

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ARTIK DEĞERİN HESAPLANMASINDA
EDİNİLMİŞ MALLARA EKLENECEK
DEĞERLER (TMK m. 229)

Yüksek Lisans Tezi

Zeynep Rana DEMİR
2501170695

Tez Danışmanı
Prof. Dr. İlhan HELVACI

İstanbul, 2019

TEZ ONAY SAYFASI



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ZEYNEP RANA DEMİR Numarası : 2501170695
Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR. İLHAN HELVACI
Tez Savunma Tarihi : 20.09.2019 Saati : 10.00
Tez Başlığı : ARTIK DEĞERİN HESAPLANMASINDA EDİNİLMİŞ MALLARA EKLENECEK DEĞERLER (TMK M.229)

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. İLHAN HELVACI		Kabul
2-PROF. DR. SUAT SARI		Kabul
3-PROF. DR. FARUK ACAR		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. ZEKERİYA KURŞAT		
2-DR. ÖGR. ÜYESİ MUSTAFA GÖKTÜRK YILDIZ		

ÖZ

ARTIK DEĞERİN HESAPLANMASINDA EDİNİLMİŞ MALLARA EKLENECEK DEĞERLER (TMK m. 229)

ZEYNEP RANA DEMİR

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde önemli bir yere sahip olan TMK m. 229, belirli değerlerin edinilmiş mallara varsayımsal olarak eklenmesini öngörmektedir. Ekleme kuralıyla eşlerin hukuki işlem yapma yetkisi kısıtlanmamış yalnızca işlem konusunun değerinin edinilmiş mallar arasında dikkate alınması sağlanmıştır. Çalışmada öncelikle bu eklenecek değerler tanımlanmış ve örneklendirilmiştir. Ardından eklemenin nasıl gerçekleşeceği üzerinde durulmuştur. Bu konular incelenirken doktrindeki görüşlerden ve İsviçre Federal Mahkemesi ile Yargıtay kararlarından yararlanılmıştır.

Kanun koyucu, belirli değerlerin yalnızca varsayımsal olarak edinilmiş mallara eklenmesiyle yetinmemiş, ayrıca alacaklı eşin katılma alacağının tamamını borçlu eşten tahsil edemediği ölçüde eklenecek değeri konu edinen işlemde yararlanan üçüncü kişiye başvurabileceğini düzenlemiştir (TMK m. 241). Doktrinde üçüncü kişiye TMK m. 241’de öngörülen imkân dışında muvazaaya dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davası ve tasarrufun iptali davası yoluyla da başvurulabileceği ileri sürülmüştür. Çalışmada bu üç davanın şartları açıklanmış olup uygulamada benimsenen yöntemin gözler önüne serilmesi amacıyla Yargıtay kararları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, karşılıksız kazandırma, katılma alacağı, sürüm değeri, üçüncü kişiye başvuru, muvazaa, iptal davası, tapu sicilinin düzeltilmesi.

ABSTRACT

VALUES TO BE ADDED TO THE PROPERTY ACQUIRED IN THE CALCULATION OF THE SURPLUS (TCC art. 229)

ZEYNEP RANA DEMİR

Art. 229 of the Turkish Civil Code, which has an important place in the liquidation of the regime of participation in acquired property, presupposes that certain values are hypothetically added to property acquired. With this addition rule, the spouses' authority to carry out legal transactions is not restricted, only taking the value of the transaction's subject into consideration among the property acquired is ensured. In the study, firstly these values are defined and exemplified. Then, how the insertion will take place is emphasized. The opinions in the doctrine and the decisions of the Swiss Federal Court and the Turkish Court of Cassation were used to examine these issues.

The legislator not only contented with the addition of certain values hypothetically to acquired property, but also regulated that the spouse which is creditor may apply to the third party benefiting from the transaction to the extent that the s/he cannot obtain all of its participation from the debtor (TCC art. 241). It was also argued in the doctrine that in addition to the possibilities provided in TCC art. 241, it could also be applied through the case for the correction of the land registry based on the simulation and the annulment of the transaction. In this study, the conditions of these three cases were explained and the decisions of the Turkish Court of Cassation were examined in order to reveal the methods adopted in practice.

Keywords: Regime of participation in acquired property, disposition made without consideration, participation in the surplus, market value, claim against third parties, simulation, action for annulment, action for amendment of the entry.

ÖNSÖZ

Edinilmiş mallara katılma rejimi uygulamasında bir eşin diğerinin katılma alacağını azaltmak amacıyla yaptığı işlemlere sıklıkla rastlanmaktadır. Tezimizin konusu kanun koyucunun böyle işlemleri düşünerek ihdas ettiği TMK m. 229'un ve onunla bağlantılı olan TMK m. 241'in incelenmesinden oluşmaktadır. Konu seçimi ve tezin yazılması sürecindeki büyük katkıları nedeniyle tez danışmanım Prof. Dr. İlhan Helvacı'ya teşekkür ederim.

ZEYNEP RANA DEMİR

İSTANBUL, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EKLEMENİN KONUSU OLAN DEĞERLER

I. Genel Olarak.....	4
II. Karşılıksız Kazandırmalar.....	6
A. Karşılıksız kazandırma yapılmış olması	6
1. Karşılıksız kazandırmanın unsurları	7
a. Kazandırma	7
b. İradilik.....	9
c. Karşılıksızlık	9
2. Başlıca karşılıksız kazandırmalar	13
a. Bağışlama	14
b. Miras payına mahsuben yapılan kazandırma	19
c. Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırma.....	20
d. Hayat sigortasından doğan yararlar	21
e. Vakıf kurma.....	22

B. Edinilmiş mallardan yapılmış olması.....	22
1. Edinilmiş mallardan katkıda bulunulan kişisel mal	23
2. Edinilmiş mallardan gerçekleştiğinin belirlenmesindeki kriterler	28
C. Olağan hediye sayılmaması	31
D. Üçüncü kişilere yapılmış olması.....	32
E. Sağlararası işlem yoluyla yapılmış olması.....	32
F. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması.....	35
G. Diğer eşin rızası olmadan yapılmış olması.....	40
III. Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltmak Kastıyla Yapılan Devirler.....	42
A. Devir.....	42
B. Edinilmiş mallardan yapılmış olması.....	45
C. Mal rejiminin devamı süresince gerçekleşmesi	46
D. Diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı	47

İKİNCİ BÖLÜM

EKLEMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

I. TMK m. 229/f. 1'e Dayanan Talep.....	52
A. Talepte Bulunmaya Yetkili Kişi	52
B. Yükümlü	56
C. İspat Yükü.....	56
D. Eklemenin etkisi.....	62
II. Değerleme	63
A. Esas alınan değer türü.....	64
1. Sürüm değeri.....	64

2. Gelir değeri	70
B. Değerleme anı	73
III. Eklemenin Gerçekleştirilmesinde Özel Durumlar	78
A. Eklenecek değerin konu edildiği işleminin muvazaalı olması	78
1. Eklemeye tabi işlemler ile muvazaalı işlemlerin uygulama alanları ve hukukî sonuçları	79
2. Katılma alacağının azalması sonucunu doğurmaya elverişli muvazaalı işlemler	84
B. Eklenecek değerlerin inançlı işleme konu edilmesi	87
C. Eşlerden birinin doğrudan üçüncü kişi adına satın aldığı malvarlığı değerleri	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ

I. Genel Olarak.....	92
II. TMK m. 241 Uyarınca Üçüncü Kişiyi Başvuru	93
A. TMK m. 241'in uygulanma şartları	95
1. Üçüncü kişiyi yapılmış TMK m. 229 kapsamında bir kazandırma bulunması.....	95
2. Kazandırmayı yapan borçlu eşin malvarlığının ya da terekesinin katılma alacağını karşılamaması.....	99
a. Katılma alacağının borçlunun malvarlığından karşılanamadığının belirlenmesi ve ispatı	100
b. TMK m. 239/f. 2'nin uygulanması hâlinde katılma alacağının karşılanmadığının belirlenmesi	103
c. Malvarlığında daha sonra meydana gelen değişimlerin etkisi	104

d. Katılma borçlusu eşin ölümü hâlinde katılma alacağının karşılanamaması	107
B. Üçüncü kişinin sorumluluğu.....	111
1. Üçüncü kişinin sorumluluğunun kapsamı.....	111
2. Üçüncü kişilerin sorumluluklarının sırası.....	117
3. Kazandırmanın denkleştirmeye ya da tenkise tabi olmasının mal rejimine ilişkin sorumluluğa etkisi.....	118
C. Üçüncü kişinin ödeme yapmasının sonuçları	120
III. TMK m. 241 Uyarınca Açılan Dava	121
A. Davanın hukuki niteliği ve talebin konusu.....	121
B. Davacı.....	125
C. Davalı	131
D. Uygulanacak usul.....	132
1. Görev ve yetki.....	132
2. Hak düşürücü süre.....	133
3. TMK m. 229/f. 2'ye göre davanın ihbarı.....	135
4. Uygulanacak hükümler.....	141
IV. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Dışında Üçüncü Kişiye Başvuru İmkanları	141
A. Üçüncü Kişiye İcra ve İflas Kanunu m. 277 vd. Uyarınca İptal Davası Yoluyla Başvuru.....	141
1. Genel Olarak	141
2. Katılma alacaklısı eşin tasarrufun iptali talebi ve TMK m. 241 ile karşılaştırılması	146
B. Üçüncü Kişiye İşlemin Muvazaalı Olduğu İddiasını İleri Sürerek Başvurma	148

1. Muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi talebi.....	149
2. Muvazaa iddiasının tasarrufun iptali davası yoluyla ileri sürülmesi.....	153
SONUÇ	156
KAYNAKÇA	161



KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.:	Adı geçen eser
a.g.m.:	Adı geçen makale
Art.:	Article
b.:	Bent
BAM:	Bölge Adliye Mahkemesi
BK:	818 s. Borçlar Kanunu
Bkz.:	Bakınız
bs.:	Baskı
c.:	Cümle
C:	Cilt
dn.:	Dipnot
E.:	Esas
Ed.:	Editör
f.:	Fıkra
Haz.:	Hazırlayan
HD:	Hukuk Dairesi
HGK:	Hukuk Genel Kurulu
HMK:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK:	İcra ve İflas Kanunu
İMK:	İsviçre Medeni Kanunu

İMUK:	İsviçre Medeni Usul Kanunu
JdT:	Journal des Tribunaux
K.:	Karar
m.:	Madde
N.:	Kenar numarası
s.:	Sayfa
S:	Sayı
SJ:	Semain judiciaire
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TF:	Tribunal Federal
TL:	Türk Lirası
TMK:	Türk Medeni Kanunu
vd.:	Ve devamı

GİRİŞ

Edinilmiş mallara katılma rejimi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir¹. Bu mal rejimi türü, temelde edinilmiş mal ve kişisel mal ayırımına dayanmaktadır (TMK m. 218). Edinilmiş mallara katılma rejiminde kural olarak eşlerin tasarruf yetkisi sınırlandırılmamakta (TMK m. 223) ve mal rejiminin sona ermesiyle her eş diğerinin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olmaktadır (TMK m. 236/f. 1). Doktrinde katılma alacağı olarak adlandırılan bu alacağın miktarının tespiti için öncelikle artık değer hesaplanması gerekir. Artık değer; eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçların çıkarılmasıyla hesaplanır (TMK m. 231). Çalışmamızın konusunu, artık değer hesaplanmasında dikkate alınan kalemlerden biri olan eklenecek değerler oluşturmaktadır. TMK m. 229'da düzenlenen bu değerler, artık değer ve ona bağlı olarak katılma alacağının belirlenmesi için yapılan hesaplamada edinilmiş mallara varsayımsal olarak eklenmektedir.

Çalışmamızın birinci bölümünde TMK m. 229/f. 1'de iki bent hâlinde düzenlenmiş olan eklenecek değerlerin tanımı yapılmıştır. Bu bölümde öncelikle bir eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar; ardından bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler incelenmiştir.

İkinci bölüm, edinilmiş mallara varsayımsal olarak yapılan eklemenin nasıl gerçekleştirileceğine yöneliktir. Bu kapsamda eklemenin gerçekleştirilmesi için bunun kimin tarafından ve kime karşı ileri sürülebileceği incelenmiştir. Eklemeye ilişkin belki de en önemli nokta olan ispat meselelerine İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararları ile ışık tutulmaya çalışılmıştır.

¹ Kanunun kabul tarihi 22.11.2001'dir (RG. 8.12.2001; S:24607).

Eklemenin gerçekleştirilmesine ilişkin ikinci temel problem, TMK m. 229/f. 1 kapsamına giren bir kazandırmanın hangi değerinin dikkate alınacağıdır. İkinci bölümde değerlemeye ilişkin hükümlerle (TMK m. 232, m. 233, m. 235) birlikte Yargıtay'ın bu konudaki kararları değerlendirilmiştir. Eklemenin gerçekleştirilmesine ayrılan ikinci bölümde son olarak muvazaalı ve inançlı işlem yoluyla yapılan kazandırmalar ele alınmıştır.

Üçüncü bölüm, eklenecek değerlere ilişkin korumanın, bu değerleri edinen üçüncü kişilere karşı ileri sürölmesine ayrılmıştır. Bu bölümde öncelikle kanun koyucunun katılma alacağının ödenmesi başlığında yer verdiği TMK m. 241 hükmü incelenmiş, ardından uygulamada aynı amaca hizmet ettiği ileri sürölün muvazaaya dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davasına ve İcra ve İflas Kanunu'nun 277 vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarına yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

EKLEMENİN KONUSU OLAN DEĞERLER

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinin ardından mal rejiminin tasfiyesi aşamasına geçilmektedir. Mal rejiminin tasfiyesinde amaç, eşlerin birbirlerinden olan katılma alacaklarının hesaplanmasıdır. Bu hesaplama sonucunda ortaya çıkan alacaklar takas edilecek (TMK m. 236/f. 1, c. 2), hangi eşin katılma alacaklısı olduğu ve katılma alacağının miktarı belirlenecektir. Katılma alacağı, kural olarak diğer eşin artık değerinin yarısıdır (TMK m. 236/f. 1, c. 1). Edinilmiş mallara katılma rejimi, her eşin, diğerinin emek vererek elde ettiği malvarlığı değerlerine katılımını öngördüğü için artık değer, temelde eşlerin edinilmiş mallarından oluşmaktadır². Ancak eşler bazı işlemlerle bu artık değeri azaltma hatta yok etme yoluna gidebilirler. Kanun koyucu bu gibi işlemlerin diğer eşin katılma alacağının miktarını azaltmasını engellemek için TMK m. 229’u ve daha kapsayıcı bir hesap yöntemi olan TMK m. 231/f. 1’i sevk etmiştir. TMK m. 231/f. 1’e göre “*Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır.*” Dolayısıyla eşlerin artık değeri hesaplanırken TMK m. 231 uyarınca yalnızca mevcut mallar değil, eklenecek değerler de dikkate alınır³. Bu değerler Türk Medeni Kanunu’nun 229. maddesinin birinci fıkrasında iki bent hâlinde sayılmıştır:

“1. Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar,

2. Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler.”

² Faruk Acar, **Aile Hukukunda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 190.

³ Suat Sarı, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2007, s. 190.

Hüküm, eklenecek değerleri iki gruba ayırmaktadır. Bunlardan ilki belirli şartları taşıyan karşılıksız kazandırmalar, ikincisi katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirlerdir. Bu bölümde her iki grup eklenecek değer sırasıyla incelenecektir.

I. Genel Olarak

Eşler kural olarak edinilmiş malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler (TMK m. 223)⁴. Bir eşin işlemlerine diğeri, aynı nitelik taşımayan katılma alacağını ileri sürerek engel olamaz⁵. Yapılan tasarruf diğeri eşin aleyhine sonuç doğuracak olsa da kural değişmemektedir⁶. Dolayısıyla bir kişi ileride eşini katılma alacağından mahrum bırakmak için edinilmiş mallarını elinden çıkarabilir⁷. Kanun koyucu böyle işlemlerin diğeri eşin katılma alacağının miktarını azaltmasını önlemek istemiştir. Bu amaçla edinilmiş mal grubunun değerini azaltan belirli devirleri, yapılacak hesaplamada farazi olarak bu gruba eklemek çözümünü benimsemiştir⁸. Bu yolla

⁴ Henri Deschenaux, Paul-Henri Steinauer, Margareta Baddeley, **Les effets du mariage**, 3. bs., Bern, Stämpfli Editions, 2017, N. 1309, Sabrina Burgat, **Art. 208, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 4, Acar, **a.g.e.**, s. 285, Nami Barlas, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, **Makalelerim, Cilt I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 227. Tasarruf serbestisine bazen yasal mal rejiminden bazen evlilik birliğinden kaynaklanan düzenlemelerle istisnalar tanınmıştır. Tartışmalı olmakla birlikte TMK m. 223/f. 2 mal rejimine, TMK m. 194 ve m. 199 evlilik birliğine ilişkin istisnalardandır. Bu konuda bkz. Heinz Hausheer, Ruth Reusser, Thomas Geiser, **Art. 208, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht: Band II, 1. Abteilung Das Eherecht 3. Teilband Das Güterrecht der Ehegatten 1. Unterteilband Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB**, Haz. Arthur Meier-Hayoz, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992, N. 7 vd.

⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1309. Eşlerin edinilmiş mallarını elinde tutma ve bir artık değer oluşturma yükümlülüğü altında olmadıkları yönünde bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 3, Zafer Zeytin, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2017, N. 501.

⁶ Acar, **a.g.e.**, s. 285.

⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1309.

⁸ **Message concernant la révision du code civil suisse: Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et succession**, 1979, Art. 208, N. 222.532. Bu tehlikeyi önlemek için aklı gelen yöntemlerden biri olan eşlerin edinilmiş mallarının kötü yönetiminden sorumlu tutulmaları fikri kanun çalışmaları sırasında reddedilmiştir. Kötü yönetimden sorumluluk hem her çeşit kazandırmayı kapsamayacağı hem de mal rejimi boyunca eşlere tanınan tasarruf serbestisine aykırı olacağı için uygun bir çözüm olarak görülmemiştir. Bkz. **Message**, N. 222.532. Mevcut çözümün, malların kötü yönetiminden sorumluluğun ya da belirli mallara ilişkin genel bir tasarruf sınırlamasının kabulüyle karşılaştırıldığında eşlerin tasarruf serbestisine en çok saygı duyan çözüm olduğu yönünde bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1312.

eklenecek değerleri konu edinen işlemler geçersiz kılınmaz⁹. Yalnızca artık değer hesaplanırken söz konusu işlemler hiç yapılmamış, dolayısıyla da bu işlemlere konu olan malvarlığı değerleri işlemi yapan eşin edinilmiş malları arasından hiç çıkmamış gibi kabul edilmektedir¹⁰. Tamamen biçimsel ve hesaba ilişkin bir işlem yapılmaktadır¹¹. Böylece eşlerin tasarruf serbestisi yasal mal rejiminin özüne uygun şekilde korunmuş olur¹².

TMK m. 229'un amacı işlemi yapan eşin cezalandırmak değil, onun artık değerinin hakkaniyete uygun şekilde hesaplanmasını sağlamaktır¹³. Çünkü bir eş, diğerinin katılma alacağının tespitine temel oluşturan edinilmiş mal kesiminde yer alacak malvarlığı değerlerini elinden çıkararak diğerinin katılma alacağından tümüyle ya da kısmen mahrum kalmasına sebebiyet verebilir¹⁴. Daha geniş bir bakış açısıyla hüküm, işlem tarafı olmayan eşin katılma alacağına ilişkin beklentisini koruyarak¹⁵ onun mağdur olmasını önlemeyi amaçlar¹⁶.

Varsayımsal ekleme, İsviçre ve Türk hukuklarına yabancı bir sistem değildir. Aile hukukunda edinilmiş mallar için öngörülen bu sistem, miras hukukunda tenkis davasında terekeye ekleme (TMK m. 508, m. 565 ve m. 509, m. 567) olarak karşımıza

⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 14, Zeytin, **a.g.e.**, N. 518, Sarı, **a.g.e.**, s. 198, Mustafa Alper Gümüş, **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 367. İşlemin geçerliliği için katılma alacağının borçlu eşten tahsil edilebilmesi şartını aramakla birlikte aynı yönde bkz. Acar, **a.g.e.**, s. 286.

¹⁰ **Message**, 222.532, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 14, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1313, Acar, **a.g.e.**, s. 285, Zeytin, **a.g.e.**, N. 518, Sarı, **a.g.e.**, s. 198.

¹¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1313, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 14, Heinz Hausheer, Regina Aeby-Müller, **Art. 208, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N. 8, Daniel Steck, Roland Fankhauser, **Art. 208, FamKommentar Scheidung Band I: ZGB**, Haz.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017, N. 6, Gümüş, **a.g.e.**, s.367.

¹² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1312, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N.11.

¹³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1314. Bu durum Gerekeç'te şöyle ifade edilmiştir: *"Tasfiyenin adil bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için eşlerin bazı işlemlerle devrettiği edinilmiş mallara ait malvarlığı değerleri tasfiye sırasında edinilmiş mallara eklenmelidir."* <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>.

¹⁴ **Message**, N. 222.532.

¹⁵ **Message**, N. 222.532, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 5. Aynı yönde bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 501, Ahmet M. Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 334.

¹⁶ Acar, **a.g.e.**, s. 285.

çıkılmaktadır¹⁷. Her ikisi de benzer amaca hizmet eder¹⁸ ve benzer şekilde işler¹⁹. Bu benzerlik hükmün yorumunda ve uygulanmasında göz önünde bulundurulacaktır²⁰.

II. Karşılıksız Kazandırmalar

TMK m. 229/f. 1, b. 1'e göre eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar, edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Öyleyse birinci bent uyarınca ekleme yapılabilmesi için öncelikle bir karşılıksız kazandırma mevcut olmalı ve bu karşılıksız kazandırma maddede belirtilen şartları taşımalıdır.

A. Karşılıksız kazandırma yapılmış olması

Karşılıksız kazandırma kavramı, Türk Medeni Kanunu'nda edinilmiş mallara katılma rejimi açısından özel olarak düzenlenmediği için temelde genel hükümlere göre tanımlanacaktır²¹. Genel hükümler dışında başvurulacak ilk kaynak, aralarındaki ilişkiden dolayı miras hukukunun ilgili hükümleridir²². TMK m. 229/f. 1, b. 1'deki karşılıksız kazandırma kavramı, TMK m. 565/b. 1'de ve m. 669/f. 1'de yer alan karşılıksız kazandırma kavramıyla özdeştir. Bu nedenle tanım yapılırken o konulardaki açıklamalardan yararlanılacaktır²³. Doktrinde bu noktalar göz önünde bulundurularak TMK m. 229/f. 1, b. 1 çerçevesinde karşılıksız kazandırma, edinilmiş mallarda bir azalmaya yol açan ya da bir artışı engelleyen, iradi ve tamamen ya da kısmen karşılıksız olarak yapılan kazandırmalar olarak tanımlanmıştır²⁴. Bu bölümde,

¹⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1315, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 5.

¹⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 5.

¹⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1315.

²⁰ TMK m. 565'teki tenkise tabi sağlararası kazandırmalara ilişkin kuralların kıyasen TMK m. 229'a uygulanabileceği yönünde bkz. Acar, **a.g.e.**, s. 286.

²¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 176.

²² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 20.

²³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1319.

²⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Paul-Henri Steinauer, **Art. 208, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 11. Benzer tanımlar için bkz.: Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 13, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 12, Burgat, **Art. 208**, N. 7, Zeytin, **a.g.e.**, N. 521.

doktrinde benimsenen tanım unsurlarına ayrılacak ve buna ilişkin başlıca örnekler incelenecektir.

1. Karşılıksız kazandırmanın unsurları

a. Kazandırma

Kazandırma (*attribution, Zuwendung*) bir kişinin kendi iş gücüyle ya da kendi malvarlığından başka bir kişiye, malvarlığına ilişkin bir menfaat sağlaması olarak tanımlanır²⁵. Ancak kanaatimizce eklenecek değerler açısından daha dar bir tanım benimsenmelidir. Eğer eşlerden birinin iş gücünü karşılıksız olarak üçüncü bir kişi lehine sarf etmesi, TMK m. 229/f. 1, b. 1 çerçevesinde karşılıksız kazandırma sayılırsa bu iş gücünün değerinin edinilmiş mallara eklenmesi gerekecektir. Fakat bu çözüm edinilmiş mallara katılma rejimi hükümlerinin özüyle ve hükmün amacıyla bağdaşmaz²⁶. İleride de açıklayacağımız üzere karşılıksız kazandırmaların edinilmiş mallardan yapılması²⁷, malların sürüm değerlerinin esas alınması²⁸ gibi kurallar, niteliği gereği iş gücüne uygulanmaya uygun değildir. İş gücü, edinilmiş mal olarak değerlendirilemeyeceği için TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamına girmez. Nitekim mirasbırakanın karşılıksız hizmet sağlaması, onun malvarlığında bir azalma meydana getirmeyeceği için tenkis hesaplamalarında terekeye eklenecek değerler arasında kabul edilmemiştir²⁹.

²⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Birinci Cilt**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, §11 N. 38, M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 24. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, N. 639, Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 181, Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, 13. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, N. 1140.

²⁶ Aksi görüşte Zeytin, **a.g.e.**, N. 521.

²⁷ Bkz. Birinci Bölüm/II/B.

²⁸ Bkz. İkinci Bölüm/II/A/1.

²⁹ Paul Piotet, **Traité de droit privé suisse Tome IV: Droit Successoral**, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 1975, s. 278. Bu görüşe göre kazandırma, bir kimsenin başka bir kimseye malvarlığına ilişkin bir menfaat sağlaması değil bir kimsenin malvarlığından başka bir kimseyi zenginleştirmesidir (Piotet, **Droit Successoral**, s. 277). Türk hukukunda benzer tanım için bkz. O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt-1**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 78: “Bir kişinin malvarlığından diğerinin malvarlığı yararına bir malvarlığı değerinin sağlanması *filidir*.”

Kazandırma, hukukî işlem³⁰ ya da maddi fiil³¹ yoluyla gerçekleştirilebilir³². Örneğin bir kimse başkasının arazisi üzerine yapı inşa ettiğinde arazinin sahibi yapının sahibi hâline gelir (TMK m. 722/f. 1)³³. Burada kazandırma maddi fiille gerçekleşmiş olur³⁴. Buna karşılık kazandırmada bulunan, karşı tarafın malvarlığını borçlandırıci bir sözleşmeyle ya da tasarruf işlemiyle artırıyorsa kazandırma hukukî işlem yoluyla gerçekleşmiş demektir³⁵. Hukukî işlem yoluyla gerçekleştirilen kazandırma, malvarlığında artış meydana gelen taraf bakımından kazandırici işlem olarak nitelendirilir³⁶. Malvarlığında azalma meydana gelen taraf bakımından ise durum iki şekilde karşımıza çıkabilir: O, ya bir borçlandırıci işlem yapmış ve pasifini artırmıştır ya da bir tasarruf işlemi yapmış ve aktifini azaltmıştır³⁷. Dolayısıyla kazandırma kavramı hem maddi fiille gerçekleşen kazandırmaları hem de kazandırici işlemleri kapsayan bir üst kavramdır³⁸.

³⁰ Hukuk düzeni, bir hukuki sonuç doğurmak üzere yapılan irade beyanına, ona uygun hukuki sonucu bağliyorsaa hukuki işlem söz konusu olur (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §9 N. 6, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 603, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1089).

³¹ İradi olarak meydana getirilen maddi değışikliğe hukuki sonuç bağliyorsaa maddi fiil söz konusu olur (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §9 N. 6, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 607, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1092).

³² Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 38, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 182, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1140, Antalya, **Borçlar Hukuku**, s. 79.

³³ Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1140.

³⁴ Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1140.

³⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 49, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 641-642, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1139. Bu artış borçlandırıci işlemde karşı tarafın alacak hakkı kazanması, tasarruf işlemindeyse bir hakkın devredilmesine veya sınırlandırılmasına bağli menfaat kazanması yoluyla gerçekleşmektedir (Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1139).

³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 38, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 625, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1139-1140.

³⁷ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 642, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 171, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1139, Serap Helvacı, Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk**, 5. bs., İstanbul, Legal, 2018, s. 36. Borçlandırıci işlem ve tasarruf işlemi kazandırici işlem kavramı altında inceleyen ve kazandırici malvarlığı işleminin karşısına eksiltici malvarlığı işlemi koyan yazarlar için bkz. Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, N. 11 s. 329 vd., Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, N. 20.

³⁸ Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1140.

b. İradilik

TMK m. 229/f. 1, b. 1’de yer alan kazandırmanın iradi olması gerekir³⁹. Başka bir anlatımla, kazandırmada bulunan bunu gerçekleştirme özgürlüğüne sahip olmalıdır⁴⁰. Örneğin üçüncü kişi, eşlerden birinin malını işleyerek malın mülkiyetini kazanmışsa (TMK m. 775/f. 1) eşin iradesinden söz edilemeyeceği için eklemeye yer olmaz. Eşin kazandırma yapmakta özgür olmasından başka iradesinin de bu hukuki sonuca yönelmiş olması aranmalıdır. Ekleme, kazandırmayı yapan eşin aleyhine bir sonuç doğuracağı için iradesinin kazandırma sonucuna yönelmediği durumları hükmün kapsamına dahil etmemek uygun olur. Doktrinde de bu düşünceye paralel şekilde TMK m. 229/f. 1, b. 1’de yalnızca hukukî işlem yoluyla yapılan kazandırmaların esas alındığı kabul edilmektedir⁴¹. Kazandırmanın doğrudan (aracısız) ya da dolaylı (aracılı) olarak gerçekleşmesinin ise bir önemi yoktur⁴².

c. Karşılıksızlık

Kazandırma, karşılıklı (ivazlı) veya karşılıksız (ivazsız) olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilir⁴³. Bu ayrım, kazandırmada bulunan kişinin, yaptığı kazandırma karşılığında bir menfaat elde edip etmemesine göre yapılır⁴⁴. Eğer kazandırmada

³⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Steinauer, **Art. 208**, N. 11. Denkleştirmeye tabi bir kazandırma için TMK m. 669 uyarınca aynı şartların arandığı hakkında bkz. Piotet, **Droit Successoral**, s. 277.

⁴⁰ Piotet, **Droit Successoral**, s. 280.

⁴¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Zeytin, **a.g.e.**, N. 521.

⁴² Piotet, **Droit Successoral**, s. 277, Rona Serozan, **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 5. Üçüncü kişi yararına sözleşme ya da bir başkasının üçüncü kişiye olan borcunu ödeme dolaylı kazandırmalardandır (Piotet, **Droit Successoral**, s. 277).

⁴³ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 643, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1142, Sarı, **a.g.e.**, s. 138, 176. Ancak doktrinde kazandırmanın karşılıklı, karşılıksız ve iştirakli (katılmalı) olarak üçe ayrılmasına da rastlanmaktadır. Bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, N. 12 s. 330. Kocayusufoğlu, bu son türü ivazlı kazandırmanın özel bir türü olarak değerlendirmektedir (Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 39-40). Eğer kazandırmadaki karşılık, karşı tarafın kazancına belirli bir oranda katılma olarak öngörülmüşse katılmalı kazandırıcı işlem söz konusu olur (Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 40, Serozan, **Medeni Hukuk**, N. 14 s. 330). Ödünün karşılığında kâr payının ödendiği katılmalı ödünç sözleşmesi bu gruba örnek olarak gösterilmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk**, N. 14 s. 330).

⁴⁴ Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s. 6, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1142, Sarı, **a.g.e.**, s. 176.

bulunan, yaptığı kazandırma nedeniyle ve onun karşılığında bir menfaat elde etmişse kazandırma karşılıklıdır⁴⁵. Bu menfaatin tarafların iradelerine göre kazandırmanın karşılığını teşkil ediyor olması gerekmektedir⁴⁶.

Kazandırmada bulunan, yaptığı kazandırma karşılığında bir menfaat elde etmemişse karşılıksız kazandırma (*libéralité, unentgeltliche Zuwendung*) söz konusu olur⁴⁷. Karşılıksız kazandırıcı işlemin hukuki sebebi *causa donandi*'dir⁴⁸. Burada kazandırma yapan, karşı tarafa karşılıksız olarak malvarlığı menfaati sağlamak amacını taşımaktadır⁴⁹. Karşılıksız kazandırmanın en tipik örneği bağışlamadır⁵⁰.

Karşılıklılık, iktisadi değil, hukukî bir nitelendirmedir⁵¹. Bu nedenle bir malın maddi açıdan elverişsiz şekilde üçüncü kişiye kazandırılmış olması, bu kazandırmayı karşılıksız kılmaz⁵². Örneğin eşlerden biri piyasa fiyatı 10.000 TL olan mobilya takımını 8.000 TL'ye sattığında TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamında bir işlem yapmış sayılmayacaktır. Ancak sembolik bir karşı edim kazandırmayı mutlaka karşılıklı hâle getirmemektedir⁵³. Böyle bir durumda *causa donandi*'nin varlığına göre bir sonuca varmak gerekir. Tarafların anlaşmasıyla kısmen karşılıklı kısmen karşılıksız gerçekleştirilen kazandırmalara karma (muhtelit) bağışlama denir⁵⁴. Karma bağışlamadan söz edebilmek için öncelikle edim ve karşı edim arasında sözleşmenin

⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 39, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 643, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1142. Noter harcı gibi malı edinmeye bağlı olası masraflar ve vergi gibi ileride ortaya çıkabilecek yükümlülükler karşılık teşkil etmez (Sarı, **a.g.e.**, s. 177, Olivier Guillod, **Art. 198, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 14).

⁴⁶ Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s. 6, Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 39.

⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 39, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 643, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1142, Antalya, **Borçlar Hukuku**, s. 79.

⁴⁸ Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s. 8, Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 42.

⁴⁹ Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s. 8, Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 42.

⁵⁰ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 39, Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 643, Dural, Sarı, **Temel Kavramlar**, N. 1142, Serozan, **Medeni Hukuk**, N. 12 s. 330, Acar, **a.g.e.**, s. 287.

⁵¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 177.

⁵² Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s. 6, krş. Sarı, **a.g.e.**, s. 177.

⁵³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tabi Kazandırmaları**, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960, s. 142, Cem Akbıyık, **Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri**, İstanbul, Alfa Basım Yayım ve Dağıtım, 1997, s. 7.

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **İade Mefhumu**, s. 143, Serozan, **Ölüme Bağlı Kazandırma**, s. 6, Zeytin, **a.g.e.**, N. 521, Sarı, **a.g.e.**, s. 177.

kurulması sırasında bir değer farkı (dengesizlik) bulunmalıdır⁵⁵. Bunun yanında edimin karşı edimle karşılanmayan bölümünün karşılıksız kazandırma amacıyla (*causa donandi*) diğer tarafa devri konusunda tarafların anlaşmış olması gerekmektedir⁵⁶. Başka bir anlatımla taraflar aradaki değer farkını bilmeli ve bunu bir tarafı zenginleştirmek amacıyla istemelidir⁵⁷. Örneğin eşlerden biri 10.000 TL değerindeki mobilya takımını üçüncü kişiye kısmen kazandırmada bulunmak amacıyla 1.000 TL'ye satmışsa karşılıklı kazandırmadan bahsedilemez. Öyleyse edimler arasında dengesizliğin bulunduğu bir hukukî işlem *causa donandi*'nin varlığına göre karşılıklı ya da kısmen karşılıksız olabilecektir.

Üçüncü kişinin sebepsiz zenginleşmesine yol açan kazandırmaların karşılıksız sayılıp sayılamayacağı doktrinde tartışmalıdır⁵⁸. Örneğin eşlerden biri taşınır malına ilişkin bağışlama sözünü, yerine getirdikten sonra geri alırsa (TMK m. 295) sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade talep edebilir⁵⁹. Kazandırmanın karşılıklı sayılabilmesi için fakirleşen eş lehine doğan iade alacağının karşı edim olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁰. Ancak baskın fikir, böyle kazandırmaların da

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **İade Mefhumu**, s. 143, Akbıyık, **Karma Bağışlama**, s. 8, Margareta Baddeley, **Art. 239, Commentaire Romand Code des obligations I: Art. 1-529 CO**, Ed.: Luc Thévenoz, Franz Werro, 2. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, N. 17.

⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **İade Mefhumu**, s. 143, Akbıyık, **Karma Bağışlama**, s. 25, Baddeley, **Art. 239**, N. 52.

⁵⁷ Akbıyık, **Karma Bağışlama**, s. 25.

⁵⁸ Tartışma esasen eşlerden birine yapılan kazandırmanın sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği durumlarda karşılıksız olarak nitelenip nitelenemeyeceğine ilişkindir. Varılan sonuç, elde edilen değer TMK m. 220/b. 3 uyarınca kişisel mal olup olmadığı açısından önemlidir. Tartışmalar hakkında bkz. Paul Piotet, **Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts**, Bern, Editions Stämpfli & Cie SA, 1986, s. 97, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 930b.

⁵⁹ Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler): 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş**, 15. bs., Beta, 2018, s. 216. Bu sonuç yalnızca taşınır mülkiyetinin naklinde soyutluk görüşünün benimsenmesiyle mümkündür. Böylece geçerli bir sebebe dayanmasa da tasarruf işlemi geçerli olacak ve kazandırma lehtarı taşınırın mülkiyetini kazanacaktır. Sebebe bağlılık görüşü benimsenirse borçlandırıcı işlemin geçersiz olduğu hâllerde mülkiyetin geçişi de geçersiz olacak ve talep istihkak iddiasına dayanacaktır. Taşınmaz üzerinde aynı hak kazandıran tasarruf işlemleriye açıkça sebebe bağlı kabul edildiğinden sebepsiz zenginleşme talebine dayanılmaz. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Cilt 2**, 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 342-343, Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme: Borçlar Kanunu 61 – 66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle**, İstanbul, Kazancı, 1990, s. 79-80.

⁶⁰ Doktrinde Piotet karşı edim teşkil etmese de kazandırma ve iade borcu arasında hukuki bir ilişki bulunduğu gerekçesiyle kazandırmanın geniş anlamda karşılıksız olarak nitelenemeyeceğini savunmaktadır (Piotet, **Régime matrimonial**, s. 97-98).

karşılıksız sayılacağı yönündedir⁶¹. Çünkü iade yükümlülüğünün sona ermesi üzerine edinim kalıcı hale gelecektir⁶². Sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade alacağı ve yapılan kazandırma fikrimizce de karşılıklı değildir. Taraflar iradi olarak böyle bir karşılıklı ilişki benimsenmemişlerdir. Ancak teknik açıdan bakacak olursak kazandırmada bulunan eşin malvarlığında sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade alacağı yer alacağı için bu değer eklenecek değer sayılmasına gerek olmaz. Böylece söz konusu alacak mevcut edinilmiş mal olarak değerlendirilir ve hem alacaklı eşin katılma alacağı beklentisi hem de üçüncü şahsın işlem güvenliği korunmuş olur⁶³.

Eşin üçüncü kişiye karşı sahip olduğu alacağı zamanaşımına uğratması ise doktrinde ihtimalli bir şekilde incelenmiştir. Eğer alacak sahibi eş, borçluya menfaat sağlama isteğiyle ve bilinciyle alacağını talep etmeyerek alacağın zamanaşımına uğramasına neden oluyorsa iradilik unsuru sağlandığı için borçluya bir karşılıksız kazandırma yapılmış olur⁶⁴. Ancak bir engel nedeniyle ya da yalnızca unuttuğu için alacağı zamanaşımına uğramışsa bir karşılıksız kazandırmadan bahsedilemez⁶⁵. Bununla birlikte yine teknik açıdan bakacak olursak her iki ihtimalde de alacak ortadan kalkmamıştır. Başka bir ifadeyle söz konusu alacak zamanaşımına uğramış olsa da hâlâ edinilmiş mallar arasında yer almaktadır. Dolayısıyla alacağı zamanaşımına uğratmak karşılıksız kazandırma olarak görülemez.

Bir şeyin ücretsiz olarak üçüncü kişiye kullanırılması kural olarak karşılıksız kazandırmadır⁶⁶. Ancak tıpkı iş gücüyle menfaat sağlamak gibi bir şeyi ücretsiz kullanırmak da TMK m. 229/f. 1, b. 1 çerçevesinde ayrıca incelenmelidir. Miras

⁶¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 930b, Heinz Hausheer, Regina Aebi-Müller, **Art. 198, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz.: Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N. 27, Sarı, **a.g.e.**, s. 176, Guillod, **Art. 198**, N. 19.

⁶² Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 198**, N. 27, Sarı, **a.g.e.**, s. 176.

⁶³ Üçüncü kişinin işlem güvenliği, bu alacağın TMK m. 241 kapsamına sokulmaması, dolayısıyla katılma alacaklısı eşin kendisine başvuramaması yoluyla sağlanacaktır. Bu konu ileride detaylıca incelenecektir. Bkz. Üçüncü Bölüm/II.

⁶⁴ Piotet, **Droit Successoral**, s. 279, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 22.

⁶⁵ Piotet, **Droit Successoral**, s. 279.

⁶⁶ Faizsiz para kullandırma (tüketim ödünçü), karşılıksız eşya kullandırma (kullanım ödünçü) ve ücretsiz iş görme (vekâlet) Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş karşılıksız kazandırmalardandır ve bunlar bağışlama hükümlerine değil kendi hükümlerine tabi olurlar (Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, N. 987).

hukukundaki baskın fikre göre mirasbırakan, malını kullanarak gelir elde etmeyi düşünmüyorsa bu malın kullanımının karşılıksız devri denkleştirmeye tabi bir kazandırma değildir (TMK m. 669)⁶⁷. Çünkü böyle bir durumda mirasbırakanın malvarlığının azalmasından söz edilemez⁶⁸. Mal rejimleri açısından da edinilmiş mallarda azalma arandığı için aynı çözümü benimsemek yerinde olacaktır. Böylece örneğin eşlerden biri edinilmiş mal kesimine ait ve kira geliri elde etmek amacıyla satın aldığı evini bedelsiz olarak başkasının kullanıma bırakmışsa son bir yıl içinde⁶⁹ alması gereken kira bedeli TMK m. 229/f. 1, b. 1 uyarınca edinilmiş mallara eklenir⁷⁰. Fakat bu eş kiraya vermeyi düşünmediği evini üçüncü kişiye ücretsiz olarak kullandırmışsa bağışlama söz konusu olmayacağından herhangi bir ekleme yapılamaz⁷¹.

2. Başlıca karşılıksız kazandırmalar

Doktrinde benimsenen tanımdan ve miras hukuku hükümlerinden yola çıkarak bu kazandırmalara bağışlama (karma bağışlama⁷² da dahil olmak üzere), miras payına mahsuben yapılan kazandırmalar, miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar, hayat sigortası alacağının devri ya da böyle bir sigortada

⁶⁷ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Gamze Turan Başara, **Miras Hukukunda Denkleştirme**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 119 dn. 337'deki yazarlar. Ancak mirasbırakanın iradesini tespit etmenin güçlüğü ve mirasçılar arasında yaratacağı eşitsizlik nedeniyle karşılıksız kullandırmanın denkleştirmeye tabi bir karşılıksız kazandırma sayılarak terekeye eklenmesi gerektiği hakkında bkz. Piotet, **Droit Successoral**, s. 278-279. Turan Başara, işlemin karşılıksız kazandırma niteliğini, işlem konusu malın piyasa değeri (rayiç bedeli) olup olmamasına göre belirlemektedir (Turan Başara, **a.g.e.**, s. 120).

⁶⁸ Turan Başara, **a.g.e.**, s. 119.

⁶⁹ Kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması şartı için bkz. Birinci Bölüm/II/F.

⁷⁰ Acar, **a.g.e.**, s. 287. Geleceğe dönük gelir kaybı söz konusu olduğu için kazandırma şekil olarak bağışlamadır (Acar, **a.g.e.**, s. 287).

⁷¹ Acar, **a.g.e.**, s. 287.

⁷² Karma bağışlama söz konusu olduğunda karşılıksız kazandırma teşkil eden, devrin karşılıksız yapılan kısmıdır (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 22, Burgat, **Art. 208**, N. 8).

üçüncü kişi lehine şartlar konması örnek verilebilir⁷³. Vakıf kurmanın⁷⁴ ve *trust*'ın⁷⁵ karşılıksız kazandırma niteliği ise tartışmalıdır. Verilen örneklerin çoğu aslında biçimsel olarak bağışlamadır. TMK m. 229/f. 1, b. 1'de karşılıksız kazandırma ifadesinin kullanılmasının sebebi ise tek taraflı kazandırmaları da kapsamaktır⁷⁶. Örnekler incelenirken terekeye eklenecek denkleştirmeye ve tenkise tabi kazandırmalar göz önünde bulundurulacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki mal rejiminin ve mirasın tasfiyesindeki kuralların birbirine benzemesi her zaman aynı sonucun kabul edileceği anlamına gelmez.

a. Bağışlama

Verilen örneklerden en yaygını olan bağışlama sözleşmesi TBK m. 285'te *bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme* olarak tanımlanmıştır. Taşınır ya da taşınmaz eşyalar, maddi bir varlığı olan ya da olmayan şeyler (haklar, alacaklar) bağışlamanın konusunu oluşturabilir⁷⁷. Böylece eşlerden birinin taşınır ya da taşınmaz malını devretmesi, sahip olduğu bir alacak hakkının borçlusuyla onu bu borçtan ibra etmek için bir sözleşme yapması (TBK m. 132) ya da bir sınırlı ayni haktan (örneğin irtifak hakkından) feragat etmesi TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamına

⁷³ Çeşitli örnekler için bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 22, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 14, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 12, Steinauer, **Art. 208**, N. 11, Acar, **a.g.e.**, s. 287, Gümü, **a.g.e.**, s. 368.

⁷⁴ Vakıf kurmanın karşılıksız kazandırma teşkil etmediği yönünde bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1317, Baddeley, **Art. 239**, N. 71, Vakıf kurmanın karşılıksız kazandırma teşkil ettiği yönünde bkz. Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 12, Steinauer, **Art. 208**, N. 11.

⁷⁵ Trust, birtakım malvarlığı değerlerinin, onları inananın belirlediği amaç için kullanmakla ve yönetmekle yükümlü bir veya birden çok kimseye inanılan sıfatıyla devredilmesi anlamına gelen *common law* kaynaklı hukukî bir ilişkidir (Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, www.admin.ch). Trust kurumu 2005 yılında La Haye anlaşmasının onaylanmasıyla İsviçre hukukunda tanınmaya başlamıştır. Anlaşmanın bütünü için bkz. <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=59>. Türk hukukunda ise şimdilik bir kurum olarak karşılık bulmayan trust, servet yönetimi gibi isimlerle ifade edilmektedir. Bu kullanım için bkz. Türkben Pedük, "Servet Yönetimi Hizmetleri" (Trust/Fiduciary Services), **Maliye ve Finans Yazıları Dergisi**, C: I, S:83, 2009, s. 131-139. Trust kurumunun karşılıksız kazandırma teşkil etmediği yönünde bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1317, Baddeley, **Art. 239**, N. 71. Trust kurumunun karşılıksız kazandırma teşkil ettiği yönünde Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 14, Burgat, **Art. 208**, N. 8.

⁷⁶ Paul Piotet, "La libéralité accomplissant un devoir moral est-elle réductible?", **RNRF (Revue suisse du notariat et du registre foncier)**, C: IV, S:70, 1989, s. 215.

⁷⁷ Baddeley, **Art. 239**, N 17.

girer⁷⁸. Buna karşın henüz edinilmemiş bir haktan feragat bağışlama sayılmaz (TBK m. 285/f. 2)⁷⁹. Çünkü herhangi bir değer malvarlığından çıkmış değildir⁸⁰. Eşlerden birinin edinilmiş mal kesiminde henüz yer almayan bir haktan vazgeçmesi de aynı gerekçeyle karşılıksız kazandırma olarak değerlendirilemez.

Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi⁸¹, TBK m. 285/f. 3 uyarınca bağışlama sayılmaz. Fakat TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamında karşılıksız kazandırma teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bir sonuca varmak için öncelikle miras hukukundaki çözümün incelenmesinde fayda vardır. Bazı yazarlar, ahlaki ödevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kazandırmaların denkleştirmeye tabi olmadığını savunmaktadır⁸². Buna karşın doktrindeki baskın fikir, bu tür kazandırmaların denkleştirmeye tabi olduğunu ve terekeye eklenecek değerler arasında yer aldığını kabul etmektedir⁸³. Nitekim altsoyun ekonomik bağımsızlığına katkıda bulunma amacı güden ve TMK m. 669/f. 2 uyarınca denkleştirmeye tabi olan kazandırmalar, kaçınılmaz olarak ahlaki bir ödevin ifası niteliğindedir⁸⁴.

Tenkis konusundaysa hâkim görüş, TMK m. 565/b. 3'te "bağışlama" ifadesinin kullanılması karşısında, TBK m. 285/f. 3 uyarınca bağışlama teşkil etmeyen ahlaki

⁷⁸ Çeşitli örnekler için bkz. Yavuz, Acar, Özen, **Özel Hükümler**, s. 206, Serozan, **Özel Bölüm**, N. 991, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Burgat, **Art. 208**, N. 8.

⁷⁹ Aynı hüküm mirasın reddinin de bağışlama sayılmayacağını düzenlemiştir. Mirasın reddi karşılıksız kazandırma olarak değerlendirilebilse de (Denis Piotet, **Art. 626, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédicte Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 23) miras yoluyla kazanılan mallar kişisel mal olduğundan aşağıda açıklanacağı üzere TMK m. 229 uyarınca eklemeye tabi bir değerden söz edilemez (Acar, **a.g.e.**, s. 289 dn. 399).

⁸⁰ Aydın Zevkililer, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, 18. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 166, Serozan, **Özel Bölüm**, N. 990.

⁸¹ Ahlaki ödevin yerine getirilmesi, belirli bir çevrede hâkim olan ahlak anlayışına göre gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu kabul edilen edimlerdir (Ahmet Nar, **Türk Hukukunda Tenkis**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 230). Bunlara örnek olarak nafaka ödemek ile yükümlü olmadığı bir yakınına bakmak, genel bir felaket hâlinde yapılan yardımlar, önemli hizmet veya yardımları ödüllendirmek gibi durumlar gösterilmektedir (Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama Cilt I/1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 347).

⁸² Turan Başara, **a.g.e.**, s. 112 dn. 314'te belirtilen yazarlar.

⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, **İade Mefhumu**, s. 181, Mehmet Deniz Yener, "Miras Hukukunda Denkleştirmeye Tabi Kazandırmalar", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: IV, S:1, 2014, s. 30.

⁸⁴ Piotet, **Devoir moral**, s. 201-202. TMK m. 669/f. 2'de yer alan kazandırmalardan kuruluş sermayesinin ve çeyizin, en azından kazandırmadan yararlananın anne ve babası açısından ahlaki ödevin ifası teşkil edeceği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **İade Mefhumu**, s. 180.

ödevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kazandırmaların tenkise tabi olmayacağını savunmaktadır⁸⁵. Ancak böyle bir kazandırma TMK m. 565/b. 3 uyarınca tenkise tabi olmasa da TMK m. 565/b. 1 uyarınca tenkise tabi olabilir. Çünkü denkleştirmeye tabi olmaktan kurtulan sağlararası kazandırmalar⁸⁶, TMK m. 565/b. 1 uyarınca tenkise tabi olmaktadır⁸⁷. Doktrinde bir fikir, yalnızca bu iki hükmün (TMK m. 669/f. 2 ve m. 565/b. 1) bile ahlaki bir ödevin ifası amacıyla yapılan kazandırmaların eklemeye konu olabileceğinin tek başına göstergesi olduğunu savunmaktadır⁸⁸. Aynı şekilde Federal Mahkeme, bu tür kazandırmaları tenkise tabi kabul ederek terekeye eklemektedir⁸⁹. Görüldüğü üzere ahlaki ödevin ifası yaygın şekilde denkleştirmeye ya da tenkise tabi olarak terekeye eklenecek değerler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur⁹⁰.

TMK m. 229/f. 1, b. 1 açısından doktrinde baskın fikir miras hukukundaki çözümden ayrılmamış ve ahlaki ödevlerin yerine getirilmesi için yapılan karşılıksız kazandırmaların eklemeye tabi olacağını savunmuştur⁹¹. Hükmün gerekçesi de açıkça bu yöndedir⁹². Bu fikrin karşısında yer alan diğer görüş, ahlaki ödevin ifasının yardım amaçlı olduğu gerekçesiyle sebep yönünden olağan sayılması gerektiğini ve miktar

⁸⁵ Fikret Eren, **Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 109, Zahit İmre, Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2018, s. 272, Cem Baygın, “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XII, S:3-4, 2008, s. 161, Nar, **a.g.e.**, s. 231.

⁸⁶ Denkleştirmeye tabi olması gerekirken bundan kurtulan iki grup kazandırma bulunmaktadır. Bunlardan ilki mirasbırakanın mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçısına miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, ikincisi ise mirasbırakan tarafından denkleştirmeden muaf tutulduğu için denkleştirilmesi istenemeyen kazandırmalardır (Mustafa Dural, Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku Cilt IV: Miras Hukuku**, 13. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, N. 1124 vd.).

⁸⁷ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1123 vd.

⁸⁸ Piotet, **Devoir moral**, s. 206-207.

⁸⁹ Federal Mahkeme bir kararında Piotet'in görüşüne atıf yaparak şu ifadelere yer vermiştir: “*Bir kazandırmanın tenkise tabi olması, ahlaki bir ödevin ifası için yapıp yapılmadığına bağlı değildir. Bu, kanun koyucunun anlayışına göre saklı payın korunmasının da ahlaki bir temeli olmasıyla açıklanabilir. Eşe yardım etmeye ilişkin ahlaki ödev bu nedenle kanun tarafından korunan saklı paya kavuşma hakkına aykırı olamaz.*” Karar için bkz. TF, 12.07.1990, JdT 1992 I 130 (www.swisslex.ch). Aynı yönde bkz. TF, 18.11.1976, JdT 1977 I 130 (www.swisslex.ch).

⁹⁰ Örnek için bkz. Yargıtay 2. HD., 05.03.1992, E. 1992/2269, K. 1992/2543 (www.kazanci.com.tr).

⁹¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1320, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 15, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 12, Steinauer, **Art. 208**, N. 11, Burgat, **Art. 208**, N. 9.

⁹² **Message**, N. 222.532.

olarak da olağan sınırlar içerisinde kaldığında edinilmiş mallara değer olarak eklenmeyeceğini savunmaktadır⁹³.

Kanaatimizce miktar olarak olağan sınırlar içerisinde kalan ahlaki ödevin ifası niteliğindeki kazandırmaların edinilmiş mallara değer olarak eklenmeyeceği yönündeki düşünce isabetlidir. Bununla birlikte böyle kazandırmaların eklemeye tabi olmamasının sebebi kazandırmanın ahlaki bir ödevin ifası amacı taşıması değil, olağan olmasıdır. Dolayısıyla biz de hâkim fikre katılmakta ve ahlaki ödevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kazandırmaların kural olarak eklenecek değer niteliği taşıdığını kabul etmekteyiz. Benimsediğimiz çözümün, eşleri ahlaki ödevlerin ifası için yapacakları kazandırmalardan alıkoyabileceği düşünülebilir⁹⁴. Ancak ahlaki bir ödevin yerine getirilmesinden yarar elde edecek kişinin menfaatini korumak yerine eşin katılma alacağına ilişkin beklenen hakkının korunmasına üstünlük tanımak fikrimizce yerinde bir çözümdür⁹⁵. Son olarak, ahlaki ödevin yerine getirilmesinin bağışlama teşkil etmemesi (TBK m. 285/f. 3), bu amaçla yapılan kazandırmaların edinilmiş mallara değer olarak eklenmesine engel olmayacaktır. Çünkü TBK m. 285/f. 3'ün amacı ahlaki ödevin yerine getirilmesinin karşılıksız kazandırma niteliğini ortadan kaldırmak değildir⁹⁶. Kanun koyucu, yalnızca bunların yerine getirilmesini şekil bakımından zorlaştırmamayı ve bağışlamadan dönme gibi bazı kuralların bu kazandırmalara uygulanmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır⁹⁷.

Federal Mahkeme bir kararında ahlaki bir ödevin ifasının İMK m. 208'e (TMK m. 229'a) tabi olup olmadığını tartışmış fakat somut uyuşmazlığın çözümüne başka bir yoldan ulaşmıştır⁹⁸. Karara konu olayda ilk derece mahkemesi, katılma alacağını hesaplarken kocanın evlilik dışı doğan çocuğunun annesine verdiği parayı kocanın edinilmiş mallarına değer olarak eklemiştir. Üst mahkemenin de benzer bir karar vermesi üzerine uyuşmazlık Federal Mahkeme'ye taşınmıştır. Katılma alacağı

⁹³ Sarı, **a.g.e.**, s. 194. Aynı yönde bkz. Acar, **a.g.e.**, s. 294. Olağan hediye olmama şartı için bkz. Birinci Bölüm/II/C.

⁹⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 294.

⁹⁵ Aynı yönde bkz. Piotet, **Devoir moral**, s. 215.

⁹⁶ Piotet, **Devoir moral**, s. 213-214.

⁹⁷ Piotet, **Devoir moral**, s. 213-214, Tandoğan, **a.g.e.**, s. 347.

⁹⁸ TF, 28.09.2012, JdT 2013 II 261 (www.swisslex.ch).

hesabındaki tek çekişmeli nokta; evlilik dışı doğan çocuğunu tanıyan babanın, bu çocuğun annesine 29 ay boyunca her ay ödediği 4 bin İsviçre frangının değer olarak eklenip eklenmeyeceğidir. Kazandırmayı yapan davalı eş, artan gelirinden çocuğunun özenli bakımı için annesine ödeme yapma hakkı olduğunu ve yaptığı ödemelerin ahlaki bir borç olduğunu iddia etmiştir. Davalı ayrıca, eşi ve ortak çocuklarına karşı bakım ödevini ihlal etmediğini ve dolayısıyla eşinin bu kazandırmalara rızasının bulunduğu çıkarımını yapabileceğini ileri sürmüştür. Son olarak davalı eş, eşinin ekleme talebinin “çifte bakım yükümlülüğü” anlamına geldiğini ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini iddia etmiştir.

Davalı eşin bu iddiaları, Federal Mahkeme tarafından kabul görmemiştir. Federal Mahkeme, ahlaki bir ödevin ifasını karşılıksız kazandırma sayan madde gerekçesine⁹⁹ ve doktrinde TMK m. 229’daki sağlararası kazandırmanın TMK m. 565/b. 1’deki sağlararası kazandırmaya olabildiğince uygun yorumlanması gerektiği görüşüne atıf yapmıştır. Bununla birlikte Federal Mahkeme’ye göre babanın, çocuğunun annesine hiçbir katkıda bulunmaması ahlaka aykırı olarak nitelenemeyeceğinden somut olayda ahlaki bir ödevin ifasından söz edilemez. Federal Mahkeme, yapılan ödemelerin olağan hediye sayılamayacağını da belirtmiş ve kocanın evlilik dışında doğan çocuğunun annesine yaptığı ödemelerin TMK m. 229/f. 1, b. 1 anlamında karşılıksız kazandırma teşkil edeceğini ve eklemeye tabi olacağını kabul etmiştir.

Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi, yerine getiren bu konuda serbest olduğu için TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamında karşılıksız kazandırmanın unsurlarından olan iradilik unsurunu da taşımaktadır ve karşılıksız kazandırma teşkil eder¹⁰⁰. Buna karşılık yasal bir ödevin yerine getirilmesi, onu yerine getiren hukuken bağlı olduğundan, karşılık söz konusu olmasa da teknik olarak karşılıksız kazandırma sayılmaz¹⁰¹. Böylece yukarıda açıklanan kararda, anne yerine çocuğa nafaka ödenmesi durumunda, bu ödeme kanundan doğan bir borç olduğu için eklemeye tabi olmayacaktır¹⁰².

⁹⁹ **Message**, N. 222.532.

¹⁰⁰ Miras hukuku açısından aynı yönde bkz. Piotet, **Droit Successoral**, s. 280-281.

¹⁰¹ Piotet, **Droit Successoral**, s. 280-281.

¹⁰² Burgat, **Art. 208**, N. 9.

b. Miras payına mahsuben yapılan kazandırma

Miras payına mahsuben yapılan kazandırmadan anlaşılması gereken mirasbırakanın, yasal mirasçısının miras payının, yaptığı kazandırma kadar azalacağını belirtmesidir¹⁰³. Esasen bu karşılıksız kazandırmalar biçimsel olarak bağışlama şeklinde yapılmaktadır¹⁰⁴. Eklenecek değerlere ayrı bir örnek olarak belirtmemizin sebebi, doktrinde bazı yazarlar tarafından kazandırmanın miras payına mahsuben yapılmasıyla bağışlama niteliğini kaybedeceğinin ileri sürülmesidir¹⁰⁵. Bu fikir, yapılan kazandırmanın mirasbırakanın ölümü üzerine terekeye iade edileceği gerekçesiyle kalıcı bir kazandırmadan bahsedilemeyeceğini savunmaktadır¹⁰⁶.

