

Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı

Surplus Value Share of Faulty Spouse in the Event of Divorce Because of Adultery or Attempting Life

*Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR**

Özet:

Türk Medeni Kanunu'nun 236. maddesinin ilk fıkrasında, her eşin veya mirasçılarının, diğer eşe ait artık değer in yarısı üzerinde hak sahibi olacakları ve alacakların takas edileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında her eşin değerinin artık değeri üzerinde ½'lik bir paya sahip olacağı kuralının istisnası düzenlenmiştir. Buna göre eşlerin zina veya hayata kast nedeniyle boşanmaları halinde, hakim kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya tamamen kaldırılmasına karar verebilir. Normun düzenlenme amacı, zina eden veya eşinin hayatına kast eden kusurlu eşin, bir medeni hukuk yaptırımıyla cezalandırılmasıdır. Ancak bu noktada düzenlenen medeni hukuk yaptırımının yasal mal rejiminin özüne uygun olup olmadığı veya evliliğin boşanmayla değil de ölümle sonlanması durumunda uygulanma imkanının bulunup bulunmadığı gibi sorular akla gelen ilk konu başlıklarını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Zina, Hayata Kast, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Artık Değer, Katılma Alacağı.

Abstract:

In the first paragraph of Article 236 of the Turkish Civil Code, it is regulated that each spouse or their heir will be eligible to have the right and to be treated over half of surplus value and the claims will be exchanged. In the second paragraph of same article, there is the exemption of rule that each spouse has the share of ½ that other spouse has. In case of divorce because of adultery or attempting life, the judge may decide to fair decrease or completely remove the share rate on the surplus value of the faulty spouse. Purpose of the regulation means that penalize the faulty spouse who has made adultery or attempting life by a civil sanction. At this point some questions came to mind as if the present civil law enforcement is the essence of the legal matrimonial property regime or if marriage is ended not by divorce but by death, question about application of civil act comes to practice.

Keywords:

Adultery, Attempting Life, Regime of Participation in Acquired Property, Surplus Value, Participation Asset.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) yürürlüğe girmesiyle birlikte, yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminin temel prensibi, mal rejimi sürerken ortak emek ve çabalarıyla elde ettikleri malların, mal rejiminin tasfiyesi esnasında eşlerce eşit paylarla artık değer alacağına konu edilerek paylaşılmasıdır. Başka bir ifadeyle eşlerin, evlilik süresince edinilmiş mallar üzerinde, eşit hak sahibi olmaları yasal mal rejiminin ana kabulüdür. Bu ana kabulün temelinde eşlerin -düzenli bir geliri olsun ya da olmasın veya birininki diğerininkinden çok daha az veya fazla olsun- mal rejimine dahil olan değerleri ortak emek ve çabalarıyla elde ettikleri ve birlikte değerlendirdikleri fikri yatmaktadır.

Bu nedenle TMK'nın 236/1. maddesinde eşlerin (veya mirasçıların) diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olacakları kuralına yer verilmiştir. Artık değer nasıl bulunacağı meselesi TMK'nın 231/1. maddesinde düzenlenmiş, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarların da dahil edilmesi suretiyle, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçların çıkarılmasıyla elde edilen miktar olarak belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında değer eksilmelerinin bu kapsamda göz önünde bulundurulmayacağı açıklanmıştır.

Artık değer eşlerin her biri için yukarıda açıklandığı şekilde tespit edildikten sonra, her eş diğerinin artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olur ve eşlerin birbirlerinden olan alacakları takas edilir. Bu kuralın biri iradi biri de yasal olmak üzere iki istisnası vardır. İradi istisna, TMK'nın 237/1. maddesinde yer alan düzenlemeyle eşlere, artık değere katılma konusunda yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kararlaştırma yetkisinin tanınmış olmasıdır.

Yasal istisna TMK'nın 236. maddesinin ikinci fıkrasında, zina veya hayata kast sebeplerinden birine dayalı olarak boşanmayla sona eren mal rejiminin tasfiyesi açısından öngörülmüştür. Bu çalışmanın konusunu oluşturan düzenleme gereğince zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.

Görüldüğü üzere aile mahkemesi hakiminin diğer medeni hukuk alanlarıyla kıyaslanmaz genişlikteki takdir yetkisine bu maddeyle bir başlık daha eklenmekte ve hakim kusursuz (veya daha az kusurlu) eşin bu yönde bir talebi olmasa bile; zina eden veya eşinin hayatına kast eden kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını azaltabilmekte ve hatta tamamen kaldırabilmektedir.

Çalışma, yukarıda kısaca değinilen konuya dair incelenmenin, iki ana başlık ekseninde yapılması planına dayanmaktadır. Bunlardan ilkinde kusurlu eşin artık

değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması için gerekli olan şartlar ve bu yöndeki karar incelenecektir. Çalışmanın ikinci ana başlığı TMK'nın 236/2. maddesinde yer alan bu kurala ilişkin eleştiri ve değerlendirmelere ayrılmıştır.

I. KUSURLU EŞİN ARTIK DEĞERDEKİ PAY ORANININ AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI

İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı olmayan TMK'nın 236/2. maddesinde "*Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.*" ifadesine yer verilmiştir. Bu normun bir benzerine TMK'nın paylaşımlı mal ayrılığına ilişkin 252. maddesinde de rastlanmaktadır. Bu madde de zina veya hayata kast nedeniyle kusurlu olan eşin (artık değerden söz olunamayacağı için) payının hakkaniyete uygun olarak azaltılması veya kaldırılmasına karar verilebileceği belirtilmektedir.¹

Kılıçoğlu², TMK'nın 236/2. maddesinin yasalaşma sürecini aktarırken, TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında koalisyon ortaklarının edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olmasına karşı çıktıklarını (yasal mal rejiminin paylaşımlı mal ayrılığı olmasını istediklerini) ve ancak bazı düzenlemelerin yasaya dahil edilmesi (bazılarının da değiştirilmesi) koşuluyla bu konuda uyuşabileceklerini açıkladıklarını belirtmektedir. TMK'nın 236/2. maddesi ise işte bu uyuşma şartı olan maddelerdendir. Normun düzenlenişi esnasında genellikle zina eden ve kocasının canına kast eden kadınlar düşünülmüş ve bu kadınların bir de eşlerinin mal varlığı üzerinde hak kazanmalarının önlenmesi amacı temel çıkış noktası olarak belirlenmiştir.

A. Azaltılma veya Kaldırılmanın Şartları

Yasa koyucu TMK'nın 236. maddesinin ikinci fıkrasında, aynı maddenin ilk fıkrasında düzenlediği ana kuraldan ayrılırken, bu istisnai normun ancak hakimin takdir yetkisini kullanması aracılığıyla hukuki sonuç doğurabilmesini sağlamıştır. Başka bir ifadeyle zina eden veya eşinin hayatına kast eden eşin, artık değerden pay alamayacağını da düzenlemek konusunda yetkiye sahip olan yasa koyucunun, madde metninde tercih ettiği "*... hakim, ... azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.*" ifadesi, açıkça hakimin takdir yetkisine vurgu yapmakta ve

¹ Kılıçoğlu, TMK'nın 252. maddesinin Hükümet Tasarısı'nda "*Paylaşmanın açıkça hakkaniyete aykırı olduğunun veya istemde bulunan eşin mirasçılıktan çıkarılmasını gerektirecek davranışlarda bulunduğu anlaşılması halinde hakim paylaşım istemini reddeder.*" şeklindeyken; yasal mal rejimiyle ilgili 236/2. maddeyle paralelliğinin sağlanması amacıyla, bugünkü haline getirildiğini aktarmaktadır. Kılıçoğlu, A. M.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, B. 2, Ankara 2002, s. 62.

² Kılıçoğlu, A. M., Katılma Rejimi, s. 62, 63; Kılıçoğlu, A. M.: Katkı - Katılma Alacağı, Ankara 2011, s. 122; Kılıçoğlu, A. M.: Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 436, 437.

diğer şartların yanı sıra hakimin bu konuda kendine verilen yetkiyi kullanmasını da gerektirmektedir.

TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanabilmesinin önkoşulunun eşler arasındaki mal rejiminin, yasal rejim olan, edinilmiş mallara katılma olması gerektiği açıktır. Bu rejim boşanma kararı verildiği anda, eşler arasında geçerli ve yürürlükte olan mal rejimi olmalıdır. Başka bir ifadeyle edinilmiş mallara katılma rejiminin boşanma kararı öncesinde eşlerce veya hakim kararıyla kaldırılmış olması halinde TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Özellikle TMK'nın ayrılık haline ilişkin 180.³, birlikte yaşamaya ara verilmesini düzenleyen 197/2. ve olağanüstü mal rejimine geçilmesine dair 206. maddeleri uyarınca taraflar arasındaki mal rejimi değiştirilmişse, TMK'nın 236/2. maddesine yönelik istemler gündeme gelmeyecektir.

Hakimin artık değerdeki pay oranının azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilmesi için dört şartın birden gerçekleşmesi gerekir. Bu şartların ilk üçü, madde metninden de anlaşılabilceği üzere evliliğin zina veya hayata kast nedenlerine dayanan bir boşanma kararıyla sona ermiş olması, eşin kusurlu olması ve azaltma veya kaldırmanın hakkaniyete uygun olmasıdır. Madde metninde açıkça yer verilmiş olmasa da hakimin bu yönde karar verebilmesi için aranması gereken dördüncü şart da eşlerin yapmış oldukları bir mal rejimi sözleşmesiyle artık değerini paylaşılması için başka bir kural öngörmemiş olmalarıdır.

1. Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Kararı Verilmiş Olması

Kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması için mal rejiminin boşanmayla sona ermiş olması şarttır. Hatta boşanma kararı sebep açısından da sınırlandırılmış ve bu kararın sadece zina veya hayata kast nedeniyle verilmiş olması halinde hakimin azaltma veya kaldırma kararı verebileceği

³ Ancak hakimin eşlerin ayrılığına hükmetmesi hali bazı açılardan özellik taşıdığından, üzerinde ayrıca durulması gerekir. Kanun'un 170/1. maddesi gereğince boşanma sebebi ispatlanmış olsa bile hakim ayrılığa karar verebilir. Kanun'un 180. maddesinin geniş yorumlanması suretiyle, ayrılık kararıyla birlikte, sadece eşler arasında sözleşmeyle kabul edilmiş olan değil; yasal mal rejiminin de kaldırılması yönünde hüküm kurulabilir. Eşler arasında zina veya hayata kasta ilişkin boşanma sebebinin ispatlanmış olmasına rağmen hakimin ayrılığa ve yasal mal rejiminin de kaldırılmasına hükmettiği halde; TMK'nın 236/2. maddesinde açıkça boşanma kararından söz edilmiş olması sebebiyle kusurlu eşin artık değer payının azaltılması veya kaldırılması gündeme gelmeyecektir.

Buna karşılık öğretide, davacının mutlak boşanma sebeplerine dayanarak boşanma talep ettiği durumlarda hakimin ayrılığa hükmedememesi gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır. Hatemi, H.- Kalkan Oğuztürk, B.: Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 2013, s. 108. Tanrıver de boşanma davasının hayata kast sebebine dayanarak açılması halinde, anayasal bir temel hak olan yaşama hakkına açık müdahale gerçekleşmesi sebebiyle hakimin ayrılık kararı verememesinin gerekli olduğu yönünde görüş belirtmektedir. Tanrıver, S.: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014, s. 76.

düzenlenmiştir. Hakimin kendisine tanınmış takdir yetkisini kıyasen başka boşanma sebepleri açısından da uygulaması mümkün değildir.

Yasa koyucu tarafından sadece zina ve hayata kasta ilişkin boşanma sebeplerinin hükmün uygulanma şartlarından biri olarak belirlenmesi, normun ana kurala istisna getirmesine ilişkin sınırlayıcılıkla açıklanabilir. Acar'a⁴ göre, eşin doğrudan veya dolaylı olarak katkısı bulunan edinilmiş mal üzerindeki katılma hakkının elinden alınmasını sağlayan sebeplerin daha geniş tutulması yasal mal rejiminin temel anlayışına aykırılık oluşturacaktır.

Bu nedenle yasa koyucu en ağır boşanma sebepleri olarak zinayı ve hayata kasti seçmiş, eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünü ihlal eden bu iki davranışın hukukun diğer alanlarınca düzenlenen sonuçlarının yanı sıra bir de mal rejimine ilişkin bir kuralla yaptırımlandırılmasını istemiştir. Aslında bu iki boşanma sebebine ilişkin kurallara bakıldığında birbiriyle çok da benzeşir nitelikte olmadıkları görülecektir.

TMK'nın 161. maddesinde boşanma sebeplerinin ilki olarak düzenlenen zina, kusurlu ve mutlak bir özel boşanma sebebidir. Türk Ceza Kanunu tarafından bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Buna karşılık hayata kast, TMK'nın 162. maddesinde düzenlenen tek boşanma sebebi değildir. Yasa koyucu TMK'nın 162. maddesinde hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış olmak üzere üç ayrı boşanma sebebi düzenlemiştir. Bu boşanma nedenleri de kusurlu, mutlak ve özel boşanma sebeplerindedir. Ancak TMK'nın 162. maddesinde düzenlenen diğer iki boşanma sebebi (pek kötü veya onur kırıcı davranış) eşin artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması için yeterli bulunmamıştır. Zinanın aksine eşin hayata kast davranışı ceza hukuku açısından suç unsuru oluşturan bir fiildir.

Zina ve hayata kasta ilişkin fiillerin yöneldikleri hukuken korunan değerler de birbirinden farklıdır. Her iki fiilin de eşler arasında evlilik birliğiyle birlikte başlayan, sadece onları bağlayan ve TMK'nın 185/3. maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğüne aykırı olduğunun söylenebilmesi mümkünse de zina, eşin mutlak anlamdaki kişilik değerlerinden birine saldırı oluşturmaz.⁵ Buna karşılık hayata kastta eşin fiili, kişinin temel kişilik haklarından olan yaşam hakkına ve bedensel bütünlüğüne yönelmiştir.

⁴ Özellikle TMK'nın 181/2. maddesinde boşanma sebepleri açısından bir sınırlama yapılmamış olmasıyla bu normu kıyaslayan yazar, miras hakkının karşılık verilmeden elde edilen bir kazanım olması nedeniyle, miras hakkı sahibi eşin, mal rejiminin tasfiyesinden pay alan eşe kıyasla daha az korunmaya layık olduğunu belirtmektedir. Acar, F.: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, B. 4, Ankara 2014; s. 264.

⁵ Sadakat yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Badur, E.-Turan Başara, G.: "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi", AÜHF, C. 65, S. 1, Ankara 2016, s. 101-136.

Bu konuda akla gelebilecek olasılıklardan ilki, eşlerden birinin zinası veya hayata kasta dair davranışı olduğu (ve bu fiiller görülen dava sırasında ispatlandığı) halde, boşanma hükmünün genel boşanma sebebine dayalı olarak verilmesi durumunda TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanmasına yer olup olmadığı meselesidir. Öğreti⁶ ve Yargıtay⁷ haklı bir görüş birliğiyle bu soruya olumsuz yanıt vermekte, istisna normunun kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığını altını çizmektedirler.

Eşin zina veya hayata kast olarak nitelenebilecek bir davranışının olması durumunda, genel boşanma sebebine veya terk gibi bir başka özel boşanma sebebine dayanılması yerine TMK'nın 161 ve 162. maddelerine dayanılarak boşanma isteminde bulunulması (boşanma hükmünün de bu sebeplerle kurulması koşuluyla); eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi açısından da önem taşıyacaktır.

Konuya dair açıklığa kavuşturulması gerekli bir diğer nokta, zina veya hayata kast sebeplerinden birine dayalı bir boşanma davası açılmış olmakla birlikte, henüz bu dava sonuçlanmadan evlilik birliğinin ölümle sona ermesi durumunda TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanma alanı bulup bulamayacağına ilişkindir.

TMK'nın 181/2. maddesinde yer alan *“Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması halinde de yukarıdaki fıkra⁸ uygulanır.”* ifadesiyle boşanma davası sonuçlanmadan ölümle sona eren evlilik birliği içerisinde sağ kalan eşin mirasçılığın ilişkin bir hüküm düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde⁹ kullanılan *“Özellikle*

⁶ Kılıçoğlu, A. M., Aile, s. 438; Acar, F., s. 265; Şipka, Ş.- Özdoğan, A.: Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2015, s. 409; Sarı, S.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 230; Özüğür, A. İ.: Mal Rejimleri, B. 8, Ankara 2015, s. 84; terke dayalı boşanma açısından aynı görüşte Gümüş, M. A.: Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul 2008, s. 397; Dural, M.- Öğüz, T.- Gümüş, A.: Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2005, s. 395.

⁷ *“Taraflar arasındaki boşanma davası sadakatsizlikten kaynaklanan şiddetli geçimsizliğe dayalı olarak açılıp, boşanma ile sonuçlanmış ve kesinleşmiş olduğuna göre, TMK'nın 236. maddesinin olayda uygulanma imkanı bulunmamaktadır.”* Y. 8. HD, E. 2013/17864, K. 2014/19671, T. 31.10.2014; *“Mahkemece katılma alacağına TMK'nın 236/son maddesi gereğince reddine karar verilmiştir. Eşin, artık değer üzerinde pay oranının (katılma alacağına)”* tümüyle kaldırılmasına ya da azaltılmasına karar verilebilmesi için; boşanmanın özel boşanma sebebi olarak zina (TMK m. 161) veya hayata kast (TMK m. 162) nedenine dayalı olarak gerçekleşmiş olması gereklidir. *Mahkemece, TMK'nın 166/1. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması genel boşanma nedenine dayalı olarak boşanmalarına karar verilmiş...”* Y. 2. HD, E. 2010/11719, K. 2011/12472, T. 18.07.2011; *“Edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı talebi bakımından uygulanması mümkün olan TMK'nın 236/2. maddesinin tarafların TMK'nın 161. maddesinde yazılı zina sebebiyle değil, 166/4. maddesine göre ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle boşandıkları dikkate alındığında katılma alacağı bakımından bu maddenin uygulanmasına yer olmadığına...”* Y. 8. HD, E. 2013/22743, K. 2015/797, T. 23.02.2015; Y. 8. HD, E. 2011/5257, K. 2011/5888, T. 15.11.2011.

⁸ Yukarıdaki fıkra olarak betimlenen TMK'nın 181/1. maddesinde *“Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.”* düzenlemesine yer verilmiştir.

⁹ https://www.tbmm.gov.tr/sirasayil/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_1.pdf (E. T. 07.07.2016).

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 neden olabilecektir.” ifadesi yasa koyucunun zina ve hayata kast gibi bazı boşanma sebeplerinin¹⁰ varlığı halinde eşlerin mirasçılıklarını uygun bulmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

Madde gerekçesinde vurgulanan bir diğer önemli nokta, boşanma davası sürerken eşin ölümü halinde, evlilik birliğinin kendiliğinden son bulacağı ve mirasçıların devam ettikleri davanın eşlerin boşanmasına yönelik olmayacağı; sadece boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına yönelik olacaktır.¹¹ Bu durum yeknesak yargı kararlarınca da kabul edilmiştir.¹²

Bu durumda zina veya hayata kast sebeplerinden birine dayalı bir boşanma davası açılmış olmakla birlikte, bu dava sonuçlanmadan eşlerden birinin ölümüyle evlilik birliğinin sona ermesi halinde, ölen eşin mirasçılarından birinin davaya devam etmesiyle verilebilecek karar; eşlerden hangisinin daha kusurlu olduğunun tespitine ilişkin olacaktır. Boşanma davasının dayandığı sebepler göz önünde bulundurulduğunda daha kusurlu olan tarafın zina eden veya eşinin hayatına kast eden eş olacağı açıktır.

