

PAPER DETAILS

TITLE: ZINA VEYA HAYATA KAST NEDENIYLE ARTIK DEGERDEKI PAY ORANININ
AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI (TMK m. 236/II)

AUTHORS: Fahri Erdem KASAK

PAGES: 111-130

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1177560>

**ZİNA VEYA HAYATA KAST NEDENİYLE
ARTIK DEĞERDEKİ PAY ORANININ
AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI
(TMK m. 236/II)***

*Reducing or Abolishing the Share Ratio of
Surplus because of Adultery and Attempt on Life
(Art. 236/II TCC)*

Fahri Erdem KAŞAK**

Öz

TMK m. 236/II hükmü, mehz İsviçre Medenî Kanunu'ndan (ZGB) farklı olarak zina ve hayata kast hâllerinde hâkimin, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltabileceğini veya kaldırabileceğini düzenlemiştir. Anılan düzenleme, öğretide çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir. İlk olarak artık değerdeki pay oranı, doğrudan edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili ekonomik bir kavram olup zina ve hayata kast sebebiyle boşanmanın burada bir değişikliğe yol açması isabetli değildir. Üstelik zina

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi tarafından 13.12.2019 tarihinde düzenlenen Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumunda "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerin Azaltılması veya Kaldırılması (TMK m. 236/II)" başlığıyla sunulmuş olan bildirinin genişletilmiş tam metin hâlidir.

** Araştırma Görevlisi Doktor, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, fahri.kasak@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5103-4866.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 11.02.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.02.2020.

Atıf/Citation: Kaşak, Fahri Erdem. "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması (TMK m. 236/II)." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 111-130.

ve hayata kast, zaten kanun koyucu tarafından çeşitli yaptırımlara bağlanmış olup ayrıca artık değerdeki pay oranı üzerinde herhangi bir etki doğurmamalıdır. Anılan sebeplerle hâkimin ilgili hükmü uygularken ve takdir yetkisini kullanırken çekingen davranmasında fayda vardır.

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

Abstract

Art. 236/II TCC, unlike its source, the Swiss Civil Code (SCC), regulated that in cases of adultery and attempt on life, the judge can reduce or abolish the defective spouse's share ratio of surplus. This article is criticised in doctrine for various reasons. First of all, the share ratio of surplus is an economic concept related to the regime of participation in acquired property and it is not correct that divorce due to adultery and attempt on life cause a change here. In addition, adultery and attempt on life have already been imposed by the lawmaker on various sanctions and should no longer have any effect on the share ratio of surplus. For the aforementioned reasons, it is beneficial for the judge to act timidly while applying the relevant provision and using his/her discretion.

Keywords: Adultery, Attempt on Life, Regime of Participation in Acquired Property, Surplus, Participation Claim.

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu oluşturan TMK m. 236/II hükmü, zina veya hayata kast sebebiyle artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması imkânını düzenlemektedir. Bu sebeple anılan hükmün değerlendirilmesine geçmeden önce, artık değer kavramı üzerinde durmak gerekir. Artık değer (*Vorschlag*), yasal mal rejimi (TMK m. 202/I, Art. 181 ZGB) olan edinilmiş mallara katılma rejiminde (*Errungenschaftsbeteiligung*) söz konusu olur. Seçimlik mal rejimlerinde artık değer kavramı bulunmadığından artık değer azaltılmasından veya kaldırılmasından da bahsedilemez. Bununla birlikte paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde her ne kadar artık değer

söz konusu olmasa da TMK m. 252 hükmü, sonuç itibarıyla TMK m. 236/II hükmündekine benzer bir düzenleme içermekte ve zina veya hayata kast nedeniyle kusurlu eşin payının azaltılabileceğini veya kaldırılabilceğini öngörmektedir.¹

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Artık Değer

Katılma alacağının (*Beteiligungsforderung*) hesaplanabilmesi için öncelikle artık değer bulunması gerekir. Artık değer, TMK m. 231/I (Art. 210/I ZGB) hükmü uyarınca bir eşin, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere edinilmiş mallarının aktif değerleri ile pasif değerleri arasındaki farkı ifade eder. Burada TMK m. 231/II (Art. 210/II ZGB) hükmünün açık lafzı uyarınca değer eksilmeleri dikkate alınmaz.

Artık değeri bulabilmek için öncelikle eşin aktif değerleri hesaplanmalıdır.² Aktif değerlerin ilk kalemi, edinilmiş mallar olup TMK

¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma Alacağı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 136; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medenî Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 257; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 437; Emel Badur, “Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değere Katılma Payı,” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 41; Emel Badur, “Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı,” iç. *Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019*, ed. Şükran Şıpka (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 66; Şükran Şıpka ve Ayça Özdoğan, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 407, dn. 244.

² Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), N 677ff.; Faruk Acar, “Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri,” *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 149-150. Hesaplamanın aşamalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Zeytin, N 677ff. Benzer hesaplama yöntemleri için bkz. Kılıçoğlu, *Aile*, 428-430; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), N 443-444, 454ff.; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007), 190ff.; Murat Doğan ve Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Niteliği,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 288; Şahin Akıncı, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesabında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Çözüm

m. 235/I uyarınca bunların tasfiye sırasındaki değerleri esas alınır. İkinci kalem TMK m. 227 hükmünde düzenlenmiş değer artış payı (*Mehrwertanteil*) alacağıdır. TMK m. 229 hükmünde iki bent hâlinde düzenlenmiş olan karşılıksız kazandırmalar ve devirlerden müteşekkil eklenecek değerler üçüncü kalemi oluşturur.³ Dördüncü ve son kalem ise kişisel mallara giden edinilmiş malların karşılıklarından kaynaklanan denkleştirme alacağıdır (TMK m. 230). Pasif değerler ise TMK m. 227 hükmüne göre değer artış payı borcu, TMK m. 230 hükmü gereğince edinilmiş mala giden kişisel malların karşılıklarından kaynaklanan denkleştirme borcu ile TMK m. 231/I düzenlemesi uyarınca edinilmiş mallara ilişkin borçlardır. Yukarıda sayılan aktif değerler toplamından pasif değerler toplamının çıkarılmasıyla artık değer bulunmuş olur.⁴ Yargıtay da benzer bir hesaplamayı benimsemektedir.⁵

B. Katılma Alacağı

TMK m. 236/I (Art. 215/I ZGB) hükmü eşlerin, artık değer yarısı üzerinde katılma alacağına sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu çerçevede katılma alacağı; eşlerden birinin, diğerinden mal rejiminin tasfiyesi aşamasında sahip olduğu artık değer üzerinden hesaplanan ve talep edilen alacak hakkı şeklinde tanımlanabilir⁶. Söz

Önerileri," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 194; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017), 167ff.

³ TMK m. 229 hükmünde düzenlenmiş eklenecek değerlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şükran Şıpka, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde, Eklenecek Değerler (TMK.m.229)," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 129-147.

⁴ Zeytin, N 691.

⁵ Yar. 8. HD, E.2009/1609, K.2009/3325, 23.06.2009, (Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 265, dn. 269).

⁶ Doğan ve Köroğlu, 283ff.; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Katki Katılma Alacağı," iç. *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cilt*, ed. Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Özçelik, Nesli Şen Özçelik (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 127-128; Mehmet Altunkaya, "Katılma Alacağının İfası," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 392; Şıpka, *Edinilmiş*, 266.

konusu irtibat sebebiyle katılma alacağı, “artık değere katılma alacağı” şeklinde de anılmaktadır⁷. TMK m. 236/I düzenlemesinin emredici nitelikte olmadığı, TMK m. 237/I (Art. 216/I ZGB) hükmünün eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir esas kararlaştırılabileceğini düzenlemiş olmasından anlaşılmaktadır.⁸ Fakat uygulamada eşlerin, TMK m. 236/I hükmündeki yarı yarıya paylaşım esasından ayrılma-
dığını tahmin etmek zor değildir.

II. TMK M. 236/II HÜKMÜNÜN KANUNA EKLENME SÜRECİ

Çalışmanın konusunu oluşturan TMK m. 236/II hükmü “Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.” şeklindedir. Bahis konusu hüküm, tarafların kararlaştırmış olduğu (TMK m. 237/I) veya tamamlayıcı kanun hükmünün kabul ettiği (TMK m. 236/I) artık değer pay oranı esasından ayrılan bir düzenlemedir. Bu yönüyle zina veya hayata kast sebebiyle boşanmanın, neden artık değer pay oranını, yani katılma alacağının miktarını etkileyebileceği sorgulanmalıdır.

Esasen mehz İsviçre hukukunda Art. 215 ZGB hükmü, sadece TMK m. 236/I düzenlemesini karşılamaktadır⁹. Bir başka ifadeyle, TMK m. 236/II düzenlemesinde öngörülen zina veya hayata kast nedeniyle artık değer azaltılması veya kaldırılması imkânı İsviçre hukukunda öngörülmemiştir. Nitekim TMK m. 236 hükmünün madde gerekçesinde, hükmün ikinci fıkrasının Türkiye Büyük Mil-

⁷ Şıpka ve Özdoğan, 407; Şıpka, *Edinilmiş*, 265.

⁸ Aynı yönde bkz. Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, und Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2015), § 32 N 67; Şükran Şıpka, “Hakkaniyet Oranı, Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanmanın, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Doğan Katılma Alacağına Etkisi (TMK.m.236/f.2),” *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan* (İstanbul: Der Yayınları, 2015), 853; Altunkaya, 394; Şıpka, *Edinilmiş*, 266. Hatta eşlerden birinin katılma alacağından tamamen feragat edebileceği yönünde bkz. Thomas Sutter-Somm, und Felix Kobel, *Familienrecht*, (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2009), N 357.

⁹ Tuor, Schnyder, Schmid, und Jungo, § 24 N 19, dn. 31, § 32 N 65; Sutter-Somm, und Kobel, N 355-356.

let Meclisi Adalet Komisyonu tarafından metne ilave edildiği açıkça belirtilmiştir.¹⁰ Anılan ilave, 21.06.2001 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu'nda "*Tasarının 236 ncı maddesi, boşanmanın zina veya hayata kast nedeniyle gerçekleşmesi halinde hâkimin, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltmasına veya kaldırmasına karar verebilmesini sağlamak amacıyla başlığı ile birlikte yeniden düzenlenmiştir.*" şeklinde gerekçelendirilmiştir.¹¹

III. TMK M. 236/II HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Edinilmiş mallara katılma rejiminin temel düşüncesi, eşlerin evlilik süresince elde etmiş oldukları mallar üzerinde mal rejiminin sona ermesi hâlinde eşit hak sahibi olmasıdır.¹² Dolayısıyla zina veya hayata kast sebebiyle boşanma hâlinde kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması, anılan temel mantıkla bağdaşmaz.¹³ Zira artık değer, yukarıda da ifade olunduğu üzere, eşlerin sahip oldukları mallarla alakalı bir kavram olup eko-