Bununla beraber bizim de katıldığımız diğer görüşe göre mirasbırakanın ölümünden sonra ortaya çıkan denkleştirme (ya da tenkis) borcu, kazandırmayı kalıcı olmaktan çıkarmaz¹⁰⁷. Eşlerden birinin, mirasçısına miras payına mahsuben yaptığı bu karşılıksız kazandırmalar tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye ekleneceği gibi¹⁰⁸ artık değerın hesabında edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir. Kazandırma konusunun denkleştirme hükümlerince terekeye aynen iade edilmesi ihtimali de (TMK m. 671) bu sonucu değiştirmeyecektir. Mal rejiminin tasfiyesi, mal rejimi sona erdiği andaki duruma göre yapılacağı için (TMK m. 228/f. 1) iade edilen şeyin değeri eklenecek değer olarak katılma alacağı hesabında dikkate alınmış olacaktır. Örneğin Bayan (K) ile Bay (E) arasındaki edinilmiş mallara katılma rejimi Bay (E)'nin ölümüyle sona ermiştir. Bay (E) sağlığında oğlu Bay (O)'ya denkleştirmeye tabi bir kazandırmada bulunarak taşınmazını bağışlamıştır. Bu taşınmazın değeri, mal rejiminin tasfiyesinde Bay (E)'nin artık değerine eklenecektir. Mal rejiminin tasfiyesinden sonra mirasın tasfiyesi ve paylaşılması aşamasına

¹⁰³ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1363.

¹⁰⁴ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1389.

¹⁰⁵ Peter Tuor, **Art. 527, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: begründet von Peter Tuor**, Schulthess, 2009, N. 4a, Becker, **Art. 626**, N. 39a (Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1389-1390 dn. 901'den naklen).

¹⁰⁶ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1389.

¹⁰⁷ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1389, Baddeley, **Art. 239**, N. 38.

¹⁰⁸ Böyle bir kazandırma TMK m. 669/f. 1 uyarınca denkleştirmeye, denkleştirme gerçekleştirilemiyorsa TMK m. 565/b. 1 uyarınca tenkise tabi olur ve tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye eklenir (Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1118, 1125-1126).

geçildiğinde Bay (O)'nun taşınmazı terekeye iade etmesi, Bayan (K)'nin katılma alacağı üzerinde bir etki meydana getirmeyecektir. Bu durum yalnızca Bayan (K)'nin takastan sonra varsa katılma alacağını terekeden tahsil etmesini kolaylaştırabilir.

c. Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırma

Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar, mirasbırakanın sağlığında bir mirasçısına mirastan feragat etmesi karşılığı yaptığı kazandırmalardır¹⁰⁹. Mirasbırakan, feragat karşılığında sağlararası bir edim borcu altına girmektedir¹¹⁰. Sözleşmenin diğer tarafındaki feragat eden ise borç yüklenmez¹¹¹, mirasçılığına kesin olarak son veren bir tasarruf işlemi yapmış olur¹¹².

Eklenecek değerler açısından önemli olan, olası mirasçılığa son vermenin mirasbırakanın yüklendiği sağlararası edimin karşılığını teşkil edip etmeyeceğidir. Eğer karşılıklı bir kazandırmanın var olduğu sonucuna ulaşırsa TMK m. 229/f. 1, b. 1 uyarınca eklenmesi gereken bir değerden bahsedilemez. Ancak, olası mirasçının feragati, mirasbırakanın malvarlığında, onun yaptığı kazandırmanın yerini almaz. Çünkü mirastan feragat malvarlığı değil, tereke üzerinde sonuç doğurmaktadır¹¹³. Bu nedenle adı mirastan ivazlı feragat olsa da karşılıklı bir işlemden bahsedilemez. Ayrıca edinilmiş mallardan yapılan bir kazandırmanın karşılığı olarak edinilmiş mallar lehine sağlanan bir menfaat yoktur. Çünkü mirasçının feragati mal kesimlerini (kişisel edinilmiş) ayırmadan sonuç doğurmaktadır¹¹⁴. Dolayısıyla ivazlı feragatte mirasbırakanın feragat eden mirasçıya yaptığı kazandırma da karşılıksız kazandırma olarak kabul edilmelidir. Nitekim doktrinde de bu kazandırmanın TMK m. 229/f. 1, b.

¹⁰⁹ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1131.

¹¹⁰ Rona Serozan, Baki İlkay Engin (Serozan), **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 5. bs., Ankara, Seçkin, 2018, §4 N. 10.

¹¹¹ Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §4 N. 10.

¹¹² Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §4 N. 199.

¹¹³ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 881.

¹¹⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 288 dn. 396.

1 kapsamında karşılıksız kazandırma olduğu görüşü ağır basmaktadır¹¹⁵. Ancak feragatin karşılığı mirasçıya henüz ödenmemişse eklenecek bir değer bulunmadığını belirtmek gerekir¹¹⁶.

Doktrinde miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmaların eklenecek değer niteliği, ayrıca işlemin sonuç doğurduğu an üzerinden değerlendirilmiştir. Bu durum ayrı bir başlık altında incelenecektir¹¹⁷.

d. Hayat sigortasından doğan yararlar

Mirasbırakanın yaptığı bir hayat sigortası sözleşmesi uyarınca üçüncü kişi bir hak sahibi olmuşsa bu sigortanın alım değeri TMK m. 509'a göre hesaplama sırasında terekeye eklenmektedir¹¹⁸. Anılan madde üçüncü kişinin hak sahibi olduğu durumları şöyle sıralar: *mirasbırakanın kendi ölümünde ödenmek üzere üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmesi yapması veya böyle bir kişiyi sonradan lehdar olarak tayin etmesi ya da sigortacıya karşı olan istem hakkını sağlararası veya ölüme bağlı tasarrufla karşılıksız olarak üçüncü kişiye devretmesi*. Doktrinde hayat sigortasından doğan bu yararların edinilmiş mallara katılma rejimi açısından da eklenecek değer teşkil ettiği kabul edilmektedir¹¹⁹. Bir eş, maddede belirtilen bu işlemlerden herhangi birini yaptığı takdirde sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü anındaki satın alma değeri edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir¹²⁰. Çünkü primleri bizzat ödeyerek malvarlığını azaltan mirasbırakan dolaylı olarak üçüncü kişiye kazandırmada bulunmaktadır¹²¹. Sigorta ettirenin üçüncü kişiyi lehtar olarak belirlemesi ya da sigorta sözleşmesinden doğan hakkını üçüncü kişiye devretmesi esasen bir bağışlamadır¹²².

¹¹⁵ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 22, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 12, Steineauer, **Art. 208**, N. 11.

¹¹⁶ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N 1133.

¹¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm/II/E.

¹¹⁸ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1170.

¹¹⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 22, Gümüüş, **a.g.e.**, s. 368.

¹²⁰ Primlerin edinilmiş mallardan ödenmiş olması gerektiği hakkında bkz. Birinci Bölüm/II/B.

¹²¹ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1170.

¹²² Baddeley, **Art. 239**, N. 39.

e. Vakıf kurma

Vakıf kurma, tek taraflı bir hukukî işleme dayandığı için bağışlama değildir¹²³. Karşılıksız kazandırma niteliği ise tartışmalıdır. Mevcut bir vakfa yapılan bağıştan farklı olarak vakıf kurma işlemi, vakfın zenginleşmesi sonucunu doğurmaz¹²⁴. Bu gerekçeyle vakıf kurmanın karşılıksız kazandırma teşkil etmeyeceği kabul edilirse vakfedilen mallar eklemeye konu olmayacaktır. Fakat böyle bir yaklaşım, eşin vakıf kurma yoluyla malvarlığının edinilmiş mal kesimini azaltmasına olanak sağlar. Bağışlamada bulunursa bağışlama konusunun değer olarak edinilmiş mallara ekleneceğini bilen eş, bağışlama yerine vakıf kurma yoluna giderek diğer eşin katılma alacağını azaltmaya çalışabilir.

Miras hukukunda mirasbırakanın sağlararası işlemle kurduğu vakıflara tahsis ettiği mallar terekeye eklenecek değerler arasında yer almaktadır (bkz. TMK m. 108)¹²⁵. Burada benimsenen sonuçtan ve hükmün amacından yola çıkarak vakıf kurmanın da TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamında karşılıksız kazandırma olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere doktrindeki baskın düşünceye göre vakıf kurma eklenecek değer olarak kabul edilmektedir¹²⁶. Kaldı ki vakıf kurmanın altında yatan vakıf kurma sebebi, bağışlama sebebine (*causa donandi*) oldukça yakın bir sebeptir¹²⁷.

B. Edinilmiş mallardan yapılmış olması

Kural olarak TMK m. 229/f. 1 uyarınca ekleme, yalnızca edinilmiş mallardan yapılan karşılıksız kazandırmalar için söz konusu olmaktadır¹²⁸. Bir kere ekleme kâğıt üzerinde edinilmiş mallara yapıldığından ancak bu mal kesiminden yapılan

¹²³ Baddeley, **Art. 239**, N. 71.

¹²⁴ Baddeley, **Art. 239**, N. 71.

¹²⁵ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1158.

¹²⁶ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 22, Acar, **a.g.e.**, s. 287, Zeytin, **a.g.e.**, N. 521.

¹²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, §11 N. 43 dn. 74.

¹²⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 14, Steinauer, **Art. 208**, N. 10, Acar, **a.g.e.**, s. 286, Zeytin, **a.g.e.**, N. 513, Gümüş, **a.g.e.**, s. 366.

kazandırmalar artık değerin hesabında dikkate alınmalıdır¹²⁹. Esas sebebi ise TMK m. 229'un diğer eşin katılma alacağını koruma amacı taşımasıdır¹³⁰. Katılma alacağının kişisel mallarla bir ilgisi olmadığı için bunlardan yapılan kazandırma TMK m. 229'un kapsamına girmeyecektir¹³¹. Dolayısıyla kişisel bir malın karşılıksız kazandırmaya konu edilmesi, bu malın tasfiye aşamasında değer olarak eklenmesi sonucunu doğurmayacaktır¹³². Ancak gelir getiren bir kişisel mal, gelirinin edinilmiş mallara eklenmesini engellemek için devredilmiş olabilir. Zira aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadığı müddetçe (TMK m. 221/f. 2) kişisel malların gelirleri edinilmiş mal kesimine dahildir (TMK m. 219/f. 2, b. 4). TMK m. 229'un amacı göz önüne alındığında bu durumlarda bir istisna tanınarak kişisel malın devrinin TMK m. 229 kapsamında değerlendirilmesi düşünülebilir. Bu yoruma kanunun özünden ve hükmün amacından varılmaktadır.

Edinilmiş mallar, TMK m. 219'da tanımlanmış ve çalışmanın karşılığı olan ednimler, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel mallarının gelirleri ve edinilmiş malların yerine geçen değerler edinilmiş mal olarak sıralanmıştır. Örneğin yukarıda karşılıksız kazandırma niteliği açıklanan üçüncü kişi lehine hayat sigortası alım bedeli, sigortanın primleri edinilmiş mallardan ödendiği takdirde eklenecek değer kabul edilmektedir¹³³. Aynı şekilde mirastan ivazlı feragat sözleşmesinde de ivazın eklenecek değer teşkil etmesi için onun edinilmiş mallardan karşılanması gerekmektedir¹³⁴.

1. Edinilmiş mallardan katkıda bulunulan kişisel mal

¹²⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 192.

¹³⁰ Acar, **a.g.e.**, s. 287, Sarı, **a.g.e.**, s. 192.

¹³¹ Acar, **a.g.e.**, s. 287.

¹³² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1318, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 14, Steinauer, **Art. 208**, N. 7, Zeytin, **a.g.e.**, N. 513, Sarı, **a.g.e.**, s. 192.

¹³³ Oriana Jubin, "Les moyens pour favoriser le concubin survivant sous l'angle de la prévoyance: une planification optimale?", **FamPra.ch-La pratique du droit de la famille**, Bern, Stämpfli Verlag AG, C: III, S: 14, 2013, s. 592.

¹³⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 287.

Karşılıksız kazandırmanın konusunu oluşturan kişisel mala, edinilmiş mallardan katkıda bulunulmuşsa ekleme yapıp yapılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Tartışma, bir mal kesiminden diğerine katkıda bulunulmasını düzenleyen TMK m. 230 üzerinden yaşandığı için öncelikle bu hükmü incelemek gerekir. Anılan hükme göre,

“Bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir.

Her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokar. Hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin sayılır.

Bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılır.”

TMK m. 230/f. 1 genel bir denkleştirme yükümlülüğü getirirken TMK m. 230/f. 3 malın edinilmesi, iyileştirilmesi ve korunması nedeniyle yapılacak olan denkleştirme miktarının nasıl hesaplanacağını düzenlemektedir¹³⁵. Birinci fıkra uyarınca ortaya çıkan denkleştirme, borcun nominal değeriyle sınırlıdır¹³⁶. Değer artışından veya azalmasından etkilenmez ve klasik (tipik) denkleştirme alacağı olarak adlandırılır¹³⁷. Çoğunlukla para borçları için söz konusu olmakta ve paranın değer kaybetmesini telafi etmeye yönelik bir düzenleme içermemektedir¹³⁸. Örneğin eşlerden biri evlenmeden önce 10.000 TL öğrenci kredisi almış ve evlendikten sonra bu krediyi geliriyle ödemişse kişisel mal grubuna ait bir borcu edinilmiş mallarıyla ödemiş olur¹³⁹. Bu durumda eklenecek değerlere ilişkin bir tartışma yaşanmaz. Çünkü edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına katkıda bulunulan ve ardından elden çıkarılan bir mal söz konusu değildir. Örnekte borcu ödeyen eşin edinilmiş mal grubunun kişisel mal grubundan 10.000 TL alacağı vardır¹⁴⁰. Bu miktar, edinilmiş mal grubunda

¹³⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 206.

¹³⁶ Zeytin, **a.g.e.**, N. 548.

¹³⁷ Türkçedeki bu kullanım için bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 547.

¹³⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 206.

¹³⁹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 548.

¹⁴⁰ Zeytin, **a.g.e.**, N. 548.

denkleştirme alacağı olarak belireceğinden ayrıca eklenmesini gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

TMK m. 230/f. 3'te ise değişken denkleştirme alacağı konu edilmektedir¹⁴¹. Buradaki denkleştirme alacağı katkıda bulunulan malın değerindeki değişiklikler göz önünde tutularak hesaplanır¹⁴². Örneğin Bayan (K) 200.000 TL değerinde bir arsayı miras yoluyla edinmiş ve edinilmiş mallarından 100.000 TL ekleyerek ev inşa etmiş olsun¹⁴³. 10 yıl sonra taşınmazın değeri 450.000 TL olduğunda 100.000 TL değil 150.000 TL'lik denkleştirme alacağı söz konusu olur¹⁴⁴. TMK m. 230/f. 3'te yer alan denkleştirme, değer artış payı alacağının aksine değer azalmalarından da etkilenmektedir¹⁴⁵. Örneğin 4.000 TL'si edinilmiş, 6.000 TL'si kişisel mallardan karşılanan 10.000 TL'lik bir otomobilin değeri tasfiye sırasında 5.000 TL'ye düşüyse edinilmiş malların denkleştirme alacağı da yarıya inecek dolayısıyla 2.000 TL olacaktır¹⁴⁶. Eklenecek değerlere ilişkin tartışma, katkıda bulunulan bu kişisel malın mal rejimi sona ermeden önce karşılıksız olarak elden çıkarılmış olduğu durumlara ilişkindir.

İsviçre ve Türk hukuklarının bu konudaki düzenlemesi ve dolayısıyla varılan sonuçlar birbirinden farklıdır. İsviçre Medeni Kanunu, bu tür bir kişisel mal elden çıkarılmışsa devir anındaki değer dikkate alınacağını düzenlemiştir. TMK m. 230/f. 3'e karşılık gelen İMK m. 209/f. 3¹⁴⁷ uyarınca,

“Bir mal kesiminden diğer mal kesimine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artışı veya azalması durumunda denkleştirme, sağlanan katkıyla orantılıdır ve bu malların tasfiye ya da devir anındaki değeri üzerinden hesaplanır.”

¹⁴¹ Türkçedeki bu kullanım için bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 558.

¹⁴² Sarı, **a.g.e.**, s. 208.

¹⁴³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 15.

¹⁴⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 15.

¹⁴⁵ Paul-Henri Steinauer, **Art. 209, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 16.

¹⁴⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 210.

¹⁴⁷ <http://www.ilhanhelvevaciturmekenikanunu.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-230>.

Karşılıksız devir söz konusu olunca bu hükümden yola çıkarak denkleştirmenin ortadan kalkacağı kabul edilmektedir¹⁴⁸. Doktrindeki baskın fikir bunu telafi etmek için İMK m. 208'in (TMK m. 229) kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁹. Böylece yukarıdaki örnekte, taşınmaz elden çıkarılmışsa bu fıkre göre 150.000 TL eklemeye tabi olacaktır¹⁵⁰.

Bazı yazarlar baskın fikirden ayrılarak denkleştirmenin ortadan kalkmayacağını, yalnızca malın devir anındaki sürüm değerine sabitleneceğini savunmaktadır¹⁵¹. Gerçekten de eğer malın devredildiği tarihteki sürüm değeri esas alınırsa karşılıksız devredilmiş olmasına rağmen denkleştirme varlığını koruyacaktır. Denkleştirme varlığını sürdürdüğü takdirde edinilmiş mallar bir kayba uğramadığı için eklemeye yapılmaz¹⁵². Denkleştirme, İMK m. 209/f. 3'te özel olarak düzenlendiğinden İMK m. 208'i kişisel mallar yönünden uygulamaya gerek kalmayacaktır¹⁵³.

¹⁴⁸ Denkleştirmenin yalnızca malın değerinin bütünüyle düşmesi durumunda değil malın tüketilmesi, bağışlanması ya da yok edilmesi durumlarında da ortadan kalkacağı kabul edilmektedir (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 15).

¹⁴⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1318, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 14, Steinauer, **Art. 208**, N. 7. Hausheer, Reusser, Geiser'e göreyse edinilmiş mallardan katkı yapılmış bir kişisel malın devri aynı zamanda edinilmiş mallar lehine olan denkleştirme üzerinde de tasarruf edildiği anlamına gelir. Dolayısıyla TMK m. 229 kıyasen değil doğrudan uygulanır (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 15).

¹⁵⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 15.

¹⁵¹ Suzette Sandoz, "A Propos de L'ATF 123 III 152= JdT 1997 I 626", **Journal des tribunaux – Droit Fédéral**, Société du Journal des Tribunaux, s. 618-626 (çevrimiçi) www.swisslex.ch, erişim tarihi: 10.11.2018, s. 625. Yazar bu sonuca, kişisel mallardan katkıda bulunulmuş olan edinilmiş malın devrinin TMK m. 229 kapsamına girmesine rağmen edinilmiş mallardan katkıda bulunulan kişisel malın devrine ilişkin kanunda bir hüküm bulunmaması sonucunda ortaya çıkan kanun boşluğunun TMK m. 230/f. 3 ile doldurulması yoluyla varmaktadır. Yazar ayrıca iki durum arasında dengeyi sağlamak adına edinilmiş mallardan katkıda bulunulmuş bir kişisel malın elden çıkarılması hâlinde TMK m. 230/f. 3'ün uygulama alanı bulmasını, TMK m. 229'un şartlarının sağlanmasına bağlamaktadır.

¹⁵² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 15. Ancak yazarlar bu yöntemle katılma alacağı beklentisinin, edinilmiş mallardan katkı yapılan kişisel malın devrinde, kişisel mallardan katkı yapılan edinilmiş malın devrindekine göre daha fazla korunduğunu belirtmektedir. Çünkü karşılıksız devre eşin rızası olup olmadığına bakmaksızın denkleştirme, edinilmişlerin aktifine yazılır. Oysaki TMK m. 229'a tabi kılınca oradaki şartların gerçekleşmesi aranacaktı. Yazarın eleştirisi için bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 15. Yukarıdaki örnekte çalışarak edindiği 200.000 TL değerindeki arsa üzerine kendisine miras kalan 100.000 TL ile bir apartman inşa etmiş olsaydı bunun karşılıksız devri TMK m. 229'a tabi olacak ve eşin rızasının bulunmaması gibi şartların gerçekleşmiş olması gerekecekti. Ancak TMK m. 230/f. 3'ün uygulandığı ihtimalde bu şartlara bakılmaksızın denkleştirme alacağı edinilmişler arasında yerini almıştır. Bu eleştirisi üzerine önerilen çözüm için bkz. dn. 151.

¹⁵³ Burgat, **Art. 208**, N. 5. Fakat Deschenaux, Steinauer, Baddeley bu sefer de TMK m. 241'in kıyasen uygulanmasına ihtiyaç duyulabileceğini belirtmektedir (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**,

Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda¹⁵⁴, üç apartmandan oluşan 311.000 frank değerindeki bir taşınmaz, 1972 yılında Bay (E)'ye babası tarafından 140.000 franga satılmıştır. Bayan (K)'nin 1987 yılında evlilik birliğini koruyucu önlemlere karar vermesi için hâkime başvurmasının hemen ardından Bay (E), taşınmazı 160.000 frank karşılığında erkek kardeşine satmıştır. Ancak eşler, taşınmaz satılmadan biraz önce, bu taşınmaza, iş gücü yoluyla, taşınmazda satış anında 210.000 frank değerinde artışa yol açacak iyileştirmeler yapmışlardır. Satış tarihinde taşınmazın değerinin 675.000 frank olduğu tespit edilmiştir.

Karara konu olaydaki hukuki sorun, bu taşınmazın elden çıkarılması üzerine eklenecek değerlere ya da denkleştirmeye ilişkin hükümlerden hangisinin uygulanacağıdır. Federal Mahkeme tarafından da isabetli olarak belirtildiği gibi uyuşmazlık konusu taşınmaz Bay (E) tarafından büyük ölçüde karşılıksız kazanma yoluyla elde edildiği için bu taşınmaz, onun kişisel malları arasında yer alır. Bu durumda eşlerin iş gücü yoluyla yaptığı iyileştirmelerin edinilmiş mallardan yapılmış sayılması ve taşınmazın elden çıkarılmasının TMK m. 229/f. 1 kapsamına girmesinin mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak Federal Mahkeme, İMK m. 209/f. 3'teki "*devir anındaki değeri üzerinden*" ifadesini sürüm değeri olarak yorumlamıştır. Bu nedenle TMK m. 229'un uygulanmasına yer olmayacağına karar vermiştir. Bunun yerine, iş gücüyle yapılan iyileştirmenin; Bay (E)'nin edinilmiş malları lehine denkleştirmeye (TMK m. 230/f. 3), Bayan (K)'nin edinilmiş malları lehine ise değer artış payı alacağına (TMK m. 227/f. 1) yol açacağını saptamıştır. Görüldüğü üzere Federal Mahkeme de İsviçre hukukunda savunulan baskın görüşün aksine, edinilmiş mallardan katkıda bulunulan kişisel bir malın elden çıkarılması hâlinde denkleştirmenin ortadan kalkmayacağı ve bu nedenle ekleme yapılmaması gerektiği görüşündedir.

Türk Medeni Kanunu bu konuda kaynak İsviçre Medeni Kanunu'ndan ayrılmıştır. TMK m. 230/f. 3 uyarınca edinilmiş mallardan katkı yapılan kişisel mal, tasfiyeden önce elden çıkarılmışsa denkleştirme alacağı hakkaniyete göre belirlenecektir. Böylece malın elden çıkarılması sebebiyle denkleştirme alacağının yok olmadığı

N. 1320 dn. 40). Üçüncü kişiye başvuruyu düzenleyen bu hüküm ileride ayrı bir bölümde incelenecektir. Bkz. Üçüncü Bölüm/II.

¹⁵⁴ TF, 27.02.1992, Jdt 1997 I 626 (www.swisslex.ch).

sadece hakkaniyete göre tespit edileceği kabul edilmelidir¹⁵⁵. Hesaplanan miktar kadar edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılması gerekecek ve böylece edinilmiş malların toplam değeri artacaktır¹⁵⁶. Bu artış katılma alacağına da yansıdığından TMK m. 229 uyarınca ekleme yapılması ihtiyacı kalmaz¹⁵⁷. Görüldüğü üzere bu durum TMK m. 230/f. 3'te özel olarak düzenlendiğinden TMK m. 229'un kişisel mallar yönünden uygulanmasına ihtiyaç yoktur¹⁵⁸.

2. Edinilmiş mallardan gerçekleştiğinin belirlenmesindeki kriterler

Karşılıksız kazandırmanın hangi şartlarda edinilmiş mal kesiminin aleyhine gerçekleşmiş sayılacağı Türk Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir¹⁵⁹. Gerçekten de mal kesimlerinde gerçekleşen hareketlere dair birçok hüküm mevcutken¹⁶⁰ bu hareketlerin bir çeşidi olan malvarlığının aktifinde yaşanan değer kayıpları üzerine açık hüküm bulunmamaktadır¹⁶¹. Öyleyse kazandırma konusunun niteliğinden ve eklemenin amacından yola çıkarak bir ölçüt belirlenmelidir¹⁶².

Yaygın olarak kabul gören kurala göre elden çıkarılan mal hangi mal kesimine aitse kazandırma o mal kesimi aleyhine yapılmış sayılır¹⁶³. Bu kural, misli olmayan eşya niteliğindeki belirli bir malvarlığı değeri için oldukça kolay uygulanacaktır¹⁶⁴.

¹⁵⁵ Zeytin, **a.g.e.**, N. 526. Hakkaniyete göre yapılacak bu belirlemede, edinilmiş malın katkı oranı, kişisel malın elden çıkarıldığı tarihteki sürüm değeri ve bu mal elden çıkarılmasaydı malın tasfiye anında sahip olacağı tahmini değer dikkate alınır (Sarı, **a.g.e.**, s. 211).

¹⁵⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁵⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 526, Sarı, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁵⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 193 dn. 226.

¹⁵⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17, Zeytin, **a.g.e.**, N. 514.

¹⁶⁰ TMK m. 219/f. 2, b. 5 ve TMK m. 220/b. 4 bir malın yerine geçen değer de o mal grubuna ait olacağını düzenlerken TMK m. 230/f. 2 mal gruplarının pasifine yöneliktir (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17, Zeytin, **a.g.e.**, N. 514).

¹⁶¹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 514.

¹⁶² Bu ölçüt için ikame ilkesi (devredilen şeyin ait olduğu mal kesiminin dikkate alınması) ile irade ilkesi (işlemi yapan eşin iradesinin dikkate alınması) arasındaki sınır kazandırma konusuna göre belirlenir ve hiçbir şekilde devrin amacına bakılmaz (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17).

¹⁶³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17, Zeytin, **a.g.e.**, N. 514.

¹⁶⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17. Kuralın özellikle *parça mallarda* geçerli olduğu yönünde bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 514. Çeşit ve parça borcu ile misli olan ve olmayan eşya ayrımı birbirinden farklı ayrımlardır. Çeşit-parça borcu ayrımı tarafların iradesine, misli olan-olmayan eşya ayrımı alışveriş hayatındaki kabule dayanmaktadır. Borcun konusu taraflarca özel niteliklerine göre ferdan belirlenmişse parça borcundan, genel niteliklerine göre türü itibarıyla belirlenmişse çeşit (tür) borcundan bahsedilir. Alışverişte sayma, tartma, ölçme yoluyla belirlenebilen ve aynı cinsten birbirinin yerini alabilen eşyalara misli eşya, niteliği gereği diğerlerinden ayrılan ve yeri

Örneğin Bayan (K), edinilmiş mal kesimine ait değerli bir tabloyu eşinin izni olmadan kızına hediye ettiğinde bu bağış, edinilmiş mal kesimini yüklü kılar¹⁶⁵. Aynı şekilde hediye edilen tablo Bayan (K)'nin kişisel mal grubuna giriyorsa kişisel mallarını yük altına sokmaktadır.

Kazandırma para ya da misli eşyayla yapılmışsa bir mal kesimine özgülenmesi daha zordur¹⁶⁶. Bu durum karşımıza özellikle bir miktar para bağışında bulunulmuşsa çıkmaktadır. Örneğin eşlerden biri 10.000 TL karşılıksız kazandırmada bulunmuşsa bu, kişisel mallardan da edinilmiş mallardan da yapılmış olabilir. Her ikisine yönelik iddia da gerçekçidir. Dolayısıyla somut olayın özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirme yapmak gerekmektedir¹⁶⁷. Somut olayda işlemi yapan eşin iradesi tespit edilecek, gerçek irade tespit edilemiyorsa varsayılan iradesi esas alınacaktır¹⁶⁸. Örneğin kazandırmanın yapıldığı hesap maaş ya da tasarruf hesabıysa edinilmiş mal grubu aleyhine azalma olduğu sonucuna varılacaktır¹⁶⁹. Fakat banka hesapları her zaman bir mal kesimine özgü olmamaktadır. Kazandırma dolayısıyla azalan hesap hem edinilmiş hem de kişisel malvarlığı değerlerini kapsıyor olabilir¹⁷⁰. Bu durumda varsayılan irade tespitinde hesap hareketleri yol gösterici olabilir. Örneğin Bay (E) banka hesabında edinilmiş mallarından 30.000 TL biriktirmiş olsun¹⁷¹. Kendisine miras kalan 20.000 TL'nin de bu hesaba yatırılmasından sonra Bay (E) bir çocuğa 10.000 TL bağışlarsa bunu miras yoluyla edindiği kişisel malından yaptığı sonucuna

aynı cinsten doldurulamayan eşyalara misli olmayan eşya denir. Misli olmayan eşya çoğu zaman parça borcunun, misli eşya da çeşit borcunun konusunu oluşturmaktadır. İki ayırım üzerine yapılan bu açıklamalar ve detaylandırması için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 6 N. 1 vd., M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt I**, 16. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 26 vd., Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 110 vd.

¹⁶⁵ Bu örnek, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17'deki örnekten uyarlanmıştır. Aynı örnekte Bayan (K) daha değerli bir tablo kendisine miras kalınca ilkini eşinin izni olmadan kızına hediye etmiş olabilir. Burada tasarruf, edinilmiş mal kesimi üzerinde gerçekleştirilmiştir fakat tasarrufun altında yatan saik kişisel mal grubundaki artıştır. Ancak mal kesiminin belirlenmesinde kazandırmanın amacına bakılmadığı için sonuç değişmeyecektir. Bu örnek ve açıklamaları için bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17.

¹⁶⁶ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17, Gümüş, **a.g.e.**, s. 367.

¹⁶⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 514.

¹⁶⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17, Zeytin, **a.g.e.**, N. 415.

¹⁶⁹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 415.

¹⁷⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17.

¹⁷¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17.

varılacaktır¹⁷². Aynı şekilde banka hesabında kendisine miras kalan 30.000 TL bulursa ve işvereninden 20.000 TL’lik bir ikramiye de bu hesaba yatırılırsa Bay (E)’nin bir çocuğa yaptığı 10.000 TL’lik bağışı edinilmiş mallarından yaptığı kabul edilecektir¹⁷³. Aynı sonuca banka hesabı üzerinden gerçekleşmeyen kazandırmalar için de varılması gerekirdi¹⁷⁴. Örneğin Bay (E) her ay düzenli geliriyle geçinirken bir yardımda bulunmuyor fakat kendisine 20.000 TL miras kaldıktan sonra bir çocuğa 10.000 TL bağışlıyorsa bu kazandırmayı kişisel mallarından yaptığı sonucuna ulaşılacaktır. Görüldüğü üzere bir kazandırmanın hangi kesimden yapıldığının tespiti için evrensel ölçütler belirlenemez.

Doktrinde bir fikir yukarıdaki ölçütten ayrılarak olağan dışı karşılıksız kazandırmaların kural olarak kişisel mallardan yapılmış sayılacağını kabul etmektedir¹⁷⁵. Bunun istisnası diğer eşin, kazandırmanın edinilmiş mallardan yapıldığını kabul etmesidir¹⁷⁶. Böylece yukarıdaki örneklerde Bay (E)’nin hesap hareketlerini dikkate almadan 10.000 TL değerindeki bağışlamanın kişisel mallardan yapıldığı kabul edilecektir. Eğer Bay (E) bu kazandırmayı gerçekte edinilmiş mallarından yapmışsa bu fikre göre edinilmiş malların kişisel mallar aleyhine denkleştirme alacağı olur¹⁷⁷. Fakat bu görüş, edinilmiş malların yalnızca ailenin geçimi için harcanabileceği yanılışına düştüğü gerekçesiyle doktrinde kabul görmemiştir¹⁷⁸. Gerçekten de edinilmiş mallar öncelikle ailenin geçimine hizmet etse de başka amaçlar için de harcanabilirler¹⁷⁹. Bu mallar, eğer tamamıyla ailenin geçimi için harcanacak olsaydı, bunlardan yapılan kazandırmaların herhangi bir süreye tabi

¹⁷² 20.000 TL’nin Bay (E)’ye beklenmedik şekilde miras kalmasını arayarak aynı yönde bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17. Kanaatimizce somut olayda Bay (E)’nin kendisine miras kalacağını beklemesi ya da bunu öngörmesi, onun iradesinin kazandırmayı kişisel mallarından yaptığı yönünde olduğunu değiştirmeyecektir.

¹⁷³ 20.000 TL’nin beklenmeyen bir ikramiye olduğunu ekleyerek aynı yönde bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17. İradenin tespitindeki bu ek şart hakkında görüşümüz için bkz. dn. 172.

¹⁷⁴ Zeytin, **a.g.e.**, N. 415.

¹⁷⁵ Piotet, **Régime matrimonial**, s. 85.

¹⁷⁶ Piotet, **Régime matrimonial**, s. 85.

¹⁷⁷ Piotet, **Régime matrimonial**, s. 85.

¹⁷⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17. Aynı yönde bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 415, Gümüş, **a.g.e.**, s. 367.

¹⁷⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17.

olmadan edinilmiş mallara değer olarak eklenmesinin kabul edilmiş olması gerekirdi¹⁸⁰.

C. Olağan hediye sayılmaması

TMK m. 229 yalnızca olağan hediyeler dışında yapılan karşılıksız kazandırmaların eklemeye tabi olacağını belirtmiştir¹⁸¹. Bu kavram üzerinde Türk Medeni Kanunu terim birliğini sağlayamamıştır. Denkleştirmeye ilişkin TMK m. 675'te, TMK m. 229/f. 1, b. 1'de olduğu gibi olağan hediye kavramı kullanılırken tenkise ilişkin TMK m. 565/b. 3'te âdet üzere verilen hediyeler kavramı tercih edilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu ise hem miras hukukunun (İMK m. 527/b. 3, İMK m. 632/f. 1) hem aile hukukunun (İMK m. 208/f. 1, b. 1) ilgili hükümlerinde *présent d'usage, übliche Gelegensheitsgeschenke* ifadesine yer vermiştir. Âdet üzerine verilen hediye, orijinal metindeki kavramı daha iyi karşılamaktadır. Bütün bu maddelerdeki kavramın aynı şekilde yorumlanacağı kabul edilmektedir¹⁸². Türk Medeni Kanunu açısından kavramın içeriği belirlenirken de aynı yöntem tercih edilecektir.

Hükümde geçen olağan hediye kavramıyla kastedilen, özel günleri kutlamak için verilen¹⁸³ ve bağışlayanın malvarlığı, sosyal konumu ve bölgenin âdetleri açısından alışlagelmiş sınırlar içerisinde kalan hediyelerdir¹⁸⁴. Dolayısıyla bir karşılıksız kazandırmanın olağan olup olmadığı hem yapılmasındaki saik hem de kazandırmanın değeri dikkate alınarak belirlenmektedir¹⁸⁵. Ancak bu iki unsur da olağan olursa olağan bir hediye den bahsedilecek ve bu hediye ekleme dışında tutulacaktır.

¹⁸⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 17. Kaldı ki Piotet de beş yıllık sınırlamanın tartışmaya açık olduğunu savunmaktadır. Çünkü bu sınırlamayla birlikte kanun, diğer eşin rızası olmadan yapılan bu kazandırmayı beş yıl sonra mal rejimi sona ermesine bile eklenecek değer olmaktan çıkarmaktadır. Eleştiri için bkz. Piotet, **Régime matrimonial**, s. 85.

¹⁸¹ Her ne kadar hükümde olağan hediye den bahsedilse de bunun olağan karşılıksız kazandırma olarak anlaşılması gerekmektedir (Sarı, **a.g.e.**, s. 194).

¹⁸² Steinauer, **Art. 208**, N. 12, Baddeley, **Art. 239**, N. 1323.

¹⁸³ Özel günlere bir çocuğun doğum günü, evlilik, bir sınavın kazanılması, mezuniyet, atama gibi örnekler verilebilir. Çeşitli örnekler için bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1323, Baddeley, **Art. 239**, N. 72, Gümüş, **a.g.e.**, s. 369.

¹⁸⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1323, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 35, Steinauer, **Art. 208**, N. 12.

¹⁸⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 194, Gümüş, **a.g.e.**, s. 369.

D. Üçüncü kişilere yapılmış olması

Eşler edinilmiş mallarından yalnızca üçüncü kişilere değil, birbirlerine de karşılıksız kazandırmada bulunabilirler. Ancak eşlerin birbirine yaptığı karşılıksız kazandırmalarda rızanın mevcut olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁶. Dolayısıyla TMK m. 229/f. 1, b. 1 yalnızca üçüncü kişiye yapılmış olan kazandırmalara uygulanır, diğer eşe yapılan kazandırmalar hükmün uygulama alanı dışındadır¹⁸⁷. Aksi yöndeki kabul, edinilmiş mallara katılma rejiminin özüne aykırı olur ve kazandırmayı alan eşin lehine bir sonuç doğurur¹⁸⁸. Çünkü bir eşin diğerine yaptığı karşılıksız kazandırma, kazandırma yapılan eşin kişisel malı sayılacaktır (TMK m. 220/b. 2). Bu değerlin kazandırmada bulunan eşin edinilmiş mallarına eklenmesi, diğer eşin aynı değerin yarısı üzerinde tekrar hak sahibi olmasına yol açacaktır¹⁸⁹. Dolayısıyla eşlerin birbirlerine yaptığı karşılıksız kazandırmalar, TMK m. 229 ile korunan menfaatin kapsamına girmemektedir.

E. Sağlararası işlem yoluyla yapılmış olması

Karşılıksız kazandırma sağlararası işleme, ölüme bağlı tasarrufa ya da kanunda düzenlenmiş özel bir sebebe dayanabilir¹⁹⁰. Ancak TMK m. 229/f. 1, b. 1'in uygulama alanı bunlardan yalnızca sağlararası kazandırmalarla sınırlıdır¹⁹¹. Çünkü mal rejiminin tasfiyesi ölüme bağlı tasarrufların ifasından önce gerçekleşecektir¹⁹². Dolayısıyla ölüme bağlı tasarrufla yapılan karşılıksız kazandırmaların konusunu oluşturan

¹⁸⁶ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 23, Zeytin, **a.g.e.**, N. 523/4, Sarı, **a.g.e.**, s. 194.

¹⁸⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1321, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 23, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 17, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 13, Steinauer, **Art. 208**, N. 13, Gümüş, **a.g.e.**, s. 366. Bu kazandırmaların ayrıca katılma alacağına ilişkin bir avans sayılabileceği hakkında bkz. Deschenaux, **La protection**, s. 187 (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1321'den naklen).

¹⁸⁸ Zeytin, **a.g.e.**, N. 523/4.

¹⁸⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 23.

¹⁹⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁹¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1322, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 21, Steinauer, **Art. 208**, N. 13, Gümüş, **a.g.e.**, s. 366, Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, N. 1207.

¹⁹² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1322.

malvarlığı değerleri, mal rejimi sona erdiğinde zaten malvarlığında yer alırlar¹⁹³. Bu gerekçelerle TMK m. 229/f. 1, b. 1'e lafzında bulunmayan bir sınırlama getirilmiştir¹⁹⁴.

Ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın ölümden sonra sonuç doğurmak üzere gerçekleştirdiği hukukî işleme denir¹⁹⁵. Böylece örneğin, Bayan (K)'nin vasiyetname yoluyla yeğeni Bay (Y)'ye bıraktığı edinilmiş mal grubuna ait bir taşınmaz, mal rejiminin tasfiyesinde zaten mirasbırakanın edinilmiş malları arasında yer alacağı için bu taşınmazın değeri TMK m. 229'un kapsamına girmez. Ancak, öyle bazı işlemler vardır ki ölüme bağlı tasarruf niteliği tartışmaya açıktır. Bunların başında mirastan karşılıklı feragat gelir. Mirastan karşılıklı feragatte mirasbırakan, gerçek anlamda ölüme bağlı bir tasarruf yapmış sayılmamaktadır çünkü yalnızca karşı tarafın feragatini kabul etmektedir¹⁹⁶. Ancak doktrinde bu işlem mirasbırakanın terekesini ölüme bağlı olarak etkilediği ve yasal intikal kurallarını değiştirdiği için yine de ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmektedir¹⁹⁷. Dolayısıyla ölüme bağlı bir tasarruf olduğu kabul edilen mirastan karşılıklı feragatteki ivazın, doktrinde hangi gerekçeyle edinilmiş mallara eklenecek değer olarak nitelendirildiğinin açıklanması gerekmektedir¹⁹⁸.

Türk doktrininde bir fikir, ölüme bağlı tasarrufların eklemeye tabi olmayacağı kuralını sıkı biçimde uygulayarak mirastan karşılıklı feragat sözleşmesindeki ivaza eklenecek değer niteliği tanımamaktadır¹⁹⁹. Fakat diğer bir fikir bu kuraldan edinilmiş

¹⁹³ Sarı, **a.g.e.**, s. 194.

¹⁹⁴ Kaynak kanunun TMK m. 229'a karşılık gelen maddesinin (İMK m. 208) Fransızca metni sağlararası kazandırmalardan (libéralité entre vifs) bahsederken Almanca metinde Türkçe metinde olduğu gibi, bu ifade yer almamaktadır.

¹⁹⁵ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 235, Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §4 N. 19.

¹⁹⁶ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 881, Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §4 N. 198.

¹⁹⁷ Piotet, **Droit successorale**, s. 158, Stéphane Abbet, **Art. 495, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 3, Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 881, Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §4 N. 199.

¹⁹⁸ Mirastan karşılıklı feragatteki ivazın edinilmiş mallara eklenecek değer teşkil ettiği yönünde bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 22, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 12, Steineauer, **Art. 208**, N. 11.

¹⁹⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s.367 dn. 495. Gümüş, buna karşılık miras payının mirasçıya sağlığında devrine ilişkin yapılan sözleşmelerin sağlararası kazandırma niteliğinde olduklarından dolayı TMK m. 229 kapsamında değerlendirileceğini savunmaktadır (Gümüş, **a.g.e.**, s. 367 dn. 495).

mallardan karşılanan mirastan karşılıklı feragat sözleşmeleri açısından ayrılmıştır²⁰⁰. Bu fikre göre sözleşmenin ölümüne bağlı tasarruf niteliği eklenecek değer nitelemesi açısından dikkate alınmaz²⁰¹. Anılan fikrin gerekçelerinden ilki mirastan karşılıklı feragatin TMK m. 565/b. 2’de tenkise tabi sağlararası bir kazandırma olarak yer almasıdır²⁰². TMK m. 565 ve TMK m. 229 arasındaki paralellikten yola çıkan bu fikir, böyle bir kazandırmanın sağlararası olduğu yönündeki yorumu zorunlu görmektedir²⁰³. İkinci olarak, sağ kalan eşin katılma alacağının korunması amacı ileri sürülmektedir²⁰⁴.

Kanaatimizce mirastan karşılıklı feragatteki ivazı eklenecek değer olarak niteleyen ikinci görüş üstün tutulmalıdır. Her şeyden önce mirasbırakanın karşılıklı feragat sözleşmesi yoluyla yasal mirasçılık kurallarını değiştirmesi ölümüne bağlı tasarruf niteliğinde olsa da aynı sözleşmeyle olası mirasçısına bir karşılık sağlaması ölümüne bağlı kazandırıcı işlem²⁰⁵ niteliğinde değildir. Aksine, karşılıklı feragat sözleşmesinde mirasbırakan, sağlararası bir edim borcu altına girmektedir²⁰⁶. Çünkü olası mirasçının beklenen miras hakkından²⁰⁷ vazgeçmesi karşılığında ona sağlanan menfaat, mirasbırakan eşin terekesinden değil malvarlığından çıkmaktadır. Oysaki bir kazandırmanın ölümüne bağlı olması için terekeden gerçekleştirilmesi gerekmektedir²⁰⁸. Dolayısıyla mirastan karşılıklı feragatin ölümüne bağlı tasarruf niteliği nedeniyle eklenecek değer teşkil etmediği yönündeki görüşe katılmamaktayız. Fikrimizce TMK m. 229 açısından önemli olan, eşin feragat karşılığı yaptığı kazandırmanın onun sağlığında malvarlığından çıkıp çıkmadığıdır. Ölümüne bağlı tasarrufun madde kapsamına girmemesi, zaten bu işleme konu malvarlığı değerinin mal rejimi sona

²⁰⁰ Acar, **a.g.e.**, s. 288.

²⁰¹ Acar, **a.g.e.**, s. 288.

²⁰² Acar, **a.g.e.**, s. 288.

²⁰³ Acar, **a.g.e.**, s. 288.

²⁰⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 288 dn. 397.

²⁰⁵ Ölümüne bağlı kazandırıcı işlem kazandırmada bulunan kişinin izlediği tipik amaç gereği onun ölümünden sonra hukuki sonuçlarını doğuran kazandırıcı işlem olarak tanımlanmaktadır. En belirgin özelliği, işlemin kurulması kazandırmada bulunanın sağlığında gerçekleşirken etkilerini ancak ölüm üzerine göstermesidir (Serozan, **Ölümüne Bağlı Kazandırma**, s. 10).

²⁰⁶ Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §4 N. 198.

²⁰⁷ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 880.

²⁰⁸ Serozan, **Ölümüne Bağlı Kazandırma**, s. 10.

erdiği sırada hâlâ daha malvarlığında bulunması ve dolayısıyla ekleme ihtiyacının bulunmamasıyla açıklanmaktadır. Oysaki tartışılan örnekte mirasbırakan eşin gerçekleştirdiği kazandırma onun sağlığında edinilmiş mallarından çıkmıştır. Olası mirasçının mirastan feragati ise terekenin bütünü üzerinde sonuç doğuracak olup mirasbırakanın edinilmiş mallardan yaptığı kazandırmanın yerini almayacaktır²⁰⁹. Bütün bu gerekçelerle mirastan karşılıklı feragatteki ivazın edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki kararlaştırılan ivaz sağlararası bir kazandırma niteliğinde değilse eklenecek değer teşkil etmez²¹⁰. Örneğin, Bay (E), olası mirasçısı Bayan (M)’nin mirastan feragat etmesi karşılığında ona 10.000 TL veriyorsa bu değer edinilmiş mallara eklenecektir. Buna karşın Bay (E), Bayan (M)’ye 10.000 TL vermeyi vasiyet ediyorsa bu değer edinilmiş mallara eklenmeyecektir.

F. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması

TMK m. 229/f. 1, b. 1 bir karşılıksız kazandırmanın eklenecek değer sayılabilmesi için bunun mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması şartını aramıştır. Öyleyse mal rejimini sona erdiren sebeplerden biri, karşılıksız kazandırmanın yapılmasından en geç bir yıl sonra gerçekleşmelidir²¹¹. Doktrinde bu bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu²¹², dolayısıyla kesilmesinin ve durmasının söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür²¹³. Ancak kanaatimizce burada yalnızca hükmün uygulanmasına dair kanuni bir şart söz konusudur.

²⁰⁹ Acar, **a.g.e.**, s. 288 dn. 396.

²¹⁰ Mirastan feragatteki ivazın TMK m. 565/b. 2 uyarınca tenkise tabi olabilmesi için sağlararası olması gerektiği yönünde bkz. Gökhan Antalya, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1999, s. 99.

²¹¹ Burgat, **Art. 208**, N. 14. Mal rejimini sona erdiren sebepler TMK m. 225’te düzenlenmiştir: “*Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer. Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer*”.

²¹² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1234a, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 15, Burgat, **Art. 208**, N. 14.

²¹³ Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 15.

Eğer kazandırma daha önce yapılmışsa birinci bendin uygulama alanı dışında kalır ve kural olarak eklenecek değer teşkil etmez²¹⁴. Ancak daha önce yapılan bu kazandırma, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı taşıyorsa aşağıda görüleceği üzere ikinci bent uyarınca değer olarak eklenebilir²¹⁵.

Böyle bir süre sınırlamasının amacı eklemeye sebep olduğu ileri sürülen karşılıksız kazandırma açısından ispat güçlüğü yaşamamaktır²¹⁶. Süre hesabı TBK m. 151/f. 1'e (*Süreler hesaplanırken zamanaşımının başladığı gün sayılmaz ve zamanaşımı ancak sürenin son günü de hak kullanılmaksızın geçince gerçekleşmiş olur. (2) Zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında da, borçların ifasındaki sürelerin hesaplanmasına ilişkin hükümler uygulanır.*) ve TBK m. 92/f. 1, b. 3'e (*Ay olarak veya yıl, yarıyıl ve yılın dörtte biri gibi birden çok ayı içeren bir zaman olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün ayın kaçınıcı günü ise, son ayın bunu karşılayan gününde dolmuş olur. Son ayda bunu karşılayan gün yoksa süre, bu ayın son günü dolmuş sayılır.*) göre yapılacaktır²¹⁷.

İsviçre Medeni Kanunu'nda bu süre bir yıl değil, beş yıl olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde İMK m. 527/b. 3'te (TMK m. 565/b. 3) tenkise tabi tutulan kazandırmalar, mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıllla sınırlandırılmıştır. Türk Medeni Kanunu ise bu kazandırmalar açısından, TMK m. 229/f. 1, b. 1'de olduğu gibi, bir yıllık bir süre belirlemiştir. Kaynak kanundan bu ayrılma, tenkis hükümleriyle paralellik sağlamak amacından kaynaklanmıştır²¹⁸.

Esasen TMK m. 229/f. 1, b. 1 mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde olağan hediyeler dışında yapılan karşılıksız kazandırmaların diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacıyla yapıldığı faraziyesine dayanmaktadır²¹⁹. Bu durum gerekçede şöyle ifade edilmiştir: "Eşlerden her biri diğerinin malvarlığındaki artıştan

²¹⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 290.

²¹⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1324, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 18, Steinauer, **Art. 208**, N. 13. Diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı taşıyan devirler için bkz. Birinci Bölüm/III.

²¹⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1324.

²¹⁷ Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 15.

²¹⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>, Türk Medeni Kanunu Gerekçe – m. 229.

²¹⁹ Bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 523/1.

pay alacağından, diğerinin bu payı azaltmak maksadıyla yaptığı tasarrufların tasfiye sırasında hesaba katılması zorunludur. Bu nedenle (1) numaralı bentte, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmaksızın, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmaların edinilmiş mallara ek değer olarak eklenmesi öngörülmüştür."²²⁰ Öyleyse kanun koyucu bir yıldan önce yapılan kazandırmaların doğrudan diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı taşıdığını kabul etmemiş, bunları ikinci bent incelemesine tabi tutmuştur. Birinci bent uyarınca mal kaçırma kastının varlığı ise faraziye olarak kabul edilmiştir²²¹. Dolayısıyla işlemin belirlenen sürede gerçekleşmesi ekleme için yeterlidir²²². Mal kaçırma düşüncesiyle yapılmayan kazandırmalar da diğer şartları sağlıyorsa eklemeye tabi olmaktan kurtulamaz²²³.

Belirtilen bir yıllık süre içinde yapılması aranan karşılıksız kazandırma, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi şeklinde iki aşamada gerçekleşiyor olabilir. Bu iki aşamalı devir süreci eklenecek değerlere ilişkin olarak farklı ihtimaller doğurur²²⁴. Öncelikle hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmışsa bu kazandırmanın değer olarak ekleneceği kuşkusuzdur. Aynı şekilde ikisi de bu bir yıllık süreden önce ya da mal rejimi sona erdikten sonra yapılmışsa m. 229/f. 1, b. 1 kapsamında eklenecek değerden bahsedilemeyecektir. Asıl tartışılması gereken nokta, borçlandırıcı işlemin ve tasarruf işleminin farklı zaman dilimlerine rastladığı ya da tasarruf işleminin hiç yapılmadığı ihtimallerdir. Karşılıksız kazandırmaya ilişkin borçlandırıcı işlem bir yıllık süreden daha önce, fakat ifasını oluşturan tasarruf işlemi bu bir yıllık süre içinde yapılmışsa hâkim fikre göre tasarruf işleminin yapıldığı an esas alınacaktır²²⁵. Böylece borçlandırıcı işlem daha erken yapıldığı için bu değer eklenmesi engellenmeyecek

²²⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>, Türk Medeni Kanunu Gerekçe – m. 229.

²²¹ Krş. Acar, **a.g.e.**, s. 291, Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, s. 336.

²²² Acar, **a.g.e.**, s. 291.

²²³ Acar, **a.g.e.**, s. 291.

²²⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 193.

²²⁵ Bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1324a, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 27, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 18, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 15, Steinauer, **Art. 208**, N. 14, Sarı, **a.g.e.**, s. 193, Gümüş, **a.g.e.**, s. 368 dn. 505.

ve TMK m. 229'un diğer eşin katılma alacağını koruma amacı sağlanmış olacaktır²²⁶. Bir örnekle açıklayacak olursak; Bayan (K) ile evli Bay (E) edinilmiş mal grubuna ait bir taşınmazını yeğeni Bay (Y)'ye bağışlayacağını 2015 yılında vaadetmiş ve ifasını 2017 yılının başında gerçekleştirmiştir. Bayan (K) ile aralarındaki edinilmiş mallara katılma rejimi 2017 yılının sonunda sona ermiştir. Doktrinde kabul edilen görüş uyarınca bağışlama vaadi TMK m. 229/f. 1, b. 1'de öngörülen sürenin dışında kalsa da ifası (tasarruf işlemi) bu süre sınırının içinde yer aldığından taşınmazın değeri Bay (E)'nin edinilmiş mallarına değer olarak eklenecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun bir yıldan önce gerçekleşen kazandırmalarda mal kaçırma kastı bulunduğunu doğrudan kabul etmediğini belirtmiştik. Bakış açısı böyleyken birinci bendin öngördüğü süreden daha önce yapılan bağışlama vaadinin yalnızca ifası daha sonra gerçekleştiği için eklenecek değer sayılmaması gerekirdi. Çünkü kanun koyucu, kişiye bağışlama vaadi sırasında katılma alacağını azaltma amacı atfetmemişken ifası sırasında atfetmiş olması beklenemezdi. Nitekim doktrinde bir görüş bu gerekçeyle borçlandırıcı işlemin esas alınması gerektiğini savunmaktadır²²⁷. Ne var ki teknik hukuk anlamında tutarlı görünen bu çözüm kanaatimizce adil olmaktan uzaktır. Gerekçede ifade edildiği üzere TMK m. 229'un amacı adil bir tasfiyenin gerçekleştirilmesidir²²⁸. Bu çözüm yolu kabul edilirse mal rejiminin sona ermesi riskine karşı birçok karşılıksız kazandırmaya ilişkin borçlandırıcı işlem yapılır ve sona erme anı yaklaştığında (örneğin eş boşanmak istediğinde) ifa gerçekleştirilirdi. Bu gerekçelerle biz de doktrindeki baskın görüşe katılıyor ve borçlandırıcı işlem bir yıllık süreden önce yapılmış olsa da tasarruf işleminin bir yıllık süre içinde yapılmış olmasını, kazandırmanın TMK m. 229/f. 1, b. 1'in kapsamına girmesi için yeterli kabul ediyoruz.

²²⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 193.

²²⁷ Sinan Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarından Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m. 241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:1, 2016, s. 157.

²²⁸ "Tasfiyenin adil bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için eşlerin bazı işlemlerle devrettiği edinilmiş mallara ait malvarlığı değerleri tasfiye sırasında edinilmiş mallara eklenmelidir." (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>, Türk Medeni Kanunu Gerekçe – m. 229).

Diğer bir ihtimal de mal rejiminin sona erdiği anda borçlandırıcı işlemin henüz ifa edilmemiş olmasıdır. Bu ihtimalde borçlandırıcı işlem konusu edinilmiş mal, hâlâ malvarlığında yer aldığı için ayrıca bir ekleme yapılmayacağı kabul edilmektedir²²⁹. Ancak edinilmiş mallara ilişkin bu borç, kazandırmada bulunan eşin malvarlığının pasifinde yer alırsa diğer eşin katılma alacağının azalması sonucunu doğurur. Bu sonucu engellemek için doktrinde devir borcunun artık değer hesabında edinilmiş mallara ilişkin bir borç olarak değerlendirilmeyeceği ve edinilmiş malların değerinden düşülmeyeceği kabul edilmiştir²³⁰.

Tüm bu ihtimallerin incelenmesiyle varılan sonuç TMK m. 229/f. 1, b. 1’deki süre şartı açısından borçlandırıcı işlemin değil, tasarruf işleminin dikkate alınması gerektiğidir. Çünkü edinilmiş mallarda gerçek anlamda eksilme tasarruf işlemiyle mümkün olmaktadır²³¹. Ayrıca, TMK m. 565/b. 3’te belirtilen süre de kazandırmanın ifasından itibaren başlamaktadır²³². Dolayısıyla bir miktar para havale ediliyorsa havale emri, bir taşınır devrediliyorsa zilyetliğin devri, taşınmaz devrediliyorsa tapu siciline tescil ile kazandırma gerçekleşmiş sayılacaktır²³³. Bağışlama sözü vermede tıpkı elden bağışlamada olduğu gibi 1 yıllık süre kazandırmanın ifa edildiği ana göre hesaplanacaktır²³⁴. Mal rejimi sona erdiği anda henüz ifa edilmemiş bağışlama vaadleri de edinilmiş malların pasifinde dikkate alınmayacaktır²³⁵. Vakıf kurmada ise vakfın tüzel kişilik kazandığı anın (TMK m. 105/f. 2) dikkate alınacağı kabul edilmektedir²³⁶.

²²⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 193.

²³⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 27, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 18, Zeytin, **a.g.e.**, N. 521/2, Sarı, **a.g.e.**, s. 193, Gümüş, **a.g.e.**, s. 368 dn. 505.

²³¹ Acar, **a.g.e.**, s. 291.

²³² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1234a, Burgat, **Art. 208**, N. 15, Acar, **a.g.e.**, s. 291. İsviçre metninin Fransızcası bu durumu tartışmaya yer vermeyecek şekilde “*eşin karşılıksız kazandırma yoluyla tasarruf ettiği*” ifadesiyle belirtmiştir.

²³³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1234a, Burgat, **Art. 208**, N. 15.

²³⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1324a, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 27, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 18, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 15, Steinauer, **Art. 208**, N. 14, Gümüş, **a.g.e.**, s. 368 dn. 505.

²³⁵ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 27, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 18, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 15, Steinauer, **Art. 208**, N. 14.

²³⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 368 dn. 505.

G. Diğer eşin rızası olmadan yapılmış olması

Diğer eşin rızası alınarak yapılan kazandırmalar eklemeye tabi olmaz. Çünkü verilen bu rıza, rıza veren eşin artık değerdeki kazandırma konusuna ilişkin payından vazgeçtiği anlamına gelmektedir²³⁷.

Rızanın verilmesi hiçbir şekle bağlı değildir²³⁸. Rıza kazandırmadan önce (izin) ya da kazandırma sırasında verilebileceği gibi kazandırma ifa edildikten sonra (icazet) da verilebilir²³⁹. Açık ya da örtülü olabilir²⁴⁰. Bu nedenle rızanın varlığı somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir²⁴¹. Örneğin, eşlerden birinin kardeşi evlenirken hediye edilen pahalı gerdanlığa diğer eş de katkıda bulunmuşsa katkıda bulunan eşin olağan dışı bu kazandırmaya rızası var sayılabilir²⁴². Fakat eşin kazandırmayı öğrenmesine rağmen susması, rıza verdiği anlamına gelmez²⁴³. Diğer eşin bilgisi dışında yapılan karşılıksız kazandırmalar, bu eşin katılma alacağının korunması amacına uygun şekilde kural olarak rıza dışı sayılmalıdır²⁴⁴.

²³⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1235, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 13, Steinauer, **Art. 208**, N. 16. Farklı anlatımla aynı yönde bkz. Burgat, **Art. 208**, N. 12. Doktrinde Acar, önceden ve sonradan verilen rızayı birbirinden ayırmaktadır. Yazara göre sonradan verilen onay eklenecek değerden feragat anlamına gelirken önceden verilmiş izin kazandırmanın eklenecek değer olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır (Acar, **a.g.e.**, s. 289, aynı yönde bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 369).

²³⁸ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1325, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 33, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 19, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 13, Steinauer, **Art. 208**, N. 16, Acar, **a.g.e.**, s. 289, Zeytin, **a.g.e.**, N. 523/4, Sarı, **a.g.e.**, s. 194, Gümüş, **a.g.e.**, s. 368.

