

KATILMA ALACAĞININ İFASINDA TAKASA İLİŞKİN SORUNLAR

ISSUES ON THE COMPENSATION REGARDING PERFORMANCE OF THE PARTICIPATION RECEIVABLE

*Arş. Gör. Dr. Işıl YELKENCİ**

Öz

TMK m. 236/I, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağının ifası bağlamında özel bir uygulama alanına sahip olan takası düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, her eş diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olacak ve alacaklar takas edilecektir. Çalışmamız, bu düzenleme ve mal rejimlerini konu alan diğer düzenlemeler ışığında düşünüldüğünde katılma alacağının ifasında takasa ilişkin olarak tespit edilebilecek çeşitli sorunları irdelemektedir. Bu çerçevede konu öncelikle kavram ve terminoloji açısından ele alınmış; hükümde gerçek anlamda bir takasın söz konusu olup olmadığı, katılma alacağına verilecek anlam ışığında değerlendirilmiştir. Ardından takasın gerçekleşmesi bakımından takası savunma olarak ileri süren eşin dava açmasının zorunlu olup olmadığı Yargıtay'ın bu konudaki değişen yaklaşımı da açıklanmak suretiyle ele alınmıştır. Peşinden mal rejimi kaynaklı olmayan alacakların TMK m. 236/I uyarınca takasının mümkün olmadığı tespitinde bulunulmuştur. Ayrıca TMK m. 239/I'de düzenlenen katılma alacağını ayın olarak ifa etme yetkisi ve TMK m. 239/II'de düzenlenen katılma alacağının ifasının ertelenmesi imkânının, takası bloke edici etki yaratmayacağı açıklanmıştır. Zira katılma alacağının ifası bağlamında takas kanun gereği kendiliğinden gerçekleşmekte olduğu için, hem TMK m. 239/I'e hem de TMK m. 239/II'ye kıyasla önceliklidir.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Katılma Alacağı, Takas.

* Araş. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8458-0820, isil.yelkenci@marmara.edu.tr.

Abstract

Turkish Civil Code Art. 236/I holds a statutory provision on the compensation which occupies an important place for the matrimonial regime of participation in acquired property and performance of participation receivable. Per TCC Art. 236/I, each one of the spouses is entitled to the half of the other spouse's residual value and the receivables are compensated. Our study analyzes certain legal issues on such compensation in the light of TCC Art. 236/I and other provisions regarding matrimonial regimes. Within this scope, the subject is firstly treated from a conceptual and terminological point of view, so that whether a 'compensation' in the narrow sense occurs. Then, the question of whether the spouse pleading compensation as a defense is obliged to sue the other spouse is discussed in the light of Court of Cassation's recently revised standpoint. Following, it is argued that compensation per TCC Art. 236/I is not allowed for receivables not related to matrimonial regime. It is also asserted that the possibility to pay the participation receivable in kind under TCC Art. 239/I and to postpone the payment under TCC Art. 239/II shall not block the compensation. As compensation regarding participation receivable operates *per se*, it is prioritized over both TCC Arts. 239/I and II.

Keywords: Regime of Participation in Acquired Property, Participation Receivable, Compensation.

GİRİŞ

Takas, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağının ifası bağlamında özel bir uygulama alanına sahiptir. Konu, TMK m. 236/I'de düzenlenmiş bulunmaktadır. İlgili hüküm uyarınca, *“Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değer in yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir.”*

Bu düzenleme ve mal rejimlerini konu alan diğer düzenlemeler ışığında düşünüldüğünde, katılma alacağının ifasında takasa ilişkin olarak beş sorun tespit etmek mümkündür. **İlk olarak** konunun kavram ve terminoloji açısından ele alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, hükümde gerçek anlamda bir takasın sözü konusu olup olmadığı ve Yargıtay'ın kararlarında yer verdiği “takas mahsup” ifadesinin ne derece isabetli olduğu değerlendirilmelidir. **İkinci olarak** katılma alacağı davalarında takasın bir savunma olarak dikkate alınması için bu savunmada bulunan davalının karşı dava veya ayrı bir dava açmasının zorunlu olup olmadığı incelenmelidir. **Üçüncü olarak** alacakların konusu bakımından takasın kapsamı ele alınmalı ve özellikle mal rejimi kaynaklı olmayan alacakların TMK m. 236/I uyarınca takasının mümkün olup olmadığı irdelenmelidir. **Dördüncü**

olarak TMK m. 239/I'de düzenlenen katılma alacağını ayın olarak ifa etme yetkisinin takası bloke edici bir etki yaratıp yaratmayacağı, takasın aynı cinsten alacaklara ilişkin olması zorunluluğu bağlamında gündeme gelen bir sorun olarak tartışılmalıdır. **Beşinci olarak** ise katılma alacağı'nın ifasının TMK m. 239/II uyarınca ertelenmesinin takasa etkisi değerlendirilmelidir.

