

# EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDE KARŞILAŞILAN BAZI MESELELER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

(Some Issues and Soluation Suggestions Which Are Encourted in the  
Dissolution of the Participation in Acquired Assets Regime)

Prof. Dr. Şahin AKINCI \*

## ÖZET

Edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesiyle birlikte bu konuda yargıya pek çok dava intikal etmeye başlamıştır.

Bu zamana kadar edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili pek çok kitap ve makale kaleme alınmıştır. Ancak hayat hadiselerinin çeşitliliği, daha önce akademik çalışma konusu olmamış son derece karmaşık ve halli güç meselelerin hâkimin önüne gelmesine yol açabilmektedir. Bu durum, özellikle ilk derece mahkemelerinin işini oldukça güçleştirmektedir. Güçlüğün bir sebebi de yeni olması sebebiyle çok iyi bilinmeyen bu mal rejiminin aynı zamanda karışık bir rejim olmasıdır. Bazı konularda henüz bir Yargıtay içtihadının olmaması veya çelişkili içtihatların bulunması da aile mahkemesi hâkiminin işini güçleştiren bir diğer önemli faktördür.

Bu makalede, edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili ortaya çıkan bazı meseleler üzerinde durulmuştur. Amacımız edinilmiş mallara katılma rejimini tüm yönleriyle incelemek değildir. İnceleme konusu yapılan meseleler, az karşılaşılan veya Yargıtay'ın çelişkili kararlarına konu olan meselelerdir. Özellikle anlaşmalı boşanmalarda "mal" kavramından ne anlaşılması gerektiği, dava zaman aşımı, bankadaki paraların ve faizlerinin nasıl tasfiyeye tabi tutulacağı, şirket hisseleri ve arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tasfiyesi konuları üzerinde durulmuş ve varsa Yargıtay Kararları da tartışıldıktan sonra şahsi düşüncemiz beyan edilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Edinilmiş mallara katılma rejimi, Tasfiye, Aile Hukuku, Boşanma protokolü, Dava zaman aşımı.

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

### *Abstract*

After the inurement of the participation in acquired assets regime on 01.01.2012, many cases started submitting to the courts.

Until today many books and articles published regarding the participation in acquired assets regime. However, variety of the events may cause unique and complicated cases which have never been subject to an academic study. This fact may make fairly difficult especially first instance court's judges businesses. Another reason of the difficultness is the complexness of the regime as well as being unfamiliar to people because of it is new. Absence of High Court verdicts on some issues or having contrasts on similar events are also other factors which make harder family court's judges businesses.

In this article, we have urged upon some issues arising from the participation in acquired assets regime. We did not aim to analyse the regime with its whole aspects. The issues analysed are either rare events or have been subjected to conflicting verdicts of the High Court. Especially, what should be understood of the term of "asset" on consensual divorces, limitation of action, liquidation of monies and its interests which keep in banks, dissolution of company shares and participating the credits related to the agreements of construction - land shares aspects have been examined and after the High Court verdicts discussed, our personal ideas were declared.

**Keywords:** Participation in Acquired Assets Regime; dissolution, family law, divorcing protocole, action limitation

## **I. Tasfiye Esnasında Eşlerin Birbirlerine Karşı İleri Sürebileceği Alacak Hakları**

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi esnasında eşlerin birbirlerine karşı ileri sürebileceği bir takım alacak hakları vardır. Bunlar, değer artış payı alacağı, denkleştirme alacağı ve katılma alacağıdır. Bir de mal ayrılığı rejiminin yürürlükte olduğu dönemde doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen katkı payı alacağı vardı. Uygulamada katkı payı alacağı sıklıkla katılma alacağı, bazen de değer artış payı alacağıyla karıştırılmaktadır. Bu nedenle öncelikle zikredilen kavramların ve edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin nasıl olacağını ana hatları ile açıklanmasında yarar görüyoruz

### **A) Katkı Payı Alacağı**

Katkı payı (ya da katkı payı alacağı), eski Medenî Kanunumuzun yürürlükte olduğu dönemde, mal ayrılığı rejimine tabi olan eşlerden birinin, diğer eşin malvarlığına yaptığı ve karşılığını alamadığı katkı sebebiyle sahip olduğu alacak olarak kabul ediliyordu. Böyle bir alacak hakkı Medenî Kanunda düzenlenmemesine rağmen uygulamada diğer eşin malvarlığının edinilmesi, geliştirilmesi veya korunmasına maddî

katkı sağlayan eşin böyle bir alacağıının olduğu kabul ediliyor<sup>1</sup> ve bu alacak hakkı 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutuluyordu<sup>2</sup>.

Katkı payı alacağıının, yeni Medenî Kanunumuzun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra da, eşler arasında mal ayrılığı rejiminin uygulandığı dönem için talep edilmesi mümkündür. Ancak bunun için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Katkı payı talep edebilmek için öncelikle resmî bir evliliğin bulunması gerekir. Resmen evli olmayanların birlikte yaşadıkları dönemde birbirinden olan alacakları katkı alacağı değil, genel hükümlere dayanan bir alacak hakkıdır<sup>3</sup>.

İkinci olarak, yapılan katkının malî yani ekonomik değeri olan bir katkı olması gerekir. Bu katkı, bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yönelik olabilir. Katkı, para şeklinde olabileceği gibi bir malvarlığının devri şeklinde de olabilir. Öte yandan eşlerden biri emeğini koymak suretiyle de diğer eşin malvarlığına katkı yapabilir. Örneğin bir eşin diğerinin işyerinde karşılığını almadan çalışması, diğerinin bu sayede işçi ücreti ödemekten tasarruf ettiği oranda katkı sözkonusudur. Aynı şekilde bir eşin, diğerinin malik olduğu arsaya yapmakta olduğu inşaatta çalışması, kadının temizliğe gitmesi, evde üretim yaparak (el işleri vs.) bundan elde ettiği geliri eve harcaması ve kocanın da kendi kazancı ile kooperatifin aidatlarını ödemesi halinde emek ile yapılan bir katkıdan söz edilebilir<sup>4</sup>.

Bununla beraber, kadının evlilik birliğine gücü oranında yaptığı harcamalar kocaya değil aileye yapıldığından katkı alacağına neden olmaz. Bu konuda, eski Medenî Kanunumuzun 190. maddesinde şu hüküm yer almaktaydı:

*“Koca, karısının münasip bir derecede aile masrafına iştirakini isteyebilir. İştirakin miktarında ihtilaf ederlerse her biri iştirak miktarının tespit edilmesini mahkemeden isteyebilir”.*

*“Karının bu suretle iştiraki kocanın hiçbir vakitte iade ve tazmin mükellefiyetini icap ettirmez”.*

Buna göre, bir eşin ev işlerine, çocuklara harcadığı emek katkı alacağına neden olmaz. Nitekim TMK.’nin 186. maddesinin III. fıkrasında da *“Eşler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar”* hükmüne yer verilmiştir. Şu halde, çalışmayan ve herhangi bir geliri bulunmayan eşin, diğerinin edindiği bir mala katkıda bulunması ve dolayısıyla katkı alacağı talep etmesi mümkün olmadığı gibi,

<sup>1</sup> Kılıçoğlu, A. M., Katkı – Katılma Alacağı, 5. Bası, Ankara 2014, sh. 5.

<sup>2</sup> Kılıçoğlu, 51.

<sup>3</sup> Kılıçoğlu, 9.

<sup>4</sup> Kılıçoğlu, 16 – 17.

eşlerin, evin ve çocukların giderlerine emek ya da malvarlıkları ile yaptıkları katkılar, diğerinden bir katkı alacağına sebep olmaz<sup>5</sup>.

Yargıtay da pek çok kararında aynı görüşe yer vermiş ve çalışmayan eşin katkı alacağı taleplerini reddetmiştir<sup>6</sup>. Bununla birlikte, uygulamada katkı payı alacağı ile aşağıda üzerinde durulan katılma alacağı kavramları karıştırıldığı için mal ayrılığı rejiminin uygulandığı döneme ilişkin, çalışmayan eş için katkı payı alacağı talep edilmektedir. Oysa katkı payı alacağı ile katılma alacağı farklı şeyler olup, katılma alacağı talep edebilmek için davacı eşin çalışıyor ya da ekonomik bir gelir elde ediyor olması gerekmez. Diğer bir deyişle, yeni Medenî Kanunumuza göre, hiç çalışmayan, hiçbir geliri bulunmayan eş de diğer eşin edinilmiş mallarından katılma alacağı talep edebilir. Fakat edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlükte olmadığı döneme ilişkin katkı payı talep edemez.

## B) Değer Artış Payı Alacağı

Değer artış payı alacağı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 227. maddesinde düzenlenmiştir.

Evliliğin devamı esnasında bir eş diğer eşin malvarlığının edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı yapmış olabilir. Bu katkı, kadının kişisel mallarından erkeğin kişisel ya da edinilmiş mallarına veya kadının edinilmiş mallarından erkeğin kişisel ya da edinilmiş mallarına yapılmış olabilir. Aynı şekilde erkeğin de kendi kişisel ya da edinilmiş mallarından kadının kişisel veya edinilmiş mallarına katkı yapması mümkündür. Bu durumda katkı yapan eş, diğer eşin malvarlığının değerinin artmasında pay sahibi olduğu için bu artışa değer artış payı, buna ilişkin her bir eşin diğerinden olan alacağına ise değer artış payı alacağı adı verilir. Tasfiye aşamasında her bir eş, katkı yaptığı oranda diğerine karşı bir değer artış payı alacağına sahip olur<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Kılıçoğlu, 15 – 17.

<sup>6</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 06.03.2007 tarih, 2007 / 8774 E, 2007/9394 K. sayılı kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “Keçiören'deki ev 11.04.1995'te, otomobil ise 19.08.1997 tarihinde alınmıştır. Dinlenen tanıklar, davalı kadının 2000 yılında hediyeyle eşya yapıp sattığını zaman zaman da temizliğe gittiğini ifade etmişlerdir. Davacının davalıya ait evin ve otomobilin edinilmesine katkıda bulunduğuna ilişkin bir beyan ve delil bulunmamaktadır. Kadının, ev kadını olarak, evin yemek, temizlik gibi işlerini yapması ve çocukların bakımını üstlenmiş olması, Türk Medenî Kanununun 227. maddesi anlamında katkı sayılamaz.”

