

TMK.'nun 236. Maddesinin Düzenlemesi ve Artık Değer – Katılma Alacağı Konusunda Bir Deneme

An Essay On The Regulation of Article 236 Of The Turkish Civil Code And The Issue of Surplus Value – Participation Claim

Prof.Dr. Haluk BURCUOĞLU*

Öz:

Bu çalışma, Türk Medeni Kanunu'nun 236. maddesini, özellikle artık değer ve katılma alacağı kavramları ile bu kavramlar arasındaki ilişki bakımından incelemektedir. Çalışmanın ilk bölümünde, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında önem taşıyan artık değerın hesaplanma yöntemi, eklenecek değerler, denkleştirme, değer artış payı ve katılma alacağı kavramları öğreti ve uygulama ışığında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda TMK m. 231, 236 ve 237 hükümleri birlikte ele alınmış; artık değer ile katılma alacağı arasındaki ayırım ve TMK m. 236/1'de öngörülen yasal takas kurumunun hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Ayrıca öğretilde benimsenen hesaplama yöntemi ile Yargıtay uygulamasında görülen malvarlığı kalemleri bakımından ayrı ayrı hesaplama yaklaşımı karşılaştırılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise TMK m. 236/2 hükmünün uygulama alanı incelenmiş ve özellikle zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâllerinde kusurlu eşin artık değerdeki payının azaltılması veya kaldırılması meselesi değerlendirilmiştir. Son yıllarda ortaya çıkan bazı yargı kararlarında, kusursuz eşin kusurlu eşin artık değerinden yarıdan fazla pay alabileceği yönündeki yaklaşım eleştirel bir bakış açısıyla incelenmiştir. Çalışmada, TMK m. 236/2 hükmünün amacının kusurlu eşin katılma payını azaltmak veya kaldırmak olduğu, buna karşılık kusursuz eş lehine kanunda öngörülmeven ek bir pay veya ödül mekanizması yaratılmasının hükmün lafzı, amacı ve edinilmiş mallara katılma rejiminin temel ilkeleriyle bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, artık değer, katılma alacağı, yasal takas, zina nedeniyle boşanma, TMK m. 236.

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
Orcid ID: 0000-0002-3501-6307. E-posta: halukburcuoglu@yahoo.com

Abstract:

This study examines Article 236 of the Turkish Civil Code, with particular emphasis on the concepts of residual value and participation claim and the relationship between these concepts. In the first part of the study, the method of calculating residual value, which constitutes a fundamental element in the liquidation of the regime of participation in acquired property, is analyzed together with the concepts of added values, equalization, value increase share, and participation claim in the light of legal doctrine and judicial practice. In this context, Articles 231, 236, and 237 of the Turkish Civil Code are evaluated collectively, and particular attention is paid to the distinction between residual value and participation claim as well as to the legal nature of the statutory set-off mechanism stipulated under Article 236/1. Furthermore, the calculation method adopted in legal scholarship is compared with the approach developed in judicial practice, which requires separate calculations for each individual asset.

The second part of the study focuses on the scope of application of Article 236/2 of the Turkish Civil Code and examines the reduction or elimination of the share of the culpable spouse in the residual value in cases where the marriage is dissolved due to adultery or an attempt against the other spouse's life. In particular, recent judicial decisions suggesting that the innocent spouse may receive more than one-half of the culpable spouse's residual value are critically analyzed. The study concludes that the purpose of Article 236/2 is solely to reduce or eliminate the participation share of the culpable spouse. Accordingly, creating an additional share or reward mechanism in favor of the innocent spouse, which is not expressly provided by law, is incompatible with the wording and purpose of the provision as well as with the fundamental principles governing the regime of participation in acquired property.

Keywords: *Regime of Participation in Acquired Property, Residual Value, Participation Claim, Statutory Set-Off, Divorce on the Ground of Adultery, Article 236 of the Turkish Civil Code.*

GİRİŞ

Boşanmanın sebepleri ve sonuçları konusunda çok sayıda çalışma yaptığım¹ hukukçular tarafından herhalde bilinmektedir. Aile hukukunun bu en sorunlu konusuna bu kadar eğilmişken, evlilik birliğinin sona erme hallerine ve tabii bu arada boşanmaya da bağlanan mal rejimleri konusu üzerinde yeterince durmadığımı da farkındayım. Değeri avukat meslektaşlarımdan uygulama ile ilgili edindiğim yeni bir bilgi, mal rejimlerinin tasfiyesi hakkında ne kadar geri kaldığımı göstermiştir. Bu yeni bilgi, TMK.'nun 236. maddesinin 2. fıkrasındaki “Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir” hükmünün, uygulamada, bu sebeplerle boşanma halinde, kusuru olmayan eşin, artık değerdeki pay oranının artırılmasına da yol açabileceğinin kabulüne ilişkin olmuştur.

Bu uygulamaya odaklanırken, ister istemez, TMK.'nun 236. maddesinin tümünün ve özellikle, maddenin her iki fıkrasında yer verilen **artık değer** kavramının ayrıntılı olarak irdelenmesinin ve bu kavramın yanında katılma alacağı kavramının anlamının da ele alınmasının zorunlu olduğunu kabul etmek durumunda kaldım. Bu makaleyi oluşturmaya başlarken yaptığım araştırmalardan çok şeyler öğrendim ve öğrendiklerimi aktarmam gerektiğini de düşündüm.

İlk planda TMK.'nun 236. maddesinin bir başına ele alınamayacağına, bu madde ile birlikte, artık değeri tanımlayan 231. maddenin, artık değere katılmayı düzenleyen 236 ve 237. maddelerin de değerlendirilmesi gerektiğine ulaştım.

Bu açıklamalardan hareketle, makalemin ilk bölümü, artık değer – katılma alacağı ve bu kavramların nasıl belirleneceği üzerinde duracağım; ikinci bölüm de ise, uygulamada, zina veya hayata kast halinde, kusursuz eşin alacağı pay oranının artırılması konusunu ele alacağım.

I- ARTIK DEĞER VE KATILMA ALACAĞI:

1) Artık değer kavramının yasadaki yeri:

Artık değer **TMK.'nun 231. maddesinde** “Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplamı üzerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra

¹ Bu çalışmalarımımdan önemli olanlardan bazıları Boşanma Hukukunda Yasal Düzenlemeye ve Uygulamaya Yönelik Eleştiriler adlı kitapçığın, İstanbul 2024, 1 no.lu dipnotunda belirtilmiş bulunmaktadır.

kalan miktardır” tanımlandıktan sonra, eşlerin artık değerler üzerindeki haklarına ilişkin olarak **TMK.’nun 236/1.** maddesi “*Her eş veya mirasçılığı, diğer eşe ait artık değer*in yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir” hükmüne yer vermiştir. TMK.’nun 236/II. hükmü ise, ikinci bölümde üzerinden durulacak olan, artık değere katılmanın evliliğin zina ya da hayata kast sebebiyle boşanmayla sona erdirilmiş olmasının artık değere etkisini düzenlemektedir.

TMK. m. 236/1, c. 2’ye göre eşlerin her birinin diğerinin artık değeri üzerindeki hakları takas edilecektir. Hükmün söylemine uygun olarak, takas edilecek alacaklar, eşlerden her birinin, diğerinin artık değerine yönelik alacak hakları olacaktır. **Artık değer** kavramı, TMK.’nun 236. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır. Bu durumda, yapılması zorunlu ilk işlem, eşlerin artık değerinden ne anlaşılması gerektiği ve belirlenmesi olmalıdır.

2) Artık değer

a) TMK. 236’da her iki fıkrada yer verilen **artık değer**, **TMK.’nun 231.** maddesine göre biri toplama, diğeri çıkartma olan iki aritmetik işlemi gerektirmektedir. Bunu göre, eşlerin edinilmiş malları ile eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilenler toplanacak; bulunacak miktardan, bu değerlere ilişkin borçlar çıkartılacaktır. Maddenin 2. Fıkrası ise değer eksilmesinin göz önüne alınmayacağını belirlemektedir.

b) Toplanacak değerlerin² en başında, mevcut edinilmiş mallar yer almaktadır: **TMK.’nun 219. maddesine göre Edinilmiş mallar, çalışmanın karşılığı, sosyal yardım kapsamı, çalışma gücünün kaybının karşılığı, kişisel malları gelirleri olan ve kişisel malların yerine geçen edinimlerdir.**

Edinilmiş mallara eklenecek (toplanacak) diğer kalemler ise **TMK.’nun 229. maddesinde “Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar ve bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler”** olarak tanım-

² Toplanacak değerlerle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Şükran ŞIPKA**, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011, s. 180 vd.; **Fatih KARAMERCAN**, Mal Rejiminin Tasfiyesi, 3. Baskı, Ankara 2025, s. 204 vd.; **Suat SARI**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 190 vd.; **Ahmet M. KILIÇOĞLU** Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2011, s. 115 vd.; **KILIÇOĞLU**, Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 340 vd.; **Turgut AKINTÜRK/Derya ATEŞ**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2019, s. 167 vd; **Aydın ZEVKLİLER/Emre CUMALIOĞLU/Mehmet Beşir ACABEY**, Medeni Hukuk III, Aile Hukuku, Ankara 2024, s. 197 vd; **Mehmet ERDEM/Aslı MAKARACI BAŞAK**, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2024, s. 299 vd.

lanan **eklenecek değerlerdir**. Kolayca anlaşılacağı gibi, amaç, diğer eşin mal rejiminin tasfiyesi ile elde edebileceği hakların azaltılmasını veya yok edilmesini önlemektir.

