

**ESKİ MEDENİ KANUN ZAMANINDA
EVLENEN KİŞİLERİN MAL REJİMİ TASFİYESİNDE
BAZI HUKUKİ SORUNLAR**

*Prof. Dr. Şeref ERTAŞ**

Sorunsal : Mal rejiminin tasfiyesinde, emeğin katkı alacağı olarak değerlendirilmesi, artık değer payının hakkaniyet gereğince indirilmesi

A. SORUNLAR

4721 sayılı TMK.nun uygulanmasına ilişkin 4722 sayılı yasa hazırlanırken en önemli sorunlardan birisi, yeni Medeni Kanunumuzun kabul ettiği edinilmiş mallara katılma rejiminin daha önceki evliliklere uygulanıp uygulanmayacağı idi. Bu konuda 4722 sayılı Uygulama Kanununda 10.m. ile :

“(1) 4721 sayılı TMK.nun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar, tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimini seçmedikleri takdirde, bu tarihten başlamak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılır

(2) Şu kadarki eşler yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesi ile yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler”.

Hükmü konularak ortalama bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Burada üç şey vurgulanmaktadır:

* Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

• Önceki Medeni Kanun zamanında evlenmiş eşler yeni TMK.nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar edindikleri mallara başka bir akdi mal rejimi kararlaştırmamışlarsa, önceki MK.nun mal ayrılığı hükümleri uygulanır.

• Eşler isterlerse, yeni TMK.nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde başka bir mal rejimini seçerek, örneğin yeni TMK.nun edinilmiş mallara katılma rejimini seçerek, geçmişe yürürlüklü olarak evliliklerinin başlangıcından itibaren kendilerini bu mal rejimine tabi tutabilirler.

• Eşler bir yıl içinde bu konuda bir sözleşme yapmamış iseler, yeni TMK.nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra edindikleri mallara, yeni TMK.nun edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanır.

Kısacası, yeni TMK.nun özellikle kadınları korumaya yönelik olduğu ileri sürülen hükümlerinin, Önceki MK.nun yürürlüğü zamanında edinilmiş mallara da uygulanması kabul edilmemiştir. Ahmet Kılıçoğlu¹, ki kendisi “edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olması için büyük gayret sarfetmiştir”, bunun gerekçesini şöyle ifade etmektedir.

“Geçmişe etkili yasa çıkarmak “kanunların geçmişe etkili olamayacağına ilişkin hukukun en temel ilkesine aykırıdır...Yeni mal rejimi ile getirilen bir yasanın yürürlüğe konulması suretiyle bir eşin diğerine evlilik süresince edinilen mallar nedeniyle milyarlarca lira borç altına sokması da geçmişe uygulanmaz...743 sayılı Önceki Medeni Kanuna ilişkin 864 sayılı Tatbikat Kanununda birinci maddesinde kanunların makabiline uygulanamayacağını açıkça dile getirmişti. Alman Medeni Kanununun (BGB) yürürlüğe girmesine ilişkin Kanununun (EGBG) 15.m.sinde de açıkça mal rejimine ilişkin hükümler evlenmenin yapıldığı tarihte geçerli olan ...hükümlere tabi olmaya devam eder kuralının konmuştur. İsviçre Medeni Kanunu Tatbikat Kanun 1.m.de de aynı ilke kabul olunmuştur... Hukukun bu temel ilkesini yok etmeyi gerektirecek bir neden yoktur”.

¹ **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi s. 63 vd. Bununla birlikte 4722 sayılı Yürürlük Kanunu 2.m. yeni “TMK.nun kamu düzeni ve genel ahlaki sağlamaya yönelik kuralları hakkında ayırık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanacağını” belirtmektedir. Yani bu konudaki kuralların geçmişe de uygulanacağını söylemektedir.

Yeni TMK.nun mal rejimine ilişkin kurallarını, kanun yürürlüğe girmesinden önce edinilmiş mallara uygulanmaması için daha pek çok gerekçe bulunabilir. Ancak aksine sözleşme yapabilme, yani yeni yasal mal rejimini, daha önce kazanılmış mallara da yayabilme özgürlüğünü bir yıl ile sınırlandırmanın haklı gerekçesini anlamak mümkün değildir. Bu eşlerin, mal rejimlerini serbestçe seçebilme ilkesine de aykırıdır.

4722 sayılı TMK. Yürürlük ve Uygulamasına İlişkin kanunun bu 10.m.sine göre, taraflar arasında mal rejimine ilişkin olarak evliliklerinin başladığı tarihten 4721 sayılı TMK.nun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002 tarihine kadar olan devrede 743 sayılı MK.daki, mal ayrılığı yasal rejimi, bu tarihten sona edinilmiş mallarda da 4721 sayılı TMK.daki edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir.

743 sayılı EMK.nın yürürlük zamanında evlenmiş ve evlilikleri 7421 sayılı TMK.nun yürürlüğü zamanında sona ermiş eşlerin malvarlıklarının tasfiyesinde çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Birincisi,743 sayılı Medeni Kanun zamanın diğer eşin maledinmesine katkılarda bulunan eş, evlilik 7421 sayılı TMK.nun yürürlüğü sırasında sona ererse, katkıda bulunduğu bu malvarlığından ne ölçüde bir pay alabilir ?

İkinci önemli husus, yeni TMK. hükümlerine göre tasfiyede, TMK. 229.m. malvarlığının sona ermesinden önceki üçüncü kişilere yapılan ivazsız kazandırmaların, edinilmiş mallara ilavesini öngörmektedir. Halbuki eşler bu gibi hileli temlikleri daha ziyade, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapmaktadır. Bu tür ivazsız hileli temlikleri, edinilmiş mallara eklemeyecek miyiz?