Karardan anlaşıldığına göre katkı yapıldığı iddia edilen ev ve otomobil yeni Medenî Kanunumuz yürürlüğe girmeden önce alınmıştır ve davacı eş bu mallara yaptığı katkının değerini talep etmektedir. Yani her ne kadar 2007 tarihli olsa da bu karar, katkı alacağına ilişkindir. Kararda açıkça, ev işlerine yapılan katkının katkı alacağına sebep olmayacağı vurgulanmıştır.

<sup>7</sup> Gümüş, M. A., Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. m. 185 – 281), İstanbul 2008, sh.324.

Eski Medenî Kanunumuzun yürürlükte olduğu dönemde doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen katkı payının yerini, yeni Medenî Kanun döneminde değer artış payı alacağı almıştır. Buna göre, diğer eşin malvarlığının edinilmesi, iyileştirilmesi ve korunmasına katkı yapan eş, tasfiye esnasına bu katkısının karşılığını talep edebilir (TMK. m. 227). Ancak tıpkı katkı payında olduğu gibi burada da yapılan katkının ekonomik bir katkı olması gerekir. Çalışmayan eşin eve ve çocuklara bakarak yaptığı katkı değer artış payı alacağına neden olmaz<sup>8</sup>. Diğer bir deyişle, TMK. m. 227 anlamındaki katkı, para ile ölçülebilen bir katkı olmalıdır. Eşin katkısı, evlilik birliğinin giderlerine olağan veya olağanüstü katkı şeklinde gerçekleşse bile TMK. m. 227 anlamında bir değer artış payı alacağı konusu oluşturmaz<sup>9</sup>.

Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında bu hususa işaret ederek, ekonomik değer ifade etmeyen ya da aile birliği veya müşterek çocuklar için yapılan harcamaların istenemeyeceğine hükmetmiştir<sup>10</sup>.

### C) Denkleştirme Alacağı

Edinilmiş mallara katılma rejiminde her eşin iki grup malı bulunmaktadır: 1. Kişisel malları, 2. Edinilmiş malları.

Evliliğin devamı esnasında bu mal grupları arasında bir takım kaymalar olabilir. Tasfiye aşamasında öncelikle bunların iadesi gerekmektedir. Buna göre, eğer bir eş, kişisel mallarından edinilmiş mallarına bir katkı yapmışsa bu katkının iade edilmesi gerekir. Aynı şekilde edinilmiş mallardan kişisel mallara yapılan katkı da iade edilecektir. İşte eşlerden birinin bir mal grubundan diğerine yaptığı katkının iadesine “denkleştirme” denir. Bir mal gurubunun diğer mal gurubundan olan alacağına ise “denkleştirme alacağı” adı verilir (TMK. m. 230)<sup>11</sup>.

### D) Katılma Alacağı

Denkleştirme işleminin yapılması ve değer artış payı alacaklarının iadesinden

<sup>8</sup> Bkz. Zeytin, Z., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005, sh. 132 vd.

<sup>9</sup> Karamercan, F. Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Ankara 2014 – sh. 198.

<sup>10</sup> “...Davacının, hükmün dava konusu 183 ada 1 sayılı parselde kain 16 nolu bağımsız bölüme ilişkin kısmına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; her ne kadar, davacı; dava konusu taşınmazın iç inşaatının yapılmasında gerek bizzat çalışarak gerekse bir kısım masrafları ödeyerek katkı sağladığını ileri sürerek mal rejiminin tasfiyesi kapsamında alacak isteğinde bulunmuş ise de; taşınmazın iç inşaatında bizzat çalışması maddi katkı sayılmayacağından Mahkemece bu yönde anılan istek bakımından ret kararı verilmesi doğru olmuştur (Y. 8. HD. 03.10.2013 3141 /14186 sayılı karar). “...Aile birliği içinde yapılan harcamalar ile müşterek çocuklar için yapılan harcamaların davalıdan tahsili mümkün olmadığına...” (Y. 8. HD. 10.10.2013, 3345 /14705 sayılı karar). Kararlar için bkz. Karamercan, 196 – 197.

<sup>11</sup> Gümüş, 358.

sonra her bir eşin edinilmiş malının miktarı değer olarak belli olur. Eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere her eşin toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktara artık değer adı verilir (TMK. m. 231). Her eş veya mirasçılığı, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olur. Alacaklar takas edilir (TMK. m. 236). Buna göre, artık değeri fazla çıkan eş, diğerine karşı, artık değer eşitlenebilmesi için verilmesi gereken rakam kadar borçlanmış olur. Örneğin kadının artık değeri 50.000 TL, erkeğinki 150.000 TL ise, kadın erkeğe 25.000, erkek kadına 75.000 TL borçlanmış olacaktır. Alacakların mahsup edilmesi sonucunda erkeğin kadına 50.000 TL borcu kalacaktır. Bu borcun ödenmesi ile her iki taraf da artık değerden 100.000 TL almış olacaktır.

İşte artık değeri daha az olan tarafın diğerine karşı olan bu alacağına “katılma alacağı” adı verilir. Kısaca ifade etmek gerekirse katılma alacağı, eşlerin, tasfiye aşamasında ortaya çıkan artık değer yarısı üzerinde sahip oldukları haklardır.

## II. Edinilmiş Mal Kavramı ve Özellikle Bankadaki Paralarla Şirket Hisseleri ve Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacağın Edinilmiş Mal Sayılıp Sayılmayacağı Meselesi

### A) Edinilmiş Mal Kavramı

TMK. m. 219’da “*her bir eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını verecek elde ettiği mal varlığı değerleri*” edinilmiş mal olarak tanımlanmıştır.

Hükme göre edinilmiş mallar kural olarak mal rejiminin devamı sırasında emek karşılığı elde edilen mallardır. Ancak bu kurala pek çok istisna da getirilmiştir. Kişisel malların gelirleri ya da sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan ödemeler gibi. Bu çerçevede örneğin eşlerin evlendikten sonra (mal rejiminin devamı esnasında) kazandıkları paralar, satın aldıkları ev, araba, bankada biriktirilen para, ticarî bir işletmenin kâr payı kural olarak edinilmiş maldır<sup>12</sup>.

Aynı maddenin II. fıkrasında ise “*Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır*” denildikten sonra bazı edinilmiş mallar beş bent halinde sayılmıştır. Kanun “*özellikle*” dediğine göre bu sayıma tahdidi bir sayıma değildir.

Kanundaki tanıma göre bir malın edinilmiş mal sayılabilmesi için;

a) Edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı esnasında elde edilmiş olması

<sup>12</sup> Özdamar, D. / Kayış, F., Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 2. Baskı Ankara 2014, sh. 43; Ateş, T., Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, 3. Baskı, Ankara 2013, sh. 114 vd.; Şıpka, Ş. Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Baskı, İstanbul 2013, sh. 92 vd.; Acar, F. Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 4. Baskı, Ankara 2008, sh. 36 vd.; Gümüş, 254 vd.

gerekir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin eşler arasında geçerli olmasından önce veya sona ermesinden sonra edinilen her türlü malvarlığı değeri kanun gereği edinilmiş mal kapsamında değildir<sup>13</sup>.

b) Karşılığı verilerek edinilmiş olmalıdır. Ancak Kanunda her ne kadar bir malın edinilmiş mal sayılabilmesi için karşılığının verilerek elde edilmiş olması şartı aransa da, 220 ve 221. maddeler birlikte incelendiğinde tanımın yeterince açık olmadığını söyleyebiliriz. Zira bu mal rejiminin devamı esnasında karşılığı ödenerek edinilen bazı mallar kişisel mal sayıldığı halde (m. 220/I-1), karşılığı verilmeden elde edilen bir kısım malvarlığı değerleri ise edinilmiş mal sayılmıştır (m. 219/I-4)<sup>14</sup>. Bu durum uygulamada tereddütlere yol açmakta, meselâ ticari kazancın kişisel mal olduğu ileri sürülebilmektedir. Bankadaki paraların ve bu paraların faizlerinin edinilmiş mal mı kişisel mal mı olduğu noktasında da bazı tereddütler yaşanmaktadır. Dahası, edinilmiş mal olarak kabul edilse bile paranın nasıl tasfiye edileceği konusu uygulamada yeterince anlaşılabilmiş değildir. Benzer bir durum şirket hisseleri, bu hisseler karşılığında elde edilen gelirler ve arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar için de geçerlidir. Aşağıda özellikle bu üç konu üzerinde durulmuştur. Ancak bu konuları incelemeye geçmeden önce kısaca ispat konusuna temas etmeyi yararlı görüyoruz.

TMK. m. 222/son'a göre "*Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal sayılır*".

Şu halde bazı malların kişisel mal olduğunu iddia eden davalı bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Eşler malvarlığı değerlerinin kime ve hangi mal grubuna ait olduğunu her türlü delille ispat edebilirler. Yeni edinilen bir malın edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğu tespit edilirken, o malın hangi mal grubunun daha fazla katkı yapılarak edinildiğine bakmak gerekir. Bir malın bütün olarak belli bir mal grubuna özgülenmesi gerekebilir. Bu durumda o malın edinilmesinde hangi mal gurubundan daha çok katkı yapılmışsa mal o guruba özgülenmeli, diğer mal gurubunun ise katkısı oranında denkleştirme alacağının bulunduğu kabul edilmelidir<sup>15</sup>.

## **B) Banka Hesaplarında Bulunan Paralar ve Faiz Gelirleri**

### **1) Bankadaki Paralar**

Yukarıda da belirtildiği gibi bankadaki paraların davalının ticari kazancı olduğu dolayısıyla edinilmiş mal sayılamayacağı yönünde iddialar gündeme gelmektedir.

<sup>13</sup> Zeytin, 92.

<sup>14</sup> Zeytin, 91.

<sup>15</sup> Zeytin, 87, 89.