Edinilmiş mallar ve eklenecek değerler ile toplanacak olan bir başka grup değerler, **TMK.’nun 230. maddesinde** “*Bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir*” hükmünde belirlenmiştir. Bu düzenleme ile, bir yandan, eşlerin tüm malvarlığının kişisel mal ve edinilmiş mallardan oluştuğu yinelenmiş iken, diğer yandan da, bu farklı mallara ilişkin borçların diğer mal grubundan ödenebileceği dikkate alınarak hesaplama yapılması gerektiği vurgulanmış olmaktadır. Denkleştirme konusunda şu ayırım yapılmaktadır: Eşlerden birinin edinilmiş mallarından kişisel mala giden mal karşılığı, edinilmiş mallar ile toplanması gereken değer iken, edinilmiş mala giden kişisel mal karşılığı çıkartılması gereken değer olacaktır³.

Bu değerler arasında yapılacak toplama işlemi sonucunda bulunacak tutardan, çıkartılması gereken değerler ise öncelikle **TMK.’nun 227. maddesinde** “*Eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiyesi sırasındaki değere göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır*” şeklinde düzenlenen eşlerin değer artış paylarıdır. Düzenlememin amacı açıktır. Eşlerden birinin, diğerinin herhangi bir malının edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına yaptığı karşılama katkıların rejimin tasfiyesi sırasında dikkate alınması sağlanmak istenmiştir. Bunun yanı sıra, eşlerden birinin edinilmiş mala giden kişisel mal karşılığı ve mallara ilişkin borçlar da toplama ile bulunan meblağdan çıkartılacaktır.

c) Artık değerın hesaplanmasının formülleştirilmesi:

Öğretide, artık değerın hesaplanmasında uygulanması önerilen ve benimsenen formül ise şöyle ifade edilmektedir **Şükran ŞİPKA/Ayça ÖZDOĞAN**⁴: “ $AD = (EM + ED + D1) - (DAPb + D2 + B)$ AD= Artık Değer; EM=Edinilmiş

³ ŞİPKA, age, s. 245 vd., KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s. 119

⁴ Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2, Baskı, İstanbul 2017, s. 252; Aynı formül için ayrıca bkz. ŞİPKA, age, s. 246.

Mallar; ED= Eklenecek Değerler (TMK m. 229 gereğince); D1= Kişisel Mala Giden Edinilmiş Mal Karşılığı (Denkleştirme=TMK m. 230); D2= Edinilmiş Mala Giden Kişisel Mal Karşılığı (Denkleştirme=TMK. m. 230); DABp= Diğer Eşin Değer Artış Payı Alacağı (TMK. m. 227); B= Edinilmiş Malların Borçları”⁵.

3) TMK.’nun 236/1, c. 2’deki takas’ın etkisi: Artık değer – katılma alacağı: TMK.’nun 236/1 hükmündeki takas, öğreti ve uygulamada **yasal takas** olarak adlandırılmaktadır öğreti ve uygulamada farklı yaklaşımlarda bulunmaktadır. Bir görüş, hükmün emredici niteliğinden hareketle, takasın, mahkemece re’sen dikkate alınması gerektiğini⁶ ileri sürerken, bir diğer görüş, mahkemece re’sen dikkate alınabilmesi için her hal ve karda, davalı veya mirasçılarının karşı tasfiye talebi olmasını zorunlu görmektedir⁷. Uygulamada da, mahkemece takasın dikkate alınabilmesi için davalı tarafından gündeme getirilmiş olması aranmakta, ancak, bunun için bir karşı dava açılmasına ve harç yatırılmasına gerek olmadığı belirtilmektedir⁸.

⁵ Aynı formül için bkz. **Faruk ACAR**, Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 341; **AKINTÜRK/ATEŞ**, age, s. 173’de, bu formülü katılma alacağının belirlenmesine yönelik olarak şöyle tamamlamıştır: “**3) KATILMA ALACAĞININ BELİRLENMESİ** Katılma Alacağı = Artık Değer: Katılma Oranı KA=AD:KO KA= (EdM+EkD+Dnk1) – (DaP+Dnk2+Bo): 2).

⁶ **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, Katkı-Katılma Alacağı, s. 45: *Maddenin kaleme alınış biçiminden takasın talep edilme koşuluna bağlı olmadığı anlaşılmaktadır. Zira madde “Alacaklar takas edilir” demekte, “edilebilir” ifadesini kullanmamaktadır. ... BK’muz genel hükümlerde borcu sona erdiren bir sebep olarak takası, borçlunun bunu ileri sürmesi ... koşuluna bağlı tutmuştur ... TMK. md. 236/f. 1. C. 2’de ise, eşlerin bunu ileri sürmesi koşuluna yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak, tasfiye sırasında yargıç bunu re’sen de göz önünde tutabilecektir”;* **Zafer ZEYTİN**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005, s. 225: “... TMK 236/1. Fıkra 2. cümle hükmüne göre takas kanun gereğidir. Hak sahiplerinden birinin tek taraflı bir irade beyanı ile takası ileri sürmesine gerek yoktur. Alacaklar kanunun gereği takas edilecek ve hakim bunu resen dikkate alacaktır. Kanun koyucu bu düzenleme ile eşler arasındaki gereksiz para alış verişinin önüne geçmek ve eşlerin birbirlerinden olan alacaklarını icra yolu ile takibe koymaları halinde yaşanacak olumsuzlukların önüne geçmek istemiştir”; **AKINTÜRK/ATEŞ**, age, s. 175-176.

⁷ Bkz. **ŞİPKA**, age, s. 268-269; **Ali İhsan ÖZÜĞÜR**, Mal Rejimleri, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 70-71: “... bu uygulama kanımızca; eşlerin karşılıklı olarak tasfiye ve katılma alacağı istemleri veya takas ve mahsup talep etmeleri halinde söz konusu olacaktır. ... Eğer davalı eş, harcını vererek açtığı bağımsız bir dava veya karşı dava ile katılma alacağı talep etmemiş ve esasa cevap süresi içinde def’i olarak takas veya mahsup talebinde bulunmamış ise takas ve mahsup söz konusu olmayacaktır. ... Takas ve mahsup karşı dava şeklinde olabileceği gibi def’i şeklinde de olabilir. Davalının takas etmek istediği katılma alacağı, değer artış payı alacağı dava edilen alacaktan daha az ise davalı, dava veya karşılık dava yerine esasa cevap süresi içinde vereceği cevapla takas ve mahsup def’inde bulunabilecek veya karşılık dava açabilecektir. ... Eğer davalının katılma veya değer artış payı gibi alacakları dava edilen alacaktan fazla ise davalı bu fazla alacağının da hüküm altına alınmasını istiyorsa, bu takdirde def’i değil karşılık dava veya bağımsız harcını vererek açacağı bağımsız bir dava ile alacağının hüküm altına alınmasını istemesi uygun olacaktır”. Burada, karşılıklı alacakları az olanı tutarında sona erdiren takasın bir def’i olmadığı konusunda Takas Savunmasının Niteliği., Balıkesir Barosu Dergisi, Aralık 1984, Sayı 19 adlı çalışmam olduğunu belirtirim.

⁸ **Y. 8HD. 14.01.2014, E. 2013/18697, K. 2014/151**: “... davada tam (çifte) tasfiyenin ve **takasın yapılabilmesi için en azından bu konuda davalı tarafından davacıdan ne istendiğinin savunma olarak getirilmesi gerektiği** ayrıca kesinleşmiş ve belirlenmiş hak edilmiş bir alacağın olmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir. Hiç şüphesiz bu belirlenmiş kesinleşmiş ve böylece hak edilmiş bir alacağın takas edilmeyeceği anlamına gel-

