

**T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

**EŞLER ARASINDAKİ MAL REJİMLERİNİN
TASFİYESİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ**

Doktora Tezi

**Hazırlayan
Şerife AKSAN NAR**

**Danışman
Prof. Dr. Cem BAYGIN**

ARALIK 2023, ERZİNCAN

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

“Eşler Arasındaki Mal Rejimlerinin Tasfiyesinin Üçüncü Kişilere Etkisi” başlıklı **Doktora** tezim tarafımda incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim. Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.

Şerife AKSAN NAR

T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Ana Bilim Dalı : Özel Hukuk
Program Adı : Doktora
Tez Başlığı : Eşler Arasındaki Mal Rejimlerinin Tasfiyesinin
Üçüncü Kişilere Etkisi

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Ön söz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam 250 sayfalık kısmına ilişkin 17/11/2023 tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı %21'dir.

Filtrelemeye tırnak içerisindeki alıntılar dahil edilmiştir. Filtrelemede yedi (7) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. 18/12/2023

Danışman: Prof. Dr. Cem BAYGIN

Öğrenci: Şerife AKSAN NAR

KILAVUZA UYGUNLUK

“Eşler Arasındaki Mal Rejimlerinin Tasfiyesinin Üçüncü Kişilere Etkisi”
başlıklı Doktora Tezi Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Lisansüstü Tez Yazım
Kılavuzuna uygun olarak hazırlanmıştır.

Danışman: Prof. Dr. Cem BAYGIN

Öğrenci: Şerife AKSAN NAR



KABUL VE ONAY TUTANAĞI

Prof. Dr. Cem BAYGIN danışmanlığında **Şerife AKSAN NAR** tarafından hazırlanan “**Eşler Arasındaki Mal Rejimlerinin Tasfiyesinin Üçüncü Kişilere Etkisi**” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı’nda **Doktora Tezi** olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

18/12/2023

JÜRİ:

Danışman	: Prof. Dr. Cem BAYGIN	(İmza)
Üye	: Prof. Dr. Murat DOĞAN	(İmza)
Üye	: Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE	(İmza)
Üye	: Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI	(İmza)
Üye	: Dr. Öğr. Üyesi Aytuğ Ceyhun ÇAKIR	(İmza)

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu’nun /.... /2024 tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

..... /..... /2024

Prof. Dr. Necdet TOZLU

Enstitü Müdürü

ÖN SÖZ

“Eşler Arasındaki Mal Rejimlerinin Tasfiyesinin Üçüncü Kişilere Etkisi” isimli bu çalışma 18 Aralık 2023 tarihinde Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde doktora tezi olarak sunulmuş ve Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE, Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI ve Dr. Öğr. Üyesi Aytuğ Ceyhun ÇAKIR’dan oluşan jüri tarafından başarılı bulunarak oybirliği ile kabul edilmiştir. Bu vesileyle yüksek lisans ve doktora eğitimim ile doktora tez yazım süresince bilgi, tecrübe ve desteğini esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Cem BAYGIN’a, doktora tez izleme komite üyeleri olan Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE ve Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI’ya, yoğun çalışma dönemlerinde jüri üyeliğini kabul edip teze katkıda bulunan Prof. Dr. Murat DOĞAN ve Dr. Öğr. Üyesi Aytuğ Ceyhun ÇAKIR’a teşekkür ederim.

Eğitim sürecimin her aşamasında desteğini esirgemeyen ve en zor zamanlarda yanımda olan aileme, doktora programı sürecindeki teşvik, destek ve gösterdikleri sabır için eşim Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR ile kızım Elif’e minnettarım.

Şerife AKSAN NAR, Erzincan, 2023

EŞLER ARASINDAKİ MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Şerife AKSAN NAR

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi,
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Doktora Tezi, Aralık 2023
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Cem BAYGIN**

ÖZET

Mal rejimleri eşler arasındaki mali ilişkilerin düzenlendiği bir alan olmakla birlikte bazı hallerde üçüncü kişileri de etkilemektedir. Kanuni düzenlemeler dikkate alındığında, mal rejiminin tasfiyesinden etkilenen üçüncü kişileri karşılıksız kazandırma veya devirden yararlananlar, saklı paylı mirasçılar ve alacaklılar olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür. Kanun koyucu, mal rejimine ilişkin hükümler ve sözleşmeler kapsamında eşlerin üçüncü kişilere, üçüncü kişilerin de eşlere karşı birtakım taleplerde bulunmalarına imkân tanımıştır. Edinilmiş mallara katılma ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinde, eşlerin aralarındaki mal rejimlerinin tasfiyesinden kaynaklanan haklarını yöneltebileceği üçüncü kişilere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler bir eşin malvarlığını ilgilendiren hukuki işlemlere karşı diğer eşi korumak amacıyla getirilmiştir. Mal rejimine ilişkin hükümler emredici kurallarla düzenlenmiştir. Ancak eşlere sınırlı da olsa sözleşme özgürlüğü tanınmış olup, eşler mal rejiminden kaynaklanan hukuki ilişkilerini kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde düzenleyebilirler. Eşlerin mal rejimlerine ilişkin sözleşme özgürlükleri saklı paylı mirasçılarını ve alacaklılarını koruma amacıyla sınırlandırılmıştır. Bu amaçla eşlerin mal rejimine ilişkin sözleşme özgürlükleri kapsamında edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma ve mal ortaklığı rejiminde paylaşma esasını belirleyen anlaşmalarına karşı bazı mirasçıların saklı paylarının korunması öngörülmüştür. Eşlerin üçüncü kişilere borçlandıktan sonra yeni bir mal rejimi sözleşmesi yapmak, mevcut sözleşmeyi değiştirmek veya önceki rejimin tasfiyesini sağlamak amacıyla yaptıkları sözleşmelere karşı da alacaklıları koruyucu düzenlemeler sevk edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mal Rejiminin Tasfiyesi, Üçüncü Kişiler, Saklı Paylı Mirasçılar, Alacaklılar.

EFFECT OF LIQUIDATION OF PROPERTY REGIMES BETWEEN SPOUSES ON THIRD PARTIES

Şerife AKSAN NAR

**Erzincan Binali Yıldırım University
Graduate School of Social Sciences
PhD Dissertation, December 2023
Supervisor: Prof. Dr. Cem BAYGIN**

ABSTRACT

Although property regimes are an area where financial relations between spouses are regulated, in some cases they also affect third parties. Considering the legal regulations, it is possible to categorise the third parties affected by the liquidation of the property regime into three groups: the beneficiaries of the gratuitous acquisition or transfer, the heirs with reserved shares and the creditors. Within the scope of the provisions and contracts regarding the property regime, the legislator has allowed spouses to make certain demands against third parties, and third parties to make certain demands against spouses. In the regimes of participation in acquired property and separation of property with sharing, there are regulations regarding the third parties to whom the spouses may direct their rights arising from the liquidation of the property regimes between them. These regulations have been introduced to protect the other spouse against legal transactions concerning the assets of one spouse. Provisions regarding the property regime are regulated by mandatory rules. However, spouses are granted freedom of contract, albeit limited, and they may regulate their legal relations arising from the property regime within the limits of the freedom of contract granted to them. The spouses' freedom of contract regarding property regimes is limited in order to protect their heirs and creditors with reserved shares. For this purpose, within the scope of the spouses' freedom of contract regarding the property regime, it is envisaged to protect the reserved shares of some heirs against the agreements determining the principle of participation in the residual value in the regime of participation in acquired property and the principle of sharing in the regime of community of property. Protective regulations have also been introduced for creditors against contracts made by spouses after becoming indebted to third parties to establish a new property regime, amend the existing contract, or settle the previous regime.

Keywords: Liquidation of Property Regime, Third Parties, Inheritors with Hidden Shares, Creditors.

İÇİNDEKİLER

EŞLER ARASINDAKİ MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK.....	i
TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI	ii
KILAVUZA UYGUNLUK.....	iii
KABUL VE ONAY TUTANAĞI	iv
ÖN SÖZ	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNİN KARŞILIKSIZ KAZANDIRMA VEYA DEVİRDEN YARARLANAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

I. Genel Olarak	31
II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinin Karşılıksız Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere Etkisi.....	32
A. Mahkeme Kararının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi.....	32
1. Genel Olarak	32
2. Üçüncü Kişiyeye Karşılıksız Kazandırma veya Devirde Bulunulması	37
a) Eşin Rızası Olmaksızın Yapılan Karşılıksız Kazandırmalar	37
(1) Genel Olarak	37
(2) Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.1'in Uygulama Koşulları.....	42
(a) Kazandırmanın Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Yapılmış Olması	42
(b) Kazandırmanın Olağan Hediye Dışında Bir Kazandırma Olması.....	46
(c) Kazandırmanın Diğer Eşin Rızası Olmadan Yapılmış Olması	49
b) Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastıyla Yapılan Devirler	51
(1) Genel Olarak	51