Özellikle mesleki veya ticari faaliyetini belli bir şirket üzerinden değil de şahıs işletmesi şeklinde sürdüren kişiler, kendi adlarına bankada hesap açtırmakta ve ticari işletmesinin tüm gelirlerini bu hesapta toplamaktadırlar. Harcamalar da yine aynı hesaptan yapılmakta hatta bankadan çek karnesi alınarak ileri tarihli çekler yazılmaktadır<sup>16</sup>. Böyle durumlarda banka hesaplarında sürekli bir hareket gözlenmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere ticarî gelirler kişisel mal değil edinilmiş maldır. Bu nedenle tasfiyeye tabi tutulması gerekir. Fakat şahıs işletmeleri ile şirketler arasında şöyle bir fark vardır: Aşağıda açıklandığı üzere edinilmiş mal olan şirket gelirlerinin hesaplanabilmesi için mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla şirketin ne kadar kâr ettiğini tespit etmek gerekecektir. Bu tespitten sonra davalı eşe kârdan düşecek hisse bulunacak ve bunun üzerinde diğer eşin yüzde elli oranında pay sahibi olduğu kabul edilecektir. Bu tespiti yapabilmek için de çoğu zaman yılsonunun gelmesi ve bilançonun kesinleşmesi beklenecektir. Kanaatimizce şahıs işletmelerinde de aynı şekilde düşünmek gerekir. Bu nedenle bankadaki paranın tamamını edinilmiş mal sayarak tasfiyeye tabi tutmak yerine, eğer bu hesap ticari bir hesap ise şahıs işletmesinin borçları düşüldükten sonra kalan miktar tasfiyeye tabi tutulmalıdır. Nitekim TMK. m. 231'e göre artık değer hesap edilirken her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçların çıkarılması gerekir. Bu durumda şahıs işletmesine sahip olan eşin tüm edinilmiş malları hesap edilerek işletmenin borçları bu miktardan düşülebileceği gibi, işletmenin gelirlerinden giderlerinin ve borçlarının düşülmesi suretiyle de hesap yapılması mümkündür ki kanaatimizce bu ikinci yol daha doğru bir yoldur.

Bankadaki paralar tasfiyeye tabi tutulurken dikkat edilmesi gereken başka hususlar da vardır. Belirtmek gerekir ki, tasfiyeye tabi olması gereken değerler edinilmiş mallardır. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait olan tüm mallar, kaynağına, nasıl kazanıldığına bakılmaksızın kişisel mal sayılır (TMK. m. 220/2). Şu halde mal rejiminin başlangıcında banka hesaplarında bulunan paralar her bir eşin kişisel malıdır. Bu nedenle kişisel mal sayılan paraların, daha sonra hesaba yatırılan, dolaşısıyla edinilmiş mal sayılan paralardan çıkarılması ve kalan miktarın tasfiyeye tabi tutulması gerekir. Örneğin mal rejiminin başlangıcında hesapta 10.000 TL varken, tasfiye tarihinde bu rakam 30.000 TL'ye çıkmışsa, tasfiye edilecek para 30.000 TL değil,  $30.000 - 10.000 = 20.000$  TL'dir. Aksine bir uygulama kişisel malların da tasfiye edilmesi sonucunu doğurur ki bu sonuç TMK. m. 220/2'ye açıkça aykırıdır. Oysa uygulamada tasfiye tarihindeki bakiyenin tasfiyeye tabi tutulduğu, mal rejiminin başlangıcındaki değerlerin hesaptan düşülmediği görülmektedir.

Buna göre, mal rejiminin başlangıcında hesapta olan ve kişisel mal sayılan para-

<sup>16</sup> Bilindiği üzere çekler görüldüğünde ödenecek senetlerdir. Ancak uygulamada keşide tarihi ileri bir tarih yazılmak suretiyle bir çeşit vadeli çekler düzenlenmektedir.



ların mal rejiminin sona erdiği tarihte hesapta olan para miktarına eşit olması halinde tasfiye edilecek bir değer yok demektir.

Mal rejiminin başlangıcındaki değer (kişisel mal sayılan para) tasfiye tarihindeki değerden daha yüksekse yine tasfiye cihetine gidilemez.

Evliliğin uzun sürmesi halinde mal rejiminin başlangıcı ile sona erdiği tarih arasındaki süre de genellikle oldukça uzun olacaktır. Bu durumda mal rejiminin başladığı tarihte hesapta bulunan ve kişisel mal sayılan paranın nominal değerinin esas alınması hakkaniyete aykırı olur. Kanaatimizce bu paranın reel değerinin dikkate alınması gerekir.

Ayrıca kişisel mal sayılan bu para ticari faaliyette sermaye olarak kullanılmış ve dolayısıyla eşin edinilmiş mal sayılan gelirlerinin elde edilmesine katkı sağlamışsa, TMK. m. 230/III'e göre yapılan bu katkı denkleştirmede dikkate alınmalıdır. Çünkü her ne kadar ticarî kazanç kişisel mal değil edinilmiş mal olsa da bu kazancın (edinilmiş malın) elde edilmesinde kişisel malların katkısı varsa bu katkı hesaplanarak denkleştirmeye tabi tutulmalıdır. Denkleştirme hesabı yapılırken kişisel mal sayılan paranın edinilmiş mal sayılan gelire yaptığı reel katkı bulunacak ve çıkan rakam edinilmiş mallardan düşülecektir. Örneğin mal rejiminin başlangıcında hesaptaki para (kişisel mal sayılan para) 10.000 TL, tasfiye tarihinde hesapta bulunan para 30.000 TL ise edinilmiş mal sayılan para 30.000 TL – 10.000 TL = 20.000 TL'dir. Ancak bu 20.000 TL'nin edinilmesinde kişisel malın katkısı varsa katkının reel değerinin uzman bilirkişilere hesaplatırılıp bu değer 20.000 TL'den düşülmesi gerekir (TMK. m. 230/III).

Mal rejiminin devamı esnasında hesaptan çekilen paralar kural olarak hesaba dâhil edilmez. Çünkü eşlerden biri diğerinin katılma alacağını azaltmak kastıyla elden çıkarmadığı müddetçe (TMK. m. 229/I) yaptığı harcamalardan sorumlu değildir<sup>17</sup>. Davalının bazı değerleri kasten elden çıkardığını davacı ispat etmekle yükümlüdür<sup>18</sup>.

Özellikle ticarî hesaplarda mal rejiminin sona erdiği (meselâ boşanma davasının açıldığı) gün hesaba para yatırılmış ve aynı gün bu paranın bir kısmı veya tamamı çekilmiş olabilir. Bu durumda çekilen paranın tasfiye edilip edilmeyeceği meselesi ile karşılaşılr.

<sup>17</sup> TMK. m. 229/II'ye göre "Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler" edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Ancak bunun için temlikte bulunan eşin diğerinden katılma alacağını kaçırma kastına sahip olması ve bunun kanıtlanması gerekir. Alacak, kaçırma kastı kanıtlanabilirse tasfiyede dikkate alınacaktır (Kılıçoğlu, 141). Burada ispat yükü, devirin kasten yapıldığını iddia eden davacıdadır.

Karşılıksız kazandırmalarda ise, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar varsa bunlar da edinilmiş mallara eklenir ve tasfiyeye tabi tutulur (TMK. m. 229/I).

<sup>18</sup> Şıpka, 236.

Kanaatimizce, tasfiyeye tabi olan mal, hak ve alacaklar mal rejiminin başlangıç anı ile tasfiye tarihi (meselâ boşanma davasının açıldığı tarih) arasında edinilenler olduğu için aynı gün çekilen bu para tasfiyeye tabi tutulmamalıdır. Zira bu tarih boşanma davasının açıldığı ve taraflar arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği tarihtir.

Aksine bir düşünce bariz bir çelişkiyi beraberinde getirecektir. Şöyle ki;

Eğer boşanma davasının açıldığı günün akşamına kadar mal rejiminin devam ettiği kabul edilirse bu durumda mal rejimi devam ederken çekilen diğer paralar gibi bu paranın da tasfiye edilmemesi gerekir. Bu kuralın istisnası davalının davacıdan mal kaçırma kastı ile hareket etmesidir. Ancak hesap sahibi eş ticaretle uğraşiyor ve hesabında sürekli bir hareketlilik gözleniyorsa mal kaçırma kastının varlığından söz etmek oldukça güç olacaktır. Özellikle anlaşmalı boşanmalarda mal kaçırma kastının varlığından söz etmek çok zordur.

Şayet boşanma davasının açıldığı günün sabahı mal rejimi sona ermiştir denilirse (ki kanaatimizce böyle bir yorum yanlış bir yorum olur) bu durumda da yatırılan para mal rejimi sona erdikten sonra yatırılmış olduğu için kişisel mal sayılacak ve yine tasfiyeye tabi tutulmayacaktır.

Bu noktada davanın açıldığı saat ile paranın çekildiği saate bakarak bir sonuca ulaşmak gerektiği de düşünülebilir. Fakat böyle bir değerlendirmeyi haklı kılacak bir düzenleme TMK'da bulunmamaktadır. Ayrıca davanın açıldığı saati tespit etmek de her zaman mümkün olmayabilir. Sürelerin hesabında genel kural işlemin yapıldığı günün sayılmaması olduğuna göre, mal rejiminin davanın açıldığı gün mesai saati bitiminde sona erdiğini kabul etmenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

## 2) Faiz Gelirleri

Bankadaki paralarla birlikte faiz gelirleri de tasfiyeye tabidir. Ancak faiz gelirlerinin tasfiye edilebilmesi için böyle bir gelirin gerçekten elde edilmiş olması gerekir. Alınmayan faiz tasfiyeye tabi tutulamaz. Örneğin para vadesiz hesaba yatırılmış ve faiz işletilmemişse faiz geliri yok demektir. Bu ihtimalde bankadaki paranın getirebileceği muhtemel faiz hesap edilerek çıkan rakamın tasfiyesi talep edilemez. Zira bu dava bir tazminat davası değildir. Katılma alacağı davalarında tasfiyeye tabi tutulan gelirler elde edilmesi muhtemel gelirler değil elde edilen gelirlerdir.

Dikkat edilmesi gereken ikinci bir husus da şudur: Faiz alacağının mal rejimi devam ederken doğmuş ve henüz tahsil edilmemiş olması gerekir. Şayet davalı tarafından tahsil edilmiş ve harcanmışsa bu gelirin de tasfiyesi mümkün değildir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere diğer eşin katılma alacağını azaltmak maksadıyla kasten elden çıkarmadığı müddetçe (TMK. m. 229/I) faiz geliri elde eden ve bu parayı harcayan eş yaptığı harcamalardan sorumlu değildir.

Eşin evlenmeden (veya mal rejiminin başlamasından) önce bankaya yatırdığı parasının faiz geliri kişisel mal sayılırken, daha sonra işleyecek kısmı edinilmiş mal sayılır<sup>19</sup>.