Bu açıklamalardan hareketle, edinilmiş mallara katılma yasal mal rejiminin tasfiyesinde, her iki eşin, yukarıda yer verilen formüle uygun bir şekilde, artık değerleri toplanacak, eşlerden her biri, kural olarak, diğerinin artık değerinin yarısı kadar katılma alacağına sahip olacaktır. Yalnız, burada mutlaka dikkat edilmesi gereken husus, TMK'nun 236/1'deki "*Her eş veya mirasçılardan, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir*" içerikli hükmüdür. Hükmün açık söylemi, alacakların **takas⁹ edilmesine** yer verdiğine göre, eşlerin her birinin hesaplanan artık değerlerinin birbirini götürmesi sonucunda, ancak eşlerden birinin katılma alacağından söz edilebilecektir. Bir diğer anlatımla, TMK'nun 236. maddesinin 1. fıkrasının, 2. cümlesindeki yasal takas düzenlemesi, artık değer kavramının, katılma alacağı kavramından farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Eşlerin her birinin artık değerleri, yukarıda yer verilen formüllere (toplama + çıkarma işlemlerine) göre belirlendikten sonra, bu değerler az olanı oranında takas nedeniyle birbirini götürecektir ve **kalan bakiye ister**

mez. Talep olmadan ve davacı üzerinde ya de nezdinde hangi malların veya bu tür bir alacağın bulunduğu bilinmeden Mahkemece, kendiliğinden takas ve mahsup işlemini yapması güçtür ve pek olanaklı değildir. Y. 8 HD.01.03.2016, E. 2015/10402, K. 2106/3683: "... davalı tarafça cevap dilekçesinde TMK'nun 236. Maddesi uyarınca usulüne uygun olarak takas talebinde bulunmadığı anlaşıldığına göre, davalı tarafın temyiz itirazları yerinde görülmemiştir". Yargıtay 8. Hukuk Dairesi alacakların takas edilmesi isteminin harca bağlı olmadığı düşüncesindedir. s. 1341: Y. 8. HD. 14.01.2014. E. 2013/18697, K. 2014/151 ve 08.10.2013, E. 2013/11000, K. 2013/14461: "... benzer şekilde Dairenin uygulamalarında edinilmiş mallara katılma rejimi döneminde edinilen malvarlığı bakımından bir eşin edinilmiş malından diğer eş adına alınan edinilmiş mala yapılan katkı ile ilgili esasen tam (çifte) tasfiyenin kabul edildiği, ayrıca değer artış payı hesabı yapılmadığı ve bu katkının katılma alacağı içinde külliyen dikkate alındığı da hatırlanmalıdır. Kısaca Dairenin kabul ettiği tam (çifte) tasfiye sebebiyle Mahkemece Hikmet vekilinin süresinden sonra verdiği cevap dilekçesinde ileri sürdüğü ancak davacı Selfet vekilinin usulüne uygun şekilde karşı koymadığı takas mahsup talebi ile ilgili olarak Hikmet vekilinden gelen açıklama da gözetilerek, taraf delillerinin değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde cevap süresi içinde harcı yatırılarak karşı dava açılmadığı gerekçesi ile takas mahsup talebinin reddi doğru olmamıştır". Bu kararlar için bkz. Ömer Uğur GENÇCAN, Mal Rejimleri Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017 s. 1335 vd. Takasın ileri sürülebilmesi için, harcın yatırılmasına gerek olmadığı görüşü, davalının alacağının, daha fazla olması halinde, terkedilmekte ve bu fazla kısım için, harç yatırılmamış ise, talepten fazlasına karar verilemeyeceği için, fazla olan alacakla ilişkin hüküm kurulamayacaktır. Bu yöndeki uygulamaya örnek olarak Y. 8. HD'nin 17.12.2018 t. ve E. 2016/18536, K. 2018/20313 sayılı kararı verilebilir: "Takas def'i davalı tarafça açıkça ileri sürülmemiştir. Hakim dosyadaki bili ve belgelerden def'i konusunun olduğunu görse bile kendiliğinden dikkate alamaz. Takas def'i dilekçelerin değişimi süresi içinde ileri sürülmemiştir. Süresinden sonra ileri sürülen takas def'i savunmanın genişletilmesi yasağı ile karşılaşır. Ancak, sonradan davacının açık ya da zımnı rızası ile veya ıslah ile takas def'i ileri sürülebilir. Takas def'i harca tabi değildir. Ancak, takas def'inde bulunan davalının alacağı, davacının alacağından fazla ise talepten fazlasına karar verilemeyeceğinden mahkemece fazla kısım için hüküm kurulmaz. Davalı takas talebinde bulunduğu fazla alacak miktarı için harcı yatırmak suretiyle usulüne uygun olarak karşı dava ya da ayrı bir dava açmışsa mahkemece, fazla alacak miktarı hakkında da hüküm kurulmalıdır". Y. 8. HD'nin 17.12.2018 tarihli kararı için bkz. Fatih KARAMERCAN, Mal Rejiminin Tasfiyesi, 3. Baskı, Ankara 2025, s. 414-415.

⁹ TMK'nun 236/1 hükmündeki **takas** kavramının, Borçlar Hukuku'ndaki anlamına göre farklı olduğu, buradaki takastan anlaşılması gerekenin kanun gereği yapılması gereken bir hesaplama, karşılıklı tasfiyenin söz konusu olduğu bir hesap artığı olduğu konusunda bkz. ERDEM/MAKARACI BAŞAK, age, s. 317; Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ/Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 222-223; Suat SARI, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 228.

istememez yalnızca eşlerden biri için katılma alacağı olarak hükme bağlanacaktır¹⁰. Burada, uygulamada, artık değer alacağı yerine katılma alacağı deyiminin kullanıldığı, TMK.'nun 236/1, 2. cümlesinde düzenlenen yasal takasın, ancak kesinleşmiş katılma alacakları arasında yapılacağıının ileri sürüldüğü görülmektedir¹¹.

Gerçekten eşlerden birinin artık değerinin 100 birim, diğerinin ise 200 birim olduğu hallerde, kural, bu iki artık değer birbirini götürmesi sonucu, yalnızca 200 birim artık değer sahibinden katılma alacağı talep edilebileceği açık ve tartışmasız kabul edilmelidir. Buna göre, artık değeri daha az olan eşin 100 olan artık değeri, diğerinin 200 olan artık değerinden düşülecek, diğerinin 100 fazla artık değeri üzerinden, artık değeri 100 olan eş, fazla olan 100'ün yarısını, yani 50'sini talep edebilecektir. Özetle, eşlerden birinin katılma alacağı, artık değerlerin takas edilmesi sonucunda kalan bakiye kadar olacaktır; bir diğer anlatımla, eşlerden yalnızca birinin katılma alacağı olabilecek, her iki eşin katılma alacaklısı olması matematik olarak mümkün gözükmemektedir¹². Burada, zor da olsa akla şu olabirliği de getirmekte

¹⁰ ŞIPKA, age, s. 161-162'de aynı yönde şu açıklamalara yer vermiştir: "... katılma alacağının belirlenmesi için ön koşul, eşlerin malvarlığının tasfiyesi olup tasfiye gerçekleşmeden katılma alacağı da doğmaz. Tasfiye sonucunda MK. m. 231 ve 236 gereği, her iki eşin artık değerinin takas edilmesi sonucunda, bir eşin katılma alacağı belirlenecektir. ... tasfiye yapıp bittikten sonra bir eşin katılma alacağı bulunur ve bu alacak, tasfiye bittiği zaman muaccel hale gelir. ... tasfiyenin zorunlu olması sonucunda, mal rejiminin tasfiyesi talebi ile katılma alacağının ifası talebinin birbirinden ayrılması gerekir. ... Mal rejiminin tasfiyesi yapılmadan katılma alacağı da muaccel hale gelmez. Tasfiye ise, ya tarafların anlaşması ya da Mahkemece yapılacak olan fiktif bir hesaplama türüdür. Ancak bundan sonra bir katılma alacağı ortaya çıkabilecek ve miktarı belirli hale gelen bu katılma alacağı karşı taraftan talep edilecektir".

¹¹ Bkz. GENÇCAN, age, s. 1092-1093: "Kanunda sözü edilen/yer alan takas, katılma alacaklarının ve hatta varsa diğer alacakların takas edilmesidir. O halde DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ düşüncesinin aksine bir den fazla (=iki adet) katılma alacağı olabilir. Varsa da katılma alacakları takas edilir. Takas ancak önce kesinleşmiş bir katılma alacağı varsa yapılabilir. ... Türk Hukukunda hiçbir içtihat mevcut değil iken yayınladığımız '4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002' eserimizde Artık Değer Alacağı ifadesini değil de Katılma Alacağı ifadesini kullandık. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (=Dairem) ve Yargıtay 8. Hukuk Dairesi de bugüne kadar Katılma Alacağı ifadesini kullanmakta olup, bu ifade artık yerleşik konumdadır". GENÇCAN'ın bu düşüncesine katılmadığımı belirtmek isterim. Yazarın söylediğinin aksine, TMK.'nun 236. maddesinde takas edileceği belirtilen alacaklar, haklar, maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde açıkça artık değer yarısı üzerindeki haklar olarak tanımlanmıştır. Bunun yanı sıra, takasın ancak önce kesinleşmiş bir katılma alacağı varsa gündeme geleceği açıklamasının da yerinde olmadığı kanımdayım. Gerçekten, katılma alacağının kesinleşmesi, ancak eşlerin diğerinin artık değerine yönelik haklarının birbiriyle takas edilmesi, birbirini götürmesi suretiyle mümkün olacağına göre, bu şekilde kesinleşecek olan katılma alacağının, takas edilebileceği başka bir katılma alacağı da mantıken olmayacaktır. Ne denli zorlanırsa zorlanırsa, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine yönelik davalarda ancak ve ancak eşlerden yalnızca biri lehine katılma alacağına hükmedilmesi, matematiksel bir zorunluluktur.