I. Kavram ve Terminoloji: Yargıtay'ın “Takas Mahsup” İfadesi İsabetli Bir Tercih midir?

Takas ve mahsup, uygulamada sıklıkla karıştırılan hukuki kavramlardır. Bunun bir sonucu olarak takas ve mahsup terimleri sanki aynı anlama geliyor-muşçasına biri diğ erinin yerine geçecek şekilde veya birbirinin anlamını pekiştiriyormuşçasına birlikte kullanılmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın mal rejimine ilişkin bazı kararlarında da, “takas mahsup” ifadesinin bir kelime grubu olarak kullanıldığını görmek mümkündür¹.

Esasen takas (*compensation/Verrechnung*) ve mahsup (*imputation/Anrechnung*) birbirlerinden farklı kavramlardır. Takas ile mahsup arasındaki en temel fark, takas bağlamında karşılıklı iki alacak söz konusuysen; mahsup bağlamında tek bir alacağın söz konusu olmasıdır². Mahsup, alacağı doğ uran olayla ilgili olarak alacaklının elde ettiği bazı faydaların veya borçlunun katlanmak zorunda kaldığı bazı kayıpların brüt alacaktan düşülmesi ve bu suretle net alacağın tespit edilmesidir³. Yani mahsup, gerçek alacak miktarının hesaplanmasına ilişkin bir yöntemdir. Dolayısıyla takasın aksine mahsupta iki farklı alacak karşılıklı olarak sona ermez. Bu ayrıma göre, takas ile mahsup kavramlarının birbirlerini dışlayıcı olduğu ve Yargıtay'ın takas ile mahsup terimlerini birlikte kullanmasının isabetsiz olduğu söylenebilir.

¹ Örneğin bkz. Yarg. 8. HD., E. 2013/18689 K. 2014/152 T. 14.01.2014 (Lexpera): “(...) eşlerden birinin açtığı mal rejiminden kaynaklanan alacağa ilişkin davada, davalı durumundaki diğ er eşin **takas mahsup** talebinde bulunması (...)”. Yarg. 8. HD., E. 2017/16961 K. 2019/2478 T. 11.03.2019 (Lexpera): “Mahkemece davalının **takas mahsup** talebi üzerinde yeterince durulmadan, araştırma ve inceleme yapılmadan hüküm kurulması da doğru olmamıştır.”

² **Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 1013; **M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2020, para. 1897-1898; **Fahrettin Aral**, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 2010, s. 23-24; **Hüseyin Murat Develioğlu**, Takas (Kavram – Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması – Takasın Hukuki Sonuçları), İstanbul 2012, s. 23.

³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1013; **Develioğlu**, s. 21.

Peki TMK m. 236/I bağlamında takastan mı yoksa mahsuptan mı bahsetmek daha doğru olur; hangisini kullanmak daha isabetlidir? Aslında bu sorunun cevabı, katılma alacağı kavramına verilecek anlamla bağlantılıdır. Bu çerçevede iki farklı yaklaşımın varlığından bahsedilebilir⁴.

Öğretide ileri sürülen bir görüş uyarınca, her bir eşin artık değerinin ikiye bölünmesi formülü ile diğer eşin artık değer alacağının tespit edilmesi; karşılıklı artık değer alacaklarının hâkim tarafından TMK m. 236/I uyarınca resen işleme tâbi tutulması neticesinde tek bir katılma alacağının hesaplanması gerekmektedir. Sonuç olarak mal rejimi tasfiyesi, **sadece eşlerden birisi lehine tek bir katılma alacağı ortaya çıkarır; eşlerden biri alacaklı öbürü borçlu olacaktır**⁵. Örneğin kadın eşin artık değeri 100.000 TL olsun; buna göre erkek eşin 50.000 TL artık değer alacağı olur. Diğer yandan erkek eşin artık değeri 80.000 TL olsun; buna göre kadın eşin 40.000 TL artık değer alacağı olur. Bu çerçevede yalnızca erkek eş, 10.000 TL katılma alacağına sahiptir. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde, hâkimin karşılıklı artık değer alacaklarını TMK m. 236/I uyarınca resen tâbi tuttuğu işlem, takas olarak nitelendirilemez. Zira bu bağlamda karşılıklı iki alacağın birbiriyle örtüştüğü oranda sona ermesi değil; tek bir alacağın hesaplanması söz konusudur. Dolayısıyla söz konusu işlem, mahsup kavramına daha yakın durmaktadır⁶.

Buna karşılık Türk öğretisindeki daha yaygın kabul, her bir eşin artık değerinin ikiye bölünmesi formülü ile diğer eşin katılma alacağının hesaplanacağı yönündedir. Buna göre **eşlerden her biri için ayrı ayrı katılma alacağı vücut bulacak; eşlerin her biri hem alacaklı hem borçlu olacaktır**⁷. Örneğin kadın

⁴ Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. **Mustafa Alper Gümüş**, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane "Katılma Alacağı" Doğar?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6 S. 1 (2009), s. 91 vd.

⁵ **Mustafa Alper Gümüş**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 - 281), İstanbul 2008, s. 379-380; **Gümüş**, Katılma Alacağı, s. 98-100; **M. Beşir Acabey**, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020, s. 175.