Üçüncüsü, bir eşin diğer eşten TMK. 227.m.ye göre “değer artışı payı alacağını” hangi grup mal varlığına ilave edeceğiz.

Dördüncüsü, katkı alacağına ilişkin kesin yargı hükmünü doğrudan lehine TMK. 229.m. çerçevesinde kalan üçüncü kişilere karşı doğrudan infazı mümkün olabilecek midir?

Beşincisi, TMK. 236.m. 2.f.ye göre kusurlu eşin bir katılım alacağı yoksa, sadece katılım borcu varsa indirim nasıl olacaktır.

Örnek bir olay verip, bu soruları onun üzerinde tartışmanın doğru olacağı düşüncesindeyim. Örneğin Ali ile Ayşe 1990 yılında evlenmişler,

5.10.2010 tarihinde Ali'nin zinası nedeniyle açılan boşanma davası sonunda 10.5.2011 tarihinde de boşanmışlardır. Mimar olan Ayşe ev kadınlığının yanında Ali'nin inşaat şirketinde mimar olarak çalışmakta, mesai karşılığı her hangi bedel almamaktadır. Ali Ticaret Lisesi mezunudur. Ailenin tüm gelirleri Ali'nin banka hesabında toplanmaktadır. Bu banka hesabında toplanan paralarla, 1995 yılında Ali Üzerine İzmir Bornova'da 100.000 liraya bir dükkan, 2000 yılında 150.000 liraya bir daire satın alınmıştır. Ali ile Ayşe bu daireyi aile konutu olarak kullanmaktadır. Boşanma davasının açıldığı tarihte Ali'nin banka hesabında 500 bin lira Ayşe'nin banka hesabında ise 50.000 lira vardır. Ali, boşanma davası açmadan 6 ay önce, Annesinin 150.000 liraya satın aldığı dairenin 100.000 lirasını ödemiş, boşanma davası açıldıktan sonrada bankadaki 500.000 liranın 300.000 lirasını babası Hayri'nin banka hesabına aktarmış, 200.000 lirasıyla da İstanbul Bakırköy'de bir daire almış fakat bu daire iş arkadaşı Hasan'ın adına tescil edilmiştir, boşanma davası açılmadan önce aile konutu terk eden Ali şimdi bu dairede, muvazaalı olarak Hasan'la yaptığı kira sözleşmesi ile oturmaktadır.

01.01.2002 tarihinden önce edinilmiş mallara mal ayrılığına ilişkin 743 sayılı Medeni Kanunun hükümlerine tabi olacak, bir mal rejimi tasfiyesi söz konusu olmayacaktır.

Bu durumda, 4721 sayılı TMK.nun kazanılmış mallara ilişkin hükümleri sadece, mal rejiminin sona erdiği tarihte Ali'nin banka hesaplarında bulunan 500.000 nakit para hakkında uygulama imkanı bulacaktır.

B. 743 SAYILI MEDENİ KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE EŞİN KATKI ALACAĞI

743 sayılı mülga Medeni Kanun, mal ayrılığı rejimini yasal mal rejimi kabul ettiğinden, eşler arasındaki evlilik boşanmayla sona erdiğinde, eşlerin birbirinin malları üzerinde her hangi bir paylaşım hakkı mevcut değildir. Boşanma halinde herkes kendi mal varlığını alıp ayrılmaktadır.

Ancak bu sistemde, eşlerin birbirlerine mal edinmelerinde katkıları dolayısıyla, onların mal varlığını zenginleştirdikleri halde, boşanma halinde bu artıştan hiç pay alamaması hakkaniyete aykırı bulunmuştur. Bu durum özellikle, çalışma hakları eski MK.na göre kocanın iznine bağlı evli kadın-

ların ağır mağduriyetine sebep olmuştur². Yargıtayımız 1990 yılından sonraki içtihatlarında³, bir eşin diğer eşin malvarlığını kazanmasında bu şekilde özel bir katkısı olduğu görülürse, bu fedakârlığının karşılığı olarak, diğer eşin malvarlığından sağladığı, bir değer artışı için denkleştirme tazminatı talep edebileceği kabul edilmiştir. 7.10.1953 tarih 8/7 sayılı YİBK da, Yargıtay, bir eşin bir taşınmaz edinmesinde, bedelin tamamını diğer eşe ödemiş olsa bile, bu eşe aynı nitelikte bir hak tanınmayacağı görüşünü benimsemiş idi. Bunun mahzurlarını gidermek, dengelemek için Yargıtayımız bu şekilde diğer eşin bir malı edinmesinde katkıda bulunan eşe, bir değer artışı için katkı alacağı tanımış bulunuyor. Bu değer artışı katkı alacağı yeni TMK.nun 227.m.sindeki “değer artışı alacağı” ile aynı niteliktedir⁴

Örnek konusu olayda taraflar arasındaki evlilik ilişkisi süresinde, Ayşe'nin Ali'ye göre daha fazla gelir sahibi olabileceği, ayrıca diğer eşe mesleki faaliyetlerinde yardımcı olduğu görülmektedir. Örnek olayda evlilik süresince 2002 yılına kadar tüm taşınır taşınmaz mallar, koca Ali adına alınmış, nakitler Ali'nin banka hesabında toplanmıştır.

Ali boşanma davasının açıldığı tarihinden sonra üzerindeki malları, hileli olarak⁵ anne babası ve iş arkadaş üzerine devrettiği görülmektedir.

- Bu durumda, tarafların evlendikleri 1990 yılından, 1 Ocak 2002 yılına kadar, tarafların birlikte kazandıkları fakat, davalının üzerine geçirilmiş olan bu mallarının:

	<u>Değeri</u>	<u>Edinme Tarihi</u>
Dükkan	100.000.	1995
Ev	150.000.	2000

TOLAM DEĞER : 250.000 lira

² Bkz bu konuda haklı eleştiriler, A. **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 60 vd.