¹² Bkz. ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ACABEY, age, s. 209: "Eşlerden her birinin, diğerinin edinilmiş mallarının artık değeri üzerinde sahip olduğu alacak hakkını, biz "artık değer alacağı" olarak isimlendiriyoruz. Eşlerin (veya mirasçılarının) bu şekilde hesaplanan karşılıklı "artık değer alacakları" daha küçük olan alacak oranında sona erer; daha fazla alacağı olan taraf, aradaki fark kadar alacaklı kalır. Biz bu nihai (takas sonunda kalan bakiye) alacağı "Katılma Alacağı" olarak isimlendiriyoruz"; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, age, s. 222: "MK 236/1,

yarar vardır. Her iki eşin artık değeri eşit ise, eşit artık değerler birbirini götüreceğinden, eşlerden biri lehine katılma alacağı olmayacaktır.

Öğretide artık değer – katılma alacağı ilişkisi ve TMK.’nun 236/1 hükmündeki yasal takas sonucunda, **eşlerden yalnızca birinin katılma alacağı olabileceği**ne şu örnekler verilmektedir:

ŞIPKA¹³: “**Örnek:** Davacı ve davalının karşılıklı mal rejimi tasfiyesi taleplerin söz konusu olduğu davada, bilirkişi, davacı Sevim’in ARTIK DEĞERİ’nin 300.000 TL, davalı Kerim’in ARTIK DEĞERİ’nin ise 500.000 TL olduğunu belirlemiştir. Bu durumda Mahkemece bu artık değerler takas edilir ve $(500.000 - 300.000) = 200.000 / 2 = 100.000$ TL davacı Sevim’in, davalı Kerim’den olan nihai KATILMA ALACAĞI’dır”.

Mehmet Beşir ACABEY¹⁴: Örneğin, kocanın edinilmiş malvarlığı grubunun aktif kısmından, pasif kısım düştükten sonra artık değerinin 100 milyon TL olduğunu; kadının ise aynı şekilde hesaplanan artık değerinin 60 milyon TL olduğunu varsayalım. Bu durumda kadın, erkekten 100 milyon TL’nin yarısı oranında, yani 50 milyon TL; buna karşılık koca da, kadına karşı 60 milyon TL’nin yarısı oranında, yani 30 milyon TL alacak hakkına sahip olur. ... Bu karşılıklı alacaklar mahsup edildiğinde., daha fazla alacağı bulunan kadın, kocadan aradaki farkı kadar, yani 20 milyon TL alacaklı kalır. Bu nihai alacağı (kanuni takas sonunda kalan bakiye alacağı) ‘**KATILMA ALACAĞI**’ olarak isimlendiriyoruz. Bu alacak ödendiğinde, 20 milyon TL’yi kendi artık değeri olan 60 milyon TL ye ekleyen kadının eline 80 milyon TL geçmiş olur. Kadına 100 milyon tutarındaki artık değerinden, 20 milyon TL ödeyen erkeğin elinde de yine 80 milyon TL artık değer kalır.”

c.1’e göre belirlenecek eşlerin “artık değer alacakları”, 1. fıkra 2. cümlelerin emredici düzenlemesi uyarınca, yasa gereği “kendiliğinden” takasa girer. Söz konusu takas sonrasında ise ortaya sadece eşlerden “birisi” lehine mal rejimine hukukuna ilişkin bir alacak hakkı niteliğindeki “bir tane” katılma alacağı doğar”; SARI, age, s. 228: “Edinilmiş mallara ilişkin borçları, ekleme ve denkleştirme dahil edinilmiş mallarının toplam değerinden fazla olan eşin artık değeri ‘sıfır’ olarak kabul edilecek, bu durumda da diğer eş bir katılma alacağına sahip olamayacaktır. Her bir eşin diğerine karşı katılma alacağı mevcut olmakla birlikte, bu iki katılma alacağının her biri ayrı ayrı ödenecek değildir. MK. m. 236/1’de ‘alacaklar takas edilir’ hükmüne yer verilmek suretiyle, eşlerin birbirlerine karşı olan katılma alacakları, az olanı tutarında sona erecektir.” Nuri Aziz MİDYAT, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 1. Baskı, İstanbul 2023 s. 117: “**11. KATILMA ALACAĞI VE İFASI 1. Katılma Alacağı Miktarının Belirlenmesi 1. Kanuna Göre Artık Değere Katılma Madde 236 a. Artık Değere Katılma ... Kanun eşlerin birbirinden olan karşılıklı artık değer alacaklarının takas edilmesini öngörmektedir. Bu şekilde karşılıklı alacakların takas edilmesi suretiyle eşlerden biri lehine tek bir katılma alacağı ortaya çıkacaktır**”.

¹³ Age, s. 268.

¹⁴ Mehmet Beşir ACABEY, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020 s. 175-176.

ZEYTİN¹⁵ eşlerin artık değere katılma alacağının hesaplanmasında, aynı somut örnekten yola çıkarak, üç farklı, ama aynı sonucu doğuran yöntem yer vermiştir: “Emin’in artık değeri: 100.000 TL, Keriman’ın artık değeri: 50.000 TL, Eşlerin artık değere katılma alacağı: $150.000:2=75.000$ TL, Keriman’ın artık değere katılma alacağı $75.000-50.000=25.000$ TL . Ya da fazla olan artık değerden az olanı çıkartılır ve kalan değer ikiye bölünür. Bölme sonucunda elde edilen değer, fazla artık değere sahip eşin borcu, az olan artık değere sahip eşin artık değer katılma alacağı olur. Keriman’ın artık değer alacağı: $100.000 - 50.000:2=25.000$ TL. Bir başka yöntem ise her eşin değerinin artık değere katılma alacağı belirlenir, fazla olan artık değere katılma alacağından az olanı çıkartılır ve kalan miktar fazla olan artık değere sahip eşin alacağıdır. Emin’in artık değer alacağı: Keriman’ın artık değerinin yarısıdır: $50.000:2=25.000$ TL; Keriman’ın artık değer alacağı: Emin’in artık değerinin yarısıdır: $100.000:2=50.000$ TL. Keriman’ın artık değer alacağı”.

4) Katılma alacağının belirlenmesinde öğreti – uygulama farklılığı:

Öğreti, eşlerin katılma alacaklarının yukarıda yer verilen formüllerde belirtildiği şekilde edinilmiş, mallara eklenecek ve çıkarılacak değerlerden sonra belirlenmesinden sonra belirlenecek artık değerlerden, yasal takas sonucunda ortaya çıkacak bakiye olarak hesaplanacağını kabul ederken, uygulama, edinilmiş, mallardan her biri için ayrı ayrı hesaplama yapılmasını gerekli görmekte, böyle bir hesaplama yapılmamasını da bozma sebebi yaptığı görülmektedir¹⁶.

Bu yöndeki uygulamayı, bildiğimiz kadarıyla **Yargıtay’ın 8. Hukuk Dairesi** başlatmıştır. **Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin** bu yöndeki uygulamasına örnek olarak **21.03.2017 t. ve E. 2015/13223, K. 2017/3960 sayılı Kararı** gösterilebilir: “Tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde, mahkemece tasfiyeye konu araçlar yönünden araçların toplam değerinden çekilen kredi miktarı düşülerek eksi bakiye bulunmaması nedeniyle davanın reddine karar verildiği ... plakalı araç için kullanılan 28.000,00 TL taşıt kredisinin boşanma tarihine kadar 17 aylık taksiti ödenmiş olup 19 aylık taksiti aracın kredi borcu olarak kaldığı anlaşılmıştır. Öncelikle her bir mal için o malın kendisinden kaynaklanan borçların denkleşmesi yapılarak ayrı ayrı artık değere katıl-

¹⁵ Age, s. 208

¹⁶ Bkz. **ŞİPKA/ÖZDOĞAN**, age, s. 252: “Ancak burada doktrin ile uygulamanın ayrıldığı bir konu bulunmaktadır. Kanundaki düzenleme karşısında, doktrinde artık değer hesabının yukarıdaki şekilde yapılması gerektiği belirtilmekte, ancak Yargıtay uygulamasında ise her bir edinilmiş mal için bu hesaplama ayrı ayrı yapılmaktadır. Yani bir eşin tüm aktif ve pasifleri belirlenerek artık değer bulunmamakta, her bir malvarlığının kendi pasifi dikkate alınarak sadece o malvarlığı açısından ayrı bir hesaplama yapılmaktadır”.

*ma alacağı hesaplanması gerekirken araçların toplam değerinden borcun düşülmesi hatalı olmuştur*¹⁷.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin daha yeni kararlarında da, edinilmiş mallardan her biri için **ayrı ayrı hesap yapılması yönteminin sürdürüldüğü görülmektedir**¹⁸. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki kararlarına örnek olarak şu kararlar verilebilir:

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2023 t. ve E. 2023/2536, K. 2023/5742 sayılı kararı: “...Diğer yandan, davacılar vekili dava dilekçesinde alacak talebinin hangi kalem için ne kadar olduğunu açıklamamış, taşınmazlar yönünden davadan feragat etmiş ve sadece banka hesabındaki para yönünden talep miktarını artırmıştır. Mahkemece, davacıların talepleri açık olmadığı halde açıklatma da yaptırılmamış, davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmesine rağmen kabul ve ret oranı belirlenmeden yargılama giderleri ve vekâlet ücreti davalının aleyhine hükmedilmiştir. O halde, Mahkemece, hakimin davayı aydınlatma ödevi (6100 sayılı Kanun md. 31) çerçevesinde davacılar vekiline dava dilekçesinde talep ettiği alacak kalemlerinin her biri yönünden talep ettiği alacak miktarının ayrı ayrı açıklattırılarak, sonucuna göre davanın kabul-ret oranı belirlenip yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin hesaplanması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir”.