(2) Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.2'nin Uygulama Koşulları.....	56
(a) Devrin Mal Rejiminin Devamı Süresince Yapılmış Olması	56
(b) Devrin Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastıyla Yapılmış Olması	57
(i) Katılma Alacağını Azaltma Kastı Kavramı	57
(ii) Kastın Niteliği.....	58
(iii) Kastın Borçlu Eşe Ait Olması.....	59
(iv) Devrin Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastıyla Yapıldığının İspatı	59
3. Karşılıksız Kazandırma veya Devirlerin Eklenerek Değer Olarak Hesaba Katılmasının Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere Etkisi	61
a) Eklenerek Değerlere İlişkin Hukuki İşlemlerin Geçerliliği	61
b) Davanın Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere İhbar Edilmesi	62
(1) İhbarın Amacı	62
(2) İhbarın Koşulları	66
(3) İhbar Edilecek Dava	69
(4) Türk Medeni Kanunu m.229/f.2'de Öngörülen İhbarın Usul Hukukundaki İhbar Müessesinden Ayrılan Yanları	70
(5) Kararın Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi	72
(6) İhbar Üzerine Üçüncü Kişinin Tutumu	72
(7) İhbarın Sonuçları	74
B. Katılma Alacağının Ödenmesinin Üçüncü Kişilerden Talep Edilmesi	76
1. Genel Olarak	76
2. Düzenlemenin Hukuki Niteliği	81
3. Katılma Alacağını Üçüncü Kişilerden Talep Edebilmenin Koşulları	82
a) Üçüncü Kişilere Karşılıksız Kazandırma veya Devir Yapılmış Olması.....	82
(1) Genel Olarak	82
(2) Türk Medeni Kanunu m.241 Hükmünde Yer Alan Karşılıksız Kazandırma Kavramının Anlamı.....	83

(a) Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Diğer Eşin Rızası Olmadan Yapılan Olağan Hediye ve Karşılıksız Kazandırmalar ..	84
(b) Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastiyle Yapılan Devirler.....	85
(3) Katılma Alacağı Azalan Eşin Yapılan Kazandırmalara Rızasının Olmaması	85
(4) Mal Rejiminin Sona Ermesinden Sonra Yapılan Kazandırma veya Devirler	86
(5) Kazandırma veya Devre Konu Olan Malvarlığı Unsurunun Değerinin Belirlenmesi	89
b) Borçlu Eşin Malvarlığının veya Terekesinin Katılma Alacağını Karşılama	
Karşılama	90
(1) Genel Olarak	90
(2) Borçlu Eşin Malvarlığının veya Terekesinin Katılma Alacağını Karşılıklı Karşılama	
Karşılama Karşılığının Tespitinde Esas Alınacak An	94
(3) Borçlu Eşin Malvarlığının Tasfiye Sırasında Katılma Alacağını Karşılama	
Karşılama Yeterli Olmasına Rağmen Sonradan Bu Özelliğini Kaybetmesi ..	95
(4) Borçlu Eşin Malvarlığının Tasfiyeden Sonra İyileşmesinin Etkisi	95
(5) Borçlu Eşin Katılma Alacağını Ödenmesi İçin Süre Tanınması veya Borçlu Eş	
Tarafından Güvence Gösterilmesi Halinde Üçüncü Kişilerden Talepte Bulunulup	
Bulunulamayacağı Sorunu	97
(6) Katılma Alacağını Karşılama Karşılığının İspatı	98
4. Üçüncü Kişilerin Sorumluluğunun Sınırları	100
a) Sorumluluğun Üst Sınırı.....	100
b) Sorumluluğun Miktar Açısından Sınırlandırılması	101
5. Taraflar	101
a) Talepte Bulunmaya Yetkili Kişiler.....	101
(1) Genel Olarak	101
(2) Katılma Alacaklısı Eş	103
(3) Mirasçılar	103
(4) Katılma Alacağını Devralanlar	105
b) Talebin Yöneltilmesi İçin Yetkili Kişiler.....	107
(1) Kazandırmadan Yararlanan Üçüncü Kişiler veya Mirasçılar	107

(2) Kazandırmayı Devralanlar	108
(3) Borçlu Eşin Birden Çok Kişiye Karşılıksız Kazandırmada Bulunması Durumunda Sıra İlişkisi	110
6. Üçüncü Kişilere Karşı Katılma Alacağının İleri Sürülmesinin Şekli	113
a) Genel Olarak.....	113
b) Davanın ve Davada Verilen Kararın Hukuki Niteliği	113
7. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	117
8. Hak Düşürücü Süreler	119
9. Üçüncü Kişinin Ödeme Yükümlülüğünün Kapsamı.....	125
a) Genel Olarak.....	125
b) İyiniyetli Üçüncü Kişinin Ödeme Yükümlülüğünün Kapsamı	128
c) Kötüniyetli Üçüncü Kişinin Ödeme Yükümlülüğünün Kapsamı	131
10. Üçüncü Kişinin Katılma Alacağını Ödemesinin Sonuçları.....	134
11. Türk Medeni Kanunu m.229/f.2 Uyarınca Davanın İhbarı ve m.241 ile İlişkisi	136
12. Üçüncü Kişiye Yapılan Kazandırmanın Mal Rejimi ve Mirasta Tenkis veya Denkleştirmeye Birlikte Konu Olması	137
III. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Tasfiyesinin Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere Etkisi	139
A. Mahkeme Kararının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi.....	139
1. Genel Olarak	139
2. Üçüncü Kişiye Karşılıksız Kazandırmada Bulunulması	142
a) Genel Olarak.....	142
b) Diğer Eşin Payını Azaltmak Kastıyla Yapılan Karşılıksız Kazandırmalar.....	142
(1) Diğer Eşin Payını Azaltma Kastının Olması	143
(2) Paylaşmadan Önce Yapılmış Olması.....	143
(3) Bir Malın Karşılıksız Olarak Elden Çıkarılmış Olması	144
c) Diğer Eşin Payını Azaltma Kastıyla Yapıldığı Varsayılan Kazandırmalar.....	145
(1) Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Yapılmış Olması.....	145
(2) Diğer Eşin Rızası Olmadan Yapılmış Olması	146
(3) Kazandırmanın Karşılıksız Olması	146

(4) Olağan Hediyeler Dışında Olması	146
3. Davanın İhbar Edilmiş Olması	147
B. Denkleştirme Bedelinin Üçüncü Kişilerden Talep Edilmesi.....	147

İKİNCİ BÖLÜM

MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNİN SAKLI PAYLI MİRASÇILARA ETKİSİ

I. Genel Olarak	149
II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinin Saklı Paylı Mirasçılara Etkisi ..	151
A. Genel Olarak	151
B. Kanuna Göre Artık Değere Katılma.....	152
C. Sözleşmeye Göre Artık Değere Katılma	153
1. Genel Olarak	153
2. Eşlerin Sözleşmeyle Belirleyebilecekleri Artık Değere Katılma Esasları	160
3. Artık Değere Katılmaya İlişkin Sözleşmelerin Şekli	164
4. Ortak Olmayan Çocukların ve Onların Altsoylarının Saklı Payının Korunması	168
a) Genel Olarak.....	168
b) Türk Medeni Kanunu m.237/f.2 Hükümünün Koruması Kapsamında Yer Alan Saklı Paylı Mirasçılar	171
c) Eşlerin Belirlediği Artık Değere Katılma Esasının Saklı Payları Zedeleyip Zedelediğinin Tespiti	176
d) Ortak Olmayan Çocukların ve Onların Altsoyunun Saklı Paylarının İhlal Edilmesinin Sonuçları	178
(1) Genel Olarak	178
(2) Tenkise İlişkin Hükümlerin Uygulanmasının Gösterdiği Özellikler.....	180
(a) Genel Olarak	180
(b) Tenkise Konu Kazandırma ve Kazandırmanın Hukuki Niteliği Bakımından	181
(c) Tenkis Talebinde Bulunabilecek Kişiler Bakımından.....	185
(d) Tenkis Talebinin Süresi Bakımından	186
(3) Tenkis Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme	188
(4) İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Değişiklikler ve Türk Hukuku'na Yansımaları	189

e) Artık Değere Kanuni Katılım Esasını Değiştiren Anlaşmalar Karşısında Diğer Saklı Paylı Mirasçılarının Hukuki Durumu	191
f) Ortak Olmayan Çocukların ve Altsoylarının Saklı Pay Korumasının Diğer Mirasçılarının Saklı Paylarına Etkisi	193
III. Mal Ortaklığı Rejiminin Tasfiyesinin Saklı Paylı Mirasçılara Etkisi.....	194
A. Genel Olarak	194
B. Kanuna Göre Paylaşma Oranı	196
C. Sözleşmeye Göre Paylaşma Oranı	197
1. Genel Olarak	197
2. Paylaşma Oranına İlişkin Yapılacak Anlaşmaların Şekli	199
3. Altsoyun Saklı Payının Korunması	199
a) Genel Olarak.....	199
b) Saklı Payları Korunan Mirasçılar	201
c) Altsoyun Saklı Payının İhlal Edilmesinin Sonuçları	202
4. Türk Medeni Kanunu m.276/f.3 Hükmünün TMK.m.237/f.2 ile Karşılaştırılması.....	203

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNİN ALACAKLILARA ETKİSİ

I. Genel Olarak	205
II. Mal Rejiminin Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması.....	206
A. Genel Olarak	206
B. Alacaklıların Korunmasına İlişkin Hükmün Uygulama Alanı	209
1. Mal Rejiminin Kurulması veya Değiştirilmesinde.....	209
2. Mal Rejiminin Tasfiyesinde	212
C. Önceki Mal Rejiminin Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması	212
1. Genel Olarak	212
2. Önceki Mal Rejiminin Tasfiyesine Karşı Alacaklıların Korunmasının Koşulları	212
a) Eşler Arasında Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Devir Yapılmış Olması..	212
b) Eşlerden Birinin Alacaklısının veya Ortaklığın Alacaklısının Alacağını Elde Edebileceği Malların Sorumluluk Dışında Bırakılması.....	214
c) Alacaklının Alacağını Borçlu Eşten Alamamış Olması.....	215