Ancak TMK'nın 236/2. maddesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması halinde, evlilik maddede anılan sebeplere dayalı bir boşanma kararıyla değil de ölümle sona erdiğinden kusurlu eşin artık değerdeki payının azaltılacağı veya kaldırılacağı bir hükmün kurulamaması gerekir.¹³ Buna karşılık amaçsal yorum yapıldı-

¹⁰ Gerekçede bazı özel boşanma sebeplerinden örnek vermek ve anlam güçlendirmesi yapmak amacıyla söz edilmiş olup, maddede TMK'nın 236/2. maddesinin aksine boşanma sebepleri arasında bir ayırım yapılmamıştır.

¹¹ Acar'a göre, ölüm olgusuna rağmen mahkemenin davayı görmesi ve bir karara bağlaması durumunda, sanki evlilik ölüm yerine boşanma davasıyla sona ermiş gibi işlem yapılmakta ve bu hedeflenmektedir. Mahkemenin kararın teknik anlamda bir boşanma kararı olarak nitelenmesi mümkün değilse de TMK'nın 181/2. maddesiyle yasa koyucu evlilik birliğinin ölümle sona ermesini istemediğini açıkça ortaya koymuştur. Yasa koyucunun tercihi ölüm yerine boşanma davası ve kararına daha yakın bir yoldan yana olduğundan evliliğin ölümle sona erdiğini söylemek yerine boşanmayla sona erdiğini söylemek daha kolay olacaktır. Acar, F., s. 263.

¹² “Evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Bu nedenle boşanmaya hükmolunamaz.” Y. 2. HD, E. 2002/1951, K. 2004/3163, T. 15.03.2004; “Davacı boşanma ile ilgili hüküm kesinleşmeden önce ölmüş, evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş, evlilik birliği ölümle sona erdiğinden boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm tesis etmek, ancak davacı mirasçısının TMK'nın 181/2. maddesi gereğince davayı takip edeceğini beyan ettiğinden davada eşlerden hangisinin daha ziyade kusurlu olduğunun tespit edilmesinden ibarettir.” Y. 2. HD, E. 2004/691, K. 2004/3393, T. 30.03.2004.

¹³ Evliliğin ölümle son bulması ve TMK'nın 181/2. maddesinin de kıyasen uygulama alanı bulamayacağı nedenleriyle zina veya hayata kast eden eşin artık değer alacağının korunacağı hakkında görüş için bkz. Şıpka, Ş.- Özdoğan, A., s. 460; Dural, M.- Öğüz, T.- Gümüş, A., s. 395; Gümüş, M. A., s. 396; İstisna hükümlerin dar yorumlanması prensibi uyarınca hükmün sadece boşanmayla

ğında, zina eden veya eşinin hayatına kast eden eşin mirasçı olmasını “*haksız ve adaletsiz*” bulan yasa koyucunun, bu eşin artık değerden de tam olarak pay almasını istemeyeceği sonucuna varılması mümkündür.

İstisna normların uygulanma alanlarının kıyas yoluyla genişletilmesinin yerinde bir yaklaşım olmadığı bilinir bir ilke olmakla birlikte, görülmekte olan boşanma davasının dayandığı sebebin zina veya hayata kast olması ve mirasçıların davayı devam ettirme haklarını kullanmış olmaları halinde, yargılama sonucunda kusurlu bulunan eşin artık değere ilişkin payının azaltılması veya kaldırılması daha adil bir çözüm olacaktır.

Acar¹⁴, katılma alacağının birlikte kazanımın bir sonucu olduğu, tamamen soyut (adeta bir iş ilişkisi gibi) bulunduğu nitelemesine bağlı kalınması ve yukarıda açıklanan görüşün aksinin kabulü halinde zina veya eşinin canına kast eden kişinin açılmış boşanma davasını etkisiz hale getirmek ve TMK’nın 236/2. maddesi düzenlemesinden kurtularak yüklü bir katılma alacağı elde etmek için eşini öldürmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Üstelik bu kişi, maddenin dar yorumlanmasıyla, artık değer alacağının tamamına hak kazanmaktadır.

Boşanma davası sonuçlanmadan ölen eşin mirasçılarının TMK’nın 181/2. maddesi gereğince davaya devam etmeleri halinde, dayanılan boşanma nedenini değiştirip değiştiremeyecekleri de TMK’nın 236/2. maddesinin uygulanması açısından önem taşımaktadır. Örneğin mirasbırakanın genel boşama sebebine dayanarak açtığı davayı, mirasçıları sağ kalan eşin tasfiye sırasında artık değer alacağına ilişkin payının azaltılması veya kaldırılmasını talep etmek amacıyla zina (veya hayata kast) nedeniyle boşanma davasına çevirebilecekler midir?

Öğretide bir görüş¹⁵ davayı sürdüren mirasçıların sadece eşin kusurunun olup olmadığı konusunda ispat faaliyetinde bulunabileceklerini, buna karşılık boşanma davasında davacı eşin sahip olduğu ıslah gibi usuli hak ve yetkileri kul-

sınırlı tutulması gerektiği gerekçesiyle aynı yönde görüş için bkz. Öztan, B.: Aile Hukuku, B. 6, Ankara 2015, s. 535; Norma TMK’nın 181/2. maddesiyle paralel bir düzenleme getirilmedikçe mevcut haliyle duruma uygulanma olanağının olmadığı yönünde Özüğür, A. İ., s. 84; Gençcan TMK’nın 182/2. maddesinin konuyla ilgili uygulanması açısından önce “*Mirasçılık sıfatını kaybeden eş, katkı alacağı hakkını da kaybetmez.*” ifadesini kullanırken; eserin devamında “*Zina veya hayata kast sabit ise hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.*” şeklinde görüş belirtmektedir. Gençcan, Ö. U.: Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2010, sırasıyla s. 1082, 1084.

¹⁴ Acar, F., s. 263; aynı yönde Kılıçoğlu, A. M., Aile, s. 438.

¹⁵ Topuz G.: “*Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar*”, TAAD, Y. 3, S. 10, Ankara 2012, s. 91; Taş Korkmaz, H.: “*Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi*”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), İzmir 2014, s. 1458, 1459, 1465.

lanamayacaklarını belirtmektedir. Diğer görüşe sahip yazarlar¹⁶ ise davacı eşin ölmeden önce ıslah hakkını kullanmamış olması kaydıyla, mirasçılarının genel boşanma sebebine dayanan davayı ıslah ederek zina sebebine dayanan boşanma davası haline getirebileceğini ileri sürmektedirler.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi¹⁷ koca tarafından açılmış boşanma davası devam ederken, davacının ölümünden sonra mirasçılarının davaya devam etmek istediklerini bildirdikleri ve akabinde de davayı ıslah ederek evliliğin iptaline çevirmek istedikleri bir uyuşmazlıkta, ıslahın caiz olmadığı ve sonuç doğurmayacağı yönünde karar vermiştir. Ancak bu davada taraf mirasçılarının yapmak istedikleri ıslah, boşanma davasının evliliğin iptali davasına dönüşmesi sonucunu doğuracağından TMK'nın 181/2. maddesinin ruhuna da uygun değildir. Karar gerekçesinde kullanılan *"Hakları yalnızca buna (diğer eşin kusurunun tespitine) münhasır olan mirasçıların ıslahla davayı bir başka davaya dönüştürmeleri mümkün değildir."* ifadesi de temel gerekçenin bu görüş olduğunu destekler niteliktedir.

Halbuki genel boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davasının, davacı mirasçıları tarafından zina sebebiyle boşanmaya ıslah edilmesi durumunda, boşanma davası başka bir davaya dönüşmemektedir. Davacı tarafın boşanma davasını açarken (gerekçesi ne olursa olsun) dayanmadığı bir sebebin, ölümünden sonra mirasçılar tarafından ileri sürülmesinde adalet duygusunu tedirgin eden bir yan olmakla birlikte; mirasçıların boşanma davasının zina veya hayata kast sebebine dayanması ve kusurun da tespit edilmesi halinde kusurlu eşin artık değer payının azaltılması karşısında sahip olacakları kazanımlar dikkate alındığında bu hakka sahip olduklarının kabulü gerekir.

Eşin zina veya hayata kast sebeplerinden biriyle boşanma kararına hükümlendikten ama mal rejimi tasfiyesi henüz gerçekleşmeden önce ölmesi durumunda da benzer bir sorunla karşılaşılması mümkündür.¹⁸ Böyle bir durumda da kusura (veya zina eden veya eşinin canına kast eden eşe göre daha az kusurlu) olan eşin mirasçıları, kusurlu eşin artık değer alacağına ilişkin payının indirilmesini veya tamamen kaldırılmasını talep edebilmelidirler. Üstelik bu defa evlilik birliği ölümle değil, düzenlemede belirlenen boşanma nedenleriyle sona erdiği

¹⁶ Burcuoğlu, H.: "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası ile İlgili Bazı Gözlemler", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 386; Tutumlu, M. A.: "Boşanma Davası Süreken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçıların Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları", ABD, S. 2, Ankara 2002, s. 122.

¹⁷ Y. 2. HD, E. 2014/22503., K. 2014/22453, T. 12.11.2014.

¹⁸ Özüğür, eşin ölümünün boşanma kararı verildikten ancak hüküm tebliğe çıkarılmadan önce gerçekleşmesi durumunda, davacının mirasçılarının kararı tebliğe çıkarabileceklerini belirtmektedir. Özüğür, A. İ., s. 84.

için TMK'nın 236/2. maddesinin genişletilmiş biçimde yorumlanmasına da ihtiyaç yoktur.