Y. 2. Hukuk Dairesi'nin 10.11.2021 t. ve E. 2021/5374 K.2021/8375 sayılı kararı:“...Öncelikle, dava dilekçesinde davacının alacak talebinin hangi kalem için ne kadar olduğu açıklanmamıştır. Mahkemece, davacının talepleri açık olmadığı halde açıklatma da yaptırılmamıştır. Bu durumda öncelikle mahkemece yapılacak iş, 6100 Sayılı HMK'nın 31. maddesindeki hakimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde davacıya, dava dilekçesi ve ıslah dilekçesinde talep ettiği alacak kalemlerinin her biri yönünden talep ettiği alacak miktarının ayrı ayrı açıklattırılması gerekir. Ayrıca, 6100 Sayılı HMK'nın 297/2 maddesine göre, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında,

¹⁷ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 21.03.2017 t. ve E. 2015/13223, K. 2017/3960 sayılı Kararı ve Y. 8. HD'nin aynı yöndeki 21.06.2016 t. ve E. 20166/202, K. 2016/10960 sayılı ve 23.06.2015 t. ve E. 2015/2840, K. 2015/13818 sayılı kararları için bkz. ŞİPKA/ÖZDOĞAN, age, s. 252-253. Buna karşılık Y. HGK'nun 12.09.2012 t. ve E. 2012/8-365, K. 2012/561 sayılı kararı aksi yöndedir: “Katılma alacağında paylaşılan edinilmiş mal değil artık değer olduğundan katılma alacağı edinilmiş malların toplamı dikkate alınarak hesaplanmalıdır” (Bkz. ŞİPKA/ÖZDOĞAN, age, s. 253).

¹⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu makalede yer verilen kararları, hemşerim ve meslektaşım Av. Ayça Özdoğan tarafından iletilmiştir. Kendisine teşekkürlerini sunuyorum.

açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi, infaza elverişli biçimde hüküm kurulması zorunludur. Mahkemece hangi alacak kalemi için ne miktar kabul edildiğinin açıkça yazılarak karar verilmesi gerekirken açık ve anlaşılır olmayacak şekilde hüküm kurulması da usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir”.

Yargıtay 2, Hukuk Dairesi bu görüşünü, taraflarca her bir kalem mal için ayrı ayrı miktar belirtilmemiş ise, her bir kalem için eşit miktarda talebin varlığı kabul edilmelidir görüşü ile tamamlamıştır. Bu yöndeki kararlara¹⁹ da şu örnekler gösterilebilir:

Yargıtay 2. HD., 16.01.2025 t. ve E. 2024/4678, K. 2025/409 sayılı kararı: *“...O halde, İlk Derece Mahkemesince, tasfiye konusu mallar tespiti için gerekli deliller toplandıktan ve tasfiye konusu mallar tespit edildikten sonra davacı-davalı tarafa hangi mal için ne kadar miktar talepte bulunduğu-nun bildirilmesi/açıklaması için süre verilmesi, davacı-davalı taraf talebini açıklamaz ise, bu durumda dava dilekçesindeki talep miktarı yönünden her bir kalem için eşit alacak talebinde bulunduğu kabulü edilerek ... karara bağlanması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.”*

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 05.12.2024 t. ve E. 2024/1953, K. 2024/9572 sayılı kararı: *“...O halde, İlk Derece Mahkemesince ilk olarak tasfiye konusu mallar tespit edildikten sonra hangi mal için ne kadar miktar talepte bulunduğu-nun bildirilmesi için davacı tarafa süre verilmesi, davacı taraf talebini açıklamaz ise bu durumda dava dilekçesindeki talep miktarı yönünden her bir kalem mal için eşit alacak talebinde bulunduğu kabulü edilmesi ... gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.”*

Yargıtay'ın her bir edinilmiş mal için ayrı ayrı hesaplama yapılması gerektiği görüşünün her şeyden önce, artık değeri tanımlayan TMK.'nin 231. maddesinin söylemi ile bağdaşmamaktadır. Anımsatayım hüküm **“Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır”**. Bunun yanı sıra, Yargıtay'ın benimsediği eşlerin edinilmiş malları için ayrı ayrı hesaplama yapılması halinde, kural olarak, toplu değerlendirmeden farklı bir sonuca ulaşılma-

¹⁹ Bu kararlar da Özdoğan tarafından iletilmiştir.

sının matematik açıdan mümkün olması konusunda kuşku duymaktayım. Eşlerin her birinin, on adet edinilmiş malı olduğunu varsayalım. Eşlerden biri diğerinin bu on adet maldan 4'ü için katkıda bulunmuş, bu diğeri de, eşinin 6 adet malına katkıda bulunmuş olsun. İlk 4 mal için katkı birinci için 20.000 TL, ikinci için 10.000 TL, üçüncü için 10.000 TL, dördüncü için 10.000 TL olmak üzere 50.000 TL; diğerinin 6 adet malı için katkı sırasıyla 10.000 TL, 15.000 TL, 10.000 TL, 5.000 TL, 10.000 TL ve 5.000 TL olmak üzere toplam 55.000 TL ise, artık değer belirlenmesinde bu karşılıklı katkılar ister istemez dikkate alınacaktır. Yani ister katkıları birer birer toplayalım, ister toplamını dikkate alalım, sonuçta, eşlerden birinin diğerine olan katkısı, yasal takas sonucunda, bu eşten 5.000 TL fazla olacak ve artık değer hesaplanmasında zorunlu olarak bu tutar dikkate alınacaktır, kanısındayım²⁰.

5) Artık değere katılma oranının sözleşme ile değiştirilebilmesi:

Artık değer ve katılma alacağı konusunda, gözden kaçırılmaması gereken bir hüküm de TMK.'nun 237. maddesinin "*Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir*" içerikli, 1. fıkra hükmüdür. 1. fıkra hükmü, maddenin 2. fıkrasındaki "*Bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez*" içerikli düzenlemesiyle ve TMK.'nun 238. maddesinin "*Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması halinde geçerlidir*" kuralı ile birlikte değerlendirildiğinde, TMK.'nun 237. maddesinin 1. fıkra hükmünün, yalnızca evliliğin ölüm sebebiyle sona erdiği hallerde geçerli olacağı karinesi getirdiği belirtilmektedir²¹. Bu verilerden hareketle, TMK.'nun 236. maddesinde öngörülen artık değerler üzerinde $\frac{1}{2}$ paylaşım kuralının bir mal rejimi sözleşmesiyle, açık şekilde belirtilmiş olmak şartıyla, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{5}$ olarak değiştirilebileceği, yani karinenin aksinin böylece ispatlandığı kabul edilecektir²².

Mal rejimi sözleşmesiyle açık bir şekilde, bu tarz bir değişiklik yapılması halinde de, TMK.'nun 236. maddesinin 1. fıkrasının, 2. cümlesinde öngörülen **yasal takas'**ın uygulanması gerektiği kanısındayım. Örneğin eşlerden

²⁰ ŞIPKA/ÖZDOĞAN, age, s. 254-257'de, aynı somut örnekten hareketle, Yargıtay'ın benimsediği her bir mal için hesaplama ve öğretilde benimsenen bütün olarak (toplam) hesaplama yöntemlerinde aynı sonuca varıldığı çarpıcı biçimde ortaya konulmuştur.

²¹ Mustafa Alper GÜMÜŞ, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), İstanbul 2008, s. 387; ŞIPKA, age, s. 281.

²² Bkz. GÜMÜŞ, age, s. 383.

birinin diğerinin artık değerinden yalnızca 1/3 oranında pay alacak olması halinde de, yine eşlerin artık değerleri belirlenecek ve belirlenen artık değerlerden bu oran da dikkate alınarak ulaşılabilecek olan miktar, diğerinin artık değerden alacağı miktar ile takas edilecektir. Örneğin: Boşanmış eşlerden (A)'nın artık değeri 100 birim, (B)'nin artık değeri 40 birim olduğu, taraflar arasında yapılmış mal rejimi sözleşmesiyle, (B)'nin artık değer alacağının 1/3 olacağı düzenlenmişse, karşılıklı artık değerlerin takası sonucunda, bakiye artık değer (B) lehine 60 birim olacaktır. (B) mal rejimi sözleşmesiyle 1/3 oranını kabul ettiğine göre, (B)'nin (bir kez daha vurgulayayım, yalnızca B'nin) katılma alacağı 60:3=20 birim olacaktır.

II) ARTIK DEĞERDEKİ PAY ORANININ AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASINA YER VEREN TMK.'NUN 236/II HÜKMÜNÜN, KUSURSUZ EŞE YENİ BİR ÖDÜL VERİLMESİNE YÖNELİK ANLAYIŞIN ELEŞTİRİSİ:

1) Bu anlayışın benimsendiği uygulama örnekleri:

İlk planda vurgulanması gereken, TMK.'nun 236/II hükmünün, açık söyleminde yer verildiği gibi, yalnızca zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hallerinde uygulanabileceği, bunun dışındaki sebeplerle boşanma hallerinde uygulama olanağı bulunmadığıdır²³.