⁶ Bununla birlikte katılma alacağına ilişkin bu belirttiğimiz görüşü savunan *Gümüş*'ün kendisi, burada ne takas ne de mahsuptan bahsedilebileceğini; yasal bir hesap artışı teorisinin uygulama alanı bulduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 380; **Gümüş**, Katılma Alacağı, s. 106.

⁷ Örneğin bkz. **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, s. 59; **Suat Sarı**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 244; **Şükran Şıpka**, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011, s. 266; **Faruk**

eşin artık değeri 100.000 TL olsun; buna göre erkek eşin 50.000 TL katılma alacağı olur. Diğer yandan erkek eşin artık değeri 80.000 TL olsun; buna göre kadın eşin 40.000 TL katılma alacağı olur. Yani her bir eş, diğerine karşı katılma alacağına sahiptir. Ancak tasfiye süreci içerisinde karşılıklı katılma alacakları hakim tarafından TMK m. 236/I uyarınca resen işleme tâbi tutulur. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde, hâkimin karşılıklı katılma alacaklarını TMK m. 236/I uyarınca resen tâbi tuttuğu işlem, takas olarak nitelendirilebilir.

Katılma alacağı kavramına ilişkin ilk yaklaşım, kanunun amacına daha uygun görünebilir. En nihayetinde edinilmiş mallara katılma rejiminin amacı, artık değeri daha az olan eşin artık değeri daha fazla olan eşe karşı bir alacak talebi ileri sürmesi ve böylelikle bir dengenin sağlanmasıdır. Bu sistem içerisinde eşlerin her birinin diğerinden ayrı ayrı alacaklı olduğunu kabul etmenin (ve dolayısıyla artık değeri daha fazla olan eşin de artık değeri daha az olan eşten alacaklı olduğunu kabul etmenin) ilk bakışta anlamlı bir yanı yoktur. İsviçre öğretisinde de yalnızca artık değeri daha az olan eş lehine tek bir katılma alacağının ortaya çıkacağı kabul görmektedir⁸. Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde diğer yaklaşımın benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu durum büyük ihtimalle Yargıtay'ın çözmek durumunda kaldığı somut uyuşmazlıklarda kimi zaman çift taraflı ve külli bir tasfiye yapmanın mümkün olmamasından ileri gelmektedir. Bu çerçevede her bir eşin artık değerinin ikiye bölünmesi suretiyle diğer eşin katılma alacağı hesaplanmaktadır:

*“Dava, katılma alacağı isteğine ilişkin bulunduğu göre, öncelikle dava konusu taşınmazın edinilmiş mal olup olmadığının belirlenmesi, edinilmiş mal olduğunun saptanması halinde davalının edinilmiş malının (TMK.nun 219.m.) değerinden varsa bu mala ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan **artık değer**in*

Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2021, para. 903 ve 942.

⁸ **Heinz Hausheer/ Regina E. Aebi-Müller**, Basler Kommentar, Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (ed.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel 2022, Art. 215 para. 11; **Daniel Steck/Roland Fankhauser**, Kommentar zum Familienrecht, Roland Fankhauser (ed.), Scheidung, Band I: ZGB, Bern 2022, Art. 215 para. 2; **Isabelle Nuspliger**, Orell Füssli Kommentar, Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (ed.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2021, Art. 215 para. 3; **Alexandra Jungo**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (ed.), Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 215 para. 2; **Paul-Henri Steinauer**, Commentaire Romand, Pascal Pichonnaz / Bénédicte Foëx (ed.), Code civil I, Art. 1-456 CC, Bâle 2010, Art. 215 para. 6.

(TMK.nun 231.m) yarısının (TMK.nun 236/1.m) davacının katılma alacağı hakkı olduğu hesaplanarak hüküm kurulması gerekir.⁹

Sonuç olarak Yargıtay'ın benimsemiş olduğu yaklaşıma göre TMK m. 236/I bağlamında takastan bahsedilmesi ve “takas mahsup” ifadesi yerine yalnızca takas teriminin kullanılması daha doğru olacaktır. Uygulamayı ön planda tutan çalışmamızda da takasa ilişkin sorunlar Yargıtay'ın pratik zorunluluktan kaynaklanan bu yaklaşımı esas alınarak değerlendirilmiştir.

Her halükârda TMK m. 236/I bağlamındaki takasın, borçlar hukukundaki takastan ayrıışan bir özellik taşıdığı gözden kaçırılmamalıdır. TBK m. 139 vd.'nda düzenlenen borçlar hukukundaki takas, tek taraflı bir irade beyanıyla ileri sürüldüğü takdirde hüküm doğurur¹⁰. Oysa TMK m. 236/I bağlamındaki takas, taraflardan herhangi birinin irade beyanına ihtiyaç duymaz ve hâkim tarafından resen nazara alınır¹¹. Burada **kanun gereği gerçekleşen bir takastan** bahsedilebilir¹². Borçlar hukukundaki takastan en azından bu yönüyle ayrıışan bir takas söz konusudur. Bu itibarla TMK m. 236/I'de düzenlenen takasın, eşlerin birbirlerinden olan diğer alacaklarına ve üçüncü kişilerin eşlere karşı olan alacaklarına karşı önceliği bulunmaktadır¹³.