²³⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1325, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 33, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 19, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 13, Steinauer, **Art. 208**, N. 16, Burgat, **Art. 208**, N. 12, Zeytin, **a.g.e.**, N. 523/4, Sarı, **a.g.e.**, s. 194.

²⁴⁰ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1325, Burgat, **Art. 208**, N. 11, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 13, Acar, **a.g.e.**, s. 289, Zeytin, **a.g.e.**, N. 523/4, Sarı, **a.g.e.**, s. 194, Gümüş, **a.g.e.**, s. 368. Açık ya da örtülü olabilen bu rızanın kanaatimizce ciddi olması gerekmektedir. Rızayı veren eşin ciddi rızasından bahsedebilmek için ise bu eşin rızayı serbest iradesiyle vermiş olması aranmaktadır (Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası bakımından bu yönde bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016).

²⁴¹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 369.

²⁴² Zeytin, **a.g.e.**, N. 523/4.

²⁴³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1325, Gümüş, **a.g.e.**, s. 369.

²⁴⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 289 dn. 403. Bkz. ve krş. Gümüş, **a.g.e.**, s. 369. Yazar, bir kazandırmanın kural olarak rıza dışı sayılması için diğer eşin mal rejiminin sona erdiği anda da kazandırma hakkında bilgi sahibi olmamasını aramaktadır.

Doktrinde diğ er eş in onay vermemesinin hakk ın kötü ye kullanılması olarak kabul edilebileceğ i ileri sürülmüştür²⁴⁵. Buna ö rnek olarak, somut olay ın ş artlarından onay vermesi beklenebilen eş in, yalnız ca kazandı rmada bulunan eş e kızdı ğ ı için kazandı rmaya onay vermemesi gösterilmişt ir²⁴⁶. Hakk ın kötü ye kullanılması, bir hakk ın amacı dışında kullanıldı ğ ı ya da hakk ın kullanılmasında hak sahibinin menfaatinin bulunmadı ğ ı veya başkasına vereceğ i zararlar karşılaşt ırıldı ğ ında çok küçük bir menfaatinin bulundu ğ u durumlarda söz konusu olmaktadır²⁴⁷. Kullanan için yararı olmayan bir hak kullanma, hakk ın kötü ye kullanılması hâllerinden biridir²⁴⁸. Ancak kazandı rmaya rıza vermeyen eş in bu davranış ının ona yararı oldu ğ u açıktır. Dolayısıyla fikrimizce eş in kızdı ğ ı için kazandı rmaya rıza göstermemesi tek başına hakk ın kötü ye kullanılması teşkil etmemelidir. Kaldı ki eş in rıza göstermemesinin sonucu işlemin geçersizliğ i değ il, işlem konusunun değ er olarak edinilmiş mallara eklenmesidir. Bu nedenle herhangi bir sebeple kazandı rmayı istemeyen eş in onay vermeme hakk ı böyle kısıtlanmamalıdır. Bununla beraber bazı durumlarda hakk ın kötü ye kullanılması söz konusu olabilir. Örneğ in somut olayda rızası aranan eş, kazandı rmaya rıza göstereceğ ine dair bir izlenim uyandı rmış sa, daha sonra rıza vermemesi çelişk ili davranış teşkil edebilir. Bu durum da hakk ın kötü ye kullanılmasının bir görü nümlü nü oluşturmaktadır ve yaptırım ı, kazandı rmada bulunan eş te uyandırılan güvenin korunması, dolayısıyla rıza verilmiş gibi kabul edilmesidir²⁴⁹.

Karş ılıksız kazandı rmaya verilen rıza, TMK m. 229/f. 1, b. 1'in uygulanmasını engellediğ i gibi rıza veren eş in TMK m. 229/f. 2 ve m. 241 uyarınca üçüncü kişilerden talepte bulunmasını da engellemektedir²⁵⁰. Ancak doktrinde, verilen rızanın mirasa ilişkin taleplerden vazgeç me anlamına gelmediğ i kabul edilmektedir²⁵¹. Bu kabul

²⁴⁵ Naef-Hofmann, Revision, s. 40 N. 130 (Acar, **a.g.e.**, s. 289 dn. 405'den naklen).

²⁴⁶ Naef-Hofmann, Revision, s. 40 N. 130 (Acar, **a.g.e.**, s. 289 dn. 405'den naklen).

²⁴⁷ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakk ın Kötü ye Kullanılması Yasağ ı**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 25.

²⁴⁸ Akyol, **a.g.e.**, s. 24.

²⁴⁹ Bkz. Akyol, **a.g.e.**, s. 60.

²⁵⁰ Zeytin, **a.g.e.**, N. 524, Sarı, **a.g.e.**, s. 194.

²⁵¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 33, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 19, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 13, Gümüş, **a.g.e.**, s. 369.

uyarınca diğer eşin rızasıyla yapılan kazandırmalar TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamında eklemeye tabi olmasa da tenkise ya da denkleştirmeye tabi olabilirler²⁵².

III. Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltmak Kastıyla Yapılan Devirler

TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler, onun edinilmiş mallarına değer olarak eklenecektir. Öyleyse ikinci bent kapsamında bir eklenecek değer söz konusu olması için ortada süre ve amaç şartını sağlayan, edinilmiş mallardan yapılmış bir devir bulunmalıdır.

A. Devir

Devir, sözlük anlamı olarak bir mal üzerindeki mülkiyet veya başka bir hakkı başkasına geçirmek demektir²⁵³. Ancak buradaki devir kavramının İsviçre doktrininde benimsenen tanıma uygun şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir²⁵⁴. Böylece mal rejimi boyunca eşlerden birinin edinilmiş bir mal üzerinde tasarruf ettiği ve dolayısıyla bu grubun değerini azalttığı bütün hukuki işlemler ikinci bent kapsamında değerlendirilecektir²⁵⁵. Örneğin eşin edinilmiş bir malı üzerindeki mülkiyet hakkından feragat etmesi maddede geçen devir şartını sağlayacaktır²⁵⁶. Ayrıca kişisel kullanım hariç malın değerinin azalmasına yol açan mala zarar verme ya da onu yok etme gibi maddi filler de TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamında devir olarak kabul edilmektedir²⁵⁷.

²⁵² Burgat, **Art. 208**, N. 13, Acar, **a.g.e.**, s. 290. Bu yöndeki Federal Mahkeme kararı için bkz. TF, 21.06.2011, JdT 2002 I 299 (www.swisslex.ch).

²⁵³ Türk Dil Kurumu Hukuk Sözlüğü (www.sozluk.gov.tr).

²⁵⁴ Zeytin, **a.g.e.**, N. 526, Gümüş, **a.g.e.**, s. 369 dn. 511.

²⁵⁵ Steinauer, **Art. 208**, N. 18. Bununla beraber ikinci bentteki devri, edinilmiş bir malın mülkiyetinin devrini içeren tüm hukuki işlemler olarak tanımlayan yazarlar da vardır. Bu yönde bkz. Burgat, **Art. 208**, N. 17.

²⁵⁶ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 37, Gümüş, **a.g.e.**, s. 369.

²⁵⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1329, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 37, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 20, Steinauer, **Art. 208**, N. 18, Zeytin, **a.g.e.**, N. 526.

Yukarıda açıklandığı üzere TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamında eklenecek değerden bahsedebilmek için üçüncü kişiye yapılmış bir kazandırma aranmaktadır. TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamındaysa üçüncü kişiye yapılan kazandırmalar yanında herhangi bir üçüncü kişinin bulunmadığı durumlar da (örneğin maddi fiiller) eklemeye tabi olmaktadır. Bu bent kapsamındaki hukuki işlemler ya da maddi fiiller diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapıldığı için ekleme yaptırımının bunların tümüne ilişkin olması yerinde bir çözümdür. Devir kavramının geniş yorumlanmasına yönelik kabul bu nedenle isabetlidir.

Bir devrin konusunun edinilmiş mallara değer olarak eklenebilmesi için bu devrin gerçekleşmiş olması gerekmektedir²⁵⁸. Devre ilişkin borçlandırıcı işlemin yapılmış olması tek başına yeterli olmayacak, tasarruf işleminin de yapılmış olması aranacaktır²⁵⁹. Bu nedenle ölüme bağlı tasarruflar TMK m. 229/f. 1, b. 1'in kapsamına girmedigi gibi TMK m. 229/f. 1, b. 2'nin kapsamına da girmeyecektir²⁶⁰.

Eklemeye tabi devirlere ilişkin akla ilk gelen örnek birinci bent anlamındaki karşılıksız kazandırmalardır²⁶¹. TMK m. 229/f. 1, b. 2, özellikle mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan daha önce yapılan karşılıksız kazandırmalar açısından önem taşımaktadır²⁶². Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan karşılıksız kazandırmalar, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı aranmadan birinci bent uyarınca eklemeye tabi olacağı için ikinci bende başvurmaya gerek kalmayacaktır.

TMK m. 229/f. 1, b. 2 yalnızca karşılıksız kazandırmaları değil, gerçek değerinin altında bir karşılık elde edilerek yapılan karşılıklı kazandırmaları da konu

²⁵⁸ Acar, **a.g.e.**, s. 297.

²⁵⁹ Acar, **a.g.e.**, s. 297.

²⁶⁰ Acar, **a.g.e.**, s. 297. Fakat yazar mirastan karşılıklı feragat sözleşmesindeki ivazı birinci bentte olduğu gibi ayrı tutmaktadır. Yazara göre edinilmiş mallardan sağlanan ivaz miras payından açıkça fazlaysa ya da ölüncüye kadar bakma sözleşmesiyle edinilmiş mallardan bir karşılık sağlanıyorsa ve kastın varlığı ispatlanabilirse ortada gizli bir bağış bulunduğu gerekçesiyle TMK m. 229/f. 1, b. 2 uygulanacaktır (Acar, **a.g.e.**, s. 298).

²⁶¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1328, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 20, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17.

²⁶² Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17.

almaktadır²⁶³. Gerçek değerinin altında yapılan bir kazandırma, karma bağışlama teşkil ediyorsa (*causa donandi* mevcutsa) kısmen karşılıksız olacak ve diğer karşılıksız kazandırmalar gibi birinci ya da ikinci bent kapsamına girecektir. Bunun dışında karma bağışlama teşkil etmeyen, başka bir anlatımla kazandırma iradesi bulunmadan gerçekleştirilen devirler de ikinci bent kapsamında değerlendirilebilir²⁶⁴. Bu durumda işlem karşılıksız kazandırma olarak nitelendirilemeyecek fakat TMK m. 229/f. 1, b. 2'nin kapsamına girecektir. Örneğin Bay (E) eşinin katılma alacağını azaltmak kastıyla edinilmiş malını yarı fiyatına elden çıkarıyor, işlemin diğer tarafı Bay (A) ise ucuza aldığını düşünerek malı satın alıyorsa bu işlem karşılıksız bir kazandırma olmayacaktır. Bununla birlikte aradaki fark edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir.

Bir de malvarlığı değerinin devredilmesi gibi sonuç doğurduğu için hükmün dolaylı olarak uygulama alanına giren hukukî işlemler vardır²⁶⁵. Yukarıda belirttiğimiz üzere böyle durumlarda eşlerin katılma alacağını korumak amacıyla hükmün geniş yorumlanması ve anılan hukukî işlemlerin ikinci bent kapsamında değerlendirilmeleri doktrinde kabul edilmiştir²⁶⁶. Ancak hükmün doğrudan uygulama alanına giren devirlerden farklı olarak malın değerini düşüren işlemler, edinilmiş mallara değer olarak eklenmeyecek, yalnızca söz konusu edinilmiş mal, bu işlemler yapılmamış ve dolayısıyla malın değeri düşmemiş gibi artık değer hesabında dikkate alınacaktır²⁶⁷. Örneğin bir eşin edinilmiş bir malı üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı ayni hak tanınması, bu edinilmiş malın değerini düşürerek diğer eşin katılma alacağını azaltır²⁶⁸. Bunu engellemek için malik eşin artık değeri hesaplanırken bu edinilmiş malına, onun üzerindeki sınırlı ayni hak dikkate alınmadan değer biçilecektir. Malik eş, edinilmiş malı üzerinde sınırlı ayni hak kurmamış fakat böyle bir hak kuracağını ve hatta edinilmiş malını devredeceğini taahhüt etmiş olabilir. Bu işlemler de eşin pasifleri

²⁶³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1329, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 37, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 20, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17, Steinauer, **Art. 208**, N. 18, Acar, **a.g.e.**, s. 295, Zeytin, **a.g.e.**, N. 526, Sarı, **a.g.e.**, s. 195.

²⁶⁴ **Message**, N. 222.532, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1329 dn. 64.

²⁶⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

²⁶⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

²⁶⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

²⁶⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

arasında yer alarak artık değerinin azalmasına yol açacaklardır²⁶⁹. Benzer çözüm burada da benimsenecek ve anılan borçlar artık değer hesabında dikkate alınmayacaklardır²⁷⁰.

Görüldüğü üzere devir konusu malın eklenecek değer teşkil etmesi için objektif olarak edinilmiş mal kesiminin değerini azaltması gerekmektedir²⁷¹. Eğer bir karşılıksız kazandırma ya da malın yok edilmesi söz konusuysa bu şart kendiliğinden sağlanmaktadır²⁷². Buna karşılık, devir bir edim karşılığında gerçekleştirilmişse, bu devir karma bağışlama teşkil etmediği müddetçe kural olarak edinilmiş mal kesiminin değeri azalmış olmayacağından ekleme söz konusu olmaz²⁷³. Çünkü karşılığı alınarak yapılan devirlerde diğer eşin katılma alacağının azalması objektif olarak mümkün olmamaktadır²⁷⁴.

B. Edinilmiş mallardan yapılmış olması

Maddenin lafzında yer almasa da devrin, karşılıksız kazandırmalarda olduğu gibi, edinilmiş mallardan yapılması gerektiği kabul edilmektedir²⁷⁵. Hem edinilmiş mal kavramının tespiti hem de edinilmiş mallardan katkıda bulunulmuş olan kişisel malların elden çıkarılması konusunda birinci bent açısından yapılan açıklamalar burada da geçerlidir²⁷⁶. Böylece eşlerden biri edinilmiş mallarından kişisel bir malına katkıda bulunmuş ve edinilmiş malları lehine ortaya çıkan denkleştirmeyi azaltmak ya da yok etmek için bu kişisel malını elinden çıkarmışsa TMK m. 229/f. 1, b. 2 ve m. 230/f. 3 hükümleri arasında bir tercih yapmak gerekecektir²⁷⁷. TMK m. 229/f. 1, b. 1

²⁶⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

²⁷⁰ Bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

²⁷¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1329a.

²⁷² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1329a.

²⁷³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1329a. Gerçek değerinin altında yapılan fakat karma bağışlama teşkil etmeyen kazandırmalar için bkz. Birinci Bölüm/III/A/dn. 264'e ilişkin metin.

²⁷⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 295.

²⁷⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1328, Acar, **a.g.e.**, s. 298, Sarı, **a.g.e.**, s. 196.

²⁷⁶ Birinci bentte olduğu gibi burada da edinilmiş mal kavramı TMK m. 219'a göre değerlendirilir (Burgat, **Art. 208**, N. 16). Bkz. Birinci Bölüm/II/B.

²⁷⁷ İşlemi yapan eşin denkleştirmeyi azaltmak ya da yok etmek amacı yoksa bu işlemin TMK m. 229/f. 1, b. 2'nin uygulama alanına girmesi söz konusu olmaz. Zira bu hüküm, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastının varlığını aramaktadır. Bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 526.

çerçevesinde benimsediğimiz çözüme uygun olarak burada da devrin, edinilmiş mal grubu lehine doğmuş denkleştirme üzerinde gerçekleşen dolaylı etkisine rağmen, daha özel bir hüküm olan TMK m. 230/f. 3'e tabi olacağı kanaatindeyiz²⁷⁸.

C. Mal rejiminin devamı süresince gerçekleşmesi

Bir devrin ikinci bent kapsamında eklenecek değer kabul edilebilmesi için mal rejiminin devamı süresince gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Mal rejimi, evlenme ya da rejimin yürürlüğe girmesi anından başlar ve rejimin sona ermesine kadar devam eder²⁷⁹. Birinci bentteki düzenlemenin aksine ikinci bent açısından zamansal bir sınırlama getirilmemiştir²⁸⁰. Devir, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan daha önce yapılmışsa da hükmün kapsamına girebilir²⁸¹. Bunun için diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastının ortaya konması gerekli ve yeterlidir²⁸². Herhangi bir süre sınırlamasının getirilmemesinin sebebi bu tarz devirlerin hak ve adalet duygusunu ağır bir biçimde zedelemesidir²⁸³. Kanun koyucu bunu göz önünde bulundurarak bir süre sınırlaması getirmemiştir.

Esasen bu şart işin mantığından da çıkarılabilir. Mal rejiminin başlangıcından önce ve sona ermesinden sonra yapılan işlemler katılma alacağına etki etmezler²⁸⁴. Mal rejimi yürürlüğe girmeden önce elde edilen malvarlığı değerleri, kişisel mal niteliği taşıdığı için artık değerın hesabında edinilmiş mallara eklenecek bir değer olarak nitelendirilemez²⁸⁵. Mal rejiminin sona ermesinden sonra elde edilen malvarlığı değerleri ise esasen edinilmiş mal – kişisel mal ayrımına tabi olmazlar. Dolayısıyla bunlar da aynı şekilde artık değerın hesabında edinilmiş mallara eklenecek değer olarak nitelendirilemez²⁸⁶.

²⁷⁸ Bu konuda bkz. Birinci Bölüm/II/B/1.

²⁷⁹ Burgat, **Art. 208**, N. 18.

²⁸⁰ Burgat, **Art. 208**, N. 18. Mal rejiminin devamı boyunca şartını zamansal sınırlama olarak yorumlayan yazarlar için bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 196.

²⁸¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1330, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17.

²⁸² Steinauer, **Art. 208**, N. 21.

²⁸³ Bkz. ve krş. Acar, **a.g.e.**, s. 294.

²⁸⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 196.

²⁸⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 196.

²⁸⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 196.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus ispat meselesidir. Devir ile mal rejiminin sona erme anı arasındaki süre uzadıkça devirden zarar gören eşin eklemesi yapılması için gerekli delilleri toplaması zorlaşacaktır²⁸⁷. Böyle durumlarda eşin, bu kazandırmanın TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamında değerlendirilmesini sağlayabilmek adına hâkimden mal ayrılığına karar vermesini isteyebileceği ileri sürülmektedir²⁸⁸. Böylece kazandırmanın yapılmasından itibaren bir yıllık süre içinde mal rejimi sona ermiş, dolayısıyla ispat konusunda yaşanacak güçlükler azaltılmış olur. Belirtmek gerekir ki mal ayrılığına geçişle ispat güçlüğüne aşan eş, daha büyük bir menfaatten vazgeçmiş olacaktır. Dolayısıyla belirtilen yöntemin her somut olayda yerinde bir çözüm olacağını söylemek uygun değildir.

D. Diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı

Bir eşin, diğerinin TMK m. 236'ya dayanan artık değere katılma hakkına zarar verme amacı taşıyan devirleri eklemeye tabi olmaktadır²⁸⁹. TMK m. 229/f. 1, b. 2 esasen TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralının bir görünümüdür²⁹⁰. Bu ifade, tenkise tabi kazandırmaları düzenleyen TMK m. 565 hükmünün 4. bendinde yer alan *Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar* ifadesinden esinlenmiştir²⁹¹. Fakat bu hükümden farklı olarak bir devrin eklenecek değer sayılması için devri gerçekleştiren eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltma niyetinin açık olması aranmamıştır²⁹². TMK m. 229/f. 1, b. 2'de tercih edilen formül, eşi TMK m. 565/b. 4'tekine göre daha geniş bir koruma sağlamakla birlikte diğer eşin katılma alacağını azaltmaya yönelik açık olmayan kastın ispatı güçlükler barındırmaktadır²⁹³. İki düzenleme arasındaki bir diğer önemli fark da

²⁸⁷ Burgat, **Art. 208**, N. 19.

²⁸⁸ Burgat, **Art. 208**, N. 19.

²⁸⁹ Steinauer, **Art. 208**, N. 20.

²⁹⁰ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1333, Steinauer, **Art. 208**, N. 20.

²⁹¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1331.

²⁹² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1331, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 42, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 22, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17, 22, Steinauer, **Art. 208**, N. 20, Gümüş, **a.g.e.**, s. 370.

²⁹³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1331.

devri gerçekleştiren kişinin niyetini belirlemede başvuru ölçüttür²⁹⁴. Mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısım belirli olduğundan saklı paya zarar verme nicel olarak belirlenebilirken eşin katılma alacağı artık değerın bütünü üzerinden hesaplanacağı için edinilmiş mallardaki her azalma bu hakka zarar verecektir²⁹⁵. Böylece örneğin 10.000 TL değerindeki bir kazandırma mirasbırakan eşin tasarruf oranı sınırları içinde kalıyorsa bu kazandırmanın saklı paya zarar verme amacı taşıdığı ileri sürülemeyecek ancak diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı taşıması somut olayda mümkün olabilecektir.

Eşin yaptığı devir diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılmamışsa devrin sonucunda katılma alacağı azalmış olsa bile ekleme yapılmaz²⁹⁶. Örneğin eşin edinilmiş mal grubuna ait kullanılmış buzdolabını, miras yoluyla daha iyisini edindiği için üçüncü bir kişiye hediye etmesi, bu eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla hareket etmediği anlamına gelecek ve buzdolabının değeri edinilmiş mallara eklenmeyecektir²⁹⁷.

Devir konusu malı eklenecek değer hâline getiren unsur, devri yapan eşin kastıdır²⁹⁸. Başka bir anlatımla, işlemin karşı tarafının da diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacıyla hareket etmesi aranmaz²⁹⁹. Bu üçüncü kişinin hiçbir bilgisi olmasa da hüküm uygulama alanı bulacak ve ekleme yapılacaktır³⁰⁰. Dikkat edilecek olursa burada üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmasına ihtiyaç yoktur, çünkü TMK m. 229/f. 1, b. 2 yalnızca işlem tarafı eş açısından sonuç doğurmaktadır³⁰¹. Bu sonuç, devir konusunun, mal rejiminin tasfiyesinde devri gerçekleştiren eşin edinilmiş mallarına değer olarak eklenmesidir. TMK m. 229/f. 1, b. 2 işlemin geçersizliği sonucuna yol açmadığı için üçüncü kişinin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastını taşıması

²⁹⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1332.

²⁹⁵ Piotet, **Régime matrimonial**, s. 85, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1332.

²⁹⁶ Zeytin, **a.g.e.**, N. 528.

²⁹⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 528.

²⁹⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 195.

²⁹⁹ Acar, **a.g.e.**, s. 296, Sarı, **a.g.e.**, s. 195.

³⁰⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 195.

³⁰¹ Katılma alacağının borçlu eşin malvarlığından ya da terekesinden tamamen karşılanamaması durumunda ise katılma alacağı iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecektir (Acar, **a.g.e.**, s. 296). Ancak üçüncü kişinin iyiniyetinin, onun geri verme yükümlülüğünü sınırladığı çoğunlukla kabul edilmektedir. Bu konunun ileride detaylı olarak incelenmesi için bkz. Üçüncü Bölüm/II/B/1.

ya da karşı tarafın bu kastı taşıdığını bilmemesi, devrin değer olarak edinilmiş mallara eklenmesini engellememelidir.

Devri gerçekleştiren eş bilinçli ve iradesiyle hareket etmişse bu şart sağlanmış olacaktır³⁰². Yani devri gerçekleştiren eş, diğer eşin katılma alacağını azaltmak için bilerek ve isteyerek işlem yapmış olmalıdır³⁰³. Olası (ihtimalî) kastın bu şartı sağlayıp sağlamayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Olası kast, hukuka aykırı sonucun önceden görülmesi ve bu ihtimalin göze alınmasıdır³⁰⁴. Doktrindeki bir fikre göre olası kastın ikinci bent için yeterli sayılması durumunda hükmün uygulama alanı çok genişleyecek ve neredeyse bütün karşılıksız kazandırmalar birinci bentteki süreye bakılmaksızın eklemeye tabi olacaktır³⁰⁵. Bu nedenle devrin diğer eşin katılma alacağını azaltacağının bilinmesi ve bunun göze alınması bu fikre göre ikinci bent anlamında eklemenin yapılması için yeterli olmamalıdır³⁰⁶.

Doktrindeki baskın görüşe göreyse devri gerçekleştiren eşin, diğer eşin katılma alacağının tehlikeye gireceğini bilmesi ve bunu göze alması TMK m. 229/f. 1, b. 2’de aranan şartı sağlamaya yetecektir³⁰⁷. Bu görüşteki yazarların ileri sürdükleri gerekçelerden ilki, TMK m. 229/f. 1, b. 2’nin esin kaynağı olan TMK m. 565/b. 4 açısından olası kastın yeterli olduğunun kabul edilmesidir³⁰⁸. İkinci olarak hükmün uygulama alanı bulması için olası kastın yeterli olmadığı ve mutlaka kastın şart olduğu düşüncesinin kabul edilmesi hâlinde, kastın (bilmek ve istemek unsurlarının) ispatına ilişkin güçlükler nedeniyle hükmün uygulama alanının oldukça daralacağı ileri

³⁰² Burgat, **Art. 208**, N. 20, Acar, **a.g.e.**, s. 295.

³⁰³ Sarı, **a.g.e.**, s. 195.

³⁰⁴ Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 47.

³⁰⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 195.

³⁰⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 195.

³⁰⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1331, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17, Burgat, **Art. 208**, N. 20. Aynı yönde bkz. Acar, **a.g.e.**, s. 295. Edinilmiş mal grubunun değerini azaltırken eşinin katılma alacağını azalttığına farkında olması ise tek başına ikinci bendin uygulanmasına yetmeyecektir (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1332).

³⁰⁸ **Message**, N. 222.532, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1331, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17.

sürülmüştür³⁰⁹. Kanaatimizce bu görüş, katılma alacağını koruma amacına daha iyi hizmet ettiği için üstün tutulmalıdır.

Diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirler, çoğunlukla eşten gizlenerek veya onun iradesine aykırı olarak gerçekleşecektir³¹⁰. Çünkü bu işlemlerde işin niteliği gereği eşin rızası bulunmaz³¹¹. Bununla beraber çok sık karşılaşılmayacak olsa da diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan işlemlere katılma alacağının azalması tehlikesiyle karşılaşan eşin rıza göstermiş olması mümkündür. Rızanın verildiği nadir hâllerde iki ihtimalli bir inceleme yapılmalıdır. Eğer eş rıza verirken işlemi yapan eşin kastını biliyorsa devir konusu malın değer olarak edinilmiş mallara eklenmesi söz konusu olmaz³¹². Çünkü rıza göstermesine rağmen böyle bir talepte bulunması hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek ve çelişkili davranış yasağını ihlal edecektir (TMK m. 2)³¹³. Buna karşın diğer eş, işlemi yapan eşin kastını bilmiyorsa işlem konusunun eklenecek değer olarak dikkate alınması mümkün olmalıdır³¹⁴.

Kastın varlığı daha çok bir ispat sorunu olmakla birlikte bazı ölçütler bu konuda yol gösterici olabilir. Örneğin edinilmiş mallarda azalmaya yol açan bir işlem, ahlaki bir ödevin ifası niteliği taşıyorsa işlemi yapan eşin, diğerinin katılma alacağını azaltmak kastını taşımadığı söylenebilir³¹⁵. Aynı şekilde, işlemi yapan eş diğer eşin rızasını almaya çalışmışsa, katılma alacağını azaltma kastının bulunduğu söylemek zorlaşır³¹⁶. Ayrıca, eşin edinilmiş mallarını evlilik birliğinin gereklerine aykırı şekilde tüketmesi de TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamında değerlendirilemez³¹⁷. Bu durum

³⁰⁹ Acar, **a.g.e.**, s. 295.

³¹⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

³¹¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

³¹² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 44, Zeytin, **a.g.e.**, N. 529.

³¹³ Sarı, **a.g.e.**, s. 197. Yazar, işleme rıza veren eşin, diğer eşin sahip olduğu kastı bilip bilmemesine göre bir ayırım yapmadan onun ekleme talebinde bulunamayacağını kabul etmektedir. Aynı yönde bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 370.

³¹⁴ Diğer eşin işlemi yapan eşin kastını bilmesinin kural olarak ondan beklenemeyeceği yönünde bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 529.

³¹⁵ Acar, **a.g.e.**, s. 298. Dikkat edilirse işlemin ahlaki bir ödevin ifası niteliğinde olması onu doğrudan eklemeye tabi olmaktan çıkarmamaktadır. Bu durum, yalnızca devri gerçekleştiren eşte TMK m. 229/f. 1, b. 2'de aranan kastın bulunmadığının göstergesi olarak değerlendirilebilir.

³¹⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 197.

³¹⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s. 370.

Federal Mahkeme'nin bir kararında sadakat ve yardım ödevinin ihlali olarak değerlendirilmiş ve bunun yalnızca boşanmaya ilişkin sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir³¹⁸. Böyle harcamaların mal rejimine ilişkin sonuç doğurmasıysa ancak kanunun öngördüğü hâllerde mümkün olacaktır.



³¹⁸ TF, 27.02.1992, JdT 1994 I 535 (www.swisslex.ch).

İKİNCİ BÖLÜM

EKLEMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

I. TMK m. 229/f. 1'e Dayanan Talep

A. Talepte Bulunmaya Yetkili Kişi

Ekleme talebinde bulunmaya öncelikle katılma alacağının azalması tehlikesiyle karşılaşan eş yetkilidir¹. Uygulamada da eklenecek değerler genellikle bu eş tarafından ileri sürülecektir². Ayrıca belirtmek gerekir ki artık değerın hesaplanmasında eklenecek değerlerin göz önünde bulundurulacağını öngören TMK m. 231 emredici niteliktedir. Dolayısıyla dava dosyasından eşlerden birinin bu hükmün kapsamına giren işlemler yaptığı anlaşılırsa hâkim bu durumu görevinden ötürü (re'sen) dikkate alacaktır³.

Hak sahibi eşin ölümü hâlinde ekleme talebini onun mirasçıları ileri sürebilir⁴. Eklemeye tabi işlemler hakkında mirasçıların TMK m. 649/f. 2'de öngörülen şekilde birbirlerinden bilgi alma hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir⁵.

Katılma alacağını talep hakkına sahip olan eşin ya da onun ölümü nedeniyle hak sahibi olan mirasçılarının alacaklılarının ise tenkis hükümlerinin aksine (TMK m. 562) katılma alacağı ve dolayısıyla ekleme talep etme hakkı yoktur⁶. Ancak bu alacaklıların

¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12, Steinauer, **Art. 208**, N. 4, Zeytin, **a.g.e.**, N. 508, Sarı, **a.g.e.**, s. 199, Gümüş, **a.g.e.**, s. 367.

² Sarı, **a.g.e.**, s. 199.

³ Zeytin, **a.g.e.**, N. 508, Sarı, **a.g.e.**, s. 199.

⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s. 367.

⁵ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 3, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 2, Steinauer, **Art. 208**, N. 4, Zeytin, **a.g.e.**, N. 509.

⁶ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 6, Steinauer, **Art. 208**, N. 4, Zeytin, **a.g.e.**, N. 508, Gümüş, **a.g.e.**, s. 367.

katılma alacağını haczettiği durumlarda⁷, katılma alacağının paraya çevrilmesi kapsamında ekleme talep etmeleri söz konusu olabilir.

Mirasçılarının ekleme talep etmesine ilişkin doktrinde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Yaygın olarak kabul edilen ilk fikre göre mirasçılar eklenecek değerlerin tasfiyede dikkate alınmasını miras payları oranında talep edebilirler⁸. Böylece bir mirasçının bu hakkı kullanması diğer mirasçılarının çıkarlarını etkilemeyecektir⁹. Başka bir ifadeyle eklemenin reddedildiği bir karar ya da eklemenin kabul edildiği bir karar, sürece katılmayan mirasçıları etkilemeyecektir¹⁰. Bu fikir, mirasçılarının tenkis ya da ölüme bağlı tasarrufun iptalini istemesinin de aynı kurala tabi olmasından hareket etmektedir¹¹.

Genel kural mirasçının talepte bulunabileceği olmakla birlikte ölen eşin mirasçısı bazen kazandırmayı yapan eş bazen de kendisine kazandırma yapılan üçüncü kişi olabilir. Hatta sağ kalan eş kural olarak ölen eşe mirasçı olduğu için uygulamada kazandırmada bulunan eş çoğunlukla mirasçı sıfatını taşıyacaktı¹². Miras payı oranında talep hakkını savunan görüş bu hâllerde sağ kalan eşin ekleme talep etmesini dürüstlük kuralına¹³ özellikle çelişkili davranış yasağına aykırı olarak değerlendirmektedir¹⁴. Dolayısıyla bu fikir mirasçı sıfatını taşıyan sağ kalan eşin ekleme talep edemeyeceğini savunur¹⁵.

⁷ Doktrinde katılma alacağının mal rejiminin sona ermesiyle birlikte haczedilebileceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Zafer Zeytin, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi?”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 2, S: 8, 2007, s. 18, Gökçen Topuz, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 19, S: 1, 2011, s. 105, Şengül, **a.g.m.**, s. 75.

⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 3, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 2, Steinauer, **Art. 208**, N. 4, Zeytin **a.g.e.**, N. 509, Gümüş, **a.g.e.**, s. 367.

⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12.

¹⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12.

¹¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12. Ölüme bağlı tasarrufun iptalinin yalnızca dava açan mirasçı yönünden sonuç doğuracağı yönünde bkz. Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1017. Tenkisin yalnızca dava açan saklı paylı mirasçı açısından sonuç doğuracağı yönünde bkz. Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1201.

¹² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12.

¹³ Zeytin, **a.g.e.**, N. 511.

¹⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12, Gümüş, **a.g.e.**, s. 367.

¹⁵ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 5, Zeytin, **a.g.e.**, N. 511.

Kendisine kazandırma yapılan üçüncü kişinin mirasçı olması durumundaysa bu kişi ekleme talep ederek iki kere menfaat sağlamış olur¹⁶. Bunu engellemek için karşılıksız kazandırmanın, kazandırmadan yararlanan mirasçının ekleme talep etmeyeceği şartına bağlı olarak yapıldığı kabul edilmiştir¹⁷. Bu görüşe göre söz konusu mirasçı ekleme talep ettiğinde karşılıksız kazandırmada bulunan eş, eklenecek değer miktarınca kazandırmadan dönme hakkına sahip olacaktır¹⁸. Kazandırmada bulunanın dönme hakkı, TBK m. 295/b. 2'ye (*Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa*) dayandırılmaktadır¹⁹.

Azınlıkta kalan diğer görüş, miras payı oranında talebe karşı çıkmaktadır²⁰. Bu fikre göre eklenecek değerler hâkim tarafından re'sen dahi dikkate alınabildiği ve katılma alacağı kişiden kişiye değişebilen bir değer olmadığı için miras payı oranında talep isabetli görünmemektedir²¹. Çözüm olarak, mirasçıların elbirliğiyle hak sahipliğine ilişkin kurallar uyarınca ekleme talep etmesi öngörülmüştür²². Dolayısıyla mirasçıların eklenecek değer niteliğini birlikte ileri sürmeleri gerekecektir. Kendisine kazandırma yapılan üçüncü kişinin mirasçı olması durumundaysa anılan görüş yine baskın görüşten ayrılarak kazandırmada bulunan eşe böyle bir dönme hakkı tanınamayacağını savunmaktadır²³. Bu hakkın varlığının ancak kazandırma sırasında buna ilişkin bir düzenleme yapılmasına bağlı olduğu belirtilmektedir²⁴. Bu fikre göre mirasçı kendisine değil, eşe ait ekleme talep etme hakkının sahibi olduğu için kazandırma lehtarını işlem yönünden üçüncü kişi sıfatını koruyacaktır²⁵. Dolayısıyla

¹⁶ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12, Zeytin, **a.g.e.**, N. 510.

¹⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1336 dn. 80, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 4, Zeytin, **a.g.e.**, N. 510.

¹⁸ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1336 dn. 80, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 4, Zeytin, **a.g.e.**, N. 510.

¹⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1336 dn. 80.

²⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 200 dn. 243.

²¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 200 dn. 243.

²² Sarı, **a.g.e.**, s. 200 dn. 243. Yazar, mirasçıların katılma alacağı üzerinde de terekede yer alan diğer haklar üzerinde olduğu gibi elbirliğiyle hak sahibi olmalarına dayanmaktadır.

²³ Sarı, **a.g.e.**, s. 200 dn. 246.

²⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 200 dn. 246.

²⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 200. Aynı yönde bkz. Özge Yenice Ceylan, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S:2, 2018, s. 233.

kural olarak eklenecek değerleri ileri sürebileceği kabul edilir²⁶. Fakat kazandırma yapılan kişi tek mirasçıysa ekleme talebinde bulunması açıklanan görüşe göre de somut olayda hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir²⁷.

Fikrimizce eklenecek değerleri ileri sürebileceklerin tespitinde miras hukukundaki tenkis hükümlerinden esinlenmek yerinde değildir. Çünkü tenkis talebi, mal rejimleri hukukundaki eklenecek değerlere ilişkin TMK m. 229'a değil, üçüncü kişiye başvuruya ilişkin TMK m. 241'e karşılık gelmektedir. Doktrinde haklı olarak ileri sürüldüğü üzere katılma alacağı herkes için tek bir değeri ifade etmelidir. Bu nedenle mirasçılar tarafından miras payları oranında ekleme talep edilmesi uygun olmaz. Ancak elbirliğiyle hak sahipliği kurallarının uygulanmasının yerindeliği de tartışmaya açıktır. Çünkü bu kabule göre mirasçılardan yalnızca biri eklenecek değeri işaret ediyorsa hâkim tarafından şartların gerçekleştiği görülse dahi diğer mirasçılar talep etmediği için ekleme yapılamayacaktır. Re'sen dikkate alınan emredici bir kuralın (TMK m. 231 ve m. 229) kanaatimizce böyle anlaşılmaması gerekmektedir. Çözüm olarak TMK m. 640/f. 4'te yer alan *"Mirasçılardan her biri, terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korumadan mirasçıların hepsi yararlanır."* hükmünden yararlanılması mümkündür. Böylece tek bir mirasçı ekleme talep etse bile katılma alacağı tüm mirasçılar açısından aynı değeri ifade edecektir²⁸.

TMK m. 229'un hak sahiplerine yalnızca edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasında eklenecek değerleri ileri sürme hakkı tanıdığını belirtmek gerekmektedir²⁹. Onun dışında ileri sürülemez³⁰. Ayrıca hak sahiplerinin tasfiye sırasında TMK m. 229/f. 1'de yer alan değerlerin eklenmesinden feragat etmeleri mümkündür³¹. Bu feragat herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir³².

²⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 200.

²⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 200, Yenice Ceylan, **a.g.m.**, s. 233.

²⁸ Bu çözüm, İsviçre doktrininde reddedilmiştir (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 12). Ancak TMK m. 640/f. 4'ün İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı olmadığını belirtmek gerekmektedir.

²⁹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 500.

³⁰ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 12, Zeytin, **a.g.e.**, N. 500. Aksi yönde bkz. Arzu Genç Arıdemir, "Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK m. 229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C:76, S: II, 2018, s. 461.

³¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 64, Gümüş, **a.g.e.**, s. 370.

³² Gümüş, **a.g.e.**, s. 370.

B. Yükümlü

Ekleme yapılması talebi TMK m. 229/f. 1, b. 1’deki karşılıksız kazandırmayı ya da b. 2’deki devri gerçekleştiren eşe karşı ileri sürülür³³. Bu eşin ölümü hâlindeyse mirasçılara karşı ileri sürülecektir³⁴. Eklenecek değerlere ilişkin talebin üçüncü kişilere yönelmesiye yalnızca TMK m. 241 çerçevesinde söz konusu olmaktadır³⁵.

C. İspat Yükü

HMK m. 190/f. 1 uyarınca “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.” Ayrıca Türk Medeni Kanunu’nun “İspat yükü” başlıklı 6. maddesine göre “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” Bu genel ispat kuralı, TMK m. 229/f. 1 için de uygulanacaktır³⁶. Dolayısıyla TMK m. 229/f. 1’in kapsamına giren bir işlemin varlığını, bunu iddia eden eşin ya da mirasçılarının ispatlaması gerekmektedir³⁷.

Birinci bent uyarınca ekleme talep eden eş, sağlararası karşılıksız kazandırmayı ve bunun mal rejimi sona ermeden önceki bir yıl içinde yapıldığını ispatlamalıdır³⁸. Doktrindeki baskın fikir, kazandırmanın edinilmiş mallardan yapıldığının ispatlanmasını da gerekli görmektedir³⁹. Ancak buna karşı çıkan diğer bir fikir eşin, kazandırmanın edinilmiş mallardan yapıldığını ayrıca ispat etmek zorunda olmadığını savunmaktadır⁴⁰. Gerekçe olarak TMK m. 222/f. 3 uyarınca aksi ispatlanana kadar bir

³³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 13, Zeytin, **a.g.e.**, N. 512.

³⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 13, Zeytin, **a.g.e.**, N. 512.

³⁵ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 13, Zeytin, **a.g.e.**, N. 512.

³⁶ Zeytin, **a.g.e.**, N. 242, Sarı, **a.g.e.**, s. 200. Aynı yönde bkz. TF, 14.07.2014, 5A_51/2014, (www.swisslex.ch), p. 2.1, TF, 27.02.1992, JdT 1994 I 535 (www.swisslex.ch), p. 3b s. 537.

³⁷ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 1a, Steinauer, **Art. 208**, N. 6, Şükran Şıpka, Pınar Özlem Demir, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Edinilmiş Malların Tasfiyesine İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 261, Sarı, **a.g.e.**, s. 200.

³⁸ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1317.

³⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1317, Yenice Ceylan, **a.g.m.**, s. 230.

⁴⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 200.

eşin bütün mallarının edinilmiş mal kabul edildiği gösterilmiştir⁴¹. Bu karineden eklenecek değerler açısından ayrılmayı gerektirecek bir sebep kanaatimizce de bulunmamaktadır. Ayrıca para veya misli şeylere ilişkin karşılıksız kazandırmaların hangi mal kesiminden yapıldığının ispatının oldukça zor olduğu çalışmamızda belirtilmiştir⁴². Dolayısıyla kazandırmanın edinilmiş mallardan gerçekleştiğinin eklemeye talep eden eş tarafından ayrıca ispatı aranmamalıdır. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında, elden çıkarılan malın kişisel mal olduğu kanıtlanamadığında edinilmiş mal sayılacağı yönünde karar vermiştir⁴³.

Ekleme talep eden eş belirtilen unsurları ispatladıktan sonra TMK m. 229/f. 1, b. 1'deki diğer şartlara ilişkin ispat yükü karşı tarafa geçer. Kazandırmayı gerçekleştiren eş (ya da mirasçıları), yapılan işlemin kişisel mala ilişkin olduğunu⁴⁴ ya da diğer eşin rızası bulunduğunu⁴⁵ ispatlayarak eklemeye yapılmasının önüne geçebilecektir. Diğer eşin kazandırmaya rıza gösterdiği her türlü delille ispatlanabilir⁴⁶.

Bir malvarlığı değerinin TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca eklenmesini talep eden eş, bu değer devrinin mal rejiminin devamı boyunca ve kendi katılma alacağını azaltmak kastıyla yapıldığını ispatlamalıdır⁴⁷. Devir konusunun edinilmiş mal olduğunu ise yukarıda belirttiğimiz gerekçeyle ispatlamasına gerek yoktur. Devir konusu malın artık değer hesabında edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi için önemli olan devri yapan eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltma kastının ispatlanmasıdır ve ispat yükü eklemeyen yararlanacak olan eşe aittir⁴⁸. Ancak, böyle

⁴¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 200.

⁴² Gümüş, **a.g.e.**, s. 367. Bu konudaki ölçütler için bkz. Birinci Bölüm II/B/2.

⁴³ Yargıtay 8. HD., 13.4.2016, E. 2014/25885, K. 2016/6712 (www.kazanci.com.tr): “*Toplanan delillere, tanık beyanlarına, dosya içindeki belgelere göre davaya konu taşınmazın kişisel malı olduğu kanıtlanamamıştır. O halde, taşınmaz TMK’nun 219. maddesinde belirtilen nitelikte edinilmiş maldır. Yine toplanan delillerden, bu taşınmazın mal rejiminin devam ettiği sırada, eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla, davalı eski eş tarafından diğer davalıya satılıp devredildiği de anlaşılmaktadır. Bu devir TMK. 229/2. maddesi gereğince eklenecek değer olarak artık değere katılma alacağı hesabına alınmalıdır.*”

⁴⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 200. Aksi görüşte bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 367.

⁴⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1317, 1325, Steinauer, **Art. 208**, N. 6, Burgat, **Art. 208**, N. 11.

⁴⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 194.

⁴⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 200.

⁴⁸ Burgat, **Art. 208**, N. 20. Eklemeyen yararlanacak eşin eklemeyi öne süren eş olduğu yönünde bkz. Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17.

bir kastın ispatının oldukça güç olduğu açıktır⁴⁹. Maddenin fiilen uygulanabilmesi için ispat yükünün hafifletilmesi gerekmektedir⁵⁰. Bu nedenle doktrinde, Yargıtay'ın kazandırmada bulunan eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastının ispatı bakımından benimsediği ölçütler kabul edilmektedir⁵¹. Malın devir bedeliyle gerçek değeri arasındaki fark, devir tarihi ile boşanma tarihi arasında geçen süre⁵², bu sürede söz konusu miktarın harcanmasının hayatın olağan akışına göre mümkün olup olmadığı⁵³, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, devirden sonra malın kim tarafından kullanıldığı, devralan kişinin davalı eş ile yakınlık derecesi⁵⁴ gibi unsurlar bu ölçütlere örnek gösterilebilir⁵⁵.

⁴⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1333, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17, Zeytin, **a.g.e.**, N. 502.

⁵⁰ İspat güçlüğünden dolayı maddenin ikinci bendinin geniş bir uygulama alanı bulamayacağı yönünde bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1333, Steck, Fankhauser, **Art. 208**, N. 17. Federal Mahkeme bir kararında İBK m. 42/f. 2'nin (TBK m. 50/f. 2'nin) kıyasen uygulanmasını ve böylece ispat yükünün hafifletilmesini öngörmüştür. Bkz. TF, 14.07.2014, 5A_51/2014 (www.swisslex.ch), p. 2.3, 2.4.

⁵¹ Şükran Şıpka, Ayça Özdoğan, **Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 204.

⁵² Yargıtay 8. HD., 24.10.2018, E. 2016/14281, K. 2018/17838 (www.kazanci.com.tr) (bkz. dn. 54), Yargıtay 8. HD., 11.11.2015, E. 2015/18313, K. 2015/20162 (www.kazanci.com.tr), Yargıtay 8. HD., 9.11.2015, E. 2015/13448, K. 2015/20074 (www.kazanci.com.tr).

⁵³ Kısa süreli el değiştirmelerin katılma alacağını azaltmak kastının ispatını sağladığı yönünde bkz. Yargıtay 8. HD., 4.11.2015, E. 2014/11735, K. 2015/19622 (www.kazanci.com.tr): “Mahkemece alacağın katkı payı alacağı şeklindeki kabul ve değerlendirmesi isabetli olmamıştır. Zira tasfiyeye konu taşınmazın boşanma dava tarihinden kısa bir süre önce 3. kişiye satıldığı, daha sonra tekrar satışa konu edildiği kısa süreli satışlarla taşınmazın el değiştirdiği dosya kapsamından anlaşıldığından hayatın olağan akışına göre bu işlemlerin TMK'nun 229/2. maddesi uyarınca “eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devir” olarak kabul edilmesi gerekir. Mahkemece tasfiyeye konu taşınmazın edinilmiş mal kabul edilerek, taraf delillerinin toplanmasından sonra saptanacak duruma göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde talebin katkı payı alacağına ilişkin bulunduğu kabulü ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.”

⁵⁴ Yargıtay 8. HD., 24.10.2018, E. 2016/14281, K. 2018/17838 (www.kazanci.com.tr): “Tasfiyeye konu her iki taşınmazın da, boşanma dava tarihinden yaklaşık 5,5 ay önce 15.11.2011 tarihinde aynı gün davalı eşin kardeşi olan diğer davalı ...'ye tapuda satış yoluyla devredildiği anlaşıldığına göre, yapılan devirlerin davacının katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığının kabulü gerekir.”

⁵⁵ Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 204-205. Boşanma sürecinde yaşananların katılma alacağını azaltmak kastının ispatı olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Yargıtay 8. HD., 21.11.2018, E. 2016/18541, K. 2018/19005 (www.kazanci.com.tr): “Şöyle ki, dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile tarafların boşanmalarına ilişkin mahkeme kararı dikkate alındığında, kadın eş tarafından 03.09.2008 tarihinde erkek eş aleyhine boşanma davası açıldığı, yargılama aşamasında davadan feragat ettiği ve davanın feragat nedeniyle reddine karar verildiği, daha sonra erkek eş tarafından açılan boşanma ve kadın eş tarafından açılan karşı boşanma davasında yapılan yargılama neticesinde 26.10.2011 tarihli kararla tarafların boşanmalarına karar verildiği, kararda erkek eşin uzun zaman önce müşterek evi terk ettiğinin yazılı olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan bu durum karşısında, her ne kadar dava konusu taşınmaz boşanma dava tarihinden yaklaşık 1 yıl 1 ay önce elden çıkartılmışsa da, taraflar arasındaki gerek reddedilen gerekse kabul edilen boşanma

Doktrinde bazı durumlarda yaşanacak ispat güçlüğüne aşmak için ispat yükünün tersine çevrilmesi önerilmiştir⁵⁶. Özellikle eşlerden biri boşanma davasından kısa süre önce banka hesabından yüksek miktarda para çekip ya da kasadaki altın, hisse senedi gibi taşınır değerleri alıp tasfiye davasında bunları harcadığını ya da tükettiğini iddia edebilir⁵⁷. Eşler edinilmiş mallarında dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahip olduğu için bu şekilde tüketilen ya da harcanan miktarlar TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca eklemeye konu edilmez⁵⁸. Ancak bu iddiayı ileri süren eş, çoğunlukla malvarlığı değerlerini tüketmemiş, diğer eşin katılma alacağını azaltmak için başkasına devretmiş ya da gizlemiştir. Diğer eş bu kastı ispatlayamadığı takdirde katılma alacağının kasten azaltılmasına katlanmak zorunda kalacaktır. Görüldüğü üzere ispat yükü kuralının katı şekilde uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Doktrinde öne sürülen çözüme göre malvarlığı değerlerini tükettiğini ileri süren eş, iddiasını ispatlamalıdır⁵⁹. Böylece inandırıcı bir açıklaması olmaksızın edinilmiş mallarda önemli miktarda azalmaya yol açmış olan eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastına sahip olduğu kabul edilecektir⁶⁰. Verilen bu örneklerde ispat yükünün yer değiştirmesinin nedeni, boşanma davasından kısa süre önce değerli malvarlığı unsurlarının tüketildiği iddiasının hayatın olağan akışına ters olmasıdır.

Anılan malvarlığı değerlerini tükettiğini iddia eden eşin bu iddiasını ispatlayamamasının iki farklı sonucu olabilir: 1. İspat külfetini yerine getiremeyen eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla devir yaptığı kabul edilebilir ve tükettiğini iddia ettiği miktar edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Yargıtay'ın da benzer yönde kararları vardır⁶¹. 2. İspat külfetini yerine getiremeyen eşin tükettiğini

davalarına ilişkin boşanma süreci dikkate alındığında, TMK'nin 229/2. maddesi uyarınca tasfiyeye konu taşınmazın davacının katılma alacağını azaltmak kastıyla devredildiğinin, bu nedenle eklenecek değer olarak tasfiyede dikkate alınması gerektiğinin kabulü gerekir."

⁵⁶ Şıpka, Özdoğan, **a.g.e**, s. 208, Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 454.

⁵⁷ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 454.

⁵⁸ Burgat, **Art. 208**, N. 4 (Yazar bu serbestinin, eşin yasal yükümlülüklerine uygun şekilde ailenin bakımına katıldığı sürece geçerli olduğunu eklemektedir), Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 454.

⁵⁹ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 454.

⁶⁰ Burgat, **Art. 208**, N. 21. İşlemi gerçekleştiren eş, diğer eşin rızasının olduğunu ispatlarsa ekleme yapılmaz (Burgat, **Art. 208**, N. 21).

⁶¹ Yargıtay 8. HD., 13.02.2014, E. 2013/7271, K. 2014/2331 (www.kazanci.com.tr): "Aracın satışından elde edilen paranın herhangi bir biçimde tüketildiği ya da yok edildiği davalı tarafından kanıtlanmadığına, edinilmiş mal kabul edilen aracın TMK'nun 229/1-2. bendi gereğince '...diğer

iddia ettiği malvarlığı değerlerinin, bu eşin malvarlığında bulunduğu kabul edilebilir. Bu durumda, malın elden çıkmadığı kabul edildiği için TMK m. 229'a göre değil, TMK m. 219'a göre hareket edilmelidir. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. Bu kararlarda Yargıtay, malın borçlunun malvarlığında bulunduğunu kabul etmekte, buna rağmen bu malvarlığı değerlerini eklenecek değer olarak nitelendirmektedir⁶². Ekleme konusuna edilmemesi için ise bu malvarlığı değerlerinin tüketilmediğinin aksine inançlı işlemle devredildiğinin ya da saklama sözleşmesiyle teslim edildiğinin ispatlanması gerekirdi⁶³. Görüldüğü üzere Yargıtay, bir eşin, diğerinin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin yanında bu amaçla edinilmiş mallarını gizlemesini de TMK m. 229/f. 1, b. 2'nin yaptırımına tabi tutmaktadır.

Federal Mahkeme bir kararında TMK m. 229'un ispat yükünü tersine çevirici bir etkisi olup olmadığını incelemiştir. Kararı Federal Mahkeme'ye taşınan üst mahkeme, İMK m. 208'e (TMK m. 229'a) dayanarak⁶⁴ eşlerden birinin, diğerine ait edinilmiş bir malın belirli bir zaman diliminde var olduğunu ispatlamasını yeterli görmüştür. Bu karara göre diğer eş daha sonra, İMK m. 208 kapsamında bir işlem yaptığından şüphe edilmemesi için bu malvarlığı değerini hangi amaçla kullandığını ispatlayacaktır. Ancak Federal Mahkeme, böyle bir kabulün, eşlerin tasarruf serbestisine ve artık değer oluşturma yükümlülüklerinin bulunmayışına aykırı olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla

eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devir' olduğuna göre katılma alacağının hesaplanmasında 'eklenecek değer' olarak göz önünde tutulmalıdır."

⁶² Yargıtay 8. HD., 13.02.2018, E. 2016/12636 K. 2018/2050 (www.kazanci.com.tr): "Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden, Merkez Bankası'ndaki bu hesaptan mal rejiminin sona erdiği boşanma dava tarihi 20.03.2012'den bir süre önce ayrılık davasına bakan mahkemenin verdiği yetkiye istinaden 01.02.2012 tarihinde davalı erkek tarafından 106.120,96 euro çekildiği anlaşılmaktadır. TMK'nun 229/2. maddesine göre bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin edinilmiş mallara değer olarak ekleneceği hükme bağlanmıştır. Buna göre bankadan çekilen bu paranın aksi ispat edilemediği, hayatın olağan akışı nazara alındığında, mal rejimi sona erdiğinde davalının uhdesinde bulunduğu kabulü gerekir. Bu açıklamalar karşısında davalının katılma alacağını azaltma amacı ile parayı çektiği gözetilerek davaya konu 106.120,96 Euro'nun tasfiye bakımından eklenecek değer olduğu kabul edilmesi ..." Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD., 18.12.2018, E. 2016/14170, K. 2018/20411 (www.kazanci.com.tr).

⁶³ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 454.

⁶⁴ Bu noktada üst mahkeme ayrıca İMK m. 170'e dayanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda yer almayan bu hüküm eşlerin gelirlerine, mallarına ve borçlarına ilişkin bilgi verme ödevini düzenlemektedir. İMK m. 170/f. 1: "Her eş, diğerinden ona gelirleri, malları ve borçları hakkında bilgi vermesini isteyebilir." (www.admin.ch).

kararda İMK m. 208'in ispat yükünü bu şekilde değiştirici bir etkisinin olmadığı sonucuna varılmıştır⁶⁵.

Doktrinde bir fikir, aranan kastın sabit olduğu fakat eklemeye tabi elden çıkarmaların tespit edilemediği durumlarda ekleme yapılabileceğini savunmaktadır⁶⁶. Buna göre bir eşin mal rejimi süresince elde ettiği gelirden, kendisi, bakmak zorunda olduğu ve fiilen baktığı kişiler için yapması gereken giderler çıkarılınca bulunan miktar eklenecek değer olarak kabul edilmelidir⁶⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi, bu hesaplama yöntemini reddetmiştir. Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda⁶⁸, eşlerden birinin banka hesabında mal rejiminin sona ermesinden iki yıl öncesine kadar 43.000 İsviçre frangı bulunurken mal rejiminin sona ermesi anında bu miktar 44 İsviçre frangına inmiştir. Bunun üzerine diğer eş, aradaki farkın edinilmiş mallara eklenmesi gerektiğini öne sürmüştür. Gerekçesi ise hesabın sahibi eşin sırasıyla aldığı işsizlik yardımı ve maaşının geçimini sağlamak için gereken miktarı aşmasıdır. Fakat bu gerekçe Federal Mahkeme tarafından kabul görmemiştir çünkü somut olayda ne üçüncü kişiye yapılan karşılıksız bir kazandırmadan ne de eşinin katılma alacağını tehlikeye atma kastıyla yapılan bir tasarruftan bahsedilebilir. Mahkemeye göre eşin gelirinin, onun temel ihtiyaçları için yeterli olması, hesabındaki 43.000 frangı kendi geçiminden başka amaçlar özellikle de diğer eşin katılma alacağını azaltmak için kullandığı anlamına gelmemektedir.

Federal Mahkeme'nin önüne gelen başka bir olayda⁶⁹, ilk derece mahkemesi yine benzer bir hesaplama yöntemi kullanmıştır. Bay (E)'nin gelirleri toplamından (1.386.800 frank), makul bulduğu harcama tutarını (991.200 frank) çıkararak kalanı (395.600 frank) İMK m. 208 (TMK m. 229) uyarınca edinilmiş mallara değer olarak eklemiştir. Olayda Bayan (K), eski eşi Bay (E)'nin metresinin ve meşru olmayan ailesinin bakımı için yaptığı harcamanın tutarının daha yüksek olduğunu iddia etmektedir. Federal Mahkeme ise Bayan (K)'nin iddia ettiği gibi miktara ilişkin bir

⁶⁵ TF, 27.02.1992, JdT 1994 I 535 (www.swisslex.ch), s. 537.

⁶⁶ Zeytin, **a.g.e.**, N. 502.

⁶⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 502. Yazar, yukarıda bahsedilen hayatın olağan akışına uygunluk kriterine dayanmaktadır.

⁶⁸ TF, 18.11.2015, 5A_339/2015 (www.swisslex.ch).

⁶⁹ TF, 11.04.2002, 5C.11/2002 (www.swisslex.ch).

değerlendirmede bulunmamıştır. Aksine, eşlerin edinilmiş malları üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisine sahip olduğuna dikkat çekerek Bay (E)'nin harcamaya hakkı olduğu bu miktarın eklenecek değer teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

D. Eklemenin etkisi

Eklenecek değer niteliği taşıyan malvarlığı değerlerini konu alan kazandırmaların geçerliliğini koruyacağı çalışmamızda belirtilmiştir⁷⁰. TMK m. 229'un etkisi, artık değere ilişkin hesabın, eklemeye tabi işlem hiç gerçekleşmemiş gibi yapılmasıdır. Bu etki yapılan işlemin niteliğine göre değişecektir. Eğer TMK m. 229'daki şartları sağlayan bir malvarlığı devri işlemi söz konusuysa devredildiği için malvarlığında bulunmayan değer edinilmiş mallara eklenecektir⁷¹. Ancak eşin TMK m. 229 kapsamında yapabileceği karşılıksız kazandırmalar malvarlığı devrinden ibaret değildir. Edinilmiş malların değerini azaltan tasarruf işlemleri de (örneğin mülkiyet hakkını kısıtlayan ve dolayısıyla malın değerini azaltan sınırlı ayni hak kurmak) yapılabilir⁷². Bu durumlarda tasarruf işleminin hiç yapılmamış sayılması, ekleme yapmak suretiyle değil, bu değer azalması dikkate alınmayarak sağlanacaktır⁷³.