GİRİŞ bölümünde de belirttiğim gibi bu çalışmaya başlarken asıl amacım, TMK.'nun 236/II hükmüne, kusursuz eş için yeni bir ödül, hayata kast eden veya zina yapan kusurlu eşe bir ceza anlamı verilmesine yönelik anlayışı eleştirmektir. Değerli avukat meslektaşlarımın, önce dilekçelerinden, sonra da bana ilettiği içtihatlarından, kusursuz eşin, kendisini aldatan ve/veya hayatına kast eden eşinden, bu sebeplerle boşandığı takdirde, eşinin artık değerinden, yasanın söyleminde yer almayan, yarından fazla pay alabileceğinin kabul edildiğini öğrendim.

Gerçekten, çok geç öğrendiğim ve bu nedenle biraz da kendimi kınadığım bu anlayış, beni, boşanma ve sonuçları konusunda anlaşma yoluyla TMK.'nun 166/III uyarınca verilmiş boşanma kararının, hiçbir gerekçe gös-

²³ Örnek olarak bkz. **ŞİPKA**, age, s. 270; **KILIÇOĞLU**, Aile Hukuk, s. 348; **Nermin SAKARYA GÜNEŞ**, Edinilmiş Malları Katılma Rejiminde Katılma Alacağı, Ankara 2022, s. 109-110; **GENÇCAN**, age, s. 1328. Uygulamadan sayısız örneklerden **Y. 8. HD.'nin 24.03.2015 t. ve E. 2014/19664, K. 2015/6716 sayılı, 23.11.2015 t. ve E. 2014/12620, K. 2015/21007 sayılı kararları** için bkz. **Fatih KARAMERCAN**, Katkı-Değer Artış Payı Katılma Alacağı Davaları, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 851; **Y. 8. HD.'nin 01.04.2019 t. ve E. 23019/552, K. 2019/3464 sayılı kararı** için bkz. **SAKARYA/GÜNEŞ**, age, s. 110. 336. no.lu dn.; **Y. 8. HD.'nin 14.11.2018 t. ve E. 2016/15105, K. 2018/18680 sayılı kararında** (bkz. **İhsan MAKAS**, Eşler Arasında Mal Rejimi Davalarında Yargıtay Uygulaması, Ankara 2020; s. 183-184) TMK.'nun 236/II hükmünün, müşterek çocuğun hayatına kast halinde dahi uygulanmayacağı belirtilerek, hükmün söyleminden farklı şekilde uygulanmayacağı bir kez daha vurgulanmıştır.

terilmeksizin, adeta **ben oynamıyorum** dercesine, basit bir istinaf başvurusu üzerine, istinafça kaldırılarak, dosyanın çekişmeli yargılama yapılmak üzere, mahkemesine gönderilmesini²⁴ öğrendiğim gündeki kadar şaşırtmış ve üzümüştür. Yeni öğrendiğim bu anlayış “**zina yapan eşin, diğer eşindeki artık değere katılma payının azaltılması veya kaldırılmasının yanı sıra, diğer eşe, yasal mal rejimi çerçevesinde, zina yapan eşin tasfiyeye konu malvarlığı üzerindeki hakkının, yükseltilebileceğinin kabulü**” şeklinde özetlenebilmektedir²⁵.

Bana iletilen bu kararları özetle aktarmayla çalışacağım:

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 04.02.2020 t. ve E. 2019/1435, K. 2020/900 sayılı kararı (Av. Ayça Özdoğan ilemiştir): “... Katılma alacağına konu edilen ... mallar fiili ayrılık döneminde erkeğin çalışması ile edinilmiş mallardır. Davalı kocanın zinası nedeniyle evliliğin sona ermesinde koca kusurludur. Erkeğin katılma alacağı tüm malların bedeli üzerinden %50 olmakla birlikte TMK.nun 236/2 maddesi gereğince, evlilik birliğinin süresi, tarafların emek ve çalışmalarının karşılaştırılması suretiyle erkeğin katılma alacağından dosya kapsamı ve hakkaniyet gereği %10 indirim yapılması hakkaniyete uygun olur. Buna göre katılma alacağını konu tüm mallara ilişkin erkeğe %45 oranında, kadına ise % 55 oranında pay verilmelidir”.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 27.06.2024 t. ve E. 2023/3434, K. 2024/4923 sayılı kararı (Av. Ayça Özdoğan ilemiştir): “... taraflar boşanma davasından önce yaklaşık 27-28 yıldır fiilen ayrı yaşadıkları, tasfiye konusu 837 ada 64 parsel 2 numaralı bağımsız bölümün 2012 yılında davalı taraftan edinildiği, davacının ev hanımı olup gelirin olmadığı, davalının zinası nedeni ile evliliğin sone erdiği, davalının katılma alacağı tüm malların bedeli üzerinden %50 oranında olmakla birlikte 4721 sayılı Kanun'un 236 ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca evlilik birliğinin süresi, tarafların emek ve çalışmalarının karşılaştırılması suretiyle davalının payından dosya kapsamı ve hakkaniyet gereği %20 indirim yapılmasının uygun olduğu, buna göre kabule konu kısma ilişkin olarak davalıya %40 oranında, davacıya ise %60 oranında pay verilmesi gerektiği”.

²⁴ Bu uygulamaya yönelik eleştiriler için bkz. Halûk BURCUOĞLU, Aile Hukuku, Boşanmaya İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamaya Yönelik Eleştiriler, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Econ Jura Mayıs 2022, C. I, S. 1'de yayınlanan makalem ve Boşanma Hukukunda Yasal Düzenlemeye ve Uygulamaya Yönelik Eleştiriler, İstanbul 2024 (kitapçık), s. 67 vd.; Halûk Nami NOMER, Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir mi?, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2021/2, s. 583 vd.

²⁵ Bu çalışmada yer vereceğim yargı kararlarını bana ileten, değerli meslektaşım ve hemşerim Av. Ayça Özdoğan'a ve değerli meslektaşım Av. Fatih Karamercan'a teşekkürlerimi iletmeyi borç bilirim.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2025 t. ve E. 2024/4305, K. 2025/2817 sayılı kararı (Av. Fatih Karamercan tarafından iletilmiştir): “... Somut olayda, Bölge Adliye Mahkemesince, karşı davada TMK'nin 236/2. maddesinin uygulanamayacağına yönelik kabulü hatalı olmuştur. Şöyle ki, kesinleşen boşanma kararında erkeğin zinası nedeniyle tarafların boşanmalarına karar verildiği, karşı davada tasfiye konusu malların erkek eş adına kayıtlı olduğu anlaşılmalı; TMK'nin 26/2. Maddesinde hakimin kusurlu eşin artık değerdeki pay oranında hakkaniyete uygun azaltma veya kaldırma yapacağı düzenlemesine göre, malik olan eşin kusurlu olduğu hallerde işbu maddenin uygulanamayacağı anlamına gelmez. O halde, Bölge Adliye Mahkemesince, karşı dava yönünden de davacı-davalı erkeğin artık değerdeki katılma alacağı oranında hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken ... Bölge Adliye Mahkemesince, asıl davada davacı-davalı erkeğin zina nedeniyle artık değerdeki pay oranının tamamının kaldırılmasına yönelik kabulü hatalı olmuştur ... hukuk ve hakkaniyete uygun daha az miktarda azaltılarak artık değere katılma alacağının belirlenmesi gerekirken ...”.

Kararın burada aktarılan bölümünden, TMK.'nin 236/II hükmünün, mağdur eşin, zina yapan eşinin artık değerinin yarısından daha fazla pay alması gerektiğine ilişkin bir sonuç çıkarmak zor gözükmeyle birlikte, Yüksek Daire'nin ele aldığı Kayseri Bölge Adliyesi 2. Hukuk Dairesi'nin 06.03.2024 tarihli ve E. 2024/490, K. 2024/489 sayılı kararı ile birlikte de irdelendiğinde, Yüksek Daire'nin bozma kararında, TMK.'nin 236/II hükmüne, diğer eşin zina yapan eşin tasfiye konusu artık değerinin yarısından daha fazla pay alacağının kabul edildiği izlenimi edinilmektedir.

Gerçekten Kayseri Bölge Adliyesi 2. Hukuk Dairesi'nin 06.03.2024 tarihli ve E. 2024/490, K. 2024/489 sayılı kararında **(bu karar da Fatih Karamercan tarafından iletilmiştir)** mağdur davalı-karşı davacı eşin TMK. m. 236/II uyarınca katılma alacağının %50 oranında artırılmasını talep ettiği ve Mahkeme'ce bu yönde karar verildiği belirtildikten sonra, mahkemenin kararının hatalı olduğu şöyle ifade edilmiştir: “Ancak, TMK'nin 236/2. maddesinde, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakimin, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uyum olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebileceğini düzenlemiş olup karşı davada bu kanun hükmünün uygulama olanağı bulunmadığı gözetilmeden davalı-karşı davacı lehine hükmedilen katılma alacağının TMK'nin 236/2. Maddesi uyarınca %50 artırılmasına karar verilmesi hatalı olmuştur”. Kayseri Bölge Adliye

Mahkemesi'nin bu kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nce TMK.'nun 236/II hükmünün uygulanması gerektiği belirtilerek bozulduğuna göre, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin zina mağduru eşin, boşandığı eşinin artık değerinden yarından fazla pay alabileceğinin kabul ettiği söylenebilecektir.