Bazen, elde edilen faiz gelirinin belli dönemlerde repo hesabına aktarıldığı ve anaparaya eklendiği görülmektedir. Eğer banka faizi hesaplayarak anaparaya eklemişse, mal rejiminin sona erdiği tarihteki hesap bakiyesinin içinde faiz de bulunduğu için ayrı bir faiz alacağı sözkonusu olmayacaktır. Aksi halde faiz geliri iki kez tasfiye edilmiş olur.

Faiz geliri hesaplanırken enflasyon hesabının da yapılması gerekir<sup>20</sup>. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi mal rejiminin başlangıcında bankada bulunan para kişisel mal sayılacağından, eğer enflasyon hesabı yapılacaksa mal rejiminin sonundaki (tasfiye tarihi) değere göre değil, başındaki değere göre bir hesap yapılmalıdır. Yani başlangıçtaki değer 10.000 TL (kişisel mal); tasfiye tarihindeki değer ise 30.000 TL ise, 10.000 TL'nin enflasyon sebebiyle kaybettiği değer bulunmalı (örneğe göre enflasyon % 10 ve değer kaybı da 1.000 TL ise) ve bu değer faiz alacağından (artık değerden<sup>21</sup>-katılma alacağından değil) düşülmelidir.

### C) Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacaklar

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde arsa sahibi, kendisine verilecek bağımsız bölümler karşılığında arsasının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir. Bunun sonucunda arsa sahibi bağımsız bölüm alacağına sahip olmaktadır.

<sup>19</sup> Gümüş, 261 – 262.

<sup>20</sup> Şıpka, 102; Acar, 56. Bu konuda Zeytin şu bilgileri vermektedir: “*Acaba faiz gelirinin hesabında enflasyonun etkisi dikkate alınmalı mıdır? Bizim de katıldığımız hâkim görüş, faiz gelirinden enflasyon nedeniyle uğranan kayıpların hesaplanıp çıkartılmasının, kişisel malın varlığının korunması açısından savunmaktadır. Örneğin 10.000 YTL'lik kişisel malın senelik 2.500 YTL faiz getirisi olduğunu varsayalım. Aynı döneme ait yıllık enflasyonun da % 10 olduğunu kabul edersek, 10.000 YTL'nin satın alma gücü 1.000 YTL'lik bir kayba uğramıştır. Dolayısıyla faiz gelirinden 1000 YTL düşülerek kişisel malın satın alma değerinin ve varlığının korunması sağlanmalıdır. Sonuç olarak 1500 YTL tasfiyede kişisel malın geliri olarak dikkate alınmalıdır. Aksi, kişisel mal gurubunun aleyhine olacaktır* (Zeytin, 112). Benzer bir örnek için bak. Kılıçoğlu, 129; Acar, 56.

<sup>21</sup> TMK. m. 231'e göre artık değer, eklemen ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Borçlar gibi, enflasyon sebebiyle meydana gelen değer azalması da artık değerden düşülmelidir. Eğer artık değerden değil de katılma alacağından düşülürse bu durum davacının aleyhine bir haksızlığa sebep olur. Örneğin artık değer 10.000 TL ve enflasyon sebebiyle düşülmesi gereken rakam 1.000 TL ise çıkarma işlemi yapıldıktan sonra 9.000 TL artık değer kalacak, bu rakamın yarısı üzerinde davacı eş pay sahibi olacağı için davacının katılma alacağı 4.500 TL edecektir. Şayet 1.000 TL artık değerden değil de katılma alacağından düşülürse, artık değerinin yarısı 5.000 TL olacağı için, 1.000 TL düşüldükten sonra davacı eşin katılma alacağı 4.000 TL edecektir. Bu hesap tarzı davacının aleyhine 500 TL haksızlığa sebep olmaktadır.

Uygulamada eşlerden birinin arsa sahibi olarak böyle bir sözleşmeye taraf olduğunu ve diğer eşin tasfiye esnasında sözleşme gereği verilecek bağımsız bölümlerin yarısı üzerinde hak iddia ettiği sıkça görülmektedir. Bu durumda bağımsız bölüm alacağının edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Bir mal varlığının ya da alacak hakkının edinilmiş mal sayılabilmesi için mal rejimini devamı esnasında edinilmiş olması gerekir<sup>22</sup>. Mal rejimi başlamadan önce ya da tasfiye tarihinden sonra edinilen mal veya haklar edinilmiş mal değildir.

Eşlerden biri hangi yolla edinirse edinsin, eğer inşaatın yapılacağı arsaya mal rejiminin başlangıcından önce sahip olmuşsa arsa kişisel maldır. Ancak arsanın geliri, bu arsa sebebiyle elde edilen alacak vs. bazı şartlar altında edinilmiş mal olabilir.

Mal rejiminin başlangıcından önce doğmuş olan alacak hakkı, alacak mal rejiminin devamı esnasında tahsil edilmiş olsa bile kişisel maldır. Örneğin henüz evlilik kurulmadan önce muaccel olan faiz alacağı evlilik kurulduktan sonra tahsil edilmişse kişisel mal olacaktır. Aynı durum arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinden doğan bağımsız bölüm alacakları için de geçerlidir. Alacağın ne zaman doğduğuna bakarak edinilmiş mal olup olmadığını belirlemek gerekir.

Yüklenici ile yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde alacak hakkı sözleşmenin yapıldığı anda doğmaktadır. Bu durumda sözleşme eğer mal rejiminin başlangıcından önce kurulmuşsa alacak kişisel mal, aksi halde edinilmiş mal sayılacaktır. Kooperatifin daireleri ne zaman tamamlayıp teslim ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka husus da şudur:

Bilindiği üzere hangi malların edinilmiş mal sayıldığı TMK. m. 219'da sayılmıştır.

Bir malın edinilmiş mal sayılabilmesi için kural olarak eşin çalışmasının karşılığı olan bir edinim olması gerekir (TMK. m. 219/1). “Çalışma karşılığı olan edinim” den anlaşılması gereken eşin geniş anlamda hizmet sözleşmesine dayanarak elde ettiği ücret veya serbest meslek sahibi olarak çalışması sonucu elde ettiği gelir veya bir işletme faaliyeti dolayısıyla elde ettiği kazançtır. Eşin çalışmasının yanı sıra sermayesini de koyarak katıldığı faaliyetlerde, sermaye olarak konulan malvarlığındaki değer artış ya da azalışının sebebini araştırmak gerekir. Bu konuda doktrinde, eğer sermaye olarak konulan malvarlığı değerindeki artış ya da azalış serbest pazarda oluşan arz ve talep sonucu olarak konjonktüre bağlı ise (konjonktürel değer artışı) bu artış veya azalışın o mal varlığının ait olduğu guruba ait olacağı ifade edilmektedir. Yani kişisel malsa artış da kişisel mallara, edinilmiş malsa edinilmiş mallara ait olacaktır. Eğer artış konjonktürel değil de eşin olağan yönetim faaliyetlerini aşan çalışmasının karşılığı ise

<sup>22</sup> Zeytin, 92.

bu halde endüstriyel değer artışından söz edilmekte ve bu artış edinilmiş mal sayılmaktadır. Doktrinde verilen şu örnek konunun aydınlatılması açısından önemlidir: Emlakçilikle uğraşan eşin sahip olduğu imara kapalı bölgedeki arsanın, daha sonra bölgenin imara açılması dolayısıyla değerlenmesindeki artış konjonktürel olup, arsa hangi mal gurubunda ise artış da o mal gurubuna ait olacaktır. Fakat bu artış eşin olağan yönetim faaliyetlerini aşan kişisel çalışmasının karşılığı ise edinilmiş mal kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde şunları söyleyebiliriz. Eğer bir eş arsasını kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile yükleniciye vermişse, arsa payı karşılığında aldığı bağımsız bölümler çalışmasının karşılığı elde etmiş olduğu değer olarak kabul edilemez. Burada tamamen konjonktürel bir artıştan söz edebiliriz. Zira arsa sahibi olan eşin olağan yönetim faaliyetlerini aşan bir çalışması, gayreti sözkonusu değildir. Bu durumda eğer arsa kişisel mal ise, bunun karşılığında alınan bağımsız bölümler de kişisel maldır. Arsa edinilmiş malsa, bağımsız bölümler de edinilmiş mal sayılacaktır<sup>24</sup>.

Öte yandan arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi belli bir arsa payını devrederken yüklenici de belirli sayıda bağımsız bölümü yapıp arsa sahibine devretme borcu altına girer. Bu durumda arsa sahibine verilen bağımsız bölümler, yükleniciye devredilen arsa payının karşılığını oluşturur. Eğer yükleniciye devredilen arsa payı kişisel mal ise, ikame ilkesi gereğince kişisel mal yerine geçen değerler de kişisel maldır.

Bu noktada, devredilen arsa payı karşılığında kazanılan bağımsız bölümlerin değerinin daha yüksek olduğu düşünülebilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde bu değer artışı arsa sahibi eşin çalışmasının karşılığı değildir. Bu nedenle TMK. m. 219/1'e göre edinilmiş maldan bahsedilemez.

TMK. m. 219/4'e göre kişisel malların gelirleri de edinilmiş maldır. Fakat arsa payının devri karşılığında kazanılan bağımsız bölümler gelir olarak değerlendirilemez<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Zeytin, 97, 100 – 101; Aynı görüşte, Gümüş, 257; Acar, 45.

<sup>24</sup> Bununla beraber bir yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca elde ettiği bağımsız bölümler emeğinin karşılığı elde edilen değerler olduğu için edinilmiş mal olarak kabul edilecektir (Şıpka, 93 – 94).

<sup>25</sup> Kişisel malların gelirlerinin neler olabileceği konusunda TMK.'nin 685. maddesi yol gösterici niteliktedir. Buna göre, ürünler (gelirler), dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir. Doğal ürün olarak karşımıza, bir tarladan veya bahçeden alınan ürünler (sebze, meyve vb.); bir maden veya kaynaktan elde edilenler; hayvansal ürünler (süt, yumurta, yün, tezek, hayvan yavruları vb.) çıkmaktadır. Kişisel malların hukukî gelirleri de edinilmiş maldır. Hukukî gelir olarak her türlü faiz geliri, kâr payı, fikir ve sanat eserinden elde edilen gelirler, taşınır taşınmaz malların kira gelirleri sayılabilir. (Zeytin, 111 – 112; Aynı görüşte, Gümüş, 260 – 261; Şıpka, 100 – 101; Acar, 51 vd.). Görüldüğü üzere arsa payı karşılığında kazanılan bağımsız bölüm alacağını bu anlamda bir gelir olarak kabul etmek mümkün değildir.