⁹ Yarg. 8. HD., E. 2012/2119 K. 2012/3980 T. 08.05.2012 (Lexpera). Benzer ifadeler için bkz. Yarg. 8. HD., E. 2012/5755 K. 2013/13 T. 14.01.2013 (Lexpera); Yarg. 8. HD., E. 2013/9629 K. 2013/8684 T. 10.06.2013 (Lexpera).

¹⁰ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1019; **Oğuzman/Öz**, para. 1876; **Aral**, s. 175; **Develioğlu**, s. 212.

¹¹ **Kılıçoğlu**, s. 65; **Zafer Zeytin**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005, s. 225; **Sarı**, s. 244; **Şıpka**, s. 267-268; **Acar**, para. 1185.

¹² **Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser**, Berner Kommentar, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Bern 1992, Art. 215 para. 13; **BSK-Hausheer/Aebi-Müller**, ZGB Art. 215 para. 10; **FamKomm-Steck/Fankhauser**, ZGB Art. 215 para. 7; **OFK-Nuspliger**, ZGB Art. 215 para. 3; **CHK-Jungo**, ZGB Art. 215 para. 2; **CR-Steinauer**, CC Art. 215 para. 7; **Fatih Karamercan**, “Türk Borçlar Hukukunda Takas”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5 S. 1 (2018), s. 278.

¹³ **BSK-Hausheer/Aebi-Müller**, ZGB Art. 215 para. 10.

II. Katılma Alacağı Davalarında Takasın Savunma Niteliği: Takasın Bir Savunma Olarak Dikkate Alınması İçin Dava Açılması Zorunlu mudur?

Mal rejimi bağlamında takasa ilişkin olarak Yargıtay uygulamasını meşgul eden en önemli soru, takasın gerçekleşmesi bakımından takası savunma olarak ileri süren eşin dava açmasının zorunlu olup olmadığıdır.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin önceki kararlarında, takasın gerçekleşmesi bakımından takası savunma olarak ileri süren eşin de harç ödeyerek katılma alacağını talep ettiği bir karşı dava veya ayrı dava açmış olması aranmaktaydı. Yani eşlerden yalnızca biri katılma alacağını talep ettiği bir dava açmışsa ve diğer eş katılma alacağını talep ettiği karşı bir dava yahut ayrı bir dava açmaksızın takası yalnızca savunma olarak ileri sürmüştü, tek taraflı tasfiye yapılıyordu. Çift taraflı tasfiye yapılmıyor ve takas gerçekleştirilmiyordu. Örneğin kadın eşin artık değeri 100.000 TL ve erkek eşin artık değeri 80.000 TL olsun; kadın eş mal rejiminin tasfiyesi ve 40.000 TL katılma alacağının talebiyle dava açmış olsun; erkek eş ise yalnızca savunma olarak diğer eşten 50.000 TL katılma alacağı bulunduğunu ileri sürmüş olsun. Burada Yargıtay, 50.000 TL ve 40.000 TL'yi takasa sokmamakta; tek taraflı tasfiye yapıp kadın eş lehine 40.000 TL katılma alacağına karar vermekteydi. Bu yaklaşım, Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 2010 tarihli bir kararında yer alan şu ifadelerde yansımaları bulmuştur:

“Ne var ki, takasın yapılabilmesi için takas isteğinde bulunan kişinin de artık değeri istemesi gerekir. Davalı tarafından ileri sürülmüş böyle bir istek söz konusu değildir. Takasın olabilmesi için en azından yöntemine uygun bir biçimde harcı yatırılmak suretiyle bir isteğin olması ve bu isteğe bağlı olarak belirlenmiş ve kanıtlanmış bir alacağın bulunması gerekir. Sadece takas def'i isteğinde bulunmak yeterli değildir. Bu nedenle davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazları da yerinde değildir.”¹⁴

¹⁴ Yarg. 8. HD., E. 2010/953 K. 2010/2148 T. 27.04.2010 (Lexpera). Aynı yönde başka bir örnek karar için bkz. Yargıtay 8. HD., E. 2010/4843 K. 2011/2186 T. 14.04.2011 (Lexpera): “Davacının mal rejiminin sona ermesi nedeniyle davalı üzerine kayıtlı bulunan nızalı taşınmaz ve araca ilişkin iddiaya konu alacağının hesaplanmasında yararlanma aşamasında dosyaya yansıyan bilgilerin resen değerlendirilmesi suretiyle takas ve mahsup yapılmış ise de; böyle bir isteğin değerlendirmeye alınması için öncelikle talepte bulunulmuş olması, talepte bulunan kişinin de yöntemine uygun bir biçimde harcı yatırılmak suretiyle açmış olduğu bir davasının ve bu isteğe bağlı olarak belirlenmiş ve kanıtlanmış bir alacağının bulunması gerekir. Taraflar üzerinde bulunan dava dışı mevduat, servis aracı ve altınlar dava konusu edilmemiştir. Bunlara