ÖZETLE; SON YILLARDA GÜNDEME GELEN UYGULAMADA, TMK.'NUN 236/II HÜKMÜNÜN, SÖYLEMİNDEN VE AŞAĞIDA AÇIKLANACAĞI ÜZERE, AMACINDAN TAMAMEN FARKLI BİR ŞEKİLDE, ZİNAYA MARUZ KALMIŞ (VEYA HAYATINA KAST EDİLMİŞ) EŞİN, MAL REJİMİNİN TASFİYESİ BAĞLAMINDA DİĞERİNDEN ALABİLECEĞİ PAY ORANI, BU EŞİN ARTIK DEĞERİNİN YARISINDAN FAZLA OLABİLECEĞİ KABUL EDİLMİŞ OLMAKTADIR.

2) TMK.'nun 236/II. maddesinin öğretide değerlendirilmesi:

Hukuk öğretisinde, zina yapan veya eşinin hayatına kasteden eşin, bu sebeple boşanmış olması halinde, mağdur eşe artık değerden fazla pay verilmesi bir yana, TMK.'nun 236/II hükmüne göre diğer eşin artık değerinden alacağı payın hakkaniyet bağlamında azaltılabilmesi ve/veya kaldırılabilmesi bile, pek sıcak karşılanmamıştır. Gerçekten, bu hüküm nedeniyle, eşler arasında uzun bir süre birlikte sarfedilmiş emeklerin göz ardı edileceği, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun TMK.'nun 236. maddesinin koşutu olan 215. maddesinde böyle bir sınırlamanın bulunmadığı vurgulanmış bulunmaktadır. İşte örnekler:

Ahmet M. KILIÇOĞLU²⁶: *“Tasarıda katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesinin koşullarından birisi de, TMK. md. 236 ve 255'e eklenen ikinci fıkra hükümleri olmuştur. Bu hükme göre: ‘Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir’. ... Gerçekten de, bu hüküm, katılma rejiminin mantığı ve kabul edilmiş gerekçeleriyle bağdaştırılamaz. Katılma rejiminin çıkış noktasını, eşlerin evlilik süresince emek karşılığı edindiği mallarda eşit hak sahibi olması oluşturmaktadır. Burada, eşin emeğinin karşılanması, sömürülmesinin önlenmesi esas amaçtır. Bir eşin zina etmesi ya da diğerinin canına kast etmesi, yıllarca vermiş olduğu emeğinin yok sayılması veya edinilmiş mallardaki alacak hakkının reddedilmesi sebebi olamaz. Bu eylemlerin TMK'da yeterli yaptırımları vardır. Zina, mutlak boşanma sebebi sayılmıştır; zina eden eş,*

²⁶ Aile Hukuku, s. 347. **KILIÇOĞLU**'nun bu fıkranın konulmasında zina eden ve kocasının canına kas eden kadınların düşünüldüğü açıklamasına katılmıyorum. Gerçekten, ülkemizde eşlerden zina yapanı büyük çoğunlukla kocadır.

tazminat ve nafaka talep edemez; zina eden eş, mirasçılıktan çıkartılabilir. ... Bu kadar yaptırım varken, aynı eylemin yıllarca verilen emeğin inkar edilmesi ve katılma alacağı hakkının reddedilmesi yaptırımına da yol açması büyük bir haksızlıktır. Bütün bunlar dışında, maddeye bu fıkranın konulmasında 'zina eden ve kocasının canına kast eden kadınlar' düşünülmüştür".

Şükran ŞIPKA²⁷: *Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Katılma Oranının Belirlenmesi a. Hükmün Amacı* Söz konusu ikinci fıkra hükmü, Türk Hukuk öğretisinde de eleştirilmektedir. **Gerçekten de bize göre de, bu düzenleme yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin ruhuna ve mantığına aykırıdır.** Şöyle ki, **yasal mal rejiminin amacı gereği,** evlilik içinde her iki eş de eşit haklara sahiptir ve evlilik birliğinin korunması önde gelir. Bu amaçla evliliğin genel hükümleri bölümünde öncelikli olarak evlilik birliğini koruyan hükümler ile, evlilik birliğinin korunması tedbirlerine ilişkin olarak hakimin müdahalesini öngören hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler gereği evlilik içinde bir eşin diğer eşin kötünietli davranışları sonucu yasaya, hakkaniyete ve kişilik haklarına aykırılık sözkonusu ise, saldırıya uğrayan eş bu hükümler çerçevesinde hakime başvurarak (MK. m. 195 vd) gerekli önlemlerin alınmasını isteyebilir. ... **Yasal mal rejiminin mantığı ise, eşlerin evlilik süresi içinde karşılığını vererek edindikleri mallarda, diğer eşin de emek ya da katkısının olduğu ilkesidir.** Bu nedenle mal rejimi sona erdiğinde eşlerden birinin kötünietli davranışı sonucu **yasaya gereği yarı yarıya** olan alacak hakkının hakim tarafından **azaltılması ya da tamamen engellenmesi,** onun aile birliği devam ettiği süre içinde yapmış olduğu katkılarının (emek ya da çalışarak) göz ardı edilmesi demektir".

Suat SARI²⁸: "Bir eşin ne kadar kusurlu olursa olsun, zina veya hayata kast etmesi ve bu nedenle boşanmaya karar verilmesi, söz konusu katkının karşılıksız bir şekilde elde çıkmasının veya miktarının azaltılmasının gerekçesi olmamalıdır. Diğer taraftan, zina veya hayata kast sebebiyle boşanma halinde, kusurlu eş açısından esasen doğrudan yaptırımlar öngörülmüştür. Bunların dışında yeni bir yaptırıma ihtiyaç duyulması da eleştiriye açıktır".

Mehmet Beşir ACABEY²⁹: "Aynı maddenin 2. fıkrasına göre; evliliğin boşanmayla sona erdiği ve boşanma nedeninin zina veya hayata kast olduğu durumlarda hakime kusurlu eşin katılma alacağını azaltma veya tamamen kaldırma yetkisi verilmiştir. Bu hükmün yersiz ve isabetsiz olduğu görülmüştür. Zira, katılma alacağının boşanma nedenlerinden zina ve hayata

²⁷Age, s. 270 vd.

²⁸Age, s. 230.

²⁹Age, s. 173.

kast gibi kusura dayalı sebeplere bağlanması, reform yapılmış Boşanma Hukuklarında, boşanmanın sebep ve sonuçlarının dahi, kusurdan arındırıldığı dikkate alınacak olursa, bu düzenleme son derece isabetsizdir. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı yoktur".

ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ACABEY³⁰: *"Aynı maddenin 2. fıkrasına göre; ... boşanma nedeninin zina veya hayata kast olduğu durumlarda, hakime kusurlu eşin katılma alacağını azaltma veya tamamen kaldırma yetkisi verilmiştir. **Bu hükmün yetersiz ve isabetsiz olduğu görüşündeyiz.** Zira, katılma alacağının boşanma nedenlerinden zina veya hayata kast gibi kusura dayalı sebeplere bağlanması, reform yapılmış Boşanma Hukuklarında boşanmanın sebep ve sonuçlarının dahi kusurdan arındırıldığı dikkate alınacak olursa, bu düzenleme son derece isabetsizdir. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı yoktur".*

Ömer Uğur GENÇCAN³¹: *"Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince **karşılığını vererek** elde ettiği malvarlığı değerleri ise ortada bir emek bir alın teri vardır. O kadar ki bu emek ya da alın teri 40 yıllık bile olabilir. Bu 40 yıllık emek ya da alın teri hiçbir kutsal değerle karşılaştırılıp ortadan **kaldırılmamalıdır**".*

Miray ÖZER DENİZ³²: *"Kanunun bu sebeplerle bir de katılma alacağını azaltması edinilmiş mallara katılma rejiminin genel mantığına uygun düşmeyecektir. Çoğunlukta kadınların çalışmayıp erkeklerin çalıştığı ülkemizde aslında katılma alacaklısı eş kadın eşidir. Erkeklerin kadınlardan daha çok zina fiilini işlediği ülkemizde aslında cezalandırılan eş, kadın olmaktadır"³³.*

GÖRÜLDÜĞÜ GİBİ, HUKUK ÖĞRETİSİ, TMK.'NUN 236/II HÜKMÜNÜN, ZİNA VEYA HAYATA KASTA MARUZ KALMIŞ EŞİN, DİĞER EŞİN ARTIK DEĞERİNİN YARISINDAN FAZLA TALEP EDEBİLMESİ BİR YANA, HÜKMÜN SÖYLEMİNE UYGUN OLAN ZİNA YAPAN VEYA HAYATA KAST EDEN EŞİN, DİĞERİNİN ARTIK DEĞERİNDEN PAY ALMASINI SINIRLAYAN VE/VEYA KALDIRAN DÜZENLEMESİNE BİLE KARŞIDIR.