Sonuç olarak, eğer arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi mal rejiminin başlangıcından önce yapılmışsa, alacak hakkı mal rejiminin başlangıcından önce kazanıldığı için bağımsız bölüm alacağı kişisel mal olarak kabul edilmelidir.

Sözleşme mal rejiminin devamı esnasında yapılmış olsa bile, eğer arsa kişisel mal ise bağımsız bölüm alacağı emek karşılığında elde edilmiş bir değer olmadığından, kişisel malın geliri de sayılamayacağından yine kişisel mal sayılmalıdır.

İnşaatın geç tesliminden kaynaklanan tazminat hakkı asıl alacağa bağlı olduğu için asıl alacak kişisel mal sayılırsa tazminat alacağı da kişisel mal, edinilmiş mal sayılırsa edinilmiş mal sayılmalıdır.

#### **D) Şirket Hissesinde Kaynaklanan Alacaklar**

Şirket hissesine mal rejiminin başlangıcından önce sahip olunmuşsa bu hissenin kişisel mal olduğu ve tasfiyeye tabi tutulmayacağı açıktır. Ancak kişisel malların gelirleri edinilmiş mal olduğundan şirketin mal rejiminin devamı esnasında yapmış olduğu kâr edinilmiş mal olarak tasfiyeye tabi tutulacaktır. Bu durumda şirket hisseleri dolayısıyla katılma alacağı talep edilemez. Sadece mal rejiminin başladığı tarihten itibaren, boşanma davasının açıldığı tarihe kadar geçen süre içinde tahsil edilen ve boşanma davası tarihinde tasarruf edilmemiş olan temettülerin yarısı üzerinde katılma alacağı talep edilebilir.<sup>26</sup>

Bu noktada tasarruf “edilmemiş temettü” kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Eğer davalı eş, boşanma davası açılmadan önce şirketten temettü almış ve bunları harcamışsa artık harcanan miktar tasfiyeye tabi değildir. Bu kuralın istisnası, TMK. m. 229’da belirtilen tasarruflardır. Eğer TMK. m. 229’da zikredilen bir tasarruf sözkonusu değilse, TMK. m. 223 uyarınca her bir eş mal rejimi süresince gerek kişisel gerekse edinilmiş mallarında tasarruf yetkisine sahip olduğundan, tasarrufta bulunan eşin hisse satış bedeli (ya da elde ettiği kâr payı) mal rejimini son bulduğu tarihte mevcut olmayıp, evin ortak ihtiyaçlarına veya ticari işlerine harcanmışsa diğer eş bunda bir katılma alacağı talep edemeyecektir.<sup>27</sup> Şu halde ancak, elde edilen temettüler boşanma davasının açıldığı anda malvarlığında mevcutsa tasfiyeye tabi tutulacaktır.

Eğer şirket kâr dağıtılmamasına karar vermişse, diğer eş, dağıtılmayan temettülerin mahkemece karar tarihindeki reel değerini yasal faiziyle birlikte katılma alacağı olarak talep edebilecektir<sup>28</sup>.

Demek ki eğer dava tarihine kadar dağıtılmayan bir kâr payı varsa bu kâr payı tasfiyeye tabi tutulacaktır. Bununla beraber tasfiyeye tabi kâr payı şirketin mal re-

<sup>26</sup> Kılıçoğlu 115 vd.

<sup>27</sup> Bkz. Kılıçoğlu, 117; Gümüş, 277 vd.

<sup>28</sup> Kılıçoğlu, 116 vd.

jimi devam ederken elde ettiği kâra ilişkin olmalıdır. Bunu için şirket defterlerinin incelenerek dağıtılmayan kâr payının olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada karşımıza çıkan en önemli güçlük, yılsonu gelip hesaplar kapatılmadan şirket kârının belirlenmemesidir. Fakat yılsonu itibariyle elde edilen gelirin ne kadarının hesaba katılacağı da ayrı bir mesele olarak karşımızda durmaktadır. Zira mal rejiminin devamı esnasında kâr etmeyen bir şirket bu tarihten itibaren kâr etmeye veya kâr eden şirket zarar etmeye başlamış da olabilir. Bu durumda yılsonunda ulaşılan kârı oranlamak suretiyle sonuca ulaşmaya çalışmak hem Kanuna hem de adalete uygun düşmeyecektir. Kanaatimizce mal rejiminin sona erdiği tarih itibariyle, bilirkişilere şirket defterleri incelettirilmek suretiyle bir hesap yaptırılarak, bu döneme ilişkin kâr tespit edilmeli ve bulunan miktar edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir.

Şirket hisseleri mal rejiminden önce elde edilmişse kişisel mal sayılıp tasfiyeye tabi tutulmasa da, zaman zaman şirketlerde sermaye artırımına gidildiğine şahit olunmaktadır. Bu durumda şirket hisselerinin değerlerinde artış meydana gelmektedir. Kanaatimizce bu değer artışı artık çalışmanın karşılığında elde edilen bir artış olarak nitelendirilmeli ve edinilmiş mal sayılmalıdır. Hisse devirleri için de aynı şekilde düşünmek gerekir. Mal rejiminin devamı esnasında hisse devri yapılmışsa, devralan eş açısından bu hisse, edinilmiş mal sayılmalıdır. Ancak bedelsiz bir devir varsa o zaman kişisel maldır.

### III. Anlaşmalı Boşanmalarda İmzalanan Protokollerin Katılma Alacağına Kapsayıp Kapsamadığı Meselesi

Anlaşmalı boşanmalarda taraflar bir boşanma protokolü ile boşanmanın malî sonuçlarını da düzenlemektedirler.

TMK. m. 166/II'ye göre, "*Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek idarelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.*"

Görüldüğü üzere tarafların bu hükme göre boşanabilmeleri için boşanmanın malî sonuçları üzerinde anlaşmaları gerekmektedir<sup>29</sup>.

Ancak anlaşmalı boşanmalarda, taraflarca hazırlanan ve mahkeme tarafından onaylanan protokolde geçen ifadelerin belirsiz olması uygulamada duraksamalara yol açmıştır. Kullanılan ifadelerin sadece boşanmanın malî sonuçlarını mı kapsadığı yok-

<sup>29</sup> Akıntürk, T. / Karaman, D. A., Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, II. Cilt, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, sh. 272.

sa tarafların katkı ve katılma alacağı hususunda anlaşmış olduklarını da kabul etmek mi gerekeceği hem doktrin hem de uygulamada tartışmalara neden olmuş, Yargıtay tarafından da farklı kararlar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anlaşmalı boşanmada tarafların katkı ve katılma alacaklarıyla ilgili olarak da anlaşmış olmalarına bir engel yoktur. Hatta böyle bir anlaşma ilerde çıkabilecek ihtilafların önlenmesi ve yargıyı da meşgul etmeme açısından usul ekonomisine de uygun bir çözümdür. Önemli olan taraf iradelerinin açık ve tartışmaya yer vermeyecek bir şekilde ortaya konulmuş olmasıdır. Böyle bir irade mevcut ise, boşanma davasında mahkeme huzurundaki bu resmî ikrar ve beyanlar kesin delil niteliğinde bağlayıcı olup; aynı konuda yeni bir dava açılmasını da önler.<sup>30</sup> Bununla beraber boşanma protokolünde geçen bazı ifadeler, tarafların, maddî ve manevî tazminat taleplerinin yanı sıra katkı ve katılma alacağı konusunda da anlaşmış oldukları noktasında tereddütlere sebep olmaktadır.

Bu konuda Yargıtay da muhtelif olaylarda farklı kararlar vermiştir. Bazı olaylarda protokolde geçen ifadelerle bakarak tasfiye davası açılmayacağına hükmeden Yargıtay, bazı olaylarda protokole rağmen dava açılacağına karar vermiştir.

#### A) Yargıtay'ın Protokole Rağmen Dava Açılacağı Yönündeki Bazı Kararları

Bir kararında Yargıtay, “*her türlü maddî (parasal) şahsi eşyalarımızı karşılıklı olarak aldık ve bu konuda birbirimizden alacağımız bulunmamaktadır. Boşanma sebebiyle birbirimizden tedbir, yoksulluk nafakası veya herhangi bir şekilde maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuyoruz*” şeklindeki beyanı, mal rejiminin tasfiyesi davası açılmasına engel olarak görmemiştir<sup>31</sup>. Ancak dikkat edilirse bu protokol tarafların şahsi eşyaları ile tazminat ve nafaka taleplerine ilişkindir. Protokolde açıkça nafaka ile maddî ve manevî tazminat taleplerinin olmadığı belirtilmiştir.

Aynı yönde verdiği bir başka kararında ise Yargıtay, “*mal veya eşya paylaşımı ile ilgili herhangi bir isteğim yoktur*” şeklindeki ifadeye rağmen tasfiye davası açılacağına hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde Yargıtay şu görüşlere yer vermiştir: “... Protokolde yönelik açıklamalar ışığında davacının boşanmanın fer’ilerinden olan maddî, manevî tazminat, yoksulluk nafakası vb. açıkça feragat ettiği sabit ise de, mal rejiminin tasfiyesine konu olan evlilik birliği içinde edinilen taşınır ve taşınmazlardan kaynaklanan haklarından feragat ettiği kabul edilemez. Anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemelerin bulunması ve bu yöndeki anlaşmaların geçerli olabilmesi için düzenlemenin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin olduğunun duraksamaya yer vermeyecek şekilde tek tek ve ismen sayılmak suretiyle açıkça belirlenmiş olması ge-

<sup>30</sup> Kılıçoğlu, 38 – 39.