Konu hakkında akla gelebilecek olasılıklardan bir diğeri de, eşini öldüren¹⁹ kişinin artık değerdeki payının azaltma veya kaldırma konusu olup olamayacağıdır. TMK'nın 578. maddesi gereğince mirasbırakanı öldüren eş, mirasçı olamayacaktır. Ancak TMK'nın 236/2. maddesinin dar yorumlanmasıyla artık değere tam olarak hak kazanacaktır. Yukarıda açıklanan gerekçeleri bir kez daha yineleme hatasına düşülmeksizin bu kabulün adil olamayacağının belirtilmesi yeterli görülmektedir. Yani eş tarafından öldürülen kişinin mirasçıları da öldüren kişinin TMK'nın 236/2. maddesi gereğince artık değere katılma payının indirilmesini veya kaldırılmasını talep edebilmelidirler.²⁰

Öztaş²¹, Şıpka/Özdoğan²² ve Zeytin²³ bu noktada kanunda gerçek bir boşluk olduğunu, bu boşluğun TMK'nın 236/2. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması gerektiğini belirtmektedirler. Hukukun genel ilkelerinden olan “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” ve “Kimse kusurlu fiiliyle hak kazamaz.” prensipleri ve TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı gereğince TMK'nın 1. maddesine göre boşluk doldurulmalı ve TMK'nın 236/2. maddesi böyle bir durumda da uygulanmalıdır.

Kılıçoğlu²⁴ normun uygulanma alanını zina veya hayata kast nedeniyle boşanma davasının açılmasından (veya açılma fırsatı bulunmasından) önce

¹⁹ Eşlerden birinin diğeri öldürmesi durumunda, boşanma sebebinde olduğu gibi bu eylemin kasten işlenmesinin gerekli olup olmadığı; yoksa taksirle ölüme sebep olmak açısından da TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanmasının gündeme gelip gelmeyeceği de bir diğer meseledir. Başka biri tarafından vurularak yaralanan eşini hastaneye götürmeyerek kan kaybından ölümüne sebep olmakla; kullandığı araçla karıştığı trafik kazası nedeniyle eşinin ölümüne sebep olmak arasında da fiilin taksirle işlenmesi açısından fark yoksa da evlilik birliğinin eşlere yüklediği ödevler açısından fark olduğu tartışmasızdır. Eşlerden birinin diğeri tarafından öldürülmüş olması durumunda, kusurlu eşin artık değer üzerindeki payının azaltılması veya kaldırılması talebiyle karşılaşan hakim, bu fiilin taksirli veya kasten gerçekleşmiş olduğu yönündeki ceza mahkemesinin kararını takdir hakkını kullanırken esas alabilir.

²⁰ Aynı yönde bkz. Acar, F., s. 264; Sarı, S., s. 230; Karamercan, F.: Katkı- Değer Artış Payı Katılma Alacağı Davaları, B. 3, Ankara 2015, s. 854. Karşı görüş için bkz. Dural, M.- Öğüz, T.- Gümüş, A., s. 395; Gümüş, M. A., s. 396; Şeker, M.: “Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, (Yayına Hazırlayanlar: Şıpka, Ş.- Özbilen, B.- Şensöz, E.), İstanbul 2006, s. 141.

²¹ Öztaş, B., s. 535.

²² Şıpka, Ş.- Özdoğan, A., s. 461.

²³ “Eşini öldüren eşe, öldürülen eşin malvarlığı üzerinde herhangi bir hak sağlanmaması, hukuki adalete ve evlilik birliğinin özüne aykırı olmayacaktır. Çünkü artık değer alacağı herhangi bir alacak değildir. Özünde evlilik birliğindeki ekonomik adaletin sağlanması yatar. Ancak evlilik birliğinin özünü sarsan kusurlu davranışta bulunan eşin o birliğin ekonomik getirilerinden faydalanması kabul edilemez.” Zeytin, Z.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2008, s. 221.

²⁴ Kılıçoğlu, A. M., Katılma Rejimi, s. 63; Kılıçoğlu, A. M., Alacak, s. 123.

dava hakkına sahip eşin öldüğü durumları da kapsayacak genişlikte yorumlamakta ve böyle bir durumla karşılaşan mirasçılarının, alacaklı eşin açtığı davada zina veya hayata kast eylemine dayanarak, davanın bu noktadan reddini talep edebileceklerini belirtmektedir. Yapılan yargılama sonucunda, davalı mirasçılarının iddialarının sabit bulunması halinde, hakim kusurlu eşin artık değer alacağına ilişkin payının azaltılması veya kaldırılması yönünde hüküm kuracaktır.

Örneğin eşi tarafından hayatına kast edildiği kesinleşmiş bir ceza yargısı kararıyla tespit edilmiş olduğu halde, boşanma davası açmadan (hayata kasta ilişkin eylemden bağımsız bir sebeple) ölen kişinin mirasçıları Kılıçoğlu'nun görüşüne göre TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanmasını talep edebileceklerdir. Ancak bu görüşe katılmaya iki açıdan imkan yoktur. Bunlardan ilki TMK'nın zinaya ilişkin 161. ve hayata kasta ilişkin 162. maddelerinin üçüncü fıkralarında yer alan affin boşanma sebebini ortadan kaldıracağına dair düzenlemeye ilişkindir.²⁵ Eşin boşanma davası açmadan önce ölmesi durumunda bu af hakkını kullanıp kullanmadığı (eğer yaşasaydı kullanacak olup olmadığı) yanıtı bilinemez meçhul sorular olarak ortada kalmaktadır. Ayrıca zaten istisna niteliği taşıyan bir hükmün zina veya hayata kasta maruz kaldığı halde, eşi tarafından öldürülmeyen ve boşanma davası açmadan ölen kişinin mirasçılarına da tanınacak kadar genişletilmesi, normun amacının aşılması olarak nitelenmeye açık olacaktır.

2. Eşin Kusurlu Olması

Yasa koyucu eşin kusurlu olması kriterini, aslında TMK'nın 236/2. maddesinde aranan bir şart olarak nitelendirmekten çok, artık değerdeki pay oranı azaltılacak veya kaldırılacak olan kişinin eşlerden hangisi olduğunun belirlenmesi amacına hizmet eden bir kıstas olarak kullanmıştır. Artık değerdeki pay oranı hakim kararıyla azaltılacak veya kaldırılacak olan eş, kusurlu olan yani zina eden veya eşinin hayatına kast eden eştir.

İki boşanma sebebi de kusurlu boşanma sebeplerinden olduğundan ve mal rejiminin tasfiye sebebini bu iki boşanma nedeninden birine dayanılarak verilmiş boşanma kararı oluşturduğundan, mal rejimini tasfiye eden hakimim ayrıca bir kusur incelemesi yapmasına gerek yoktur. Zina eden veya eşinin hayatına kast eden kişinin kusurlu olduğu zaten verilen boşanma kararıyla hükme bağlanmıştır.

²⁵ Ayrıca ölen eşin mirasçılarının TMK'nın 236/2. maddesinden yararlanma imkanının tanınması halinde, mirasçılarının bu yöndeki taleplerini, anılan maddelerin ikinci fıkralarında boşanma sebepleri açısından düzenlenen hak düşürücü süreler içerisinde gerçekleştirmeleri şartı aranmalıdır. Zira eşin bile boşanma istemiyle dava hakkı bu sürelerle tabi olduğuna göre, süre dolmadan ölen eşin mirasçısı, ancak kalan süre içinde talepte bulunabilmelidir.

Artık değerdeki pay oranı azaltılacak olan eşin kusurlu olması, durumun özelliği gereğince aranan bir şart olmakla birlikte, maddede diğer eşin kusur durumuna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu eş, boşanmada kusursuz olan eş veya payı etkilenen eşe göre daha az kusurlu olan eş olabileceği gibi karşılıklı zina ya da hayata kast gibi bazı istisnai hallerde eşit kusura sahip eş de olabilir.

Eğer eşinin zinası veya hayatına kastı nedeniyle boşanan eş tamamen kusursuzsa, hakim takdir hakkını, hakkaniyete diğer koşullar bakımından da uygun olmak koşuluyla, kusurlu eşin artık değere katılma oranını tamamen kaldırmak yönünde kullanabilir. Eğer eş tamamen kusursuz değil, zina veya hayata kast eden eşe kıyasla daha az kusurluysa; bu kez artık değere ilişkin payın tamamen kaldırılması yerine azaltılması daha adilane bir çözüm olarak düşünülebilir.²⁶

Çözüm bulunması nispeten daha zor olan durum, nadir de olsa karşılaşılacak olan, eşlerin eşit kusurlu olması durumudur. Örneğin boşanma her iki eşin de zinası veya eşlerden birinin zinası ve buna tepki olarak diğerinin de zina edenin hayatına kastı nedeniyle (bu iki sebepten birine dayalı hüküm kurulmasıyla) gerçekleşiyor ve hakim eşlerin kusur oranlarını eşit olarak tespit ediyorsa; TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanması gündeme gelecek midir?

Öncelikle eşlerin eşit kusura sahip oldukları boşanma kararıyla, hükme bağlandığından, mal rejimini tasfiye eden hakim bir kez daha eşlerin kusur durumlarını incelemesinin yerinde olmadığını belirtilmesi gerekir. Böyle bir durumla karşılaşan hakim, hakkaniyete uygun olmasını gözeterek ve takdir hakkını kullanarak her iki eşin artık değer oranlarının da TMK'nın 236/1. maddesinde düzenlenen ana kurala bağlı kalmasına karar verebilir.²⁷

3. Hakkaniyete Uygun Olması

Hakim TMK'nın 236/2. maddesi uyarınca kusurlu eşin artık değerdeki payını azaltır veya kaldırırken takdir yetkisini hakkaniyete uygun kullanmakla yükümlüdür. Hakimin katılma alacağına ilişkin hakkaniyete dayanarak hüküm kurabileceği tek madde budur.²⁸ Ertaş'a²⁹ göre hakim bu yönde karar verirken, alacaklı eşin

²⁶ Aynı yönde bkz. Ertaş, Ş.: "Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejiminin Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, İzmir 2013, s. 926; Karamercan, F., s. 853; Hayran, B.: Mal Rejimleri Şerhi, Ankara 2004, s. 227.

²⁷ Eşlerin ayrı ayrı zinası nedeniyle verilen boşanma kararına dayalı olarak, her iki eşin de artık değere katılma payının azaltılmadığı yönündeki karar için bkz. Y. 8. HD, E. 2014/8031 K. 2014/21578, T. 25.11.2014.