³ Örneğin 28.9.1994 tarihli YHGK (YKD. 1994, sayı s. 1895, sy. 12); 8.HD. 01.03.2011 Tarih, 2010/6209 E., 2011/1087 K. (YKD. 2011, s. 1981, sy. 11).

⁴ Bu konuda Ö. Uğur **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 700 vd.; Faruk **Acar**, Mal Rejimleri, Eşin Miras Payı, s. 162 vd.

⁵ Davacı eşin katılım alacağını ortadan kaldırmak amacıyla anlamında.

Tasfiye işleminin yapıldığı tarihte bunların yüzde elli değer kazandığını farz edersek, Ali'nin üzerindeki kazanılmış malların değeri toplam 375.000 lira olacaktır.

Edinilmesinde Ayşe'nin en az yüzde elli katkısının olduğu kabul edilmelidir.

Katkı alacağı talebinde bulunan eşin bu katkıyı kanıtlaması gerekir. Eşlerin meslek ve çalışma durumları dikkate alındığında Ali'nin kazandığı bu malların yarısının hatta yarısından fazlasının Ayşe'nin katkısı ile kazanılmış olduğu kabul edilebilir. Ayşe hem çalışmasını hem de kazancını Ali'nin mesleki başarısı için ona tahsis etmiştir.

Bu durumda Ali'nin 1.1.2002 tarihine kadar edinmiş olduğu 375.000 liralık değerdeki malvarlığı değerinin en az yarısı oranında (187.500 lira) Ayşe'nin, Yargıtay İçtihatları ile benimsenmiş olan katkı alacağı olduğunun kabulü gerekir. 743 sayılı MK.nun yürürlük zamandaki katkı alacakları Borçlar Kanunu hükümlerine dayanmış olması sebebiyle bu alacakların BK 125.m.deki 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir⁶. Dolayısıyla bu tür katkı alacakları için TMK. 178.m.deki 1 yıllık zamanaşımı uygulanmamaktadır.⁷

C. EŞLERİN 4721 SAYILI TMK.na GÖRE MAL REJİMİ TASFİYE PAYI KATILIM ALACAĞI

1. Genel Olarak

Örnek olayda eşler,743 sayılı Medeni Kanunun yürürlükte olduğu bir zamanda evlenmişler, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanunun yürürlükte olduğu 2011 yılında boşanmışlardır.

TMK. 225.m.ye göre evlilik boşanmayla sona ermiş ise mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarihte (örnek olay 05.10.2010) sona ermektedir.

⁶ Yargıtay 8.HD.si 01.03.2011, YKD. 2011, s. 1982, sy. 11.; 8.HD. 03.07.2010 T., 2010/1855 E., 3896 K., YKD. 2011, s. 243, sy. 2.

⁷ Ancak biz bu alacağın nedenin sebepsiz zenginleşme olması nedeniyle TBK. 82.m.deki iki ve on yıllık süreye tabi olması gerektiği düşüncesindeyiz. Karı koca arasındaki mal edinimi bir adi ortaklık olduğu kabul edilirse TBK. 146 (BK. 125) m. uygulanabilir.

Boşanma sebebi, Ali'nin bir başka kadınla evlilik dışı ilişkilerde bulunmuş olmasından kaynaklanmaktadır.

TMK 221.m.ye göre “bir mesleğin icrası veya bir ticari işletmenin faaliyetleri sonucu edinilen malvarlığı, aksi kararlaştırılmadıkça edinilmiş mal sayılı” ve TMK.236.m.ye göre tasfiyede katılım alacağına konu olur⁸. Bu malların yerine geçen mallar da kazanılmış mal sayılmaktadır.

Ali'nin, mal rejiminin sona erdiği tarihte banka hesabındaki para meblağları, aksi davalı tarafından kanıtlanmadığı sürece bu şekilde bir kazanılmış malvarlığına dahildir.

Dava konusu olayda, 7421 sayılı Medeni Kanununun edinilmiş mallara katılma rejimi sadece davalının mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut banka hesaplarındaki 500.000 liralık edinilmiş mallarına uygulanabilir.

2. Değer Artışı Katkı Alacağı (TMK. 227)

TMK. 227.m. bir eş diğer eşin bir malı edinmesine katkıda bulunmuş ise, tasfiye halinde ona, tasfiye payı (TMK. 236) dışında bir katkı alacağı tanımıştır.

Eşin katkısı, diğer eşin belli bir malı edinmesine parasal katkı şeklinde olabileceği gibi, eşin tüm malvarlığının değerini artırıcı global nitelikte bir katkı da olabilir. Örnek olayda Ayşe, boşandığı eşi Ali'ye hem ticari faaliyetlerde çalışarak, hem de kazandığı paraları katkı olarak, davalıya destek için vererek davalının bu malvarlığını edinmesine katkıda bulunmuştur.

Katkı, bir malın edinmesine parasal nitelikte katkı olabileceği gibi emek harcamak şeklinde katkı da olabilir⁹. Katkının malın edinilmesi anında olabileceği gibi daha sonra onun kredi borcunun taksitler halinde ödenmesi suretiyle de olabilir. Yine katkının edinilen veya mevcut malın değerinin artmasını sağlayan bir onarım veya bir ilavenin yapılması şeklinde de olması mümkündür. Örneğin bir eşin diğer eşin arsası üzerine bina inşaa etmesi gibi.

⁸ 8.HD. 6.4.2010 T., 2010/58 E., 2010/1634 K., YKD. 2011, s. 1207, sy. 7.