Son olarak kazandırma, edinilmiş malın bağışlama vaadine konu edilmesi gibi onu devir borcu doğuran bir işlem⁷⁴ ya da geçit, kaynak irtifakı vb. tesisini öngören, dolayısıyla da edinilmiş malın değerinin azalmasına neden olacak bir borçlandırıcı işlem olabilir⁷⁵. Bu durumlarda da borçlandırıcı işlem hiç yapılmamış gibi borcun varlığı nedeniyle edinilmiş mallardan bir çıkarma yapılmayacaktır⁷⁶. Örneğin eşin edinilmiş mallarının aktifi 200.000 TL değerinde bir taşınmaz, 30.000 TL değerinde bir araç ve bankadaki 20.000 TL değerindeki paradan; pasifi ise 200.000 TL değerindeki bu taşınmazı karşılıksız devir borcundan oluşuyorsa, edinilmiş mallarının değeri kural olarak $200.000 + 30.000 + 20.000 - 200.000 \text{ TL} = 50.000 \text{ TL}$ olacaktır.

⁷⁰ Bkz. Birinci Bölüm/I.

⁷¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 198.

⁷² Sarı, **a.g.e.**, s. 198, Yenice Ceylan, **a.g.m.**, s. 232.

⁷³ Sarı, **a.g.e.**, s. 198-199.

⁷⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 198-199.

⁷⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 198-199.

⁷⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 199, Yenice Ceylan, **a.g.m.**, s. 232.

Ancak bu devir borcu TMK m. 229'un şartlarını sağlıyorsa eklenecek değer teşkil eder. Bu durumda edinilmiş mallar, devir borcu pasifler arasında dikkate alınmadan hesaplanacak, dolayısıyla $200.000 + 30.000 + 20.000 = 250.000$ TL olacaktır.

II. Değerleme

Mal rejiminin sona ermesiyle birlikte mal gruplarının oluşumu durmakta ve tasfiyede dikkate alınacak malların neler olduğu belirli hâle gelmektedir⁷⁷. Fakat tasfiyeyi gerçekleştirebilmek için bu malların belirlenmesi yetmemekte, değerlerinin de tam olarak bilinmesi gerekmektedir⁷⁸. Çünkü katılma alacağı kural olarak bir para borcudur ve buna temel teşkil eden artık değer parasal bir değeri ifade etmelidir⁷⁹. Eklenecek değerler artık değerın hesabında dikkate alınan kalemlerden biri olduğu için bunların da parasal karşılığının tespiti gerekir⁸⁰.

Değerlendirmenin her edinilmiş mal için ayrı ayrı yapılması gerekmektedir⁸¹. Ancak birlikte ekonomik bir değere sahip olan birden fazla eşya (kütüphane, koleksiyon gibi) kural olarak bir bütün hâlinde değerlendirilir⁸². İşletmeler için de bu kural geçerlidir⁸³.

Türk Medeni Kanunu bu konuda iki önemli kural öngörmüştür. Bunlardan ilki tasfiyede malların sürüm değerinin esas alınacağını belirten TMK m. 232'dir. İkincisi ise hangi andaki sürüm değerinin dikkate alınacağını düzenleyen TMK m. 235'tir.

⁷⁷ Paul-Henri Steinauer, **Art. 214, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 1, Olivier Guillod, **Art. 211, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 1, Olivier Guillod, **Art. 214, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 1.

⁷⁸ Guillod, **Art. 211**, N. 1, Guillod, **Art. 214**, N. 1.

⁷⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 217.

⁸⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 217. Konusu para olan eklenecek değerler içinse böyle bir tespit gerekmez, zira tasfiyede bizzat bu para tutarı esas alınır (Sarı, **a.g.e.**, s. 217).

⁸¹ Heinz Hausheer, Regina Aebi-Müller, **Art. 214, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N. 3, Steinauer, **Art. 214**, N. 4, Guillod, **Art. 214**, N. 6.

⁸² Guillod, **Art. 214**, N. 6.

⁸³ Steinauer, **Art. 214**, N. 4, Guillod, **Art. 214**, N. 6.

A. Esas alınan değer türü

1. Sürüm değeri

Tasfiyede malların sürüm değerinin esas alınacağını öngören TMK m. 232, yalnızca edinilmiş malların değerinin belirlenmesinde değil kural olarak tasfiye amacıyla bir malın değerinin belirlendiği her durumda uygulanmaktadır⁸⁴. Böylece örneğin değer artış payının (TMK m. 227) ya da denkleştirme alacağının (TMK m. 230/f. 3) değeri TMK m. 232’de atıfta bulunulan sürüm değerine göre belirlenecektir⁸⁵. Eklenecek değerlerin parasal karşılığı da aynı şekilde bu madde uyarınca konularının sürüm değerine göre belirlenir⁸⁶. Buna karşılık TMK m. 232, beklenen haklar, değişim değerinden yoksun mallar ve yalnızca manevi değeri olan mallar hakkında uygulanmaz⁸⁷. Zira bunlar TMK m. 229/f. 1 uyarınca edinilmiş mallara değer olarak eklenmez.

Sürüm değerinin tanımı için genel kurallara ve daha özel olarak da miras hukukunun benzer düzenlemelerine başvurulacaktır⁸⁸. Sürüm değeri, herhangi bir malvarlığı unsurunun serbest piyasadaki olağan değişim değerine (fiyatına) karşılık gelmektedir⁸⁹. Sürüm değerinin, mal serbest piyasada acil durumlar dışında satılsaydı

⁸⁴ Paul-Henri Steinauer, **Art. 211, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 2, Guillod, **Art. 211**, N. 2, Sarı, **a.g.e.**, s. 220. Bu genel kuralın uygulanabilmesi için aksine hüküm bulunmaması gerekmektedir (Steinauer, **Art. 211**, N. 2, Sarı, **a.g.e.**, s. 220). Tarımsal işletmeler için gelir değerinin dikkate alınacağını öngören TMK m. 233 buna bir örnektir.

⁸⁵ Hausheer, Heinz, Aebi-Müller, Regina; **Art. 211, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N. 1, Daniel Steck, Roland Fankhauser, **Art. 211, FamKommentar Scheidung Band I: ZGB**, Haz.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017, N. 1, Steinauer, **Art. 211**, N. 2, Guillod, **Art. 211**, N. 2. Bununla birlikte TMK m. 232’de öngörülen genel kuraldan talep edilen hakkın niteliği nedeniyle ayrılmak gerekebilir. Örneğin sağ kalan eşin talep edebileceği intifa ya da oturma hakkının (TMK m. 240) değeri, bu hakların devri mümkün olmadığı için sürüm değerine göre belirlenemeyecektir. İntifa ya da oturma hakkı açısından gelir değeri esas alınacaktır. Bkz. İkinci Bölüm/II/A/2.

⁸⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 217-218. Eklenecek değerlerin de bu maddeye tabi olduğu konusunda bkz. Guillod, **Art. 211**, N. 2.

⁸⁷ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 3, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 3, Guillod, **Art. 211**, N. 2, Gümüş, **a.g.e.**, s. 371.

⁸⁸ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304, Guillod, **Art. 211**, N. 6, Sarı, **a.g.e.**, s. 218. Örneğin TMK m. 657 taşınmazların sürüm değerine göre özgülüneceğini düzenlemektedir (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304).

⁸⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 218. Benzer tanımlar için bkz. Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 8, Guillod, **Art. 211**, N. 6, Gümüş, **a.g.e.**, s. 371.

elde edilecek olası fiyat olarak tanımlanması da mümkündür⁹⁰. Dolayısıyla hatır ya da dostluk gibi tarafların kişiliğine bağlı sebepler sonucunda ortaya çıkan düşük fiyatlar dikkate alınmaz⁹¹. Aynı kural, bir mala özel ilgi ya da merak gibi o malvarlığı değerine ilişkin sebepler sonucunda ortaya çıkan yüksek fiyatlar için de geçerlidir⁹². Esas alınan değer satışa bağlı olası vergi, harç gibi yükümlülükler indirildikten sonra kalan net sürüm değeridir⁹³.

Sürüm değerinin hâkim tarafından takdir edilmesi bir somut olay değerlendirmesidir⁹⁴. Ancak bu değer takdir edilmesinde esas alınacak ölçütleri belirlemek hukuki bir sorundur⁹⁵. Kavramın tanımı açık olsa da hesaplama yöntemleri oldukça çeşitlidir⁹⁶. Öncelikle kazandırma konusu malın bir piyasaya sahip olup olmadığına bakmak gerekir.

Piyasası olan mallar (taşınmazlar, sanat nesneleri gibi) açısından kural olarak benzer şeylerin yakın zamandaki satışından elde edilen fiyatlar dikkate alınacaktır⁹⁷.

⁹⁰ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 8, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 6, Steinauer, **Art. 211**, N. 6.

⁹¹ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 8, Steinauer, **Art. 211**, N. 6, Guillod, **Art. 211** N. 7, Sarı, **a.g.e.**, s. 218. Bu fiyatlar genellikle tanıdıklara ve aile üyelerine verilen fiyatlardır (Steinauer, **Art. 211**, N. 6).

⁹² Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 8, Sarı, **a.g.e.**, s. 218. Yüksek fiyatlara bir başka örnek de spekülâtif amaçlarla yapılan alımlardır (Guillod, **Art. 211**, N. 7).

⁹³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 10, Steinauer, **Art. 211**, N. 6, Guillod, **Art. 211**, N. 6. Federal Mahkeme önceleri gelecekte ortaya çıkacak olan ve yalnızca yaklaşık olarak belirlenebilen yüklerin nadiren dikkate alınabileceğine karar vermekteydi. Örneğin devir üzerine ortaya çıkacak olası vergilerin yalnızca malın devredileceği kesin ya da çok muhtemelse dikkate alınacağı yönünde bkz. TF, 13.05.1995, JdT 1997 I 138 (www.swisslex.com), s. 138. Fakat Federal Mahkeme daha sonra verdiği bir kararda bu görüşünden dönerek belirsiz yüklerin devir olasılığına bakmadan dikkate alınması gerektiğini, gerçekleşme olasılığının ise yalnızca bu yüklerin değerini biçmede rol oynayacağını ifade etmiştir. Bkz. TF, 29.01.1999, ATF 125 III 50, JdT 2000 I 15, s. 20 (www.swisslex.ch). Karara konu olaydaki belirsiz yükler, mirasçılarının işletmenin kazancından pay almasına ve tarımsal işletmenin iadesine ilişkin haklarıdır.

⁹⁴ TF, 28.06.2012, 5A_696/2011 (www.swisslex.ch), p. 5.4.2, TF, 09.03.1995, JdT 1997 I 134 (www.swisslex.ch), s. 137, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304 dn. 6, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 6, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 4, Steinauer, **Art. 211**, N. 3.

⁹⁵ TF, 28.06.2012, 5A_696/2011 (www.swisslex.ch), p. 5.4.2, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304 dn 6, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 6, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 4, Steinauer, **Art. 211**, N. 3.

⁹⁶ Guillod, **Art. 211**, N. 7.

⁹⁷ Steinauer, **Art. 211**, N. 7, Guillod, **Art. 211**, N. 7. Bu karşılaştırmanın mümkünse aynı yerdeki satışlarla yapılması gerektiğini de ekleyen yazarlar için bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304, Sarı, **a.g.e.**, s. 218.

Bu hesaplama biçimi karşılaştırmalı ya da istatistiksel yöntem olarak adlandırılmaktadır⁹⁸. Bu yöntemde mümkün olduğunca karşılaştırılabilir malların konu edildiği ve yakın zamanda yapılan yeterli sayıdaki işleme dayanılmalıdır⁹⁹. Ayrıca malvarlığının mevcut durumu, özellikle mala olan talep, malın kullanılmış olması ve üzerinde başkasına ait sınırlı ayni hakların ya da etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hakların bulunması göz önünde bulundurulacaktır¹⁰⁰. Fakat değeri belirlenecek şeyin niteliğine göre¹⁰¹ başka yöntemlerin tercih edilmesi hatta birlikte uygulanması da mümkündür¹⁰². Özellikle gelir getiren mallarda gelirin sermayeye çevrilmesi yoluyla değerin belirlenmesi söz konusu olabilir¹⁰³. Buraya kadar yapılan tespitlerin de gösterdiği üzere değerlendirme, teknik detayların yoğun olduğu bir konudur. Bundan dolayı doktrinde konunun hukuki olmaktan çok teknik olduğu ve bilirkişiye başvurulması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁴. Bununla beraber başlıca malvarlığı değerleri açısından esas alınacak ölçütleri açıklamakta yarar vardır.

Taşınmazların sürüm değeri açısından bulunduğu yer, o yerdeki benzer taşınmazların fiyatı ve kira geliri dikkate alınır¹⁰⁵. Federal Mahkemeye göre inşa edilmiş taşınmazlarda, gerçek değer ve gelir değeri birlikte uygulanarak hesaplama yapılmalıdır¹⁰⁶. Başka bir anlatımla toprağın ve yapının değeri, kiranın sermayeleştirilmesi sonucu ortaya çıkan taşınmazın gelir değeriyle birleştirilir¹⁰⁷.

⁹⁸ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 9, Steinauer, **Art. 211**, N. 7, Guillod, **Art. 211**, N. 7.

⁹⁹ Guillod, **Art. 211**, N. 7.

¹⁰⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 219. Bu kapsamda özellikle alım ve önalım haklarının dikkate alınacağı yönünde bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 10, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 8, Steinauer, **Art. 211**, N. 6, Guillod, **Art. 211**, N. 6, Gümüş, **a.g.e.**, s. 371.

¹⁰¹ TF, 30.11.1998, Jdt 1999 I 314 (www.swisslex.ch), s. 319, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304 dn. 6.

¹⁰² Steinauer, **Art. 211**, N. 7, Guillod, **Art. 211**, N. 8.

¹⁰³ Steinauer, **Art. 211**, N. 7, Guillod, **Art. 211**, N. 8.

¹⁰⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 220. Değer tespitinde ihtiyaç hâlinde bilirkişiye başvurulabileceği yönünde bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304.

¹⁰⁵ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 11, Sarı, **a.g.e.**, s. 219.

¹⁰⁶ TF, 30.11.1998, Jdt 1999 I 314 (www.swisslex.ch), s. 319. Federal Mahkeme bu kararında kanton mahkemesinin uygun bir ölçüt (gerçek değer ve gelir değerinin birleştirilmesi) kullanan bilirkişi raporuna dayandığını tespit etmiş ve taşınmaz sektöründeki düşüşten dolayı değerin düşük takdir edilmesini hukuka aykırı olarak kabul etmemiştir.

¹⁰⁷ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 11, Guillod, **Art. 211**, N. 8.

Sanat eserleri ve koleksiyonların benzerleriyle karşılaştırılması ise eşsizlikleri dolayısıyla çoğu zaman mümkün değildir¹⁰⁸. Bu nedenle sürüm değeri, söz konusu parçanın paraya çevrilmesinden elde edilecek tahmini bedel üzerinden hesaplanacaktır¹⁰⁹. Hesaplama yapılırken eserin yapıldığı dönem, kullanılan malzemeler ve sanatçının tanınırlığı gibi unsurlar dikkate alınmalıdır¹¹⁰.

Ekleme konu olan değer ticari işletmeysen işletmenin sürdürülebilirliğine bakılmalıdır¹¹¹. İşletmenin sürdürülmesi mümkün görünüyorsa bunun güncel unsurlarının (malvarlığı değerleri, sermayesi, müşteri çevresi, patent, lisans, duran varlıklar vs.) ve gelecekteki tahmini gelirinin birlikte değeri dikkate alınacaktır¹¹². Bu değer, işletme değeri (*valeur d'exploitation, Forthführungswert*)¹¹³ ya da devamlılık değeri (*valeur de continuation*)¹¹⁴ olarak adlandırılmaktadır. İşletme devam etmeyecekse değeri, tasfiye değerinden (*valeur de liquidation, Liquidationswert*) yola çıkılarak hesaplanır¹¹⁵. İşletmenin değerinin belirlenmesi oldukça karmaşık olduğundan bilirkişiye gidilmesinde yarar vardır¹¹⁶.

Borsada işlem gören şeylerin sürüm değeri borsa fiyatıdır¹¹⁷. Örneğin kıymetli evrak borsada kote edilmişse değerlendirme anındaki borsa rayiç bedeli dikkate alınmaktadır¹¹⁸. Günlük sürekli değer değişimleri yaşanıyorsa ortalama bir fiyat esas alınmalıdır¹¹⁹.

¹⁰⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 219.

¹⁰⁹ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 12, Sarı, **a.g.e.**, s. 219.

¹¹⁰ Federal Mahkeme bir kararında sanat eseri koleksiyonunun paraya çevrilmesinin taşınmazların paraya çevrilmesine benzemeyeceğini, özel yetki ve koleksiyonerlerle ya da satıcılarla ilişki gerektirdiğini belirtmiştir (TF, 31.20.1979, JdT 1982 II 98 (www.swisslex.ch), s. 102).

¹¹¹ TF, 10.02.2010, JdT 2011 II 281 (www.swisslex.ch), s. 288, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 16, Guillo, **Art. 211**, N. 9.

¹¹² Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 16, Guillo, **Art. 211**, N. 9, Sarı, **a.g.e.**, s. 219, Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹¹³ Guillo, **Art. 211**, N. 9.

¹¹⁴ TF, 10.02.2010, JdT 2011 II 281 (www.swisslex.ch), s. 288, Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹¹⁵ TF, 10.02.2010, JdT 2011 II 281 (www.swisslex.ch), s. 288, TF, 09.03.1995, JdT 1997 I 134 (www.swisslex.ch), s. 137, Guillo, **Art. 211**, N. 9, Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹¹⁶ Guillo, **Art. 211**, N. 9.

¹¹⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 218.

¹¹⁸ Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹¹⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

Gerçek anlamda bir pazara sahip olmayan mallar için ise benzer malların satış fiyatından yola çıkılamaz¹²⁰. Bu grupta yer alan malların (daha doğru bir ifadeyle hakların) ayrıca incelenmesi gerekir. Alacaklar için kural olarak nominal değer esas alınmaktadır¹²¹. Fakat işlemiş faizler, verilen güvenceler ve borçlunun ödeme güçsüzlüğünden dolayı ifanın belirsiz olması göz önünde bulundurulacaktır¹²². Borsada kote edilmemiş kıymetli evrak için ise likidite (kolay paraya çevrilebilirlik) şartlarına bakılır¹²³.

Bazen sürüm değeri, sermayeleştirilmiş değerden yola çıkılarak hesaplanmaktadır. Örneğin kazandırma irat şeklinde yapılmışsa eklenecek miktar, iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerine (*valeur capitalisée*, *Kapitalwert*) karşılık gelmektedir¹²⁴. Ekleme tabi işlemin konusu sınırlı aynı hak (irtifak hakkı, taşınmaz yükü) ya da fikri mülkiyet hakkı ise bunlardan yararlanmanın sağlayacağı değer, yararlanma süresi üzerinden sermayeye çevrilecek ve sürüm değeri bulunacaktır¹²⁵. Tahmin edilen devam süresi üzerinden sermayeye çevrilme kuralı, Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukuku kitabında intifa hakkı ve irat açısından yer bulmaktadır (TMK m. 568).

Üçüncü kişiye hayat sigortası yoluyla yapılan kazandırmalarda, eklenecek değerin belirlenmesi için sigortalanan riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Eğer mal rejiminin tasfiyesi aşamasında risk henüz gerçekleşmemişse ekleme alım değeri üzerinden yapılır¹²⁶. Buna karşın eğer mal rejiminin tasfiyesi sigortalanan olayla çıkışıyorsa sigorta miktarı belirleyici olacaktır¹²⁷. Başka bir anlatımla mal rejimi

¹²⁰ Steinauer, **Art. 211**, N. 8.

¹²¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304b, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 17, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 13, Steinauer, **Art. 211**, N. 8, Guillod, **Art. 211**, N. 8, Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹²² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304b, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 17, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 13, Steinauer, **Art. 211**, N. 8, Guillod, **Art. 211**, N. 8, Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹²³ Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹²⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304c, N. 1335, Steinauer, **Art. 211**, N. 8.

¹²⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1335, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 12, Steinauer, **Art. 211**, N. 8, Guillod, **Art. 211**, N. 10, Sarı, **a.g.e.**, s. 219.

¹²⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304a, N. 1335, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 18, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 15, Steinauer, **Art. 211**, N. 8, Guillod, **Art. 211**, N. 11, Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹²⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1304a, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 18, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 15, Steinauer, **Art. 211**, N. 8.

ölümle sona ermişse sürüm değeri sigortanın nominal değeridir¹²⁸. Alım değeri olmayan sigortalar sigortalanan olay gerçekleşmediği sürece yalnızca bir beklenti oldukları için mal rejiminin tasfiyesinde herhangi bir değer taşımazlar¹²⁹.

Değerin belirlenmesine ilişkin hükümler (TMK m. 232-235) yedek hukuk kuralıdır¹³⁰. Dolayısıyla eşlerin sözleşmeyle başka yöntemler seçebilecekleri kabul edilmektedir¹³¹. Ancak eşler başka bir değer üzerinde anlaşsalar da yaptıkları anlaşmanın, TMK m. 237/f. 2 uyarınca ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun saklı payını zedeleyip zedelediğinin tespiti sürüm değerine göre yapılacaktır¹³².

Eşlerin ya da mirasçılarının bir değer biçme usulü üzerinde anlaşmaları, tasfiye sırasında herhangi bir şekle tabi değildir¹³³. Buna karşılık mal rejimi sona ermeden önce böyle bir anlaşma ancak mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılabilir¹³⁴. Çünkü mal rejimine ilişkin hükümlerde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik yapmak kural olarak mal rejimi sözleşmesiyle mümkündür¹³⁵. Doktrinde azınlıkta kalan bir fikir, tasfiyeden önce böyle bir anlaşmanın mal rejimi sözleşmesi şeklinde bile yapılamayacağını savunmaktadır¹³⁶. Gerekçe olarak TMK m. 203/c. 2 uyarınca mal rejiminin yalnızca yasal sınırlar içerisinde değiştirilebileceği ve 232. maddenin böyle bir değişikliğe imkân tanımadığı öne sürülmüştür¹³⁷.

¹²⁸ Guillod, **Art. 211**, N. 11. Sigorta tazminatının esas alınacağı yönünde bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 372.

¹²⁹ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 18, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 15, Steinauer, **Art. 211**, N. 8, Guillod, **Art. 211**, N. 11.

¹³⁰ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 5, Steinauer, **Art. 211**, N. 4, Gümüş, **a.g.e.**, s. 371.

¹³¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1303 dn. 5, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 5, Steinauer, **Art. 211**, N. 4, Gümüş, **a.g.e.**, s. 371. Anlaşamadıkları noktada malların sürüm değerini mahkeme belirleyecektir ve mahkeme bilirkişiye başvurabilir (Guillod, **Art. 211**, N. 14).

¹³² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1303 dn. 5, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 5, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 4, Steinauer, **Art. 211**, N. 4, Guillod, **Art. 211**, N. 5. Ancak saklı pay zedelenmişse TMK m. 237/f. 1'de yer alan korumayı ileri sürüp sürmemek saklı payı zedelenen mirasçıya aittir. Bu mirasçı sağ kalan eş ve diğer olası mirasçılarla sürüm değerinden başka bir değer esas alınması üzerine anlaşabilir. Bkz. Guillod, **Art. 211**, N. 5.

¹³³ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 211**, N. 5, Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 4, Steinauer, **Art. 211**, N. 4, Guillod, **Art. 211**, N. 4.

¹³⁴ Steck, Fankhauser, **Art. 211**, N. 4, Steinauer, **Art. 211**, N. 4, Gümüş, **a.g.e.**, s. 371.

¹³⁵ Sari, **a.g.e.**, s. 11.

¹³⁶ Guillod, **Art. 211**, N. 4

¹³⁷ Guillod, **Art. 211**, N. 4

Eşler başka bir değer türü üzerinde anlaşabilecekleri gibi doğrudan malların değerini de tespit edebilirler¹³⁸. Belirli malların değerini tespit etmek için bir uzman görevlendirmeleri de mümkündür¹³⁹.

2. Gelir değeri

Gelir değeri, gelir getiren bir malvarlığı değerinin süreklilik gösteren net gelirleri üzerinden hesaplanan sermaye değeri olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁰. TMK m. 233/f. 1, katılma alacağı hesaplanırken bir eşin malik olarak bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da altsoyundan birinin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olduğu bir tarımsal işletmenin gelir değerinin dikkate alınacağını düzenlemektedir. Doktrinde bu hükme dayanarak eklenecek değer tarımsal işletme olduğu durumlarda gelir değerinin esas alınacağı kabul edilmektedir¹⁴¹. Federal Mahkeme de kararlarında bu yönde ifadeler yer vermektedir¹⁴².

Doktrindeki diğer bir fikir ise bu kabule karşı çıkarak tarımsal işletmelerin gelir değerinin esas alınması için TMK m. 233/f. 1’de öngörülen şartların eklemeye geçilemeyeceğini savunmaktadır¹⁴³. Anılan görüşlerin değerlendirilmesi için öncelikle TMK m. 233/f. 1’deki şartlar ve hükmün düzenlenme amacı incelenmelidir. Gelir değeri düzenlemesiyle tarımsal işletmelerin mali bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır¹⁴⁴. Dolayısıyla TMK m. 233/f. 1 eşlerden birinin malvarlığında bulunan

¹³⁸ Gümüş, **a.g.e.**, s. 371.

¹³⁹ Guillod, **Art. 211**, N. 13.

¹⁴⁰ Zeytin, **a.g.e.**, s. 292. Gelir değerinin tanımında yine miras hukuku kaynaklarından yararlanılabilir. Çünkü TMK m. 657/f. 2, tarımsal taşınmazların özgülenmesinde gelir değerinin esas alınacağını düzenlemiştir. TMK m. 233 ve TMK m. 657/f. 2’nin şartlarına ilişkin farklar için bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 372. Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik m. 4/b. g uyarınca gelir değeri tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin yirmi yıl ile çarpılmasıyla hesaplanır (RG. 31.12.2014; S: 29222).

¹⁴¹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 515, Sarı, **a.g.e.**, s. 199. TMK m. 234/f. 1 hesaplanan gelir değerinin özel hâllerde artırılabilirliğini öngörmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında özel hâller için sağ kalan eşin geçim koşulları, tarımsal işletmenin alım değeri, ayrıca tarımsal işletme kendisine ait olan eşin yaptığı yatırımlar veya malî durumu örnek gösterilmiştir.

¹⁴² TF, 28.06.2012, 5A_696/2011 (www.swisslex.ch), p. 5.4.2, TF, 09.03.1995, JdT 1997 I 134 (www.swisslex.ch), s. 137.

¹⁴³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1335 dn. 73.

¹⁴⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 221. Tarımsal arazinin bütünlüğünü koruması için hesaplanan bu gelir değerinin aynı arazinin sürüm değerinden az olması gerekir (Zeytin, **a.g.e.**, s. 295). Yazar aksi takdirde daha koruyucu olan sürüm değeri uygulanacağını belirtmektedir.

tarımsal işletmenin mal rejiminin sona ermesinden sonra da bir bütün olarak faaliyetini devam ettireceği durumlara özgüdür¹⁴⁵. Bu devam ettirme iki şekilde gerçekleşebilir. İlki, malik eşin, tarımsal işletmesini işletmeye devam ettiği ihtimaldir¹⁴⁶. Mal rejimi malik olan eşin ölümü dışında bir sebeple sona ermişse bu eş kural olarak tarımsal işletmesini işletmeye devam eder¹⁴⁷. İkincisi, sağ kalan eşin veya altsoyun işletmenin bir bütün olarak kendisine özgülenmesine hakkı olduğu ihtimaldir¹⁴⁸. Çünkü mal rejimi malik olan eşin ölümüyle sona ermiş ise tarımsal işletmenin bir bütün olarak faaliyetini devam ettirmesi, sağ kalan eşin ya da altsoyundan birinin bu işletmenin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini sağlamasına bağlıdır¹⁴⁹. Bu durumlar dışında tarımsal işletmenin sürüm değeri esas alınacaktır¹⁵⁰.

Görüldüğü üzere gelir değerinin esas alınacağını öngören TMK m. 233 ve m. 234, yalnızca tarımsal işletme tasfiye sırasında eşlerden birinin malvarlığında (ya da terekesinde) bulunuyorsa uygulanmaktadır¹⁵¹. TMK m. 229 kapsamına giren işlemlerdeyse elden çıkarma unsuru zorunlu olarak bulunmaktadır. Bu nedenle bizce de TMK m. 233/f. 1'deki şartlar eklenecek değer niteliği taşıyan tarımsal işletmeler açısından gerçekleşemez.

Vardığımız sonuç, hükmün düzenleniş amacına da uygundur. TMK m. 233/f. 1 gelir değerini esas alarak katılma borçlusu eşi korumak ve tarımsal işletmenin devamlılığını sağlamak amacındadır¹⁵². Bu nedenle diğer eşin katılma alacağının hesaplanmasında esas teşkil edecek edinilmiş mal kesiminde daha düşük bir değer yer alması sağlanmıştır. Tarımsal işletme maliki eşin bunu TMK m. 229/f. 1, b. 1 ya da TMK m. 229/f. 1, b. 2 anlamında bir kazandırmaya konu ettiği durumlardaysa bu

¹⁴⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 220.

¹⁴⁶ Paul-Henri Steinauer, **Art. 212, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 13.

¹⁴⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 220.

¹⁴⁸ Steinauer, **Art. 212**, N. 14.

¹⁴⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 220.

¹⁵⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁵¹ Steinauer, **Art. 212**, N. 3, Laura Amey, Oliver Guillod, **Art. 212, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 2.

¹⁵² Zeytin, **a.g.e.**, s. 292, Amey, Guillod, **Art. 212**, N. 1. TMK m. 233 tarım politikasıyla ulaşılmak istenen amaçlara yönelik olduğu için emredicidir ve bu nedenle uygulama alanı evlilik sözleşmesiyle genişletilebilir fakat sınırlanamaz (Steinauer, **Art. 212**, N. 6).

eşin korunma ihtiyacı bulunmamaktadır. Kanun koyucu TMK m. 233'ü yalnızca malik eşin ya da mirasçılarının işletmeye devam etmesi hâli için öngörmüştür. Bir kazandırma ya da devre konu edildiğindeyse olası bir satış halinde elde edilecek değer eklenmesi daha uygun olacaktır. Çünkü bu işlemlerle artık kanun koyucunun öngördüğü koruma amacının dışına çıkmıştır.

Ancak bir durumda gelir değerinin esas alınması düşünülebilir: Tarımsal işletme, mirasbırakanın altsoyundan birine devredilmiş ve denkleştirmeye tabi olduğu için paylaşırma anında terekeye iade edilmişse altsoyun bu işletmenin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye hakkı olduğu takdirde¹⁵³ TMK m. 233/f. 1'in şartları gerçekleşmiş olur. Hatta denkleştirmeye tabi olmasa dahi işletmenin altsoy tarafından işletilmeye devam etmesi amaca uygun olduğu için yine gelir değerinin esas alınması kabul edilebilir. Doktrinde bir fikir buna uygun şekilde eklenecek değer niteliğindeki tarımsal işletmenin gelir değeriyle dikkate alınması için bu işletmenin altsoya devredilmiş olmasını ve bu kişinin hesaplamanın gelir değerine göre yapılmasını istemesini aramaktadır¹⁵⁴.

Son olarak gelir değerinin, TMK m. 233-234 dışında, ekleme konusu hakkın niteliği uyarınca da dikkate alınabileceğini belirtmek gerekir. Eşlerden biri tarafından üçüncü bir kişi lehine intifa ya da oturma hakkı tanınması, bu hâllere örnektir. İntifa ve oturma hakkı devredilemez nitelikte olduğu için sürüm değerleri söz konusu olmaz.

¹⁵³ Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin m. 659 vd. hükümleri, 30.04.2014 tarihli ve 6537 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış, yerini 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun detaylı hükümleri almıştır. TKAKK m. 8/C'ye göre: "*Mirasçılar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde, mirasçılardan her biri yetkili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir. Bu durumda sulh hukuk hâkimi tarımsal arazi veya yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin;*

a) Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilen ehil mirasçıya tarımsal gelir değeri üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgari geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçıya, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine, ehil mirasçı olmaması hâlinde, mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verir.

b) Birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçıların miras dışı tarımsal arazilere sahip olması durumunda, bu mirasçıların mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın bu mirasçılara devrine karar verebilir."

¹⁵⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 18.

Bu durumda TMK m. 568’de intifa hakkı açısından belirtildiği gibi tahmin edilen devam süresi üzerinden sermayeye çevrilme kuralı uygulanacaktır¹⁵⁵.

B. Değerleme anı

Sürüm değerini esas alan TMK m. 232, hesabın hangi andaki sürüm değeriyle yapılacağını düzenleyen TMK m. 235 tarafından tamamlanmaktadır¹⁵⁶. Maddenin birinci fıkrasına göre “*Mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar*”¹⁵⁷.

Bununla beraber kanun koyucu eklenecek değerler açısından bu genel kuraldan ayrılmış¹⁵⁸ ve malın devredildiği tarihin esas alınacağını düzenlemiştir (TMK m. 235/f. 2). Maddede geçen devredilme ifadesi TMK m. 229/f. 1, b. 1’de yer alan karşılıksız kazandırmaları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır¹⁵⁹. Dolayısıyla kazandırma ve devir konusu şeyin işlemi gerçekleştiren eşin malvarlığından çıktığı tarih dikkate alınacaktır¹⁶⁰. Yukarıda açıklanan TMK m. 232 ile birlikte değerlendirildiğinde eklemede esas alınacak değer, ilgili edinilmiş malın elden çıkarılma anındaki sürüm değeridir¹⁶¹.

Kanun koyucu TMK m. 235/f. 2 ile değer biçme anı konusunda yalnızca edinilmiş mallara katılma rejimindeki genel kuraldan ayrılmakla kalmamış, örnek alınan miras hukuku kurallarından da ayrılmıştır¹⁶². Miras hukukuna ilişkin eklemede genel kural

¹⁵⁵ Vergi Usûl Kanunu’nun 296. maddesinde belirtilen hesaplama yönteminin burada uygulanması düşünülebilir.

¹⁵⁶ Guillod, **Art. 211**, N. 3.

¹⁵⁷ Bu kuralın miras hukukunda paylaşma açısından paylaşma anındaki değerin dikkate alınmasıyla uyumlu olduğu yönünde bkz. **Message**, N. 222.534, Stéphane Spahr, **Art. 617, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 1, 4. Tasfiye anı, eşlerin anlaşmasıyla belirlenmemişse karar günü ya da mümkün olan en yakın gündür (Guillod, **Art. 214**, N. 8).

¹⁵⁸ Zeytin, **a.g.e.**, N. 632.

¹⁵⁹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 632.

¹⁶⁰ Sari, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁶¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 208**, N. 18, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 8, Guillod, **Art. 214**, N. 2, Sari, **a.g.e.**, s. 199.

¹⁶² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1335 dn. 74, Steinauer, **Art. 214**, N. 7, Zeytin, **a.g.e.**, N. 517.

kazandırma anındaki değil, mirasın açılması (mirasbırakanın ölümü) anındaki değer in esas alınmasıdır. Terekeye varsayımsal olarak eklenecek değerler üç türdür. Bunlar tenkise tabi sağlararası karşılıksız kazandırmalar (TMK m. 508), denkleştirmeye tabi sağlararası karşılıksız kazandırmalar ve hayat sigortası alım bedelidir (TMK m. 509)¹⁶³. Hayat sigortası açısından TMK m. 509 uyarınca sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü anındaki satın alma değeri esas alınmaktadır. Tenkise tabi sağlararası karşılıksız kazandırmalar, TMK m. 575, c. 2 uyarınca terekenin ölüm anındaki durumuna göre değerlendirilir. Dolayısıyla tasarruf oranının hesabında terekeye eklenecek bu kazandırmalar mirasın açıldığı günde ki değerleriyle dikkate alınmaktadır¹⁶⁴. Denkleştirmeye tabi sağlararası kazandırmalar da aynı hüküm gereği mirasın açıldığı andaki değerleriyle terekeye eklenmektedirler¹⁶⁵. Çünkü TMK m. 575, c. 2'deki mirasla ilgili *kazandırmalar (libéralités)*, sağlararası karşılıksız kazandırmalardan tenkise tabi olanları ifade ederken *paylaştırmalar (partages)* bu kazandırmalardan denkleştirmeye tabi olanları ifade etmektedir¹⁶⁶.

Ancak Türk Medeni Kanunu'nda denkleştirmenin değerine ilişkin tek hüküm bu değildir. TMK m. 575, c. 2 denkleştirmeye tabi bir kazandırmanın terekeye eklenme değerini düzenlerken TMK m. 673 denkleştirmenin gerçekleştirileceği değeri düzenlemektedir. Türk kanun koyucusu bu açıdan İsviçre düzenlemesinden ayrılmıştır. İMK m. 630/f. 1 tasarruf oranının hesabında dikkate alınan değerle eşit olması amacıyla denkleştirmenin yapılmasında da kural olarak mirasın açılması anını

¹⁶³ Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 25. Denkleştirmeye tabi sağlararası kazandırmaların ekleneceğini öngören açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak tasarruf edilebilir kısmı aşmasalar bile terekeye iade edileceklerinden evleviyetle eklenmeleri gerekir (Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 27).

¹⁶⁴ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1489 s. 360, Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §5 N. 6, Paul-Henri Steinauer, **Art. 474, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédicte Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 11, François Chaix, **Art. 537, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédicte Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 6.

¹⁶⁵ Cem Baygın, **Tasarruf Nisabı**, s. 151, Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §5 N. 6, Chaix, **Art. 537**, N. 6. Eski metindeki taksim ifadesinin bunu ifade etmekle birlikte yeni metinde denkleştirmenin düzenlenmediği ve denkleştirme anındaki değer in dikkate alınacağı hakkında bkz. Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1479 dn. 955.

¹⁶⁶ Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §5 N. 6 dn. 4.

benimsemiştir¹⁶⁷. Eğer kazandırma konusu mirasbırakanın ölümünden önce devredilmişse denkleştirme değeri olarak satış bedeli dikkate alınacaktır¹⁶⁸. Bu hükmün karşılığı olan TMK m. 673/f. 1 ise mirasın açılmasını ya da devir anını değil kazandırmanın denkleştirme anını esas alır. Hükmün gerekçesi bu tercihi şöyle açıklamaktadır: *“Denkleştirmede gerek geri verme yükümlüsünün, gerek mirasçılarının birbirlerinin zararına hak elde etmemesi için, denkleştirme anındaki değeri göz önünde tutulur.”*

Değer biçme anı açısından genel kuraldan ve örnek miras hukuku düzenlemesinden ayrılma, İsviçre hukukunda İMK m. 630’daki düzenleme ile uyum sağlanmasıyla açıklanmaktadır¹⁶⁹. Bu tercihin sebebi eklemenin mal rejiminde öncelikli olarak devredenden ek bir edim elde etmeye yönelmesiyken miras hukukunda asıl etkisini devralanda göstermesidir¹⁷⁰. Dolayısıyla mal rejimi açısından devri gerçekleştiren eşin sonradan gerçekleşecek artışlara katlanmasını beklemek adil olmayacaktır¹⁷¹. Kanun koyucu bu nedenle denkleştirmekle yükümlü tutulan mirasçıyla kıyas yapmıştır¹⁷². Bu kural, malın devirden itibaren devri gerçekleştiren eşin malvarlığında bulunmadığı gerçeğine dayanmaktadır¹⁷³. Başkasına ait bir maldaki konjonktürel değer artışlarından diğer eşin yararlanması uygun bulunmamıştır¹⁷⁴.

¹⁶⁷ Denis Piotet, **Art. 630, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 1.

¹⁶⁸ Piotet, **Art. 630**, N. 3.

¹⁶⁹ **Message**, N. 222.534.

¹⁷⁰ Hausheer, Geiser, **Güterrechtliche Sonderprobleme**, s. 106 (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, a.g.e., N. 1335 dn. 74’ten naklen).

¹⁷¹ Hausheer, Geiser, **Güterrechtliche Sonderprobleme**, s. 106 (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, a.g.e., N. 1335 dn. 74’ten naklen).

¹⁷² **Message**, N. 222.534, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1335 dn. 74.

¹⁷³ Guillod, **Art. 214**, N. 10.

¹⁷⁴ Guillod, **Art. 214**, N. 10.

Türk doktrininde bu hüküm yukarıda açıklanan gerekçelerle olumlu karşılandığı gibi¹⁷⁵ eleştirilere de neden olmuştur¹⁷⁶. Düzenlemenin kötü niyetli eşin lehine sonuç doğurduğu gerekçesiyle değiştirilmesi ve tasfiye anının esas alınması önerilmiştir¹⁷⁷.

Yargıtay TMK m. 235/f. 2'deki açık düzenlemeye rağmen kararlarında çoğunlukla tasfiye tarihindeki sürüm değerinin esas alınması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁸. Bu uygulamanın, TMK m. 673/f. 1 hükmü bir yana bırakılacak olursa miras hukukunun kurallarıyla uyumlu olduğu düşünülebilir¹⁷⁹. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre tasfiye tarihi karar tarihidir¹⁸⁰. Hatta Yargıtay, bozulan kararlarda daha önce ilk derece mahkemelerince belirlenen değer güncelliğini yitireceği için bozma sonrası yeni karar tarihini tasfiye tarihi olarak dikkate almaktadır¹⁸¹. TMK m. 235/f. 2'ye gönderme yaptığı kararların çoğunda eklenecek malvarlığı değerinin devir tarihindeki durumunun esas alınarak tasfiye tarihindeki sürüm değerinin hesaplanması gerektiğini belirtmektedir¹⁸². Bu gerekçeyle dava tarihindeki değeri esas alan yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır¹⁸³. Devir tarihindeki durumla devredilen taşınmazın niteliği, seviyesi, yaşı gibi unsurlar kast edilmektedir¹⁸⁴. Yargıtay'a göre bu unsurların devir tarihindeki durumu dikkate alınacak fakat sürüm değeri tasfiye anına göre belirlenecektir. Böylece örneğin 2018 yılında yapılan tasfiyede, 2016 yılında

¹⁷⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s. 376 dn. 540.

¹⁷⁶ Ali İhsan Özğür, **Mal Rejimleri**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s. 80.

¹⁷⁷ Özğür, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁷⁸ Yargıtay 8. HD., 7.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275, Yargıtay 8. HD., 9.5.2018, E. 2016/251, K. 2018/12338, Yargıtay 8. HD., 9.1.2018, E. 2015/22114, K. 2018/81 (www.kazanci.com.tr). Uyuşmazlığın çözümüne etki etmese de devir tarihinin esas alınacağını öngören kararlar için bkz. Yargıtay 8. HD., 2.2.2016, E. 2016/539, K. 2016/1751, Yargıtay 8. HD., 19.9.2013, E. 2013/2023, K. 2013/12664 (karşı oy), Yargıtay 8. HD., 15.1.2010, E. 2009/3121, K. 2010/114 (www.kazanci.com.tr).

¹⁷⁹ Bu yönde bkz. ve krş. Zeytin, **a.g.e.**, N. 517.

¹⁸⁰ Yargıtay 8. HD., 7.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275, Yargıtay 8. HD., 9.1.2018, E. 2015/22114, K. 2018/81, Yargıtay 8. HD., 19.2.2013, E. 2012/11461, K. 2013/1758 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸¹ Yargıtay 8. HD., 7.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275, Yargıtay 8. HD., 9.1.2018, E. 2015/22114, K. 2018/81, Yargıtay 8. HD., 19.2.2013, E. 2012/11461, K. 2013/1758 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸² Yargıtay 8. HD., 7.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275, Yargıtay 8. HD., 9.1.2018, E. 2015/22114, K. 2018/81 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸³ Yargıtay 8. HD., 15.1.2010, E. 2009/3121, K. 2010/114, Yargıtay 8. HD., 7.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸⁴ Yargıtay 8. HD., 7.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275 (www.kazanci.com.tr).

devredilen ve o sırada 5 yaşındaki bir taşınmaz, benzer 5 yaşındaki bir taşınmazın 2018 yılındaki serbest piyasa fiyatı (sürüm değeri) üzerinden eklenecektir. Oysaki doktrinde TMK m. 235/f. 2'ye dayalı olarak yapılan açıklamalara göre bu taşınmazın 2016 yılındaki sürüm değeri yani devir tarihindeki değeri dikkate alınmaktadır.

Mal rejiminin sona ermesi ve tasfiyesi arasında elden çıkarılan mallar için TMK m. 235/f. 2'nin uygulanması söz konusu olmaz¹⁸⁵. Bu dönemde elden çıkarılan malların malvarlığında mevcut mallar olarak hesaba katılmaları gerekmektedir¹⁸⁶. Fakat bu sürede malvarlığı değerini elden çıkaran eşin devirden sonra gerçekleşen değer artışlarına katlanması evleviyetle beklenmemelidir¹⁸⁷. Doktrinde çözüm olarak bu mallar için TMK m. 235/f. 2'nin kıyasen uygulanması ve devir tarihinin esas alınması benimsenmiştir¹⁸⁸. Karşılıklı bir devir söz konusuysa elde edilen bedelin malın değerine karşılık geldiği kabul edilmektedir¹⁸⁹. Fakat bu değer çok düşükse devir bedeli ve daha yüksek olan piyasa fiyatı arasındaki fark hesaba katılmalıdır¹⁹⁰. Karşılıksız olarak devredilmişse genel kural uyarınca sürüm değeri dikkate alınacaktır¹⁹¹. Kaybedilmiş ya da tüketilmiş mallar için de aynı kural geçerlidir¹⁹².

¹⁸⁵ Steinauer, **Art. 214**, N. 8, Paul-Henri Steinauer, **Art. 207, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 6, Guillod, **Art. 214**, N. 11.

¹⁸⁶ Mal rejimi sona erdikten sonra elden çıkarılan malların edinilmiş mallarda hesaba katılacağı kuralına doktrinde iki istisna tanınmıştır. İlki, malın beklenmedik hâl nedeniyle yok olmasıdır. Bu ihtimalde malın değeri edinilmiş mallarda hesaba katılmayacaktır. İkincisi yeterli geliri bulunmayan eşin, hayatını devam ettirmesi için edinilmiş mallarını, olağan ya da eşin izin verdiği sınırlar içinde tüketmesidir. Aynı şekilde bu ihtimalde de tüketilen miktar değer hesabında dikkate alınmayacaktır (Steinauer, **Art. 207**, N. 6, Guillod, **Art. 214**, N. 12).

¹⁸⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1306a. Çünkü kanun koyucu evliliğin devamı boyunca gerçekleşen devirlerde dahi eski malik eşin değer artışlarına katlanmasını uygun bulmamış ve TMK m. 235/f. 2'yi ihdas etmiştir.

¹⁸⁸ Steinauer, **Art. 214**, N. 8, Guillod, **Art. 214**, N. 12. Aslında burada TMK m. 235/f. 2'nin kıyasen uygulanması değil, TMK m. 235/f. 1'de yer alan boşluğun TMK m. 235/f. 2'den yararlanılarak doldurulması söz konusudur (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1306a). Çünkü TMK m. 235/f. 1 lafzen mal rejimi sona erdiği sırada mevcut bulunan bütün malları kapsamaktadır. Fakat bu uygulama kanunun ruhuyla bağdaşmaz. Hükmün lafzı ile ruhunun uyuşmaması sonucu ortaya çıkan örtülü boşluklar ise başka bir hükümden kıyas yoluyla yararlanılarak doldurulabilir (Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 383 dn. 200).

¹⁸⁹ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 214**, N. 5, Steinauer, **Art. 214**, N. 8, Guillod, **Art. 214**, N. 12. Boşanma davasının açılmasıyla mal rejiminin tasfiyesi arasındaki zaman diliminde cebri icra yoluyla satılmış malın değerinin satış bedeli olduğu yönünde bkz. TF, 14.01.2002, **Revue suisse du notariat et du registre foncier**, C: IV, S:84, 2003, s. 250-258.

¹⁹⁰ TF, 28.01.2009, JdT 2009 I 402 (www.swisslex.ch), s. 407.

¹⁹¹ Guillod, **Art. 214**, N. 12.

¹⁹² Steinauer, **Art. 214**, N. 8, Steinauer, **Art. 207**, N. 6.

Ancak, devir diğer eşin katılma alacağına zarar vermek kastıyla yapılmışsa onun değer artışından etkilenmemek yönündeki menfaatinin korunmasına gerek yoktur¹⁹³.

Sürüm değerinin esas alınacağını öngören TMK m. 232 gibi TMK m. 235 de yedek hukuk kuralıdır¹⁹⁴. Dolayısıyla eşler ya da mirasçıları başka bir değer biçme tarihi üzerinde anlaşabilirler¹⁹⁵. Bu anlaşma tasfiye sırasında şekle tabi değilken, mal rejimi devam ederken ancak mal rejimi sözleşmesiyle yapılabilir¹⁹⁶. Fakat mal rejimi devam ederken değerlendirme anının değiştirilemeyeceği, eşlerin bu anı ancak tasfiye başladıktan sonra serbestçe kararlaştırabileceği de savunulmuştur¹⁹⁷. Bununla beraber TMK m. 237 uyarınca ortak olmayan çocukların ya da onların altsoyunun saklı pay hesabı TMK m. 235'te öngörülen tarihteki değerler dikkate alınarak yapılacaktır¹⁹⁸.

III. Eklemenin Gerçekleştirilmesinde Özel Durumlar

A. Eklenecek değerın konu edildiğı işleminin muvazaalı olması

Diğer eşin katılma alacağını azaltmak isteyen eş TMK m. 229'un yaptırımından kaçmak için uygulamada sıkça muvazaalı işlemlere başvurmuştur¹⁹⁹. Bu amaçla edinilmiş malını muvazaalı olarak devredebileceği gibi mal üzerinde intifa hakkı

¹⁹³ Zarar verme kastı ispatlanırsa devir tarihindeki değerin esas alınmayacağı yönünde bkz. Steinauer, **Art. 214**, N. 8.

¹⁹⁴ Steinauer, **Art. 214**, N. 2, Guillod, **Art. 214**, N. 5.

¹⁹⁵ TF, 31.05.2007, **La pratique du droit de la famille**, C: IV, 2007, s. 900-906, s. 904. Aynı yönde bkz. Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 214**, N. 7, Steck, Fankhauser, **Art. 214**, **FamKommentar Scheidung Band I: ZGB**, Haz.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017, N. 6, Steinauer, **Art. 214**, N. 2, Guillod, **Art. 214**, N. 5.

¹⁹⁶ Guillod, **Art. 214**, N. 5.

¹⁹⁷ Gümüş, **a.g.e.**, s. 376.

¹⁹⁸ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 214**, N. 7, Steck, Fankhauser, **Art. 214**, N. 6, Steinauer, **Art. 214**, N. 2, Guillod, **Art. 214**, N. 5. Bu hesap sonucunda saklı payı zedelendiğı anlaşılan altsoy bunu ileri sürüp sürmemekte serbesttir (Guillod, **Art. 214**, N. 5).

¹⁹⁹ Muvazaalı işlemlerin en elverişli yol olduğu konusunda bkz. Acar, **a.g.e.**, s. 302. Ancak eklemeye tabi muvazaalı işlemler yalnızca diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı taşıyan işlemlerden (TMK m. 229/f. 1, b. 2) ibaret değildir. Eşlerden biri başka sebeplerle (örneğin mirasçılarından ya da diğer alacaklılarından mal kaçırmak için) muvazaalı işleme başvurabilir. Eğer bu muvazaalı işlem TMK m. 229/f. 1, b.1'in şartlarını taşıyorsa, özellikle son bir yıl içinde yapılmışsa, muvazaa ve ekleme kurumlarının uygulama alanları yine kesişmiş olur. Bkz. Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 445.

kurabilir hatta üçüncü kişiye muvazaalı borç ikrarında bulunabilir²⁰⁰. Bir işlemin muvazaalı ya da eklemeye tabi olması hem uygulama alanı hem de hukukî sonuç itibarıyla birbirinden farklıdır²⁰¹. Bu nedenle somut olayda hangisinin söz konusu olduğunu belirlemek ve ona ilişkin hukukî sonucu uygulamak gerekmektedir.

1. Eklemeye tabi işlemler ile muvazaalı işlemlerin uygulama alanları ve hukukî sonuçları

Tarafların üçüncü kişileri aldatmak ve gerçeğe uygun olmayan bir görüntü yaratmak amacıyla irade beyanlarının hüküm doğurmaması üzerine anlaşmalarına muvazaa denir²⁰². Uygulamada muvazaaya alacaklılardan ya da saklı paylı mirasçılardan mal kaçırmak, önalım hakkının kullanılmasının önüne geçmek ya da daha düşük harç ödemek gibi çok çeşitli nedenlerle başvurulduğu görülmektedir²⁰³. Muvazaalı işlemler iki şekilde gerçekleşebilir. İlk ihtimalde taraflar, aralarında hukuki sonuç doğuran hiçbir hukuki işlem yapmak istemez ancak üçüncü kişilere karşı işlem yapmış görünür²⁰⁴. Görünüşte yapılan hukukî işlemin arkasında gizlenen başka bir işlemin olmadığı bu türe mutlak (basit) muvazaa adı verilmektedir²⁰⁵. Diğer yandan taraflar gerçek iradelerine uygun bir işlemi, hüküm doğurmayacağı üzerine anlaştıkları görünüşteki bir işlemle gizlerlerse nispi (nitelikli) muvazaa söz konusu olmaktadır²⁰⁶.

²⁰⁰ Genç Ardemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 444. Ancak TBK m. 19/f. 2 uyarınca “*Borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz*”.

²⁰¹ Genç Ardemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 445.

²⁰² Doktrindeki tanımlar için bkz. Turhan Esener, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (105), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1956, s. 7, Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 1, Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 411, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 367, Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., İstanbul, Beta, 2018, N. 69, İlhan Helvacı, **Turkish Contract Law**, Springer, 2017, N. 8.2. Aldatma kastını ayrı bir unsur olarak aramayan yazarlar için bkz. Nejat Aday, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, Kazancı Hukuk Yayınları (111), Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992, s. 9. Yalnızca sözleşmelerin değil tek taraflı hukuki işlemlerin de muvazaalı olabileceği hakkında bkz. Nomer, **a.g.e.**, N. 69.1.

²⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 25, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 371, Helvacı, **a.g.e.**, N. 8.2.2.2.

²⁰⁴ Esener, **a.g.e.**, s. 41, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 370.

²⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 3, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 370.

²⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 3, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 370, Helvacı, **a.g.e.**, N. 8.2.2.2.

Gizli işlem bazen görünürdeki işlemi tamamen ortadan kaldırıp onun yerini almakta bazen de belirli bir şartını değiştirmektedir²⁰⁷. Görünürde satış sözleşmesi yapılmasına rağmen gerçekte malın bağışlanması nitelikli muvazaaya dair ilk duruma²⁰⁸ satış sözleşmesinin görünürdeki bedelden daha yüksek ya da düşük fiyat üzerinden kurulması ikinci duruma örnektir²⁰⁹.

Görüldüğü üzere muvazaadan bahsedebilmek için üç unsurun bulunması gerekmektedir: tarafların gerçek iradeleri ve beyanları arasındaki bilinçli uyumsuzluk²¹⁰, tarafların muvazaa üzerine anlaşmaları²¹¹ ve üçüncü kişileri aldatma kastı²¹². Bir işlemin eklemeye tabi olması için aranan şartlar ise işlemin muvazaalı olması için aranan bu şartlardan farklıdır. Öncelikle TMK m. 229/f. 1 kapsamındaki işlemlerde işlemin taraflarının gerçek iradeleri ile beyanları arasında bir uyumsuzluk bulunması gerekmemektedir. Aynı şekilde tarafların görünürdeki işlemin sonuç doğurmaması üzerine anlaşmalarına da gerek yoktur. Örneğin Bay (E) evliliği boyunca biriktirdiği parayla aldığı mobilya takımını eşinin rızası olmadan amcası Bay (A)'ya bağışlamış ve altı ay sonra boşanmış olsun. Bay (E) iradesine uygun şekilde bağışlama önerisinde bulunmuş ve Bay (A) bunu kabul etmiştir. Taraflar bağışlamanın sonuç doğurmayacağı üzerine de anlaşmamışlardır. Bu işlem muvazaalı olmamasına rağmen TMK m. 229/f. 1, b. 1'deki şartları taşıdığı için eklemeye tabidir.

Muvazaanın son unsuru aldatma kastı, TMK m. 229/f. 1, b. 2 bağlamında ayrıca incelenmelidir. Her ikisi de bünyesinde özel fakat birbirlerinden farklı bir kasıt barındırmaktadır. Üçüncü kişileri aldatma kastı (muvazaa niyeti²¹³), diğer eşe ya da başka bir gerçek veya tüzel kişiye yönelik olabilir²¹⁴. TMK m. 229/f. 1, b. 2'de ise

²⁰⁷ Esener, **a.g.e.**, s. 59. İkinci durum kısmi muvazaa olarak adlandırılmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 11, Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 413, Helvacı, **a.g.e.**, N. 8.2.2.3).

²⁰⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 371.

²⁰⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 371, Helvacı, **a.g.e.**, N. 8.2.2.3.

²¹⁰ Esener, **a.g.e.**, s. 7. İrade ve beyan arasındaki bu uyumsuzluk taraflarca bilinmekte ve istenmektedir (Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 367).

²¹¹ Esener, **a.g.e.**, s. 20. Görünüşteki işlemin hiçbir sonuç doğurmamasını sağlayan anlaşmaya muvazaa anlaşması denir (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 4).

²¹² Esener, **a.g.e.**, s. 11.

²¹³ *Simulationsabsicht, intention de simuler* (Esener, **a.g.e.**, s. 11).

²¹⁴ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 459.

diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı aranmaktadır²¹⁵. Örneğin Bayan (K) boşanmayı düşündüğü eşi Bay (E)'nin katılma alacağını azaltmak amacıyla evliliği boyunca biriktirdiği parayla aldığı taşınmazını arkadaşı Bayan (A)'ya bağışlamış olsun. Taraflar dışarıya karşı gerçek iradelerine uymayan bir görüntü yaratmak ve üçüncü kişileri aldatmak amacı taşımadıkları için devir işlemi muvazaalı değil fakat eklemeye tabidir. Aksine Bayan (K) ve Bayan (A), Bayan (K)'nin borçlu olduğu iş adamı Bay (İ)'ye karşı gerçeğe uygun olmayan bir görünüm yaratmak amacıyla taşınmazın Bayan (A)'ya devredilmiş görünmesi üzerine anlaşsalar devir muvazaalı olurdu fakat TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca eklemeye tabi olmazdı²¹⁶. Bir somut olay bazen her iki kastı da içerebilir. Örneğin Bayan (K), Bay (E)'nin katılma alacağını azaltmak için Bayan (A) ile görünüşte bir devir işlemi yaptığında bu işlem hem muvazaanın hem de TMK m. 229/f. 1, b. 2'nin şartlarını sağlamaktadır. Muvazaalı işlemlerde iki tarafın da üçüncü kişileri aldatma kastına sahip olması gerekirken TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamındaki işlemlerde üçüncü kişinin diğer eşin sahip olduğu katılma alacağını azaltmak kastını taşıması gerekli değildir²¹⁷. Hatta bunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması şartı da aranmamıştır²¹⁸.

İşlemin muvazaalı mı eklemeye tabi mi olduğunun tespiti, olaya uygulanacak şekli ve maddi birçok kuralın belirlenmesi açısından önem taşır. İlk belirgin fark mahkemelerin görev ve yetkisine ilişkindir. Muvazaa genel mahkemelerin görev alanına girerken katılma alacağı ve buna bağlı olarak TMK m. 229 aile mahkemelerinin görev alanına girmektedir²¹⁹. Yine muvazaaya ilişkin davalar genel yetki kuralı uyarınca davalının yerleşim yerinde, katılma alacağına (ve TMK m. 229'a) ilişkin davalar ise TMK m. 214'te düzenlenen yerlerden birinde açılır²²⁰. Muvazaa

²¹⁵ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 459. Hükmün birinci bendinde işlemi yapan eşin niyeti dikkate alınmaz (Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 459).

²¹⁶ Kazandırma, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan gerçekleşmişse bu kazandırmanın TMK m. 229/f. 1, b. 1 uyarınca eklemeye tabi olması mümkündür.

²¹⁷ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 459, Yenice Ceylan, **a.g.m.**, s. 221.

²¹⁸ Şükran Şıpka, **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 236, Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 459, Yenice Ceylan, **a.g.m.**, s. 221.

²¹⁹ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 461.

²²⁰ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 461.

iddiasının ve ekleme talebinin ileri sürülebileceği süreler de farklılık göstermektedir. Muvazaa iddiası dürüstlük kuralı sınırı saklı kalmak kaydıyla her zaman ileri sürülebilirken ekleme talebinin bir fikre göre katılma alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi içinde²²¹ başka bir fikre göre tasfiye aşamasında ileri sürülmesi gerekmektedir²²².

Son olarak muvazaa ve ekleme birbirinden oldukça farklı hukuki sonuçlara yol açmaktadır. Muvazaanın yaptırımı doktrindeki baskın fikre göre kesin hükümsüzlüktür²²³. Bu yaptırım görünürdeki işleme ilişkindir²²⁴. Nispi muvazaada ise gizli işlem, tarafların iradesine uygun olduğu için kural olarak geçerlidir²²⁵. Ancak kendi geçerliliği için aranan diğer şartları taşımıyorsa (örneğin kanunun aradığı şekil şartlarına uyulmamışsa) geçersiz olur²²⁶. Ekleme ise etkisini işlemi yapan eşin artık değerinin hesabında farazi olarak gösterir. Muvazaada olduğu gibi işlemin geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır²²⁷. Dolayısıyla iki yaptırımın bir arada uygulanması mümkün değildir²²⁸.