¹⁰ Aynı yönde bkz. Sarı, 229-230; Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı," *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 34; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 134-135; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 256-257; Şıpka ve Özdoğan, 407; Acar, *Mal Rejimleri*, 146; Gülşah Sinem Aydın, "Türk Medenî Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Hâlinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 165-166 (2018): 10; Şıpka, *Hakkaniyet*, 859; Şıpka, *Edinilmiş*, 264, 270; Zeytin, N 697. TBMM tutanaklarında da TMK m. 236/II düzenlemesinin; hükûmetin teklif ettiği metinde yer almadığı; ancak Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği metinde yer aldığı açıkça görülebilmektedir. Bu hususta bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, E.1/611, 1/425, 2/361, 2/680, K.17, 21.06.2001, (s. 418), (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>).

¹¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, E.1/611, 1/425, 2/361, 2/680, K.17, 21.06.2001, (s. 313), (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>).

¹² Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 534; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257; Zeytin, N 697.

¹³ Öztan, 534; Zeytin, N 697; Kılıçoğlu, *Aile*, 436-437; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257; Şıpka, *Edinilmiş*, 271; Şıpka, *Hakkaniyet*, 853; Şıpka ve Özdoğan, 407-408. Anılan hükmün bir tutarsızlık teşkil etmediği yönünde bkz. Badur, *Katılma Payı*, 60.

nomik bir müessesedir. Bu bakımdan eşlerden birinin kusurlu olması, artık değere katılma alacağı üzerinde olumsuz bir etki doğurmamalıdır.¹⁴ Bir başka anlatımla, zina veya hayata kast eşin artık değerdeki pay oranını etkilememelidir.

Zina veya hayata kast, zaten kanun koyucu tarafından belirli yaptırımlara tâbi tutulmuştur. İlk olarak; zinanın TMK m. 161, hayata kastın ise TMK m. 162 hükmünde mutlak boşanma sebebi olarak öngörüldüğü söylenmelidir.¹⁵ Şu hâlde zinanın veya hayata kastın varlığının ispatlanması hâlinde hâkim, ayrıca evlilik birliğinin diğer eş için çekilmez hâle gelip gelmediğini araştırmaksızın boşanmaya hükmeder. Ayrıca anılan hâller TMK m. 174 düzenlemesi gereğince diğer eşin, maddî ve manevî tazminat talebine de yol açabilir.¹⁶ Hatta zina, TMK m. 510 b. 2 hükmü uyarınca mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edebilir.¹⁷ Keza hayata kast ise TMK m. 510 b. 1 hükmü kapsamında mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilebilir ve TMK m. 578/I b. 1 kapsamında mirastan yoksunluğa yol açabilir.¹⁸ Hayata kast ayrıca TCK m. 35 hükmü uyarınca cezaî yaptırıma bağlanmıştır.

Bahsedilen ciddi ve çeşitli yaptırımlara rağmen kanun koyucu, zina veya hayata kast fiillerini işleyen eş, artık değer pay oranı bakımından da ayrıca yaptırıma tâbi tutmayı tercih etmiştir¹⁹. Anılan sebeplerle zina veya hayata kast hâllerinin, ayrıca artık değerdeki pay oranını etkilemesine ilişkin hâkime takdir yetkisi veren TMK m. 236/II düzenlemesi, öğreti tarafından haklı bir şekilde eleştirilmektedir.²⁰ Bununla birlikte mevcut hukuk (*de lege lata*) açısından bahse

¹⁴ Öztan, 534; Şıpka, *Hakkaniyet*, 854; Şıpka, *Edinilmiş*, 271; Zeytin, N 697, dn. 782.

¹⁵ Sarı, 230; Kılıçoğlu, *Aile*, 437; Badur, *Katılma Payı*, 43; Şıpka, *Edinilmiş*, 271; Şıpka ve Özdoğan, 408.

¹⁶ Şıpka, *Hakkaniyet*, 854; Kılıçoğlu, *Aile*, 437; Şıpka ve Özdoğan, 408; Şıpka, *Edinilmiş*, 271-272.

¹⁷ Kılıçoğlu, *Aile*, 437.

¹⁸ Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 135; Şıpka, *Hakkaniyet*, 854; Şıpka, *Edinilmiş*, 272; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 345; Aydın, 23; Şıpka ve Özdoğan, 408.

¹⁹ Ali İhsan Özügür, *Mal Rejimleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 71.

²⁰ Sarı, 230; Zeytin, N 697; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 134; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257; Öztan, 534; Oktay Özdemir, 34-35; Şıpka, *Edinilmiş*, 271-272; Şıpka, *Hakkaniyet*,

konu hükmün dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.²¹ Ayrıca hâkimin, önüne gelen olaylarda söz konusu takdir yetkisini kullanırken çekingen davranması da önerilmektedir.²²

IV. TMK M. 236/II HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI

Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkimin, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltmasına veya kaldırmasına imkân sağlayan TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi belirli şartların varlığını gerektirir.

A. Eşlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Tâbi Olması

TMK m. 236/II hükmü, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. Bir başka ifadeyle, artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması imkânı sadece edinilmiş mallara katılma rejiminde söz konusu olabilir. Her ne kadar artık değer kavramı sadece edinilmiş mallara katılma rejiminde bulunsun da paylaşmalı mal ayrılığına ilişkin bir düzenleme olan TMK m. 252 hükmü, zina ve hayata kast hâllerinde kusurlu eşin payının hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak azaltılması veya kaldırılması imkânını düzenlemiştir.²³ Bu bakımdan TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi, öncelikle taraflar arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin mevcut olmasına bağlıdır. Ayrıca ayrılık (TMK m. 180), birlikte yaşamaya ara verme (TMK m. 197/II) ve olağanüstü mal rejimine geçme (TMK m. 206) gibi hâller nedeniyle edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasının sona ermemiş olması da gerekir.²⁴

853. Aksi yönde bkz. Badur, *Katılma Payı*, 43. Diğer boşanma sebepleri karşısında zina ve hayata kast için böyle bir ayrı düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı yönünde bkz. Oktay Özdemir, 34, dn. 13.

²¹ Sarı, 230.

²² Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), N 1240; Acar, *Aile Hukuku*, 344; Kılıçoğlu, *Aile*, 438-439; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 258; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Şıpka, *Hakkaniyet*, 860. krş. Aydın, 35.

²³ Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257; Kılıçoğlu, *Aile*, 437; Badur, *Katılma Payı*, 41; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 66; Şıpka ve Özdoğan, 407, dn. 244.

²⁴ Badur, *Katılma Payı*, 42.

B. Zina veya Hayata Kast Sebeplerine Dayanan Boşanma Hükümü

TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle hâkimin, boşanma davasında “zina” veya “hayata kast” sebeplerinden birine dayanarak boşanmaya karar vermesi gerekir.²⁵ Örneğin; zina gerçekleşmiş olmasına rağmen boşanma davası, terk (TMK m. 164) veya evlilik birliğinin sarsılmasına dayandırılmışsa (TMK m. 166) artık TMK m. 236/II hükmü uygulanamaz.²⁶ Yargıtay kararlarında da bu husus tereddütsüz olarak belirtilmektedir.²⁷ Keza dava, zina

²⁵ Aynı yönde bkz. Doğan ve Köroğlu, 286; Fahri Akçin, “Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Uygulamalar,” iç. *Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cilt*, ed. Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Özçelik, Nesli Şen Özçelik (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 193; Şıpka, *Hakkaniyet*, 854-855; Altunkaya, 402; Kılıçoğlu, *Katki – Katılma*, 136; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 258; Kılıçoğlu, *Aile*, 437-438; Şıpka, *Edinilmiş*, 270, 272; Şıpka ve Özdoğan, 407, 409; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 67. Bu bakımdan dava, zina veya hayata kast sebeplerinden birine dayanılarak açılmış olsa dahi hâkimin farklı bir boşanma sebebine dayanarak boşanmaya hükmetmesi hâlinde TMK m. 236/II düzenlemesi uygulama alanı bulamaz.

²⁶ Sarı, 230; Doğan ve Köroğlu, 286; Özüğür, 107; Şıpka, *Edinilmiş*, 270; Acar, *Aile Hukuku*, 343-344; Şıpka ve Özdoğan, 407, 409. Bu bakımdan krş. Acar, *Mal Rejimleri*, 154; Oktay Özdemir, 34-35.

²⁷ Yar. 8. HD, E.2019/552, K.2019/3464, 01.04.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (“... TMK’nin 236/2 maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, boşanma davasına bakan mahkeme tarafından, tarafların TMK’nin 161. maddesi gereğince zina nedeniyle veya TMK’nin 162 maddesi gereği hayata kast nedeniyle boşanmalarına karar verilmiş olması gerektiği, dikkate alındığında, somut olayda, tarafların evlilik birliğinin zina veya hayata kast boşanma sebebine göre sona ermemesi karşısında, TMK’nin 236/2 maddesinin uygulanamayacağı gözetilerek, ...”); Yar. 8. HD, E.2011/5257, K.2011/5888, 15.11.2011, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (“Taraflar arasındaki boşanma davası sadakatsizlikten kaynaklanan şiddetli geçimsizliğe dayalı (TMK’nin 163 ve 166. m.) olarak açılmış, boşanma ile sonuçlanmış ve kesinleşmiştir. Bu nedenle TMK’nin 236/2. maddesinin olayda uygulanma imkanı da yoktur.”); Yar. 2. HD, E.2010/11719, K.2011/12472, 18.07.2011, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (“Eşin, artık değer üzerinde pay oranının (katılma alacağının) tümüyle kaldırılmasına ya da azaltılmasına karar verilebilmesi için; boşanmanın özel boşanma sebebi olarak zina (TMK. md. 161) veya hayata kast (TMK. md. 162) nedenine dayalı olarak gerçekleşmiş olması gereklidir.”); Yar. 8. HD, E.2010/3083, K.2011/516, 07.02.2011, (Şıpka, *Hakkaniyet*, 855, dn. 7) (“... taraflar arasındaki evlilik birliğinin TMK’nin 161. maddesinin

veya hayata kast sebeplerine dayanılarak açılmakla birlikte, boşanma hükmü farklı bir boşanma sebebine dayanarak verilmişse de TMK m. 236/II düzenlemesi uygulama alanı bulamaz.