⁹ Faruk Acar, a.g.e., s. 171 “katkı para harcaması tarzında olabileceği gibi...başka türlü de olabilir, örneğin çalışma (işgörme) türü katkı böyledir”.

Örnek olayda Ayşe evlendikten kocası Ali'nin yaptığı işte ona emeği, bilgisi ile destek olmuş bunun karşılığı her hangi ücret almamıştır. Çalışma karşılığı elde ettiği kazancının da davalıya katkı olarak verdiği vermiştir. TMK. 227.m.ye göre “eşlerden biri diğer eşin bir malı edinmesine uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuş ise, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışından katkısı oranında alacak hakkına sahip olur”.

Katkı hangi malvarlığından yapılmış ise, katkı alacağı da o malvarlığına dahil olur. Emek ve emek ile elde edilen kazançlar kazanılmış mal sayıldığından, Ayşe'nin Ali'den alacağı değer artışı katkı alacağı da onun kazanılmış malvarlığına girecektir¹⁰.

3. TMK.229.m.ye Göre İlaveler

TMK. 229.m. iki tür ivazsız kazandırmaların, eşlerin edinilmiş mallarına ilavesini öngörmektedir. Bunlar :

- Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında karşılıksız kazandırmaları.
- Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılım alacağını azaltma kasdıyla yapmış olduğu kazandırmalar.

İlavenin mümkün olması için üçüncü kişilere yapılan kazandırmaların karşılıksız yeni TMK. 285.m. anlamında bir bağış olması lazımdır. Diğer yönden olağan (örf gereği) bağışlamalar, ahlaki bir görevin yerine getirilmesi amacıyla yapılmış kazandırmalar bu hükmün dışında olduğu gibi¹¹, eşin rızasıyla yapılmış kazandırmalar da bu hükmün dışındadır. Eşin rızasından ne anlaşılır? Kanımızca burada eşin rızasından kasıt, eşin TMK. 229.m. doğan ekleme talebin feragat etmesidir. Bu böyle bir amaç olmaksızın, sadece eşin bağışa onay vermesi bu talep hakkını ortadan kaldırmaz. Eş bu rızayı bağış-

¹⁰ Kazanılmış mallardan yapılan katkının karşılığı değer artışı alacağı, katkı yapan eşin yine kazanılmış malına döneceğinden, bu halde paylaşımın matematiksel olarak eşe bir kazanç sağlamaz. Ancak eş katkısını, kişisel mallarından yapmış ise, 227.m.deki katkı alacağı o eşin kişisel malvarlığına döndüğünde bu maddenin önemi vardır.

¹¹ Bu hüküm (TMK. 229/1), TMK. 565/3 m. tenkise konu murisin son bir yıl içinde yaptığı kazandırmalara benzediğinden TMK. 565/3 ile ilgili açıklamalar, TMK. 229/1 için de geçerlidir. Bkz. İnan/Ertas/Albaş, Miras Hukuku, 8.bası, s. 342 vd.

tan önce verebileceği gibi bağıştan sonra da verebilir. Rızanın geçerliliği bir şekle tabi tutulmamıştır.

TMK. 229.m. 2.bentte ise, bir eşin diğer eşin katılım alacağını azaltmak için kazanılmış mallardan üçüncü kişilere yaptığı karşılıksız kazandırmaların eklenmesini öngörmektedir. Bu durum murisin saklı payları azaltmak kastıyla yaptığı sağlar arası kazandırmalara benzediğinden TMK. 565/4.m. ile ilgi Miras Hukukundaki açıklamalar burada da dikkate alınmalıdır¹². Muvazalı taşınmaz temliklerinde ise, temlik geçersiz olduğundan, TMK. 229.m.nin uygulanması yerine, tapu iptal davası ile taşınmaz tekrar diğer eşin malvarlığına geri döndürülmelidir.

Örnek olayda Ali, boşanma davasının açılmasından 6 ay önce annesinin bir ev edinmesi de ona 100.000 liralık karşılıksız bir kazandırma yapmıştır. Bu kazandırmayı Ayşe, Ali'nin kazanılmış mallarına ilave edilmesini talep edebilir. Burada alınan evin değeri değil, evin edinilmesi için verilen 100 bin lira para dikkate alınmalıdır. Bu miktara, mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki dönem için, enflasyon dikkate alınarak, yasal faiz oranı nispetinde ilave yapılabilir¹³. Yasal faiz oranını yüzde on kabul edersek iki yıllık enflasyon farkı 20.000 lira dolayısıyla ilave edilecek miktar 120 bin lira olacaktır.

TMK. 229.m. mal rejiminin sona ermesinden önce yapılmış karşılıksız kazandırmaları, eşlerin kazanılmış malvarlığına eklenmesini öngörmekte, mal rejimi sona erdikten sonra yapılmış benzer karşılıksız temlikler hakkında hüküm koymamaktadır. Kanımızca maddenin amacından hareketle, evveliyetle bu tür karşılıksız kazandırmalar da eşlerin kazanılmış mallarına TMK. 229.m. uyarınca ilave etmek doğru olacaktır. Bu bakımdan Ali'nin babasının banka hesabına aktardığı 300 bin lira ve iş arkadaşına muvazalı olarak aldığı ev için verdiği 200 bin lirada Ali'nin malvarlığı için var sayılmıştır.

4. Edinilmiş Mallar

Yukarıda açıklandığı üzere Ali'nin edinilmiş 500 bin liralık malına, annesine yaptığı 120.000 liralık bağışı TMK. 229.m.ye göre ilavesi gereklidir. Ali'nin toplam malvarlığının değeri 620 bin lira olacaktır.

¹² Bkz. İnan/Ertay/Ablaş, a.g.e., s. 343 vd.

¹³ TMK. 234.m. bu konunun takdirini hakime bırakmıştır.