D. Eşlerden Birinin veya Ortaklığın Alacaklılarının Haklarını Alabilecekleri Malların Sorumluluk Dışı Bırakılmasının Sonuçları.....	216
1. Borçlu Olmayan Eşin Sınırlı Kişisel Sorumluluğu	216
2. Borçlu Olmayan Eşin Sorumluluktan Kurtulması	217
III. Olağanüstü Mal Rejimine Geçilmesinin Alacaklılara Etkisi	218
A. Genel Olarak	218
B. Diğer Eşe Ait Malvarlığının Borca Batık veya Ortaklıktaki Payının Hacz edilmiş Olması Halinde Mal Ayrılığına Geçiş	220
1. Genel Olarak	220
2. Diğer Eşe Ait Malvarlığının Borca Batık Olması	225
3. Eşlerden Birisinin Ortaklıktaki Payının Hacz edilmesi.....	227
C. Mal Ortaklığı Rejiminde Eşlerden Birinin İflası veya Eşlerden Birine Karşı Haciz Yoluna Başvurulması Durumunda Mal Ayrılığına Geçiş.....	228
1. Genel Olarak	228
2. Eşlerden Birinin İflası Halinde Ortaklığın Kendiliğinden Mal Ayrılığına Dönüşmesi	229
3. Haciz Halinde Alacaklının Talebi ve Hâkim Kararıyla Mal Ayrılığı Rejimine Geçilmesi.....	234
D. Olağanüstü Mal Rejimine Geçilmesinin Alacaklılar Açısından Değerlendirilmesi.....	237
SONUÇ	240
KAYNAKÇA	251
ÖZ GEÇMİŞ	263

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz (Fıkra)
Art.	: Artikel (Madde)
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM.	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
bkz.	: bakınız
bs.	: baskı
BÜHFD.	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
ed.	: editör
EMK.	: Eski Medeni Kanun (Türk Kanunu Medenisi)
ERÜHFD.	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ET.	: Erişim Tarihi
EÜHFD.	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK.	: İcra İflas Kanunu

İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: madde
N.	: Nummer (Paragraf Numarası)
OR.	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
prg.	: paragraf
RG.	: Resmi Gazete
SchKG.	: Schweizerische Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Borç Takibi ve İflasa İlişkin 11 Nisan 1889 tarihli Federal Kanun)
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
Ziff.	: Ziffer (Bent)

GİRİŞ

I. Konunun Takdimi

Evlilik birliğinin kurulması ile eşler arasında kişisel ve mali bir takım hukuki ilişkiler ortaya çıkar. Mal rejimi, eşler arasındaki mali ilişkileri ilgilendiren hukuki bir kurumdur. TMK.m.202 vd.'nda düzenlenen eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler, evlilik sırasındaki malvarlıklarına ilişkin olarak eşlerin birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı olan durumlarını belirler.¹ Zira mal rejimine ilişkin hükümler incelendiğinde, eşler arasındaki mal rejimi kurallarının eşlerin kendi aralarındaki ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerini düzenlediği görülmektedir.²

Türk Medeni Kanunu, eşler arasında uygulanacak yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemiştir (TMK.m.202/f.1). Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin kişisel ve edinilmiş malları üzerinde kural olarak tasarruf özgürlüğü söz konusudur. Zira TMK.m.223/f.1 hükmüne göre, “*Her eş yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir*”. Ancak bu imkânın istismar edilerek diğer eşin katılma alacağını azaltmak için kullanılabileceğini öngören kanun koyucu, TMK.m.229’da belirtilen kazandırmaların yapılması halinde söz konusu işlemler sanki hiç yapılmamış gibi değerlerinin edinilmiş mallara eklenmesini öngörmüştür. Ayrıca TMK.m.229 hükmü ile bağlantılı olarak TMK.m.241 hükmü ile katılma alacağını tahsil edemeyen eşe alacağının tahsil edemediği kısmı için üçüncü kişilere başvurma imkânı tanımıştır.³ TMK.m.229 ile m.241 hükümleri birbirleri ile

¹ Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, 16. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 213; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK.m.185-281)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 217. Eşler arasındaki mal rejiminin eşler arasında veya eşler ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. M. Beşir Acabey, “Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, içinde *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 780; Şebnem Akipek Öcal, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sona Erdiren Haller ve Sona Erme Anı”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 459-460.

² Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk*, 6. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000), 778. Eşler arasındaki mal rejiminden kaynaklanan ilişkilerin, dolaylı olarak üçüncü kişileri de etkilediği yönünde bkz. M. Beşir Acabey, *Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 2.

³ Türk Medeni Kanunu m.229 ile m.241 hükümleri arasında bir bağlantının bulunup bulunmadığı kanunun lafzından net olarak anlaşılamamaktadır. Ancak TMK.m.229/f.2’de yer alan “kazandırma

zorunlu bir bağ içerisinde olmayıp, birbirlerini tamamlayan maddelerdir.⁴ TMK.m.229 hükmüne göre, katılma alacağı borçlusu eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar ile mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yaptığı devirler, artık değer hesabında borçlu eşin aktif hanesine yazılacaktır. Tasfiye sırasındaki söz konusu eklemeler farazi (varsayımsal); kâğıt üzerinde yapılan eklemelerdir. TMK.m.229’da belirtilen kazandırmalarda bulunan eşin bu davranışı, diğer eşin artık değer alacağını azaltırken, kendisinin de diğer eşin edinilmiş mallarından daha fazla pay almasını sağlar. Kanun’da söz konusu eklemelerin yapılmasının öngörülmesi ile diğer eşin rızası dışında yapılan karşılıksız kazandırma ve devir işlemleri ile katılma alacağının miktarının azaltılması önlenmek istenmiştir.⁵ Ancak TMK.m.229 hükmünde belirtilen karşılıksız kazandırma ve devirler, değer olarak edinilmiş mallara eklenerek katılma alacağı miktarının azalmasını engellemiş

veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir” ve TMK.m.241 hükmünde yer alan “edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları” şeklindeki ifadelerden bu iki hükmün birbiri ile bağlantılı olduğu düşünülebilir. Bkz. Melisa Gündoğdu Özbek, *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Eklenerek Değerler ve Uygulanması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 155. TMK.m.241 hükmü, eşler arasındaki ilişkiyi değil, bir eşin üçüncü kişilerle arasındaki ilişkiyi düzenler. Zira TMK.m.241 hükmü, üçüncü kişilere karşı bir talep ortaya koymaktadır (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 6).

⁴ 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*, XI/1 (2016): 147; Arzu Genç Arıdemir, “TMK md. 241’e Göre Karşılıksız Kazandırmadan Yararlanan Üçüncü Kişiye Karşı Açılan Dava ile Miras Hukukuna İlişkin Tenkis Davası Arasındaki İlişkiler”, *BÜHFD.*, 13/169-170 (2018): 33; Gündoğdu Özbek, *Eklenerek Değerler*, 156. Okur’a göre m.229 ve m.241 hükmü eşlerin tasarruf özgürlüğüne sınırlamalar getirmektedir (Okur, “Dava Hakkı”, 149-150). Ayrıca yazara göre, TMK.m.241 hükmü, TMK.m.229 hükmünün yaptırımını olarak değerlendirilebilir (Okur, “Dava Hakkı”, 149-150, 153). Bazı yazarlara göre ise, TMK.m.241 hükmü eşlerin tasarruf özgürlüğünü kısıtlamaz, sadece belirli bir parasal edimin yerine getirilmesine ilişkin şahsi bir talep hakkı sağlar (Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 260; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422).

⁵ Hausheer, Reuseer und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 5; Okur, “Dava Hakkı”, 152; Gündoğdu Özbek, *Eklenerek Değerler*, 38-41; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007), 191; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 231; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 228; Ali İhsan Özuğur, *Mal Rejimleri*, 8. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 67; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005), 377; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 249; Şükran Şıpka, Ayça Özdoğan, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 196; Arzu Genç Arıdemir, “Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyile Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md. 229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76/2 (2018): 445; Fatih Karamercan, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK.m.229, 241)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 25-26.

olsa da, aynı zamanda ilgili eşin malvarlığı değerlerinin eksilmesi sonucunu doğurmaktadır. İlgili eşin malvarlığındaki söz konusu eksilme, katılma alacağını ödemekle yükümlü olan eşin bu yükümlülüğünü yerine getirmesini de engelleyebilir. Bu ihtimali göz önünde tutan kanun koyucu, TMK.m.241 hükmü ile katılma alacağının tahsil edilmeyen kısmı için varsayımsal olarak aktiflere eklenen kazandırmalardan yararlanan üçüncü kişilere belirli koşullarla başvurma imkânı getirmiştir. Böylece TMK.m.241 hükmü, m.229 ile güdülen amacı tamamlamaktadır.⁶ Diğer bir ifadeyle, hak sahibi olan eşin katılma alacağına kavuşması amacına yönelik olarak, TMK.m.229 hükmü katılma alacağının hakkaniyete uygun olarak doğru şekilde hesaplanmasını⁷, TMK.m.241 hükmü ise bu alacağın tahsil edilebilmesini sağlamaktadır.⁸

Eşlerden birinin, TMK.m.229 hükmünde sayılan işlemleri gerçekleştirerek diğer eşin katılma alacağını azalttığı durumlarda, bu değerlerin katılma alacağının hesabında aktiflere eklenmesi, tek başına katılma alacaklısı eşi korumaya yetmez. Zira bu işlemlerin yapılmasıyla sadece alacaklı olan eşin katılma alacağı miktarı eksilmemekte, borçlu eşin malvarlığında da azalmalar meydana gelmektedir. Bu durumda katılma alacağının tahsil edilmesi imkânının ortadan kalkması söz konusu olabilir. Bu nedenle, kanun koyucu TMK.m.229 hükmünde yer alan kazandırmaların değerlerinin aktiflere eklenmesini yeterli görmemiş, katılma alacağının tahsil edilememesi durumunda, TMK.m.241 uyarınca hak sahibi eşi bu tür kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere başvurma yetkisi de vermiştir.⁹ Zira katılma alacağı borçlusu eşin malvarlığından veya terekesinden katılma alacağının tahsil edilememesi ihtimalini göz önünde tutan kanun

⁶ Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 33; Okur, “Dava Hakkı”, 153; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 152-153; Zeynep Rana Demir, *Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 103; İlker Öztaş, “Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 98 (Şubat 2011): 554. Şıpka/Özdoğan’a göre, TMK.m.229/f.2 hükmü, TMK.m.241 hükmünün uygulanmasına yardımcı olan bir hükümdür (Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 215). Ayrıca Şıpka’ya göre, TMK.m.241 hükmü, m.229 hükmünün bir uzantısıdır (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 337).