Hükmün sadece zina veya hayata kast sebeplerine dayanan boşanma davalarında bu imkânı öngörmesi, açılan boşanma davalarında sırf hükümden yararlanabilmek için anılan sebeplere şeklen dayanılacağı ve gerek tarafları gerek çocuklarını rahatsız edebilecek hususların dava dosyasına gireceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.²⁸

Ayrıca bu yönüyle hükmün uygulama alanı da ciddi ölçüde sınırlanmıştır. Zira TÜİK verilerine göre 2014 yılında Türkiye’de gerçekleşen toplam 130.913 boşanmanın sadece 107’si zina, 36’sı ise cana kast ve pek fena muamele sebeplerine dayanmaktadır.²⁹ Anılan veriler değerlendirildiğinde zina ve hayata kast sebeplerine dayanan boşanma davalarının sayısının, toplam boşanmaların kabaca %0,1’ini teşkil ettiği söylenebilir. Anılan rakamın ve oranın azlığında zina veya hayata kastın ispatının zor olması, bu sebeplerin ispatlanamaması hâlinde dahi açılan davanın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılarak hükme bağlanması göz önünde tutulmalıdır.³⁰

Hüküm açıkça hayata kasttan söz ettiği için eşin, diğer eş tarafından öldürülmesi hâlinde TMK m. 236/II hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Kanun koyucu, TMK m. 181/II hükmüyle mirasçıların açılmış boşanma davasına devam ede-

de yazılı zina nedeni ile değil TMK’nun 166/1-2. maddelerinde yazılı şiddetli geçimsizlik sebebiyle sona erdiği ve kararın kesinleştiği anlaşıldığına göre mahkemece TMK’nun 236/2. maddesinin uygulanmamış olmasında da bir isabetsizlik yoktur.”); Yar. 8. HD, E.2013/5044, K.2013/16861, 18.11.2013, (Şıpka ve Özdoğan, 409); Yar. 8. HD, E.2013/4822, K.2013/16061, 07.11.2013, (Şıpka ve Özdoğan, 409).

²⁸ Oktay Özdemir, 34-35; Acar, *Mal Rejimleri*, 154; Şıpka, *Edinilmiş*, 272, dn. 289.

²⁹ Oktay Özdemir, 34, dn. 12. TÜİK verilerine göre 2018 yılı toplam boşanma sayısı ise 142.448’dir. Bu hususta bkz. erişim tarihi: Ekim 1, 2019, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30698>. Her ne kadar 2018 yılı için boşanma sebeplerine göre ayrıntılı bir veriye ulaşılamamışsa da benzer bir oranın tekrar ettiği kabul edilebilir.

³⁰ Oktay Özdemir, 34, dn. 12.

bilmesi imkânını öngörmüş ve sağ kalan eşin kusuru ispatlanabilirse mirasçılık sıfatını kaybedeceğini düzenlemiştir. Anılan düzenleme ve bunun gerekçesi kanun koyucunun, boşanma sebebine yol açan eşe karşı tutumunu ortaya koymaktadır.³¹ Kanaatimizce, hayata kast için artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması imkânını düzenleyen kanun koyucunun, eşlerden birinin diğerini öldürmesi hâlinde de aynı sonucun uygulanmasını evleviyetle arzuladığı sonucuna varılmalıdır.³²

Şüphesiz bu hâlde, evlilik ölümle sona ermiş olacağı için boşanma davasından veya boşanma kararından bahsedilemez.³³ Burada dava, sadece eşin kusurlu olup olmadığının tespitine yöneliktir.³⁴ Söz konusu gerçek kanun boşluğu, TMK m. 1 hükmü uyarınca hâkim tarafından doldurulmalıdır.³⁵ Bu bakımdan öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, TMK m. 181/II hükmünde öngörülüş

³¹ TMK m. 181 hükmünün gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir: “Bu durum özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü hâlinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına da neden olabilecektir. İşte bu haksız durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır.” Aynı yönde bkz. Acar, *Aile Hukuku*, 343; Kılıçoğlu, *Aile*, 438; Badur, *Katılma Payı*, 44-45.

³² Sarı, 230; Şeref Ertaş, “Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 930; Aydın, 24, 29ff.; Zeytin, N 698; Kılıçoğlu, *Katki – Katılma*, 136; Hatemi, N 447; Acar, *Aile Hukuku*, 343-345, 389, dn. 727. krş. Özüğür, 71-72; Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225),” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2016): 234; Şıpka, *Hakkaniyet*, 856-859; Öztan, 534-535. Aksi takdirde eşin, yüklü katılma alacağı elde edebilmek amacıyla eşini öldürebileceği yönünde bkz. Acar, *Aile Hukuku*, 344, dn. 601. TMK m. 236/II hükmünün TBMM Adalet Komisyonu’nda eklenmiş olduğu da dikkate alındığında kanun koyucunun bilinçli susmasından kanaatimizce söz edilemez.

³³ Acar, *Aile Hukuku*, 343-344; Aydın, 29; Badur, *Katılma Payı*, 45.

³⁴ Badur, *Katılma Payı*, 45. Ancak boşanma davasının açılmasından sonra eş, diğer eşi öldürürse davanın akıbeti tartışılabilir. Zira boşanma davası bozucu yenilik doğuran bir dava iken eşin kusurlu olup olmadığına ilişkin dava tespit davası niteliğindedir.

³⁵ Zeytin, N 698; Şıpka ve Özdoğan, 461; Şıpka, *Edinilmiş*, 273; Aydın, 25ff. krş. Altunkaya, 402; Hatemi, N 447.