Örnek olayda davalının mal rejiminin sona erdiği tarihte, banka hesabındaki 500 bin liralık malvarlığının yarısı olan 250 bin lirayı ve TMK. 227.m. uyarınca eklenecek 120 bin liranın 60 bin lirası değer artışı katkı alacağı olarak davalıdan talep etme hakkı vardır Bu Ali'nin malvarlığının pasifinde, Ayşe'nin kazanılmış malvarlığının aktifinde yer alır. Bu durumda edinilmiş malların durumu

Ali	Ayşe
500.000+120.000-310.000 (TMK.227)	310 (TMK.227)+50.000 liradır.
Sonuç: 310.000	360.000

5. Katkı Alacağının Hesabı

Edinilmiş mallara katılma rejiminde TMK. 236.m.sine göre her eş diğer eşin “artık değerinin yarısı üzerinde hak sabi olmaktadır.

Diğer taftan TMK. 236.m. 2.f.ya göre zina veya cana kast sebebiyle boşanma halinde hakime artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak indirme veya tamamen kaldırma konusunda takdir yetkisi verilmiştir.

Eşlerin mallarının değeri, mal rejiminin sona erdiği ana göre değil, tasfiyenin yapıldığı tarihe göre belirlenir (TMK. 235). Elden çıkan ancak TMK. 229.m.ye göre malvarlığına ilave edilen değerler ise, devir tarihindeki sürüm değeri esas alınmaktadır. Örnek olayda Ali'nin bu surette elden çıkardığı değerler ise banka hesaplarındaki 500.000 lira paradır¹⁴. Eğer banka hesabındaki para meblağı döviz cinsinden yabancı para ise bunların tasfiye anındaki değerleri esas alınır (TMK. 232).

Bu bakımdan devir tarihinden sonra para değerindeki artışlar veya düşüşler dikkate alınmayacaktır. Söz konusu para ile bir başkasına (davalının babası) bir taşınmaz alınmış ise ki örnek olayda böyle bir durum mevcuttur, taşınmazın tasfiye sırasındaki evin değerinin mi yoksa bu evin alınması için davalı tarafından verilmiş olan para miktarının mı esas alınacağı tereddüt konusu olmaktadır. Söz konusu kazandırma (ev için bağışlanan para) malrejimi sona ermeden önce yapılmış ise TMK. 229.m.ye göre edinilmiş mallara

¹⁴ Bu miktarı hakim TMK.234.m.ye göre enflasyon oranı nispetinde artırabilir.

ilave olduğu için kanımızca TMK. 235.m. 2.f.nın açık ifadesi karşısında alınan evin değeri değil, verilen para miktarı esas alınması lazımdır.

Mal rejimi sona erdiğinde mevcut olan bir mal daha sonra hasara uğramış, yok olmuş ise, bu dikkate alınmaz.

Bu kurallar çerçevesinde tarafların durumu, mal rejiminin tasfiyesi halinde hak edebilecekleri **tasfiye payı değerlendirilir ise :**

6. Eşlerin Malvarlığı Durumu

Eşlerin kişisel malları paylaşımına tabi olmadığı dikkate alınmamıştır. Önce eşlerin kazanılmış mallarının, tasfiye anındaki değerine göre tespit yapmak lazımdır.

Ayşe'nin edinilmiş mal varlığı	Ali'nin¹⁵ edinilmiş malvarlığı
360.000 (=310 bin +50 bin)	310.000 (=620.000:2)

7. Eşlerin Değer Artış Katkı Payı Alacağı

Yukarıda belirtildiği üzere TMK.227.m. uyarınca eşlerden birinin edindiği mallara diğer eş uygun bir bedel almadan karşılık almadan katkıda bulunmuş ise, tasfiye anında bu katkının sağladığı değer artışı kadar pay alması gerekli bulunmaktadır. Bu miktar katkıda bulunan eş için bir alacak hakkı (aktif) diğer eşin kazanılmış malı için pasif yani borç olarak dikkate alınır. Ayşe tüm mesleki bilgisini ve kazancını Ali'nin yapmış olduğu ticari faaliyetlere tahsis etmiştir. Ayşe'nin diğer eşin kazancına bu surette en az yüzde elli katkıda bulunduğu kabul edilebilir.

Bu sebeple Ali'nin 620.000 liralık kazanılmış mal varlığının yarısının Ayşe'nin katkısı ile sağlandığı dolayısıyla TMK. 310.000 liralık TMK. 227.m.ye göre öncelikte bir değer artışı alacağı olduğu kabul edilmelidir. Bu miktar çıkarıldıktan sonra davalının paylaşımına konusu olabilecek, kazanılmış malların gerçek miktarı ortaya çıkacaktır (TMK. 231).

¹⁵ Ali'nin 620 bin liralık malvarlığının yarısı (310.000) lira Ayşe'ye TMK. 227.m.ye göre katkı alacağı olarak verilmektedir.

8. Artık Değere Katılım Payının Hesabı

TMK. 229.m.ye göre eklemeler, TMK. 227.m.ye göre değer artış payı ve TMK. 230.m.ye göre denkleştirmeden sonra tarafların TMK. 231.m. uyarınca belirlenecek paylaşmaya esas kazanılmış artık değer, malvarlığı değeri şu şekilde olacaktır.

Ayşe'nin artık değerleri	Ali'nin artık değerleri
360.000 lira (TMK.227)-25.000	310.000 lira + 25.000
- 25.000	Ayşe'nin Ali'ye katılım borcu

Bu durumda MK. 236.m. 1.f.ya göre yapılacak paylaşımında, Ayşe'nin Ali'nin 310.000 liralık edinilmiş malının yarısını yani 155.500 lira, Ali'nin de Ayşe'nin 360.000 liralık edinilmiş malından 180.000 katkı alacağı ortaya çıkmakta, karşılık mahsup ile Ali Ayşe'den sonuç olarak 25.000 alacaklı hale gelmektedir.