⁷ TMK.m.229 hükmünün amacının işlem yapan eşi cezalandırmak değil, onun artık değerinin hakkaniyete uygun olarak hesaplanmasını sağlamak olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Z. R. Demir, *Artık Değer*, 5.

⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 253; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 152-153; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 103-104. TMK.m.241’de yer alan düzenlemenin, katılma alacağının tahsilini garanti altına alma amacı taşıdığına ilişkin açıklamalar için bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile*, 259; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 417; Damlanur Tak Aydoğan, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Ölümle Sona Ermesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 127.

⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 554-555; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 555.

koyucu, katılma alacağının karşılanmayan kısmının karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilerden talep edilebileceğini düzenlemiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi dışında, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.251 hükmünde de mal rejimlerinin tasfiyesinin kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere etkisi düzenlenmiştir. “Paylaşmaya aykırı davranışlar” kenar başlığını taşıyan düzenleme edinilmiş mallara katılma rejiminde eklenecek değerleri düzenleyen TMK.m.229 hükmü ile paralellik taşımaktadır. TMK.m.251/f.3 hükmünde de edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde davanın üçüncü kişilere ihbarı öngörülmüştür. Ancak, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde edinilmiş mallara katılma rejimindeki hükme benzer şekilde davanın ihbarı öngörülmesine rağmen, TMK.m.241’e benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde üçüncü kişinin sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı, sorumlu olacaksa bunun nasıl ve ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda bir açıklık olmadığı için bu hususların tespit edilmesi gerekmektedir.

Aile hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi hakim olmadığı için, eşlere ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde düzenleme yapma imkânı verilmiştir. Mal rejimlerine ilişkin olarak sözleşme serbestisi tanınan hallerden biri de mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılmada (TMK.m.237/f.2) ve mal ortaklığı rejiminde paylaşmada (TMK.m.276/f.3) kanunda öngörülenden farklı bir esasın kabul edilmesine ilişkin düzenleme yapma imkânıdır. Ancak bu düzenlemeler sonucunda eşler dışında üçüncü kişilerin, özellikle mirasçılarının etkilenmesi olasıdır. Özellikle mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda, eşlerin mal rejimi ile belirledikleri kanuni paylaşım esaslarından farklı bir esasın ölen eşin terekesini ve mirasçılarının alacağı miras paylarını etkilemesi söz konusu olur. Bu nedenle, kanun koyucu eşlerin kanunda belirtilen paylaşım esaslarından farklı bir anlaşma yapmaları durumunda, bu anlaşmaya karşı bazı mirasçılarının saklı paylarının korunmasını öngörmüştür. Ancak mal rejimine ilişkin söz konusu hükümlerde tüm saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının korunmadığı görülmektedir.

Kanunun açıkça imkân tanıdığı hallerde mal rejimi sözleşmesi ile yapılacak düzenlemelerin üçüncü kişi kapsamında alacaklıları etkilediği durumlar da söz konusu olabilir. Mal rejiminin tasfiyesinin alacaklıları etkilediği durumlardan ilki, eşlerin

üçüncü kişilere borçlandıktan sonra yeni bir mal rejimi sözleşmesi yaparak, mevcut sözleşmeyi değiştirerek veya önceki mal rejimi sözleşmesini tasfiye ederek eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışı bırakmalarıdır. Kanun koyucu bu gibi durumlarda alacaklıların korunmasına ilişkin TMK.m.213 hükmünü sevk etmiştir. Mal rejiminin tasfiyesinin alacaklıları etkilediği bir diğer durum ise olağanüstü mal rejimine geçilmesinde ortaya çıkmaktadır. Eşler mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle tâbi oldukları mal rejimini değiştirme imkânına her zaman sahiptirler. Ancak eşler tâbi oldukları mal rejimini değiştirmek istemediklerinde veya eşlerden birinin ekonomik durumunun bozulması halinde olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçilmesi bazı koşullarla mümkündür. Mevcut mal rejiminden olağanüstü mal rejimine geçilmesi halinde, önceki rejim tasfiye edileceği için, alacaklılar bu şekilde alacaklarını daha kolay elde edebilme imkânına kavuşabilmektedir. Zira özellikle mal ortaklığı rejiminde eşler, mal rejiminin devamı süresince ortaklık malları üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları için, alacaklıların ortaklık malları tasfiye edilmeden alacaklarını elde etme imkânı söz konusu değildir.

II. Çalışmanın Amacı ve Sınırlandırılması

Aile hukukunun en karmaşık ve de uygulamada sıkça sorun oluşturan konularından biri mal rejimlerinin tasfiyesidir. Mal rejimleri eşler arasındaki mali ilişkilerin düzenlendiği bir alan olmakla birlikte bazı hallerde üçüncü kişileri de etkilemektedir. Mal rejiminin tasfiyesi başlı başına teknik ve karmaşık bir konu olup, yapılacak tasfiye işleminden eşler dışında üçüncü kişilerin ne şekilde etkileneceğinin tespit edilmesi de önem arz etmektedir. Mal rejimi hükümlerine ilişkin her ne kadar ayrıntılı kanuni düzenlemeler söz konusu olsa da, konunun karmaşıklığından dolayı çoğu husus doktrinde tartışmalıdır. Çalışmamızda mal rejiminin tasfiyesinin üçüncü kişileri etkilemesi ile ilgili kanuni düzenlemelerden yola çıkılarak açıklamalarda bulunulması ve tartışmalı olan hususlarda kanaatlerimiz bildirilerek uygulamada sorun oluşturan çoğu hususa ilişkin bir bakış açısı getirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca ilgili yerlerde Türk hukukuna ilişkin kanuni düzenlemeler mehz Kanun hükümleri de dikkate alınarak değerlendirilerek, İsviçre Medeni Kanunu hükümlerinde yapılan bazı değişikliklerin Türk hukukuna etkisi de ele alınacaktır.

Türk hukukunda mal rejiminin tasfiyesinin karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere, saklı paylı mirasçılara ve alacaklılara etkisini mal rejiminin tasfiyesi aşaması ile sınırlı olmak üzere bir bütün olarak inceleyen monografik bir eser bulunmamaktadır. Çalışma kapsamında incelenecek Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri, ders kitabı niteliğindeki sistematik eserlerde, makalelerde, mal rejimlerini ele alan monografik çalışmaların içinde alt başlıklar halinde sınırlı olarak ele alınmış, son yıllarda yazılan bazı eserlerde ise konumuzu ilgilendiren bazı alt başlıklarla ilgili monografik eserler yayınlanmıştır. Mal rejimleri konusunu monografik olarak ele alan eserler ise genellikle eşler açısından konuyu değerlendirmektedir. Bu nedenle, tezin amacı, mal rejimlerinin tasfiyesinin üçüncü kişileri etkilediği tüm meselelerin incelendiği güncel bir çalışma meydana getirmektir. Bu amacı gerçekleştirmek üzere, konumuzla ilgili bilimsel eserler ve uygulamaya ilişkin yargı kararları ele alınarak araştırma sonuçları sistematik olarak ortaya konulacaktır.

Çalışmamızda tasfiye aşaması ile sınırlı olmak üzere mal rejimlerinin üçüncü kişilere etkisi kanundaki düzenlemeler kapsamında inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda, sadece eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesinin üçüncü kişilere etkisinin ne olacağı üzerinde durulmuştur. Tasfiye sürecinden önceki aşamalarda mal rejimlerinin üçüncü kişilere etki ettiği haller kapsam dışında bırakılmıştır. Çalışmada mal rejimlerinin tasfiyesinin üçüncü kişilere etkisi Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır. Katılma alacağının tahsili için başvurulacak hukuki imkânlardan biri olan İİK.m.277 vd.'nda düzenlenen tasarrufun iptali davasına ilgili konularda kısaca değinilmiştir.