<sup>31</sup> Y. 8. HD. 28.05.2012 t., 144/4855 sayılı karar. Karar için bkz. Karamercan, 323 – 325.



rekir. Uyuşmazlık konusu protokolün bu haliyle mal rejiminin tasfiyesini kapsadığını söylemek güçtür. Hangi hususları içerdiği muğlak olan protokolün TMK'nın 166/3 maddesine uygunluğu kabul edilemeyeceğinden davacının boşanma davasına ilişkin dava dilekçesi ve yargılama oturumundaki beyanları esas alınarak aleyhine karar verilemez.”<sup>32</sup>

### **B) Yargıtay'ın, Anlaşma Protokolünün Mal Rejiminin Tasfiyesini de Kapsadığı Bu Nedenle Artık Tasfiye Davası Açılamayacağı Yönündeki Bazı Kararları**

Yargıtay bir kararında, davacının mahkeme huzurunda “...benim davalıdan boşanma dışında herhangi bir tazminat, nafaka ve mal talebim yoktur. Boşanmamıza karar verilsin” şeklindeki beyanını geniş yorumlamış ve tasfiye davası açılamayacağına hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde Yargıtay şu görüşlere yer vermiştir: “Kural olarak, boşanma davasında taraflar arasındaki boşanmanın ferilerine ilişkin anlaşmalar taraflar arasındaki mal rejiminin tasfiyesini kapsamaz. Ancak, bu durum tarafların boşanma davasının görüldüğü sırada aralarındaki mal rejiminin tasfiyesini amaçlayan protokol ve sözleşme yapmalarına engel değildir. ...Somut olayda, davacı yukarıda açıklandığı üzere nafaka, maddi manevi tazminat ve boşanmanın ferilerinden olmayan “herhangi bir mal” talebinin de bulunmadığını açıkça bildirmiştir. Davacı tarafından belirtilen herhangi bir mal tabirinin malvarlığının tamamına yönelik olup, taşınır ve taşınmazlar ile para değeri bulunan her türlü alacak ve hakkı kapsadığı nazara alındığında, tarafların boşanma davası ile yapmış oldukları ve tutanaklara geçen sözleşme ile mal rejimlerinin tasfiyesini gerçekleştirdiklerinin kabulü gerektiğinden, davacı vekilinin yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...”<sup>33</sup>.

Bir diğer olayda benzer bir kararın altına imza atan Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, protokolde geçen “taraflar müşterek mallarının paylaşımı konusunda ortak bir mutabakata varmış ve paylaşımı gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle birbirlerinden mal paylaşımına ilişkin olarak bir talepte bulunamayacaklarını taahhüt ederler” şeklindeki ifadeyi, tasfiye davasının açılmasına engel bir ifade olarak görmüş ve davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarını reddetmiştir<sup>34</sup>.

Yine benzer bir olayda Yargıtay “alacak” kavramını geniş yorumlayarak tasfiye davasını reddetmiştir. Kararda şu görüşlere yer verilmiştir:

“...davacı ...'nın davalı ...'dan maddî – manevî tazminat, nafaka ile ayrıca ve açıkça “alacak” talebinde bulunmadığını bildirmiş olduğuna ve beyanları duruşma tu-

<sup>32</sup> Y. 8. HD. 19.09.2013 t., 872/12674 sayılı karar. Karar için bkz. Karamercan, 330 – 331

<sup>33</sup> Y. 8. HD. 28.02.2013 t., 2012 / 5107 E., 2013 / 2379 K. (Karara iki üye muhalefet şerhi yazmıştır.) Karar için bkz. Karamercan, 325 – 326.

<sup>34</sup> Y. 8. HD. 10.10.2013 t., 3456 / 14657 sayılı karar. (Karara iki üye muhalefet şerhi yazmıştır.) Karar için bkz. Karamercan, 328,

*tanağına geçirilerek doğruluğu imzasıyla onaylandığına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün esasının açıklanan nedenlerle onanmasına...<sup>35</sup>*

Bir diğer olayda ise ilk derece mahkemesinin direnme kararı vermesi üzerine Hukuk Genel Kurulu, tasfiye davasının açılmayacağına oyçokluğu ile hükmetmiştir. HGK kararına konu olan olayda mahkeme tarafından, "...*davacının boşanma davası sırasında protokol düzenleyerek mal talebinde bulunmadığı ve bu şekilde anlaşmalı olarak davalı eski eşinden boşandığı, protokolün mahkemece onaylandığı, protokoldeki mal ibaresinin dar kapsamlı algılanamayacağı kanaatine varılmakla davanın reddine...*" karar verilmiştir.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla protokolde, " *tarafların mal talepleri yoktur*" ifadesi yer almakta, bunun dışında malla ilgili başka bir açıklama bulunmamaktadır.

Hukuk Genel Kurul Kararında şu görüşlere yer verilmiştir:

*"Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk tarafların anlaşmalı boşanma davası sırasında düzenledikleri protokolde yer alan " tarafların mal talepleri yoktur şeklindeki ifadenin, eşler arasında "mal rejiminden kaynaklanan alacak" isteklerini de kapsayıp kapsamayacağı noktasında toplanmaktadır.*

*Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle tarafların boşanmalarına ilişkin Söğüt Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesi'nin 2009/160 – 244 sayılı kesinleşen kararı ile onanan protokol hükmü uyarınca tarafların karşılıklı mal taleplerinin bulunmadığına ilişkin protokoldeki ifadenin mal rejiminden kaynaklanan alacağı da kapsadığının anlaşılmasına göre, yerel mahkemenin aynı hususları gözeterek yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, direnme kararının onanması gerekir."<sup>36</sup>*

Görüldüğü üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, protokolde geçen, " *tarafların mal talepleri yoktur*" ifadesini, edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katkı ve katılma alacağını da kapsar şekilde yorumlamış ve tasfiye davasının açılmayacağına hükmetmiştir.

### C) Şahsî Görüşümüz

Yargıtay kararları incelendiğinde, her somut olay için ayrı kararlar verildiğini görmekteyiz. Edinilmiş mallara katılma rejimi hukukumuzda yeni girdiğinden geliş-

<sup>35</sup> Y. 8. HD. 13.02.2012 t., 2011 / 4721 E., 2012 /752 K. (Karara iki üye muhalefet şerhi yazmıştır.) Karar için bkz. Karamercan, 331.

<sup>36</sup> Y. HGK. 27.11.2013 t., 8-185 E. 1601 K. (Karara 8. HD. Başkanı muhalefet şerhi yazmıştır.) Karar için bkz. Karamercan, 335 vd..

mekte olan bir konudur ve gerek doktrindeki görüşler gerekse Yargıtay kararlarında belli bir istikrar göze çarpmamaktadır.

Somut olay adaleti açısından Yargıtay'ın her olayı ayrı değerlendirip farklı kararlar vermesi doğru bir tutum olarak kabul edilmelidir. Ancak bazı genellemelerin de yapılması, özellikle çok fazla ihtilafın çıkacağı anlaşılan, anlaşmalı boşanmalarda imzalanan protokollerle ilgili bazı kuralların konulmasında fayda görüyoruz.

Kanaatimizce bu mesele önemli ölçüde sözleşmenin, dolayısıyla irade beyanlarının yorumu ile ilgili bir meseledir. Zira boşanma protokolü de bir nevi sözleşmedir. Yargıtay da açıkça ifade etmemekle birlikte önüne gelen olaylarda sözleşmede geçen ifadeleri, dolayısıyla tarafların iradelerini yorumlayarak, neyi kastetmiş olabileceklerini araştırmış ve ona göre bir sonuca gitmeye çalışmıştır. Şu halde sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için sözleşmelerin ve irade beyanlarının nasıl yorumlanması gerektiği hususu üzerinde durulmalıdır.

Yorumun amacı tarafların ortak ve gerçek iradelerinin ortaya çıkarılmasıdır. Yorum yapılabilmesi için öncelikle bir yorum uyumsuzluğunun bulunması gerekir. Bazen, geçerli bir biçimde kurulmuş sözleşmede yer alan kavram, deyim ve hükümlere taraflar farklı ve birbirine zıt anlamlar verebilirler. Bu durumda yorum uyumsuzluğu söz konusu olur. Yorum uyumsuzluğunun söz konusu olduğu hallerde hâkimin görevi, tarafların ortak amaçlarını tespit ederek taraf menfaatleri arasında adil bir denge kurmaktır. Eğer tarafların birbirine uygun gerçek iradeleri tespit edilemiyorsa o zaman farazî iradeleri tespit edilerek sözleşmenin içeriği belirlenecektir<sup>37</sup>.

Gerçek ortak arzuyu tespit etmek her zaman mümkün olmaz. Bu durumda güven teorisine göre irade beyanlarının yorumu ile farazî ortak arzu tespit edilecektir<sup>38</sup>.

Yorum yapılırken gerçek veya farazî ortak arzunun tespitinde ilk başvurulacak unsur, sözleşmede tarafların kullandıkları deyimlerdir<sup>39</sup>. Kural olarak deyimlerin, akdin kuruluşu sırasında genel anlamda kullanıldığı kabul edilir. Fakat sözleşmede kullanılan deyimın tarafların mensup oldukları çevrede özel bir anlamı varsa o deyim, bu özel anlamda kullanılmış sayılır<sup>40</sup>. Sözleşmenin kurulduğu zamanda bu tür kelime ve deyimler, tarafların da mensup olduğu iş çevresi ve ilişkilerde özel bir anlam taşıyorsa, bu anlam, günlük dildeki genel anlama üstün tutulmalıdır. Tarafların kullandığı söz ve deyimler metnin bir parçası olarak göz önünde tutulmalı, bireysel değil, beyan bütünlüğü içinde sistematik olarak değerlendirilmeli, metnin diğer parça ve unsurları

<sup>37</sup> Eren, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Düzeltilmiş 18. Baskı, İstanbul 2015, sh. 466 – 467.

<sup>38</sup> Oğuzman, M. K. / Öz, T. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 10. Bası, İstanbul 2012, sh. 194 vd.

<sup>39</sup> Yargıtay da yukarıda zikredilen kararlarında özellikle mal ve alacak kavramlarını yorumlamak suretiyle sonuca ulaşmaya çalışmıştır.

<sup>40</sup> Oğuzman / Öz, 195.

dışında tutularak tek başına yorumlanmamalıdır. Bu son ilkeye yorumda sistematik bağ adı verilir. İrade, bu iradeyi gösteren bir davranışla beyan edildiği takdirde yorum aracı sözkonusu davranış olup, toplumda bu tür sosyal bir davranışa verilen anlam esas alınmalıdır<sup>41</sup>.

Aktarmış olduğumuz bu bilgiler çerçevesinde anlaşmalı boşanmalarda hazırlanan boşanma protokolleri için şunları söyleyebiliriz.