TMK. 236.m. 1.f.ya göre her eş diğerinin kazanılmış mallarının yarısının değeri oranında, mal rejiminin tasfiyesinden katılım alacağına sahip olmaktadır. Dolayısıyla Ayşe, Ali'nin 310.000 liralık kazanılmış mallarının 310.000 lirasının yarısı olan 155.000 lira katılıma alacağına sahip olurken, Ali de Ayşe'nin 360.000 liralık kazanılmış mallarının yarısı yani 180.000 lira katılım alacağına sahiptir. Alacaklar, karşılıklı olarak takas edildiğinde yukarıdaki tablo ortaya çıkmaktadır.

D. DAVALININ DEĞER ARTIŞI PAYININ İNDİRİLMESİ

TMK. 236.m.2.f.ya göre evlilik zina veya cana kast nedeniyle boşanmayla sonra ermiş ise hakime kusurlu eşin artık değer payını hakkaniyete göre indirme hatta tamamen kaldırma yetkisi tanınmıştır. Bu noktayı takdir ederken hakimin, alacaklı eşin mali durumunu, davalının kusurunun ağırlığı, borçlu eşe katkısının kapsamı ve niteliğini göz önünde tutmalıdır.

Örnek olayda, Ayşe, tüm emeğini, mesleki bilgisini evlilik süresince Ali'nin ticari başarısı için harcamıştır. Ali ise, evlilik dışı başka bir kadınla ilişkisi nedeniyle boşanmaya sebep olmuş, tüm kazanılan malları kendi üzerinde tutmuş, boşanma sonucu Ayşe sıfır malvarlığı ile kalakalmıştır.

Bu durumda Ali'nin Ayşe'nin TMK. 227.m. uygulaması ile elde ettiği kazanılmış mallarından yüzde elli pay alması hakkaniyete uygun değildir. Buna karşılık Ayşe TMK. 236.m. 1.f.ya göre davalının kazanılmış malvarlığının yüzde ellisini alma hakkı vardır.

Sonuç olarak, Ayşe'nin 360.000 liralık malvarlığından Ali, TMK. 236.m. 2.f.uyarınca bir değer artış payı alamayacak fakat Ayşe, Ali'nin 310.000 liralık kazanılmış malvarlığından yüzde elli yani 155.000.000 liralık artık değer tasfiye payı olmuş olacaktır.

Buna göre TMK. 236.m.ye göre yapılan paylaşım sonucunda tarafların hukuki durumu şu şekildedir.

	Ayşe	Ali
EMK.ya göre katkı alacağı	187.500 (=375.000:2)	187.500
TMK. 236 tasfiye payı	155.000 Ali'den katılım payı alacağı	155.000 = (310.000 :2)
Kendi kazanılmış malı	360.000	Ali pay alamıyor TMK. 236 II
TOPLAM	650.000 LİRA	350.000

Ali'ye 4721 sayılı TMK.'dan önce kazanılmış mallarından 187.500 liralık malvarlığı kalmıştır.

Örnek konusu olayda malvarlığının tamamı Ali'nin üzerinde bulunmaktadır. Bu sebeple Ayşe, Ali'den toplam 650.000 lira alacağı mevcuttur. Bu miktarın 187.500 lirası Eski medeni Kanunu hükümlerine göre talep edeceği, katkı payı alacağı,310 bin lirası da 4721 sayılı TMK.227.m. hükümlerine göre, katkı payı alacağı ve 155.000 lirası ise TMK. 336.m.ye göre edinilmiş mal rejiminin tasfiyesinden doğan değer artışı katkı payı alacağıdır.

E. EŞLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI TALEP HAKKI

1. Talebin Kapsamı

Üçüncü kişilerin sorumluluğu iki bakımdan sınırlanmıştır. Birincisi kendisine yapılmış olan karşılıksız kazandırma miktarını aşamaz, ikincisi ise, alacaklı eş sadece borçlu eşinden tahsil edemediği miktar ölçüsünde, bu üçüncü kişilerden talepte bulunabilir. Diğer taraftan, üçüncü şahsın sorumluluğu sadece kendisine yapılmış olan malvarlığı ile sınırlı olmayıp, üçüncü şahsın bu sınırlar içinde diğer malvarlığı ile de sorumluluğu vardır. Kendisine yapılmış kazandırmaları elden çıkarmış olması, başkalarına devir etmiş olması veya bu malların hasar görmesi sorumluluğunda bir değişiklik yaratmaz.

a. Mal Ayrılığı Rejiminden Doğan Katkı Alacağı

TMK. 236.m.ye göre belirlenen katılım alacağını, Ali'nin mevcut malların tahsil edemeyen Ayşe, tahsil edemediği miktar oranının da TMK. 229.241.m.ye göre lehine ivazsız kazandırma yapılan üçüncü kişilerden talep edebilir.

Mal rejiminin tasfiyesi sonunda 650.000 liralık bir tasfiye alacağı görülmektedir. Bunun 187.500 lirası, önceki Medeni Kanuna göre içtihatlarla tanınmış bir alacak hakkıdır. Bu borcun kaynağının ne olduğu yasada açıklanmış değildir. Ancak bunun sebepsiz zenginleşme kalıbı içinde bir alacak olduğu kanısındayız. Bu alacağın TMK. 241.m. anlamında üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak İİK.nu 277.m. çerçevesinde tasarrufun iptali cihetine gidilebilir.