III. Çalışmanın Kapsamı ve İnceleme Planı

Çalışmamız girişi takip eden üç ana bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Mal rejimlerinin tasfiyesinin üçüncü kişilere etkisi isimli tez çalışması bölümlere ayrılırken, üçüncü kişinin, karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişi, saklı paylı mirasçı ya da alacaklı olması durumu esas alınarak tasniflendirme yapılmıştır. Bu nedenle bölüm başlıkları sırasıyla, “mal rejimlerinin tasfiyesinin karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere etkisi”, “mal rejimlerinin tasfiyesinin saklı paylı mirasçılara etkisi” ve “mal rejimlerinin tasfiyesinin alacaklılara etkisi” olarak belirlenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde mal rejiminin tasfiyesinin karşılıksız kazandırma veya devirlerden yararlanan üçüncü kişilere etkisi ele alınmıştır. Birinci bölümde mal rejimlerinin tasfiyesinin kazandırma veya devirlerden yararlanan üçüncü kişilere etkisi edinilmiş mallara katılma rejimi ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimi esas olmak üzere iki ana başlığa ayrılarak incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikli olarak TMK.m.229/f.2 uyarınca edinilmiş mallara katılma rejiminde mahkeme kararının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ve katılma alacağının üçüncü kişilerden talep edilmesi konuları tüm yönleriyle ele alınmaya çalışılmıştır. TMK.m.229/f.2 uyarınca mahkeme kararının kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle TMK.229 uyarınca eklenecek değerlerin hangi karşılıksız kazandırma veya devirlerden oluştuğu konuları ele alınmış, sonrasında karşılıksız kazandırma ve devirlerin eklenecek değer olarak hesaba katılmasının kazandırma ve devirden yararlanan üçüncü kişilere etkisi TMK.m.229/f.2 kapsamında değerlendirilmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin bu değerlendirmelerden sonra, borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden karşılanmayan katılma alacağının TMK.m.241 uyarınca üçüncü kişilerden talep edilebilmesinin koşulları, tarafları ve hukuki sonuçları ele alınmıştır. Birinci bölümde edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin açıklamalardan sonra, mal rejiminin tasfiyesinin kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere etkisinin paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde ne şekilde olduğu incelenmiştir.

İkinci bölümde mal rejimlerinin tasfiyesinin saklı paylı mirasçılara etkisi açıklanmıştır. Bu kapsamda, mal rejiminin tasfiyesinin saklı paylı mirasçılara etkisi edinilmiş mallara katılma rejimi ile mal ortaklığı rejiminde kanunda öngörülen hükümler çerçevesinde ele alındıktan sonra, iki rejime ilişkin hükümler çerçevesinde birbirinden farklı hususların neler olduğu tespit edilerek, bu hükümlere aykırı belirleme yapılması ve saklı payların zedelenmesi durumunda hukuki sonucun ne olacağı üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde ise, mal rejimlerinin tasfiyesinin alacaklılara etkisi ele alınmıştır. Mal rejiminin tasfiyesinin alacaklılara etkisi, mal rejiminin tasfiyesinde alacaklıların korunması ve olağanüstü mal rejimine geçilmesinin alacaklılar açısından etkisi olmak üzere iki ana başlıkta değerlendirilmiştir. Mal rejimine ilişkin hükümlerde değişiklik yapabilme hakkının amacı dışında kullanılması ihtimalini öngören kanun

koyucu, tarafların yapacakları mal rejimi sözleşmelerine karşı, Türk Medeni Kanunu m.213 hükmünde alacaklıların korunmasına ilişkin düzenleme öngörmüştür. Söz konusu hüküm uyarınca, alacaklıların korunmasına ilişkin düzenleme mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi halinde uygulama alanı bulabilecektir. “Mal rejiminin tasfiyesinin alacaklılara etkisi” başlığını taşıyan üçüncü bölümde, alacaklıların korunmasına ilişkin yasal düzenleme olan TMK.m.213 hükmü bu hükmün uygulama alanından biri olan mal rejiminin tasfiyesi ile sınırlı olmak üzere ele alınmıştır. Olağanüstü mal rejimine geçilmesine ilişkin yasal düzenlemelerden özellikle TMK.m.206/f.2, b.1’de yer alan “diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması”, TMK.m.209’da düzenlenen “mal ortaklığı rejiminde eşlerden birinin iflası durumunda olağanüstü mal rejimine geçiş” ve TMK.m.210’da yer alan “mal ortaklığına tâbi eşlerden birinin mallarının haczi durumunda olağanüstü mal rejimine geçiş” imkânının, eşler yanında eşlerin alacaklıları açısından da önem arz etmesi dolayısıyla bu düzenlemeler kapsamında olağanüstü mal rejimine geçilmesinin alacaklılara etkisi değerlendirilmiştir.

Çalışmanın sonuç kısmında ise yapılan incelemelere bağlı olarak tespit edilen önemli hususlar belirtilmiştir.

IV. Mal Rejimi Türleri ve Tasfiye Usulleri Hakkında Genel Bilgiler

A. Mal Rejimi Kavramı ve Türleri

Mal rejimi, “eşlerin evlilik birliğinden önce veya evlilik birliği devam ederken sahip oldukları malvarlıkları üzerindeki hak ve yükümlülüklerini, sorumluluklarını, eşlerin ölümü, boşanmaları, evliliğin iptali gibi evliliği sona erdiren sebeplerin ortaya çıkması halinde malvarlıklarının akıbetini düzenleyen kurallar bütünüdür”.¹⁰

¹⁰ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 5. bs. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 231; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 36; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katkı- Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar)*, 6. bs. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 55; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 183; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 217; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 14; Acabey, *Katılma Rejimi*, 3; Demet Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, 4. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 23; Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 84; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 5; Akipek Öcal, “Sona Erme”, 459; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt*, 24. Bası (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 143-144; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 6. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 123; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, *Medeni Hukuk*, 778; Mehmet Erdem, Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 261; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 331; H. Tolunay Ozanemre, Gamze Turan, “Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi”, içinde *Prof. Dr. Bilge Öztan’a*

Türk Medeni Kanunu hükümleri dikkate alındığında mal rejimlerini, yasal mal rejimi - sözleşmesel mal rejimi ve olağan mal rejimi - olağanüstü mal rejimi olarak sınıflandırmak mümkündür.

Türk Medeni Kanunu’nun ikinci kitabı olan “Aile Hukuku”nun, “Evlilik Hukuku” başlığını taşıyan birinci kısmının dördüncü bölümünde “Eşler Arasındaki Mal Rejimleri” düzenlenmiştir. Nişanlılar veya eşler, Türk Medeni Kanunu’nda sınırlı olarak öngörülen mal rejimi türlerinden birini serbestçe seçebilirler. Türk Medeni Kanunu’nda eşlere tâbi olacakları mal rejimini seçme imkânı tanınmış olmakla birlikte, herhangi bir mal rejimi seçme zorunluluğu getirilmemiştir. Eşlerin aralarında kanunda belirtilen mal rejimi türlerinden birinin uygulanmasına yönelik bir seçim yapmamaları halinde yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması öngörülmüştür (TMK.m.202/f.1).^{11, 12} Kanun koyucu yasal mal rejimi dışında, öngördüğü hak ve yükümlülükler açısından birbirinden farklılık gösteren seçimlik mal rejimlerine de yer vermiştir. Yasal mal rejimi dışında, kanunda sınırlı olarak belirlenen ve eşlerin akdedecekleri bir mal rejimi sözleşmesiyle aralarında uygulanmasını kararlaştırabilecekleri mal rejimlerine seçimlik mal rejimleri denir.¹³ Kanun’da

Armağan, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 1080; Ayşegül Kaya, *Mal Ortaklığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 16; Ayşe Karakimseli, *Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 7; Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki, Tanıma ve Tenfiz* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 7; Senar Çağırğan Tuncer, “Eşler Arasındaki Mal Rejimi ve Seçimlik Mal Rejimleri”, içinde *Medeni Hukuk II- Aile Hukuku*, ed. Metin İkizler, Özlem Tüzüner, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 245-246; Nermin Sakarya Güneş, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 17-18.

¹¹ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde yasal mal rejimi, mal ayrılığı rejimi idi (EMK.m.170). Edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabulünün fayda ve sakıncaları ile ilgili açıklamalar için bkz. Şükran Şıpka, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci ile Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar”, içinde *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007), 11-13.

¹² Kanun koyucu tarafların bir seçim yapmaması durumunda işlem hayatında güvenliği sağlamak üzere mal rejimlerinden birinin taraflar arasında geçerli olmasını benimsemiştir (Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 299; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 217). Ünal’a göre, eşler tarafından kanunda sayılan mal rejimlerinden biri seçilmediği takdirde yasal mal rejiminin uygulanacağını düzenlenmesi ve eşlere aralarında herhangi bir mal rejimi uygulanmamasının kararlaştırılması şeklinde bir imkân tanınmaması sözleşme özgürlüğü kısıtlaması olarak değerlendirilmelidir (Akin Ünal, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23/4 (2019): 123). Acar’ a göre de, özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, TMK.m.202 hükmünde eşlere sınırlı da olsa tanınmıştır (Acar, *Mal Rejimleri*, 127).

¹³ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 135; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, *Medeni Hukuk*, 784; Yılmaz, *Aile*, 332; Pınar Özlem Demir, “Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler

öngörülen seçimlik mal rejimleri mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleridir.¹⁴ Böylece eşler mal rejimi sözleşmesi ile mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birini seçebilirler. Ayrıca daha önce seçimlik mal rejimlerinden birini kabul etmiş olan eşler, yeni bir mal rejimi sözleşmesi ile aralarında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını kararlaştırırlarsa, edinilmiş mallara katılma rejimi de seçimlik bir mal rejimi niteliği taşır.¹⁵ Eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile evlilik birliğinin devamı süresince aralarında geçerli olacak mal rejiminin türünü belirleyebilir veya tâbi oldukları mevcut mal rejiminin türünü değiştirebilirler. Ancak taraflar bu belirlemeyi yaparken kanunda öngörülen mal rejimi türlerine bağlı kalmak zorundadırlar. Zira aile hukuku ilişkilerinde hakim olan sınırlı sayı (numerus clauses) prensibi mal rejimi sözleşmeleri için de geçerlidir.¹⁶

Uygulamada eşler genellikle bir mal rejimi sözleşmesi yaparak seçimlik mal rejimlerinden birini tercih etmediklerinden yasal mal rejimine tâbi olurlar.¹⁷ Bu nedenle,

Üniversitesi, 2005), 13. Acabey, seçimlik mal rejimi ifadesi yerine sözleşmesel rejim ifadesini kullanmıştır. Yazar, tarafların mal rejimi sözleşmesiyle veya evlendirme memuruna yazılı beyanla seçtikleri ve evlilikte tâbi olacakları rejimi iradi olarak belirledikleri hallerde sözleşmesel rejimden bahsedilebileceğini ifade etmiştir (Acabey, *Katılma Rejimi*, 17).

