya Kaldırılması (Tmk M. 236/II),Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.2, S.1,s.111-130.

Kaya Kızılırmak C.(2021), Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, (1.Baskı), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.

Kılıçoğlu M.A.(2016), Aile Hukuku, (2.Baskı), Ankara, Turhan Kitabevi.

Kılıçoğlu M.A.(2016),Katkı-Katılma Alacağı,(6.Baskı),Ankara,Turhan Kitabevi.

Kibar,A.F.(2020), Türk Hukukunda "Hayata Kast" Sebebi İle Boşanma Ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi,Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.2020/2, s.633-676.

Koch E.. Säcker F.J.(Ed.)/Rixecker R.(Ed.)/Oetker H.(Ed.)/Limperg B (Ed.)(2022),Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C.9,BGB 1381.

Koçhisarlıoğlu C.,(2004), Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.3,s.19-28.

Köroğlu E. (2016), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler Ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (Tmk M. 225) , Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.11, S. 1, s.233-256.

Oğuzman K./Barlas N.,(2022), Medeni Hukuk, (28.Baskı), İstanbul Oniki Levhacılık.

Okan Koç; Y.,(2019),Hayata Kast, Pek Kötü Veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi İle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisans Eğitim Enstitüsü.

Özdamar D.,Toker A.G., Kayış F., Yağcıoğlu B., Akgün Toker A.,(2022),Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi,(7.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Özer Deniz M.(2016),Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi,(1.Baskı),İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Özkan H.,(2017),Türk Medeni Yasası ve Uygulaması 3.Cilt,(1.Baskı), İstanbul, Legal Yayıncılık.

Öztürk Savaş H.(2022),Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiye,(1.Baskı),Ankara, Adalet Yayınevi.

Özcan Z.(2023), Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Etkisi Ve Arabuluculuk Çözüm Yolunun Bu Kapsamda Uygulanabilirliği,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Öztan B.(2015),Aile Hukuku,(6.Baskı),Ankara, Turhan Kitbaevi.

Pekcanıtez H./Atalay O./Özkes M., (2015), Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (3.Baskı), Ankara, Yetkin Yayınları.

Sakarya Güneş N.,(2022), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Sarı S.(2007),Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, (1.Baskı), İstanbul, Beşir Kitabevi.

Scheller J./Sprink M.; Beck'sche Online Kommentar, BGB § 1381.

Schnitzler K.(2020),Familienrecht, (5. Auflage),C.H.Beck

Schulz W./Hauß J.,(2022), Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung,(7. Auflage), C.H.Beck.

Serozan R./Başoğlu B./Kapancı B.(2016),Aile Hukukunun Özellikleri İlkeleri Ve Gelişimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15,S.2, s.531-560.

Sert Sürtçü S., (2023),Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Öz M.T. (Ed.), (1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Strobel H.H.(1966), Die Grobe Unbilligkeit des Zugewinnausgleichs (1381 BGB),(Universitat Hamburg.

Sümer H.H., (2022), İş Hukuku, 26.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık

Şeker M.(2022), Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular,(1.Baskı),İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.

Şıpka Ş., (2015),"Hakkaniyet Oranı" Zina Veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanmanın, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Doğan Katılma Alacağına Etkisi (TMK m.236/f.2), Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, Der Yayınevi, s.851-860.

Şıpka Ş./Çelikel A.Y.(2017), Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, s.177-188.

Şıpka Ş./Özdoğan A.,(2017), Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları,(2.Baskı), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.

Taş Korkmaz H.(2015), Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son vermek, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 1413-1482.

Topak S.(2021),Boşanma Davalarında Yargılama Usulü,(1.Baskı),İstanbul,Oniki Levha Yayınları.

Topuz G.,(2012), Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.10, s.69-94.

Türkmen, A**.** (2020). **"**Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Ratio Legis'i Bağlamında Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada (TMK. m. 166/4) Ayrılığın Mal Rejiminin Tasfiyesine Etkisi*", Terazi Hukuk Dergisi,* C.15, S.169, S. 1869-1877.

Uçaryılmaz Deibel T. Ş. (2019),Bona fides(Dürüstlük Kuralı), (1.Baskı,), Ankara, Yetkin Yayınları

Uluç Y.(2014),Mal Rejimleri ve Tasfiyesi,(1.Baskı),Ankara,Yetkin Yayınları.

Ünlüsoy Tek S.(2022),Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Yardımcı Çınar Yelda,(2022), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Terekenin Tasfiyesi Ve Sağ Kalan Eşin Talepleri,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Yongalık A.(2011),"İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi,AÜHFD,C.60,S.1,s.1-15.

Yücel Ö.,(2023), Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş,(1.Baskı),Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Zeytin Z.(2021), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Tasfiyesi,(5.Baskı),İstanbul,Seçkin Yayımcılık.