ölen eşin mirasçılarının boşanma davasına devam edebilmesi imkânı, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılabılmesinde veya kaldırılabilmesinde kıyasen kullanılabilir.³⁶

TMK m. 181/II hükmünün bahsedilen gerçek kanun boşluğunu doldurabilmek için kıyasen uygulanması, doğal olarak TMK m. 236/II hükmünün uygulama alanının genişlemesi sonucunu doğurur. Esasen kanaatimiz; TMK m. 236/II düzenlemesinin edinilmiş mallara katılma rejiminin temel mantığına aykırı olduğu ve hâkimin takdir yetkisini çekingen kullanarak anılan hükmü mümkün mertebe uygulamaması gerektiğidir. Ancak savunulan bu çekingen uygulama; eşin, diğer eşi öldürmesi hâlinde TMK m. 181/II hükmünün kıyasen uygulanmasına engel olmamalıdır. Eşin diğer eşi öldürmesi hâli de TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesine imkân vermemeli; ancak bu husus hâkimin takdir yetkisini kullanırken yine de çekingen hareket etmesine mâni olmamalıdır.

C. Zina veya Hayata Kast Fiilini İşleyen Eşin Kusurlu Olması

TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi için üçüncü şart, zina veya hayata kast fiilini işleyen eşin kusurlu olmasıdır. Örneğin; zina yapan eş, ayırt etme gücüne sahip değilse kusurundan söz edilemeyeceği için TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi de gündeme gelmez.³⁷ Hayata kast fiilinin işlenmesi ise hükümde düzenlendiği üzere sadece kasten söz konusu olabilir. Eğer kast yoksa anılan hüküm yine uygulanamaz.³⁸ Öğretide, her iki eşin eşit kusurlu olduğu hâller bakımından TMK m. 236/II hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.³⁹

³⁶ Zeytin, N 698; Aydın, 29; Özüğür, 71. Sonuç olarak aynı doğrultuda bkz. Kılıçoğlu, *Aile*, 438; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Acar, *Aile Hukuku*, 343-345; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 69. Aksi yönde bkz. Şıpka, *Hakkaniyet*, 856ff.; Şıpka, *Edinilmiş*, 275.

³⁷ Benzer şekilde bkz. Aydın, 32.

³⁸ Aydın, 31.

³⁹ Eşit kusur hâlinde de TMK m. 236/II hükmünün uygulanabileceği yönünde bkz. Badur, *Katılma Payı*, 50. Bu ihtimalde anılan hükmün uygulanıp uygulanmayacağına müphem olduğu yönünde bkz. Özüğür, 71. Burada zina veya hayata kast sebebinin gerçekleşmesi bakımından eşlerin eşit kusura sahip olması kast

TMK m. 236/II hükmünün açık lafzı uyarınca artık değerdeki pay oranı, sadece kusurlu eş aleyhine olarak azaltılabilir veya kaldırılabilir. Bir başka ifadeyle, TMK m. 236/II hükmü, anılan boşanma sebeplerine dayalı olarak karara bağlanan davalarda sadece zina yapan veya hayata kast eden eş aleyhine uygulanabilir. Şüphesiz bu fiillerin mağduru durumundaki eşin artık değeri azaltılamaz veya kaldırılamaz.

D. Kusurlu Eşin Artık Değere Katılma Alacağıının Bulunması

TMK m. 236/II hükmü, artık değerdeki pay oranının azaltılmasından veya kaldırılmasından söz ettiği için kusurlu eşin artık değere katılma alacağıının bulunması elzemdir.⁴⁰ Zira artık değere katılma alacağı bulunmayan eşin, artık değere katılma alacağıının azaltılması veya kaldırılması da mümkün olamaz. Şu hâlde artık değere katılma alacağıının borçlusu olan eşin, anılan fiilleri işlemesi sebebiyle verilen boşanma kararında TMK m. 236/II hükmü uygulanamaz.⁴¹ Bu çerçevede öğretide; anılan hükmün ekseriyetle kadınların aleyhine sonuç doğuracağı belirtilmektedir.⁴² Zira erkekler genellikle katılma alacağıının borçlusu olduklarından anılan fiilleri işlemeleri, TMK m. 236/II hükmünün kapsamına girmemektedir.⁴³ Ayrıca hükmün artık değerden bahseden açık ifadesi sebebiyle kusurlu eşin, katkı alacağıında veya değer artış payında bir indirim yapılabilmesi de mümkün değildir.⁴⁴

edilmektedir. Örneğin; her iki eşin de zina yapması veya birbirlerinin hayatına kast etmeleri hâlinde eşler, dayanılan boşanma sebebi bakımından eşit kusurlu olabilirler.

⁴⁰ Şıpka, *Hakkaniyet*, 855; Badur, *Katılma Payı*, 53.

⁴¹ Özüğür, 71.

⁴² Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 135; Kılıçoğlu, *Aile*, 437.

⁴³ Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 135; Kılıçoğlu, *Aile*, 437. Nitekim TMK m. 236/II hükmünün uygulanması suretiyle katılma alacağıının azaltıldığı veya kaldırıldığı yayımlanmış hiçbir Yargıtay kararına tesadüf edilmemiştir.