¹⁴ 743 sayılı EMK'ya göre seçimlik mal rejimleri mal ortaklığı ve mal birliği rejimleridir. EMK'dan farklı olarak TMK'da mal birliği rejimi bulunmamaktadır. Ayrıca, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nda bulunmayan ancak Türk hukukunda yer alan seçimlik bir mal rejimidir.

¹⁵ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 218; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 107.

¹⁶ Öztan, *Aile*, 232-233; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 12; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 16; Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 261; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 146; Ozanemre Yayla, Turan, "Mal Rejimi Sözleşmesi", 1080; Ersen Perçin, *Mal Rejimleri*, 61-62; Veysel Başpınar, "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", *AÜHFĐ*, 52/3 (2003): 87-88; Faruk Acar, "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı", içinde *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007), 65; M. Fadıl Yıldırım, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki", *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 243; Pakize Ezgi Akbulut, "Mal Rejimi Sözleşmesinin Niteliği ve Geçerlilik Şartları", *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 5. Gençcan'a göre, "mal rejimleri konusunda Türk Medeni Kanunu hükümlerinde kapalı sayı ilkesi geçerlidir" (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 107).

¹⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 45; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 146; Ayşe Karakimseli Sezgin, "Medeni Kanun Hükümleri Çerçevesinde Edinilmiş Mallara Katılma ve Mal Ortaklığı Rejimlerinin Alacaklılar Açısından Karşılaştırılması", *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 328; Acabey, "Medeni Kanun Tasarısı", 784; M. Beşir Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

eşler arasında seçimlik mal rejimlerinin uygulandığına nadiren rastlanmaktadır. Bu nedenle Türk hukukunda olağanüstü mal rejimi olarak uygulanan mal ayrılığı rejimi haricinde seçimlik mal rejimlerine ilişkin hükümler, uygulamada pek kullanılmayan düzenlemeler olarak kalmaktadır.¹⁸

Mal rejimi türleri açısından yapılan ikinci ayırım, olağan - olağanüstü mal rejimi ayırımıdır. Olağanüstü mal rejimi, TMK.m.206-212 arasında düzenlenmiştir. Doktrinde olağanüstü mal rejimi, evlilikte olağanüstü bir durumun ortaya çıkması ve bu sebeple eşlerden birinin veya alacaklılarının zarar görmesi halinde, eşler arasındaki mevcut mal rejimi yerine, haklı sebeple hâkim tarafından hükmedilen veya kanun gereği doğrudan yürürlüğe giren mal rejimi şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹ Mal rejimine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde olağan mal rejimleri teriminin kullanılmadığı görülmektedir. Ancak yasal düzenlemede yer alan olağanüstü mal rejimi ifadesinden olağan mal rejimlerinin varlığını çıkarmak mümkündür.²⁰ Söz konusu hükümler çerçevesinde olağanüstü mal rejimi mal ayrılığı rejimi; olağan mal rejimleri ise, edinilmiş mallara katılma rejimi, paylaşımlı mal ayrılığı rejimi, mal ortaklığı rejimi ile seçimlik mal rejimlerinden biri olarak uygulanan mal ayrılığı rejimidir. Böylece mal ayrılığı rejimi, seçimlik bir mal rejimi türü olarak uygulandığında olağan mal rejimi, kendiliğinden veya hâkim

Dergisi (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan), 9/Özel Sayı (2007): 491; Mehmet Demir, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı", *TBBD.*, 61 (2005): 293; Nazan Moroğlu, *Medeni Kanun'da Mal Rejimleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2002), 14. Uygulamada eşler malvarlığı konularında bir sözleşme ve seçim yapmamlarından dolayı yasal mal rejimine tâbi olmaktadır. Zira evlenecek olan kişiler başlangıçta mal sahibi olmadıkları için bunların geleceklerini ve bu malvarlığı değerlerine ilişkin hak ve yükümlülükleri başlangıçta düşünmezler. Ayrıca eşler mal rejimi sözleşmesinin noter önünde yapılması gereken hallerde masraf ve zaman kaybı olmaması açısından sözleşme yapmaktan kaçınmaktadırlar. Bkz. Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 55-56; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 184. Mal rejimi sözleşmesinin sayısal açıdan az olmasının nedenleri hakkında benzer açıklamalar için bkz. Gençcan, *Mal Rejimleri*, 135-137; Acabey, *Katılma Rejimi*, 19-21.

¹⁸ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 428. Doktrinde mal ayrılığı rejimi olağanüstü mal rejimi olması nedeniyle ayrı bir işleve sahip olması nedeniyle ayrı tutulacak olursa, seçimlik mal rejimlerine ilişkin hükümler yürürlükte olan, ancak uygulanmayan ölü hükümler olarak değerlendirilmektedir (Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 426; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 436).

¹⁹ Acabey, *Katılma Rejimi*, 18. Benzer yönde bkz. Çağırğan Tuncer, "Mal Rejimi", 247.

²⁰ İsmail Atamulu, "Türk Medeni Kanunu'nda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V/1-2 (2010): 156; İsmail Atamulu, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Olağanüstü Mal Rejimine Geçişle Sona Ermesi", *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 521.

kararıyla evlilik birliğini koruyucu bir tedbir olarak uygulandığında ise olağanüstü mal rejimidir.²¹

Mal ayrılığı rejiminin olağanüstü mal rejimi olarak uygulanabilmesi için, eşlerin olağanüstü mal rejimine geçmeden önce aralarında edinilmiş mallara katılma, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birinin uygulanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle olağanüstü mal rejimi, yasal mal rejimi ile mal ayrılığı dışındaki diğer seçimlik mal rejimlerinin varlığı durumunda gündeme gelmektedir.²² Zira eşler arasında seçimlik mal rejimlerinden mal ayrılığı rejimi uygulanmakta ise, bu uygulanan rejim ile olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı rejiminde uygulanacak hükümler arasında fark olmayacağı için, bu olasılıkta olağanüstü mal rejimine geçiş gerek bulunmamaktadır.²³

B. Mal Rejiminin Tasfiyesi Kavramı ve Mal Rejimi Türlerine Göre Tasfiye Usulleri

1. Genel Olarak

Mal rejiminin tasfiyesi kavramı genel hatları ile, mal rejimi sona erdiğinde eşlerin mal rejiminden kaynaklanan haklarının belirlenebilmesi için kanunda öngörülen tespitlerin ve hesaplamaların yapılması olarak tanımlanabilir. Mal rejiminin tasfiyesi teknik olarak yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi ve seçimlik mal rejimleri olan paylaşmalı mal ayrılığı ile mal ortaklığı rejimlerinde gündeme gelir. Zira seçimlik mal rejimi olan mal ayrılığı rejiminde evlilik birliği sona erdiğinde eşler arasında hiçbir paylaşım yapılmamaktadır.²⁴ Bu durumda da mal ayrılığı rejiminin tasfiyesi ve bu rejimin tasfiyesinin üçüncü kişilere herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Mal rejiminin tasfiye usulü, eşler arasında geçerli olan mal rejimi türüne göre değişiklikler göstermektedir. Mal rejiminin tasfiyesinin üçüncü kişilere etkisi ele alınmadan önce giriş kısmında mal rejimi türlerine göre tasfiyenin nasıl

²¹ Atamulu, “Sona Erme”, 521-522.

²² Zeytin, *Katılma Rejimi*, 63; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 4. bs. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 249; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 138; Acabey, *Katılma Rejimi*, 28; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 27; Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 264; Yılmaz, *Aile*, 338; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 159; Atamulu, “Sona Erme”, 523.

²³ Acabey, *Katılma Rejimi*, 28; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 26, dñn. 5; Acar, *Mal Rejimleri*, 173, dñn. 497; Yılmaz, *Aile*, 338; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 159; Atamulu, “Sona Erme”, 523; Çağırğan Tuncer, “Mal Rejimi”, 252.

²⁴ Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9/99 (Kasım 2014): 32.

gerçekleştirileceğinden bahsedilmesinin faydalı olacağı düşünülerek tasfiye usulleri kısaca açıklanmıştır.

2. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi

Eşler arasında geçerli olan mal rejiminin kanunda öngörülen sebeplerden biriyle sona ermesi durumunda tasfiye talep edilebilir. Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerden birinin ölümü, başka bir mal rejimine geçilmesi, evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sona erdirilmesi veya mahkemece olağanüstü mal rejimine (mal ayrılığına) geçilmesine karar verilmesi hallerinde sona erer. Eşler arasındaki mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi halinde edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme anı ölüm anıdır. Başka bir mal rejiminin kabul edilmesi sebebiyle edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi durumunda buna ilişkin mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı tarih sona erme anı bakımından esas alınır. Evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sona erdirilmesi veya mahkemece olağanüstü mal rejimine (mal ayrılığına) geçilmesine karar verilmesi durumunda ise eşler arasında geçerli olan edinilmiş mallara katılma rejimi dava tarihi itibarıyla sona erer (TMK.m.225). Mal rejiminin m.225 hükmünde belirtilen sebeplerden biri ile sona ermesi durumunda mal rejiminin tasfiyesi gündeme gelir.²⁵ Ancak mal rejiminin tasfiyesinin gerçekleştirilebilmesi için eşlerden birinin veya mirasçılarının bu yönde talepte bulunması gerekir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejiminin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde tespit edilecek artık değer yarısı oranında diğer eşe artık değere katılma alacağı hakkı tanımaktadır. Eşler arasında mal rejimi devam ettiği sürece, eşlerin artık değer miktarı ve eşlerden hangisinin katılma alacağına sahip olduğu belli değildir. Doktrindeki bir görüşe göre, eşler, edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı süresince, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi ve yapılacak tasfiye sonunda belirlenecek katılma alacağına yönelik, beklenen hak niteliği taşımayan, ileride doğması muhtemel katılma alacağına ilişkin sadece bir beklentiye sahip olurlar.²⁶ Mal rejiminin

²⁵ Yarg. 8. HD., T. 24.11.2016, E. 2016/20571, K. 2016/15992 “Eşler arasında mal rejiminin tasfiyesinin gerçekleşmesi aralarında devam eden mal rejiminin sona ermesine bağlıdır. Başka bir anlatımla mal rejimi sona ermeden alacak muaccel olmayacağından mal rejiminin tasfiyesi istenemez” (Lexpera).

²⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 389; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 283; Acar, *Mal Rejimleri*, 365; Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 314; Acabey, *Katılma Rejimi*, 67; Mehmet Şengül, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, VII/3-4 (2012): 70-71; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 39-40; Tak

sona ermesi ile birlikte beklenti, katılma alacağına dönüşür.²⁷ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı sırasında katılma alacağı beklenen hak niteliğindedir.²⁸ Mal rejiminin sona ermesi ile söz konusu beklenen hak, alacak hakkına dönüşmektedir.²⁹ Doktrindeki bazı yazarlar ise bu durumu belirtmek üzere “beklemece hak” ifadesini kullanmışlardır.³⁰

Türk Medeni Kanunu m.225 hükmünde yer alan mal rejimini sona erdiren olayların gerçekleşmesi üzerine, eşlerin katılma alacağı talep edilebilir hale gelir. Mal rejiminin sona ermesi ile eşlerden biri lehine doğan katılma alacağının derhal ifasının istenebilmesi mümkün değildir. Zira mal rejiminin sona erme anında eşler açısından katılma alacağının miktarı bilinmemektedir. Katılma alacağının belirlenebilmesi için mal rejiminin tasfiyesinin yapılması zorunludur.³¹ Bu amaçla, katılma alacağının

Ayduman, *Sona Erme*, 110; Şükran Şıpka, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde, Eklenicecek Değerler (TMK.m.229)”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 138. Eşlerin mal rejiminin sona ermeden önceki dönemde katılma alacağına yönelik beklenen hakları dahi olmayıp, sadece ümitleri bulunduğu yönündeki açıklama için bkz. Murat Doğan, Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Niteliği”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 284.

²⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 389; Acar, *Mal Rejimleri*, 365. Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme anı ile tasfiye aşaması arasında katılma alacağı beklenen hak niteliği taşımaktadır (Doğan, Köroğlu, “Katılma Alacağı”, 284).

²⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 215, N. 17; Art. 204, N. 11; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 100; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 196; Şıpka, “Eklenicecek Değerler”, 129; Acabey, “İspat Kuralları”, 493; Miray Özer Deniz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 35; Şükran Şıpka, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, içinde *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 842; Gökçen Topuz, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2011): 104; Muzaffer Şeker, “Eşler arasındaki Borçlar ve İcra Takibi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 66 (Haziran 2008): 1913; Muzaffer Şeker, *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 47-48; İpek Betül Aldemir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 69.

²⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 204, N. 11; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 100; Şıpka, “Zamanaşımı”, 843; Topuz, “Malvarlığının Haczi”, 105. Aldemir’e göre “mal rejiminin sona ermesi ile değil, tasfiyenin tamamlanması ile katılma alacağı hakkı tam hakka dönüşür” (Aldemir, *Taraf İradeleri*, 69-70).

³⁰ Zafer Zeytin, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir Mi?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2/8 (Nisan 2007): 15; Topuz, “Malvarlığının Haczi”, 105.

³¹ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 161; Ferhat Kayış, “Eşlerden Birinin Ölümünün Boşanma Davasına, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine ve Miras Hakkına Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 67 (Mart 2012): 20, dñn. 57. Mal rejiminin tasfiyesinin eşin katılma alacağını belirleme amacı taşıdığı yönündeki açıklamalar için bkz. Nil Karabağ Bulut, “Eşlerden Yalnız Birinin Kişisel

miktının belirlenebilmesi için Kanun'da öngörülen tespitlerin ve hesaplamaların yapılması gerekmektedir. Bu işlemler TMK.m.225 vd. hükümlerinde “tasfiye” veya “mal rejiminin tasfiyesi” olarak isimlendirilmiştir.³² Diğer bir ifadeyle mal rejiminin tasfiyesi, eşlerden her birinin artık değerinin hesaplanması ve buna bağlı olarak alacaklı eşin katılma alacağı miktarının tespit edilmesine yönelik bir faaliyettir. Böylece, katılma alacağının talep edilmesinin ön koşulu, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin gerçekleştirilmesidir.³³ Tasfiye, kural olarak eşlerin anlaşması çerçevesinde yapılır. Ancak eşler tasfiye konusunda anlaşamazlarsa, tasfiye dava yoluyla gerçekleştirilir.³⁴

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin nasıl gerçekleştirileceği TMK.m.225 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde tasfiye sırasında takip edilecek aşamalar belirtilmiştir. Bu aşamaların sırasıyla gerçekleştirilmesi ile mal rejiminin tasfiyesi tamamlanmaktadır.

Tasfiyede öncelikli olarak eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları birbirinden ayrılır (TMK.m.228/f.1). Edinilmiş ve kişisel mal ayrımı, mal rejiminin tasfiyesi bakımından önem arz etmektedir. Zira eşlerden birisine ait olan mal edinilmiş mal niteliğinde ise tasfiyede dikkate alınacak, kişisel mal niteliğinde ise tasfiye dışı bırakılacaktır.³⁵ Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malvarlıkları arasında öncelikle dikey bir ayrım söz konusu olup, eşlerin malvarlığı, kocanın malvarlığı ve kadının malvarlığı olmak üzere ikili ayrımdan oluşmaktadır. Ayrıca bu mal rejiminde

Kullanımına Yarayan Eşyanın Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesindeki Rolü”, *BÜHFD Özel Sayısı* (Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan), 11/145-146 (Eylül Ekim 2016): 820.

³² Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 103. Tasfiye anlaşmasının geçerliliği açısından kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı için, borçlar hukukunun sözleşmelerle ilgili genel hükümlerinin uygulanacağı yönünde açıklamalar için bkz. Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 105; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 431; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 18, dpn. 17.

³³ Şıpka, “Zamanaşımı”, 839; Özer Deniz, *Tasfiye*, 35.

³⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 103; Şıpka, “Zamanaşımı”, 840; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 18; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 431; Yılmaz, *Aile*, 377; Ersen Perçin, *Mal Rejimleri*, 48; Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 288; Murat Doğan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı”, içinde *Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*, I. Cilt, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 159; Mustafa Batuhan Yıldız, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 60; Sinan Sami Akkurt, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi”, içinde *Medeni Hukuk II- Aile Hukuku*, ed. Metin İkişler, Özlem Tüzüner, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 297.

³⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 226; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 114; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 132; Aytuğ Ceyhan Çakır, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 143; Şeker, *Katılma Rejimi*, 42; Karabağ Bulut, “Tasfiye”, 800; Banu Fatma Günarslan, “Değer Artış Payı Alacağının Artık Değer Hesabına Etkisi”, *ERÜHFD.*, X/1 (2015): 11; Akkurt, “Katılma Rejimi”, 283.

yatay bir ayırım söz konusu olup, her bir eşin malvarlığı değerleri de kendi içerisinde edinilmiş mal - kişisel mal ayırımına tâbidir.³⁶ Böylece edinilmiş mallara katılma rejiminde kadının edinilmiş malları, kadının kişisel malları, kocanın edinilmiş malları ve kocanın kişisel malları olmak üzere dört grup mal kesimi bulunmaktadır.³⁷

Edinilmiş mallar, TMK.m.219/f.1’de “her eşin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olarak” tanımlanmış ve hükmün ikinci fıkrasında beş bent halinde edinilmiş malların nelerden oluşacağına yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca “Eşlerin çalışmasının karşılığı olan edinimler, 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 malların gelirleri ve edinilmiş malların yerine geçen değerler” edinilmiş malları oluşturmaktadır. Ancak edinilmiş mallar kanunda beş bent olarak sayılan malvarlığı değerleri ile sınırlı değildir. Zira edinilmiş malların gelirleri de edinilmiş mal olduğu gibi, şeref ve haysiyetin ihlali veya eşlerin adının gasbı nedeniyle ödenen tazminatlar gibi bazı tazminatlar da edinilmiş mal sayılmaktadır.³⁸ Kişisel mallar, kanun veya sözleşmeden doğabilir. Kanun gereği kişisel mallar TMK.m.220 hükmünde dört bent halinde sayılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, “eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevi tazminat alacakları ve kişisel malların yerine geçen değerler” kişisel malları oluşturmaktadır. Ayrıca eşler, TMK.m.221 uyarınca “yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti için tahsis ettikleri edinilmiş mallarına dahil malvarlığı değerlerinin ve edinilmiş mallara dahil olan kişisel malların gelirlerinin kişisel mal sayılacağını” kararlaştırabilirler.