Yargıtay'ın bu yaklaşıma esas teşkil ettiğini ileri sürdüğü başlıca gerekçeler taleple bağlılık ilkesi, harçsız dava açılmaz ilkesi ve devlete ait harcın resen tahsili zorunluluğu idi. Ancak bu gerekçeler, kanaatimizce yeterli ikna edicilikten uzaktır. Kendisi herhangi bir dava açmamış olan davalının lehine katılma alacağına hükmedilmesi, belki taleple bağlılık ve harçsız dava açılmaz ilkeleri açısından sorun teşkil edebilir. Fakat davalı lehine böyle bir katılma alacağına hükmedilmediği müddetçe davalının sahip olduğu katılma alacağının salt bir savunma olarak dikkate alınması ve karşılıklı alacaklar arasında takas yapılması, herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Yukarıda verdiğimiz örnek bağlamında, 50.000 TL ve 40.000 TL takasa sokulmalı; kadın eşin katılma alacağı talebine ilişkin davası reddedilmelidir. Öte yandan erkek eş katılma alacağı talebi içerir bir dava açmadığı için onun lehine 10.000 TL tazminata hükmedilmemelidir¹⁵.

Nitekim bu konuda getirilen eleştirilerden sonra Yargıtay 8. Hukuk Dairesi görüşünü değiştirmiştir¹⁶. Artık davalı eşin takası yalnızca savunma olarak ileri sürmüş olması çift taraflı tasfiye yapılarak takasın gerçekleştirilmesi bakımından yeterlidir. Bunun ötesinde katılma alacağının talep edildiği karşı bir dava veya ayrı bir dava açılmış olması aranmaz. Ancak takasın yapılabilmesi için davalı eşin, davacı eşe ait edinilmiş mallardan kaynaklanan katılma alacağına konu malları savunma olarak bildirmesi gerekmektedir¹⁷. Bu durum savunmasına ilişkin iddia yükü (*fardeau de l'allégation subjective/Behauptungslast*) ile ispat yükünün (*fardeau de la preuve/Beweislast*) davalıya ait olmasından ileri gelmektedir. Söz konusu değişiklik, Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 2014 tarihli bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“Daire, doktrinde ileri sürülen görüşler ile savunmalarda yer alan beyanları gözeterek bu görüşünden dönmüştür. (...) Mal rejimi davalarının niteliği, eşler arasındaki uyumsuzlukların en seri ve en az masrafla usul ve yasaya uygun şekilde çözülmesi gerekliliği, aynı tarafların birbirleriyle sürekli davacı davalı durumunda bulunmalarının her iki tarafın geleceği ve aile yaşantıları açısından doğuracağı sakıncalar da tümü ile gözetildiğinde eşlerden birinin açtığı mal rejiminden kaynaklanan alacağa ilişkin davada, davalı durumundaki diğer eşin takas mahsup talebinde bulunması, bu talep tarihinde kesinleşmiş ve belirlenmiş

ilişkin usule uygun açılmış dava veya karşı dava da olmadığı halde, hesaplamaya dahil edilerek hüküm kurulması doğru değildir.”

¹⁵ **Ömer Uğur Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2022, s. 1318.

¹⁶ Bu konuda bkz. **Yusuf Uluç**, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014, s. 1350; **Karamercan**, s. 279.

¹⁷ **Uluç**, s. 1350-1351; **Karamercan**, s. 279-280.

bir alacağının olmaması halinde de isteğinin usul ve yasaya uygun bir talep olarak kabul edilip yargılamaya bu şekilde devam edilmesinin doğru olacağı, diğer bir deyişle davada tam (çifte) tasfiyenin yani külli tasfiyenin dikkate alınması gerektiği kararlaştırılmıştır. Külli (tam) tasfiyenin ve takasın yapılabilmesi için en azından bu konuda davalı tarafından davacıdan ne istediğinin savunma olarak getirilmesi gerektiği, ayrıca kesinleşmiş ve belirlenmiş hak edilmiş bir alacağın olmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir. Hiç şüphesiz bu belirlenmiş kesinleşmiş ve böylece hak edilmiş bir alacağın takas edilmeyeceği anlamına gelmez. Talep olmadan ve davacı üzerinde ya da nezdinde hangi mal/malların veya bu tür bir alacağın bulunduğu bilinmeden Mahkemece, kendiliğinden takas ve mahsup işlemini yapması güçtür ve pek olanaklı görülmemektedir.”¹⁸

III. TMK m. 236/I Uyarınca Takas Edilebilecek Alacakların Konu Bakımından Kapsamı

TMK m. 236/I uyarınca gerçekleşecek takasın kapsamına hangi alacakların girebileceği konusu tartışmalıdır.

Azınlıkta kalan bir görüş, mal rejiminden kaynaklınsın kaynaklanmasın eşler arasındaki her tür alacağın TMK m. 236/I uyarınca takasa tâbi olacağını savunmaktadır¹⁹. Örneğin eşlerden birinin tüketim ödücü sözleşmesinden kaynaklanan para alacağı ile diğer eşin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan katılma alacağı, tarafların böyle bir irade beyanları olmasa dahi TMK m. 236/I uyarınca kendiliğinden takas edilecektir.