Diğer taraftan, Ali'nin anne-babası ve iş ortağı olan bu üçüncü kişiler kötüniyetli olup, davalının diğer eşin katkı alacağını ortadan kaldırmak için bu işlemleri yaptığını bilmekte onunla işbirliği içindedir, bu fiilleri TBK. 49.m. 2.f.anlamında, ahlaka aykırı olarak kasten başkasını zarar verme niteliğinde olduğu için, diğer eşin bu suretle uğradığı zararları tazmin etmekle sorumludurlar.

b. Edinilmiş Mallara Katılma Alacağı

Buna karşılık Ayşe'nin 515.000 liralık katılım alacağını, borçlu Ali'nin malvarlığından tahsili mümkün olamaz ise, Ayşe bu miktarı lehine kazan-

dırma yapılan üçüncü kişilerden, özellikle banka hesaplarına para aktarılan, üzerine taşınmaz alınan Ali'nin anne-babasından, evlilik dışı ilişkiden bulunduğu metresinden talep edebilir.

TMK. 241.m. sadece TMK. 236.m.ye göre “katılım alacağının” lehine ivazsız kazandırma yapılan üçüncü kişilerden talep edilebileceğini söylemektedir. Aynı hükmün TMK. 227.m.ye göre belirlenen katkı payı değer artışı alacağı içinde geçerli olacağı düşüncesindeyiz.

2. Yapılan Kazandırma Tarihi Bakımından

Üçüncü kişilerin sorumluluğu iki bakımdan sınırlanmıştır. Birincisi kendisine yapılmış olan karşılıksız kazandırma miktarını aşamaz, ikincisi ise, alacaklı eş sadece borçlu eşinden tahsil edemediği miktar ölçüsünde, bu üçüncü kişilerden talepte bulunabilir.

TMK. 229.m. mal rejiminin devamı içinde üçüncü kişilere yapılmış karşılıksız kazandırmaların, paylaşmaya konu tarafın ilgili malvarlığına ilave edilmesini ve TMK. 241.m. borçlu eşin malvarlığından karşılanamayan eksik katılım alacağının bu üçüncü kişilerden talep edilebileceğini düzenlemektedir.

Mal rejiminin sona erdiği tarihten sonra bir eşin diğer eşin katılım alacağının tahsilini imkânsız kılacak hileli karşılıksız üçüncü kişilere yapılan kazandırmalar için açık bir yasal düzenleme yoktur. Eş Ali, boşanma davası açılıp, yasal mal rejiminin sona ermesinden sonra, banka hesaplarını boşaltıp, Ayşe'nin katılım alacağını imkânsız kılmak için bu paralarla, babası ile iş arkadaşı üzerine para, mal aktarmaları yapmış ise TMK. 241.m.deki talep hakkını onlara karşı da tanımak gerekir.

Esasen TMK. 241.m. kanuna karşı hilenin tipik bir halidir. Eşin katılım alacağını ortadan kaldırmak için diğer eşin dürüstlük kurallarına aykırı işlemlerini önlemektir. Bu hileli işlemler, mal rejiminin sona ermesinden önce yapılmışsa diğer eşe tanınmış olan TMK. 241.m.deki başvuru hakkını, evveliyetle eşin mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılmış hileli karşılıksız kazandırmalar için de tanımak lazımdır. Benzer uygulama TMK. 236.m.2 f.nin uygulamasında da vardır. Bu hüküm cana kast halinde hakime kusurlu eşin katılım alacağını indirme yetkisi vermiştir. Cana kast yerine, eylem tamamlanıp eş öldürülmüş ise, hakim eş katili eşin katılım alacağını

indiremeyecek midir? Tabii ki evveliyetle indirmelidir. Aynı düşünce tarzı bir eşin kötüniyetle, mal rejiminin sona ermesinden sonra yaptığı karşılıksız kazandırmalarda TMK. 229 ve 241.m.nin evveliyetle uygulanması için geçerlidir.

3. Üçüncü Şahsa İhbar Koşulu

Mahkeme kararları sadece taraflar arasında kesin hüküm yaratır. Dava taraf olmayanlara karşı uygulanmaz. TMK.229. m.3.f.da de bu genel kuralın bir istisnası vardır. Katılım alacağı hakkına sahip eş, lehine karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişilere, katılım alacağı davasını ihbar etmiş ise, davalı eş aleyhine alınmış ifa kararı, davalı eşten tahsil edilemeyen miktar ile sınırlı olarak lehine TMK.229.m. anlamında karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişilere karşı da doğrudan infaz kabiliyetine sahiptir. Üçüncü kişilerin bu hükme göre sorumluluğu, davalı eşten tahsil edilemeyen ve üçüncü şahsa yapılmış karşılıksız kazandırma miktarı ile sınırlı bir sorumluluktur. İlgili çekici olan yasanın üçüncü kişinin kastını, kötüniyetini aramış olmasıdır. Katılım alacağının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, üçüncü şahsın, kendine yapılan kazandırmanın, eşin katılım alacağını tehlikeye düşürdüğünü bilmesi aranmamıştır.

Lehine TMK.229.m. anlamında kazandırma yapılan kişinin karşılıklı kazandırma yaptığı diğer üçüncü kişilere karşı, eksik kalan miktarla sınırlı da olsa katkı alacağının ileri sürülmesini yasa tanımamıştır. TMK. 241.m. 3.f. tenkis davasının hükümlerine yollama yapmaktadır. Yargıtayımız¹⁶, lehine sağlararası tenkise tabii kazandırma yapılan kişilerin cüz'i halefleri kötüniyetli ise onlara karşıda tenkis hakkının kullanılabileceğini kabul etmektedir. Benzer bir uygulamanın burada da yapılması uygun olur.