²⁸ "Bunun dışında hakkaniyet indirimi adı altında bir hesaplama yapılarak katılma alacağının azaltılma yoluna gidilmesi usul ve kanuna aykırıdır." Y. 8. HD, E. 2013/17841, K. 2014/20912, T. 14.11.2014.

²⁹ Ertaş, Ş., s. 926.

mali durumunu, davalının kusurunun ağırlığını, borçlu eşe katkısının kapsamını ve niteliğini göz önünde tutmalıdır. Hayran'a³⁰ göre azaltma veya kaldırma kararı sonucunda kusurlu eş müzayaka haline düşecekse ve bu eş evlenme şansı az veya yok derecede olan bir kadın ise hakkaniyet ölçütü gereğince kaldırma kararı yerine az miktarda bir pay düşürme kararıyla yetinilmesi gereklidir.

Şıpka ve Özdoğan'a³¹ göre, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, eşin zina veya hayata kast fiilini işleyiş şekli ve sürekliliği, kusurun derecesi, evlilik birliğinin süresi, eşlerin bu birlik içindeki hak ve yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, emek ve çalışmaları karşılaştırılarak, subjektif adalete uygun bir karar verilmelidir.

Kılıçoğlu³² hakimın takdir yetkisini kullanırken Kanun'a bu hükmün eklenmesindeki gelişmeleri göz önünde tutması, Kanun Taslağı'nda ve Hükümet Tasarısı'nda yer almayan bu hükmün TBMM Adalet Komisyonu'nda yasanın çıkarılmasının şartı olarak ileri sürülmesi sonucunda yasaya girdiğini unutmaması ve katılma alacağının tamamen reddi yerine bu tür eylemlerde bulunan eşin emek ve katkı süresini de dikkate alarak, artık değerdeki payın tamamen kaldırılması yerine ılımlı bir oranda indirilmesi şeklinde kullanmasının daha adil olacağını düşünmektedir. Dural/Öğüz/Gümüş³³ ve Gümüş³⁴ de hakimın takdir yetkisini kullanırken çekingen davranması ve artık değere katılma oranında aşırı bir azaltmaya gitmemesini hükmün yol açacağı haksız sonuçların önlenmesi açısından tek yol olarak görmektedirler.

Hakim TMK'nın 236/2. maddesini somut uyuşmazlığa uygularken, mal rejiminin taraflarının tekrar evlenme şanslarını olmasa bile bir önceki başlıkta açıklandığı üzere kusur oranlarını mutlaka dikkate almalıdır. Benzer şekilde evliliğin süresi, tarafların bu evlilik boyunca süre gelen ve boşanma kararıyla birlikte değişen ekonomik durumları, evliliğe ve edinilmiş mallara gerek emekleriyle gerekse ekonomik anlamdaki katkıları hakimın göz önünde bulundurabileceği noktalardandır.

Hakim azaltma veya kaldırma kararının gerekçelerini, hakkaniyetin neden bu yönde hüküm kurulmasını gerektirdiğini kararında mutlaka belirtmelidir.³⁵ An-

³⁰ Hayran, B., s. 227.

³¹ Şıpka, Ş.- Özdoğan, A., s. 412.

³² Kılıçoğlu, A. M., Katılma Rejimi, s. 64; Kılıçoğlu, A. M., Alacak, s. 124, 125; Kılıçoğlu, A. M., Aile, s. 439.

³³ Dural, M.- Öğüz, T.- Gümüş, A., s. 395.

³⁴ Gümüş, M. A., s. 397.

³⁵ Şıpka, Ş.- Özdoğan, A., s. 412; Sarı, S., s. 231.

cak bu gerekçelendirme sonrasında hakimin, takdir yetkisini neden sadece azaltma veya tamamen kaldırma yönünde kullandığı ve hakkaniyetin neden kendisini bu yönde hüküm kurmaya yönlendirdiği anlaşılır hale gelecektir.

4. Eşlerin Mal Rejimi Sözleşmesiyle Başka Bir Kural Öngörmemiş Olması

TMK'nın 236/1. maddesi emredici bir düzenleme değildir, eşler TMK'nın 237/1. maddesinin kendilerine verdiği yetkiye dayanarak yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edebilirler. Şenocak'a³⁶ göre TMK'nın 237/1. maddesinin amacı 236. maddede öngörülen çözümün somut olaydaki menfaatler bakımından uygun olmaması durumunda eşlere somut olayın özelliklerini dikkate alma imkanı vermesidir.

Ancak maddenin ikinci fıkrası gereğince eşler yapacakları bu tür anlaşmalarla (eşlerin) ortak olmayan çocuklarının ve onların altoylarının saklı paylarını zedeleyemezler. Kanun'un 238. maddesine göre evliliğin boşanmayla sona ermesine ilişkin olarak kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklılık taşıyan anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bu durumun açıkça öngörülmüş olması halinde geçerlidir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan yani ya genel olarak boşanma veya daha da özelinde zina veya hayata kast sebebine dayalı boşanma durumuna³⁷ ilişkin mal rejimi sözleşmeleri için, tarafların iradelerini açıkça ortaya koymuş olmaları şartı aranacaktır.

Yanıt aranması gereken soru, eşlerin yukarıda açıklanan düzenlemelerin sınırları içinde kalarak yapmış oldukları bir mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılmaya ilişkin farklı bir kararlaştırma yapmış olmaları durumunda, hakim kararıyla TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanma alanı bulunup bulunmayacağıdır. Bu soruya olumsuz yanıt verilmesi daha yerinde bir tercihtir.³⁸ Eğer eşler kanunun kendilerine verdiği yetkiyi kullanarak artık değer paylaşımına ilişkin iradi bir kural benimsemişlerse, artık zina veya hayata kast nedeniyle boşanma sonrasında belirledikleri bu paylaşma kuralının değiştirilmesini talep edememelilerdir. Benzer şekilde hakim de TMK'nın 236/2. maddesini resen uygulayamazdır. Bu nedenle TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanma şartlarından dördüncüsü, madde metninde yer almayan bu durumdur.

Tarafların aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle artık değerlere katılma paylarını ½ oranından farklı bir oran olarak kararlaştırmaları mümkün

³⁶ Şenocak, Z.: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi", AÜHFD, C. 58, S. 2, Ankara 2009, s. 389.

³⁷ Eşlerin her bir sona erme sebebi için farklı bir katılma esası belirleyebilecekleri yönünde bkz. Gümüş, M. A., s. 397; Zeytin, Z., s. 222.

³⁸ Dural, M.- Öğüz, T.- Gümüş, A., s. 395; Gümüş, M. A., s. 397.

olduğu gibi, bu sözleşmeyle zina veya hayata kast sebeplerine dayanarak boşanmaları haline ilişkin özel oranlar düzenlemeleri de mümkündür. Ancak böyle bir durumda yapacakları düzenlemenin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarının ihlali nedeniyle tenkise tabi olması ihtimali gündeme gelebilecektir.

Örneğin eşlerin yaptıkları mal rejimi sözleşmesiyle, zina ve hayata kast sebebine dayanarak boşanmaları halinde, kusurlu eşin artık değerden pay alamayacağını kararlaştırmış olmaları durumunda; sağlararası bir kazandırmayla, TMK'nın 237/2. maddesinde belirlenen kişilerin saklı paylarına yönelik bir ihlalin ortaya çıkması ve bu nedenle tenkis talebiyle karşılaşması mümkündür. Halbuki tarafların mal rejimi sözleşmesi yapmamaları halinde hakimin, TMK'nın 236/2. maddesini uygulaması ve takdir hakkını kusurlu eşin artık değere katılma oranının kaldırılması yönünde kullanması durumunda, ortak olmayan çocukların veya onların altsoylarının saklı paylarının zedelenmesi gibi bir olasılık gündeme gelmeyecektir.

B. Azaltma veya Kaldırma Kararı

TMK'nın 236/2. maddesinde sadece artık değere ilişkin bir hüküm öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle, bu normun katkı payına veya değer artış payına uygulanabilmesi mümkün değildir. TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanmasının gündeme gelebilmesi için, öncelikle zina veya hayata kast eden eşin, diğer eşten talep edebileceği bir artık değer olması gerekir.³⁹ Örneğin mal rejiminin tasfiyesi anında kusursuz (veya daha az kusurlu) eşin üzerinde edinilmiş mal statüsünde herhangi bir değer bulunmaması durumunda, kusurlu eşin azaltılabilecek veya ortadan kaldırılacak bir artık değer payı da söz konusu

³⁹ "TMK'nın 236/2. maddesindeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılması veya kaldırılmasına yönelik karar verilebilmesi için öncelikle, davacının artık değere katılma alacağıının yapılan incelemeyle sabit olması gerekir. ... Mahkemece yapılması gereken iş, öncelikle davacının alacağıının katkı payı, değer artış payı ve artık değere katılma alacağı olarak bunlardan hangisinin veya hangilerinin mevcut olduğunun araştırılması; artık değere katılma alacağıının mevcut olması durumunda TMK'nın 236/2. maddesinin uygulama yeri olabileceğinin gözetilmesi ..." Y. 8. HD, E. 2014/12512, K. 2015/21469, T. 30.11.2015; "Dosyaya getirilen taraflara ilişkin boşanma dava dosyasının incelenmesinde, boşanmaya kocanın zina davranışı nedeniyle TMK'nın 161. maddesi gereğince zina sebebiyle karar verildiği ve bu halde kesinleştiği görülmektedir. TMK'nın 236/2. maddesi 'Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.' hükmünü içermektedir. Davacı-davalı kadın birleşen davaya verdiği cevap dilekçesinde, dava açan eşin (kocanın) katılma alacağı çıktığı takdirde, TMK'nın 236/2. maddesi gereğince artık değere katılma alacağıının kaldırılması gerektiği savunmasında bulunmuştur. Mahkemece davacı-birleşen davalının, bu savunma yönünden olumlu ya da olumsuz bir inceleme ve değerlendirme yapılmadan katılma alacağına hükmedilmesi isabetsiz olmuş; hükmün bu sebeple bozulması gerektirmiştir." Y. 8. HD, E. 2016/3216, K. 2016/4202, T. 09.03.2016.

olamayacaktır. Buna karşılık kusurlu eşin katkı payı⁴⁰ veya değer artış payı⁴¹ durumdan etkilenmeyecektir.

Kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılmasına dair karar, diğer eşin sadece artık değere ilişkin borcu açısından hüküm ve sonuç doğuracaktır. Hakim kusurlu eşin payını tamamen kaldırması halinde, diğer eşin artık değer borcu sona ererken, kusurlu eşin payını azaltması halinde, diğer eşin artık değer borcu aynı oranda azalacaktır. Buna karşılık kusursuz (veya daha az kusurlu) eşin artık değere katılma payının arttırılmasına yönelik bir düzenleme öngörülmemiştir.

Örneğin eşlerden her birinin edinilmiş mallara ilişkin olarak 10.000 TL'lik malvarlığı olduğu ve evlilik birliğinin kocanın zinası (veya hayata kastı) nedenine dayanan boşanma kararıyla sona erdiği bir durumda; hakim kusurlu eş olan kocanın artık değere katılma payını hakkaniyet gereğince yarıya indirirse (yasal pay olan ½, hakim kararıyla ¼ haline getirilmektedir); kadının artık değer borcu 5000 TL'den 2500 TL'ye düşmektedir. Buna karşılık kadının ½'lik artık değer payı sabit kalmakta ve bunun karşılığı kocasından 5000 TL'lik bir alacağı olmaktadır.

Azaltma kararının hiç verilmemiş olması durumunda alacakların takası sonucunda her iki eşin de borcu sona ereceği halde; kocanın payının azaltılması sonucunda kadının kocasından 2500 TL'lik bir katılma alacağı doğmaktadır. Yukarıdaki örneğin koşullarının kabul edilip, bu kez kocanın artık değerdeki payının tamamen kaldırılmış olması durumunda; kocanın takasa girecek bir alacağı kalmadığından kadının katılma alacağı 5000 TL olarak ortaya çıkmaktadır. Dikkat edileceği üzere takas işlemi, her bir eşin artık değer alacaklarının hesaplanmasından sonra yapılmakta ve eşlerden birinin katılma alacağı bu surette bulunmaktadır.⁴²

Buna karşılık kadının üzerinde herhangi bir edinilmiş mal bulunmaması durumunda, TMK'nın 236/2. maddesiyle düzenlenen özel hukuk yaptırımının sonuç bulması mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda kocanın artık değere ka-

⁴⁰ "TMK'nın 236/2. maddesi hükmü hakkaniyet gereği kusurlu eşin artık değere katılma oranının azaltılması veya kaldırılmasına ilişkin olup, katılma alacağına ilişkin bu düzenlemenin somut olayda katkı payı alacağı davasında uygulanmamış olmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır." Y. 8. HD, E. 2010/1096, K. 2010/3434, T. 24.06.2010; "... TMK'nın 236/2. maddesinin katkı payı alacağı bakımından uygulanma imkanı olmadığı gibi ..." Y. 8. HD, E. 2014/14397, K. 2014/18285, T. 14.10.2014.

⁴¹ "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." Y. 8. HD, E. 2014/12512, K. 2015/21469, T. 30.11.2015.

⁴² Eşlerden sadece biri için tek bir katılma alacağı doğacağı yönündeki görüş için bkz. Gümüş, M. A.: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane 'Katılma Alacağı' Doğar?", YÜHFD, C. 6, S. 1, İstanbul 2009, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası (E. T. 14.07.2016).

tilma payı azaltılsa da kaldırılrsa da çarpanı sıfır olduğundan, kadının borcunun azalması söz konusu olmayacak ve kocanın artık değere katılma alacağı doğmayacak; kadın yine 5000 TL'lik bir katılma alacağına sahip olacaktır.

Madde metninin kaleme alınışı sırasında seçilen ifadeler, hakim in bu yönde bir istemle karşılaşmaksızın da resen azaltma veya kaldırma kararı verebileceğini çağrıştırmaktadır.⁴³ Öztan'a⁴⁴ göre bu durumda eşin talebi olmasa dahi hakim in kendiliğinden TMK'nın 236/2. maddesini göz önünde bulunduracak olması, geniş bir müdahale yetkisinin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Aslında bu durum, aile hukukunun yapısına çok aykırı olmamakla birlikte, hakim in takdir yetkisini kullanırken dikkate alacağı ölçütlerden biri olarak nitelenebilir. Yani tarafların böyle bir talebinin olmaması durumunda, hakim in maddeyi resen uygulama yetkisi olsa bile, bu yetkiyi sınırlı kullanmalıdır.

Kusurlu eşin artık değerdeki payının azaltılması veya kaldırılması yönünde karar verecek olan mahkeme, mal rejiminin tasfiyesini gerçekleştiren mahkemedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi⁴⁵ de bu görüşü paylaştığını şu ifadelerle ortaya koymuştur: *“Davalı - karşı davacı kadın, karşı boşanma dilekçesinde boşanma ve ferileri yanında, zina nedeniyle boşanmaya karar verildiği takdirde, davacı - karşı davalı kocanın TMK'nın 236/2. maddesi gereğince edinilmiş mallara katılma payının ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Bu istek boşanmanın ferisi niteliğinde olmayıp, ancak o mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada taraflarca ileri sürülebilir ve mahkemece dinlenilebilir. ... kadının bu talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerekirken ...”*⁴⁶

⁴³ Hakim in taleple bağlı olmaksızın resen indirim yapabileceği bir diğer hal olan Türk Borçlar Kanunu'nun 182/3. maddesinde kullanılan *“Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.”* ifadesinde bu durum *“kendiliğinden”* kelimesinin kullanılmasıyla daha açık otaya konmuş ise de aile hukuku hakim in taleple bağlı olmaksızın takdir yetkisini kullanarak alabileceği kararlara daha aşına bir hukuk alanı olduğundan; bu açıklıkta bir belirleme yapılmaması, ancak talep halinde TMK'nın 236/2. maddesinin uygulanabileceği anlamına gelmemektedir.

⁴⁴ Öztan, B., s. 534; aynı yönde Şıpka, Ş.- Özdoğan, A., s. 410.

⁴⁵ Y. 2. HD, E 2012/10429, K. 2013/7427, T. 05.03.2013.

⁴⁶ Kararın karşı oyunda *“Yasal düzenlemeye göre azaltılacak veya kaldırılacak olan, artık değer üzerindeki diğer eşin yasal pay oranıdır. Bu oranın ½ değil de, örneğin ¼ veya 1/8 olarak tespiti (azaltılması) veya tamamen kaldırılması, zina veya hayata kast sebebiyle boşanma halinde söz konusu olacağına göre, bu sebebe dayalı boşanma davası ile birlikte karara bağlanması mümkündür. Buna engel bir hüküm bulunmamaktadır. Mal rejiminin sona ermesinden sonra, tasfiyeye geçildiğinde, kusurlu eşin katılma alacağı miktarı, azaltılan bu pay esas alınarak hesaplanır. Veya payın tamamen kaldırılmasına karar verilmiş ise, zina veya hayata kast eden eşin katılma alacağı doğmamış olur. Oranın azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verilebilmesi için, mal rejiminin tasfiyesi ile katılma alacağı ile ilgili bir davanın açılmış olmasının gerekli olmadığı kanısındayım. Artık değer üzerindeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması, bunu gerektiren sebebe dayanan boşana davasıyla birlikte istenebilir.”* ifadesiyle çoğunluk görüşüne açıklanan gerekçelerle katılma imkanının olmadığı belirtilmiştir. Y. 2. HD, E 2012/10429, K. 2013/7427, T. 05.03.2013.

TMK'nın 236/2. maddesini uygulayacak aile mahkemesinin, boşanma davasını hükme bağlayan aile mahkemesi değil de taraflar arasındaki mal rejimini tasfiye eden aile mahkemesi olması birden fazla yönden önem taşır. Öncelikle boşanmaya hükmeden mahkeme, taraflar arasındaki mal rejimiyle hiç ilgilenmemiş; sadece tarafların boşanmanın ferilerine ilişkin maddi - manevi tazminat ve nafaka vb. istemlerine dair incelemeler yapmakla yetinmiştir. Tarafların arasında geçerli olan mal rejiminin yasal mal rejimi olmaması durumunda, hakimin bunu bile öğrenmemiş olması mümkündür. Bir diğer olasılık da yukarıda üzerinde ayrıntılı olarak durulan, tarafların yasal mal rejimini benimsemiş olmakla birlikte, artık değere ilişkin ayrı bir paylaşım oranı belirlemiş olmalarıdır. Zina veya hayata kast nedenleriyle boşanmaya hükmeden aile mahkemesi hakiminin, bunu da bilmesine pek imkan yoktur.

Boşanmaya hükmeden aile mahkemesinin uyuşmazlığın niteliği gereği gündeminde olmayan bu konular, mal rejiminin tasfiyesini gerçekleştiren mahkemenin ilgi odağında olacaktır. Ayrıca bu mahkeme tarafların olası katkı payı, denkleştirme ve/veya değer artış payı taleplerini de incelediği için tarafların boşanma sonrası ekonomik durumlarına çok daha fazla hakimdir. Tarafların boşanma nedeniyle hak kazandıkları tazminat ve nafaka miktarlarını öğrenmek istemesi durumunda, boşanma davasına ilişkin dosyayı istemesi yeterli olacaktır.

Ayrıca tarafların zina veya hayata kast nedenlerinden biriyle boşanmaları, aralarındaki mal rejiminin tasfiyesinin de mutlaka dava yoluyla gerçekleştirileceği anlamına gelmemektedir. Eğer taraflar arasında mal rejiminin tasfiyesinin iradi olarak yapılmasına dair zayıf da olsa bir ihtimal varsa; boşanmaya hükmeden hakimin azaltma veya kaldırma kararıyla tamamen ortadan kalkacaktır.