⁴⁴ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257-258; Kılıçoğlu, *Katkı Katılma*, 154; Hatemi, N 448; Akçin, 193-194; Altunkaya, 403; Şıpka, *Hakkaniyet*, 856; Şıpka ve Özdoğan, 410; Şıpka, *Edinilmiş*, 276; Yar. 8. HD, E.2010/1096, K.2010/3434, 24.06.2010, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) ("Ayrıca, TMK.nun 236/2. maddesi hükmü hakkaniyet gereği kusurlu eşin artık değere katılma oranının azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılmasına

E. Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılmasının veya Kaldırılmasının Hakkaniyete Uygun Olması

TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi için son şart ise artık değer azaltılmasının veya kaldırılmasının hakkaniyete uygun olmasıdır. Şüphesiz bu hususun hakkaniyete uygun olup olmadığı TMK m. 4 hükmü gereğince hâkim tarafından takdir edilir.⁴⁵ Hâkimin takdir yetkisini nasıl kullandığını ve artık değer azaltılmasına veya kaldırılmasına neden karar verdiğini gerekçelendirmesi gerekir.⁴⁶ Bu bakımdan hâkim, kusurun ağırlığına göre katılma alacağını azaltabilir veya kaldırabilir.⁴⁷ Ayrıca somut olayın şartları, zina veya hayata kast fiilinin işlenme şekli, kusurun ağırlığı, zinanın sürekliliği, alacaklı eşin malî durumu, evliliğin süresi gibi unsurlar da bu bakımdan dikkate alınabilir.⁴⁸ TMK m. 236/II hükmüne yöneltilen haklı eleştiriler sebebiyle hâkimin, takdir yetkisini çekingen kullanması ve hükmü, mümkün mertebe dar yorumlaması önerilmektedir.⁴⁹

ilişkin olup, katılma alacağına ilişkin bu düzenlemenin somut olayda katkı payı alacağı davasında uygulanmamış olmasında her hangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”); Yar. 8. HD, E.2014/12512, K.2015/21469, 30.11.2015, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) (“Bir başka anlatımla, mal ayrılığı rejimindeki katkı payı alacağı ve edinilmiş mallara katılma rejimindeki değer artış payı alacağı TMK m. 227 için, TMK m. 236/2. maddesi uygulama alanı bulmaz.”); Yar. 8. HD, E.2011/4037, K.2011/5209, 18.10.2011, (Şıpka ve Özdoğan, 411); Yar. 8. HD, E.2014/2487, K.2015/8489, 15.04.2015, (Şıpka ve Özdoğan, 411).

⁴⁵ Sarı, 231; Badur, *Katılma Payı*, 41-42; Şıpka ve Özdoğan, 412; Altunkaya, 402. Hâkimin hakkaniyete göre karar vermesine ilişkin açıklamalar için bkz. Esra Kaşak, “Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 3 (2019): 170ff.

⁴⁶ Sarı, 231; Kaşak, 174-175; Badur, *Katılma Payı*, 51; Şıpka ve Özdoğan, 412.

⁴⁷ Hâkimin takdir yetkisini kullanırken dikkate alabileceği diğer hususlara ilişkin öğretide ileri sürülen açıklamalar için bkz. Badur, *Katılma Payı*, 50-52; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 70.

⁴⁸ Şıpka ve Özdoğan, 412; Ertaş, 926; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 70.

⁴⁹ Sarı, 230; Dural, Öğüz ve Gümüş, N 1240; Acar, *Aile Hukuku*, 344; Kılıçoğlu, *Aile*, 438-439; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 258; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Şıpka, *Hakkaniyet*, 860. krş. Aydın, 35.

F. Eşlerin Mal Rejimi Sözleşmesiyle Farklı Bir Artık Değer Pay Oranı Kararlaştırmamaları

Öğretide eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle artık değer paylaşımını için farklı bir oran kararlaştırmamış olmaları da hükmün uygulanabilmesinin şartları arasında sayılmaktadır.⁵⁰ Ancak kanaatimizce böyle bir unsur, TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi için bir şart olarak arayabilmek, tarafların zina veya hayata kast fiilinin işlenmesinden daha sonraki bir tarihte artık değer pay oranına dair anlaşma yapmalarını gerektirir. Aksi hâlde tarafların yaptıkları anlaşma neticesinde, ileride gerçekleşebilecek zina veya hayata kast hâllerine TMK m. 236/II hükmünün uygulanmasını istemedikleri sonucuna ulaşılamaz. Kaldı ki bu ihtimalin gündeme gelebilmesi, öncelikle tarafların TMK m. 236/II hükmünün uygulanmasından feragat edebilmelerini gerektirir. Bir başka ifadeyle, TMK m. 236/II düzenlemesinin emredici nitelikte olup olmadığı da irdelenmelidir. Ayrıca hükmün emredici olmadığı kabul edilirse dahi aile hukukunda hâkime tanınan geniş takdir yetkisi çerçevesinde hâkimin TMK m. 236/II hükmünü re'sen uygulayabileceği de bir ihtimal olarak gündeme gelebilir.⁵¹

V. TMK M. 236/II HÜKMÜNÜN UYGULANMASINA DAİR ÇEŞİTLİ HUSUSLAR

A. TMK m. 236/II Hükmünün Uygulanmasının Talep Edilebileceği Dava

Yargıtay, TMK m. 236/II hükmüne dayanan talebin sadece mal rejiminin tasfiyesi davasında ileri sürülebileceği kanaatindedir.⁵² Bu

⁵⁰ Badur, *Katılma Payı*, 42, 52, 60-61; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 67.

⁵¹ Krş. Şıpka, *Hakkaniyet*, 855; Şıpka ve Özdoğan, 410; Şıpka, *Edinilmiş*, 272; Öztan, 534; Altunkaya, 403.