Mal rejimi tasfiye davası açıldığında Ali'nin üzerine 375 bin liralık malvarlığı olup,500 bin liralık banka hesabı boşaltılmış durumdadır. Ayşe'nin yukarıdaki TMK. 236.m. çerçevesinde örnek hesaba göre 515.000 liralık tasfiye alacağı mevcuttur. Bunun 375 bin liralık kısmının Ali'nin mevcut malvarlığından tahsil edebileceği varsayılırsa, eksik kalan 160.000

¹⁶ YİBK. 13.1.1973 T., 7/1 sayı, bkz. İnan/Ertas/Ablaş, a.g.e., s. 383.

liralık tasfiye alacağını, Ali'nin karşılıksız kazandırma yaptığı anne-babası ile işortağından TMK. 241.m.ye göre talep edebilir.

Değer katkı alacağının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için TMK. 229.m. 3.f. davanın üçüncü kişilere ihbar edilmiş olmasını yeterli görmektedir. Benzer hüküm katılım alacağının üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi için TMK.241.m.'de yer almamakla birlikte, her iki maddeyi birbiri ile bağlantılı yorumlamak gerekir.

4. Birden Fazla Borçlu Üçüncü Kişi Olması

Tasfiye payı alacaklarından sorumlu olan birden fazla kişi varsa bunların sorumluluğu ne tür olacaklardır. Sorumluluk paylı mı, müteselsil mi olacak, sorumlulukta bir tertip (sıra) olacak mıdır?

TBK. 162.m. 2.f. birden fazla kişi bir borç için sorumlu ise, hukuki işlemle kabul etmedikçe veya kanunda açık bir hüküm olmadıkça sorumluluklarının müteselsil olamayacağını düzenlemiştir. Bu bakımdan birden fazla TMK. 241.m.'ye göre başvurulabilecek 3. kişi varsa bunların müteselsil değil paylı olarak sorumlu olduğu sonucuna varmak lazımdır.

TMK. 241.m. 3.f. bu konuda "mirasta tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını" söylemektedir. Bu durumda eşin malvarlığından karşılanamayan miktarın, üçüncü kişilere yapılan kazandırmalara oranlanarak tenkis davasında TMK. 563.m.ye göre orantılı olarak temin edilmesinin doğru olacağı düşüncesindeyim. Burada TMK. 570.m.deki gibi tarih sırasına göre, en sondan başlanarak, eksik kalan kısmın tamamlanmasını hakkaniyete uygun bulmuyoruz.

F. MAL REJİMİ TASFİYE DAVASININ NİTELİĞİ

Boşanma sonunda TMK.178.m. çerçevesinde açılacak davalar bir ifa, alacak davasıdır. Aynı nitelikte davalardan değildir. TMK. 178. ve 241.m.ler bu davaları bir ve beş yıllık zamanaşımna tabi kılmıştır. Davacı eş bu davaları, hakkının ihlal edildiğini öğrendiği tarihten itibaren bir her halde mal rejiminin sona ermesinden itibaren en geç beş yıl içinde açmalıdır. Beş yıllık sürenin boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren başlaması daha doğru olurdu. Çünkü mal rejimi, boşanma kararı ile değil boşanma davasının açıldığı tarihte sona ermektedir. Açılan dava altı yıl sürmüş ise, eşin dava

açma hakkı zamanaşımına uğramış olmaktadır. Ayrıca boşanma davası reddedilmiş ise, boşanma davası açılmış olmasına rağmen eşler arasında mal rejimi sona ermiş sayılmamakta devam etmektedir. Bu halde TMK.166 V.göre üç yıl sonra açılacak davalar boşanmayla sona erse bile bir ve beş yıllık süreler çoğu zaman geçmiş olabilir.

Diğer önemli bir noktada, dava değerinin belirsizliğidir. Eşler çoğu zaman birbirinin malvarlığı hakkında tam bir bilgiye sahip değildir. Dolayısıyla davanın başlangıcında, harca esas değeri belirtebilecek durumda değildirler. Fazlaya ilişkin haklarını saklı tutsalar bile, bunları ıslah yoluyla yasadaki süre içinde talep etmez iseler haklarının zamanaşımına uğrama tehlikesi vardır. Bu sebeple HMK. 107.m.göre asgari miktar üzerinden “belirsiz alacak davası” olarak bu davayı açmalarına imkân verilmelidir.

SONUÇ

743 sayılı Medeni Kanun zamanın diğer eşin mal edinmesine katkılarda bulunan eş, evlilik 7421 sayılı TMK.nun yürürlüğü sırasında boşanmayla erdiğinde, yapmış olduğu katkının değeri oranında bir tazminat hakkı vardır.

TMK. göre yapılan tasfiyelerde üçüncü kişilere, sadece mal rejiminin sona ermesinden önceki karşılıksız kazandırmalar değil, rejim sona ermesinden sonra da yapılmış, özellikle diğer eşin katılım alacağını azalmak kasdıyla yapılmış tüm kazandırmalar TMK.229.m.ye göre borçlu eşin kazanılmış malvarlığına ilave edilmelidir.

TMK. 227.m.ye göre talep edilen katkı alacağı, katkı hangi malvarlığından yapılmış ise, alacaklı eşin o malvarlığına ilave edilmelidir.

Borçlu eşten, tahsil edilemeyen eksik kalan katkı alacakları, mal rejimi tasfiye davasının ihbar edildiği üçüncü kişilerden de tahsil edilebilir. Bu açıdan hakim kararında bu noktayı da belirtmelidir. Üçüncü kişilerin sorumluluğu müteselsil değil, paylıdır.

Cana kast veya zina sebebiyle boşanma hallerinde, kusurlu eşin katılım alacağını indirilebilir veya tamamen kaldırılabilir.

Mal rejimi tasfiye davaları HMK. 107.m. anlamında belirsiz alacak davası olarak açılabilir.