Öğretide bu görüşün aksini savunan Sarı'ya⁴⁷ göre, kusurlu eşin artık değere katılma payının azaltılması veya kaldırılmasına, boşanma davasına bakan hakim, boşanmanın bir sonucu olarak hükmetmelidir. Hatta boşanma davasında bu yönde bir hüküm kurulmaması halinde, tasfiye davası görülürken, bu konuda karar verilmesini talep etmek mümkün olmamalıdır. Kararı verebilecek mahkeme açısından Sarı'yla aynı görüşü paylaşan Özüğür⁴⁸, davacı eşin ölümünün boşanma kararının verilmesinden ancak hükmün tebliğe çıkarılmasından önce gerçekleşmesi durumunda, davacının mirasçılarının kararı tebliğe çıkararak, TMK'nın

⁴⁷ Ancak eşlerden birinin diğerini öldürdüğü durumlarda, mirasçılar tasfiye davasında bu konuda talepte bulunabilmelidir. Sarı, S., s. 230.

⁴⁸ Özüğür, A. İ., s. 84.

182/2 ve 236/2. maddelerinin uygulanması yönünden temyiz edebileceklerini ileri sürmektedir.

II. DÜZENLEMeye YÖNELİK ELEŞTİRİ VE DEĞERLENDİRMELER

Öncelikle belirtilmesi gereken nokta, TMK'nın 236/2. maddesinin öğretide ağırlıklı olarak eleştirildiği ve eleştirilerin odağında da edinilmiş mallara katılma rejiminin temel felsefesi olan eşlerin emek ve çabalarının karşılığını eşitçe bölüşmeleri ilkesine aykırılık iddialarının yer aldığıdır. Normun eleştirildiği bir diğer nokta, zina veya hayata kast gibi eylemlerin yeterli yaptırımlarının mevcut yasal düzenlemelerde bulunduğu ve böyle bir medeni hukuk yaptırımına gerek olmadığı hakkındadır.

Norma en ağır eleştirileri getirenlerden biri olan Kılıçoğlu'na⁴⁹ göre, katılma rejiminin çıkış noktasını, eşlerin evlilik süresince edindiği mallarda eşit hak sahibi olması prensibi oluşturmaktadır. Bu rejimde, eşin emeğinin karşılanması ve sömürülmemesi esas amaçtır. Bir eşin zina etmesi veya diğerinin canına kast etmesi, yıllarca vermiş olduğu emeğin yok sayılması veya edinilmiş mallardaki alacak hakkının reddedilmesinin sebebi olamaz. Bu nedenlerle hüküm, katılma rejiminin mantığı ve kabul ediliş gerekçeleriyle bağdaşmaz.

Öztan'a⁵⁰ göre, bir eşin aile birliği devam ettiği sürece emeğini ve çalışmasını göz ardı etmemek gerekir. Dolayısıyla eşlerin mal rejimi kapsamında paylaşma oranını kusura bağlamak ve eşlerden birinin kusurunun malvarlığının akıbetini belirlemesi isabetli bir çözüm değildir. Hatemi'ye⁵¹ göre, zina veya hayata kast boşanma tazminatı niteliğinde olan bir alacağı, ortadan kaldırılabirirse de kadının emeğini yıllar boyunca ücretsiz olarak aileye tahsis etmesi dolayısıyla, hak ettiği katılma alacağını ortadan kaldırmamalıdır.

Dural/Öğüz/Gümüş'e⁵² ve Gümüş'e⁵³ göre bu düzenlemeyle edinilmiş mallara katılma rejiminde kabul edilen artık değere katılmanın ruhuna aykırı nitelikte, katılma alacağı vasıtasıyla bir medeni hukuk cezası getirilmektedir. Dolayısıyla ceza hukuku çerçevesinde zinanın suç olmaması nedeniyle cezalandırılmayan zina eden eş, TMK'nın 236/2. maddesi sayesinde dolaylı olarak ve ekonomik açıdan cezalandırılmakta; hayata kast eden eş ise aldığı hürriyeti sınırlayan cezanın yanı sıra bir de ekonomik olarak cezaya tabi tutulmaktadır.

⁴⁹ Kılıçoğlu, A. M., Katılma Rejimi, s. 63; Kılıçoğlu, A. M., Alacak, s. 123; Kılıçoğlu, A. M., Aile, s. 437. Bu yönde diğer görüşler için bkz. Sarı, S., s. 230; Şeker, M. s. 139.

⁵⁰ Öztan, B., s. 534.

⁵¹ Hatemi, H.: Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005, s. 99.

⁵² Dural, M.- Öğüz, T.- Gümüş, A., s. 394.

⁵³ Gümüş, M. A., s. 397.

Gençcan⁵⁴ konu hakkındaki görüşünü “*Kimsenin alın terini ve emeğini yok saymayın.*” cümlesiyle ifade ederken; Şimşek⁵⁵ “*Edinilmiş mallara katılma rejimi eşlerin evlilik sırasındaki emeklerinin karşılığını alabilmeleri amacıyla kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle deyim yerindeyse adeta sap ile saman birbirine karıştırılmıştır.*” ifadesini kullanmaktadır.

Eleştirilerin bir diğer dayanak noktasını, bu eylemler için yeterli yaptırımların düzenlenmiş olması oluşturmaktadır. Zina TMK’da mutlak bir boşanma sebebi olarak sayılmıştır. Hayata kastın yaptırımı TCK’da yer almaktadır. Ayrıca zina veya hayata kast eden eş, maddi-manevi tazminat isteminde bulunamaz, nafaka talep edemez ve TMK’nın 510. maddesi uyarınca mirasçılıktan çıkarılabilir.⁵⁶ Ayrıca yine hayata kast ile sınırlı olmak üzere, TMK’nın 578/1. maddesi uyarınca hayata kast eden eşin, mirastan yoksun olacağı düzenlenmiştir.

TMK’nın 236/2. maddesinin hem yasal mal rejimin ruhuna ve mantığına aykırı olduğunu hem de maddede anılan kusurlu davranışların başkaca yaptırımları bulunduğunu belirten Şıpka ve Özdoğan⁵⁷ maddede belirtilen hallerde sadece mirasçılıktan çıkartma veya mirastan yoksunluk hükümlerinin uygulanmasının yeterli olduğunu düşünmektedirler. Zira miras hakkı, mirasçının emeği veya çalışmasının karşılığı edindiği bir kazanım değeridir. Bu nedenle bu tür ağır kusur halleri için miras hukukuna özgü hükümler düzenlenmiştir.

Kılıçoğlu’nun⁵⁸ normu eleştirdiği bir diğer yön uygulamaya ilişkindir ve Türk toplumundaki aile yapısı dikkate alındığında oldukça gerçekçidir. Yazarın ifadesine göre, TMK’nın 236. maddesine bu fıkra eklenirken, sadece zina veya kocasının hayatına kast eden kadınlar düşünülmüştür. Halbuki ülkemizde kadının değil; erkeğin zinası daha yaygındır. Maddeye eklenen fıkra ile zina eden eşin, diğer eşten olan alacak hakkı düşürülecek veya kaldırılacaktır.

Kadının emeğini yıllarca eve vakfettiği, varsa bile kazancını da evin geçimine harcadığı Türk aile yapısında, edinilmiş mallar genellikle kocanın üstündedir. Eğer zina veya hayata kast eden koca ise zaten eşinin üzerinde muhtemelen pek edinilmiş mal olmadığından, artık değer alacağı da ortaya çıkmayacaktır. Böyle bir durumda zina eden kocanın zaten var olmayan veya çok az olan artık değere

⁵⁴ “Bu 40 yıllık emek ve alın teri, hiçbir kutsal değerle karşılaştırılıp ortadan kaldırılmamalıdır.” Gençcan, Ö. U., s. 1083.

⁵⁵ Şimşek, M.: “Yeni Medeni Yasaya Bakış”, C. 28, S. 1-2, Ankara 2002, s. 139.

⁵⁶ Kılıçoğlu, A. M., Katılma Rejimi, s. 63; Kılıçoğlu, A. M., Alacak, s. 123; Kılıçoğlu, A. M., Aile, s. 437; Özdamar, D.- Kayış, F.: Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, B. 3, Ankara 2015, s. 93; Sarı, S., s. 230; Şimşek, M., s. 139; Şeker, M. s. 139.

⁵⁷ Şıpka, Ş.- Özdoğan, A., s. 408.

⁵⁸ Kılıçoğlu, A. M., Katılma Rejimi, s. 63; Kılıçoğlu, A. M., Alacak, s. 123; Kılıçoğlu, A. M., Aile, s. 437.

katılma payının azaltılması veya kaldırılmasının, onun açısından bir yaptırım değeri taşıyacağını söylemek zordur.

Buna karşılık eğer zina veya hayat kast eden kadın ise kocasının üzerine bulunan edinilmiş mallar nedeniyle artık değer alacağı muhtemelen önemli bir miktar teşkil edecektir. Kusurlu eşin kadın olması durumunda, yaptırım ağırlığını hissettirecek ve Kılıçoğlu'nun da belirttiği üzere, artık değere ilişkin payın azaltılması veya kaldırılmasından esas zarar gören eş kadın olacaktır.

Bunun temel sebebi de borçlu olan eş açısından değil; artık değerden alacaklı olan eş açısından bir yaptırım getirilmesidir. Türk aile yapısına ilişkin gelenekler dikkate alındığında, normun eleştiriye en açık yönünü, uygulamaya ilişkin bu sonuç oluşturmaktadır. İster yasa koyucu normu düzenlerken gerçekten sadece zina ve hayata kast eden kadınları cezalandırmayı düşünsün, ister her iki eş açısından da sadakat yükümlülüğünün ihlaline ekonomik bir yaptırım öngörmeyi amaçlamış olsun; yaptırımın muhatabı ekseriyetle kadınlar olacaktır.

Buna karşılık öğretide normun sert eleştirilerinden farklı düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Zeytin⁵⁹, TMK'nın 236/2. maddesinin çok da tatmin edici bir düzenleme olmadığını vurguladıktan sonra "*Artık değer alacağı herhangi bir alacak değildir. Özünde evlilik birliğindeki ekonomik adaletin sağlanması yatar. Evlilik birliğinin özünü sarsan kusurlu davranışta bulunan eşin o birliğin ekonomik getirilerinden faydalanması kabul edilemez.*" ifadeleriyle, bu farklı görüşlerden birini oluşturmaktadır.