Buna karşılık bize de daha makul görünen diğer görüş, yalnızca katılma alacaklarının (varsa bağımlı değer artış payı alacakları ve denkleştirme alacakları) TMK m. 236/I uyarınca takas edilebileceği yönündedir. Bunlar dışındaki alacaklar, ancak borçlar hukuku uyarınca takasa konu edilebilir²⁰. Zira TMK m.

¹⁸ Yarg. 8. HD., E. 2013/18689 K. 2014/152 T. 14.1.2014 (Lexpera). Aynı yönde başka kararlar için bkz. Yarg. 8. HD., E. 2013/18595 K. 2014/19017 T. 23.10.2014 (Lexpera); Yarg. 8. HD., E. 2014/19863 K. 2014/20358 T. 06.11.2014 (Lexpera).

¹⁹ Kılıçoğlu, s. 65; Gençcan, s. 1313.

²⁰ TMK m. 236/I uyarınca takasın bağımlı değer artış payı alacakları ve denkleştirme alacaklarını da kapsadığı yönünde bkz. **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 379 dn. 550; **Acar**, para. 1189. TMK m. 236/I uyarınca takasın yalnızca eşlerin karşılıklı katılma alacakları bakımından söz konusu olacağı yönünde bkz. **Zeytin**, s. 225; **Sarı**, s. 244. Eşler arasındaki mal rejimi kaynaklı olmayan alacaklar bakımından kanun gereği takasın söz konusu olmayacağı, takas beyanında bulunulması gerektiği yönünde bkz. **BK-Hausheer/Reusser/Geiser**, ZGB Art. 215 para. 15. Yargıtay uygulamasına göre katkı payı, değer artış payı veya artık değere katılma alacaklarının birbirlerine karşı takas edilebileceği tespiti için bkz. **Gençcan**, s. 1314.

236/I'de kanun gereği gerçekleşen bir takas düzenlenmiştir; bu takas, üçüncü kişilerin eşlere karşı olan alacaklarına kıyasla önceliklidir²¹. Dolayısıyla takasın kapsamının mal rejimi bağlamını aşacak ölçüde genişletilmesi, üçüncü kişiler nezdinde haklı görülmesi mümkün olmayan bir dezavantaj yaratacaktır. Bu itibarla TMK m. 236/I uyarınca takasın uygulama alanının mal rejiminden doğan alacaklar ile sınırlı tutulması yerinde olur.

IV. Takasın Aynı Cinsten Alacaklara İlişkin Olma Koşulu: TMK m. 239/I Uyarınca Katılma Alacağını Aynı Olarak İfa Etme Yetkisi Takası Engeller mi?

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesindeki paylaşım, değere yöneliktir; eşyanın aynına yönelik bir paylaşım söz konusu değildir²². Katılma alacağı, alacaklı olan eşe belirli bir miktar paranın kendisine ödenmesi konusunda bir alacak hakkı temin etmektedir. Ancak katılma alacağı borçlusunu olan eşin, borcunu ayın olarak (yani malvarlığı değerlerinin mülkiyetini alacaklı eşe devrederek) ifa etmesi mümkündür²³. Ayın ile ifaya imkân tanıyan TMK m. 239/I, İsviçre hukukundan ayrılan ve Türk hukukuna özgü olan bir hükümdür²⁴. İlgili hüküm uyarınca: “*Katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebilir.*”

Bu bağlamda konumuz açısından incelemeye değer olan sorun, eşlerden birinin TMK m. 239/I uyarınca borcunu ayınla ifa etme tercihinde bulunmasının, takas üzerinde engelleyici bir etki doğurup doğurmayacağıdır. Zira takasın şartlarından biri, alacakların aynı cinsten olması şartıdır²⁵. Eşlerden birinin katılma alacağı borcunu ayın olarak diğerinin nakden ifa edecek olması, alacakların aynı cinsten olmaması sonucunu doğurur ve takası engeller. Bu bağlamda, TMK m.

²¹ **BSK-Hausheer/Aebi-Müller**, ZGB Art. 215 para. 10.

²² **Acar**, para. 1112.

²³ Bu bağlamda ifa yerine edimin söz konusu olduğu görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 60. Seçimlik yetkinin söz konusu olduğu görüşü için, bkz. **Sarı**, s. 245; **Acar**, para. 1124. Katılma alacağı bağlamında soyut değer borcunun söz konusu olduğu ve borçlu eşin borçlanılmış olduğu değeri ayın veya para olarak ifa etmek konusunda seçim hakkına sahip olduğu; bu seçim hakkının, borçlanılan değerlerin karşılanmasında kullanılacak edim araçlarının belirlenmesine yönelik bir yenilik doğuran hak olduğu görüşü için bkz. **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 394 dn. 592.