Anlaşarak boşanmak isteyen tarafların ilk düşündükleri şey, varsa velâyet altındaki çocukların velâyetinin kimde kalacağıdır. Daha sonra nafaka, maddî – manevî tazminat, ev eşyası ve evlilik süresince edinilen malların nasıl paylaşılacağı konusu gündeme gelir. Anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşler, aralarındaki tüm ihtilafları bitirmek, boşanma sonrasına ihtilaf konusu bir husus bırakmamak arzusundadırlar. Çoğu zaman eşler yeni bir evlilik yaparak kendilerine yeni bir hayat kurmak ve eski eşlerini de tamamen unutmak isterler. Eşleri anlaşmalı boşanmaya sevk eden en önemli husus ise aralarındaki ihtilafı bir an önce bitirmek ve önlerine bakmak arzusudur. Boşanma protokolü bu amaçla hazırlanır. Hiç kimse anlaşmak suretiyle boşandığı eşi ile daha sonra tekrar mahkemelik olmak istemez. Ancak eşlerin hukukçu olmamaları, protokol hazırlarken bir hukukçudan yardım almamaları ve bazen de yardım aldıkları hukukçunun mevzuata yeterince hâkim olamaması gibi sebeplerle boşanma protokolünde boşluklar ya da yoruma açık ifadeler olur. Yukarıda zikredilen Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda da olduğu gibi eşler, aralarındaki ilişkiyi tamamen tasfiye etmek isterken bazen, *“alacağım tüm malları aldım”*, bazen *“başka bir alacağım kalmamıştır”* bazen de *“eşimden başka bir mal talebim yoktur”* gibi ifadeler kullanırlar. Bu tür ifadelerin yer aldığı bir protokolü imzalayarak boşanan eşlerin aslında boşanmanın ferî sonuçları üzerinde anlaşmak istediklerini, mal rejimi konusunu sonraya bıraktıklarını, diğer bir deyişle mal rejiminden kaynaklanan alacaklarını ileride dava açarak tahsil etmeyi düşündüklerini hiç kimse söyleyemez. Tam tersine protokol imzalanırken taraflar tüm malvarlıklarını tasfiye etmek istemektedirler. Aksi fikrin kabulü anlaşmalı boşanmanın mantığına da ters düşer. Protokolde geçen ifadeler beyanın bütünlüğü içinde sistematik olarak değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşmak gerekir. Tarafların sosyal davranışlarından yola çıkıldığında da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Çünkü sosyal bir yönü olan boşanma, tabiri caizse eski defterin kapatılıp yenisinin açılması anlamına gelir. Eski defteri kapatan eşler o defterin tekrar açılmasını özellikle bizim toplumumuzda kolay kolay istemez, hatta eskiyi hatırlatacak şeylerden bile uzak durmak isterler.

Sözleşmelerin yorumunda müracaat edilecek bazı ilkeler vardır. Bu ilkelerden konumuz açısından en önemli olanı lâfzî yorum yasağı ilkesidir. Sözleşmenin lâfzî önemli olmakla beraber, yorum yaparken kullanılan söz ve deyimlere bağlı kalınma-

<sup>41</sup> Eren, 470 - 471.

malı, tarafların gerçek veya farazî iradeleri araştırılmalıdır. Özellikle beyanın metni, beyanı oluşturan söz ve deyimler açık ve kesin değil, muğlâk ve birden çok anlama geliyorsa hâkim lâfzı arka plâna atmalıdır. Ayrıca sözleşmenin lâfzı sözleşmenin amacı ile çeliştiği takdirde de hâkim lâfza bağlı kalmamalıdır<sup>42</sup>. Bu ilkeye göre boşanma protokolleri yorumlandığında da, eğer taraflar bu protokol ile aralarındaki tüm malî konuları çözmeyi amaçlamışlarsa o zaman kullanılan deyimlere bakılmaksızın protokolün sadece boşanmanın fer'i sonuçlarını değil mal rejiminin tasfiyesini de düzenlediğini kabul etmek gerekecektir.

Sözleşmeler yorumlanırken irade beyanlarının yorumunda kullanılan güven teorisi dolaylı olarak kullanılır. Teorinin amacı taraf iradelerini doğru bir biçimde yorumlamaktır.

Teoriye göre bir beyanın anlamı tespit edilirken bu beyana muhatap olan tarafın durumu esas alınır. Hem somut olaydaki gerçek muhatabın hem de onun yerine konulan farazî muhatabın bildiği ve bilmesi gereken tüm hususlar dikkate alındığında, muhatap, beyan sahibini yanlış anlamakta haklı ise muhatabın beyana verdiği anlam esas alınır. Fakat "muhatap beyan sahibini yanlış anlamakta haksızdır, biraz dikkat etseydi doğru anlayabilirdi" diyebiliyorsak o zaman muhatap değil beyan sahibi korunacak, onun beyana verdiği anlam esas alınacaktır. Burada farazî muhatap, o iş çevresinde böyle bir beyana muhatap olabilecek makul, mantıklı, dürüst ve orta zekâlı bir insan tipidir. Şu halde gerçek muhatabın beyana verdiği anlamın yanı sıra böyle bir muhatabın beyana verebileceği anlam da araştırılmalıdır. Bu araştırmanın sonucunda farazî muhatap beyan sahibini doğru anları diyebiliyorsak beyan sahibinin gerçek, muhatabın ise farazî iradesine göre akit kurulmuş olacaktır<sup>43</sup>.

Boşanma protokollerinde de tarafların gerçek, eğer bu mümkün olmazsa farazî iradelerini tespit etmek gerekir. Doktrinde hâkim olan teorinin hukukî dayanağı MK. m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Şu halde beyanlar yorumlanırken tarafların dürüstlük kuralına göre o beyana verdiği ya da vermesi gereken anlam araştırılacaktır.

Anlaşmalı boşanmalarda eşlerden biri (ki bu genellikle erkek olur) diğer eşe bir kısım mallarını devreder, nafaka ve tazminat ödemeyi kabul eder ve aradaki ilişkiyi tamamen bitirmek ister. Bu durumda ilişkiyi bitirmek istediği için nafaka ve tazminat ödemeyi kabul eden ve bir kısım mallarının mülkiyetini boşanmak üzere olduğu eşine devretmeyi kabul eden eş, ileride mal rejiminden kaynaklanan ayrı bir davaya muhatap olmak ister mi? Elbette hayır. Onun iradesi, diğer eşe bir şeyler verip aradaki ilişkiyi tamamen sonlandırmaktır. Ancak acaba diğer eş bunu doğru anlamış mıdır? Kanaatimizce diğer eş de aynı şekilde düşünmektedir. Çoğu zaman onun da gerçek iradesi bu yöndedir. Ancak gerçek muhatap (diğer eş) bu protokolün sade-

<sup>42</sup> Eren, 473.

<sup>43</sup> Eren, 155 vd.

ce boşanmanın mali sonuçlarını düzenlemek için hazırlanmış bir protokol olduğu kanaatini taşıyor ve fakat onun yerine koyacağımız farazî muhatap bu protokolün mal rejimlerinin tasfiyesini de amaçladığını düşünüyorsa o zaman beyan sahibinin gerçek, muhatabın ise farazî iradesi üzerine sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle protokolün mal rejiminin tasfiyesini de hedefleyen bir protokol olduğu kabul edilmelidir.

Protokolün bu şekilde yorumlanmaması Sayın Kılıçoğlu'nun<sup>44</sup> da belirttiği gibi hem bitip tükenmek bilmeyen ihtilaflara yol açacağı için usul ekonomisi açısından doğru değildir hem de boşanan eşlerin uzun yıllar boyunca karşı karşıya gelmelerine neden olacağı için sosyolojik olarak doğru değildir. Öte yandan boşandıktan sonra yeniden evlenen ve kendisine yeni bir yuva kuran eşlerin aile hayatları da yıllar sonra açılan bu davalardan olumsuz yönde etkilenecektir.

İsviçre hukuk uygulaması ve doktrininde hâkim olan boşanma kararının birliği ilkesi de bu görüşlerimizi doğrulamaktadır<sup>45</sup>.

#### IV. Zamanaşımı Meselesi

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin katılma alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi ile ilgili Medenî Kanunumuzda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla beraber, evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden doğan talep hakları ile ilgili olarak TMK. m. 178'de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükmüne göre, "*Evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden doğan dava hakları boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*".

Bu maddede düzenlenen dava haklarının, boşanmanın fer'i niteliğinde olan talepler olduğu kabul edilmektedir. Bu talepler TMK. m. 174'de düzenlenmiş olup, eşlerin maddî ve manevî tazminat talepleri ile TMK. m. 175'de düzenlenen yoksulluk nafakasıdır. Bununla beraber Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 26.05.2009 tarih ve 873/2621 sayılı kararıyla bu hükmün edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacakları için de geçerli olacağına hükmetmiştir. Fakat bir direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, katılma alacaklarında zamanaşımı süresinin TMK. m. 5'in yollaması ile TBK. m. 146 (eski BK. m. 125) hükmüne göre on yıl olduğunu kabul etmiştir (Y. HGK. 17.04.2013 tarih, 2013 – 8 – 375 E., 2013 – 520 K.)<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Kılıçoğlu, 38 – 39.

<sup>45</sup> Bu ilkeye göre, İsviçre Hukukunda hâkim, boşanma kararı verirken, aynı zamanda, resen, boşanmanın çocuğa ilişkin sonuçlarını (velâyet, iştirak nafakası ve kişisel ilişki), düzenlemekte ve mal rejiminin tasfiyesini yapmakta (ki bu tasfiye, edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına sahip olan eşin ve alacak tutarının tespitine yöneliktir); son olarak da talep üzerine eşlerin maddî – manevî tazminat ve/veya yoksulluk nafakası taleplerine cevap vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bak. Gümüş, 295 vd.; Aynı görüşte Şıpka, 164 – 165.

<sup>46</sup> Kılıçoğlu, 161 vd.

Katılma alacaklarında zamanaşımı süresinin on yıl olarak kabul edilmesi doktrininde bir takım haklı eleştirilere yol açmıştır.