⁵² Yar. 2. HD, E.2012/10429, K.2013/7427, 05.03.2013, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “Davalı-karşı davacı kadın karşı dava dilekçesinde boşanma ve ferileri yanında, zina nedeniyle boşanmaya karar verildiği takdirde, davacı-karşı davalı kocanın Türk Medeni kanununun 236/2. maddesi gereğince edinilmiş mallara katılım payının ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Bu istek boşanmanın fer’isi niteliğinde olmayıp, ancak mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada taraflarca ileri sürülebilir ve

görüş öğretide de taraftar bulmaktadır.⁵³ Diğer bir görüş ise TMK m. 236/II hükmünün uygulanmasının sadece boşanma davasında talep edilebileceğini belirtmektedir.⁵⁴ Kanaatimizce de, TMK m. 236/II hükmünün “zina veya hayata kast nedeniyle boşanma” hâlinde bahsetmesi nedeniyle hükmün uygulanması mal rejiminin tasfiyesi davalarında talep edilememelidir.

B. TMK m. 236/II Hükmünün Hâkim Tarafından Re’sen Uygulanıp Uygulanamayacağı Hususu

Öğretide, TMK m. 236/II hükmü kapsamında artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması mağdur eş tarafından talep edilmese bile hâkimin re’sen takdir yetkisini kullanabileceği isabetli bir şekilde savunulmaktadır.⁵⁵ Ayrıca mağdur eşin, davanın her aşamasında TMK m. 236/II hükmünün uygulanmasını, itiraz olarak öne sürebileceği belirtilmektedir.⁵⁶

SONUÇ

İsviçre hukukunda karşılığı bulunmayan ve TMK metnine TBMM Adalet Komisyonu tarafından eklenen TMK m. 236/II hükmü, edinilmiş mallara katılma rejiminin temel düşüncesine aykırıdır. Eşler arasındaki ekonomik ilişkileri düzenleyen edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden birinin zina yapması veya diğer eşin hayatına kastetmesi mal rejimi bağlamında bir sonuç doğurmamalıdır. Nitekim anılan fiillere kanun koyucu zaten çeşitli yaptırımlar bağlamıştır.

mahkemece dinlenebilir. O halde taraflarca usulüne uygun biçimde açılmış mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir dava bulunmadığından davalı-karşı davacı kadının bu talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.”

⁵³ Badur, *Katılma Payı*, 55; Şıpka ve Özdoğan, 408.

⁵⁴ Sarı, 230.

⁵⁵ Şıpka, *Hakkaniyet*, 855; Şıpka ve Özdoğan, 410; Şıpka, *Edinilmiş*, 272; Öztan, 534; Altunkaya, 403.

⁵⁶ Şıpka, *Hakkaniyet*, 855-856.

Zina veya hayata kast nedeniyle artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması belirli şartların varlığını gerektirir. Şayet söz konusu şartlardan biri dahi mevcut değilse artık değerdeki pay oranının azaltılabilmesi veya kaldırılabilmesi söz konusu olamaz. Yayımlanmış Yargıtay kararları kapsamında yapmış olduğumuz incelemelerde, söz konusu hükmün uygulanmış olduğu bir karara rastlanamamıştır. Ancak TMK m. 236/II hükmü, mal rejimlerinin temel mantığıyla bağdaşmadığı için hâkimin anılan hükmü uygularken ve takdir yetkisini kullanırken çekingen davranmasında fayda vardır.

Hakem Değerlendirmesi	: Çift kör hakem.
Finansal Destek	: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
Çıkar Çatışması	: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Etik Kurul Onayı	: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The author declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The author has no conflict of interest to declare.
Ethics Committee Approval	: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri." *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 143-156.
- Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Akçin, Fahri. "Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Uygulamalar." iç. *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cilt*, ed. Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Özçelik, Nesli Şen Özçelik, 187-202. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Akıncı, Şahin. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesabında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 193-210.
- Akıntürk, Turgut, ve Derya Ateş. *Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017.
- Altunkaya, Mehmet. "Katılma Alacağının İfası." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 391-406.
- Aydın, Gülşah Sinem. "Türk Medenî Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Hâlinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 165-166 (2018): 9-42.
- Badur, Emel. "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusura Eşin Artık Değere Katılma Payı." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 39-63.
- Badur, Emel. "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusura Eşin Artık Değerdeki Payı." iç. *Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019*, ed. Şükran Şıpka, 65-71. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Doğan, Murat ve Köroğlu, Emre. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Niteliği." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 281-298.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

- Ertaş, Şeref. "Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 915-932.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kaşak, Esra. "Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 3 (2019): 161-193.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Katılma Alacağı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. "Katılma Alacağı." İç. *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cilt*, ed. Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Özçelik, Nesli Şen Özçelik, 107-156. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Köroğlu, Emre. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2016): 229-251.
- Oktay Özdemir, Saibe. "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı." *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 29-46.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Özüğür, Ali İhsan. *Mal Rejimleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Sarı, Suat. *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*. İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007.
- Sutter-Somm, Thomas, und Kobel, Felix. *Familienrecht*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2009.
- Şıpka, Şükran. *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Şıpka, Şükran. "Hakkaniyet Oranı, Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanmanın, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Doğan Katılma Alacağına Etkisi (TMK.m.236/f.2)." *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, 851-860. İstanbul: Der Yayınları, 2015.

- Şıpka, Şükran. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde, Eklenenecek Değerler (TMK.m.229)." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 129-147.
- Şıpka, Şükran, ve Ayça Özdoğan. *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Tuor, Peter, Schnyder, Bernhard, Schmid, Jörg, und Jungo, Alexandra. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2015.
- Zeytin, Zafer. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.