²⁴ İsviçre hukukunda alacaklının rızası olmadığı müddetçe katılma alacağının ayınla ifa edilemeyeceği yönünde bkz. **BSK-Hausheer/Aebi-Müller**, ZGB Art. 215 para. 13; **FamKomm-Steck/Fankhauser**, ZGB Art. 215 para. 10; **CHK-Jungo**, ZGB Art. 215 para. 4; **CR-Steinauer**, CC Art. 215 para. 10.

²⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1015; **Oğuzman/Öz**, para. 1860; **Aral**, s. 56; **Develioğlu**, s. 126.

236/I'de düzenlenen takas ile TMK m. 239/I'de düzenlenen katılma alacağı borcunu ayın olarak ifa etme yetkisinden hangisine öncelik verileceği tespit edilmiştir. Kanaatimizce, öncelik takasa ait olmalıdır. Bir miktar para ödeme borcundan ibaret olan katılma alacakları takasa tâbi tutulmalı; en nihayetinde eşlerden hangisi borçlu olursa ona katılma alacağı borcunu ayın olarak ifa etme yetkisi tanınmalıdır.

Bu yaptığımız yorum, hem TMK m. 239/I'in hem de 236/I'in amacına uygun olacaktır. *İlk olarak* TMK m. 239/I ile borçluya ifa kolaylığı getirilmesindeki amaç, borçlu eşin katılma alacağını ifa edebilecek yeterli nakde sahip olmadığı durumda malvarlığı değerlerini paraya çevirmek zorunda kalmasının ve bu süreçte zarara uğramasının engellenmesidir²⁶. Önceliği takasa vermenin, bu hükmün amacına ulaşmasını engelleyici hiçbir etkisi olmayacaktır. Takas yapıldıktan sonra en nihayetinde katılma alacağı borçlusunu olduğu belirlenen eş, borcunu ifa edebilecek yeterli nakde sahip değilse yine ayınla ödemeyi tercih edebilir ve malvarlığı değerlerini paraya çevirmekten kurtulabilir. Böylelikle TMK m. 239/I de amacına ulaşmış olur. *İkinci olarak* TMK m. 236/I'de öngörülen kanun gereği kendiliğinden takasın üç önemli amacı ve işlevi bulunmaktadır²⁷. (a) Eşler arasındaki gereksiz para alışverişinin önüne geçmek. (b) Eşlerin birbirlerinden olan alacaklarını icra yoluyla tahsile koymaları halinde yaşanacak olumsuzlukların önüne geçmek. (c) Eşi diğer eşin alacaklılarına karşı korumak. Öncelik ayın ile ifa yetkisine verilseydi, takas bloke edilmiş olacak ve TMK m. 236/I çerçevesinde güdülen bu amaçlara ulaşılması engellenecekti. Dolayısıyla önceliğin takasa verilmesi, TMK m. 236/I'in de amacına ulaşmasını sağlar.

Öte yandan kanunun sistematığı de bu yorumu desteklemektedir. Kanunda önce takas, ardından ayınla ifa yetkisi düzenlenmiştir. Zira takas tasfiyenin bir parçasıdır. Ayın ile ifa yetkisi ise tasfiye sonrası aşamada devreye girmektedir.

V. Katılma Alacağı'nın İfasının TMK m. 239/II Uyarınca Ertelenmesinin Takasa Etkisi

Kanun, katılma alacağı'nın muaccel olacağı ana ilişkin özel bir düzenleme öngörmemiştir. Bununla birlikte katılma alacağı'na yürütülecek temerrüt faizinin başlangıç anını düzenleyen TMK m. 239/III'ten hareketle, katılma alacağı'nın mal rejimi tasfiyesinin tamamlandığı anda muaccel hâle geleceği sonucuna varılabilir²⁸.

²⁶ Kılıçoğlu, s. 60; Zeytin, s. 226.

²⁷ Bu işlevler için bkz. Zeytin, s. 225.

²⁸ Gümüş, Mal Rejimleri, s. 388; Sarı, s. 247. Mal rejimi tasfiyesinin tamamlandığı an, öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, mal rejimi tasfiyesinin tamamlanmış sayılması bakımından mahkemenin bu yönde karar vermesinin yeterli olduğunu; ayrıca kararn

Ancak TMK 239/II uyarınca “Katılma alacağının ve değer artış payının derhal ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir”. Bu talebin kabulü bakımından maddi şart, ödemenin borçlu eş için ciddi güçlükler doğuracak olmasıdır. TMK uyarınca katılma alacağı borçlusunu olan eş, hem nakden hem aynen ifada bulunabildiğine göre, böyle bir güçlüğün varlığının kabulü bakımından çekingen davranılmalıdır²⁹. Ayrıca bir diğer maddi şart, ifanın ertelenmesinin söz konusu güçlüğün ortadan kalkması veya hafiflemesini mümkün kılmasıdır. Ertelemenin ödemeyi kolaylaştırıcı bir etki doğurmayacak olması, borç erteleme talebinin reddini haklı kılar³⁰.