En önemli eleştiri, uzun zamanaşımı süresinin sonunda dava açılması halinde boşanan eşler arasındaki ihtilafın 15 – 20 yıl daha devam edeceği, bunun da önemli sorunlara yol açacağı eleştirisidir. Bu konuda Kılıçoğlu şunları söylemektedir<sup>47</sup>:

*“Eşlerin boşanma davasının kanun yollarının tüketilmesi suretiyle en iyimser bir tahminle asgari üç yılda sona erdiğini, boşanma kararının kesinleştiğini kabul edelim. Bu tarihten itibaren eşler katkı ve katılma alacağı davasını on yıl süreyle açabilecektir. Bu örnekle her bir eş on üç yılın bitimine kadar katkı – katılma alacağı davası açabilecektir. Açılan bir davanın en iyimser bir tahminle üç yıl sürdüğünü kabul edelim. Bu durumda boşanma davasının açılmasından itibaren eşler bu alacak davaları nedeniyle on altı yıl boyunca karşı karşıya getirilmiş olmaktadır. Eşleri ya da ölümleri halinde mirasçıları bu denli uzun yıllar boyunca karşı karşıya getirmek eşler, çocuklar, mirasçılar bakımından kabul edilemez bir çözüm tarzıdır. Boşanma ya da evliliğin iptali ile son bulmuş bir evlilikte, eşler yeni evlilik yapmış, hatta bu evlilikten çocuklara karışmış olabilirler. Yani başladıkları hayatlarında bu tür davalarla muhatap olmaları onlar için huzursuzluk ve mutsuzluk kaynağı olacaktır. Bu kadar uzun süre eşleri ya da mirasçıların evlilik süresince katkı ve katılma alacağına ilişkin ispat araçlarını bulmalarını, korumalarını beklemek de isabetli olamaz. Evlilik Hukuku ile Borçlar Hukukunun farklı özellikleri vardır. Evliliğin sona ermesi halinde tarafların yeni bir hayat kurmaları önceki evlilik dönemini kapatmaları huzur ve mutlulukları açısından önemlidir.”*

Kılıçoğlu'nun bu eleştirilerine aynen katılıyoruz. Öte yandan delillerle ilgili söylenenlere de katılmamak mümkün değildir. Bizim aile yapımızda ve geleneklerimizde belge biriktirme alışkanlığı da bulunmadığı için zaten bu tür olaylarda ciddi bir ispat güçlüğü yaşanmaktadır. Boşanan eşlerin yıllar öncesinden kalan belge ve bilgileri uzun süre saklamaları da kendilerinden beklenemez. Hatta eski kötü hatıraların izini silmek için çoğu zaman geçmiş hatırlatan şeyler ortadan kaldırılır. Bu nedenle, zamanaşımı süresinin on yıl olarak kabul edilmesi halinde boşanan eşlere yıllarca belge saklama yükümlülüğü getirilmiş olur ki bu da doğru bir çözüm tarzı değildir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, TMK. m. 5'den hareketle TBK. m. 146'yı uygulamıştır. Oysa TMK. m. 5'de *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikteki hükümleri, uygun düşüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.”* denilmektedir. Yani bu hükme göre TBK'nın bir hükmünün tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanabilmesinin ön şartı, bu hükmün sözkonusu özel hukuk ilişkisinin bünyesine uygun düşmesidir<sup>48</sup>. Daha açık bir söyleyişle, Borçlar Kanunu'nun genel kurallarının Me-

<sup>47</sup> Kılıçoğlu, 169.

<sup>48</sup> Edis, S. Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basımdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, sh. 248; Oğuzman / Barlas, Medenî Hukuk, 19. Bası, İstanbul 2013, sh. 60.

denî Hukuk ilişkilerinde uygulanması, bu ilişkilerin niteliği ve özellikleriyle sınırlıdır. Borçlar Kanunundaki genel kural Medenî Hukuk müessesesinin bünyesine ve niteliğine aykırı düşecekse MK. m. 5'e rağmen bu kural uygulanmaz. Meselâ Medenî Kanun'un evlenme ile ilgili hükümleri karşısında evlenme akdinin muvazaalı olduğundan söz edilerek BK. m. 19 (eBK. m. 18)'a göre geçersiz olduğu ileri sürülemez<sup>49</sup>.

Yargıtay, TMK. m. 5'den hareketle katılma alacağı davasında TBK. m. 146 (eBK. m. 125)'nin uygulanacağını içtihat etmiş ve 10 yıllık zamanaşımına hükmetmiştir. Oysa TBK. m. 146 (eBK. m. 125)'da borç ilişkilerinden doğan alacakların zamanaşımı düzenlenmektedir. Katılma alacağı ise bir borç ilişkisinden doğmadığı gibi borçlar hukuku kaynaklı bir alacak da değildir. Bu müessese bir aile hukuku müessesesidir. Aile hukukunun kendine özgü yapısı ve özellikleri dikkate alındığında TBK. m. 146 (eBK. m. 125)'nin katılma alacağına uygulanmasının mümkün olmadığını söylemek gerekir. Zira TMK. m. 5'de aranan "uygun düşme" şartı burada gerçekleşmemektedir.

Bu noktada Borçlar Kanunu hükümlerinin Medenî Hukukun diğer alanlarında nasıl uygulanacağı sorusunu da cevaplandırmak gerekmektedir.

Edis'e göre borçlar hukuku kuralları medenî hukuk ilişkilerinde ya doğrudan doğruya ya da kıyas yoluyla uygulanır. İlk olarak bazı fiilî durumlardan doğan tazminat ve sebepsiz zenginleşme iddiaları (meselâ karışma ve birleşme hali gibi) ve bu konudaki sorumluluk şartları bütünü ile borçlar kanununun uygulama alanına girmektedir. İkinci olarak, Medenî Kanun tarafından düzenlenmiş olmakla birlikte aslında borçlar hukuku sözleşmesi olan sözleşmelere de borçlar hukuku kuralları doğrudan uygulanır. Örneğin irtifak haklarının tesisine ilişkin sözleşmeler, önalım sözleşmesi rehin hakkı ya da mülkiyeti nakleden akitler gibi. Üçüncü olarak, Medenî Kanun'un bir hukukî durumu sadece bazı yönleri ile düzenlediği ve aynı hukukî durumun diğer yönleri için Borçlar Hukukuna yollama yaptığı hallerde de borçlar hukuku kuralları doğrudan uygulanır. Örneğin kişilik haklarının ihlali Medenî Kanun'da düzenlenmişse de TBK. m. 49 (eBK. m. 41)'da düzenlenen hukuka aykırılık bunlar için de aranan bir şarttır. Ve nihayet Medenî Kanunda bir hukuk kuralının unsuru olarak kullanılan kusur, zarar, sebepsiz zenginleşme, sözleşme gibi bazı kavramların medenî hukuk ve borçlar hukukundaki anlamları aynıdır. Bu durumda da borçlar hukuku kuralları medenî hukuk alanında doğrudan uygulanır<sup>50</sup>.

Kıyasen uygulama ise genellikle Medenî Kanunda hüküm bulunmayan hallerde<sup>51</sup> sözkonusu olur ki inceleme konumuz açısından da böyle bir durum ile karşı karşıya bulunmaktayız.

<sup>49</sup> Edis, 258.

<sup>50</sup> Edis, 255 – 257.

<sup>51</sup> Oğuzman / Barlas, 61 – 62; Edis, 257.



Oğuzman / Barlas da, borçlar hukuku kurallarının medenî hukuk alanında doğrudan doğruya ya da kıyas yoluyla uygulanacağını ifade ettikten sonra, doğrudan uygulamanın hukukî dayanağının aslında TMK. m. 5 değil, m. 1 hükmü olduğunu savunmaktadır<sup>52</sup>.

Bu bilgiler çerçevesinde katılma alacağı konusunda Borçlar Kanunu'nun zama-  
naşımına ilişkin 146. maddesinin doğrudan uygulanmasını gerektiren bir durumun  
söz konusu olmadığını söyleyebiliriz. Bu uygulama olsa olsa kıyas yoluyla yapılan bir  
uygulamadır<sup>53</sup>. Eğer kıyas yoluyla bir uygulama yapılacaksa, bizim kanaatimize göre  
katılma alacağı davalarında TBK. m. 146'nın değil TMK. m. 178'in uygulanma-  
sı doğru olacaktır. Zira TBK. m. 146 borçlar hukuku ilişkilerini düzenlemektedir.  
TMK. m. 178 ise aile hukuku ilişkilerini düzenleyen hatta daha özel olarak boşanma-  
nın malî sonuçlarına ilişkin bir hükümdür. Bilindiği üzere kıyasen uygulama yapılır-  
ken mahiyeti itibariyle somut olaya ya da ilişkiye en uygun hüküm hangisi ise onun  
tatbik edilmesi gerekir. Boşanmanın mali sonuçları ile ilgili açılan davaların zama-  
naşımı süresini düzenleyen TMK. m. 178'de süre bir yıl olarak düzenlenmiştir. Bunun  
sebebi, boşanan tarafların aralarındaki ihtilafların bir an önce sona erdirilmesine du-  
yulan ihtiyaçtır. Bu ihtiyaç mal rejimlerinin tasfiyesi konusunda da aynen mevcuttur.

Açıkladığımız nedenlerden ötürü her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu  
TBK. m. 146'ya göre zamaşımı süresinin on yıl olduğuna hükmetmişse de bu  
görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Sürenin bir yıl olarak belirlenmesinin doğru  
olacağı kanaatindeyiz.

## **KAYNAKÇA**

- Akıntürk, T. / Karaman, D. A.: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, II. Cilt, Gözden Ge-  
çirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010.
- Ateş, T.: Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Edis, S.: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basımdan Tıpkı Basım, Ankara  
1993.
- Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Düzeltilmiş 12. Baskı, İstanbul 2015, sh. 466  
– 467.
- Gümüş, M. A.: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK.  
m. 185 – 281), İstanbul 2008.
- Karamercan, F.: Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Ankara 2014.

<sup>52</sup> Oğuzman / Barlas, 61.

<sup>53</sup> Yukarıda zikredilen Hukuk Genel Kurul Kararında, zamaşımı konusunda TMK. m. 178'in ne-  
den uygulanamayacağı ifade edilirken, “Bu düşünce tarzının, esasen bir kıyas olmayıp, genişletici  
bir yorum olduğu ileri sürülse de, maddenin Kanun sistematigi içinde bulunduğu yer nazara alın-  
dığına, bu fikir zamaşımında kıyas yasağına takılacaktır” denilmektedir. Ancak buna rağmen  
Yargıtay, TMK. m. 5 hükmü ile TBK. m. 146'yı uygularken kıyasen bir uygulama yapmıştır.

- Kılıçoğlu, A. M.: Katkı – Katılma Alacağı, 5. Bası, Ankara 2014.
- Oğuzman, M. K. / Barlas, N.: Medenî Hukuk, 19. Bası, İstanbul 2013.
- Oğuzman, M. K. / Öz, T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 10. Bası, İstanbul 2012.
- Özdamar, D. / Kayış, F.: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 2. Baskı Ankara 2014.
- Şıpka, Ş.: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- : Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Zeytin, Z.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005.