Muvazaa, fikrimizce hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi geçersiz hâle getiren bir hükümsüzlük sebebidir²²⁹. Dolayısıyla eğer eşlerden birinin yaptığı devir işlemi mutlak muvazaa sebebiyle geçersizse işlem konusu mal onun malvarlığından çıkmamış olur²³⁰. Edinilmiş mallarda zaten mevcut olan değerlerin

²²¹ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 461.

²²² Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 208**, N. 12, Zeytin, **a.g.e.**, N. 500.

²²³ Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 415, Nomer, **a.g.e.**, N. 69, Helvacı, **a.g.e.**, N. 8.2. Yaptırımın yokluk olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 19, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 373. Yaptırımın üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen özel bir hükümsüzlük olduğu yönünde bkz. Esener, **a.g.e.**, s. 57.

²²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 18, Nomer, **a.g.e.**, N. 69.

²²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 22, Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 419, Nomer, **a.g.e.**, N. 69.4.

²²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 22, Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 419, Nomer, **a.g.e.**, N. 69.4.

²²⁷ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 460.

²²⁸ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 462.

²²⁹ Borç ilişkisini sakatlayan sebebin çoğu zaman devir işlemi sırasında da devam edeceği ve bu nedenle sebebe bağlılık-soyutluk tartışmasına girmeden tasarruf işlemi geçersiz olacağı için mülkiyetin geçmeyeceği yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 20. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, N. 2595.

²³⁰ TMK m. 229/f. 1'deki işlemler edinilmiş mal elden çıkarılmadan da gerçekleşebilir. Malın devri borcunu yükleyen borçlandırıcı işlemler, üçüncü kişiye malın değerini düşüren intifa hakkı gibi sınırlı ayni haklar tanınması bu duruma örnektir. Ancak burada doğan sonuç malın elden çıkarıldığı

eklenmesine de ihtiyaç yoktur. Tam aksine mevcut değerlerin eklenmesi diğer eşin aynı mal üzerinde hükmün amacına aykırı şekilde iki kere hak sahibi olmasına yol açacaktır. Ayrıca, muvazaalı işlem konusu malın edinilmiş mallara değer olarak eklenmeyecek olması, onun edinilmiş mallar arasında yer almayacağı anlamına gelmemektedir. Bu değerler TMK m. 229 uyarınca eklenecek değer olarak değil; bilâkis TMK m. 219 uyarınca mevcut edinilmiş mal olarak dikkate alınacaktır. Sonuçta her iki durumda da TMK m. 231 uyarınca artık değerın hesabına katılacaklardır.

İşlem konusu malvarlığı değeri iki durumda da hesaba katılacaksa hangi hükme dayanılacağıın tespit edilmesi neden önemlidir? Bunun yukarıda anlatılan uygulanacak hükümlere ilişkin farklılıklar dışında üç önemli pratik sonucu vardır. İlki, katılma alacaklısı eşin TMK m. 241’de öngörülen üçüncü kişiye başvurma hakkına ilişkindir. Alacaklı eş, yalnızca eklenecek değerleri takip eden bu haktan²³¹ TMK m. 219’da belirtilen malvarlığı değerleri açısından yararlanamaz²³². Malvarlığında mevcut kabul edilen bu değerler için üçüncü kişiye başvurmaya ihtiyaç bulunmadığı düşünülebilir. Ancak katılma alacaklısı eşin alacağının tahsili için mevcut kabul edilen bu değerlere başvuramaması mümkündür²³³. Bu gibi hâllerde doktrinde çözüm olarak TMK m. 241 hükmünün kıyasen uygulanması öne sürülmüştür²³⁴.

Bir malın eklenecek ya da mevcut değer olarak dikkate alınmasının ikinci önemli pratik sonucu değer biçmede esas alınan tarihtir²³⁵. TMK m. 235 uyarınca mevcut edinilmiş mallar tasfiye anındaki (TMK m. 235/f. 1), eklenecek değerler devir anındaki (TMK m. 235/f. 2) sürüm değerleriyle hesaba katılırlar. Tasfiye anındaki

durumlarda doğan sonuçtan biraz daha farklıdır. İşlemler yine sanki hiç yapılmamış gibi sonuç doğurur ve dikkate alınmazlar. Fakat ayrı bir ekleme yerine mal, azalan değeriyle değil işlem yapılmadan önceki değeriyle tasfiyeye girmektedir. Bu konuda bkz. İkinci Bölüm/I/D.

²³¹ Bu hakkın eklenecek değer niteliği taşımayan bazı malvarlığı değerleri için uygulanabileceği yönündeki tartışma için bkz. Üçüncü Bölüm/II/A/1.

²³² Acar, **a.g.e.**, s. 306. Yazar bu hakkı TMK m. 241’e değil TMK m. 229/f. 2’ye dayandırmaktadır. Kanımızca TMK m. 229/f. 2, TMK m. 241’de düzenlenen başvuru hakkına ilişkin usuli bir hükümdür.

²³³ Borçluya ait olduğu kabul edilen taşınırlar üçüncü kişilerin elindeyken de haczedilebilirler (Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku: El Kitabı**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 495). Bu konuda bkz. İİK m. 89. Taşınmazlar açısından ise tapu sicilinde kimin malik görüldüğü önem arz etmektedir.

²³⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 306.

²³⁵ Acar, **a.g.e.**, s. 307.

değerin dikkate alınması çoğu zaman katılma alacaklısı eş lehine olacaktır²³⁶. Ancak, Yargıtay'ın eklenecek değerler açısından da tasfiye tarihini esas alan yerleşik içtihadı, muvazaalı ve eklemeye tabi işlemler arasındaki bu farkı ortadan kaldırmaktadır.

Üçüncü pratik sonucu ise ispat yüküne ilişkindir. Doktrindeki genel kabule göre eklenecek değerlerin edinilmiş mal kesimine ait olduğunu eklemeyi talep eden eş ispatlamalıdır²³⁷. Malvarlığında mevcut mallar ise kural olarak edinilmiş mal sayılmaktadırlar (TMK m. 222/f. 3). Dolayısıyla bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal kesimine ait olduğunun ayrıca ispatlanmasına gerek yoktur. Aksine diğer eş, bu malvarlığı değerinin kişisel mal niteliği taşıdığını ispatlayacaktır²³⁸. İki durum arasında eklemeye talep eden eş daha elverişsiz bir konumda bırakılmış olmaktadır. Fakat doktrinde bizim katıldığımız bir görüş, TMK m. 222/f. 3'ün eklenecek değerler açısından da uygulanacağını savunmaktadır²³⁹. Bu görüş açısından muvazaa ve eklemeye arasında ispat yüküne ilişkin bir fark kalmamaktadır.

2. Katılma alacağının azalması sonucunu doğurmaya elverişli muvazaalı işlemler

Muvazaalı işleme ilişkin ilk ihtimal, eşlerden birinin edinilmiş malını üçüncü kişiye satmış (ya da üçüncü kişiyle mal değişim sözleşmesi yapmış) görünmesine karşın tarafların gerçekte satışın sonuç doğurmaması üzerine anlaşmalarıdır²⁴⁰. Genel kural uyarınca görünürdeki satış sözleşmesi geçersiz olacak ve gizlenen bir işlem olmadığından başka bir hukuki sonuç doğmayacaktır²⁴¹. Bu mutlak muvazaalı satış sözleşmesinin ifası için yapılan tasarruf işlemi de geçersiz sayılacaktır²⁴². Böylece

²³⁶ Acar, **a.g.e.**, s. 307.

²³⁷ Bkz. İkinci Bölüm/I/C.

²³⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 188.

²³⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 200.

²⁴⁰ Acar, **a.g.e.**, s. 306.

²⁴¹ Acar, **a.g.e.**, s. 306.

²⁴² Satış sözleşmesindeki sakatlık sebebi, özellikle muvazaa, çoğu zaman tasarruf işlemi sırasında da devam etmekte ve soyutluk/illilik tartışmasına girmeden onu da sakatlamaktadır (Bkz. dn. 229). Aynı sözleşmenin de muvazaalı olduğu yönünde bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 208, Özge Erbek, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) – Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C: 8, Özel Sayı, 2013, s. 973. Taşınmazlar açısından sebebe bağlılık ilkesinin benimsendiği ve tasarruf işlemi geçerli olarak

mülkiyet hakkı devredilmemiş ve eş malik kalmaya devam etmiş olmaktadır. Muvazaalı işlemin konusu malvarlığı değeri, işlemi gerçekleştiren eşin malvarlığında yer almaya devam edeceği için TMK m. 219 uyarınca dikkate alınmalıdır.

Ancak, bir hukuki ilişki hakkındaki muvazaa iddiasının sonuç doğurabilmesi için ispatlanması gerekmektedir²⁴³. Her ne kadar eş edinilmiş malını muvazaalı olarak devretmişse de muvazaanın varlığı ispatlanmadan bu mal tasfiye davasında mevcut malvarlığı değeri olarak dikkate alınamaz. Dolayısıyla diğer eş genel mahkemelerde bu iddiasını ispatlarsa muvazaalı işlem konusu malvarlığı değeri TMK m. 219 kapsamında hesaba dahil edilir²⁴⁴. Bu eş muvazaa iddiasını genel mahkemelerde ileri sürmemişse devir işlemi gerçekleşmiş kabul edildiğinden TMK m. 229/f. 1'e dayanabilecektir²⁴⁵. Böylece bu devir, edinilmiş mallarda azalmaya yol açıyor ve son bir yıl içinde eşin rızası olmadan yapılmış (TMK m. 229/f. 1, b. 1) ya da diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacı taşıyorsa (TMK m. 229/f. 1, b. 2) edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir.

Karşılaşılabileceğimiz ikinci ihtimal, eşlerden birinin edinilmiş malını görünürde bir satış sözleşmesiyle devretmesi, gerçekteyse bir bağışlamanın ya da bir inançlı işlemin bulunmasıdır. Gizli işlemin inançlı işlem olması aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir²⁴⁶. Bu bölümde gizli işlemin bağışlama olduğu nispi muvazaa hâli ele alınacaktır. Burada görünürde eklemeye tabi olmayan karşılıklı bir devir, gerçekte ise diğer şartları sağladığı müddetçe eklemeye tabi karşılıksız bir devir söz konusudur. Dolayısıyla muvazaa iddiası daha doğrusu devrin karşılıksız olduğu iddiası önem taşımaktadır. Diğer eş tasfiye davasında bu işlemin, işlemi gerçekleştiren eşin TMK

yapılmış olsa da borçlandırıcı işlemin geçersizliğinin onu da sakatlayacağı yönünde bkz. Aday, **a.g.e.**, s. 25.

²⁴³ İsmail Atamulu, **Türk Hukukunda Muvazaa**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 202.

²⁴⁴ Acar, **a.g.e.**, s. 306. Yazar mevcut bir edinilmiş malın TMK m. 231/f. 1 uyarınca dikkate alınacağını belirtmektedir.

²⁴⁵ Acar, **a.g.e.**, s. 306. Yazar “muvazaa davası açmamışsa” ifadesini kullanmaktadır. Biz muvazaanın itiraz olarak da ileri sürülebileceği gerekçesiyle yukarıdaki ifadeyi tercih ettik. Ayrıca yazar TMK. 229/f. 1'in ikinci bendine dayanılabileceğini belirtmiştir. Biz ise muvazaalı işlemin yalnızca diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılmış olmayacağı görüşünde olduğumuz için her iki bendi de kapsayıcı açıklamalarda bulunmayı uygun bulduk.

²⁴⁶ Bkz. İkinci Bölüm/III/B.

m. 229/f. 1, b. 1 veya b. 2 kapsamında edinilmiş mallarını azaltan bir devir olduğunu ispatlayarak bu değerin eklenmesini sağlayabilecektir.

Nispi muvazaalı işlem dava konusu olur ve muvazaanın varlığı sabit hâle gelirse görünürdeki satış sözleşmesi geçersiz olacak, gizli işlem yani bağışlama sözleşmesi ise kendi geçerlilik şartlarını taşıdığı sürece geçerli olacaktır²⁴⁷. Bu noktada taşınır ve taşınmazlar arasında bir ayrıma gitmek gerekir. Gizli şekilde yapılan taşınır bağışı geçerliyse (TBK m. 288/f. 1) ve söz konusu taşınırın mülkiyeti üçüncü kişiye devredildiyse bu devir, TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamına girecektir²⁴⁸. Oysaki taşınmazların bağışlanmasında gizli işlem şekil eksikliği nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır²⁴⁹. Dolayısıyla görünürdeki işlem muvazaa nedeniyle, gizli işlem ise şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olacağı için taşınmaz, muvazaalı işlem tarafı eşin malvarlığında kalmaya devam edecektir²⁵⁰. Bu durumda TMK m. 229/f. 1 uyarınca ekleme yapılmasına yer yoktur.

Son ihtimal, bedelde muvazaa yapılmasıdır. Uygulamada bu tür muvazaa ile özellikle taşınmaz satışlarında karşılaşılmaktadır²⁵¹. Örneğin Bayan (K) edinilmiş mal kesimine ait taşınmazını arkadaşı Bayan (A)'ya 5.000 TL üzerinden satmış görünürken aslında taraflar satış bedelini piyasa fiyatı olan 40.000 TL olarak belirlemişlerdir. Edinilmiş mallarda ikame değer olarak 5.000 TL yer alacağı için Bayan (K) 35.000 TL'yi katılma alacağı hesabına dahil olmaktan kurtarmıştır. Bu örnekte muvazaa, sözleşmenin yalnızca bedele ilişkin hükmündedir²⁵². Satış bedelinin daha düşük gösterilmesinin sözleşmeye etkisine ilişkin doktrinde iki farklı görüş öne sürülmüştür. İlkine göre gerçek bedel şekil şartını sağlamadığı için bu bedel üzerinden satış geçersiz olacaktır²⁵³. Tarafların düşük bedeli genellikle düşük harç ödemek için

²⁴⁷ Acar, **a.g.e.**, s. 308.

²⁴⁸ Acar, **a.g.e.**, s. 308. TBK m. 228/f. 3, c. 1'de yazılı şekle uyulmadan gerçekleştirilen karşılıksız devrin elden bağışlama şeklinde geçerli olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Aksi takdirde nitelikli muvazaa sonucunda mülkiyetin üçüncü kişiye geçmesi taşınır mülkiyetinin naklinde soyutluk görüşünün benimsenmesiyle mümkün olacaktı. Bu yönde bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 209.

²⁴⁹ Nomer, **a.g.e.**, N. 69.4.

²⁵⁰ Acar, **a.g.e.**, s. 309.

²⁵¹ Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 24, Atamulu, **a.g.e.**, s. 226.

²⁵² Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 11.

²⁵³ Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 24.

kararlaştırdığından yola çıkan diğerk görüşe göre aradaki fark vergi mevzuatınca öngörülen şekilde tamamlatılır ve sözleşme hükümsüz kılınmaz²⁵⁴. Konumuz çerçevesindeyse amaç düşük harç ödemek değil, edinilmiş malların değerini azaltmaktır. Dolayısıyla ikinci görüş bu probleme uygun bir çözüm önermemektedir.

Eşlerden birinin taşınmaz satışlarında bedelde muvazaaya başvurması ve bunun ispatlanması hâlinde ilk görüşe uygun olarak görünürdeki işlem muvazaadan, gizli işlem şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olmalıdır. Dolayısıyla yukarıda verilen örnekteki taşınmaz malvarlığı değerinin, edinilmiş mallar arasında yer aldığı kabul edilecektir. Muvazaa iddiası ileri sürülmemiş ya da ispatlanmamışsa Bayan (K) devir işleminin kısmen karşılıksız gerçekleştirildiğini ispatlayarak TMK m. 229/f. 1'e dayanabilecektir.

B. Eklenerek değerlerin inancı işlemi konu edilmesi

İnancı işlem, inananın güvenilene bir hakkı tam olarak devrettiği, güvenilenin de bu hakkı aralarında kararlaştırdıkları sınırlamalara uygun biçimde kullanmayı ve zamanı gelince inananı vermeyi üstlendiği işlemidir²⁵⁵. İnanan kişinin devrettiği hakkı geri almaya yönelik yalnızca bir alacak hakkı vardır²⁵⁶. Muvazaadan farklı olarak işlem yalnızca görünüşte yapılmış değildir, taraflar bu işlemi gerçekten istemektedir²⁵⁷. Bu nedenle inancı işlem geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmamaktadır²⁵⁸.

Eşlerden birinin edinilmiş bir malını diğerk eşten mal kaçırmak için inancı işlemle devretmesi mümkündür. Örneğin Bay (E) eşi Bayan (K)'nin katılma alacağını azaltmak amacıyla taşınmazını yeğeni Bay (Y)'ye devretmiş ve Bay (Y) de taşınmazı, Bay (E) boşandıktan sonra ona devredeceğini taahhüt etmiş olsun. Doktrinde bir fikre

²⁵⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 320.

²⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 37. İnancı işlemler, saf inancı işlemler ve karma inancı işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Saf inancı işlemlerde güvenenin çıkarları üstün tutulurken karma inancı işlemler teminat amacı taşıyan ve güvenilenin menfaatini de koruyan işlemlerdir (Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 42).

²⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 44.

²⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 40.

²⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 40.

göre burada TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamında ekleme yapılması gerekmektedir²⁵⁹. Ancak kanaatimizce malvarlığı değeri edinilmiş mal kesiminde yer almasa bile bu değer in iadesine yönelik alacak hakkı onun yerini alacaktır. Bu nedenle bu hak, TMK m. 229/f. 1 uyarınca eklenecek değer olarak değil TMK m. 219 uyarınca edinilmiş mal olarak dikkate alınmalıdır.

Uygulamada bu amaçla yapılan inançlı işlemler genellikle eşi aldatma kastını taşıyarak yapıldığı görünürdeki başka bir işlem tarafından gizlenirler. Bu hâllerde görünürdeki işlem muvazaalı olup gizli işlem inançlı işlemdir. Eğer görünürdeki satış sözleşmesinin konusu taşınmaz dışındaki malvarlığı değerlerindense gizli işlem olan inanç sözleşmesi de herhangi bir şekilde tabi olmadığı için geçerli olacaktır. Dolayısıyla buradaki hukuki sorun inançlı işlemin muvazaalı olması değil, gerçekte arzu edilen işlem olan inançlı işlemin kendi geçerlilik şartlarını taşıyıp taşıyamamasıdır²⁶⁰. Bu şartları taşıyorsa iade alacağı eşin malvarlığında edinilmiş mal olarak yer alacak, bu şartları taşımıyorsa devir geçersiz olduğundan iade alacağı değil malvarlığı değerinin kendisi edinilmiş mal olarak yer alacaktır.

C. Eşlerden birinin doğrudan üçüncü kişi adına satın aldığı malvarlığı değerleri

Yargıtay, eşlerden biri tarafından finanse edilerek başkası adına alınan malların, bu eşin edinilmiş malı olduğu yönünde bir içtihat geliştirmiştir²⁶¹. Böylece söz konusu mal, artık değer in hesabında edinilmiş mallar arasında kabul edilmekte ve diğer eşin bu mal üzerinden katılma alacağı elde etmesi sağlanmaktadır. Ancak bu tutum doktrinde eleştirilmiş ve yapılan katkı bağış niteliğinde olduğu için bu değer in eklenecek değer olarak dikkate alınmasının hukuk tekniği açısından daha isabetli olduğu ileri sürülmüştür²⁶². Yargıtay'ın vardığı bu sonuç, ancak adına malvarlığı

²⁵⁹ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 470.

²⁶⁰ Aksi yönde bkz. Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 470.

²⁶¹ Başkası adına kaydedilmiş motorlu araç üzerine bkz. Yargıtay 8. HD., 23.05.2013, E. 2012/11340, K. 2013/7775, Yargıtay 8. HD., 08.05.2014, E. 2013/10650, K. 2014/8995, başkası adına kaydedilmiş taşınmaz üzerine bkz. Yargıtay, 8. HD., 30.01.2012, E. 2011/1730, K. 2012/417 (Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 212-214).

²⁶² Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 214.

değeri edinilen kişi ile satıcı arasındaki sözleşmenin, gerçekte bedeli ödeyen eş ile satıcı arasındaki sözleşmeyi gizlemek üzere muvazaalı olarak yapılmış olması hâlinde mümkündür²⁶³. Örneğin satıcı Bay (S)'den bir taşınmaz satın almak isteyen Bay (E), eşinin katılma alacağını azaltmak amacıyla bedelini kendisinin ödediği bu taşınmazın annesi Bayan (A) adına tescil edilmesini sağlamıştır. Başka bir örnekte Bay (E) değerli bir tablonun satış bedelini satıcı Bay (S)'ye ödemiş ancak satış sözleşmesinin alıcı tarafında Bay (E) değil, Bayan (A) yer almıştır. Örnekleri verilen bu hâl, tarafta muvazaa olarak adlandırılmakta ve nispi muvazaanın bir türü olarak değerlendirilmektedir²⁶⁴. Böylece nispi muvazaaya ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulacak ve görünürdeki işlem geçersiz, gizli işlem ise kendi geçerlilik şartlarını taşıdığı takdirde geçerli olacaktır. Yukarıda verilen örneklerde Bayan (A) ile Bay (S) arasındaki sözleşmeler iradeleri uyuşmadığı için geçersizdir. Buna karşın Bay (E) ile Bay (S) arasındaki taşınmaz satışına ilişkin sözleşme şekil şartlarını taşımadığı için geçersiz, tablo satışına ilişkin sözleşme ise herhangi bir şekle tabi olmadığı için geçerlidir. Dolayısıyla muvazaa iddiası ispatlanırsa bedeli Bay (E)'nin edinilmiş mallarından karşılanan tablonun onun edinilmiş malları arasında yer aldığı sonucuna varılabilir²⁶⁵. Ancak Yargıtay anılan kararlarda muvazaanın varlığına dair bir tespitte bulunmadan başkası adına alınan malın katkırı sağlayan eşin edinilmiş malı olduğu sonucuna varmıştır. Kaldı ki kararlarda gizli işlemin konusu, devri şekle tabi olan ve sebebe bağlılık ilkesinin benimsendiği malvarlığı değerlerine ilişkindir (taşınmaz, motorlu araç)²⁶⁶. Dolayısıyla muvazaaya dayanılsa dahi gizli işlemin geçerli olduğu ve bu işlem konusu malın edinilmiş mal teşkil ettiği sonucuna varılamayacaktır.

²⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 17, Atamulu, **a.g.e.**, s. 60.

²⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 35 N. 17, Atamulu, **a.g.e.**, s. 59. Tarafta muvazaa türünü reddeden görüş için bkz. Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 414. Yazarlara göre doktrinde tarafta muvazaa olarak adlandırılan bu muvazaa türü aslında yalnızca görünüşteki işlemi gerçekleştirenler arasındaki mutlak muvazaadan ibarettir.

²⁶⁵ Taşınır mülkiyetinin kazanılması için taşınırın zilyetliğinin devredilmesi (teslim, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi) ve zilyetliğinin devrinin mülkiyeti geçireceği konusunda tarafların anlaşmış olması gerekmektedir (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 2582 vd.). Böylece yukarıda verilen örnekte tablonun malikinin Bay (E) olması, gizli sözleşmeye uygun şekilde tablonun zilyetliğinin, mülkiyetin geçirilmesi amacıyla ona devredilmesine bağlıdır.

²⁶⁶ Motorlu araç satışının şekle bağlı olduğu sonucuna KTK m. 20/b. d yoluyla ulaşılmaktadır: “*Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil*

Yargıtay, daha sonra verdiği bir kararda yine başkası adına edinilen malın, bedeli ödeyen eşin mülkiyetinde olduğu belirtmiş, ancak bunun TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca eklenecek değer olarak dikkate alınması gerektiği yönünde karar vermiştir²⁶⁷. Oysaki eşin mülkiyetinde olduğu kabul edilen bir mala eklenecek değer niteliği tanımak yerinde bir çözüm değildir. Oldukça yakın zamanda verilmiş bir kararında ise Yargıtay, başkası adına edinilen malın, TMK m. 229/f. 1 uyarınca eklenecek değer teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir²⁶⁸. Hukuk tekniği açısından tamamen isabetli olmamakla birlikte olması gereken çözüme en yakın karar budur. Yargıtay bu kararda başkası adına edinilen malın eklenecek değer teşkil ettiğini belirtmiştir. Ancak aslında eklenecek değer başkası adına edinilen mal değil, bu malın edinilmesi için eş tarafından sağlanan katkıdır. İki durum arasında artık değerın hesabında edinilmiş mallara değer olarak eklenecek miktar açısından bir fark bulunmaktadır. Örneğin Bay (E), mal rejiminin sona ermesinden 11 ay önce annesi Bayan (A) adına alınan bir aracın 10.000 TL olan bedelini edinilmiş mallarından

*kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir.” (RG. 18.10.1983; S: 18195). Motorlu taşınmaz satışına ilişkin şekle aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu ve sonrasında yapılan tasarruf işleminin de sebebe bağlılık ilkesi sonucu geçersiz olacağı yönünde bkz. Ekrem Kurt, “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C: 8, 2013, s. 1866-1867 (www.dergipark.ulakbim.gov.tr).*

²⁶⁷ Yargıtay 8. HD., 13.4.2016, E. 2014/27154, K. 2016/6708, (www.kazanci.com.tr): “Mahkemeye; tasfiyeye konu ... plakalı aracın davalının annesine ait olduğu iddia edilmişse de, aracı davalının kullanması, ...'de alınmış olması, aracın alındığı tarihlerde taraflar arasında ailevi anlaşmazlıkların bulunması hususları gözetildiğinde iddiasının hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı ve mal kaçırmak kastıyla davalının aracı annesinin üzerine kaydettirdiği sonucuna varıldığı, TMK'nun 229/2.maddesi uyarınca aracın eklenecek değer olarak kabul edildiği belirlenmiştir. Aracın bedelinin davalı tarafından karşılanarak satın alındığının davalının mülkiyetinde olduğunun ve TMK'nun 229/2.maddesi uyarınca eklenecek değer olduğunun kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”

²⁶⁸ Yargıtay 8. HD., 5.12.2018, E. 2017/15191, K. 2018/19775 (www.kazanci.com.tr): “Tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde, 3354 ada 3 parselde 96 numaralı bağımsız bölümün davalının babası adına 05.04.2007 tarihinde satın alındığı, aynı tarihte davalının Akbank hesabından 198.000,00 TL ... adına gönderildiği, ayrıca ... adına farklı tarihlerde ödemelerin olduğu, site aidat ödemelerinin davalı adına ödendiği, 2009 yılı kira kontratlarında davalının kiraya veren olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Mahkemeye her ne kadar taşınmaz davalının babası adına edinildiğinden davacının alacak hakkı olmadığı gerekçesi ile bu taşınmaz yönünden davanın reddine karar verilmiş ise de, yapılan araştırma ve inceleme karar vermeye elverişli değildir. O halde, Mahkemeye taşınmazın edinildiği tarihte davalının hesabından para gönderilen kişi ile taşınmazı satan kişi arasında ilişki olup olmadığı, taşınmazın bedelinin kim tarafından ödendiği, taşınmazın edinme tarihindeki değeri gibi hususlar araştırılarak, taşınmaz davalının babası adına edinilmiş olsa da TMK'nin 229. maddesi gereğince eklenecek değer olup olmadığının tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulması doğru değildir.”

karşılamıştır. Tasfiye sırasında, aracın edinilmesi için verilen para eklenecek değer olarak dikkate alınırsa 10.000 TL edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir. Buna karşın Bayan (A) adına alınan araç eklenecek değer olarak dikkate alınırsa aracın devir tarihindeki sürüm değeri esas alınacaktır. Somut olayda devir tarihi, aracın Bayan (A) adına alındığı tarihtir.

Benzer bir durum miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da söz konusu olmaktadır. Mirasbırakanın kendisine ait bir malvarlığı değerini karşılıksız devretmek yerine bunun bedelini ödeyerek devir işlemlerinin bir başkası adına yapıldığı (örneğin taşınmazın kazandırmada bulunmak istenen kişi adına tescil edildiği) görülmektedir²⁶⁹. Bu durum Yargıtay tarafından “gizli bağışlama” olarak adlandırılmakta ve mirasçılarının böyle bir kazandırmaya karşı denkleştirme ve tenkis talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir²⁷⁰. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, tenkis hesabında mirasbırakanın başkası adına mal alınırken ödediği bedelin mirasın açıldığı tarihteki değeriyle tenkise tabi olacağını belirtmiştir²⁷¹. Görüldüğü üzere Yargıtay, miras hukukuna ilişkin tenkis davasında başkası adına edinilen malın mülkiyetinin mirasbırakana ait olduğunu ya da bu malın değerinin değil kendisinin tenkise tabi olacağını kabul etmemiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi açısından da aynı çözümün benimsenmesi yerinde olacaktır.

²⁶⁹ Nar, **a.g.e.**, s. 203.

²⁷⁰ Yargıtay 1. HD., 04.06, 2012, E. 2012/1580, K. 2012/6539 (www.lexpera.com.tr).

²⁷¹ Yargıtay HGK, 30.11.2005, E. 2005/2-581, K. 2005/672 (www.lexpera.com.tr).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ

I. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi, artık değerin (TMK m. 231) ve buna bağlı olarak katılma alacağının (TMK m. 236 - 238) hesaplanmasıyla tamamlanmaktadır¹. Hesaplamadan sonraki aşama, miktarı belirlenen bu katılma alacağının ödenmesidir².

Katılma alacağı nispi bir haktır ve bu nedenle kural olarak yalnızca borçlu olan diğer eşten ya da mirasçılardan talep edilebilir³. Fakat kanun koyucu, hak sahibi eşin katılma alacağını güvence altına almak amacıyla bu kurala TMK m. 241 ile istisna tanımıştır⁴. Söz konusu hüküm uyarınca *“Tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir”*. Bu hüküm, TMK m. 229’da düzenlenen eklenecek değerler kuralının tamamlayıcısıdır⁵. Çünkü TMK m. 229 yalnızca katılma alacağının miktar olarak azalmasını engellemektedir⁶. Oysaki TMK m. 229 kapsamındaki işlemler, işlemi gerçekleştiren eşin malvarlığının değerini azalttığı için aynı zamanda onun ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesini de engelleyebilir⁷. TMK m. 241, katılma alacağının ifasına yönelik bu tehlikenin önüne geçmeyi hedeflemektedir⁸.

¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 243.

² Sarı, **a.g.e.**, s. 243.

³ Sarı, **a.g.e.**, s. 243, 252.

⁴ Zeytin, **a.g.e.**, N. 798, Gümüş, **a.g.e.**, s. 417.

⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1393.

⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 253.

⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 253.

⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 253.

Üçüncü kişiye başvuru, borçlu eşin takibinin devamıdır. TMK m. 229 uyarınca yapılan farazi ekleme, ancak aleyhine üçüncü kişilere kazandırmada bulunulan eş, eklenecek değerlerin dahil edildiği katılma alacağına kavuşursa anlam kazanacaktır. Katılma alacaklısı eş, katılma alacağına diğer eşin üçüncü kişilere karşılıksız kazandırmalarda bulunması nedeniyle tam olarak kavuşamayacak olursa ekleme, katılma alacaklısı eşin hakkının kâğıt üzerinde kalmasına neden olacaktır.

Katılma alacaklısı eşin kazandırma ya da devir lehtarına başvurabileceği tek yol TMK m. 241 değildir. Doktrinde üçüncü kişiye yöneltilebileceği kabul edilen diğer talepler, muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi talebi ile İcra ve İflas Kanunu’nun 277. maddesine dayalı tasarrufun iptali talebidir⁹. Tüm bu başvurulardaki temel hukuki sorun, aynî, dolayısıyla da mutlak olmayan bir hakkın üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesidir. TMK m. 241 ve İİK m. 277 vd. açısından bu durum bir kanun hükmüyle aşılmışken muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi talebi açısından hukuki yarar kriterine dayanılmıştır. Bu bölümde öncelikle eklenecek değerlerin uzantısı olan TMK m. 241 incelenecek, ardından diğer taleplere değinilecektir.

II. TMK m. 241 Uyarınca Üçüncü Kişiye Başvuru

Doktrinde TMK m. 229 miras hukukuna ilişkin ekleme kuralının yansıması olduğu gibi TMK m. 241’in de miras hukukuna ilişkin tenkis talebinin bir yansıması olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Hatta İsviçre doktrininde iki kurum miras hukukuna ilişkin tenkis (*réduction successorale*) ve mal rejimine ilişkin tenkis (*réduction matrimoniale*) olarak ifade edilmektedir¹¹. Gerçekten de “azaltma, eksiltme”¹² anlamına gelen tenkis kavramının, üçüncü kişiye yapılan kazandırmaların belirli şartlarda eksileceğini öngören iki kurumu birlikte karşılaması mümkündür. Ancak miras hukukunda tenkise tabi bir kazandırma, tenkis kararıyla saklı payı ihlal ettiği oranda herkes yönünden geçersiz olurken¹³ TMK m. 229’a tabi bir kazandırma geçersiz olmayıp TMK m. 241’e

⁹ Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 227, 234.

¹⁰ Gümüüş, **a.g.e.**, s. 418.

¹¹ Rachel Christinat, **Art. 220, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 6.

¹² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (<http://sozluk.gov.tr/>).

¹³ Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 97.

göre açılan dava da bu durumu değiştirmez. Dolayısıyla TMK m. 241'in uygulaması incelenirken miras hukukunun tenkis düzenlemelerinden yararlanılacak fakat bu önemli fark hep göz önünde bulundurulacaktır. Ayrıca Türk hukukunda tenkis ifadesi miras hukukuna özgü olarak anlaşıldığı için mal rejimine ilişkin tenkis ifadesi çalışmamızda tercih edilmemiştir. Doktrinde TMK m. 241'e dayanan bu dava, eksik katılma alacağı davası olarak da adlandırılmaktadır¹⁴.

Bir örnekle açıklamak gerekirse¹⁵ Bayan (K) eklenecek değer teşkil eden 60.000 TL değerinde bir karşılıksız kazandırma yapmış olsun. Tasfiye anında Bayan (K)'nin malvarlığı, 20.000 TL değerinde edinilmiş maldan ve 5.000 TL değerinde kişisel maldan meydana gelmektedir. Eři Bay (E)'nin edinilmiş malları ise 10.000 TL'ye karşılık gelmektedir. Eklemenin yapılmasıyla Bayan (K)'nin edinilmiş mallarının değeri 80.000 TL'ye yůkselecektir. Bۆylece Bay (E)'nin Bayan (K)'den katılma alacağı 40.000 TL; Bayan (K)'nin Bay (E)'den katılma alacağı 5.000 TL olur. Alacaklar takas edildikten sonra Bay (E)'nin 35.000 TL katılma alacağına sahip olduğu tespit edilmiş olacaktır. Bunun 25.000 TL'si Bayan (K)'nin malvarlığından (20.000 TL edinilmiş + 5.000 TL kişisel mal) karşılanacak fakat 10.000 TL'lik kısmı açıkta kalacaktır. Bu kısmı karşılamak için Bay (E) 60.000 TL değerindeki kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurabilecektir.

TMK m. 241'de öngörölen imkân yalnızca katılma alacağının ifası açısından öngörölmüřtür¹⁶. Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamındaki diğer alacaklar (örneğin değer artış payı) TMK m. 241'in kapsamına girmemektedir¹⁷. Katılma alacağının miktarının nasıl belirlendiğinin de (mal rejimi sözleşmesine ya da kanuna göre, eşlerin anlaşması ya da dava yoluyla) bir önemi yoktur¹⁸.

¹⁴ Ömer Uğur Gençcan, **Mal Rejimleri Hukuku**, 5. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

¹⁵ Verilen örnek, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1398'deki örnekten uyarlanmıştır.

¹⁶ Zeytin, **a.g.e.**, N. 805, Sarı, **a.g.e.**, s. 253.

¹⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 806, Gümüş, **a.g.e.**, s. 420.

¹⁸ Heinz Hausheer, Ruth Reusser, Thomas Geiser, **Art. 220, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht: Band II, 1. Abteilung Das Eherecht 3. Teilband Das Güterrecht der Ehegatten 1. Unterteilband Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB**, Haz. Arthur Meier-Hayoz, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992, N. 7, Heinz Hausheer, Regina Aebi-Müller, **Art. 220, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N. 18, Zeytin, **a.g.e.**, N.

A. TMK m. 241'in uygulanma şartları

1. Üçüncü kişiye yapılmış TMK m. 229 kapsamında bir kazandırma bulunması

TMK m. 241/f. 1, tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde alacaklı eşin veya mirasçılarının, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Hükmün lafzına göre TMK m. 241/f. 1'in uygulanma şartlarından ilki, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken bir karşılıksız kazandırmanın varlığıdır. Doktrinde hükmün TMK m. 229/f. 1'in her iki bendindeki kazandırmaları ve devirleri kapsadığı kabul edilmektedir¹⁹. Ancak TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamına giren bazı hâller niteliği gereği TMK m. 241/f. 1'in uygulama alanına dahil olamazlar. İlk olarak, edinilmiş malların değerini azaltan maddi fiiller, bunlardan yararlanan bir üçüncü kişi bulunmadığı için TMK m. 241/f. 1 kapsamında değerlendirilemez²⁰. Kısmen karşılıksız kazandırmalarda ise TMK m. 229/f. 1 açısından benimsenen çözüme uygun şekilde üçüncü kişiye başvuru ancak karşılıksız kısım için mümkün olacaktır²¹.

Kazandırma iradesi bulunmadan malın değerinin altında gerçekleştirilen karşılıklı devirler açısından ise konu doktrinde tartışmalıdır. Diğer eşin katılma alacağını

805, Sarı, **a.g.e.**, s. 253. Bununla birlikte Hausheer, Reusser, Geiser'e göre eşler mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılım oranını arttırmışlarsa bu alacak için üçüncü kişiye başvuru ancak mal rejimi sözleşmesinin kazandırmadan sonra yapılmış olması hâlinde mümkündür (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 35). Doktrinde Genç Arıdemir, böyle bir zamansal sınırlamanın ancak dürüstlük kuralı yoluyla getirilebileceğini ileri sürmektedir (Arzu Genç Arıdemir, "TMK m. 241'e Göre Karşılıksız Kazandırmadan Yararlanan Üçüncü Kişiye Karşı Açılan Dava ile Miras Hukukuna İlişkin Tenkis Davası Arasındaki İlişkiler", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, C:13, S:169-170, s. 39).

¹⁹ **Message**, N. 222.553, Piotet, **Régime matrimonial**, s. 149, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1399, Paul-Henri Steinauer, **Art. 220, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 10, Zeytin, **a.g.e.**, N. 807, Sarı, **a.g.e.**, s. 254. Belirtmek gerekir ki TMK m. 229/f. 2 eklenecek değerlere ilişkin mahkeme kararının, bunlardan yararlanan üçüncü kişiye ileri sürülmesini düzenlemektedir. Doktrinde Sarı'ya göre bu imkânın birinci fıkradaki tüm işlemler için öngörülmüş olması, TMK m. 241'in TMK m. 229/f. 1'deki iki bendi de kapsadığını göstermektedir (Sarı, **a.g.e.**, s. 254).

²⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 12.

²¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 254.

azaltmak kastıyla gerçekleştirilen bu karşılıklı devirlerin, bunlardan yararlanan üçüncü kişinin, işlem tarafı eşin niyetini bilip bilmediğine bakılmaksızın TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca artık değer hesabında edinilmiş mallara değer olarak ekleneceğine şüphe yoktur. Tartışma, böyle devirlerin TMK m. 241/f. 1 kapsamına girip giremeyeceğine ilişkindir. Doktrinde bir fikir TMK m. 229/f. 1, b. 2 açısından benimsenen tutumun üçüncü kişiye başvuruda da sürdürülmesinin hukuk güvenliğini sarsacağını savunmaktadır²². Bu nedenle bu görüşe göre kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurulabilmesi, onun tarafından devri gerçekleştiren eşin bilinçli olarak avantajsız bir işlem yaptığının devir anında bilinebilir olmasına bağlıdır²³. Örneğin Bay (E) edinilmiş mal kesimine ait 35.000 TL değerindeki antika bir vitrini, eşi Bayan (K)'nin katılma alacağını azaltmak için antikacı Bay (A)'ya 10.000 TL üzerinden satmış olsun²⁴. Bu değer her şekilde edinilmiş mallara eklenecektir. Bununla birlikte eğer Bay (A) verilen fiyatın Bay (E)'nin antika parçanın gerçek değerini bilmemesinden kaynaklandığını düşünüyorsa Bayan (K), Bay (A)'ya TMK m. 241 uyarınca başvuramayacaktır. Bu fıkra karşısında yer alan baskın görüşe göreyse sürüm değerinin altında gerçekleştirilen karşılıklı devirler hükmün kapsamına girmektedir²⁵. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının da davalı sıfatı taşıması açısından bir önemi olmayacaktır²⁶. Biz de hâkim fikre katılıyor ve eklemeye tabi tüm işlemler için bunlardan yararlanan üçüncü kişilere başvurulabileceğini düşünüyoruz. İşlemi yapan eşin niyetini bilmeyen üçüncü kişiyi katılma alacağının ifasından sorumlu tutma fikri ilk bakışta yadırganabilir. Ancak bu sonucu, edimler arası dengesizliğe dayandırmak mümkündür. Nasıl ki karşılıksız kazandırmalarda, alacağın nispileği ilkesine rağmen kanun koyucu kazandırma karşılıksız olduğu için üçüncü kişiye başvurunun önünü açmıştır, burada da aynı sonuç karşı edimin değeri oldukça düşük olduğu için benimsenecektir. Ayrıca, TMK m. 299/f. 1, b. 2 kapsamındaki karşılıklı devirlerde

²² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 12.

²³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 12.

²⁴ Örnek, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 12'de verilen örnekten uyarlanmıştır.

²⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 254. Aynı yönde bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 420 (Yazar, Türk Medeni Kanunu'nun ifadesinin bu anlamda yanıltıcı olduğunu ve eşin kazanç sağlamadığı ivazlı devirleri dışarıda bıraktığı için hükmün kaynak kanundaki gibi "karşılıksız" ifadesinden arınmış hâlinin tercih edilmesi gerektiğini savunmaktadır.), Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 42.

²⁶ Acar, **a.g.e.**, s. 296, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 44.

üçüncü kişinin, işlemi yapan eşin niyetini bildiğini ispatlamak çok güçtür. Bu nedenle böyle bir şartın aranması, TMK m. 241'in TMK m. 229/f. 1, b. 2 için de uygulanacağı yönündeki kabulü, sınırlı hâle getirecektir.

Doktrinde bir görüş TMK m. 241/f. 1'in uygulama alanını daha da genişleterek TMK m. 229/f. 1'in ötesine taşımaktadır²⁷. Örneğin eşlerden birinin kişisel mallarından malvarlığını azaltan kazandırmalar yaparak kendisini katılma alacağını karşılayamayacak duruma getirmesi mümkündür²⁸. Anılan görüş bu durumda hükmün amacını göz önünde bulundurarak kişisel malı konu edinen kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurulması gerektiğini savunmaktadır²⁹. TMK m. 241/f. 1'in uygulama alanının geniş yorumlanmasına başka bir örnek mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan kazandırmalardır³⁰. Aslında bu kazandırmalar, TMK m. 228/f. 1 uyarınca edinilmiş mallar arasında sayılır ve katılma alacağının azalmasına yol açmazlar³¹. Ancak anılan görüş katılma alacağının ifasını güvence altına almak amacıyla artık değer hesabında zaten dikkate alınan bu kazandırmalar için üçüncü kişiye başvuru imkânını kabul etmektedir³². Görüldüğü üzere burada amaç, katılma alacağının gerçeğe uygun hesaplanmasını sağlamak değil ifasına daha fazla hukuki koruma sağlamaktır³³. Hükmü oldukça geniş yorumlayan bu görüş dahi tasfiye tamamlandıktan sonra yapılan kazandırmalar açısından TMK m. 241/f. 1'e uygulama alanı tanımamıştır³⁴.

²⁷ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 14, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 20, Daniel Steck, Roland Fankhauser, **Art. 220, FamKommentar Scheidung Band I: ZGB**, Haz. Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017, N. 9.

²⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 14, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 9.

²⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 14 (Yazarlara göre bu durumda TMK m. 229'un bazı şartları kıyasen uygulanacaktır.), Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 9.

³⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 15, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 20, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 9, Zeytin, **a.g.e.**, N. 807.

³¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 15, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 20, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 9, Zeytin, **a.g.e.**, N. 807.

³² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 15, Zeytin, **a.g.e.**, N. 808.

³³ Çünkü mal rejiminin sona ermesinden sonra eklenecek değerlere ilişkin tanınan hukuki koruma, mevcut kabul edilen mallara tanınandan daha fazladır (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 15).

³⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 15.

Açıklanan bu görüşün karşısında yer alan diğer yazarlar, hükmün böyle geniş yorumunun maddenin amacını aşacağını savunmaktadır³⁵. Geniş yorum tercih edilecek olursa yapılan tüm kazandırmalar katılma alacaklısı eşin başvurusuna açık duruma gelecek ve ekleme mekanizmasıyla korunmak istenen tasarruf serbestisi ilkesi zedeleneyecektir³⁶. Gerçekten de TMK m. 241'in lafzı yalnızca eklenecek değerlere yöneliktir. Kanun koyucu üçüncü kişiye başvuruyu, alacaklı eşin katılma alacağına özgü ve onu takip eden bir imkân olarak düzenlemiştir. Katılma alacağının hesabında dikkate alınmayan bir işlem³⁷ için üçüncü kişiye başvurulması edinilmiş mallara katılma rejiminin temel esaslarıyla bağdaşmamaktadır³⁸. Ayrıca TMK m. 241, alacağın nispiyeti ilkesine bir istisna getirdiği için yorumla genişletilmemelidir³⁹. Bütün bu gerekçelerle biz de TMK m. 241/f. 1'in yalnızca eklenecek değerler açısından uygulama alanı bulacağını kabul etmekteyiz. Yargıtay da kararlarında bu anlama gelebilecek olan şu ifadeye yer vermektedir: *"TMK'nun 229. maddesinin TMK'nun 241. maddesinden ayrı ve bağımsız olarak uygulanması mümkün görülmemektedir."*⁴⁰

Peki bu durumda alacaklı eş, borçlu eş tarafından mal rejimi sona erdikten sonra yapılan elden çıkarmalara karşı nasıl korunacaktır? Gerçekten borçlu eş, katılma alacağını ifa etmemek için edinilmiş ve kişisel mallarını her zaman elden çıkarabilir. Benimsediğimiz görüşe göre borçlu eş bu yöntemle, TMK m. 229/f. 1 şartlarını sağlayan elden çıkarmalar dışında, TMK m. 241 uyarınca üçüncü kişiye başvuru yolunu kapatmış olmaktadır. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere TMK m. 241

³⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, s. 790 dn. 56, Steinauer, **Art. 220**, N. 10, Sarı, **a.g.e.**, s. 255, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 43.

³⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, s. 790 dn. 56.

³⁷ Tasfiye TMK m. 235 uyarınca mal rejiminin sona erdiği anda mevcut olan mallar (ve eklenecek değerler) üzerinden yapılmaktadır. Mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan işlemler artık değer hesabına etki etmez ve artık değer, işlem konusu mallar mevcutmuş gibi hesaplanır. Bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 807, Sarı, **a.g.e.**, s. 255.

³⁸ Zeytin, **a.g.e.**, N. 798.

³⁹ Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 43.

⁴⁰ Yargıtay, 8. HD., 20.05.2013, E. 2012/11057 K. 2013/7419 (www.lexpera.com.tr). Ancak kanaatimizce bu ifadenin doğrusu "TMK m. 241, TMK m. 229'dan ayrı ve bağımsız uygulanamaz" şeklinde olmalıdır. Çünkü eklemekten yararlanan eşin tasfiye sonrasında katılma alacaklısı olmaması hâlinde, TMK m. 229 uyarınca edinilmiş mallara değer olarak bir ekleme yapılması fakat bu eşin üçüncü kişiye başvuramaması mümkündür. Bu ihtimalde TMK m. 229 uygulama alanı bulurken TMK m. 241'in uygulanması söz konusu olmaz. Bu konuda çeşitli ihtimallerin değerlendirilmesi için bkz. Okur, **a.g.m.**, s. 169 vd.

alacaklı eşe katılma alacağını elde edebilmek için tanınan tek imkân değildir. Örneğin mal rejimi sona erdikten sonra yapılan devirler nedeniyle katılma alacağına kavuşamayan eşin ya da mirasçılarının İcra ve İflas Kanunu m. 277'ye dayanan iptal davası yoluyla katılma alacağını elde etmesi mümkün görülmektedir⁴¹.

Sonuç olarak TMK m. 241/f. 1, TMK m. 229/f. 1'deki işlemlere yönelik olarak uygulanacaktır. Ayrıca uygulama açısından işlemin birinci ya da ikinci bende girmesi arasında bir fark bulunmamaktadır⁴².

2. Kazandırmayı yapan borçlu eşin malvarlığının ya da terekesinin katılma alacağını karşılamaması

TMK m. 241, alacaklı eşin üçüncü kişilerden talepte bulunabilmesini borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin tasfiye sırasında katılma alacağını karşılamamasına bağlamıştır. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere borçlu eş katılma alacağından yalnızca edinilmiş mallarıyla değil, bütün malvarlığıyla sorumludur⁴³. Dolayısıyla katılma alacağının karşılanıp karşılanmadığı belirlenirken, edinilmiş mallar gibi kişisel mallar ve bu iki gruba da dâhil olmayan (örneğin mal rejiminin sona ermesinden sonra edinilen) mallar dikkate alınacaktır⁴⁴. Ancak bu malların tamamının değil, haczedilebilir nitelikte olanlarının değerinin esas alınacağını hatırlatmakta fayda vardır⁴⁵. Bu bölümde borçlunun malvarlığının ya da terekesinin diğer eşin katılma alacağını karşılayıp karşılamadığının belirlenmesine ve ispatına ilişkin meselelere değinilecektir.

⁴¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 255. Doktrinde Hausheer, Reusser, Geiser, bu imkânın mal rejimi sona erdiğinde malvarlığında bulunan fakat daha sonra elden çıkarılan malvarlığı değerleri için yeterli bir koruma olmadığını savunmaktadır (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 15).

⁴² Sarı, **a.g.e.**, s. 254.

⁴³ Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 338.

⁴⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 18.

⁴⁵ Bu konuda bkz. Muzaffer Şeker, “Eşin ve Eşlerin Üçüncü Kişilerle Yaptıkları Hukuki İşlemlerden Kaynaklanan Borçlarından Dolayı Cebri İcra Yoluyla Takipleri”, **Legal Hukuk Dergisi**, S:68, 2008, s. 2615 vd.

a. Katılma alacağının borçlunun malvarlığından karşılanamadığının belirlenmesi ve ispatı

Katılma alacağının karşılanamaması, katılma alacağının kısmen veya tamamen borçlu eşten tahsil edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılmasıdır⁴⁶. Katılma alacağı ödenmişse artık üçüncü kişiye başvuru söz konusu olmamaktadır⁴⁷. Aynı şekilde borçlu eşin malvarlığı ya da terekesi katılma alacağını karşılamaya yetecek durumdaysa yine üçüncü kişiye başvurulamaz⁴⁸. Uygulamada mahkemelerin katılma alacağının borçlu eş ve kazandırma lehtarları üçüncü kişiden müteselsilen tahsiline karar verdiği görülmektedir. Bu kararlar Yargıtay tarafından isabetli olarak bozulmakta⁴⁹ ve üçüncü kişiye ilişkin davanın ayrılarak katılma alacağının borçlu eşten tahsil edilebilme durumunun bekletici sorun yapılması gerektiği belirtilmektedir⁵⁰. Öyleyse öncelikle katılma alacağının karşılanmadığının nasıl ve ne zaman belirleneceği sorunu

⁴⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 255, Gümüş, **a.g.e.**, s. 419.

⁴⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 799, Sarı, **a.g.e.**, s. 255.

⁴⁸ Zeytin, **a.g.e.**, N. 799, Sarı, **a.g.e.**, s. 255.

⁴⁹ Yargıtay 8. HD., 20.5.2013, E. 2012/11057, K. 2013/7419 (www.kazanci.com.tr): “Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere TMK.nun 229. maddesinin tek başına ve aynı kanunun 241. maddesinden bağımsız olarak ve ayrı yorumlanarak suretiyle uygulanması düşünülemez. Bu nedenle, Mahkemece hüküm altına alınan 231.500,00 TL artık değerın sadece davalı eş Ş.’dan tahsiline karar verilmesi gerekirken hükmü temyiz eden ve üçüncü kişi durumunda bulunan davalı S. S.’da katılmak suretiyle davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Çünkü TMK.nun 219. maddesinde öngörülen ekleme, sadece hesabi bir işlem olarak görülmektedir. Doktrinde ağırlıklı görüşte bu yöndedir. Dosya kapsamından, TMK.nun 241. maddesinde öngörülen katılma alacağından eksik kalan kısmın olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Eksikliğin bulunması halinde TMK.nun 241. maddesi devreye girmektedir.”

⁵⁰ Yargıtay 8. HD., 7.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275 (www.kazanci.com.tr): “Mahkemece, mal rejiminin tasfiyesi hakkında nihai karar verilmesiyle başlayan tasfiye süreci, alacak miktarının tahsil edilmesiyle tamamlanır. Borçlu eşin mal varlığının ya da terekesinin tasfiye borcunu karşılamaya yetip yetmediği ancak bu sürecin ilerleyen aşamalarında belli olacağından, üçüncü kişinin daha tasfiyenin başlangıcında (mahkeme kararıyla) borçtan sorumlu tutulması doğru olmaz. O halde, eşle birlikte eşten kazandırma veya devralan üçüncü kişiye karşı dava açılması durumunda, mahkemece yapılması gereken iş; HMK’nin 167. maddesi uyarınca üçüncü kişiye (davalı ...’e) karşı açılan dava hakkında “ayırma kararı” verilerek davanın ayrı bir esasa kaydının sağlanması; bu davada eski eşe karşı açılan katılma alacağı davası sonucunun ve alacağa karar verilmiş ise, eşden tahsil edilebilme durumunun HMK’nin 165/1. maddesi gereğince “bekletici sorun” yapılması olmalıdır. Yukarıda yapılan açıklama ve değerlendirmeler karşısında; mahkemece davalı ... hakkında açılan dava için, açıklanan yönde işlem ve inceleme yapılması gerekirken; hüküm altına alınan katılma alacağının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi de doğru değildir.”

çözölmelidir. Bu bölümdeki açıklamalar borçlunun malvarlığı esas alınarak yapılacak, ardından terekeye ilişkin farklılıklar belirtilecektir.

Borçlu eşin bütün borçları düşüldükten sonra kalan malları katılma alacağına denk gelmekte yetersizse malvarlığı katılma alacağını karşılamıyor demektir⁵¹. Bu değerlendirmeyi yaparken borçlu eşin yalnızca edinilmiş malları değil tüm malvarlığı değerleri özellikle diğer eşten olan alacakları hatta katılma payı avansı olarak verdiği miktar da dikkate alınacaktır⁵².

Katılma alacağı ve malvarlığı karşılaştırması için malvarlığında yer alan haklar katılma alacağı gibi parasal bir büyüklüğe çevrilmelidir. Bu amaçla malvarlığı değerlemesi yapılacaktır. Değerleme, esas alınan değer türüne ve değer biçme anına göre gerçekleştirilecektir. Esas alınan değer türü genel kurala uygun şekilde sürüm değeridir⁵³. Hangi andaki sürüm değerinin dikkate alınacağı ise hükümden açıkça anlaşılamamaktadır. Hükümde yer alan “*Tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde*” ifadesi değerlemenin “*tasfiye sırasında*” yapılacağı anlamına gelir. Ancak tasfiye bir aşama olup belirleyici an yine açık değildir. Doktrinde belirleyici anın tasfiyenin sona ermesi anı olduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Katılma alacağı tasfiyenin tamamlanmasıyla muaccel olduğu⁵⁵ için tamamlayıcı nitelikteki üçüncü kişiye başvuru hakkının da buna paralel düzenlenmesi yerindedir. Böylece tasfiye sona erdiğinde borçlu eşin yine bu tarihte değer biçilen malvarlığı, alacaklı eşin katılma alacağını karşılamaya yetmiyorsa, alacaklı eş, üçüncü kişilere başvurabilecektir⁵⁶.

Kanun koyucu, TMK m. 241’in uygulanması için borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetmemesini şart koştuğuna göre alacaklı eş katılma

⁵¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1397.

⁵² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1397.

⁵³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 20, Zeytin, **a.g.e.**, N. 809, Sarı, **a.g.e.**, s. 367. Tarımsal işletmeler için gelir değil sürüm değerinin dikkate alınacağı yönünde bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 809, en yüksek değer dikkate alınacağı yönünde bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 20.

⁵⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1397, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 2, Steinauer, **Art. 220**, N. 9, Zeytin, **a.g.e.**, N. 809.

⁵⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 247.

⁵⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1397.

alacağının ödenmesi için öncelikle borçlu eşe başvurulmalıdır⁵⁷. Zira üçüncü kişi, alacaklı eş kendisine doğrudan doğruya başvurunca onun katılma alacağını borçlu eşten elde edebileceğini ileri sürebilir⁵⁸. Bu noktada üçüncü kişiye başvuran alacaklı eşin, borçlunun malvarlığının katılma alacağını karşılamadığını ispatlaması gerekmektedir⁵⁹.

Doktrinadaki hâkim fikre göre borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılayamadığının tespit edilmesi için aciz vesikası alınması zorunlu değildir⁶⁰. Bu görüşteki yazarlar, borçlunun takip edilmesinin bile gerekmediğini⁶¹ ve alacaklı eşin borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılayamadığını her türlü delille ispatlayabileceğini kabul etmektedir⁶².

Karşıt fikre göreyse önce borçlu eş ya da mirasçıları takip edilmeli ve takip sonucunda aciz vesikası alınmalıdır⁶³. Bu fikir, katılma alacağından borçlunun tüm malvarlığıyla sorumlu olmasına dayandırılmıştır⁶⁴. Ancak bu görüşe göre de katılma alacağının borçludan ya da örneğin tereke borca batık olduğu için mirasçılarından tahsil edilemeyeceği çok açıksa icra takibi yapılması ve aciz vesikası alınması şartları aranmayacaktır⁶⁵.

Fikrimizce borçlunun malvarlığının katılma alacağını karşılamadığına ilişkin ispat yükü, alacaklı eşin üzerinde olduğu müddetçe üçüncü kişinin bir de aciz vesikası şartıyla korunmasına ihtiyaç yoktur. Örneğin katılma alacaklısı eş, borçlu eşten katılma alacağının ifasını talep ettiği sırada, başka bir alacaklının borçlu eşe karşı yürüttüğü icra takibinde borçlunun haczedilebilir malı bulunmadığı ortaya çıkmış olabilir. Böyle bir durumda alacaklı eşe, kanunun öngörmediği şekilde icra takibi

⁵⁷ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 29, Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 226.

⁵⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 29. Hatta üçüncü kişi, alacaklı eşin talebin icrasında gerekli özeni göstermediğini dahi ileri sürebilecektir (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 29).

⁵⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 256, Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 218, Christinat, **Art. 220**, N. 25.

⁶⁰ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, s. 789 dn. 52, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 26.

⁶¹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 799, Sarı, **a.g.e.**, s. 256.

⁶² Sarı, **a.g.e.**, s. 256.

⁶³ Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 338, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 41. Ancak Şıpka, daha sonraki eserinde borçlu eşin takip edilmesi gerektiğini fakat aciz vesikası alınmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir. Bkz. Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 219.

⁶⁴ Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 338,

⁶⁵ Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 338, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 41.

yapmak ve aciz vesikası almak ödevinin yüklenmesi alacaklı eşin korunması amacına uygun düşmemektedir. Ayrıca kanun koyucu böyle bir şart aradığında bunu açıkça belirttiği için (örneğin İcra ve İflas Kanunu m. 277) TMK m. 241 açısından aciz vesikası alınması şartının aranmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

b. TMK m. 239/f. 2'nin uygulanması hâlinde katılma alacağının karşılanmadığının belirlenmesi

Somut olayda TMK m. 239/f. 2'nin şartları oluşmuş ve katılma alacağının ödenmesi ertelenmiş olabilir. Bu ihtimalde, katılma alacağı tasfiye sonucunda belirli hâle gelmekte fakat ödeme vadeye bağlanmakta ya da taksitlere bölünmektedir⁶⁶. Kanun koyucu anılan hüküm ile borçlu eşin, katılma alacağını yalnızca mevcut mallarından değil, tasfiyeden sonra elde edeceği gelirlerinden de ödeyebileceğini öngörmüştür⁶⁷. TMK m. 241'in uygulanması açısından borçlunun malvarlığının tasfiyenin sona erdiği andaki değeri dikkate alınırsa onun gelecekteki gelirleri hesaba katılmamış olur. Gelirler hesaba katılmaksızın değerlemesi yapılan malvarlığı, katılma alacağını karşılamaya yetmezse alacaklı eş bu ölçüde üçüncü kişiye başvurabilir. Bu sonuç borçlu eşin ödeyebileceği katılma alacağı için üçüncü kişiyi sorumlu tutmak anlamına gelmektedir. Özellikle borçlu eş güvence göstermişse (TMK m. 239/f. 3) katılma alacağının bu eşten tahsil edileceği daha da kesinleşmektedir. Bu ihtimallerde alacaklı eş, TMK m. 241'den yararlanma imkânı tanımak, üçüncü kişinin sorumluluğunun tali niteliğine⁶⁸ ters düşecektir.