Bu bağlamda konumuz açısından incelemeye değer olan sorun, eşlerden birinin TMK m. 239/II uyarınca borcun ifasının ertelenmesi ile takas arasındaki ilişkidir. Örneğin kadın eşin artık değeri 100.000 TL ve erkek eşin artık değeri 80.000 TL olsun; kadın eşin katılma alacağı 40.000 TL erkek eşin katılma alacağı 50.000 TL olacaktır. Kadın eş kendi borcunun ifasının ertelenmesini talep etmek suretiyle takası engelleyebilir ve erkek eşten 40.000 TL katılma alacağını ifa etmesini talep edebilir mi? Bu bağlamda, TMK m. 236/I’de düzenlenen takasa mı yoksa TMK m. 239/II’de düzenlenen borcun ifasının ertelenmesine mi öncelik verileceği tespit edilmelidir. Eğer TMK m. 239/II’ye öncelik verilecek olursak, takas gerçekleşemez. Zira takasın şartlarından biri, takas beyanında bulunan kişinin alacağının muaccel, beyan muhatabının alacağının ifa edilebilir olmasıdır³¹. Ancak kanaatimizce TMK m. 236/I uyarınca takas kanun gereği kendiliğinden gerçekleşmekte olduğu için, TMK m. 239/II’ye kıyasla ona öncelik verilmelidir. Verdiğimiz örnekte takas gerçekleştirilmeli ve kadın eşin 10.000 TL katılma alacağı borcu olduğu tespit edilmelidir. Kadın eş bu 10.000 TL’lik

kesinleşmesine gerek olmadığını savunmaktadır. Bu yönde bkz. **Sarı**, s. 247. Buna karşı savunulan diğer görüş uyarınca, mal rejimi tasfiyesinin tamamlanmış sayılması bakımından mahkeme kararının kesinleşmesi zorunludur. Bu yönde bkz. **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 388; **Acar**, para. 1147. Yargıtay’ın yaklaşımı için bkz. **Gençcan**, s. 1326. Yarg. 8. HD., E. 2019/5176 K. 2019/11672 T. 23.12.2019 (Lexpera): “*Yargıtayın ve Dairemizin kökleşmiş uygulamalarına göre tasfiye tarihi karar tarihidir. Dosya kapsamına göre Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesince alınan raporlar ve hesaplamalara göre hüküm kurulduğu da gözetilerek İlk Derece Mahkemesi karar tarihi olan 18.04.2017 tarihinden itibaren alacağı faiz yürütülmesi gerekirken, istinaf karar tarihinden itibaren faiz yürütülmüş olması doğru olmamıştır.*”

²⁹ **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 398.

³⁰ **Sarı**, s. 248.

³¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1017; **Oğuzman/Öz**, para. 1864; **Aral**, s. 65; **Develioğlu**, s. 141.

borcun derhal ödenmesinin kendisi için ciddi güçlükler doğuracağını ispat edebiliyorsa, ancak bu noktadan sonra TMK m. 239/II'nin uygulanması gündeme gelecektir.

Esasen buradaki tartışma, TMK m. 239/I'deki ayın ile ifa yetkisi bakımından yapılan tartışma ile paraleldir. Hem hükümlerin amacı hem de kanunun sistematığı bu yorumu desteklemektedir.

KAYNAKÇA

ACABEY, M. Beşir: Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020.

ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2021.

ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 2010.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: Takas (Kavram – Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması – Takasın Hukuki Sonuçları), İstanbul 2012.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2022.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 - 281), İstanbul 2008. (“Gümüş, Mal Rejimleri”)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane “Katılma Alacağı” Doğar?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6 S. 1 (2009), s. 91 vd. (“Gümüş, Katılma Alacağı”)

HAUSHEER, Heinz / REUSSER, Ruth / GEISER, Thomas: Bemer Kommentar, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Bern 1992. (“BK-Hausheer/Reusser/Geiser”)

HAUSHEER, Heinz / AEBI-MULLER, Regina E.: “Art. 215”, Basler Kommentar, Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (ed.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basel 2022. (“BSK-Hausheer/Aebi-Müller”)

JUNGO, Alexandra: “Art. 215”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Peter Breitschmid / Alexandra Jungo (ed.), Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG, Zürich - Basel - Genf 2016. (“CHK-Jungo”)

KARAMERCAN, Fatih: “Türk Borçlar Hukukunda Takas”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5 S. 1 (2018), s. 271 vd.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002;

NUSPLIGER, Isabelle: “Art. 215”, Orell Füssli Kommentar, Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (ed.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2021. (“OFK-Nuspliger”)

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2020.

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

STECK, Daniel / FANKHAUSER, Roland: “Art. 215”, Kommentar zum Familienrecht, Roland Fankhauser (ed.), Scheidung, Band I: ZGB, Bem 2022. (“FamKomm-Steck/Fankhauser”)

STEINAUER, Paul-Henri: “Art. 215”, Commentaire Romand, Pascal Pichonnaz / Bénédict Foëx (ed.), Code civil I, Art. 1-456 CC, Bâle 2010. (“CR-Steinauer”)

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

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

ULUÇ, Yusuf: Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014.

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