30 Age, s. 208

31 Age, s. 1327

32 Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul 2016, s. 93, Dn. 452

33 ÖZER DENİZ'in bu açıklamasına katılmıyorum. Daha fazla zina yapan eşler kocalar olduğuna göre, kocanın kadının artık payından alacağı pay oranı azaltılabilecek veya tamamen, bu alacağın kaldırılabilir olduğu dikkate alındığında, kadının nasıl olup da cezalandırıldığı sonucuna varıldığını anlamam mümkün olmamıştır.

3) Zina (veya hayata kast) nedeniyle boşanma halinde, mağdur eşe, kusurlu eşe ait artık değerden yarıdan daha fazla oranda pay verilmesi anlayışının temel hukuk ilkeleri bakımından kabul edilemezliği:

İlk olarak belirtmem gereken husus şudur: Zaten uygulamada son derece nadiren boşanma nedeni olarak ileri sürülen hayata kast halinde, mağdur olan eşe, eşinin artık değerinden yarıdan daha fazla pay verilmesi ile ilgili bir karara ulaşılmış değilim. Bu nedenle, TMK.'nun 236/II hükmünün, söylemine aykırı bir şekilde uygulanması konusuna yalnızca zina nedeniyle boşanma bakımından değineceğim.

Zina, bugün hala bütün gücüyle hükmünü sürdüren, kesinlikle karşı olduğum³⁴ çok nedenli boşanma sisteminin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda benimsenmesinin temel nedenlerinden biri, hatta tek nedeni olarak gösterilmiştir. Gerçekten, Adalet Bakanlığı'nca yayınlanmış Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri'nde³⁵ şu açıklama okunmaktadır: ... *bu genel boşanma sebebi dışında tasarının 161 ila 165 inci maddelerinde öngörülen özel boşanma sebeplerinin uygulamada bugüne kadar herhangi bir sorun yaratmamış olması ve özellikle 'zina'nın özel bir boşanma sebebi olmaktan çıkartılıp genel boşanma sebebi olan 'evlilik birliğinin temelinden sarsılması' sebebi içinde değerlendirilmesinin Türk toplumunda yanlış yorumlara yol açabileceği düşüncesiyle mevcut durumun aynen korunması görüşü ağırlık kazanmıştır*". Zinaya bu anlamın verilmesi, Türk Medeni Kanunu'nda da çok nedenli boşanma sisteminin sürdürülmesinin sebebi olmasının yanı sıra, bir de 236. maddenin 2. fıkrasında, artık değere katılımı sınırlaması hatta ortadan kaldırılmasına yer verilmesinin de sebebi olmuştur. Anımsatayım, yasal mal rejimini büyük ölçüde kendisinden aldığımız İsviçre Medeni Kanunu'nda böyle bir düzenleme yoktur. TMK.'nun 236/II hükmünün, uygulamada, öncesinde görülmedik oranda, zinanın boşanma nedeni olarak davalarda boşanma sebebi olarak gösterilmesinin nedeni olduğu da ortadadır. Boşanma davalarının bir çoğunda, genel boşanma nedeni evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının yanında, zina da sebep olarak gündeme getirilmektedir. Bu durum, zaten son derece zedeleyici olan çekişmeli boşanma davalarını daha zedeleyici hale getirmekte, çirkinleştirmektedir.

³⁴ Bu eleştirilerimi içeren çalışmalarım dökümü Boşanma Hukukunda Yasal Düzenlemeye ve Uygulamaya Yönelik Eleştiriler adlı kitapçıkta 1 no.lu dipnotunda yapılmıştır.

³⁵ Ankara 2002, s. 295

Devam ediyorum; 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 5237 sayılı yeni Ceza Kanununda zina suçuna yer verilmemiş, yani, çağdaş hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda olduğu gibi zina suç olmaktan çıkarılmıştır.

Öncelikle, öğretilerde büyük çoğunluğun, TMK.’nun 236/II hükmünün söylemine uygun uygulanmasına bile karşı olduğunu anımsatmak isterim³⁶. Bunun yanı sıra, TMK.’nun 236/II hükmünün, zina (veya hayata kast mağduru) eşin, davalının artık değerinden alacağı pay oranının artırılmasının, kusurlu eş için bir **ceza** anlamında olduğu kanısındayım. Kendisi suç olmaktan çıkarılmış olan zina, bu anlayış ile, yeniden ceza olarak devreye sokulmuş olmaktadır. Ceza hukuki hakkında, bilgilerim, Cenevre Hukuk Fakültesi’nin 2. sınıfında öğrencilik yıllarımdan aklımda kalanlardan ibarettir. Bununla birlikte, şu temel ilkeleri hala doğru şekilde hatırladığım inancındayım: **Kanunsuz ceza olmaz; Kanunsuz suç olmaz; cezasız suç olmaz** ilkeleri. Zina nedeniyle boşanma halinde, mağdur olan eşin, kusurlu eşinin artık değerinden yarısından fazla pay almasını düzenleyen herhangi bir yasa hükmü olduğunu bilmiyorum.

Bunun yanı sıra, Medeni Hukuk, adı üzerinde **uygar hukuk**’tur ve böyle olmak zorundadır. Bu nedenle, **Medeni Hukukta, suç ve cezaya yer yoktur** ve olmamalıdır. TMK. m. 236/II’nin mağdur eşe, davalının artık değerinden yasada açıkça öngörülmüş ½ oranından daha fazla pay almasının kabulü bu açıdan da mümkün olmamalıdır.

Nihayet, uygulamanın TMK.’nun 236/II hükmünün yalnızca TMK.’nun 161. maddesi uyarınca zina veya 162. maddesi uyarınca açılmış boşanma davalarında söz konusu olabileceğini belirtirken, hükmün söylemine gösterdiği hassasiyeti, kusurlu eşin diğerinin artık değerinde alacağı pay oranının azaltılması veya kaldırılması konusunda da göstermesi, bu doğrultuda, hükmün, mağdur eşin, zina yapmış veya hayatına kast etmiş, eşinin artık değerinden kanunen alabileceği ½ payın artırılması için dayanak oluşturamayacağını konusunda da göstermesi beklenir.

SONUÇ:

TMK.’nun 236/II hükmünün, söylemiyle hiçbir ilgisi olmayan bir şekilde, mağdur eşin, kusurlu zina yapan eşin artık değerinden yasada öngörülen ½ oranından daha fazla hak talep edebileceğine ilişkin uygulamayı öğren-

³⁶ Yukarıda II, 2.

diğimde, bu uygulamayı eleştirme amacıyla başladığım bu çalışma çerçevesinde yaptığım araştırmalar artık değer-katılma alacağı kavramlarını da irdelememi gerektirdi.

Gerçekten, TMK.'nun 236/II hükmünün bu şekilde uygulanmasını, medeni hukuk alanına, bu alana yakışmayan ceza ögesi getirdiği için eleştirdim. Bunun yanı sıra, bu uygulamanın, ceza hukukunun, öğrenciliğimden aklımda kalan **kanunsuz ceza olmaz, kanunsuz suç olmaz** ve **cezasız suç olmaz** temel ilkeleri ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığına da inanmaktayım.

Genelde tüm çalışmalarımda yaptığım gibi, öğretiyi de mahkeme içtihatlarını da ihmal etmediğimi sanıyorum. Yine tüm çalışmaların için açık yüreklilikle söylediğim gibi, çekinmeden yer verdiğim görüşlerim hakkında her türlü eleştiri şimdiden hoş geldi, safa geldi.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Ankara 2016

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2019

BURCUOĞLU, Halûk Aile Hukuku Boşanmaya İlişkin Yasal Düzenlemeye ve Uygulamaya Yönelik Eleştiriler, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Econ JURA, Cilt I, Sayı 1, İzmir 2022.

BURCUOĞLU, Halûk Boşanma Hukukunda Yasal Düzenlemeye ve Uygulamaya Yönelik Eleştiriler, İstanbul 2024

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2010

ERDEM, Mehmet/MAKARACI BAŞAK, Aslı Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2024

GENÇCAN, Ömer Uğur Mal Rejimleri Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, TMK. m. 185-281, İstanbul 2008

KARAMERCAN, Fatih Katkı Değer Artış Payı Katılma Alacağı, 3. Baskı, Ankara 2016

KARAMERCAN, Fatih Mal Rejiminin Tasfiyesi, 3. Bası, Ankara 2025

KILIÇOĞLU, Ahmet M. Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2019

KILIÇOĞLU, Ahmet M. Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2021

MAKAS, İhsan Eşler Arasında Mal Rejimi Davalarında Yargıtay Uygulaması, Ankara 2020

MİDYAT, Nuri Aziz Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi İstanbul 2023

NOMER, Halûk Nami Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir mi?, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2021/2, s. 583 vd.

ÖZER DENİZ, Miray, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul 2016

ÖZUĞUR, Ali İhsan Mal Rejimleri, 7. Baskı, Ankara 2013

SAKARYA GÜNEŞ, Nermin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı, Ankara 2022

SARI, Suat Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007

ŞIPKA, Şükran Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011

ŞIPKA, Şükran/ÖZDOĞAN, Ayça Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2017

ZEVKLİLER, Aydın/CUMALIOĞLU, Emre/ACABEY, Mehmet Beşir Medeni Hukuk III, Aile Hukuku, Ankara 2024

ZEYTİN, Zafer Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005