Bahsedilen sakıncaların giderilmesi için TMK m. 241 açısından malvarlığının geniş yorumlanması ve gelecekte elde edilmesi beklenen gelirlerin hesaba katılması düşünülebilir. Böylece katılma alacağının malvarlığından karşılanamaması şartı sağlanmayacak ve üçüncü kişiye başvuru yolu kapanacaktır. Ancak bu kez de doktrindeki bir fikre göre katılma alacaklısı eş, borçlu eşin ileride borcunu ödeyememesinin rizikosunu Türk Medeni Kanunu'nda öngörülmeyen şekilde üzerine

⁶⁶ Zeytin, **a.g.e.**, N. 809, Sarı, **a.g.e.**, s. 250.

⁶⁷ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 22, Zeytin, **a.g.e.**, N. 809.

⁶⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 24, Gümüş, **a.g.e.**, s. 420.

almış olmaktadır⁶⁹. Çünkü borçlu eş süre tanınması onun katılma alacağını kesinlikle ifa edeceği anlamına gelmemektedir⁷⁰. Kanun, herhangi bir güvence göstermesini de zorunlu tutmamıştır (TMK m. 239/f. 3)⁷¹. Borçlu eş süre içinde ödemeyi gerçekleştiremezse üçüncü kişiye başvuru imkânı kalmayan diğer eş katılma alacağına kavuşamamış olacaktır⁷². Doktrinde bu nedenle gelecekte elde edilmesi beklenen gelirlerin, bu belirlemede dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir⁷³.

c. Malvarlığında daha sonra meydana gelen değişimlerin etkisi

Borçlu eşin elde edeceği gelirler dışında malvarlığında tasfiyeden sonra meydana gelen değer değişimlerinin üçüncü kişiye başvuru hakkına etkisi tartışmalıdır. Bu tartışmanın sebebi, tasfiye sırasındaki değerlendirmeye göre tanınan üçüncü kişiye başvuru hakkının kullanılmasının tasfiye aşamasıyla sınırlı olmamasıdır⁷⁴. Dava hakkı, TMK m. 241/f. 2’de belirtilen hak düşürücü sürenin sonuna kadar devam etmektedir⁷⁵. Bu süreçte, diğer eşin katılma alacağını tasfiye sırasında karşılayan borçlu eşin malvarlığı, değer azalması nedeniyle katılma alacağını karşılamıyor duruma gelebilir. Tam aksine tasfiye sırasında borçlu eşin malvarlığı katılma alacağını karşılamaya yeterli değilken daha sonra malvarlığının değerinin artması ve katılma alacağını karşılamaya yeterli hâle gelmesi mümkündür.

Doktrindeki baskın görüş tasfiye sonu kriterini mutlak şekilde uygulamakta ve borçlu eşin mallarının tasfiyeden sonra değer kazanmasının ya da kaybetmesinin bir önemi olmadığını savunmaktadır⁷⁶. Bu görüş kabul edilirse üçüncü kişiye başvurma

⁶⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 22.

⁷⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 22.

⁷¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 22. Bkz. TMK m. 239/f. 3: “...durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebilir.”

⁷² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 22, Zeytin, **a.g.e.**, N. 809.

⁷³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 22, Zeytin, **a.g.e.**, N. 809, Gümüş, **a.g.e.**, s. 420. Ancak Hausheer, Reusser, Geiser’e göre alacaklı eş borçlu eşe verilen süre içinde üçüncü kişiye başvurduğunda üçüncü kişi alacağın muaccel olmadığını ileri sürebilecektir. Yazar sürenin sona ermesinden sonra ise üçüncü kişinin, alacaklı eşin önce borçlu eşe ya da mirasçılara başvurması gerektiğini ileri sürebileceğini savunmaktadır. Bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 22.

⁷⁴ Tasfiye aşamasıyla sınırlı olmadığı yönünde bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 255.

⁷⁵ Hak düşürücü süreye ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm/III/D/2.

⁷⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1397, Steinauer, **Art. 220**, N. 9, Christinat, **Art. 220**, N. 9.

şartları tasfiye sırasında değerlendirilen eş, bu şartların daha sonra değişmesinden ne olumlu ne olumsuz anlamda etkilenecektir. Konu farklı görüşler barındırdığı için malvarlığında kötüleşme ve iyileşme şeklinde ikiye ayrılarak incelenmelidir.

Malvarlığında kötüleşme borçlu eşin aktifinin azalması (malların değer kaybetmesi, devredilmesi ya da yok olması) ya da pasifinin artması şeklinde gerçekleşebilir⁷⁷. Doktrindeki bir fikir, tasfiye sonrası kötüleşmelerin, malvarlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır⁷⁸. Bu görüşe göre tasfiye sırasında eşin malvarlığı katılma alacağını karşılamaya yetiyor olsa bile sonradan bir azalma meydana gelirse alacaklı eş üçüncü kişilere başvurabilecektir⁷⁹. Buna karşın doktrindeki hâkim fikre göre hangi şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin tasfiyeden sonraki kötüleşme üçüncü kişiye karşı bir talep meydana getirmeyecektir⁸⁰. Böylece katılma alacağının sonradan ödenmemesinin rizikosu yalnızca alacaklı eş üzerine bırakılmış olmaktadır⁸¹. Maddenin gerekçesi de bu çözümü destekler niteliktedir. Gerekçeye göre borçlu eş tasfiyeden sonra mallarını devretmeye kalkarsa gerekli önlemleri alma yükümlülüğü alacaklı eşe aittir⁸². Dolayısıyla bunu yerine getirmeyerek katılma alacağına kavuşamayan alacaklı eş sonucuna katlanmalıdır⁸³.

Malvarlığında sonradan meydana gelen iyileşmeler doktrinde daha büyük tartışma yaratmıştır. Bunun sebebi, katılma alacağının ödenmesinden sorumluluğun öncelikle borçlu eşe, ikincil olarak üçüncü kişiye ait olmasıdır⁸⁴. Borçlu eşin sonradan elde edeceği gelirler gibi mallarının değerinin artması da onu katılma alacağını ödeyebilir duruma getirebilir. Bu ihtimalde üçüncü kişiye başvuru yolunun tanınıp tanınmaması oldukça hassas bir dengedir. Alacaklı eşin üçüncü kişiye başvurabileceği kabul edilirse

⁷⁷ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 23.

⁷⁸ Sarı, **a.g.e.**, 256.

⁷⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 256. Yazar, hak düşürücü sürenin dolmaması kaydını düşmektedir.

⁸⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 23, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 21. Kuralın mutlak şekilde uygulanacağını savunan yazarlar da bu gruba dahil edilmelidir. Bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1397, Steinauer, **Art. 220**, N. 9, Christinat, **Art. 220**, N. 9.

⁸¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 23.

⁸² **Message**, dn. 334 s. 1373. Bu önlemler öncelikle icra hukukunun tanıdığı önlemlerdir, ayrıca evlilik devam ediyorsa hâkimden koruyucu ya da geçici önlemler talep edilebilir (**Message**, s. 1373 dn. 334).

⁸³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1397, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 10.

⁸⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 24.

borçlu borcunu ödeyebilecekken başkasından talep edilmesi söz konusu olur ki bu alacağın nispileği ilkesini zedeler. Buna karşılık üçüncü kişiye başvuru yolu kapatılırsa borçlu eşin malvarlığındaki geçici iyileşme sonrası tekrar katılma alacağını ifa edemez duruma gelmesinin riski, alacaklı eşin üzerine kalmış olacaktır⁸⁵.

Doktrinde tasfiye sonu ölçütünün mutlak şekilde uygulanması gerektiğini savunan yazarlar, malvarlığındaki iyileşmeler yönünden de aynı tutumu korumakta ve bunları dikkate almamaktadır⁸⁶. Böylece borçlu eşin malvarlığının değeri artsa da alacaklı eşin üçüncü kişiye başvuru hakkı ortadan kalkmayacaktır⁸⁷. Ancak diğer bir fikre göre malvarlığındaki iyileşmeler yönünden genel kuraldan ve kanunun lafzından ayrılmak gerekmektedir⁸⁸. Böylece borçlu eşin tasfiye sırasında katılma alacağını karşılamaya yetmeyen malvarlığında bir artış meydana gelirse bu artışla karşılanan katılma alacağı için alacaklı eş üçüncü kişiye başvuramayacaktır. Örneğin Bayan (K) 40.000 TL olan katılma alacağının 20.000 TL'lik kısmını, tüm malvarlığı 20.000 TL'lik hisse senedinden oluşan eşi Bay (E)'den tahsil etmeye; kalanı için de Bay (E)'nin boşanmalarından önceki bir yıl içinde taşınmazını bağışladığı yeğeni Bay (Y)'ye başvurmaya hazırlanmaktadır. Bu sırada hisse senedinin değeri 40.000 TL'ye yükselir. Bu durumda anılan görüşe göre Bayan (K)'nin Bay (Y)'ye başvurma imkânı ortadan kalkacaktır.

Esasen bu sorun, tasfiyenin kapsamının ne olduğunun belirlenmesi yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Eğer TMK m. 241/f. 1'de yer alan “*tasfiye sırasında*” ifadesindeki tasfiyenin hem katılma alacağının miktarının belirlenmesini hem de bunun ödenmesini kapsadığı kabul edilirse malvarlığında sonradan meydana gelen

⁸⁵ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 24.

⁸⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1397, Steinauer, **Art. 220**, N. 9, Christinat, **Art. 220**, N. 9. Doktrindeki bir fikre göre malvarlığında sonradan meydana gelen iyileşmeler dikkate alınmasa bile kendisine başvuru üçüncü kişi, hak sahibi eşin alacağını borçlu eşten tahsil edebileceğini ileri sürebilir. Çünkü alacaklı eş, üçüncü kişiye başvurduğu anda borçlu eşten de alacağını talep edebilecek durumdaysa katılma alacağının borçlu eşten tahsil edilemediğini kanıtlamamış olacaktır (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 24, Zeytin, **a.g.e.**, N. 810).

⁸⁷ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 24.

⁸⁸ Gümüş, **a.g.e.**, s. 420. Ancak yazarın gerekçesine katıldığı Hausheer, Reusser, Geiser, malvarlığındaki geçici iyileşmenin dikkate alınmasının, üçüncü kişiye başvuru yolunu kapatarak borçlu eşin katılma alacağını ödeyememesi rizikosunu alacaklı eşe yüklediğini ve kanunun lafzından bu yönde bir ayrılmanın benimsenmesinin zor olacağını belirtmektedir (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 24).

değişimlerden bahsedilemez. Böylece alacaklı eş, hak düşürücü süre içinde alacağını borçlu eşten tahsil edemediği ölçüde üçüncü kişiye başvurabilecektir.

d. Katılma borçlusu eşin ölümü hâlinde katılma alacağının karşılanamaması

TMK m. 241 borçlu eşin ölümü hâlinde üçüncü kişiye başvuru için katılma alacağının malvarlığı yerine terekeden karşılanamamış olmasını aramaktadır⁸⁹. Maddenin lafzı, sağ kalan eşin katılma alacağı için terekeye başvurmasının yeterli olduğu, dolayısıyla mirasçılara başvurmasının gerekmediği yönündedir⁹⁰. Ancak katılma alacağına ilişkin borç bir tereke borcu olduğu için⁹¹ mirasçılar bundan şahsen (TMK m. 599/f. 2) ve müteselsilen sorumlu olacaktır (TMK m. 641/f. 1)⁹². Bu nedenle doktrinde alacaklı eşin, katılma alacağı için önce terekeye başvurması, tereke alacağın tamamını karşılamaya yetmezse mirasçılara başvurması gerektiği kabul edilmektedir⁹³. Katılma alacaklısı eş ancak bu mirasçılardan da alacağını elde edememesi sonucunda üçüncü kişiye başvurabilecektir. Dolayısıyla TMK m. 241'in lafzına rağmen üçüncü kişiye başvurabilmek için katılma alacağının terekeden karşılanamamış olması yetmeyecek, mirasçılardan da tahsil edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılması gerekecektir⁹⁴. Aynı şekilde, alacaklı eşin terekeden ve

⁸⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 30, Zeytin, **a.g.e.**, N. 811, Sarı, **a.g.e.**, s. 256.

⁹⁰ Katılma alacağının terekeden karşılanamaması ifadesiyle anlatılmak istenen terekeye karşı takip yapılması değildir. Türk hukukunda İİK m. 53/f. 2 istisnası dışında takip, terekeye değil mirasçılara karşı yürütülmektedir (Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §1 N. 80).

⁹¹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 811, Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 484, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 69. Tereke borcu mirasbırakanın borçları ile mirasın geçişine bağlı borçlardan oluşmaktadır (Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §1 N. 85). Mal rejiminin tasfiyesinden doğan borç, bazı yazarlara göre mirasbırakanın borçları arasında (Stéphane Spahr, **Art. 603, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédicte Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 7), bazı yazarlara göre ise mirasın geçişine bağlı borçlar arasında (Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §1 N. 85b, Ahu Ayanoğlu Moralı, "Mirasın Açılmasından Önce Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğunda Geçerli Temel İlkeler ve Bu Sorumluluğun Sınırlandığı Haller", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XI, S:145-146, 2016, s. 557) yer almaktadır. Bu görüş, mirasçılarının mirasın geçişine bağlı borçlardan nasıl sorumlu olduklarının her bir borç türüne göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmekte, bununla birlikte katılma alacağının ifası açısından kişisel ve müteselsil sorumluluk esasının uygulanacağını benimsemektedir (Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §7 N. 28a).

⁹² Bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 256.

⁹³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 30, Zeytin, **a.g.e.**, N. 811, Sarı, **a.g.e.**, s. 256.

⁹⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 256.

mirasçılardan tahsil edebileceği miktarda üçüncü kişinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır⁹⁵. Ancak açıklanan bu kural, doktrinde katılma alacaklısı eşin, mirasçılar arasında yer almadığı ihtimal için geçerli kabul edilmektedir. Hak sahibi eşin mirasçılar arasında yer aldığı ihtimalde ise farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir fikre göre katılma alacaklısı eş mirasçı sıfatını taşıyorsa işlem tarafı eşin külli halefi olarak üçüncü kişiden talepte bulunamaz⁹⁶. Dolayısıyla katılma alacağının terekeden ya da mirasçılardan karşılanamaması tartışmasının bu görüşe göre bir anlamı olmayacaktır. Anılan görüşteki yazarlar sağ kalan eşin üçüncü kişiye yalnızca TMK m. 565 uyarınca saklı paylı mirasçı olarak tenkis için başvurabileceğini kabul etmektedir⁹⁷.

Diğer görüş mirasçı olan alacaklı eşe davacı sıfatını tanımakta, fakat TMK m. 641/f. 1'deki müteselsil sorumluluk kuralının bu durumda uygulanmayacağını kabul etmektedir⁹⁸. Bu görüşe göre terekenin mirasçı eşin katılma alacağını karşılamadığı anlaşıldığında, müteselsil sorumluluk söz konusu olmadığı için diğer mirasçılara değil, doğrudan üçüncü kişiye başvuru söz konusu olacaktır⁹⁹. Dolayısıyla üçüncü kişiye başvuru için katılma alacağının terekeden karşılanamaması gerekli ve yeterli görülmüştür¹⁰⁰.

Fikrimizce borçlu eşin ölümü hâlinde konuya iki aşamalı yaklaşılmalıdır. Öncelikle sağ kalan eşin, mirasçı sıfatıyla mirasbırakanın katılma borcundan sorumlu olup olmadığı incelenmelidir. Ancak böyle bir inceleme sonucunda katılma alacaklısı eşin tahsil etmesi gereken miktar ortaya çıkacaktır. Doktrinde bazı yazarlar verdikleri örneklerde katılma alacaklısı sağ kalan eşin, katılma alacağının tamamını terekeden alacağını öngörmekte, ardından bu miktarı terekeden düşerek eşin miras payını kalan

⁹⁵ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 30.

⁹⁶ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 30, Zeytin, **a.g.e.**, N. 812.

⁹⁷ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 30, Zeytin, **a.g.e.**, N. 812.

⁹⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 256, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 69. Bu görüşteki yazarlar, miras hukukunda tereke alacaklısının aynı zamanda mirasçı olduğu durumlarda diğer mirasçıların bu borç için müteselsilen sorumlu olmayacakları kabulüne (bkz. dn. 107'ye ilişkin metin) dayanmaktadır. Tereke alacaklısı mirasçının bu alacağı mirasın paylaşımı sırasında kendi payı hesaplanırken dikkate alınacak, gerekirse bu aşamada bazı tereke malları paraya çevrilip ödenecektir (Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1897)

⁹⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 256.

¹⁰⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 256.

tereke üzerinden yine bir eksiltme yapmadan hesaplamaktadırlar¹⁰¹. Doktrindeki diğer yazarlar ise sağ kalan eşin katılma alacağının miras payı oranında sona ereceğini kabul etmektedir¹⁰². Her iki görüş bir örnek üzerinden açıklanırsa aralarındaki fark daha iyi ortaya konacaktır. Bay (E)'nin tüm malvarlığı edinilmiş mal niteliğindeki 120.000 TL'den oluşmakta, eşi Bayan (K)'nin ise edinilmiş malı bulunmamaktadır. Mal rejimi boşanmayla sona erdiğinde Bayan (K) kural olarak 60.000 TL ($120.000/2=60.000$ TL) katılma alacağına sahip olacaktır. Mal rejimi ölümle sona erdiğinde ise birinci görüşe göre önce 60.000 TL katılma alacağını terekeden tahsil edecek, ardından terekede kalan 60.000 TL üzerinden bir de miras payını (örneğin altsoyla birlikte mirasçysa $60.000/4=15.000$ TL) alacaktır. Altsoyla birlikte mirasçı olduğu varsayımında Bayan (K), terekeden toplamda $60.000 \text{ TL} + 15.000 \text{ TL} = 75.000 \text{ TL}$ tahsil etmiş olmaktadır. İkinci görüşe göreyse miras payı oranında borç sona ereceği için sağ kalan eşin katılma alacağı olarak 60.000 TL değil, $60.000 \text{ TL} - 15.000 \text{ TL} = 45.000 \text{ TL}$ tahsil etmesi gerekecektir. Bu borç terekeden düşülecek ve alacaklı eş katılma alacağının yanında kalan tereke üzerinden bir de miras payına kavuşacaktır. Yargıtay, zaman içinde değişen içtihatlarla sahip olmakla birlikte son dönemde aile mahkemelerinin kendiliğinden sağ kalan eşin miras payını mahsup ederek katılma alacağını belirlemeleri gerektiğine hükmetmektedir¹⁰³. Bu görüş kabul edilirse Bayan (K)

¹⁰¹ Paul-Henri Steinauer, "Enfants communs et non communs en droit des successions et des régimes matrimoniaux", **Enfant et Divorce**, Symposium zum Familienrecht, Ed.: Pascal Pichonnaz, Alexandra Rumo-Jungo, Schulthess, 2016, s. 176, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 64-65, Gülfem Erdemir, **Sağ Kalan Eşin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Kaynaklanan Hakları ve Miras Hakkı**, İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011 (www.tez.yok.gov.tr), s. 23.

¹⁰² Acar, **a.g.e.**, s. 352, Cem Baygın, **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Ankara, Seçkin, 2005, s. 70, Hayrunnisa Özdemir, "Mirasçılardan Mirasın Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XVI, S:1-2, 2012, s. 203-204. Yazarlar bu sonuca, borçlu ve alacaklı sıfatlarının sağ kalan eşin şahsında birleşmesi üzerinden varmaktadırlar (TBK m. 135/f. 1, c. 1). Ancak borçlu ve alacaklı sıfatlarının mirasçının şahsında birleşip birleşmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Hâkim fikir, tek mirasçının bulunması hâli dışında paylaşma aşamasına kadar borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmiş sayılamayacağı kabul etmektedir (Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §1 N. 93, TF, Jdt 1946 I 168, benzer yönde bkz. Sarı, **Miras Hukuku**, s. 24). Diğer görüşe göre ise alacaklı mirasçı, kanunen müteselsil borçlu sıfatını taşımaktadır. Dolayısıyla alacaklı ve borçlu sıfatları bu mirasçının şahsında birleşir ve bu mirasçı sanki mirasbırakanın bir borcunu ödemiş gibi payını aşan kısım için diğer mirasçılara başvurabilir (Pierre Engel, **Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO**, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1973, s. 524, Türk hukukunda aynı yönde Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 997 dn. 1).

¹⁰³ Şipka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 489 vd., Fatih Karamercan, **Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 476 vd.

45.000 TL katılma alacağına kavuştuğunda, artık TMK m. 241 uyarınca üçüncü kişiye başvurmaya yer olmayacaktır.

Benimsenen görüşe göre sağ kalan eşin katılma alacağı belirlendikten sonra onun bu katılma alacağını mirasçılardan nasıl tahsil edeceği incelenmelidir. Türk Medeni Kanunu, mirasbırakanın ölümüyle mirasçılarının, onun borçlarından kişisel (TMK m. 599/f. 2) ve müteselsil (TMK m. 641/f. 1) olarak sorumlu olacaklarını hükmüne bağlamıştır¹⁰⁴. Kişisel sorumluluk, mirasçılarının terekeden intikal eden değerlerle sınırlı olarak değil, kendi malvarlıklarıyla sınırsız olarak sorumlu oldukları anlamına gelmektedir¹⁰⁵. Müteselsil sorumluluk ilkesi ise mirasbırakanın alacaklılarına, alacağın tamamını istediği mirasçıdan ya da mirasçılardan talep edebilme imkânı sağlamaktadır¹⁰⁶. Katılma alacaklısı mirasçı eşe karşı kişisel ve müteselsil sorumluluk rejiminin uygulanacağı kabul edilirse bu eş katılma alacağının ifası için diğer mirasçılarının birinin veya birkaçının malvarlıklarına başvurabilecektir. Katılma alacağı ancak onlardan karşılanamadığı takdirde sağ kalan eş TMK m. 241 uyarınca üçüncü kişiden talepte bulunabilecektir.

Bununla birlikte doktrindeki hâkim fikir mirasçılardan birinin alacaklı olduğu ihtimalde diğer mirasçılar arasında müteselsil sorumluluk kuralının işlemeyeceğini kabul etmektedir¹⁰⁷. Bu kabule göre sağ kalan alacaklı eş, diğer mirasçılara ancak miras payları oranında başvurabilecektir¹⁰⁸. Kişisel sorumluluk açısından ise doktrinde bir sınırlama öngörülmemiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla katılma alacaklısı eşin, diğer mirasçıları miras payları oranında kendi malvarlığı değerleriyle sorumlu tutması mümkün olacaktır. Görüldüğü üzere müteselsil sorumluluk ilkesine ilişkin tartışma,

¹⁰⁴ Açıklanan bu sorumluluk rejimi, mirasın paylaşılmasından sonra bazı istisnalarla birlikte devam etmektedir (TMK m. 681). Bkz. Özdemir, **a.g.e.**, s. 207.

¹⁰⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 45-46.

¹⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, s. 46, Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §7 N. 29.

¹⁰⁷ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1897, İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 460, Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §7 N. 33, Bilge Öztan, **Miras Hukuku**, 8.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 450, Ahmet M. Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, 9. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 315. Aksi fikirde bkz. Piotet, **Droit successorale**, s. 586, Baygın, **Alacaklıların Korunması**, s. 70.

¹⁰⁸ Bu yönde bkz. Acar, **a.g.e.**, s. 352.

¹⁰⁹ Müteselsil ve kişisel sorumluluk ilkelerinin birlikte bulunması zorunlu değildir. Örneğin miras tutulan deftere göre kabul edildiğinde mirasçılarının müteselsil değil kişisel sorumlulukları sınırlandırılmış olmaktadır (Suat Sarı, **Uygulamalı Miras Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 25).

yalnızca katılma alacaklısı eşin diğer mirasçılara, katılma alacağının paylarına düşen kısmından fazlası için başvurup başvuramayacağına ilişkindir. Kişisel sorumluluk devam ettiği müddetçe alacaklı eşin mirasçıların kendi malvarlıklarına başvurması mümkün olacaktır. Ancak kanaatimizce bu sonuç alacaklı eşin TMK m. 241’den yararlanmasını oldukça güç duruma getirecektir. Kanun koyucu katılma alacağının terekeden karşılanamamış olmasını aramış ve bunu üçüncü kişiye başvuru için yeterli görmüştür. Hükmün öngörmediği şekilde bir de mirasçılara başvuru şartının aranması bu hükmün amacına uygun değildir.

Federal Mahkeme’nin önüne gelen bir olayda mirasbırakan Bay (E), geride eşi Bayan (K) ve çocukları (Ç1) ve (Ç2)’yi bırakmıştır. Bay (E) düzenlediği vasiyetnamede eşi Bayan (K)’nin mal birliği rejiminden dolayı terekeden 100.000 frank alması gerektiğini belirtmiştir. Yıllar sonra Bayan (K) mal rejiminden doğan alacağının 100.000 frank değil, gerçekte 2.400.000 frank olduğunu iddia ederek borcun tamamının ifası için (Ç1)’e dava açmıştır. Bayan (K), (Ç1) ve (Ç2)’nin kendisine karşı müteselsilen sorumlu oldukları kuralına dayanmaktadır. Federal Mahkeme, sağ kalan eşin mirasçı olduğu durumlarda mal rejiminin tasfiyesinin terekenin tasfiyesinden önde geldiği gerekçesiyle sağ kalan eşe dışarıdan bir alacaklı muamelesi yapılması gerektiğini kabul etmiştir¹¹⁰. Federal Mahkeme’ye göre mirasçıların başka alacakları için diğer mirasçılar arasındaki müteselsil sorumluluk esası ortadan kalksa bile mal rejiminin tasfiyesinden doğan alacaklar için bu ilke geçerliliğini koruyacaktır.

B. Üçüncü kişinin sorumluluğu

1. Üçüncü kişinin sorumluluğunun kapsamı

TMK m. 241/f. 1, üçüncü kişilerin sorumluluğuna yönelik iki sınırlama öngörmektedir¹¹¹. İlk olarak sorumluluğun üst sınırı, kendilerine yapılan karşılıksız kazandırma¹¹². Bu sonuca hükümde yer alan “*edinilmiş mallarda hesaba katılması*

¹¹⁰ TF, 14.07.1975, JdT 1976 I 601 (www.swisslex.ch).

¹¹¹ Sarı, a.g.e., s. 257.

¹¹² Sarı, a.g.e., s. 257.

gereken karşılıksız kazandırmaları ... isteyebilir” ifadesinden varılabilir. Böylece alacaklı eş, katılma alacağının karşılanamayan kısmı üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın değerinden fazla olsa da bu kısım için ona başvuramaz. Örneğin Bayan (K), Bay (E)’ye karşı sahip olduğu 100.000 TL değerindeki katılma alacağının 40.000 TL’lik kısmını Bay (E)’den tahsil etmiştir. Ayrıca Bay (E) boşanmadan iki ay önce Bay (Ü)’ye 30.000 TL değerinde karşılıksız kazandırmada bulunmuştur. Bu durumda Bayan (K) Bay (Ü)’ye eksik kalan 60.000 TL’nin tamamı için değil, kendisine yapılan 30.000 TL değerindeki kazandırma için başvurabilecektir. Kazandırma karşılığı verilerek yapılmışsa üçüncü kişinin sorumluluğu değerlendirilirken bu karşılık göz önünde bulundurulacak ve üçüncü kişi karşılık miktarınca sorumluluktan kurtulacaktır¹¹³.

Karşılıksız kazandırmanın değerinin ve dolayısıyla sorumluluğunun üst sınırının kazandırmanın yapıldığı tarihteki sürüm değeriyle belirleneceği kabul edilmektedir¹¹⁴. Kazandırma nakden yapılmışsa alacaklı eş bu tutara kadar üçüncü kişiye başvurabilir¹¹⁵. Bu kabul, eklemenin değerini öngören TMK m. 233 ve TMK m. 235/f. 2 ile uyumludur. Böylece alacaklı eşe, isabetli olarak diğer eşin artık değerine yapılan varsayımsal ekleme miktarınca başvuru hakkı tanınmaktadır.

Üçüncü kişilerin sorumluluğuna yönelik öngörülen ikinci sınırlama, yalnızca borçlu eşten veya mirasçılarından tahsil edilemeyen kısmın talep edilebilmesidir¹¹⁶. Hükümde yer alan “*eksik kalan miktarla sınırlı olarak*” ifadesi bu kuralı işaret etmektedir. Dolayısıyla katılma alacağı borçlu eşten veya mirasçılarından tahsil edildiği ölçüde kendisine kazandırma yapılan kişi ödeme yapmaktan kurtulacaktır¹¹⁷.

Örneğin Bayan (K), 100.000 TL değerindeki katılma alacağının 40.000 TL’lik kısmını eşi Bay (E)’den tahsil etmiştir. Ayrıca Bay (E) boşanma davası açmadan iki

¹¹³ Zeytin, **a.g.e.**, N. 817.

¹¹⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1403, Sarı, **a.g.e.**, s. 257. Miras hukukunda eklemeye tabi kazandırmanın esas alınan değeri ise kazandırma anı değil mirasın açıldığı andır. Kazandırma ve mal rejiminin sona ermesi (ya da mirasın açılması) arasındaki sürede malda meydana gelen artış mal rejimleri hukukunda üçüncü kişinin, miras hukukunda ise saklı paylı mirasçının yararına. Bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1403 dn. 64.

¹¹⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 257.

¹¹⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 257.

¹¹⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 257.

ay önce Bay (Ü)'ye 70.000 TL değerindeki arsasını karşılıksız olarak devretmiştir. Bu durumda Bayan (K), Bay (Ü)'ye 70.000 TL değerindeki arsanın tamamı için değil, katılma alacağının Bay (E)'den tahsil edilemeyen 60.000 TL değerine karşılık gelen kısım için başvurabilecektir.

Herhâlde öngörülen sınırlandırmalar birlikte uygulanacak ve üçüncü kişi en düşük miktar üzerinden sorumlu olacaktır¹¹⁸.

TMK m. 241/f. 1 üçüncü kişilerin sorumluluğu açısından yukarıda belirtilen iki sınırlandırmayı öngörmüştür. Aynı maddenin üçüncü fıkrası ise birinci ve ikinci fıkra hükümleri ile yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağını düzenlemektedir¹¹⁹. Görüldüğü üzere TMK m. 241/f. 3, maddenin birinci fıkrasına ilişkin meselelerde tenkis hükümlerine başvuru yolunu kapatmıştır. Doktrinde TMK m. 241/f. 3'ün lafzından dolayı, burada yollama yapılan tenkis hükümlerindeki sınırlandırmaların konuya uygulanabilirliği noktasında tartışmalar yaşanmaktadır. Bu sınırlandırmalardan en önemlisi iyiniyetin varlığına göre kendisine tenkise tabi bir kazandırma yapılan kimsenin geri verme borcunu düzenleyen TMK m. 566'dır. Doktrinde bir görüş, sorumluluğun sınırı TMK m. 241/f. 1'de özel olarak düzenlendiği için TMK m. 566/f. 1'in kıyasen uygulanamayacağını savunmaktadır¹²⁰. Bu fikre göre alacaklı eşi koruma amaçlı getirilen bir hükmün, lafzında bulunmayan durumlarla sınırlandırılması hükmün amacıyla bağdaşmamaktadır¹²¹.

Bu fikrin karşısında yer alan baskın görüş ise TMK m. 241/f. 3'ün yollamasıyla TMK m. 566/f. 1'in uygulanacağını savunmaktadır¹²². TMK m. 566/f. 1'e göre *kendisine tenkise tâbi bir kazandırma yapılmış olan kimse iyiniyetli ise, sadece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür; iyiniyetli*

¹¹⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 36.

¹¹⁹ Örneğin TMK m. 241 uyarınca sorumlu olan birden fazla üçüncü kişi varsa bu kişilere başvuru sırası açısından TMK m. 570'te tenkis açısından öngörülen sıra geçerli olacaktır. Bu konudaki detaylı inceleme için bkz. Üçüncü Bölüm/II/B/2.

¹²⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 257.

¹²¹ Sarı, **a.g.e.**, s. 257.

¹²² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1403, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 37, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 24, Zeytin, **a.g.e.**, N. 814, Gümüş, **a.g.e.**, s. 420, Okur, **a.g.e.**, s. 178.

değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur. Fikrimizce üçüncü kişinin sorumluluğu açısından iyiniyet ölçütünü uygulamak yerinde olur. TMK m. 241'in katılma alacaklısı eşi koruma amacı taşıdığı ve üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın karşılıksız olmasının bu kişiye başvuruyu haklı kıldığı açıktır. Ancak bu gerekçeler üçüncü kişinin sorumluluğunun gereğinden fazla genişletilmesi anlamına gelmemelidir. Kazandırmanın konusunu iyiniyetli olarak edinmiş ve elinde bulunduran bir kimse mülkiyet hakkına güvenerek bu değer üzerinde tasarruflarda bulunabilir. Beş yıl boyunca bu kimsenin tasarrufta bulunmamasını, bulunursa bundan sorumlu olmasını beklemek hakkaniyete uygun bir çözüm değildir. İdeal çözüm iyiniyet kriterini uygulamak olsa da ispat noktasında katılma alacaklısı eşin yaşayacağı zorluklar da gözden kaçırılmamalıdır. Kanun, karine olarak iyiniyetin var olduğunu kabul ettiği için (TMK m. 3) üçüncü kişiye başvuran eş, onun iyiniyetli olmadığını ispat etmek zorunda kalacaktır.

TMK m. 566'nın katılma alacağının ifasıyla sorumlu tutulan üçüncü kişi açısından kıyasen nasıl uygulanacağı, özellikle iyiniyetin ne ifade ettiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Miras hukuku doktrininde iyiniyet, kazandırma lehtarının kendisine yapılan kazandırmanın mirasbırakanın tasarruf oranını aştığını (ya da saklı paylara zarar verdiğini) bilmemesi ve bilebilecek durumda olmamasıdır¹²³. TMK m. 241 açısından iyiniyet ise üçüncü kişinin diğer eşin katılma alacağına kavuşmasını tehlikeye attığını bilmemesi ve bilmesinin gerekmemesi olarak tanımlanmaktadır¹²⁴.

Aslında iyiniyet yalnızca kazandırma konusunun değerinin azaldığı durumda bir etki yaratmaktadır¹²⁵. Çünkü değer artışı söz konusu olunca üçüncü kişi iyiniyetli de kötü niyetli de olsa en fazla TMK m. 235/f. 2 uyarınca kazandırmanın yapıldığı andaki değeriyle sorumlu olmaktadır¹²⁶. Örneğin Bay (E) 100.000 TL değerindeki taşınmazını yeğeni Bay (Y)'ye bağışlamış olsun. Bu taşınmaz mal rejimi sona erdiğinde 130.000 TL değerine ulaşmışsa bile ekleme 100.000 TL üzerinden yapılır

¹²³ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1336, Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 116.

¹²⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 24, Steinauer, **Art. 220**, N. 16.

¹²⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404.

¹²⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1403.

ve Bay (Y)'ye en fazla 100.000 TL için başvurulabilir. Aksine eğer kazandırma konusunun değeri azalmışsa bu sefer iyiniyet-kötü niyet ayrımını yapmak gerekir.

İyiniyetli üçüncü kişi yalnızca zenginleştiği miktar kadar sorumlu olacaktır¹²⁷. TMK m. 566/f. 1 zenginleşmenin mirasın geçmesi anında değerlendirilmesini öngörmüştür. Mal rejimine ilişkin olarak hangi andaki zenginleşmenin esas alınacağı ise tartışmalıdır. İsviçre Medeni Kanunu'nun TMK m. 229'a karşılık gelen maddesinin gerekçesinde, miras hukukundaki çözüme kıyasen mal rejiminin sona erdiği anın esas alınması gerektiği belirtilmiştir¹²⁸. Ancak bu çözüm edinilmiş mallara katılma rejiminin bünyesine uygun düşmediği gerekçesiyle doktrinde kabul görmemiştir¹²⁹. Mal rejiminin sona erdiği andaki zenginleşmenin dikkate alınması hâlinde zenginleşmeye ilişkin sınırlamanın bütün anlamını kaybedeceği ileri sürülmüştür¹³⁰. Bunun yerine, üçüncü kişiye başvurulduğu andaki, yani onun iyiniyetini kaybettiği andaki zenginleşmenin esas alınması fikri kabul görmektedir¹³¹. Miras hukukunda da benzer şekilde mirasın geçmesi anındaki değerlemenin dikkate alınması eleştirilmektedir¹³².

Geri verme yükümlülüğü açısından zenginleşmenin belirlenmesi için iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcuna ilişkin hükümlere başvurulacağı kabul edilmektedir¹³³. Öncelikle üçüncü kişi kazandırma konusu malı karşılıksız olarak elden çıkarmış örneğin bir başkasına bağışlamışsa zenginleşme ve sorumluluk söz

¹²⁷ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 38, Zeytin, **a.g.e.**, N. 816.

¹²⁸ **Message**, N. 222.553.

¹²⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404 dn. 67, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 38. Yazarlar bu görüşü şöyle gerekçelendirmektedir: Miras hukukunda tenkise tabi kazandırmalar, kazandırmanın yapıldığı andaki değil mirasın açıldığı andaki değerleriyle terekeye eklenmektedir. Buna karşın mal rejiminde ise kazandırmanın yapıldığı andaki değer dikkate alınır. Dolayısıyla kıyasen miras hukukundaki kuraldan yararlanılması isabetli değildir.

¹³⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 38.

¹³¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 38. Aynı yönde üçüncü kişinin kendisine dava açıldığı andaki zenginleşmeyle sorumlu olacağı görüşünde bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 816.

¹³² Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, s. 433 dn. 61'de anılan yazarlar.

¹³³ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1340 dn. 850, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404 dn. 67 (Yazarlar bu hükümleri kıyasen uygulamaktadır). Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesi de bu yöndedir: "*Maddenin birinci fıkrası iyiniyetli kişinin geri verme borcu konusunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine; iyiniyetli olmayan kişiler bakımından iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere yollama yapmaktadır.*" (www.tbmm.gov.tr).

konusu olmamaktadır¹³⁴. Benzer şekilde mal yok olmuşsa üçüncü kişi kusurlu olsa bile yine sorumluluğu doğmayacaktır¹³⁵. Söz konusu malvarlığı değeri tamamen yok olmamış ama hasara uğramışsa üçüncü kişi malın hasarlı değeri kadar sorumludur¹³⁶. Kazandırma konusu mal elden çıktığı hâlde yerine bir kaim değer malvarlığına girdiyse üçüncü kişi bu değer kadar sorumlu tutulacaktır¹³⁷. Bu değer bazen satış bedeli¹³⁸ bazen de kazandırmayı gerçekleştiren eş tarafından sigortalanan malın hasara uğramasıyla üçüncü kişinin elde ettiği sigorta bedeli olmaktadır¹³⁹. Örneğin 100.000 TL'lik taşınmazı 80.000 TL'ye satan iyiniyetli üçüncü kişi satış bedeli olan 80.000 TL kadar zenginleşmiş sayılacaktır. Kazandırmanın konusunu ihtiyacını karşılamak üzere tüketen üçüncü kişi kazandırma sayesinde yapmaktan kurtulduğu masraf tutarınca sorumlu olacaktır¹⁴⁰.

Kötü niyetli üçüncü kişi açısından ise TMK m. 566/f. 1, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere gönderme yapmıştır. Bu nedenle kötü niyetli üçüncü kişinin sorumluluğunun kapsamı TMK m. 995'e göre belirlenecektir¹⁴¹. Böylece kötü niyetli üçüncü kişi maldaki değer kaybı ve eksilmeleri dikkate alınmaksızın sorumlu tutulacaktır¹⁴². Oysaki TMK m. 566'nın İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı olan İMK m. 528, kötü niyetli üçüncü kişi açısından bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle İsviçre doktrinde kötü niyetli kazandırma lehtarının sorumluluğu kötü niyetli zilyedin sorumluluğundan farklı değerlendirilmektedir¹⁴³. Bu sorumluluk belirlenirken kötü niyetli üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın geçerli bir sebebe dayandığına, dolayısıyla sebepsiz

¹³⁴ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1340, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404 dn. 67, Zeytin, **a.g.e.**, N. 816.

¹³⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404 dn. 67

¹³⁶ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1340.

¹³⁷ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1340, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404 dn. 67, Zeytin, **a.g.e.**, N. 816.

¹³⁸ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404 dn. 67.

¹³⁹ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1340.

¹⁴⁰ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1340, Zeytin, **a.g.e.**, N. 816.

¹⁴¹ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1343 ve dn. 853.

¹⁴² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 568, Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1343.

¹⁴³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1404 dn. 68, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 39.

zenginleşme teşkil etmediğine dikkat çekilmektedir¹⁴⁴. Türk doktrindeki bir fikre göre kendisine TMK m. 229'a tabi bir kazandırma yapılan kötü niyetli üçüncü kişinin zilyetliği aynı veya nispi bir hakka dayandığı için onun sorumluluğu haksız zilyedin sorumluluğuna göre daha hafif takdir edilmelidir¹⁴⁵. Bu görüş İsviçre doktrinde benimsenen ölçütlerin Türk hukuku açısından da dikkate alınmasını savunmaktadır¹⁴⁶.

2. Üçüncü kişilerin sorumluluklarının sırası

Katılma borçlusu eşin eklemeye tabi birden fazla kazandırma yaptığı durumlarda alacaklı eşin hangi kazandırma lehtarına başvuracağı problemi ortaya çıkmaktadır. Örneğin Bay (E); boşanmadan önceki bir yıl içinde Bay (B)'ye 20.000 TL, Bay (C)'ye 10.000 TL, Bayan (D)'ye de 40.000 TL bağışlamış olsun. Sahip olduğu 5.000 TL'lik katılma alacağını Bay (E)'den tahsil edemeyen Bayan (K) kime başvurmalıdır? Bu konuda TMK m. 241 özel bir düzenleme öngörmemiştir. Dolayısıyla TMK m. 241/f. 3'ün göndermesiyle TMK m. 570 devreye girecek ve kazandırmaların *en yeni tarihli*inden *en eskisine doğru geriye gidilmek üzere* alacaklı eş üçüncü kişilere başvurabilecektir¹⁴⁷. Sırada önde gelenlerin (son yapılan kazandırmalardan yararlananların) yaptığı ödemeler oranında daha sonra gelenlerin (ilk yapılan kazandırmalardan yararlananların) sorumluluğu sınırlanmış olmaktadır¹⁴⁸. Kamu tüzel kişilerine ve kamuya yararlı dernek ve vakıflara yapılan kazandırmalar en son sırada başvuru konusu olacaktır (TMK m. 570/f. 2)¹⁴⁹.

Alacaklı eş sıraya uygun şekilde kendisine kazandırmada bulunulan üçüncü kişiye başvurunca, o kişiden sorumlu olduğu miktarı tahsil edememesi mümkündür. Bu durumda sırada daha sonra gelenler, daha önce gelenlerin ödeme güçsüzlüğünden sorumlu olmazlar¹⁵⁰. Kazandırma lehtarı üçüncü kişiler yalnızca borçlu eşin ödeme

¹⁴⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 39.

¹⁴⁵ Okur, **a.g.m.**, s. 181.

¹⁴⁶ Okur, **a.g.m.**, s. 181.

¹⁴⁷ **Message**, N. 222.553, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1402, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 59, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 34, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 23, Zeytin, **a.g.e.**, N. 813, Sarı, **a.g.e.**, s. 260, Gümüş, **a.g.e.**, s. 423.

¹⁴⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 260.

¹⁴⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 423.

¹⁵⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 59, Zeytin, **a.g.e.**, N. 813.

güçsüzlüğünden sorumludur¹⁵¹. Aralarında müteselsil sorumluluk da bulunmamaktadır¹⁵². Alacaklı eş sırayı gözetmeden sonra gelen üçüncü kişiden talepte bulunmuşsa bu kişi daha önce gelen kazandırma lehtarlarına başvurulması gerektiği itirazını öne sürebilir¹⁵³. Eğer katılma alacağının karşılanamayan kısmı daha önceki üçüncü kişilerin sorumlu olduğu miktarı aşmıyorsa alacaklı, başvurduğu üçüncü kişiden herhangi bir talepte bulunamaz. Eğer daha önce gelen üçüncü kişilerin sorumlu oldukları miktar katılma alacağının karşılanamayan kısmını ödemeye yetmiyorsa kendisine başvuru alan üçüncü kişi, onların sorumlu oldukları miktar düşüldükten sonra kalan kısımdan sorumlu olacaktır¹⁵⁴.

Birden fazla üçüncü kişiye aynı anda kazandırma yapılmışsa TMK m. 563 kıyasen uygulanır ve alacaklı eş kazandırma lehtarlarına orantılı olarak başvurabilir¹⁵⁵. Yukarıda verilen örnekte Bay (B)'ye ve Bay (C)'ye yapılan kazandırmaların Ocak ayının aynı gününde, Bayan (D)'ye yapılan kazandırmanın Mart ayında gerçekleştiğini varsayalım. Katılma alacağının 30.000 TL olduğu ihtimalde Bayan (K), yalnızca Bayan (D)'ye başvurarak katılma alacağının tamamen ifasını sağlayabilir. Bu ihtimalde Bay (B)'den ve Bay (C)'den herhangi bir talepte bulunulamayacaktır. Katılma alacağının 55.000 TL olduğu ihtimalde ise Bayan (D)'ye yapılan başvuru katılma alacağının tamamının tahsil edilmesini sağlamaz. Dolayısıyla daha eski kazandırmalar olan Bay (B)'ye ve Bay (C)'ye yapılanlara sıra gelir. Bayan (K), ikisine, yapılan kazandırmalarla orantılı olarak (20.000/10.000) başvurabilir. Bu durumda Bayan (K), Bayan (D)'den 40.000 TL, Bay (B)'den 10.000 TL, Bay (C)'den 5.000 TL talep edilebilecektir.

3. Kazandırmanın denkleştirmeye ya da tenkise tabi olmasının mal rejimine ilişkin sorumluluğa etkisi

¹⁵¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 59.

¹⁵² Zeytin, **a.g.e.**, N. 813.

¹⁵³ Zeytin, **a.g.e.**, N. 813.

¹⁵⁴ Zeytin, **a.g.e.**, N. 813.

¹⁵⁵ **Message**, N. 222.553, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1402, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 60, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 35, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 23, Zeytin, **a.g.e.**, N. 813, Gümüş, **a.g.e.**, s. 423.

Üçüncü kişiye yapılan bir karşılıksız kazandırma hem mal rejimi hem de miras hukuku açısından eklenecek değer teşkil edebilir¹⁵⁶. Buna paralel olarak kazandırmadan yararlanan kişinin aynı anda TMK m. 241 ve TMK m. 565 (tenkis)¹⁵⁷ ya da TMK m. 669 (denkleştirme)¹⁵⁸ hükümleri uyarınca sorumlu olması mümkündür¹⁵⁹. Ancak üçüncü kişi, herhâlde edindiğinden fazlasını vermekle yükümlü tutulamaz¹⁶⁰. Hangi sorumluluğa öncelik tanınacağı sorunu açısından tasfiyedeki sıralamanın dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶¹. Üçüncü kişinin TMK m. 241 uyarınca sorumluluğu, denkleştirme ya da tenkis sorumluluğuna göre önceliklidir¹⁶². Katılma alacağının ödenmesinden terekenin de sorumlu tutulması bu önceliğin göstergesidir¹⁶³. Dolayısıyla üçüncü kişi miras hukuku açısından yalnızca TMK m. 241 uyarınca sorumlu olduğu miktarı aşan kısım için sorumlu olacaktır¹⁶⁴. Ancak kazandırmanın miras ve mal rejimi açısından farklı anlardaki değerinin esas alındığını hatırlatmakta yarar vardır¹⁶⁵. Dolayısıyla üçüncü kişinin TMK m. 241 ve

¹⁵⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1406.

¹⁵⁷ TMK m. 229'a tabi bir kazandırmadan yararlanan kişi yasal mirasçı değilse veya yasal mirasçı olmasına karşın denkleştirmeyle yükümlü değilse kazandırma konusunun aynı zamanda tenkise tabi olması gündeme gelecektir (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1409).

¹⁵⁸ TMK m. 229 kapsamındaki bir karşılıksız kazandırmanın aynı zamanda denkleştirmeye tabi olması sorunu, genellikle mirasbırakanın altsoyuna yaptığı kazandırmalarda söz konusu olacaktır (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1407). Çünkü altsoya yapılan karşılıksız kazandırmalar TMK m. 669/f. 2 uyarınca aksi belirtilmedikçe denkleştirmeye tabidir. TMK m. 229 kapsamındaki bir kazandırma altsoy dışındaki bir mirasçıya yapılıyorsa denkleştirmeye tabi olması için miras payına mahsuben yapılmış olması gerekmektedir (TMK m. 669/f. 1).

¹⁵⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1406, Zeytin, **a.g.e.**, N. 800. Ancak anılan hükümlerin şartları farklı olduğu için uygulama alanları her zaman kesişmemektedir. Miras hükümleri uyarınca tenkise tabi olmayan bir kazandırma söz konusuysa ikili sorumluluğu incelemeye gerek kalmayacaktır. Yalnızca mal rejimine ilişkin sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Bkz. Zeytin, **a.g.e.**, N. 801.

¹⁶⁰ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1406, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 64, Zeytin, **a.g.e.**, N. 800.

¹⁶¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1406.

¹⁶² Piotet, **Regime matrimonial**, s. 152, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1406, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 64, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 4, Zeytin, **a.g.e.**, N. 800, Gamze Turan Başara, "Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C:X, S:111, 2015, s. 66.

¹⁶³ Sarı, **a.g.e.**, s. 258.

¹⁶⁴ Zeytin, **a.g.e.**, N. 800. Sarı bunu, üçüncü kişinin yaptığı ödeme ölçüsünde kendisine yapılan kazandırmanın karşılıksız olmaktan çıkması ile açıklamaktadır. Bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 258.

¹⁶⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1408a, Zeytin, **a.g.e.**, N. 80.

TMK m. 560 vd. uyarınca sorumluluğu aynı değer üzerinden olmayacaktır¹⁶⁶. Bu nedenle üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın tamamı TMK m. 241 uyarınca tenkis edilmişse de mirasın açıldığı andaki değer, kazandırma anındaki değerden yüksekse aradaki değer farkına ilişkin olarak tenkis davası açılabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁷.

Görüldüğü gibi bir kazandırmaya ilişkin olarak miras hukukunda tanınan üçüncü kişiye başvuru hakkının TMK m. 241'e dayanan başvuru hakkı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Mal rejiminin tasfiyesi ve bundan kaynaklı başvuru hakkının önceliğinden dolayı üçüncü kişinin sorumluluğu yalnızca miras hukuku kurallarınca sınırlanmaktadır.

C. Üçüncü kişinin ödeme yapmasının sonuçları

Ödeme yapan üçüncü kişinin daha sonra işlem tarafı borçlu eşe başvurması mümkün müdür? TMK m. 241 üçüncü kişi ve borçlu eş arasındaki hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmadığı için bu sorunun cevabı aralarındaki iç ilişkiye bağlı olacaktır¹⁶⁸. Üçüncü kişi ve borçlu eş arasında çoğunlukla bir bağışlama sözleşmesi bulunmaktadır. Bu nedenle kazandırmada bulunan eşin sorumluluğu TBK m. 294'e tabi olur¹⁶⁹. Bu hüküm uyarınca *“Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir. (2) Bağışlayan, bağışlanılan şey veya alacak hakkında ayrıca garanti sözü vermişse, bununla sorumlu olur.”* Dolayısıyla kazandırmada bulunan eş, üçüncü kişiye ayrıca garanti sözü vermemişse üçüncü kişi, katılma alacaklısı eşin başvurusundan dolayı uğradığı zararı kazandırmada bulunan eşten talep edemeyecektir¹⁷⁰. Üçüncü kişi ve borçlu eş arasında bağışlamadan başka bir sözleşme bulunuyorsa ve taraflar bu konuya ilişkin bir düzenleme yapmışlarsa kararlaştırdıkları hükümler dikkate alınacaktır¹⁷¹.

¹⁶⁶ Değerleme hakkında bkz. İkinci Bölüm/II.

¹⁶⁷ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 65, Gümü, **a.g.e.**, s. 418.

¹⁶⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 61, Zeytin, **a.g.e.**, N. 534, Sarı, **a.g.e.**, s. 263.

¹⁶⁹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 62, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 36.

¹⁷⁰ Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 36.

¹⁷¹ Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 36.

Katılma alacağının kalan kısmını ödemek zorunda kalan üçüncü kişinin katılma alacaklısı eşin haklarına halef olacağı düşünülebilir. Ancak TBK m. 127'nin halefiyete ilişkin öngördüğü şartlar TMK m. 241 uyarınca üçüncü kişiye başvurulması hâlinde gerçekleşmeyeceği için üçüncü kişi, katılma alacaklısına halef olmayacaktır¹⁷². Dolayısıyla mevcut pozitif hukukumuzda özel bir düzenleme yapılmadıkça üçüncü kişiye bu hakkın tanınmadığı kabul edilmektedir¹⁷³.

Hatta katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan işlemlerde dahi borçlu eşin üçüncü kişiye karşı herhangi bir tazminat sorumluluğunun söz konusu olamayacağı savunulmaktadır¹⁷⁴.

III. TMK m. 241 Uyarınca Açılan Dava

A. Davanın hukuki niteliği ve talebin konusu

TMK m. 241'in kaynağını oluşturan İMK m. 220'nin gerekçesi, bu maddede, miras hukukuna ilişkin tenkis davasına benzer bir davanın düzenlendiğini belirtmektedir¹⁷⁵. Dolayısıyla bu bölümdeki açıklamalar miras hukukuna ilişkin tenkis davası göz önünde bulundurularak yapılacaktır. Ancak TMK m. 229 ve m. 241 yalnızca sağlararası kazandırmaları konu edindiğı için ölüme bağlı tasarrufların tenkisine ilişkin miras hukuku kuralları dikkate alınmayacaktır.

Miras hukukuna ilişkin tenkis davası, doktrinde yenilik doğuran dava olarak kabul edilmektedir¹⁷⁶. Dava sonunda verilen tenkis kararı, tenkis edilen işlemin kısmen ya da tamamen geçersizliğı sonucunu doğurmaktadır¹⁷⁷. Eğer sağlararası karşılıksız kazandırma ifa edilmişse tenkis kararıyla birlikte kazandırma konusunun geri

¹⁷² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 63, Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 36.

¹⁷³ Zeytin, **a.g.e.**, N. 534.

¹⁷⁴ Zeytin, **a.g.e.**, N. 534.

¹⁷⁵ **Message**, N. 222.553: “*Medeni Kanun'un 527. maddesinde ...*” (TMK m. 565) “*... düzenlenen sağlararası karşılıksız kazandırmalardan yararlananlara karşı, saklı paylı mirasçılar tarafından açılan mirasa ilişkin tenkis davasına benzer kişisel nitelikte bir tenkis ve iade davası söz konusudur*”.

¹⁷⁶ Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 96.

¹⁷⁷ Serozan, Engin, **a.g.e.**, §3 N. 97, Nar, **a.g.e.**, s. 235.

verilmesi (iadesi) söz konusu olacaktır¹⁷⁸. Yenilik doğuran tenkis kararı, kazandırma lehtarının kendisine ifa edilmiş kazandırma konusunu geri vermesini sağlamamaktadır¹⁷⁹. Dolayısıyla geri vermeyi (iadeyi) sağlamak için tenkis davasıyla birlikte ya da daha sonra bir eda davası açılmalıdır¹⁸⁰. Bu geri verme talebi, doktrindeki hâkim fikre göre kişisel nitelikte özel bir alacak hakkına dayanmaktadır¹⁸¹. Kanunda açıkça belirtilmese de geri verme yükümlülüğünün mümkün olduğunca aynen yerine getirileceği kabul edilmektedir¹⁸². Böylece örneğin tenkis nedeniyle geri verilmesine hükmedilen şey taşınmazsa tapu sicilinde devir için gerekli işlemler yapılmalı, taşınırsa bunun zilyetliği devredilmelidir¹⁸³.

TMK m. 241 uyarınca açılan davanın hukuki niteliği hakkında doktrinde üç farklı görüş ortaya atılmıştır. Tartışma, temelde davanın ifa davası ya da yenilik doğuran (inşai) dava olduğu üzerinedir. Eda davasının bir türü olan ifa davası¹⁸⁴ mahkemeden, davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesinin talep edildiği dava olarak tanımlanmaktadır (HMK m. 105). Yenilik doğuran dava ise HMK m. 108’de, mahkemeden yeni bir hukuki durum yaratılmasının veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesinin yahut onun ortadan kaldırılmasının talep edildiği dava olarak tanımlamıştır. Görüldüğü gibi yenilik doğuran dava sonucunda ifa davasından farklı olarak maddi hukuktaki durumda bir değişiklik meydana gelmektedir¹⁸⁵. TMK m. 241 uyarınca açılan davanın hukuki niteliği bu nedenle

¹⁷⁸ Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 115.

¹⁷⁹ Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 99.

¹⁸⁰ Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 99, 110. Ancak Yargıtay pratik gerekçelerle tenkis talebinin zımnen kazandırma konusunun geri verilmesine yönelik eda talebini de içerdiğini kabul etmektedir.

¹⁸¹ Cevdet Yavuz, “Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusunu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:51, S:1-4, 1985, s. 290, Eren, **Tenkis Davası**, s. 177, Rona Serozan, “Tenkis Davasını Bütünleyen Edim Davası Üçüncü Kişilere Yöneltilir mi?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:43, S:1-4, 1977, s. 214, İmre, Erman, **a.g.e.**, s. 280, Nar, **a.g.e.**, s. 272. Eda davasının kişisel bir talep hakkına dayandığı yönünde bkz. Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 110.

¹⁸² Yavuz, **Geri Verme Yükümlülüğü**, s. 300-301, Eren, **Tenkis Davası**, s. 181, Nar, **a.g.e.**, s. 277.

¹⁸³ Nar, **a.g.e.**, s. 278.

¹⁸⁴ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 988.

¹⁸⁵ Hakan Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku: Cilt II**, Ed.: Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, §9 Dava Hakkında Genel Bilgiler, s. 987.

verilecek kararın hukuk düzeninde yaratacağı etki göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

Doktrinde bir görüş, dava sonucunda üçüncü kişilere yapılan kazandırmaların yapıldıkları tarihe kadar tamamen veya kısmen geçersiz hâle geldiğini ileri sürmektedir¹⁸⁶. Dolayısıyla bu görüşe göre yenilik doğuran (inşai) bir dava söz konusudur¹⁸⁷. Bu görüş ayrıca TMK m. 241 uyarınca verilen yenilik doğuran kararın eda hükmünü kapsamadığını kabul etmektedir¹⁸⁸. Görüldüğü üzere açıklanan görüş TMK m. 241'i tenkis davasına birebir paralel şekilde yorumlamaktadır.

Buna karşın doktrindeki hâkim görüş tenkis davasından farklı olarak üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın ya da devrin geçerliliğini koruyacağını kabul etmektedir¹⁸⁹. Bu görüşteki yazarların bir kısmına göre kararla birlikte işlem geçersiz kılınmadığı için yenilik doğuran dava değil, ifa davası söz konusu olur¹⁹⁰. İşlemin geçersiz olmayacağını savunan yazarların diğer bir kısmıysa davanın yenilik doğuran dava olduğunu savunmaktadır¹⁹¹.

Doktrinde savunulan diğer bir fikre göre ise dava hem yenilik doğuran dava hem eda davası niteliğindedir¹⁹². Bu görüş, yenilik doğuran dava niteliğini, kazandırmanın katılma alacağının eksik kalan kısmı oranında tenkisine, eda davası niteliğini üçüncü kişiden bu miktarın talep edilmesine dayandırmaktadır¹⁹³.

¹⁸⁶ Gümü, **a.g.e.**, s. 421 dn. 689.

¹⁸⁷ Gümü, **a.g.e.**, s. 421, 422.

¹⁸⁸ Gümü, **a.g.e.**, s. 422. Yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla doğan talepler ise ayrıca eda davasıyla hüküm altına alınmalıdır (Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 984).

¹⁸⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1401, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 46, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 5, Steinauer, **Art. 220**, N. 2, Christinat, **Art. 220**, N. 2, Zeytin, **a.g.e.**, N. 799, Acar, **a.g.e.**, s. 300, Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 343.