Normu yerinde bulduğunu açıkça ifade etmese de tamamen kaldırılması yerine, içerdiği boşlukların yasa koyucu tarafından düzenlenmesine ilişkin görüş bildiren yazarlardan olan Özüğür⁶⁰, "*Yasa koyucu zina veya hayata kast eden eşin bir de ondan katılma alacağı elde ederek yararlanmasını toplum vicdanını rahatsız edecek bir olgu olarak kabul etmiş ve zina veya hayata kast eden eşi cezalandırmak istemiştir.*" demektedir. Yazar, normu sadece eşit kusurla boşanmaya karar verilmesi veya boşanma dışında bir sebeple evliliğin sona ermesi gibi konularda açıklık bulunmaması nedenleriyle eleştirmekte ve bu konulara amacına uygun ve hakkaniyete dayalı düzenlemeler yapılması gerekliliğinin altını çizmektedir.

Acar⁶¹, katılma alacağının birlikte kazanımın bir sonucu olduğu ve tamamen soyut, adeta bir iş ilişkisi gibi, nitelenmesinin bazı olumsuz durumlara yol açabileceğini; TMK'nın bu hükmüyle evliliğin etik yönünün, eşlerin birbirlerine

⁵⁹ Zeytin, Z., s. 221.

⁶⁰ Özüğür, A. İ., s. 83, 84.

⁶¹ Acar, F., s. 263, 264.

olan sadakat yükümlülüğünün ve toplumsal vicdanın dikkate alındığının söylenmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Yasa koyucunun yarattığı bu medeni hukuk cezasıyla evlilik birliğinin borçlar hukuku sözleşmelerinden veya salt kazanç ortaklığından (adi veya ticari ortaklıklardan) farkının ortaya konduğunun söylenebileceğini düşünen yazar; normun emredici olmadığını ve hakime hakkaniyete uygun kullanması gereken bir takdir yetkisinin tanındığını vurgulamaktadır. Bu takdir yetkisi hakime, somut olayın adaletini sağlamak yönünde bir fırsat sunmaktadır. Aile hukukunda yabancı olunmayan hakimin geniş takdir yetkisi olgusu burada da varlığını sürdürmüştür. Somut olayda zina veya hayata kast eylemini gerçekleştiren eşin tam katılma alacağına kavuşması vicdan ve adalet hislerini zedeliyorsa, hakim TMK'nın 236/2. maddesinin kendine sunduğu imkanı kullanacaktır.⁶²

TMK'nın 236/2. maddesi değerlendirilirken, öncelikle kabul edilmesi gereken, yasa koyucunun bu normla bir medeni hukuk yaptırımını düzenlemiş olduğudur. Ancak bu durum hukukumuza çok da yabancı bir kavram değildir. Zararı aşan tazminat düzenlemelerinin (4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un üç katı tazminata ilişkin 58/2.; Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin 56/1/(e) ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 70/3. maddeleri vb.) temelinde de aynı medeni hukuk yaptırımını anlayışı yatmaktadır. Anılan düzenlemelerin ortak noktası kusurlu davranışı gerçekleştiren kişinin, bir özel hukuk yaptırımına tabi tutulması veya bu tür davranışlara yeltenmeye niyeti olanların bu düzenlemelerin caydırıcılığı sayesinde durdurulmasının sağlanmasıdır.

Zina veya hayata kasta ilişkin davranışların başka yaptırımları olduğu için, TMK'nın 236/2. maddesine yer olmadığına dair görüşe de katılmaya imkan yoktur. Kişinin tek bir kusurlu davranışına hukuken birden fazla sonuç bağlanması sıklıkla görülen bir durumdur. Nitekim zina veya hayata kast eden eş açısından bu tek davranış, hem kusurlu bulunarak boşanmasına, hem diğer şartların varlığı halinde bile nafaka talebinde bulunamamasına, hem de maddi-manevi tazminat ödemek zorunda kalmasına neden olabilmektedir. Bu sonuçların yanına bir de artık değere ilişkin payının azaltılması veya ortadan kaldırılması sonucunun eklenmesi, hukuki bir tutarsızlık içermemektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin temel kabulünün eşlerin emek ve çabalarının eşit paylaşılması olduğu ve bu nedenle her eşin artık değere katılma payının ½ olarak belirlendiği tartışmasız bir gerçek olsa da unutulmaması gereken nokta, TMK'nın 236/2. maddesinin bir istisna olduğudur. Üstelik bu istisna emre-

⁶² Aynı yönde diğer görüşler için bkz. Acar, F., s. 264, dipnot 559.

dici nitelikte de değildir. İstisnanın uygulanabilmesi için hakimin takdir yetkisini bu yönde kullanmasının gerekli olması bir yana, eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle bu olasılığı da bertaraf edebilmeleri mümkündür.

Normun eleştirilen yönlerinden bir diğeri, çeşitli olasılıklara dair düzenleme barındırmamasıdır. Bu olasılıklar eşlerden birinin dava sırasında ölmesi veya dava açma imkanı bile bulamadan diğer eş tarafından öldürülmesi ya da eşlerin eşit kusurlu olmaları durumunda maddenin hakime bir çözüm yolu sunmamış olmasıdır. Ancak anılan tüm olasılıkların yargı kararlarıyla, hakimin takdir yetkisi ve hakkaniyet ilkesi kapsamında çözülebileceğini düşünmek büyük bir iyimserlik olmayacaktır. Hatta maddenin kaleme alınışı nedeniyle, hakimin talep edilmesine rağmen bu kararı verebilecek olması da -norm yapma tekniği açısından eleştiriye açık olsa bile- takdir yetkisinin kapsamı çerçevesinde aşılabilir bir konudur.

SONUÇ

TMK'nın 236/2. maddesi, aynı maddenin ilk fıkrasında düzenlenen her bir eşin diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olacağı kuralının istisnasıdır. Yasa koyucu zina veya hayata kast gibi kusurlu eylemler sebebiyle boşanmanın gerçekleşmesi durumunda, kusurlu eşin artık değerdeki payının, hakkaniyet gereğince ve hakim kararıyla düşürülebileceğini veya tamamen kaldırılabilirliğini düzenlemiştir.

Kusurlu eşin artık değerdeki payının azaltılması veya kaldırılması için dört şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Yani evlilik zina veya hayata kast nedenlerine dayanan bir boşanma kararıyla sona ermiş olmalı, eş kusurlu olmalı, azaltma veya kaldırma hakkaniyete uygun olmalı ve -madde metninde açıkça yer verilmiş olmasa da- eşler yapmış oldukları bir mal rejimi sözleşmesiyle artık değer paylaşılması için başka bir kural öngörmemiş olmalıdırlar. Anılan tüm şartların gerçekleşmesiyle birlikte, hakim diğer eş böyle bir talepte bulunmamış olsa bile azaltma veya kaldırma yönünde hüküm kurabilecektir.

Yasa koyucu bu düzenlemeyle, artık değere katılma alacağının, evlilik birliğinden ve sona erme şeklinden bağımsız, sıradan bir borç ilişkisinden doğan bir alacak hakkı olarak nitelenemeyeceği yönündeki iradesini ortaya koymakta ve evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğünü zina veya hayata kast gibi ağır ve kusurlu eylemlerle ihlal eden eşi bir özel hukuk yaptırımıyla karşı karşıya bırakmak istemektedir.

KAYNAKÇA

- Acar, F.:** Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, B. 4, Ankara 2014.
- Badur, E.- Turan Başara, G.:** “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”, AÜHFD, C. 65, S. 1, Ankara 2016.
- Burcuoğlu, H.:** “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası ile İlgili Bazı Gözlemler”, Prof. Dr. Ergun A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007.
- Dural, M.- Öğüz, T.- Gümüş, A.:** Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2005.
- Ertas, Ş.:** “Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejiminin Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar”, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, İzmir 2013.
- Gençcan, Ö. U.:** Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2010.
- Gümüş, M. A.:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane ‘Katılma Alacağı’ Doğar?”, YÜHFD, C. 6, S. 1, İstanbul 2009, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası (E. T. 14.07.2016).
- Gümüş, M. A.:** Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul 2008.
- Hatemi, H.:** Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005.
- Hatemi, H.- Kalkan Oğuztürk, B.:** Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 2013.
- Hayran, B.:** Mal Rejimleri Şerhi, Ankara 2004.
- Karamercan, F.:** Katkı- Değer Artış Payı Katılma Alacağı Davaları, B. 3, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu, A. M.:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, B. 2, Ankara 2002. (Katılma Rejimi)
- Kılıçoğlu, A. M.:** Katkı - Katılma Alacağı, Ankara 2011. (Alacak)
- Kılıçoğlu, A. M.:** Aile Hukuku, Ankara 2015. (Aile)
- Özdamar, D.- Kayış, F.:** Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, B. 3, Ankara 2015.
- Özuğur, A. İ.:** Mal Rejimleri, B. 8, Ankara 2015.
- Öztaş, B.:** Aile Hukuku, B. 6, Ankara 2015.
- Sarı, S.:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.
- Şeker, M.:** “Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun’dan Farklı Olan Yönleri”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, (Yayına Hazırlayanlar: Şıpka, Ş.- Özbilen, B.- Şensöz, E.), İstanbul 2006.
- Şenocak, Z.:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, AÜHFD, C. 58, S. 2, Ankara 2009.

Şıpka, Ş.- Özdoğan, A.: Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2015.

Şimşek, M.: “Yeni Medeni Yasaya Bakış”, C. 28, S. 1-2, Ankara 2002.

Tanrıver, S.: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014.

Taş Korkmaz, H.: “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), İzmir 2014.

Topuz G.: “Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçuların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar”, TAAD, Y. 3, S. 10, Ankara 2012.

Tutumlu, M. A.: “Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçuların Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları”, ABD, S. 2, Ankara 2002.

Zeytin, Z.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2008.