¹⁹⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 46, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 13, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 6, Sarı, **a.g.e.**, s. 260 (Yazar bu görüşteki diğer yazarlardan farklı olarak ifa davası olmasını dava sonunda verilen kararın kazandırmanın iadesini sağlamadığına dayandırmaktadır. Oysaki tenkis davası da yenilik doğuran bir dava olmasına karşın kazandırmanın geri verilmesini sağlamamakta ve ayrıca bir eda davası açılması gerekmektedir. Bu nedenle yazarın gerekçesine katılmamaktayız).

¹⁹¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1401.

¹⁹² Alexandra Rumo-Jungo, **Art. 220, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personen - und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG**, 3. bs., Schulthess, 2016, N. 4, Okur, **a.g.m.**, s. 186.

¹⁹³ Rumo-Jungo, **Art. 220**, N. 4, Okur, **a.g.m.**, s. 187.

Kanaatimizce ne iki yönlü niteliği savunan bu son fikre ne de kazandırmanın geçerliliğini koruyacağı kabulüne rağmen yenilik doğuran dava niteliğini benimseyen fikre katılmak mümkündür. Geçersizlik sonucunun doğmayacağı kabul edilirse yalnızca katılma alacağının ifasını sağlamaya yönelik bu davanın herhangi bir alacağın ifası için açılan bir eda davasından farkı kalmamaktadır. Maddi hukukta bir değişiklik meydana gelmemiş olacağı için davanın yenilik doğuran dava olduğu söylenemez. Bu gerekçelerle biz de hâkim fikre katılmakta ve kararın işlemin geçerliliğine etki etmediği ve davanın ifa davası olduğu fikrini benimsemekteyiz.

TMK m. 241’de düzenlenen geri verme talebinin miras hukukuna uygun şekilde ayni değil, kişisel (nispi) nitelikte olduğu konusunda ise doktrinde görüş birliği bulunmaktadır¹⁹⁴. Bu görüş birliği, miras hukukundan bu noktada ayrılarak talebin konusunun para alacağı olduğu üzerinde devam eder¹⁹⁵. Dolayısıyla davanın, davalının elde ettiği şeyin kısmen ya da tamamen ayın şeklinde geri verilmesine değil yalnızca davacının katılma alacağının kalanını karşılayacak paranın ödenmesine yönelik olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁶. Geri vermenin değer üzerinden yerine getirilmesi, katılma alacağının bir para borcu olması ve üçüncü kişiden de bu katılma alacağının ifasının talep edilmesiyle açıklanabilir. Ancak eklemeye tabi işlem konusu malı edinen üçüncü kişinin, edindiği şeyle değil de bunun değeriyle sorumlu olması kanımızca tartışmaya açıktır.

Üçüncü kişinin katılma alacağını ayın olarak ifa etmesi mümkün müdür? Öncelikle belirtmek gerekir ki alacaklı ile üçüncü kişi anlaşırса ifayı kazandırma konusu şeyin verilmesiyle de gerçekleştirebilirler¹⁹⁷. Böyle bir durumda taraflar aralarında ifa yerini tutan eda anlaşması yapmış olmaktadırlar¹⁹⁸. Ayrıca fikrimizce üçüncü kişi, katılma

¹⁹⁴ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1401a, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 47, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 6, Steinauer, **Art. 220**, N. 2, Christinat, **Art. 220**, N. 3, Zeytin, **a.g.e.**, N. 799, Gümüş, **a.g.e.**, s. 418, 422, Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 343. Kişisel nitelikte bir talep ya da özel bir alacak hakkı olduğu yönünde bkz. Acar, **a.g.e.**, s. 300.

¹⁹⁵ Piotet, **Régime matrimonial**, s. 150, Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1401a, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 47, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 6, Christinat, **Art. 220**, N. 3, Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 292, Zeytin, **a.g.e.**, N. 799, Acar, **a.g.e.**, s. 300, Gümüş, **a.g.e.**, s. 422, Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 343.

¹⁹⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1401a, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 47, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 6, Zeytin, **a.g.e.**, N. 799, Gümüş, **a.g.e.**, s. 422.

¹⁹⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 799.

¹⁹⁸ Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 861 vd.

alacağından sorumlu borçlu eşin faydalandığı tüm imkânlardan da faydalanabilmelidir. Bu nedenle elde ettiği kazandırmayı ayın olarak geri vermesi mümkündür (TMK m. 239/f. 1)¹⁹⁹. Kazandırma konusu malın değeri, iade anında azalmışsa en baştaki değerle sorumlu olan²⁰⁰ üçüncü kişinin borcun bir kısmını para bir kısmı ayın olarak ifa edilebileceği kabul edilmektedir²⁰¹. Aksine kazandırma konusu malın değeri iade anında artmışsa üçüncü kişi ya borcunu para olarak ödeyecek ya da borcun miktarını aşmasına rağmen kazandırma konusunu iade edecek ve alacaklı eşten artan kısmı talep edemeyecektir²⁰².

B. Davacı

TMK m. 241/f. 1, üçüncü kişiden talepte bulunabilecek kişilerin kapsamını *alacaklı eş ya da mirasçılar* olarak belirtmiştir. Ancak her alacaklı eş ya da mirasçılar

¹⁹⁹ Doktrinde TMK m. 239/f. 1'in borçluya edimi değiştirme yetkisi (facultas alternativa) tanıdığı kabul edilmektedir (Acar, **a.g.e.**, s. 347, Sarı, **a.g.e.**, s. 245). Böylece borçlu eş, dürüstlük kuralı sınırları çerçevesinde, katılma alacağını ayın olarak ifa etmeyi seçebilecektir (Ahmet M. Kılıçoğlu, **Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler**, 3. bs., Turhan Kitabevi, 2014, s. 254-255, Zeytin, **a.g.e.**, N. 745, Acar, **a.g.e.**, s. 347, Sarı, **a.g.e.**, s. 245-246). İsviçre Medeni Kanunun'nda ise TMK m. 239/f. 1'i karşılayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle alacaklı eşin rızası bulunmadan katılma alacağı ayın olarak ifa edilemez (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1367, Paul-Henri Steinauer, **Art. 215, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 10, Heinz Hausheer, Regina Aebi-Müller, **Art. 215, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz.: Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, N. 13). Ancak İsviçre doktrininde de üçüncü kişinin sorumluluğunun tali niteliğinden dolayı bu kişinin, borçlu eşten daha iyi bir konumda bulunması gerektiği, dolayısıyla katılma alacağının karşılanamayan kısmını ayın olarak ifa edebileceği kabul edilmektedir (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 58). Bu sonuca İsviçre Medeni Kanunu'nda borçlu eşe ya da üçüncü kişiye borcu ayın olarak ifa etme yetkisi tanıyan bir hüküm bulunmadığı için TMK m. 564'e karşılık gelen hükmün kıyasen uygulanması yoluyla varılmıştır. TMK m. 564 uyarınca "*Değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmesine olanak bulunmayan belirli bir mal vasiyeti tenkise tâbi olursa, vasiyet alacaklısı, dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir.*" Aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bu kural, sağlararası kazandırmaların tenkisinde de uygulanacaktır. İsviçre Medeni Kanunu'nun karşılık gelen maddesinde bu üçüncü fıkra yer almasa da doktrinde kuralın sağlararası kazandırmalar açısından da uygulanabileceği kabul edilmektedir.

²⁰⁰ Üçüncü kişinin kötü niyetli olması bu sorumluluğa örnek gösterilebilir (Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 58).

²⁰¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 58, bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 246.

²⁰² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 58. Doktrinde Genç Arıdemir'e göre TMK m. 564 uygulanırsa üçüncü kişi, kazandırmayı ayın olarak iade edip katılma alacaklısı eş, katılma alacağının eksik kalan kısmını aşan miktarı para olarak kendisine vermeye zorlayabilecektir (Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 78). Yazar bu nedenle TMK m. 564'ün kıyasen uygulanmasına karşı çıkmaktadır.

değil yalnızca katılma alacağına tam olarak kavuşamamış eş ya da mirasçıları üçüncü kişiye başvurabilir²⁰³. Eşin davacı sıfatı için doktrindeki hâkim görüşe göre başkaca şart aranmamaktadır. Buna karşın katılma alacağının karşılanamadığının saptanması için aciz vesikası alınmasının gerekli olduğu da ileri sürülmüştür²⁰⁴. Bu fikre göre alacaklı eşin davacı sıfatı, aciz vesikası almış olmasına bağlanmıştır. Kanımızca bu şartın aranması TMK m. 241'deki davayı, İİK m. 277 vd.'de düzenlenen iptal davasına yaklaştırdığı için yerinde değildir.

Mirasçıların hangi şartlarda dava açabilecekleri doktrinde tartışmaya sebep olmuştur. Aslında mirasçıların davacı sıfatı, onların katılma alacağı ve ekleme talepte haklarına paraleldir. Çünkü TMK m. 241'e göre üçüncü kişiden talepte bulunma hakkı, katılma alacağına bağlı (fer'i) bir haktır²⁰⁵. Dolayısıyla eklenecek değerler açısından savunulan fikirler, TMK m. 241 açısından da yer bulacaktır. Ekleme talebinde olduğu gibi burada da borçlu eşin mirasçılar arasında yer alması yaygın görülen özel bir durum oluşturmaktadır. Dolayısıyla öncelikle borçlu eşin mirasçılar arasında yer almadığı ihtimal incelenmeli, ardından bu özel durum için doktrinde öngörülen sonuçlar karşılaştırılmalıdır.

Borçlu eşin mirasçılar arasında yer almadığı ilk ihtimale ilişkin doktrinde üç farklı fikir öne sürülmüştür. Doktrinde *Sarı*'ya göre katılma alacağının ödenmesi için üçüncü kişilere yöneltilecek talep elbirliğiyle hak sahipliğine ilişkin kurallara tabi olmalıdır²⁰⁶. Çünkü mirasçılar elbirliği rejimine tabi miras ortaklığını meydana getirir²⁰⁷ ve terekeye TMK m. 640 uyarınca elbirliğiyle sahip olurlar²⁰⁸. Elbirliğiyle hak sahipliği kural olarak sahip olunan haklara ilişkin bütün işlemleri birlikte yapmayı gerektirdiğinden²⁰⁹ mirasçıların üçüncü kişiden de topluca talepte bulunmaları

²⁰³ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1394, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 44, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 14, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 25, Zeytin, **a.g.e.**, N. 818, Gümüş, **a.g.e.**, s. 420-421.

²⁰⁴ Bu konudaki görüşler için bkz. Üçüncü Bölüm II/A/2/a.

²⁰⁵ TMK m. 241'e göre üçüncü kişiden talepte bulunma hakkının katılma alacağına bağlı (fer'i) bir hak olduğu yönünde bkz. Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1394a, Zeytin, **a.g.e.**, N. 819.

²⁰⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 258.

²⁰⁷ Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §7 N. 1, Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1864.

²⁰⁸ Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §7 N. 1, Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1864.

²⁰⁹ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 1873.

gerekecektir. *Acar* ise üçüncü kişiye açılacak davayı terekenin tespitine ve korunmasına yönelik bir işlem olarak kabul etmektedir²¹⁰. Böylece “*Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır*” düzenlemesini getiren TMK m. 702/f. 4 uyarınca her bir mirasçı üçüncü kişiye başvurabilecektir²¹¹. Son olarak doktrindeki yaygın kabul mirasçıların her birinin kendi payları oranında üçüncü kişiye başvurabileceği yönündedir²¹².

Anılan görüşlerin değerlendirilmesi için miras ortaklığında elbirliği rejiminin hükümleri incelenmelidir. Elbirliğinin en belirgin özelliği mirasçıların tek başlarına hareket edememeleridir²¹³. Tereke ile ilgili davalar ve takipler de oybirliği gerektirmektedir²¹⁴. Ancak ölüme bağlı tasarrufun iptali, denkleştirme, tenkis ve paylaşırma davaları mirasçıların şahsında doğan davalar olduğu için bunların her bir mirasçı tarafından tek başına açılabilmesi kabul edilmektedir²¹⁵. Miras hukukuna özgü tenkis davası ile arasındaki benzerlikten yola çıkan yazarlar TMK m. 241’de öngörülen davanın da her bir mirasçı tarafından miras paylarınca açılabilmesini savunmaktadır²¹⁶. Fakat tenkis davası açma hakkı saklı paylı mirasçının şahsına bağlı bir haktır ve devredilemez²¹⁷. Ayrıca saklı paylı mirasçı miras payını devrettiğinde devralana geçmez²¹⁸. TMK m. 241 uyarınca açılan dava ise önce eşe onun ölümü hâlinde de onun külli halefi olan mirasçılarına tanınmıştır. Dolayısıyla katılma alacağının ödenmesine ilişkin üçüncü kişiye başvuru hakkı katılma alacağına bağlı, terekeye ilişkin bir haktır²¹⁹. Mirasçının şahsında doğan bir hak olmadığı için²²⁰ istisnaya değil genel kurala tabidir ve hep birlikte hareket etmeyi gerektirir.

²¹⁰ *Acar*, **a.g.e.**, s. 300.

²¹¹ *Acar*, **a.g.e.**, s. 300. Ayrıca yazar TMK m. 229/f. 2’deki ileri sürme imkânının tüm mirasçılar tarafından kullanılmasına gerek olmadığını belirtmektedir.

²¹² Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 25, Zeytin, **a.g.e.**, N. 818, Gümüş, **a.g.e.**, s. 420-421.

²¹³ Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §7 N. 9.

²¹⁴ Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §7 N. 11.

²¹⁵ Serozan, Engin (Serozan), **a.g.e.**, §7 N. 15.

²¹⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 421 dn. 690.

²¹⁷ Piotet, **Droit Successoral**, s. 603, Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 104.

²¹⁸ Piotet, **Droit Successoral**, s. 603, Serozan, Engin (Engin), **a.g.e.**, §3 N. 104.

²¹⁹ Mal rejiminden doğan alacağın mirasçılara intikal ettiği yönünde bkz. Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 94.

²²⁰ Aksi fikirde bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 259.

Borçlu eşin mirasçı sıfatını taşıdığı ihtimalde *Sarı* yine genel görüşten ayrılarak borçlu eşin miras ortaklığında yer almasının kural olarak üçüncü kişiye başvuruyu engellemeyeceğini savunmaktadır²²¹. Yazara göre borçlu eşin mirasçılar arasında yer alması miras ortaklığının üçüncü kişiye başvurusu açısından bir fark yaratmayacaktır. Ancak yazar borçlu eşin tek mirasçı ya da paylaşırma sonucunda katılma alacağının sahibi olması durumları için bir istisna tanımakta ve dürüstlük kuralı gereğince üçüncü kişiden talepte bulunamayacağını kabul etmektedir²²². *Acar* ise miras ortaklığının üçüncü kişiden talepte bulunması için sağ kalan eşin katılımını ya da onayını yine TMK m. 702/f. 4'e dayanarak aramamaktadır²²³. Böylece elbirliği rejimine rağmen mirasçı borçlu eş olmadan üçüncü kişiye başvurulabilecektir. Doktrindeki yaygın fikir ise borçlu eşin mirasçı sıfatıyla üçüncü kişiye başvurmasını genel olarak dürüstlük kuralına aykırı görmekte ve engellemektedir²²⁴. Öyleyse bu görüşe göre mirasçı olan borçlu eş üçüncü kişiye başvuramazken diğer mirasçılar miras paylarınca talepte bulunabileceklerdir.

Fikrimizce borçlu eşin tek mirasçı ya da paylaşırma sonucunda katılma alacağının sahibi olması durumunda dürüstlük kuralına gitmeden temel borçlar ve miras hukuku ilkeleriyle çözüme ulaşılabilir. Dolayısıyla anılan görüşler mirasın paylaşılmasından önceki dönem için ve borçlu eşin de içlerinde olduğu birden fazla mirasçı bulunması şartıyla geçerlidir. Çünkü borçlu eş tek mirasçıysa mirasbırakana karşı olan katılma alacağını ödeme borcu düşer. Bu sonuç alacaklı ve borçlu sıfatının tek bir mirasçıda birleşmesinden kaynaklanmaktadır (TBK m. 135/f. 1, c. 1)²²⁵. Katılma alacağı sona erdiğinden buna bağlı olan üçüncü kişilere başvuru hakkının varlığından da söz edilemeyecektir²²⁶.

²²¹ *Sarı, a.g.e.*, s. 259. Yazar aksi yöndeki kabulün, mal rejiminin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi durumunda borçlu eş bir şekilde mirasçılık sıfatını kaybetmedikçe üçüncü kişiden talepte bulunulamayacağı anlamına geldiğini savunmaktadır (*Sarı, a.g.e.*, s. 259).

²²² *Sarı, a.g.e.*, s. 259.

²²³ *Acar, a.g.e.*, s. 300.

²²⁴ *Zeytin, a.g.e.*, N. 818. Çelişkili davranış yasağına aykırı olduğu yönünde bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, *Art. 220*, N. 44, Hausheer, Aebi-Müller, *Art. 220*, N. 25.

²²⁵ Serozan, Engin (Serozan), *a.g.e.*, §7 N. 1.

²²⁶ TMK m. 241'e göre üçüncü kişiden talepte bulunma hakkının katılma alacağına bağlı (fer'i) bir hak olduğu yönünde bkz. dn. 205. Birleşme sonucunda bağlı hakların TMK m. 131 uyarınca sona erdiği hakkında bkz. Oğuman, Öz, *Cilt I*, N. 1795.

Paylaştırma sonrası için de aynı sonuca varılmaktadır. Çünkü katılma alacağı, TMK m. 654 uyarınca paylaşma sırasında borçlu eşin miras payına mahsup edilecektir. Bunun anlamı payların oluşturulması ve özgülenmesi sırasında bu borcun karşılığı olan alacağın borçlu mirasçının miras payına konulmasıdır²²⁷. Bunun üzerine borçlu ve alacaklı sıfatları birleşeceğinden katılma borcu da sona erecektir (TBK m. 135/f. 1, c. 1)²²⁸. Katılma alacağı sona erince ona bağlı olan üçüncü kişiye başvuru hakkı da sona erecektir (Bkz. TBK m. 131/f. 1).

TMK m. 562, saklı paylı mirasçı tenkis davası açmazsa belirli şartlarla alacaklılara bu davayı açma hakkı tanımaktadır. Bu hükmün kıyasen mal rejimi açısından da uygulanması düşünülebilir. Örneğin Bay (A)'ya borcu olan Bayan (K), eşi Bay (E)'den katılma alacağını tahsil edemiyor ve eklenecek değerden yararlanan Bay (Ü)'ye de başvurmuyorsa kendi alacağını elde edemeyen Bay (A), Bay (Ü)'ye başvurabilecek midir? Bu soru doktrinde olumsuz olarak yanıtlanmıştır. TMK m. 241/f. 3'ün göndermesine rağmen TMK m. 562 mal rejimi açısından kıyasen uygulanmaz²²⁹. Aciz belgesine sahip alacaklılar gibi iflas masası da bu hükme dayanamayacaktır²³⁰.

Katılma alacağının devredilmesi hâlinde TMK m. 241 uyarınca üçüncü kişiye başvuru imkânının akıbeti tartışmalıdır. Soruna teknik hukuk açısından yaklaşan yazarlara göre eğer katılma alacağı devredilmişse üçüncü kişiye başvuru hakkı da devredilmiş olmaktadır²³¹. Çünkü bu başvuru hakkı katılma alacağına bağlı bir haktır ve TBK m. 189/f. 1 uyarınca devralana geçeceği kabul edilmektedir²³². Ayrıca bu hak haciz ve iflas hallerinde de katılma alacağını takip ederek haczedilir ve iflas masasına girer²³³.

²²⁷ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 2093.

²²⁸ Dural, Öz, **Miras Hukuku**, N. 2093.

²²⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1394, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 45, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 26, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 15, Zeytin, **a.g.e.**, N. 819, Gümüş, **a.g.e.**, s. 421.

²³⁰ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 45,

²³¹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1394a, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 45.

²³² Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1394a, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 45.

²³³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 45.

Diğer görüş TMK m. 241’de düzenlenen başvuru hakkının yalnızca alacaklı eşe ve mirasçılara tanındığını ve devralan kişiye geçmeyeceğini savunmaktadır²³⁴. Gerekçe olarak öncelikle üçüncü kişilerden talepte bulunabilecek olanların TMK m. 241/f. 1’de özel olarak belirtildiğine dikkat çekilmiştir²³⁵. Ayrıca aksi yöndeki kabulün alacak hakkının nispiliği ilkesine TMK m. 241 ile getirilen istisnayı oldukça genişleteceği ileri sürülmüştür²³⁶. TMK m. 241 ile aile birliğine dahil olmayan kişilerin korunması amaçlanmadığı için devralan kişiye böyle bir koruma sağlanması yerinde bulunmamıştır²³⁷.

TBK m. 189/f. 1 uyarınca “*Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer.*” Doktrinde devralana geçecek olan bağlı haklara örnek olarak teminatlar, faizler ve bazı yenilik doğuran haklar verilmiştir²³⁸. Dava açma hak ve yetkisi de devralana geçmiş olmaktadır²³⁹. Bununla birlikte devredenın kişisel durumuna bağlı hukuki sonuçların devralana geçmeyeceği düzenlenmiştir²⁴⁰. Örneğin devreden için TBK m. 153 uyarınca zamanaşımı işlemezken devralan bu bentlere tabi olmayacağından onun için zamanaşımı işlemeye başlayacaktır²⁴¹. Üçüncü kişiye başvuru hakkının eşin kişiliğine bağlı bir hak olduğu düşünülebilir. Böylece bu hak, doktrinde savunulduğu gibi yalnızca eşe ve mirasçılara tanınmış olacaktır. Ayrıca, TMK m. 241 ile alacağın nispiliği ilkesine getirilen istisna katılma alacaklısı eşini korumak amacına dayanmaktadır. Öyleyse bu istisnai hükmü genişletmek ancak yine bu amaç doğrultusunda mümkün olabilir. Devralan kişinin TMK m. 241’de düzenlenen korumadan yararlanamamasının katılma alacaklısı eş ve mirasçılarını açısından olumsuz sonuç doğurmasıysa²⁴² yalnızca dolaylı bir etkidir. Bu dolaylı etki katılma alacaklısı

²³⁴ Zeytin, **a.g.e.**, N. 820, Sarı, **a.g.e.**, s. 259. Aynı yönde bkz. Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 50.

²³⁵ Sarı, **a.g.e.**, s. 259.

²³⁶ Zeytin, **a.g.e.**, N. 820.

²³⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 820.

²³⁸ Oğuzman, Öz, **Cilt II**, s. 564, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1268.

²³⁹ Oğuzman, Öz, **Cilt II**, s. 565, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1268.

²⁴⁰ Bu ifade öncelik hakları için olduğu gibi bağlı haklar için de geçerli kabul edilmektedir. Bkz. Thomas Probst, **Art. 170, Commentaire Romand Code des obligations I: Art. 1-529 CO**, Ed.: Luc Thévenoz, Franz Werro, 2. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, N. 10.

²⁴¹ Oğuzman, Öz, **Cilt II**, s. 566.

²⁴² Zeytin, **a.g.e.**, N. 820.

eşin korunması kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle katılma alacağını devralan, TMK m. 241'den yararlanamamalıdır.

TMK m. 241 emredici bir düzenleme olduğu için üçüncü kişiye başvuru hakkında önceden feragat edilemez²⁴³. Ancak bu hakkın doğduktan sonra kullanılması bu kişilerin iradesine bağlıdır²⁴⁴.

C. Davalı

TMK m. 241, alacaklı eşin, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmalardan yararlanan üçüncü kişilerden talepte bulunabileceğini düzenlemiştir. Üçüncü kişinin iyiniyetli ya da kötü niyetli olmasının bir önemi olmadığı savunulmaktadır²⁴⁵. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere bir görüş TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamındaki işlemlerde üçüncü kişinin, işlemi yapan eşin zarar verme kastını bilmesini aramaktadır²⁴⁶.

Üçüncü kişinin ölümü hâlinde davalı sıfatı mirasçılara ait olur²⁴⁷. Ayrıca maddenin lafzı, borçlu eşin işlem yaptığı üçüncü kişiden kazandırma konusunu devralana karşı da dava açılabilmesi izlenimini uyandırmaktadır. Ancak TMK m. 229'un yalnızca eşler tarafından yapılan kazandırmalara ilişkin olması böyle bir yorumu engellemektedir²⁴⁸. Üçüncü kişi kazandırma konusunu başkasına devrederse alacaklı eş, devralandan talepte bulunamaz²⁴⁹. Sonraki devralanın iyiniyetli ya da kötü niyetli olmasının da bir etkisi yoktur²⁵⁰.

²⁴³ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 69, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 17, Sarı, **a.g.e.**, s. 259, Gümüş, **a.g.e.**, s. 422.

²⁴⁴ Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 17, Sarı, **a.g.e.**, s. 259.

²⁴⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1395.

²⁴⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm/II/A/1.

²⁴⁷ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1395, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 42. Alacaklı eşin, üçüncü kişinin mirasçıları arasında yer almasının bir fark yaratmayacağı yönünde bkz. Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 42.

²⁴⁸ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 41.

²⁴⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1395, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 41, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 27, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 16, Zeytin, **a.g.e.**, N. 821, Sarı, **a.g.e.**, s. 260, Gümüş, **a.g.e.**, s. 421. Zeytin bu kuralı kanundan kaynaklanan nispi sorumluluğu eşyaya bağlı borca dönüştürmemek gerektiği ile açıklamaktadır (Zeytin, **a.g.e.**, N. 821).

²⁵⁰ Zeytin, **a.g.e.**, N. 821. Ancak doktrindeki başka bir fikir kötü niyetli sonradan devralana başvurulabileceğini savunmaktadır (Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 343). Miras

Sonraki devralanın TMK m. 241 uyarınca olmasa da TBK m. 49/f. 2 uyarınca sorumlu tutulması mümkündür²⁵¹. Böylece katılma alacağından sorumlu üçüncü kişiden kazandırma konusunu devralan kişi, ahlaka aykırı bir davranışla alacaklı eşe kasten zarar vermişse bu zararı gidermekle yükümlü tutulacaktır²⁵².

Birden fazla kişiye karşılıksız kazandırma yapılmış olması durumunda aralarında bir müteselsil sorumluluk bulunmaz²⁵³. Yukarıda belirtildiği gibi böyle bir durumda tenkiste geçerli olan sıra kuralı kıyasen uygulanır²⁵⁴. Başvuru sırası aynı zamanda üçüncü kişinin davalı sıfatını etkilemektedir²⁵⁵. Başvuru sırası gelmemiş üçüncü kişi bu davanın davalısı olamayacaktır.

D. Uygulanacak usul

1. Görev ve yetki

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinin birinci bendi uyarınca "22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı *Türk Medeni Kanununun (Ek ibare: 5133 - 14.4.2004 / m.2) "Üçüncü Kısım hariç olmak üzere" İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler*" aile mahkemeleri tarafından görülmektedir²⁵⁶. Katılma alacağının ödenmesi için açılacak dava da Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabında düzenlendiği için aile mahkemelerinin görev alanına girmektedir²⁵⁷. Yetkiye ilişkin özel bir kural

hukukundaki tenkis talebi açısından 13.01.1975 gün ve 7/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (RG. 02.04.1975; S:15196) malı sonradan devralan kötü niyetli kişiye bu talebin yöneltebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu sonuç doktrinde olumlu karşılanmamıştır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Nar, **a.g.e.**, s. 122 vd.

²⁵¹ Zeytin, **a.g.e.**, N. 821.

²⁵² Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 41.

²⁵³ Sarı, **a.g.e.**, s. 260.

²⁵⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm/II/B/2.

²⁵⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1402.

²⁵⁶ Kabul Tarihi: 09.01.2003, RG. 18.01.2003; S:24997.

²⁵⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 260-261.

öngörülmediği için yetkili mahkeme davalı üçüncü kişinin yerleşim yeri mahkemesidir²⁵⁸.

2. Hak düşürücü süre

TMK m. 241/f. 2 uyarınca “*Dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer*”. Hükümde iki farklı süre öngörülmüştür ve ikisi de hak düşürücü süredir²⁵⁹. Dolayısıyla kesilmesi ya da durması söz konusu olmamaktadır²⁶⁰. Tenkis iddiasının her zaman def’i yoluyla ileri sürülebileceği kuralı (TMK m. 571/f. 3) burada kıyasen uygulanmaz²⁶¹.

Üçüncü kişiden talepte bulunabilmek için iki süre de tamamlanmadan dava açılması gerekmektedir²⁶². Davadan başka bir yolla üçüncü kişiye başvurma bu şartı sağlamaz²⁶³. Dava açılmadan sürelerden birinin dolması durumunda alacaklı eş veya mirasçıları üçüncü kişiden herhangi bir talepte bulunamaz²⁶⁴.

İlk süre, alacaklı eşin ya da mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayan bir yıllık süredir. Bu sürenin işlemeye başlaması için alacaklı eşin hem alacağının miktarını hem eşinin malvarlığının bu alacağı karşılamaya yetmediğini hem de belirli bir kişinin eklenecek değerler devraldığını öğrenmesi gerekmektedir²⁶⁵. Bu süre hiçbir şekilde mal rejiminin sona ermesinden önce işlemeye başlamaz²⁶⁶.

²⁵⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 261.

²⁵⁹ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1400, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 49, Zeytin, **a.g.e.**, N. 822, Gümüş, **a.g.e.**, s. 422. Bir alacak hakkının talep edilmesini sınırlayan sürenin zamanaşımı değil de hak düşürücü süre olarak düzenlenmesi eleştirilmiştir. Bu yönde bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 263.

²⁶⁰ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1400, Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 49, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 28, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 17, Steinauer, **Art. 220**, N. 11, Zeytin, **a.g.e.**, N. 822, Sarı, **a.g.e.**, s. 262.

²⁶¹ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 49, Hausheer, Aebi-Müller, **Art. 220**, N. 28, Steck, Fankhauser, **Art. 220**, N. 17, Zeytin, **a.g.e.**, N. 542, Gümüş, **a.g.e.**, s. 422.

²⁶² Sarı, **a.g.e.**, s. 262.

²⁶³ Sarı, **a.g.e.**, s. 262.

²⁶⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 262.

²⁶⁵ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1400.

²⁶⁶ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1400.

İkinci süre, mal rejiminin sona ermesinden itibaren başlayan beş yıllık süredir. Bu süre İsviçre Medeni Kanunu'nda on yıl olarak belirlenmiştir²⁶⁷. Sürenin mal rejiminin tasfiyesinden değil, TMK m. 225 uyarınca mal rejiminin sona ermesinden itibaren işlemeye başlayacağını belirtmek gerekir²⁶⁸. Alacaklı eş veya mirasçılar mal rejiminin sona ermesinden beş yıl geçtikten sonra haklarının zedelendiğini öğrenseler bile artık herhangi bir talepte bulunamazlar²⁶⁹. Ancak tasfiyenin süresi göz önüne alındığında beş yıllık üst sürenin yetersiz olduğu görülecektir. Süre, doktrinde de bu nedenle eleştiriye uğramış²⁷⁰ ve hak kaybının önüne geçmek için üçüncü kişiye ihbarda bulunulmasının, hak düşürücü sürenin kaçırılmasını engellemesi çözümü ileri sürülmüştür²⁷¹. Bu sorunun aşılması için kaynak kanundaki gibi on yıllık sürenin belirlenmesi yerinde olacaktır.

TMK m. 241 uyarınca açılan dava usul yönünden reddedilmişse alacaklı eş, TBK m. 158'de öngörülen ek süreden faydalanabilir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun bu hükme karşılık gelen 137. maddesi yalnızca zamanaşımını düzenlemekteydi. Bu nedenle doktrinde BK m. 137'nin üçüncü kişilere başvuru hakkı açısından ancak kıyasen uygulanabileceği kabul edilmekteydi²⁷². Ancak, Adalet Komisyonu'nun Tasarı'da yaptığı değişiklikle anılan hükümdeki zamanaşımının yanına hak düşürücü süre de eklenmiştir²⁷³. Dolayısıyla kıyasen uygulanmasına gerek kalmaksızın bu durum hükmün uygulama alanına girmektedir.

²⁶⁷ Türk Medeni Kanunu'ndaki beş yıllık sürenin hataya dayandığı yönünde bkz. Kılıçoğlu, **Yenilikler**, s. 266.

²⁶⁸ Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1400.

²⁶⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 262.

²⁷⁰ Bkz. Okur, **a.g.m.**, s. 191, Özüğür, **a.g.e.**, s. 78.

²⁷¹ Şıpka, **Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, s. 344 dn. 23.

²⁷² Sarı, **a.g.e.**, s. 263, Gümüş, **a.g.e.**, s. 422. Bu dönemde Yargıtay BK m. 137'nin kıyasen hak düşürücü sürelerle uygulanmasına karşı çıkmaktaydı. Bkz. Yargıtay 8. HD., 30.4.2001, E. 2001/3562, K. 2001/3449 (www.kazanci.com.tr).

²⁷³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>. Değişikliğin gerekçesi şöyle ifade edilmiştir: "... düzeltilmesi mümkün bir hata sebebiyle davanın usulden reddinde zamanaşımı için tanınan fırsatın hak düşürücü süre için dahi tanınmasının hem hakkın doğası ve hem de adil yargılanma hakkının doğal gereği olması, ayrıca maddedeki ifade bütünlüğünün sağlanması amacıyla, ..."

Son olarak belirtmek gerekir ki katılma alacağı muaccel olmadan üçüncü kişiye başvurulamaz²⁷⁴. Katılma alacağı kural olarak mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanmasıyla muaccel olur²⁷⁵. Ancak katılma alacağının ödenmesi için borçlu eşe TMK m. 239/f. 2 uyarınca uygun bir süre verilmiş olabilir. Bu durumda borçluya tanınan süre sonuna kadar üçüncü kişilere başvurulamayacağı doktrinde kabul edilmektedir²⁷⁶. Yine TMK m. 239/f. 2 uyarınca katılma alacağının taksitle ödenmesine karar verilmişse üçüncü kişiye yöneltilecek talep de yalnızca taksit tutarı kadar muaccel olur.

TMK m. 241/f. 1’de yer alan “tasfiye sırasında” ifadesinin malvarlığının değerlemeye tabi tutulduğu ana ilişkin olduğunu belirtmiştik. Doktrinde bir fikir bu ifadeye değerlendirme zamanı dışında bir sonuç daha bağlamaktadır. Bu fikre göre katılma alacaklısı eşe, tasfiyenin tamamlanması beklenmeden üçüncü kişiye başvuru hakkı tanınmıştır²⁷⁷. Katılma alacağının tahsil edilebilirliğinin tasfiyeden sonra gündeme gelecek olmasına rağmen kanun koyucunun alacaklı eş koruma amacı bu kabule gerekçe gösterilmektedir²⁷⁸. Ancak bu sonuç doktrinde genel olarak kabul görmemiş ve katılma alacağı muaccel olmadan üçüncü kişilerden talepte bulunulmayacağı savunulmuştur²⁷⁹. Gerekçe olarak tasfiye tamamlanmadan hangi eşin katılma alacağına sahip olduğunu bilmenin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür²⁸⁰. Kanımızca alacaklı eşin korunması amacı böyle bir yoruma müsait görünse de muacceliyetin bu eş lehine öne alınması, TMK m. 241’in öngördüğü sonuçlardan biri değildir. Dolayısıyla alacaklı eş borçlu eşin malvarlığının olası katılma alacağını karşılamayacağını anlasa bile tasfiye tamamlanmadan üçüncü kişiye başvuramamalıdır.

3. TMK m. 229/f. 2’ye göre davanın ihbarı

²⁷⁴ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 33.

²⁷⁵ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 33.

²⁷⁶ Hausheer, Reusser, Geiser, **Art. 220**, N. 33 s. 1006, Sarı, **a.g.e.**, s. 256, Gümüş, **a.g.e.**, s. 422.

²⁷⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 255.

²⁷⁸ Sarı, **a.g.e.**, s. 255.

²⁷⁹ Bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 419.

²⁸⁰ Gümüş, **a.g.e.**, s. 419-420.

TMK m. 229/f. 2 eklenecek değerlere ilişkin uyuşmazlıklarda davanın bu değerlerden yararlanan kişiye ihbar edilebileceğini öngörmüřtür²⁸¹. Maddenin lafzına göre bu ihbarın sonucu, mahkeme kararının kazandırmadan veya devirden yararlanan kişiye karşı da ileri sürülebilmesidir. İhbar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir (HMK m. 61 vd.). Bu hükümler, bünyesine uygun düştüğü ölçüde TMK m. 229/f. 2 uyarınca davanın ihbar edilmesi açısından da esas alınacaktır²⁸².

Kelime anlamı bildirim, haber verme olan ihbar²⁸³, medeni usul hukukunda taraflardan birinin, üçüncü kişinin müdahalesini sağlamak amacıyla davayı ona duyurması olarak tanımlanmaktadır²⁸⁴. Bu tanımdan yola çıkarak öncelikle davaya müdahale kavramı ve sonuçları açıklanacak, ardından bunlar ihbarın etkisiyle karşılaştırılacaktır.

Türk medeni usul hukukunda dava, davacı ve davalıdan oluşan iki taraf sistemine dayanmaktadır²⁸⁵. Dolayısıyla kural, dava sonunda verilen hükmün yalnızca davanın tarafları açısından sonuç doğurmasıdır. Bununla beraber hükmün üçüncü bir kişiyi etkilemesi de mümkündür²⁸⁶. Böyle bir durumda hükümden etkilenecek üçüncü kişiye davayı kazanmasında yarar bulunan taraf yanında fer'i müdahil (HMK m. 66) olarak davaya katılma hakkı tanınmıřtır²⁸⁷. Üçüncü kişinin davadan haberdar olması ve

²⁸¹ Anılan düzenleme, 1 Ocak 2011'de yürürlüğe giren 19 Aralık 2008 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun ek-1/II/3'e atıf yapan 402. maddesiyle İsviçre Medeni Kanunu'ndan kaldırılmıştır (<https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2010/1739.pdf>). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ihbara ilişkin 64 vd. hükümleri, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 77 vd. hükümlerine (sıraları karışık olmakla birlikte) karşılık gelmektedir. İMUK m. 78 uyarınca “*Bir taraf, ancak davayı kaybettiğinde üçüncü kişiye karşı talepleri olabileceğini veya üçüncü kişinin kendisinden talepte bulunabileceğini varsayıyorsa davayı üçüncü kişiye bildirebilir*”. Bununla birlikte davayı kazanan taraf açısından hükümde boşluk bulunduğu ve eklemeyi talep eden eşin ya da mirasçılarının da kıyasen davayı üçüncü kişiye ihbar etme ve kararı ona karşı ileri sürme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir (Deschenaux, Steinauer, Baddeley, **a.g.e.**, N. 1405a).

²⁸² TMK m. 229/f. 2'de düzenlenen ihbarın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabi olacağı yönünde bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 261. Bünyesine uygun düşmesi ölçütünü aramamızın sebebi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan başka kanunlarda düzenlenen ihbar hükümlerinin farklı sonuçlar doğurabilecek olmasıdır (Murat Atalı, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku: Cilt I**, Ed.: Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, ř 7 Davaya Müdahale, s. 739).

²⁸³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (<http://sozluk.gov.tr/>).

²⁸⁴ Atalı, **a.g.e.**, s. 738.

²⁸⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 2. bs., Ankara, Yetkin, 2014, s. 203.

²⁸⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 203, Atalı, **a.g.e.**, s. 717.

²⁸⁷ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 203, Atalı, **a.g.e.**, s. 717.

davaya katılması ise çoğunlukla davanın kendisine ihbar edilmesi yoluyla gerçekleşir²⁸⁸. Bu durum HMK m. 61’de “*Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Üçüncü kişi, davayı kendisine ihbar eden taraf yanında davaya katılmak zorunda değildir²⁸⁹. Fer’i müdahil, yanında davaya katıldığı tarafın davayı kazanmasına yardımcı olmaya çalışır²⁹⁰. Ancak dava kaybedilmişse anılan tarafın maddi hukuka göre fer’i müdahile rücu davası açması söz konusu olabilir²⁹¹. Kanun koyucu bu ikinci davada, ilk davada verilen hükmün yanlışlığının ileri sürülemeyeceğini düzenlemiştir (HMKm. 69/f. 2, c. 1). Böylece maddi vakıaların tespitini ve hukuki nitelendirmeleri kapsayan, kesin hükümden daha geniş bir etki söz konusu olmaktadır²⁹².

Üçüncü kişi, ihbar üzerine fer’i müdahil olarak davaya katılabileceği gibi davaya katılmaktan kaçınıp hareketsiz de kalabilir²⁹³. İhbar üzerine davaya katılan kişi, yukarıda belirtildiği üzere kendiliğinden davaya katılan fer’i müdahil ile aynı kurallara tabi olur²⁹⁴. Davaya katılmayan üçüncü kişi için ise HMK m. 64 uyarınca fer’i müdahalenin etkisine benzer bir sonuç doğmaktadır²⁹⁵. Böylece davaya taraflar arasında devam edilir ve verilen hüküm ihbara rağmen hareketsiz kalan kişi üzerinde davaya katılan kişi gibi etkili olur²⁹⁶. Dolayısıyla dava kendisine ihbar edilen kişi, daha sonra hükmün tarafla arasındaki rücu ilişkisinde etkisi olmayacağını ileri süremez²⁹⁷. Fakat söz konusu hüküm bazı istisnalar tanımıştır. Bunlar, ihbar zamanında yapılmadığı için davaya geç katıldığı, yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediği ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma

²⁸⁸ Atalı, **a.g.e.**, s. 719. Üçüncü kişinin davaya fer’i müdahil olarak katılabilmesi için davanın kendisine ihbar edilmiş olması yeterli değildir, fer’i müdahalenin şartları da sağlanmalıdır (Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 211).

²⁸⁹ Atalı, **a.g.e.**, s. 763

²⁹⁰ Atalı, **a.g.e.**, s. 717-718.

²⁹¹ Atalı, **a.g.e.**, s. 735.

²⁹² Atalı, **a.g.e.**, s. 736.

²⁹³ Atalı, **a.g.e.**, s. 738, Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 211. Hareketsiz kalması genellikle davada verilebilecek aleyhe bir kararın etkisine tabi olmamak içindir (Atalı, **a.g.e.**, s. 738).

²⁹⁴ Atalı, **a.g.e.**, s. 763.

²⁹⁵ Atalı, **a.g.e.**, s. 739.

²⁹⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 213.

²⁹⁷ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 211.

imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılamadığı yönündeki iddialardır (HMK m. 69/f. 2, c. 2). İhbar edilen kişi, bu durumlardan birine dayanarak rücu davasında, ilk davadaki hükmün etkisi olmayacağını ileri sürebilecektir²⁹⁸.

Konumuz çerçevesinde üçüncü kişilere ihbar edilecek dava, eşler ya da mirasçıları arasındaki tasfiye davasıdır²⁹⁹. Bu davada uyuşmazlık konusu olan bir kazandırmanın artık değerın hesaplanmasında edinilmiş mallara değer olarak eklenmesinin, bu kazandırmayı edinen üçüncü kişinin aleyhine sonuç doğuracağı açıktır. Dolayısıyla ihbar üçüncü kişinin kazandırma ya da devri gerçekleştiren eş yanında davaya katılmasını sağlayacaktır³⁰⁰. Bunun için ihbara ilişkin genel kurallara uygun olarak söz konusu eşin rızası aranmaz³⁰¹. Örneğin Bayan (K) ile Bay (E) arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi üzerine yapılan tasfiye sırasında Bay (E), Bayan (K)'nın beş ay önce arkadaşı Bayan (A)'yı 50.000 TL değerinde borçtan kurtardığını ve bu miktarın edinilmiş mallara eklenerek kendisi lehine katılma alacağına hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bay (E) bu davayı Bayan (A)'ya ihbar ederse, Bayan (A), Bayan (K)'nin yanında davaya katılabilir. Bu durumda Bayan (K)'nin buna karşı çıkması Bayan (A)'nın davaya katılmasını engellemez. Ancak ihbarın aşağıda açıklanacak olan etkisi, üçüncü kişinin davaya katılmasından bağımsız olarak doğar.

Kanunun ifadesiyle ihbarın etkisi, eşler arasındaki davada verilen kararın *kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilmesidir*. Bu düzenleme alacaklı eşin, mahkeme kararına dayanarak katılma alacağını ihbar edilen üçüncü kişiden tahsil edebileceği anlamına gelmemektedir. Çünkü tasfiye davasında verilen hüküm, yukarıda açıklanan iki taraf sistemine uygun şekilde davacı ve davalı eşler hakkındadır³⁰². İhbar, etkisini yalnızca katılma alacaklısı eşin TMK m. 241 uyarınca ihbar edilen kişiye açacağı davada gösterir³⁰³. Üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın eklenecek değer niteliği üçüncü kişi açısından da bağlayıcı duruma

²⁹⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 212.

²⁹⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 261.

³⁰⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 261.

³⁰¹ Hausheer, Reisser, Geiser, **Art. 208**, N. 46, Sarı, **a.g.e.**, s. 261.

³⁰² Zeytin, **a.g.e.**, N. 829.

³⁰³ Zeytin, **a.g.e.**, N. 829.

gelir³⁰⁴. Böylece üçüncü kişi, katılma borçlusu eşle yaptıkları devir işleminin TMK m. 229 kapsamında eklenecek değer olmadığını iddia edemeyecektir³⁰⁵. Buna paralel olarak alacaklı eş, TMK m. 241 uyarınca üçüncü kişiye açtığı davada, bu kişiye TMK m. 229 kapsamında karşılıksız kazandırma yapıldığını ve kazandırmanın kapsamını ispatla yükümlü tutulmayacaktır³⁰⁶. Dolayısıyla davanın ihbarı, alacaklı eş lehine bir ispat kolaylığı sağlamaktadır³⁰⁷. İhbarın bir diğer etkisi, geri verme yükümlülüğünün kapsamı açısından önem taşıyan iyiniyete ilişkindir. Üçüncü kişi davanın ihbarı üzerine iyiniyetli sayılamayacak ve o andan itibaren kötü niyetli zilyedin geri vermesine ilişkin hükümlere tabi olacaktır³⁰⁸.

İhbar ile davadan haberdar olan ve müdahale imkânı bulunan üçüncü kişinin hükümde tespit edilen maddi vakıalara (örneğin malın devri) ve hukuki nitelendirmeye (örneğin malın eklenecek değer niteliği) karşı çıkma imkânı kalmaz. Böylece hükme bağlanan noktaların bir daha tartışılmaması ve farklı bir karar verilmemesi sağlanmış olur. Dolayısıyla ihbar imkânının amacı alacaklı eşin korunması, usul ekonomisi ve tarafları farklı olsa da aynı konuda iki farklı karar verilmemesidir³⁰⁹.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında ifade edildiği gibi *“TMK'nın 229/son maddesinde belirtilen ihbarın yapılmış olmasının yaratacağı hukuki sonuç, üçüncü kişi aleyhine sonradan aynı Kanun'un 241. maddesine dayanılarak alacak davası açıldığında, 229. maddedeki kazandırma veya devir koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin yeniden araştırma konusu yapılmamasıdır”*³¹⁰.

Buna karşın üçüncü kişi, ihbara rağmen katılma alacaklısı eşin kendisine başvurması için TMK m. 241'deki diğer şartların sağlanmadığını ileri sürebilir³¹¹. Örneğin katılma borçlusu eşin malvarlığının katılma alacağını tamamen

³⁰⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 261, Gümüş, **a.g.e.**, s. 418.

³⁰⁵ Hausheer, Reisser, Geiser, **Art. 208**, N. 51, Zeytin, **a.g.e.**, N. 831, Gümüş, **a.g.e.**, s. 418.

³⁰⁶ Sarı, **a.g.e.**, s. 261-262.

³⁰⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 261.

³⁰⁸ Genç Arıdemir, **TMK m. 241**, s. 45.

³⁰⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 261.

³¹⁰ Ankara BAM 12. HD., 9.3.2017, E. 2017/136, K. 2017/135, Yargıtay 8. HD., 29.9.2015, E. 2015/6857, K. 2015/16975, Yargıtay 8. HD., 13.4.2016, E. 2014/25885, K. 2016/6712, (www.lexpera.com.tr).

³¹¹ Hausheer, Reisser, Geiser, **Art. 208**, N. 51, Zeytin, **a.g.e.**, N. 831, Gümüş, **a.g.e.**, s. 418.

karşılayabileceğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir³¹². Ancak bunun için tasfiye davasında verilen kararın, borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetmediğine dair bir hüküm içermemesi gerekmektedir³¹³.

Davanın ihbarı, alacaklı eş, üçüncü kişiye açtığı davada bazı ispat yüklerinden kurtardığı için ihbarda bulunmakta onun menfaati vardır³¹⁴. İşlemi yapan eş ise ihbarda bulunamaz³¹⁵. Çünkü alacaklı eşin aksine işlemi yapan eşin üçüncü kişiye ileri sürebileceği (karara bağlanan uyuşmazlığa ilişkin) bir hakkı yoktur³¹⁶.

Üçüncü kişi, dava kendisine geç ihbar edildiği için savunma hakkını kullanamamışsa TMK m. 241'e göre açılacak davada eklenecek değerlere ilişkin iddialarını ileri sürebilecektir³¹⁷. Bu imkân HUMK döneminde dürüstlük kuralına dayandırılmaktaydı³¹⁸. Ancak, HMK m. 69/f. 2, c. 2 karşısında dürüstlük kuralına gitmeden bu imkâna başvurulması mümkündür.

Uygulamada eşlerin hak düşürücü süreyi kaçırmamak adına tasfiye davasında kazandırmadan yararlanan üçüncü kişileri, kazandırmayı yapan eş yanında davalı gösterdikleri görülmektedir. Yargıtay bu durumda da ihbarın etkisini uygulamaktadır³¹⁹.

³¹² Hausheer, Reisser, Geiser, **Art. 208**, N. 51, Zeytin, **a.g.e.**, N. 831.

³¹³ Sarı, **a.g.e.**, s. 262.

³¹⁴ Sarı, **a.g.e.**, s. 261.

³¹⁵ Zeytin, **a.g.e.**, N. 532.

³¹⁶ Zeytin, **a.g.e.**, N. 532.

³¹⁷ Zeytin, **a.g.e.**, N. 832.

³¹⁸ Zeytin, **a.g.e.**, N. 832.

³¹⁹ Yargıtay 8. HD., 23.5.2016, E. 2015/911, K. 2016/8977 (www.kazanci.com.tr): “Eşin talep hakkı, edinilmiş malın mülkiyetine yönelik bir ayni hak olmayıp, malın değeri üzerinden hesaplanan bir alacak hakkı niteliğinde olduğundan; karşılıksız kazandırma veya devrin yapıldığının tespit edilmesi halinde, işlemin (tasarrufun) iptaline karar verilemez ve eşle birlikte üçüncü kişi davalı olarak gösterilse bile, bu aşamada davacı lehine hüküm altına alınan katılma alacağından üçüncü kişi sorumlu tutulmaz. Üçüncü kişi hakkında eşle birlikte dava açılması halinde; kararda TMK. 229. maddesindeki amaç ve doğrultuda üçüncü kişi lehine kazandırma veya devir yapıldığının tespit edilmiş olması yeterlidir. İlk aşamada hüküm davalı eski eş yönünden karara bağlanacak ve davalı eski eş yanında davalı gösterilen üçüncü kişi yönünden bu dava aynı zamanda TMK.229/2-son maddesindeki ihbar işlevini de yerine getirmiş olacaktır. Bu sonuç, ancak hüküm altına alınan katılma alacağının tahsili aşamasında borçlu eşin malvarlığı ya da terekesinin borcu ödemeye yetmediğinin anlaşılması durumunda, sonradan üçüncü kişi aleyhine eksik kalan ve kazanılan miktarla sınırlı olarak alacak davası açılabilir; bir başka anlatımla, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi tasfiye borcunu ödemeye yetiyorsa, hiçbir zaman lehine kazandırma yapılan üçüncü kişi davacıya ödenecek katılma alacağından sorumlu tutulmayacağına dair TMK. 241. maddesi

4. Uygulanacak hükümler

TMK m. 241/f. 3 uyarınca “*Yukarıdaki fıkra hükümleri ve yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır*”. Tenkis davası TMK m. 560-571 arasında düzenlenmiştir. Kıyas yoluyla uygulama öngörüldüğü için tenkis hükümlerinden TMK m. 241’in bünyesine uygun düştüğü ölçüde yararlanılacaktır. Uygulanabilirliğe ilişkin tartışma her konu açısından incelenmiş olduğu için bu bölümde ayrıca değinilmeyecektir.

IV. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Dışında Üçüncü Kişiye Başvuru İmkanları

Uygulamada eşlerden birinin yapmış olduğu işleme karşı diğer eş her zaman mal rejimi çerçevesinde sahip olduğu imkânlarla başvurmamaktadır. İşlem tarafı olmayan eş bazen bir malın elden çıkarılmasının katılma alacağını azaltmak amacıyla yapıldığını ileri sürerek tasarrufun iptalini (İİK m. 277 vd.), bazen de elden çıkarmanın muvazaalı olduğunu ileri sürerek söz konusu malın işlem tarafı eşin malvarlığına dönüşünü talep etmektedir. Bu bölümde her iki kurumun şartları incelenecek ve bunların edinilmiş mallara katılma rejimi açısından uygulama alanı bulup bulamayacağı irdelenecektir.

A. Üçüncü Kişiye İcra ve İflas Kanunu m. 277 vd. Uyarınca İptal

Davası Yoluyla Başvuru

1. Genel Olarak

İİK m. 277’de düzenlenen iptal davası, alacağını borçludan tamamen ya da kısmen tahsil edemeyen alacaklıya tanınmış bir davadır³²⁰. Amaç, borçlunun çoğunlukla mal

hükmiyle de uyumlu olacaktır.” Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD., 13.4.2016, E. 2014/25885, K. 2016/6712 (www.kazanci.com.tr).

³²⁰ Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 195, Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özkes (Atalay), *İcra İflas Hukuku: Ders Kitabı*, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 533.

kaçırmak üzere, hacizden veya iflastan önce yaptığı tasarruflardan³²¹ alacaklıyı korumaktır³²². Bu koruma, tasarruf konusu malın takibe dâhil edilmesiyle sağlanmaktadır³²³. Doktrinde adlandırıldığı şekliyle tasarrufun iptali davası, hukuki niteliği itibariyle alacak hakkına dayanan şahsi bir eda davasıdır³²⁴.

İptal kararı ile tasarruf geçersiz kılınmaz; alacaklı yalnızca tasarruf konusu malı, hâlâ borçlunun malvarlığındaymış gibi haczettirir, sattırır ve alacağına kavuşur³²⁵. İcra ve İflas Kanunu'nun ifadesiyle *davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder* (İİK m. 283/f. 1). Dolayısıyla malın mülkiyetinin borçluya dönmesine dair bir karar verilmez³²⁶. Malik hâlâ üçüncü kişi olarak kalmaya devam etmektedir³²⁷. Özellikle tasarruf konusu bir taşınmazsa tapu sicilinin düzeltilmesine ve borçlu önceki malik adına tesciline hükmedilmeyecektir (İİK m. 283/f. 1)³²⁸. Satış bedelinden artan kısım, işlem geçerliliğini koruduğu için davalı üçüncü kişiye bırakılacaktır³²⁹.

Bu bölümdeki açıklamalarımız, iflas durumu istisna tutulup yapılmış olup dipnotlarda yer yer iflasa ilişkin farklılıklara değinilmiştir.

³²¹ Hükümde geçen tasarruf ifadesinden anlaşılması gereken, bir malın devri, mirasın reddi gibi geniş anlamda tasarruf işlemleridir, borçlandırıcı işlemler ise iptal davasına konu olmaz (Kuru, **a.g.e.**, s. 1398-1399). Haciz yoluyla takipte malların haczedilmesine, iflas yoluyla takipte ise iflasın açılmasına kadar borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlı değildir (Kuru, **a.g.e.**, s. 1396).

³²² Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 525.

³²³ Kuru, **a.g.e.**, s. 1434, Muşul, **a.g.e.**, s. 23.

³²⁴ Kuru, **a.g.e.**, s. 1414-1415, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 526.

³²⁵ Kuru, **a.g.e.**, s. 1397, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 525. İptal konusu, malın devri değil de rehin hakkı tesisirse alacaklı mala bu haktan ari şekilde haciz konulmasını ve malın satılmasını sağlayacaktır (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 536).

³²⁶ Kuru, **a.g.e.**, s. 1397.

³²⁷ Kuru, **a.g.e.**, s. 1434, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, 536.

³²⁸ Kuru, **a.g.e.**, s. 1434.

³²⁹ Kuru, **a.g.e.**, s. 1397, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 525-526.

Dava, elinde aciz belgesi³³⁰ olan alacaklı tarafından³³¹ borçluya ve lehine tasarrufta bulunulan üçüncü kişiye³³² karşı açılır³³³. Tasarruftan yararlanan üçüncü kişi, edindiği malı ya da hakkı başka bir kişiye devretmiş olabilir³³⁴. Devralan kişi iyiniyetliyse iptal davası ona yöneltilemez (m. 282/c. 3)³³⁵. Kötü niyetliyse dava, borçlu ve üçüncü kişi ile birlikte ona karşı da açılabilir (m. 282/c. 2)³³⁶. Ayrıca alacaklı bunun yerine borçlunun elde ettiği karşılık oranında tazminata mahkûm edilmesini isteyebilir (İİK m. 283/f. 2)³³⁷.

Tasarrufun iptali davası, yalnızca İcra ve İflas Kanunu'nun iptale tabi kıldığı tasarruflara yönelik olarak açılabilir (İİK m. 278-280)³³⁸. Bunlardan ilki İİK m. 278'de düzenlenen ivazsız (karşılıksız) tasarruflardır. Hükme göre belirli bir zaman diliminde yapılan³³⁹ alışılmışın dışında bağışlama veya diğer karşılıksız tasarruflar (İİK m.

³³⁰ Aciz belgesi özel bir dava şartıdır (Kuru, **a.g.e.**, s. 1418, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 533) ve alacaklının alacağını borçlunun malvarlığından hiç ya da kısmen tahsil edemediğini göstermektedir (Muşul, **a.g.e.**, s. 195). Yargıtay dava açıldığı sırada sunulmayan belgenin yargılama devam ederken getirilmesini kabul etmektedir (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 533).

³³¹ Aciz belgesinde gösterilen alacağı devralan külli ve cüzi halefler de dava açabilir (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 534). İflasa tabi kişilerden olan borçlu hakkında iflas kararı verilmişse davacı iflas masasıdır (İİK m. 277, b.2) ancak iflas masası dava takip yetkisini alacaklıya devredebilir (İİK m. 277, b. 2, İİK m. 245, İİK m. 255). Bu ihtimalde dava yalnızca tasarruftan yararlanan üçüncü kişiye açılacaktır (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 534).

³³² Borçlu ve üçüncü kişinin şekli anlamda mecburi dava arkadaşı olduğu ve birbirinden bağımsız usul işlemleri yapabilecekleri yönünde bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 532-533. Davalılar hayatını kaybetmişse mirasçılar onların yerini alır, ancak iyiniyete sonuç bağlanan durumlarda mirasbırakanın bilgisi dikkate alınacaktır (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 533).

³³³ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s.532.

³³⁴ Kuru, **a.g.e.**, s. 1424, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 534. Alacaklının ihtiyati haciz talep ederek bunu engelleyebileceği yönünde bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 534.

³³⁵ Kuru, **a.g.e.**, s. 1425, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 534.

³³⁶ Kuru, **a.g.e.**, s. 1425, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 534.

³³⁷ Kuru, **a.g.e.**, s. 1415, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 536.

³³⁸ Kuru, **a.g.e.**, s. 1398.

³³⁹ İİK m. 278/f. 1 bu süreyi şöyle belirtmektedir: “...hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde...” Ancak doktrinde bu karmaşık ifadenin kaynak kanundaki gibi basitleştirilmesi ve hacizden (veya iflasın açılmasından) başlayıp haczin sebebi olan alacağın tesis edildiği tarihe kadar geriye doğru olan süre olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır (M. Kâmil Yıldırım, **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995,

278/f. 1) ile kanunen bağışlama gibi kabul edilen tasarruflar (İİK m. 278/f. 3) iptale tabi olacaktır³⁴⁰. İİK m. 278/f. 3 uyarınca belirli hısımlar arasındaki karşılıklı işlemler (b. 1), değerinin çok altında bir karşılıkla yapılan işlemler (b. 2) ve borçlunun kendisi veya üçüncü kişi lehine ömür boyu gelir veya intifa hakkı tanıdığı sözleşmeler ile ölünceye kadar bakma sözleşmeleri (b. 3) iptale tabidir. Belirtmek gerekir ki bağışlama ve bağışlama hükmündeki işlemlerden yararlanan üçüncü kişi iyi niyetliyse bu kişi yalnızca dava zamanında elinde bulunan miktarla sorumludur (İİK m. 283/f. 6)³⁴¹.

İptal davasına konu edilebilecek ikinci grup tasarruf, pasifleri aktiflerinden fazla olan borçlunun haciz veya acizden önceki bir yıl içinde yaptığı İİK m. 279/f. 1’de sayılan şu tasarruflardır³⁴²: borçlunun teminat göstermeyi taahhüt etmemesine rağmen mevcut bir borç için rehin tesis etmesi (b. 1), para ya da alışılmış ödeme araçlarından başka şekilde yaptığı ödemeler (b. 2), vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemeler (b. 3), kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler (b. 4). Kanun bu tasarruflardan yararlanan üçüncü kişinin, borçlunun borca batıklığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini varsaymıştır (m. 279/f. 2)³⁴³. Dolayısıyla iyiniyetli olduğunu ispat eden üçüncü kişi, sorumlu olmaktan kurtulacaktır³⁴⁴. Üçüncü kişinin, borçlunun bu durumunu bilmediğini ve bilmesini gerektirecek bir durum olmadığını yaklaşık olarak ispatlaması yeterli kabul edilmektedir³⁴⁵.

Son olarak İİK m. 280, malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemleri, beş yıl içinde takibe girişilmesi ve karşı tarafın kötü niyetli olması şartıyla iptale tabi tutmuştur³⁴⁶.

s. 181). Yargıtay bu süre şartını tüm iptale tabi tasarruflar için aramaktadır (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 528).

³⁴⁰ Muşul, **a.g.e.**, s. 325.

³⁴¹ Kuru, **a.g.e.**, s. 1438, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 536.

³⁴² Kuru, **a.g.e.**, s. 1407 vd., Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 529, Muşul, **a.g.e.**, s. 363 vd.

³⁴³ Kuru, **a.g.e.**, s. 1409.

³⁴⁴ Kanun üçüncü kişinin, borçlunun durumunu yalnızca “bilmediğini” ispat etmesine sonuç bağlamışsa da doktrinde bilmesi gerekmediğini ispat etmesine de aynı sonuç bağlanmıştır. Bu yönde bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 1409, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 530, Muşul, **a.g.e.**, s. 363.

³⁴⁵ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 530.

³⁴⁶ Kuru, **a.g.e.**, s. 1409 vd., Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 530-531, Muşul, **a.g.e.**, s. 371 vd.

Borçlunun mali durumunu ve zarar verme kastını, ayrıca karşı tarafın kötü niyetini davacı alacaklı ispatlamalıdır³⁴⁷. Bu konuda yaklaşık ispatın yeterli olduğu kabul edilmektedir³⁴⁸. Ayrıca kanun, bu ispatın güçlüğünü göz önüne alarak davacı lehine hafifletici iki karine getirmiştir³⁴⁹. İlk olarak, üçüncü kişi, borçlunun eşi, altsoyu ya da üstsoyu, üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan veya kayın hısmı, evlat edineni veya evlatlığı ise bu kişinin borçlunun mali durumunu ve zarar verme kastını bildiği kabul edilmektedir (m. 280/f. 2, c. 1)³⁵⁰. Ancak, o, bu karinenin aksini ispat ederek davanın reddedilmesini sağlayabilir (m. 280/f. 2, c. 2)³⁵¹. İkinci olarak borçlu; ticari işletmesinin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını devretmiş ya da bir kısmını devretmesine rağmen devralan işyerini sonradan işgal etmişse borçlunun zarar verme kastıyla hareket ettiği, üçüncü kişinin de bunu bildiği varsayılmaktadır (m. 280/f. 3)³⁵². Bu karinenin çürütülmesi ise ancak belirli şartlarla devrin alacaklıya bildirildiğinin ya da bütün alacaklılara duyurulduğunun ispatlanmasıyla mümkündür (m. 280/f. 3, c. 2).

Görüldüğü üzere tasarrufun iptali davası icra hukukuna özgü ve cebri icranın tamamlayıcısı bir davadır³⁵³. İcra ve İflas Kanunu'nun iptale tabi tasarruflar için aradığı şartlar yukarıdaki gibidir. Bununla birlikte Yargıtay ayrıca iptali istenen tasarrufun, haczin ya da aczin ilişkin olduğu alacağın doğumundan sonra yapılmış

³⁴⁷ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 530.

³⁴⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 530.

³⁴⁹ Kuru, **a.g.e.**, s. 1410, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 530.

³⁵⁰ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 531, Muşul, **a.g.e.**, s. 377.

³⁵¹ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 531, Muşul, **a.g.e.**, s.378.

³⁵² Kuru, **a.g.e.**, s. 1411, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes (Atalay), **a.g.e.**, s. 531, Muşul, **a.g.e.**, s. 383.

³⁵³ Mehmet Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, **İcra ve iflas Hukuku**, 7. bs. İstanbul, Beta, 2016, s. 571-572. Yazarlar, bu nedenle Yargıtay'ın benimsediği aciz vesikasının davanın her aşamasında tamamlanabileceğine dair görüşü eleştirmektedir.

olmasını aramaktadır³⁵⁴. Yargıtay'ın bu uygulaması doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmekte³⁵⁵, ancak baskın fikir tarafından kabul görmektedir³⁵⁶.

2. Katılma alacaklısı eşin tasarrufun iptali talebi ve TMK m. 241 ile karşılaştırılması

Tasfiyenin tamamlanmasından sonra alacaklı eş, Türk Medeni Kanunu tarafından kendisine tanınan istisnalar dışında, sıradan bir alacaklı hâline gelmektedir³⁵⁷. Dolayısıyla alacaklı eş önce ifayı talep eder, ancak buna rağmen borçlu eş, katılma alacağını ödemezse cebri icra yoluna başvurabilir³⁵⁸. Cebri icra sonucunda aciz belgesi alan eş, varsa borçlu eşin İİK m. 278-280 kapsamında yaptığı işlemlerin iptalini isteyebilir.

Tasarrufun iptali davası TMK m. 229/f. 1'de düzenlenen eklenecek değerlere özgü bir imkân değil, alacaklıyı koruyucu genel bir düzenlemedir³⁵⁹. Dolayısıyla işlem konusunun eklenecek değer teşkil etmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak bir işlemin iptale ya da eklemeye tabi olması için aranan şartlar oldukça benzerdir. İİK m. 278 ve TMK m. 229/f. 1, b. 1 belirli bir süre içinde yapılmış alışılmışın dışındaki karşılıksız kazandırmaları; İİK m. 280 ve TMK m. 229/f. 1, b. 2 ise özel bir kastla yapılan işlemleri konu almaktadır. TMK ve İİK düzenlemelerini birbirinden ayıran en

³⁵⁴ Yargıtay 15. HD., 23.9.2004, E. 2004/3966, K. 2004/4595 (www.kazanci.com.tr): “Dava İİK'nun 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali isteminden kaynaklanmıştır. Kural olarak, tasarrufun iptali davalarında takibe konulan alacağın tasarruf tarihinden önce tahakkuk etmesi gerekmektedir. Yasanın gerekçesinde de alacaklıların, borçlunun borçlanma işlemini yaptığı tarihteki mevcut mali durumuna güvenerek tasarrufta bulundukları kabul edildiğinden alacağın doğum tarihinden önce yapılan işlemlerin bu maddeler uyarınca iptalinin istenemeyeceği sonucuna varılmaktadır.” Aynı yönde bkz. Yargıtay 17. HD., 15.04.2019, E. 2016/5143, K. 2019/4724 (www.kazanci.com.tr): “...İİK'nun 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkin davaların dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece res'en araştırılması gerektiğine...”

³⁵⁵ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 288, Hakan Albayrak, “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:64, S:4, 2015, s. 966.

³⁵⁶ Kuru, **a.g.e.**, s. 1402, Muşul, **a.g.e.**, s. 122-123 (Yazar gerekçe olarak alacaklının borçluyla işlem yaparken borçlunun o anki malvarlığı durumunu dikkate aldığını, dolayısıyla daha önce yaptığı tasarruflara el atamamasının adalete uygun olduğunu ileri sürmektedir).

³⁵⁷ Mehmet Şengül, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: VII, S:3-4, 2012, s. 75.

³⁵⁸ Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 1214.

³⁵⁹ Kuru, **a.g.e.**, s. 1396.

önemli unsur işlemin yapıldığı ana ilişkin olan sınırlamalardır. İçeriğinde daha özel süreler barındırsa da ekleme, en geniş hâliyle sadece mal rejiminin sona ermesinden önce yapılan kazandırmaları ve devirleri kapsamaktadır. Oysaki iptal davasına konu edilen tasarruflar, yukarıda belirtildiği üzere haczin ya da aczin ilişkin olduğu alacağın doğumundan sonra yapılanlarla sınırlıdır. Katılma alacağının mal rejiminin sona ermesiyle doğduğu kabul edilirse³⁶⁰ yalnızca mal rejiminin sona ermesinin ardından yapılan işlemler hakkında iptal davası açılabilecektir³⁶¹.

Şartları oldukça benzer görünen İİK m. 277 vd. ile TMK m. 229 ve m. 241'in uygulama alanları böylece birbirinden tamamen ayrılmaktadır. Örneğin Bay (E), evlilik boyunca çalışarak biriktirdiği parayla aldığı taşınmazını eşi Bayan (K)'nin rızası olmadan yeğeni Bay (Y)'ye bağışlamış ve üç ay sonra boşanma davası açmış olsun. Mal rejiminin tasfiyesinde bu taşınmaz, TMK m. 229/f. 1, b. 1 uyarınca Bay (E)'nin edinilmiş mallarına değer olarak eklenecek ve Bayan (K)'nin katılma alacağı hesaplanacaktır. Bay (E)'nin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetmemesi üzerine Bayan (K) TMK m. 241 uyarınca Bay (Y)'ye başvurabilecektir. Aynı bağışlama, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılmış olsaydı Bayan (K), TMK m. 241 uyarınca Bay (Y)'ye başvuramayacaktı. Bunun yerine Bayan (K)'nin aciz vesikası olarak İİK m. 278 uyarınca tasarrufun iptalini talep etmesi gerekecekti.

Başka bir örnekte Bay (E), eşi Bayan (K)'nin katılma alacağını azaltmak için taşınmazını arkadaşı Bay (A)'ya bağışlamış olsun. Mal rejiminin sona ermesi üzerine Bayan (K), bu taşınmazın TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca Bay (E)'nin edinilmiş mallarına değer olarak eklenmesi gerektiğini ileri sürmüş, bunu ispatlamış ve ekleme

³⁶⁰ Doktrinde katılma alacağının doğduğu ana ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Katılma alacağının doğumunu bazı yazarlar mal rejiminin sona ermesine, diğer yazarlar ise tasfiyenin tamamlanmasına bağlamaktadır. Bu konudaki görüşler ve değerlendirmeler için bkz. Şengül, **a.g.m.**, s. 61-97. Katılma alacağı daha önce belirttiğimiz üzere ancak tasfiyenin tamamlanmasıyla belirli hâle gelecek ve o anda muaccel olaksa da tasarrufun bu andan sonra yapılmasını aramak, mal rejiminin sona ermesi anıyla tasfiyenin tamamlanması anı arasındaki işlemlere karşı alacaklı eşi korumasız bırakır. Bu nedenle fikrimizce mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan tasarrufların iptale tabi olduğu kabul etmek yerinde bir çözümdür.

³⁶¹ Yargıtay, bir kararında katkı payı alacağının evlilik birliği içinde doğduğunu ve katkıda bulunulan malın devredilmesi hâlinde iptalinin istenebileceğini kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay HGK, 28.3.2012, E. 2012/17-25, K. 2012/241 (Muşul, **a.g.e.**, s. 122). Önceki medeni kanun döneminde ihtiyaç üzerine içtihatlarla yaratılan katkı payı alacağı kavramı, 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen değer artış payı alacağına tekabül etmektedir (Kılıçoğlu, **Yenilikler**, s. 288).

yapılmıştır. Katılma alacağını Bay (E)’den tahsil edemeyen Bayan (K), TMK m. 241 uyarınca Bay (A)’ya başvurabilecektir. Bay (E), mal rejiminin sona ermesinden sonra katılma alacaklısı Bayan (K)’ye zarar vermek için taşınmazını devrederse Bayan (K) bu sefer İİK m. 280 uyarınca tasarrufun iptalini isteyebilir. Ancak Bay (A)’nın, Bay (E)’nin içinde bulunduğu malî durumu ve zarar verme kastını bilmesi veya bilmesini gerektiren açık emarelerin bulunması gerekecektir (İİK m. 280/f. 1, c. 1).

B. Üçüncü Kişie İşlemin Muvazaalı Olduğu İddiasını İleri Sürerek Başvurma

Muvazaa iddiasının mal rejiminin tasfiyesinde ekleme talebine (TMK m. 229) ilişkin sonuçlarını yukarıda incelemiş, ancak bu incelemeyi yaparken muvazaa iddiasının ileri sürülmesi ve ispatlanması ifadesiyle yetinmiştik³⁶². Bu bölümde muvazaa iddiasının tasfiye aşamasına etkisi değil, katılma alacaklısı eşin alacağını elde etmek için borçlu eşin malını muvazaalı olarak devralan üçüncü kişie başvurma imkânı incelenecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki eşlerden birinin, diğerinin üçüncü kişie yaptığı işleme ilişkin muvazaa iddiasını ileri sürdüğü dava bir tespit davasıdır³⁶³. Muvazaalı olduğu tespit edilen işlemin konusu taşınır bir malsa katılma alacaklısı eş alacağının tahsili için bu mala İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca başvurabilecektir³⁶⁴. Muvazaalı işlemin konusu bir taşınmazsa bu taşınmaz tapuda borçlu adına kayıtlı görünmediği için onun haczedilemeyeceği kabul edilmektedir³⁶⁵. Bu nedenle

³⁶² Bkz. İkinci Bölüm/III/A.

³⁶³ Esener, **a.g.e.**, s. 103.

³⁶⁴ Taşınır malların haczi için bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Pekcanitez), **a.g.e.**, s. 160 vd. Üçüncü kişinin elinde bulunan malın haczi için bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Pekcanitez), **a.g.e.**, s. 190 vd.

³⁶⁵ Muşul, **a.g.e.**, s. 51. Bu kabûlün eleştirisi için bkz. İlhan E. Postacıoğlu, **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, N. 357. Yargıtay da taşınmazın haczedilebilmesi için borçlu adına kayıtlı olmasını aramakta ve buna aykırı şekilde konulan hacizlerin kaldırılmasına ilişkin istemin icra memurunun işlemine yönelik şikâyet niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 12. HD., 30.05, 2016, E. 2006/9011, K. 2006/11515, Yargıtay HGK, 07.04.2004, E. 2004/12-210, K. 2004/208 (www.kazanci.com.tr). Aynı durum sicile kayıtlı taşınır için de geçerlidir (Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarının Konusu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:91, S:4, 2017, s. 88).

uygulamada muvazaalı olarak başkasına devredilen taşınmazlar daha büyük sorun yaratmaktadır. Gerek doktrin gerek Yargıtay genel olarak alacaklıyı, konumuz kapsamında ise katılma alacaklısı eşi koruma amacıyla soruna yaklaşmaktadır. Doktrinde çözüm olarak katılma alacaklısı eşin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceği savunulmuştur. Yargıtay ise bazı kararlarında eşin bu davayı açmakta hukuki yararının bulunduğunu belirtmekte, ancak çoğunlukla alacaklının ileri sürdüğü muvazaa iddiasına tasarrufun iptaline ilişkin sonuçları bağlamaktadır. Bu bölümde her iki çözüm sırasıyla incelenecektir.

1. Muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi talebi

Muvazaa nedeniyle geçersiz bir sözleşmeye dayanarak tapuda tescil yapılmışsa bu tescil yolsuz olur ve gerçek malik mülkiyet hakkını kaybetmez³⁶⁶. Ancak tek başına muvazaanın varlığının ve işlemin geçersizliğinin tespiti, malın gerçek hak sahibine dönüşü için yeterli değildir. Çünkü gerçek malikin mülkiyet karinesinden yararlanabilmesi için yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açması gerekmektedir³⁶⁷. Mülkiyet karinesinin üçüncü kişinin lehine olması aynı zamanda alacaklı eşin alacağının tahsili için bu karineden yararlanamamasına yol açacaktır³⁶⁸. Bu nedenle eşlerden biri taşınmazını muvazaalı olarak devretmişse akla gelen ilk çözüm alacaklı eşin muvazaa iddiasında bulunarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmasıdır.

Muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesinde katılma alacağının azalması ya da alacağının elde edememesi tehlikesiyle karşılaşan eşin menfaatinin bulunduğu açıktır. Hukuk düzeninin, eşin bu menfaatini koruyup korumadığı ise ayrıca incelenmelidir. Muvazaa ilgili herkes tarafından ileri sürülebilecekken yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açma hakkı TMK m. 1025/f. 1 uyarınca yalnızca ayni hakkı zedelenen kişilere tanınmıştır³⁶⁹. Konumuz açısından ayni hak sahibi, muvazaalı

³⁶⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1087, Aday, **a.g.e.**, s. 25. Bu sakatlık doğrudan tasarruf işlemini etkileyip sebebe bağlılık ilkesinden bağımsız olarak onu da geçersiz kılabilir. Bkz. İkinci Bölüm/III/A.

³⁶⁷ Etem Saba Özmen, Gülşah Sinem Aydın, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 88, S: 2014/6, s. 205.

³⁶⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Pekcanitez), **a.g.e.**, s. 192.

³⁶⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1090, Saim Üstündağ, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959, s. 73, Ekrem Kurt, **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul,

işlemi gerçekleştiren eştir. Ancak bu eş muvazaalı işlemi kendi menfaatine uygun şekilde yaptığı için ne muvazaanın ispatlanmasını ne de tescilin düzeltilmesini isteyecektir³⁷⁰.

Alacaklıların tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açmaları ise hükmün lafzından yola çıkarak doktrinde reddedilmektedir³⁷¹. Dolayısıyla yalnızca nispi bir hak sahibi olan katılma alacaklısı eşin de bu davayı açamayacağı sonucuna ulaşılması gerekmektedir³⁷². Bu sonuç adil bulunmamış olacak ki doktrinde ve uygulamada farklı çözümler ileri sürülmüştür. İcra ve iflas hukuku doktrininde ortaya atılan çözüm, İsviçre hukukunda olduğu gibi başkası adına kayıtlı taşınmazların alacaklılar tarafından haczine belirli şartlarla imkân sağlanmasıdır³⁷³. Böylece tapu sicilinin düzeltilmesine gerek kalmadan katılma alacaklısı eşin alacak hakkı korunmuş olacaktır. Medeni hukuk doktrininde savunulan çözüm ise katılma alacaklısı eşin hukuki yararı bulunduğu gerekçesiyle ona tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma imkânı tanımaktır³⁷⁴. Bu çözüm, katılma alacağının doğru bir şekilde belirlenmesi³⁷⁵ ve tasfiyeden kaynaklanan katılma alacağını güvence altına almak³⁷⁶ amacına dayandırılmıştır. Yargıtay'ın da alacaklı eşin muvazaaya dayanan tapu iptal ve tescil davası açmakta menfaati bulunduğu gerekçesiyle ona bu davayı açma hakkı tanıdığı kararları bulunmaktadır³⁷⁷. Hukuk Genel Kurulu benzer şekilde muvazaaya dayanarak

Kazancı Kitap, 2004, s. 108, Paul-Henri Steinauer, **Les droits réels: Tome premier**, 2. bs., Bern, Editions Stämpfli & Cie AG, 1990, N. 980, Michel Mooser, Art. 975, **Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, N. 6.

³⁷⁰ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 464.

³⁷¹ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 76, Steinauer, **Les droits réels**, N. 981, Mooser, **a.g.e.**, N. 6. Alacaklıların bu davayı açabilmesi ancak kanunda bu yönde bir hüküm bulunmasına bağlıdır ve doktrinde buna örnek olarak mirasçılardan alacaklılarına TMK m. 562 ile tanınan tenkis davası açma imkânı gösterilmektedir (Üstündağ, **a.g.e.**, s. 76).

³⁷² Katılma alacaklısı eş, işlemi yapan eşin mirasçısıysa aynı hak sahibi olmaktadır (Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 463).

³⁷³ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 78. İsviçre hukukunda bu kural, Taşınmazların Paraya Çevrilmesine İlişkin Yönetmelik'te öngörülmüştür (m. 10) (<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19200013/index.html>).

³⁷⁴ Kılıçoğlu, **Yenilikler**, s. 218, Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 227, Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 464. Muvazaa ispatlandıktan sonra hâkimin tapu kaydının düzeltilmesine hükmedeceği yönünde bkz. Esener, **a.g.e.**, s. 106.

³⁷⁵ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 464.

³⁷⁶ Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 227.

³⁷⁷ Yargıtay 8. HD., 03.05.2010, E. 2009/5513, K. 2010/2252 (Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 227).

açılan bu davanın, mal rejiminin tasfiyesi davasında bekletici mesele yapılması gerekmediği yönünde karar vermiştir³⁷⁸.

Katılma alacaklısı eş, muvazaalı olarak devredilen taşınmazın TMK m. 1025/f. 1'in lafzına aykırı şekilde borçlu adına tescilini sağlama imkânı tanınmasının iki temel sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yolsuz tescile konu edilen taşınmazın edinilmiş mal olması durumuna özgüdür. Eğer bu taşınmaz edinilmiş mal kesimine aitse bunun değeri mevcut bir mal olarak katılma alacağının hesabında dikkate alınacaktır³⁷⁹. Böylece işlem tarafı olmayan eş muvazaanın katılma alacağı üzerindeki olumsuz etkisinden korunmuş olmaktadır.

Edinilmiş mal kesimine ait bir taşınmaz eklenecek değer niteliği taşıyorsa bu taşınmaz için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmaması katılma alacağının hesabı açısından bir olumsuzluk yaratmamaktadır³⁸⁰. Bu durumda diğer eş, görünürdeki devrin aslında kısmen ya da tamamen karşılıksız olduğunu ispatlayarak taşınmazın eklenecek değer olarak dikkate alınmasını sağlayabilir. Bir işlemin eklemeye tabi olduğunun ispatı muvazaaya tabi olduğunun ispatından daha kolaydır³⁸¹. Özellikle TMK m. 229/f. 1, b. 1 kapsamındaki işlemler için geçerli olan bu durum, TMK m. 229/f. 1, b. 2 kapsamındaki işlemler için ispat yükünün hafifletilmesiyle sağlanmıştır. Dolayısıyla eşin muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açamaması, yalnızca görünürdeki devrin TMK m. 299/f. 1'deki şartları taşımadığı durumlarda katılma alacağına ilişkin bir menfaat zedelenmesi yaratacaktır. Örneğin eşin alacaklılarından mal kaçırmak için mal rejiminin sona ermesinden önceki son bir

³⁷⁸ Yargıtay HGK., 26.09.2012, E. 2012/8-192, K. 2012/629 (Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 231). Doktrinde bu fikre katılanlar olduğu gibi (Zeytin, **a.g.e.**, N. 504, Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 233) dikkate alınacak değerle farklılık yaratacağı gerekçesiyle kararı eleştirenler de (Karamercan, **a.g.e.**, s. 413) mevcuttur. Ancak Yargıtay'ın eklenecek değerler açısından da tasfiye anını benimsemesi bu farkı ortadan kaldırmıştır.

³⁷⁹ Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**, s. 463.

³⁸⁰ Yargıtay uygulamasının, değerlemeye ilişkin farklılığı ortadan kaldırdığı yönünde açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/II/B. Ancak Yargıtay bir kararında buna dayanan ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur: Yargıtay 17. HD., 19.1.2016, E. 2016/177, K. 2016/600 (www.kazanci.com.tr). Kararın ilk derece mahkemesinin kararına ilişkin bölümü şöyledir: "...TMK'nun 229/2 maddesine göre ise eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yaptığı devirde edinilmiş mala değer olarak ekleneceğinden, davaya konu taşınmazın malların tasfiyesi sırasında dikkate alınması için kaydının iptaline gerek olmadığı dolayısı ile bu davayı açmakta hukuki yarar bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş..."

³⁸¹ Karamercan, **a.g.e.**, s. 660.

yıldan daha önce yaptığı muvazaalı bağış ne birinci ne de ikinci bendin kapsamına girecektir. Tapu sicilinin borçlu eş lehine düzeltilmemesi, bu taşınmazın artık değerinin hesabında edinilmiş bir mal olarak dikkate alınmamasına yol açacaktır.

Muvazaalı işlem konusu taşınmazın malvarlığına dönmesinin ikinci sonucu, katılma alacağının ifasına ilişkindir ve her iki mal kesimindeki mallar için de geçerlidir. Taşınmaz hangi mal kesimine girerse girsün eşin malvarlığına döndüğünde, katılma alacağının ifasıyla sorumlu olan malvarlığının değeri artmış ve ifanın elde edilmesi kolaylaşmış olmaktadır. Hatta bu sonuç mal rejiminden bağımsız olarak borçlu eşin bütün malvarlığına ilişkin değerler için geçerlidir. Örneğin borçlunun mal rejiminin sona ermesinden sonra edindiği ve muvazaalı olarak elden çıkardığı malların malvarlığında bulunduğu tespitinde dahi alacaklı eşin menfaati vardır.

Görüldüğü üzere eşe muvazaaya dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma hakkının tanınması asıl etkisini katılma alacağının ifasında göstermektedir³⁸². Katılma alacağının ifasına ilişkin olarak alacaklı eşin menfaatinin TMK m. 241 ile yeterince korunduğu ileri sürülebilir. Ancak, biz hâkim görüşe katılarak TMK m. 241'in yalnızca eklemeye tabi edinilmiş mallar açısından geçerli olacağını kabul ettiğimiz için bu koruma yeterli olmamaktadır³⁸³. Alacaklı eşin katılma alacağına kavuşmasına ilişkin menfaatinin korunması için bu eşin muvazaaya dayanarak alacağını söz konusu taşınmaz üzerinden karşılamasına imkân tanımak gerekmektedir. Ancak kanaatimizce bu imkân temel ilkelere aykırı şekilde alacaklı eşin, taşınmazın borçlu eş adına tescilini sağlayabilmesi anlamına gelmemelidir³⁸⁴. Alacaklı eşin menfaatini yalnızca para

³⁸² Belirtmek gerekir ki bu kabul yalnızca TMK m. 1025/f. 1'in lafzına aykırı düşmemekte aynı zamanda korumayı amaçladığı katılma alacağının ifası için henüz bu alacak doğmadan ya da talep edilir hâle gelmeden üçüncü kişiye başvuru yolunu açmaktadır. Mal rejimi devam ederken yalnızca beklenen hak niteliğindeki artık değere katılma hakkı, mal rejiminin sona ermesiyle bir alacak hakkına dönüşür (Sarı, **a.g.e.**, s. 103, Paul-Henri Steinauer, **Art. 215, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, N. 8). Bu katılma alacağı, tasfiyenin tamamlanmasıyla muaccel olur ve talep edilebilir (Sarı, **a.g.e.**, 109, Steinauer, **Art. 215**, N. 8).

³⁸³ Bkz. Üçüncü Bölüm/II/A/1. TMK m. 241 açısından tercih edilen korumanın tarafımızca dar tutulmasının sebebi, üçüncü kişinin, yapılan işlemin diğer eşin katılma alacağını azaltacağını bilmesinin aranmamasıydı. Burada ise işlem muvazaalı olacağı için işlem tarafı üçüncü kişi, işlem tarafı eşin, diğer eşin de dahil üçüncü kişileri aldatma amacını paylaşmaktadır. Bu nedenle eşe yönelik koruma genişletilmelidir.

³⁸⁴ Alacaklıya tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma hakkı tanıyan açık bir yasal düzenleme bulunmadığı için bu davanın muvazaaya dayanarak açılmayacağı yönünde bkz. Aday, **a.g.e.**, s. 72.

alacağının tahsiline yöneliktir. Bu nedenle alacaklı eşin taşınmazın tesciline dair bir talepte bulunması yerinde bir çözüm olmayacaktır.

2. Muvazaa iddiasının tasarrufun iptali davası yoluyla ileri sürülmesi

Muvazaalı bir işlem için tasarrufun iptali davası açılıp açılmayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir fikir tasarrufun iptali davasının yalnızca geçerli işlemler için açılabileceğini, dolayısıyla muvazaalı işlemlerin iptale tabi olamayacağını savunmaktadır³⁸⁵. Bu görüşteki yazarlar, alacaklının menfaatini korumak için farklı çözümler öne sürmüştür. Bir görüş muvazaa iddiasının istihkak davasında (İİK m. 96 vd.) ileri sürüleceğini kabul etmektedir³⁸⁶. Diğer bir görüş ise taşınmazların istihkak davasına konu olamayacağını, alacaklıların ancak icra dairesinden borçlu adına tescil davası açma yetkisi olarak tescili sağladıktan sonra taşınmaza haciz şerhi koydurabileceklerini savunmaktadır³⁸⁷.

Muvazaalı işlemlere karşı iptal davası açılması gerektiğini savunan yazarlar ise bu görüşlerini muvazaa iddiasının ispatının zorluğuna dayandırmaktadır³⁸⁸. Tasarrufun iptali davasında ispatı kolaylaştıran karineler bu görüşe göre muvazaalı işlemler açısından da uygulanmalıdır³⁸⁹.

Yargıtay'ın konuya ilişkin verdiği kararları ise zaman içinde çeşitlilik göstermiştir. Önceleri muvazaa ve tasarrufun iptali hâllerini birbirinden tamamen ayıran Yargıtay³⁹⁰, son dönemdeki yerleşik içtihadında “muvazaa hukuksal nedenine dayalı

³⁸⁵ Kuru, **a.g.e.**, s. 1400, Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes (Atalay), **a.g.e.**, s. 527, Muşul, **a.g.e.**, s. 50. Doktrindeki bir fikir iptal davasının şartlarının zorluğuna dikkat çekerek alacaklının tapu sicilinin iptalini talep edebileceğini savunmaktadır (Zekai Özdil, “Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin “Muvazaa” İddiası”, **Yargıtay Dergisi**, C:10, S:4, 1984, s. 442).

³⁸⁶ Kuru, **a.g.e.**, s. 1400. Ancak Muşul, taşınmazların istihkak davasına konu olamayacağını, alacaklıların ancak İİK m. 94/f. 2 uyarınca icra dairesinden borçlu adına tescil davası açma yetkisi olarak tescili sağladıktan sonra taşınmaza haciz şerhi konulabileceğini savunmaktadır.

³⁸⁷ Muşul, **a.g.e.**, s. 51.

³⁸⁸ Uyar, **a.g.m.**, s. 87, Levent Börü, “İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:58, S:3, 2009, s. 492. Alacaklının malı devralan üçüncü kişiye başvurusu, İİK m. 277 vd.’de düzenlendiği için muvazaa iddiasının da bu davada ileri sürüleceği yönünde bkz. Aday, **a.g.e.**, s. 74.

³⁸⁹ Uyar, **a.g.m.**, s. 87.

³⁹⁰ Yargıtay HGK, 14.4.2004, E. 2004/15-182, K. 2004/220 (www.kazanci.com.tr): “Görüldüğü üzere davacının amacı, borçlunun malvarlığındaki şeylerden bir veya birkaçını yürütmekte olan icra prosedürü içine alarak cebri icra organları (icra dairesi) tarafından satılmasını sağlamak ve alacağına kavuşmaktır. Dava dilekçesindeki anlatımlardan, davanın gerçek sebebi ve temelinin bu

iptal davası” kavramını ortaya çıkarmıştır. Bu kararlarında yukarıda açıklanan İİK m. 283/f. 1 hükmünü muvazaalı işlemlere kıyasen uygulayarak taşınmazın borçlu adına tescili yerine davacı alacaklı lehine haciz ve satışa karar vermektedir³⁹¹. Ayrıca, alacaklının İİK m. 280’deki ispata yönelik karinelere de yararlanması sağlanmaktadır. Ancak tasarrufun iptali davasının şartları aranmamakta, örneğin davacının aciz belgesi sunmasına ya da tasarrufun kanunda belirtilen sürede yapılmış olmasına gerek duyulmamaktadır³⁹². Yargıtay’ın bu uygulaması doktrinde karma bir dava türü yarattığı gerekçesiyle eleştirilmiş ve alacaklıya tanınan bu geniş korumanın

olduğu açıktır. (HUMK m. 179/3) Bu noktada, olaylara uygulanacak kanun hükmünü bulmak, diğer bir anlatımla, vakıaların hukuki sebebini tayin etmek, kanunları kendiliğinden (re'sen) uygulamakla görevli olan hakimin işidir. (HUMK. m.76) Somut olayda uygulanacak kanun hükmünü genel nitelikteki Borçlar Kanunu'nda değil (BK m. 18), maddi olguya uygun ve daha özel nitelikteki, icra hukukunda aramak gerekir. Nitekim icra hukuku, alacaklının devlet kuvveti yardımı ile alacağına nasıl kavuşacağına ilişkin esasları düzenleyen bir hukuk dalıdır. Bu itibarla davanın, ""dava dilekçesindeki nitelendirmeye bakılmaksızın ""İcra ve iflas Kanunu'nun 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen ""Tasarrufun iptali"" davası olduğu kuşku ve duraksamadan uzaktır. Hal böyle olunca; İcra ve iflas Kanunu'nun 277. maddesinin 1. fıkrasının amir hükmü gereği, alacaklının aciz belgesini dava şartı olarak ibraz etmesi gerektiği gözetilerek, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, yanlışlı değerlendirme sonucu önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır. ”

³⁹¹ Yargıtay 17. HD., 10.6.2014, E. 2013/3653, K. 2014/9318 (www.kazanci.com.tr): “Dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre dava niteliği itibarıyla TBK 19. maddesinde tanımını bulan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davasıdır. Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında bir benzerlik görülmekte ise de bu benzerlik her iki davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İİK 277. maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açılır. Oysa muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar. Kural olarak muvazaa nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3. kişiler tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. 3. kişinin danışıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesinin önlemek amacıyla danışıklı bir işlem yapılması gerekir. Davacının bu davadaki amacı alacağını tahsil edebilmek için muvazaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi İİK 277 ve izleyen maddelerinde iptal davasına konu tasarruflar özünde geçerli olmasına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkân verdiği tasarruflardır. Muvazaaya dayalı iptal davasında ise davacı muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmektedir. İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir”. Yargıtay’ın muvazaaya dayanarak taşınmazın borçlu üzerine tescil edilmesi gerektiği yönündeki kararına katılmıyoruz. Karar için bkz. Yargıtay, 15. HD., 11.10.1993, E1993/3423, K. 1993/3940 (Muşul, a.g.e., s. 72-73 dn. 72).

³⁹² Güray Erdönmez, **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 34 vd.

hukuk güvenliğine çeşitli yönlerden aykırı düşeceği ileri sürülmüştür³⁹³. Belirtmek gerekir ki bu geniş koruma sağlayan uygulamada dahi dava açabilmek için davacının davalıdan alacağı olduğu sabit olmalıdır³⁹⁴. Dolayısıyla mal rejimine ilişkin davanın sona ermesinin beklenmesi gerekmektedir³⁹⁵.

³⁹³ Erdönmez, **a.g.e.**, s. 34 vd. Yazar çözüm olarak teknik hukuktan ayrılmak yerine İİK m. 280'de tanınan beş yıllık sürenin genişletilmesini veya kademeli bir dava açılmasını önermektedir.

³⁹⁴ Muşul, **a.g.e.**, s. 72. Davanın sona ermesi ve eşin alacaklı olduğunun tespit edilmesi esasen üçüncü kişiye diğer başvuru yolları için de aranmaktadır. Hâkim görüş TMK m. 241 uyarınca açılacak davanın tasfiye sırasında açılmasına izin vermemekte (bkz. Üçüncü Bölüm/III/B), muvazaaya dayanan dava ise eşin katılma alacaklısı olduğu kabulü üzerinden tartışılmaktadır. TMK m. 241 açısından sorun, davanın üçüncü kişiye ihbar edilmesiyle çözülebilir. Muvazaaya dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilmesi için doktrinde tasfiye davasının tamamlanmasının beklenmemesi gerektiği de savunulmuştur (Bkz. Genç Arıdemir, **Muvazaalı İşlemler**).

³⁹⁵ Aynı yönde bkz. Nomer, **a.g.e.**, N. 69. 3. Yargıtay 17. HD., 19.1.2016, E. 2016/177, K. 2016/600 (www.kazanci.com.tr): “Davacı vekili, dava dilekçesinde davalılar arasında yapılan danışıklı satış işleminin iptalini istemiş ancak bu davanın boşanma davası sırasında hükmedilen tazminatla bir ilgisinin olmadığını da ayrıca belirtmiştir. Danışıklı bir hukuki işlem ile üçüncü kişilere zarar verilmesi, onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğundan, kural olarak danışıklı işlem (muvazaalı muamele) sebebiyle hakları zarara uğratılan üçüncü kişiler, tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Ancak, danışıklı işlem ile üçüncü kişilerin haklarının zarara uğratıldığının benimsenebilmesi için onların, danışıklı işlemde bulunandan alacakları bulunmalı ve danışıklı işlem o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış olmalıdır.

Somut olayda, davacı boşanmada hükmedilen mali haklar yönünden talebi olmasa da, ... Aile Mahkemesi'nin 2013/914 Esas sayılı dosyasından mal tasfiyesi için dava açtığı ve yargılamanın devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu dava sonucunda davacı lehine tazminata hükmedilmesi de mümkün olacağı dolayısı ile alacaklı olabileceğinden ... Aile Mahkemesi'nin 2013/914 Esas sayılı dosyasının sonuçlanması beklendikten sonra hasıl olacak duruma göre bir karar vermek yerine yazılı gerekçelerle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır.”

SONUÇ

Çalışmamız kapsamında varılan sonuçlar şöyle sıralanabilir:

1. Edinilmiş mallara katılma rejimi kural olarak eşlerin tasarruf özgürlüğünün korunduğu bir rejimdir. Bu nedenle bir işlemin TMK m. 229/f. 1 uyarınca eklemeye tabi olmasının sonucu, işlemin geçersiz kılınması değil, işlemin konusunun varsayımsal olarak kazandırmada bulunan eşin edinilmiş mallarına eklenmesidir. Öyleyse eşler tasarruf özgürlüğünün sınırlandığı hâller dışında, birbirlerinin katılma alacağını azaltmak için TMK m. 229/f. 1’de yer alan işlemleri geçerli olarak yapabileceklerdir.
2. TMK m. 229/f. 1’de iki bent hâlinde düzenlenen eklemeye tabi işlemlerin ortak özelliği edinilmiş malların azalmasına yol açmalarıdır. İlk bent yalnızca karşılıksız kazandırıcı işlemlere ilişkinken ikinci bent karşılıksız kazandırmaların yanında maddi fiilleri ve gerçek değerinin oldukça altında yapılan karşılıklı işlemleri de kapsar. Maddede bu bentteki işlemler için devir ifadesine yer verilmesine rağmen doktrinde benimsenen bu geniş yorum, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla hareket edilmesine daha sert bir yaptırım uygulanması fikrinden kaynaklanmaktadır.
3. TMK m. 229/f. 1’in her iki bendinde düzenlenen işlemlerin edinilmiş mallar aleyhine gerçekleşmesi aranmaktadır. Bir eş, edinilmiş mallarından kişisel bir malına katkıda bulunmuş ve bu kişisel malı elden çıkarmışsa ekleme yapılmasına yer yoktur. Bu durum TMK m. 230/f. 3’ün uygulama alanına girmekte ve edinilmiş mal kesimi lehine denkleştirmenin bulunduğu kabul edilmesiyle diğer eşin menfaati korunmuş olmaktadır.
4. TMK m. 229/f. 1, b. 1’de yer alan karşılıksız kazandırmalar, sağlararası işlem niteliğinde olmalıdır. Bunun sebebi, ölüme bağlı tasarrufların konusunu oluşturan malların, mal rejimi sona erdiğinde hâlâ tasarrufu gerçekleştiren eşin edinilmiş malları arasında bulunuyor olmasıdır. Terekenin tasfiyesi mal rejiminin tasfiyesinden sonra geldiği için diğer eşin zararına bir sonuç doğmayacaktır. Mirastan karşılıklı feragatteyse mirastan feragatin ölüme bağlı

tasarruf niteliğinden bağımsız olarak, işlem tarafı eş sağlararası bir kazandırmada bulunduğu için bu değer eklenmesi yerinde olur.

5. Birinci bent uyarınca eklenecek değerlerin ayrıca olağan hediye sayılmaması, üçüncü kişilere mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde, diğer eşin rızasını almadan kazandırılmış olması gerekmektedir. Olağan hediyeler hem kazandırmanın amacı hem de miktarı yönünden olağan kabul edilen hediyelerdir. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde gerçekleştirilmesi ekleme yaptırımına tabi tutulan işlemler, tasarruf işlemleridir. Bu dönemde yapılan borçlandırıcı işlemler ise edinilmiş mallarda pasifler arasında yer almazlar. Aslında her iki tür işleme de yaptırım uygulanmakta ancak bu yaptırım farklı şekillerde gerçekleşmektedir.
6. Diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla hareket eden eş, TMK m. 229/f. 1, b. 2 korumasıyla karşılaşacaktır. Bu bentteki devirler ve maddi fiiller herhangi bir süreyle sınırlanmamış, söz konusu işlem ve fiillerin mal rejimi boyunca gerçekleşmesi yeterli görülmüştür.
7. Her ne kadar ekleme, hâkim tarafından re'sen dikkate alınabilecekse de genellikle eklemekten yararlanacak eş tarafından ileri sürülecektir. Bu eşten başka mirasçılarının da ekleme talep edebileceği kabul edilmelidir. Doktrinde savunulan fikirlerin aksine kanaatimizce mirasçılar ne miras payları oranında ne de elbirliğiyle hak sahipliğine ilişkin kurallara göre ekleme talebinde bulunabileceklerdir. Bir mirasçının ekleme talep etmesiyle tüm mirasçıların bundan yararlanması hem katılma alacağının herkes için aynı değeri ifade etmesi gerekliliği hem de eklemenin re'sen dikkate alınacak olması gerekçeleriyle daha yerinde bir çözüm olacaktır.
8. Eklenecek değerlere ilişkin ispat yükü, ilk planda eklemeyi talep eden eştedir. Ancak bu eş, kazandırmanın ya da devrin edinilmiş mallardan yapıldığını ispatlamak zorunda değildir. Bir malın aksi ispat edilmedikçe edinilmiş mal sayılacağı karinesi eklenecek değerler açısından da geçerli olmalıdır. Pratik olarak ispatında en çok zorlanılacak olan iddia, işlem yapan eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla hareket ettiğidir. Bu nedenle hem doktrinde hem içtihatlarda bu kasta ilişkin ispat yükünün hafifletildiği görülmektedir.

9. Eklenecek değerler, TMK m. 232 ve TMK m. 235/f. 2 uyarınca devir ya da kazandırma anındaki sürüm (istisnaen gelir) değerleriyle dikkate alınmaktadırlar. Ancak Yargıtay, malın kazandırma ya da devir anındaki durumunun tasfiye anındaki değeriyle dikkate alınacağı yönünde kararlar vermektedir. Kanaatimizce bu yorumun kanuna aykırı olmasının dışında üçüncü kişilerin TMK m. 241'den kaynaklanan sorumluluğunu artırıcı etkisi düşünülmemiştir. Bu nedenle kanaatimizce yalnızca işlem tarafı olmayan eşin menfaatini korumak için kanundaki açık düzenlemeden ayrılmamak gerekmektedir.
10. Bir işlemin eklemeye tabi ya da muvazaalı olması birbirinden farklıdır. Eklenecek değerleri konu alan işlemin muvazaalı olması gerekmemektedir. Tarafların iradeleri arasında uyumsuzluk bulunmayan bir işlemle de edinilmiş malların değeri azaltılabilir. Bu iki kavramın hukuki sonuçları da birbirinden farklıdır. Eklemeye tabi işlem geçerliken muvazaalı işlem doktrindeki baskın fikre göre kesin hükümsüzdür. Bu nedenle iki sonucun aynı işlem üzerinde birlikte uygulanması mümkün değildir. Ancak muvazaalı işleme konu edilen eklenecek değerler açısından hangi yaptırımın uygulanacağı sorunu ortaya çıkabilir. Muvazaa ispatlanıp malın elden çıkarılmadığı tespit edildiğinde edinilmiş mal tasfiye sırasındaki değeriyle dikkate alınacak, eklemenin şartları ispatlanırsa devir anındaki değeriyle dikkate alınacaktır. Ayrıca muvazaalı işleme konu edilen edinilmiş mal için TMK m. 241'den yararlanılamazken eklenecek değerler açısından bu haktan yararlanılabilecektir.
11. Doktrinde eşlerden birinin yaptığı devir ya da kazandırmadan yararlanacak kişilere karşı üç tür davayla başvurunun mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki TMK m. 229'u takip eder nitelikteki TMK m. 241'dir. Bu hüküm sayesinde katılma alacaklısı eş katılma alacağının borçludan karşılanamayan kısmı için üçüncü kişiye, edindiği karşılıksız kazandırma oranında başvurabilir. Doktrinde TMK m. 241'in uygulama alanını genişletme yönündeki eğilime rağmen kanımızca bu hüküm uyarınca üçüncü kişiye başvuru ancak eklenecek değerler açısından mümkündür. Üçüncü kişinin sorumluluğuna, tenkis hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

12. TMK m. 241'e dayanan dava, miras hukukuna ilişkin tenkiste kabul edilenin aksine malın aynına değil, değerine ilişkindir. Katılma alacağının bir para borcu olması böyle bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Ancak üçüncü kişiyi kendisine yapılan kazandırmadan başka bir şeyle sorumlu tutmaya zorlamak uygun bir çözüm olmayacaktır. Dolayısıyla katılma alacağının ifasına ilişkin kendisine açılacak davada TMK m. 239/f. 1 uyarınca ayın olarak ifade bulunabilmesi gerekir. TMK m. 241 yine miras hukukuna ilişkin tenkis davasından farklı olarak kanımızca işlemi geçersiz kılmaz, bu nedenle bu hükme dayanarak açılan davalar, yenilik doğuran dava değil eda davasıdır.
13. TMK m. 229/f. 2, eklenecek değerlere ilişkin uyuşmazlıklarda davanın bu değerden yararlanan kişilere ileri sürülebileceğini öngörmektedir. Anılan düzenleme İsviçre Medeni Kanunu'nda kaldırılmış olmasına karşın, doktrinde Usul Kanunu'nda bu konuda bir boşluğun bulunduğu ve aynı uygulamanın devam etmesi gerektiği savunulmaktadır. İhbarın etkisi, üçüncü kişinin, kendisine yapılan kazandırmanın eklenecek değer niteliğinde olmadığını ileri süremeyecek olmasıdır.
14. Doktrinde üçüncü kişiye açılabilmesi kabul edilen muvazaa nedeniyle yolsuz tescilin düzeltilmesi davası, bu davanın yalnızca ayni hak sahipleri tarafından açılabilmesi nedeniyle kanaatimizce işlem tarafı olmayan eş tarafından açılmamalıdır. Bu davanın açılmaması, Yargıtay eklenecek değerlerde de tıpkı mevcut değerlerdeki gibi tasfiye anındaki değeri dikkate aldığı için katılma alacağı hesabında işlem tarafı olmayan eş aleyhine bir sonuç doğurmamaktadır. Ancak katılma alacağının ifası noktasında malın malvarlığında bulunduğu tespitinin önem taşır. Yargıtay böyle durumlarda İcra ve İflas Kanunu'na dayanan iptal davası hükümlerini kıyasen uygulayarak alacaklıya üçüncü kişiye başvurup alacağını kazandırma konusu mal üzerinden alma imkânı tanımaktadır.
15. İcra ve İflas Kanunu m. 277 vd.'de düzenlenen iptal davası, konu edindiği işlemler açısından TMK m. 241'e oldukça benzese de iki hükmün uygulama alanları ve hukuki sonuçları birbirinden oldukça farklıdır. Yargıtay'ın iptal davasını ancak borcun doğumundan sonra yapılan tasarruflar için mümkün gördüğü göz önünde bulundurulursa TMK m. 241'in mal rejiminin sona

ermesinden önceki, İİK m. 277 vd.'nin mal rejiminin sona ermesinden sonraki kazandırmalara ilişkin olarak uygulanacağı sonucuna varılmaktadır.



KAYNAKÇA

- Abbet, Stéphane: **Art. 495, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Acar, Faruk: **Aile Hukukunda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aday, Nejat: **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, Kazancı Hukuk Yayınları (111), Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992.
- Akbıyık, Cem: **Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri**, İstanbul, Alfa Basım Yayım ve Dağıtım, 1997.
- Akkanat, Halil: **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Albayrak, Hakan: **Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları**”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:64, S:4, 2015, s. 931-974.
- Amey Laura, Guillod, Olivier: **Art. 212, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François

- Bohnet, Olivier Guillo, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Antalya, O. Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Antalya, O. Gökhan: **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1999.
- Atalı, Murat: **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku: Cilt I**, Ed.: Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Atamulu, İsmail: **Türk Hukukunda Muvazaa**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Ayanoğlu Moralı, Ahu: “Mirasın Açılmasından Önce Mirasçılarının Tereke Borçlarından Sorumluluğunda Geçerli Temel İlkeler ve Bu Sorumluluğun Sınırlandığı Haller”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XI, S:145-146, 2016, s. 555-586.
- Baddeley, Margareta: **Art. 239, Commentaire Romand Code des obligations I: Art. 1-529 CO**, Ed.: Luc Thévenoz, Franz Werro, 2. bs., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Barlas, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, **Makalelerim, Cilt I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 223-263.
- Baygın, Cem: “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, **Erzincan Üniversitesi**

- Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XII, S:3-4, 2008, s. 137-179. (*Tasarruf Nisabı*)
- Baygın, Cem: **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Ankara, Seçkin, 2005. (*Alacaklıların Korunması*)
- Börü, Levent: “İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:58, S:3, 2009, s. 481-537.
- Burgat, Sabrina: **Art. 208, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Chaix, François: **Art. 537, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Christinat, Rachel: **Art. 220, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure**, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Deschenaux, Henri, Steinauer, Paul-Henri, Baddeley, Editions, 2017. **Les effets du mariage**, 3. bs., Bern, Stämpfli
- Margareta: **Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, N. 1207.
- Gümüş, Mustafa Alper:

- Dural, Mustafa, Öz, Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt IV: Miras Hukuku**, 13. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019. (*Miras Hukuku*)
- Dural, Mustafa, Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, 13. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018. (*Temel Kavramlar*)
- Engel, Pierre: **Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO**, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1973.
- Erbek, Özge: “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İlililik) – Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C: 8, Özel Sayı, 2013.
- Erdemir, Gülfem: **Sağ Kalan Eşin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Kaynaklanan Hakları ve Miras Hakkı**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011 (www.tez.yok.gov.tr).
- Erdönmez, Güray: **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017. (*Borçlar Hukuku*)
- Eren, Fikret: **Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973. (*Tenkis Davası*)
- Esener, Turhan: **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayınları (105), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1956.

Gençcan, Ömer Uğur:

Mal Rejimleri Hukuku, 5. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Genç Arıdemir, Arzu:

“Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK m. 229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C:76, S: II, 2018, s. 443-480. (*Muvazaalı İşlemler*)

Genç Arıdemir, Arzu:

“TMK m. 241’e Göre Karşılıksız Kazandırmadan Yararlanan Üçüncü Kişiye Karşı Açılan Dava ile Miras Hukukuna İlişkin Tenkis Davası Arasındaki İlişkiler”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, C:13, S:169-170, s. 31-86.

Guillod, Olivier:

Art. 211, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.

Guillod, Olivier:

Art. 214, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.

Guillod, Olivier:

Art. 198, Droit matrimonial: Commentaire pratique Fond et procédure, Ed.: François Bohnet, Olivier Guillod, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.

- Gümüş, Mustafa Alper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Hatemi, Hüseyin: **Medeni Hukuk’a Giriş**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Hausheer, Heinz, Aebi-Müller, Regina: **Art. 208, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz.: Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Hausheer, Heinz, Aebi-Müller, Regina: **Art. 198, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz.: Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Hausheer, Heinz, Aebi-Müller, Regina: **Art. 207, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz.: Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Hausheer, Heinz, Aebi-Müller, Regina: **Art. 211, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz.: Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Hausheer, Heinz, Aebi-Müller, Regina: **Art. 214, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz.: Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Hausheer, Heinz, Aebi-Müller, Regina: **Art. 220, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB**, Haz.: Thomas Geiser, Christiana

- Fountoulakis, 6. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Hausheer, Heinz, Reusser, Ruth, Geiser, Thomas: **Art. 208, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht: Band II, 1. Abteilung Das Eherecht 3. Teilband Das Güterrecht der Ehegatten 1. Unterteilband Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB**, Haz.: Arthur Meier-Hayoz, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992.
- Hausheer, Heinz, Reusser, Ruth, Geiser, Thomas: **Art. 220, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht: Band II, 1. Abteilung Das Eherecht 3. Teilband Das Güterrecht der Ehegatten 1. Unterteilband Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB**, Haz.: Arthur Meier-Hayoz, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992.
- Helvacı, İlhan: **Turkish Contract Law**, Springer, 2017.
- Helvacı, Serap, Erlüle, Fulya: **Medeni Hukuk**, 5. bs., İstanbul, Legal, 2018.
- İmre, Zahir, Erman, Hasan: **Miras Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2018.
- Jubin, Oriana: “Les moyens pour favoriser le concubin survivant sous l’angle de la prévoyance: une planification optimale?”, **FamPra.ch-La pratique du droit de**

- la famille**, Bern, Stämpfli Verlag AG, C: III, S: 14, 2013, s. 575-595.
- Karamercan, Fatih: **Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler**, 3. bs., Ankara, 2014. (*Yenilikler*)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Aile Hukuku**, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Miras Hukuku**, 9. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Birinci Cilt**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017. (*Borçlar Hukuku*)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tabi Kazandırmaları**, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960. (*İade Mefhumu*)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Miras Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987. (*Miras Hukuku*)
- Kurt, Ekrem: “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C:8, 2013, s. 1819-1856 (www.dergipark.ulakbim.gov.tr).

- Kurt, Ekrem: **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul, Kazancı Kitap, 2004.
- Kuru, Baki: **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Mooser, Michel: **Art. 975, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Muşul, Timuçin: **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Nar, Ahmet: **Türk Hukukunda Tenkis**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Nomer, Halûk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., İstanbul, Beta, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami: **Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 24. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Cilt 1**, 16. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Cilt 2**, 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, Oktay-Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku**, 20. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, Oktay-Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

- Okur, Sinan: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m. 241’e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:1, 2016, s. 147-198.
- Öz, Turgut: **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme: Borçlar Kanunu 61 – 66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle**, İstanbul, Kazancı, 1990.
- Özdemir, Hayrunnisa: “Mirasçılarının Mirasın Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XVI, S:1-2, 2012, s. 191-223.
- Özdil, Zekai: “Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin “Muvazaa” İddiası”, **Yargıtay Dergisi**, C:X, S:4, 1984, s. 439-447.
- Özmen, Etem Saba, Aydın, Gülşah Sinem: “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 88, S: 2014/6, s. 179-215.
- Öztaş, Bilge: **Miras Hukuku**, 8.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Öztaş, Bilge: **Aile Hukuku**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Özğür, Ali İhsan: **Mal Rejimleri**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2015.

- Pedük, Türkben: “Servet Yönetimi Hizmetleri” (Trust/Fiduciary Services), **Maliye ve Finans Yazıları Dergisi**, C: I, S:83, 2009, s. 131-139.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 2. bs., Ankara, Oğuz, Özekes, Muhammet: Yetkin Yayınları, 2014.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, **İcra İflas Hukuku: Ders Kitabı**, 5. bs., İstanbul, Oğuz, Sungurtekin Özkan, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Meral, Özekes, Muhammet:
- Pekcanitez, Hakan: **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku: Cilt II**, Ed.: Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Piotet, Denis: **Art. 626, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Piotet, Denis: **Art. 630, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Piotet, Paul: “La libéralité accomplissant un devoir moral est-elle réductible?”, **RNRF (Revue suisse du notariat et du registre foncier)**, C:IV, S:70, 1989, s. 201-217. (*Devoir moral*)
- Piotet, Paul: **Traité de droit privé suisse Tome IV: Droit Successoral**, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 1975. (*Droit Successoral*)

- Piotet, Paul: **Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts**, Bern, Editions Stämpfli & Cie SA, 1986. (*Régime matrimonial*)
- Probst, Thomas: **Art. 170, Commentaire Romand Code des obligations I: Art. 1-529 CO**, Ed.: Luc Thévenoz, Franz Werro, 2. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Rumo-Jungo, Alexandra: **Art. 220, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG**, 3. bs., Schulthess, 2016.
- Sandoz, Suzette: “A Propos de L’ATF 123 III 152= JdT 1997 I 626, **Journal des tribunaux – Droit Fédéral**, Société du Journal des Tribunaux, Lausanne, 1997, S. 145/15, s. 618-626.
- Sarı, Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2007.
- Sarı, Suat: **Uygulamalı Miras Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018
- Serozan, Rona, Engin, Baki İlkay: **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 5. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018. (*Özel Bölüm*)

- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (*Medeni Hukuk*)
- Serozan, Rona: **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979. (*Ölüme Bağlı Kazandırma*)
- Serozan, Rona: “Tenkis Davasını Bütünleyen Edim Davası Üçüncü Kişilere Yöneltilbilir mi?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:43, S:1-4, 1977, s. 209-218.
- Spahr, Stéphane: **Art. 617, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Spahr, Stéphane: **Art. 603, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foex, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Steck, Daniel, Fankhauser, Roland: **Art. 208, FamKommentar Scheidung Band I: ZGB**, Haz.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017.
- Steck, Daniel, Fankhauser, Roland: **Art. 211, FamKommentar Scheidung Band I: ZGB**, Haz.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017.
- Steck, Daniel, Fankhauser, Roland: **Art. 214, FamKommentar Scheidung Band I: ZGB**, Haz.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017.

- Steck, Roland, Fankhauser, Frank: **Art. 220, FamKommentar Scheidung Band I: ZGB**, Haz.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017.
- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 207, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 208, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 209, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 211, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 212, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 214, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 215, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.

- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 220, Commentaire romand Code civil I: Art. 1-359 CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Steinauer, Paul-Henri: **Art. 474, Commentaire romand Code civil II: Art. 457-977 CC Art. 1-61 Tit. Fin. CC**, Ed.: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx, Denis Piotet, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Steinauer, Paul-Henri: “Enfants communs et non communs en droit des successions et des régimes matrimoniaux”, **Enfant et Divorce**, Symposium zum Familienrecht, Ed.: Pascal Pichonnaz, Alexandra Rumo-Jungo, Schulthess, 2016, s. 171-188.
- Steinauer, Paul-Henri: **Les droits réels: Tome premier**, 2. bs., Bern, Editions Stämpfli & Cie AG, 1990.
- Şeker, Muzaffer: “Eşin ve Eşlerin Üçüncü Kişilerle Yaptıkları Hukuki İşlemlerden Kaynaklanan Borçlarından Dolayı Cebri İcra Yoluyla Takipleri”, **Legal Hukuk Dergisi**, S:68, 2008, s. 2615 vd.
- Şengül, Mehmet: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: VII, S:3-4, 2012, s. 61-97.
- Şıpka, Şükran, Demir, Pınar Özlem: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Edinilmiş Malların Tasfiyesine İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

Şıpka, Şükran, Özdoğan, Ayça: **Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Şıpka, Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011. *(Uygulamaya İlişkin Sorunlar)*

Tandoğan, Haluk: **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama Cilt I/1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Topuz, Gökçen: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 19, S: 1, 2011, s. 95-117.

Turan Başara, Gamze: **Miras Hukukunda Denkleştirme**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

Turan Başara, Gamze: “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar

- Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:X, S:111, 2015, s. 58-77.
- Uyar, Talih: “Tasarrufun İptali Davalarının Konusu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C:91, S:4, 2017, s. 74-131.
- Üstündağ, Saim: **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959.
- Yavuz, Cevdet: “Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusunu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:51, S:1-4, 1985, s. 261-333. (*Geri Verme Yükümlülüğü*)
- Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk, Özen, Burak: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler): 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş**, Haz.: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, 15. bs., Beta, 2018. (*Özel Hükümler*)
- Yener, Mehmet Deniz: “Miras Hukukunda Denkleştirmeye Tabi Kazandırmalar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: IV, S:1, 2014, s. 27-45.
- Yenice Ceylan, Özge: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S:2, 2018, s. 213-243.
- Yıldırım, M. Kâmil: **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil, Deren-Yıldırım, Nevhis: **İcra ve İflas Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Beta, 2016.

Zevkliler, Aydın K., Gökyayla, K. Emre: **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, 18. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Zeytin, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 3. bs., Ankara, Seçkin, 2017.

Zeytin, Zafer: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi?”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 2, S: 8, 2007, s. 13-20.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

www.admin.ch

www.swisslex.ch

www.lexpera.com.tr

www.kazanci.com.tr

www.sozluk.gov.tr

www.dergipark.ulakbim.gov.tr

www.ilhanhelvacidersleri.com

www.tbmm.gov.tr