Türk Medeni Kanunu m.223/f.1 hükmüne göre, “*Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir*”. Söz konusu hüküm uyarınca,

³⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 222-223. “Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde önce dikey, sonra yatay olmak üzere çift taraflı bir tasfiye söz konusu olmaktadır” (Kayış, “Miras Hakkı”, 22).

³⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 132-133; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 113; Şeker, *Katılma Rejimi*, 41; Akipek Öcal, “Sona Erme”, 461; Akkurt, “Katılma Rejimi”, 298-299.

³⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 225.

eşlerden her biri diğerinin rızasına gerek olmaksızın kişisel malları ile edinilmiş mallarını dilediği gibi yönetebilir, kendi mülkiyetinde olan mallardan dilediği gibi yararlanabilir ve bu mallar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir.³⁹

Türk Medeni Kanunu m.228/f.1'e göre, "*Eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılır*". Eşlerin mallarının kişisel mal veya edinilmiş mal olarak ayrılması ve devamında eşlerin artık değer hesapları her iki eş açısından ayrı ayrı yapılır.⁴⁰ Her bir eşin kişisel malları, edinilmiş mallardan ayrıldıktan sonra, artık değer hesabında, edinilmiş mallara ilişkin borçlar, aktif değerlerden düşülür. 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*". Artık değer hesaplanırken aktifler hanesinde öncelikli olarak edinilmiş mallar tasfiye anındaki sürüm değerleri ile hesaba katılırlar (TMK.m.232, m.235/f.1). Ayrıca ilgili eşin mevcut edinilmiş mallarına m.229 hükmünde belirtilen malvarlığı değerleri kâğıt üzerinde eklenir. Bu değerler diğer eşin yaptığı bazı karşılıksız kazandırma veya devirlerden oluşur ve söz konusu değerlere "eklenecek değerler" denir. Artık değeri hesaplanan eşin kişisel mallarına ilişkin bir borcu edinilmiş mallarından ödenmiş veya aynı eşin kişisel mallarının edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yönelik harcamalar edinilmiş mallarından karşılanmışsa, bu miktar da eşin artık değer hesabının aktifinde denkleştirme alacağı olarak yer alır (TMK.m.230/f.1, f.3).⁴¹ Buna karşılık, aynı eşin edinilmiş mallarına ilişkin bir borcu

³⁹ Eşlerin tek başlarına sahip oldukları malvarlığı değerlerini mal rejimi devamı süresince yasal sınırlar içerisinde özgürce kullanabilmeleri açısından edinilmiş mallara katılma rejimi mal ayrılığı rejimine benzer. Bkz. Şıpka, *Katılma Rejimi*, 127; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 317; Banu Fatma Günarslan, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 27-28; Senar Çağırğan Tuncer, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Malvarlıkları Üzerinde Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf Yetkileri", *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 438; Tahir Büyüktanır, "Türk Medeni Kanunu'nda Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi*, 1 (2002): 108.

⁴⁰ Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 104; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 109-110; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 143; Acar, *Mal Rejimleri*, 310. Artık değere katılma alacağının nasıl hesaplanacağına ilişkin açıklamalar için bkz. Şıpka, *Katılma Rejimi*, 265.

⁴¹ Denkleştirme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sinan Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Kişisel Mallar ile Edinilmiş Mallar Arasında Denkleştirme (TMK.m.230)", *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 563-607; Gökhan Şahan, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Denkleştirme (TMK. Md. 230)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/1 (2018): 71-99; Ayşe Ledün Akdeniz, "Edinilmiş Mallara

kişisel mallarından ödenmiş veya edinilmiş bir malın edinilmesi, iyileştirilmesi ya da korunmasına yönelik harcamalar kişisel mallarından karşılanmışsa, söz konusu denkleştirme alacağı, edinilmiş mallara ilişkin bir borç teşkil ederek o eşin artık değer hesabının pasifinde dikkate alınır.⁴²

Artık değeri hesaplanan eş, diğer eşe ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç veya uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, bu malda ortaya çıkan değer artışı için de bir değer artış payı alacağına sahip olur (TMK.m.227).⁴³ Değer artış payının artık değer (dolayısıyla katılma alacağı) hesabına etkisi, yapılan katkının yönüne göre değişmektedir. Zira bir eşin kişisel mallarından diğer eşin kişisel mallarına yönelik bir katkı söz konusu ise değer artış payı alacağı katkıda bulunan eşin kişisel malları içerisinde yer alacağı için, artık değer hesabında dikkate alınmaz. Buna karşılık bir eşin kişisel mallarından diğer eşin edinilmiş mallarına yönelik bir katkı söz konusu ise, değer artış payı alacağı katkıda bulunan eşin artık değeri hesaplanırken pasifleri arasında yer alır. Eşin edinilmiş mallarından diğer eşin kişisel mallarına yönelik bir katkı söz konusu ise değer artış payı alacağı katkıda bulunan eşin artık değer hesabının aktifinde dikkate alınır. Katkının bir eşin edinilmiş mallarından diğer eşin edinilmiş mallarına yapılması durumunda da değer artış payı alacağı yine katkıda bulunan eşin artık değer hesabında aktifler arasında hesaplamaaya dahil edilir.⁴⁴

Artık değer hesabının pasifini edinilmiş mallara ilişkin borçlar

Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Malların Denkleştirilmesi”, içinde *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, (İstanbul: Der Yayınları, 2015), 1-20; M. Demir, “Denkleştirme”, 292-303.

⁴² Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 245-246; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 112; Acar, *Mal Rejimleri*, 363; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 145.

⁴³ Değer artış payı alacağı ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, “Katkı Katılma Alacağı”, içinde *Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Şubat 2016, I. Cilt*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 107-156; Hayrunnisa Özdemir, “Türkiye’de Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 73-109; Zafer Zeytin, “Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 10/36 (Bahar 2011): 299-317; Günarslan, *Değer Artış Payı*, 54 vd.; M. Demir, “Denkleştirme”, 292-303.

⁴⁴ Değer artış payı alacağının katılma alacağı hesabına etkisi bakımından söz konusu olan ihtimallerle ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 242-243; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 120-122; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 280-282; Tak Ayduvan, *Sona Erme*, 78-82; Cem Baygın, “Değer Artış Payı Alacağı İle Katılma Alacağı Arasındaki İlişki”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 120-122; Yılmaz, *Aile*, 393-397.

(TMK.m.230/f.2), kişisel mallardan edinilmiş mallara giden malvarlığı değerleri (kişisel mallar lehine denkleştirme alacağı, TMK.m.230/f.1 ve f.3) ve duruma göre değer artış payı borcu (TMK.m.227/f.1) oluşturur. Söz konusu hesaplamalar sonucu ortaya çıkan aktif değerler toplamından pasiflerin çıkarılması ile her bir eşin artık değeri tespit edilmekte ve eşler veya mirasçıları kural olarak artık değerlerin yarısı üzerinde hak sahibi olmaktadır (TMK.m.236/f.1). Eşlerden her ikisinin artık değerlerinin hesaplanması sonucunda her birinin artık değerinin kural olarak yarısı üzerinde diğerinin sahip olduğu alacak hakkı, artık değere katılma alacağıdır.⁴⁵ TMK.m.236/f.1 hükmüne göre artık değer alacakları kanun gereği takas edilmekte⁴⁶ ve takas sonucunda

⁴⁵ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 379; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 146; Özgür Güvenç, Ayşe Nur Merve Yazıcı, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejiminin Kabulü ile Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Geçerliliği”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXV/4 (2021): 128. Bazı yazarlar, eşlerden her birinin, diğer eşin edinilmiş mallarının artık değeri üzerinde 1/2 oranında sahip olduğu alacağı, “artık değer alacağı” olarak ifade etmiştir. Bkz. Acabey, *Katılma Rejimi*, 174-175; Özer Deniz, *Tasfiye*, 92. Söz konusu alacak, bazı yazarlar tarafından katılma alacağı olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Öztan, *Aile*, 299; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 173; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 144; Kılıçoğlu, “Katki”, 128; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 114; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 713-714; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 266; Günarslan, *Değer Artış Payı*, 54; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 110; Mehmet Altunkaya, “Katılma Alacağının İfası”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 392; Akkurt, “Katılma Rejimi”, 276. Ancak kanaatimizce, eşlerden her birinin, diğer eşin edinilmiş mallarının artık değeri üzerinde 1/2 oranında sahip olduğu alacağı, “katılma alacağı” olarak nitelendirmek yanlıştır. Zira artık değer yarısına katılma sonucu ortaya çıkan alacak eşlerin artık değer alacaklarını, bu alacakların takası sonucunda eşlerden biri lehine ortaya çıkan alacak ise katılma alacağını ifade etmektedir. Aynı yönde görüş için bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 379; Acabey, *Katılma Rejimi*, 175; Özer Deniz, *Tasfiye*, 92.

⁴⁶ TMK.m.236/f.1, c.2 gereği artık değer alacaklarının takasının re’sen yapılması gerekmektedir (Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 250; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 379-380; Öztan, *Aile*, 301; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 151; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 110; Kayış, “Miras Hakkı”, 23; ZGB.Art.215/Abs. 2 hükmüne ilişkin benzer açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 215, N. 13). Doktrindeki bazı yazarlara göre, TMK.m.236 hükmünün lafzı gereği eşlerin birbirlerinden olan karşılıklı alacakları kendiliğinden takas edilecektir. Borçlar Kanunu’nda takasın hükümlerinin düzenlendiği TBK.m.143 hükmüne göre, takas ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Ancak TMK.m.236/f.1 hükmü TBK hükümleri karşısında özel hüküm niteliğinde olup, eşlerin artık değere katılma alacakları bir eşin takas iradesini açıklamasına gerek olmaksızın kendiliğinden takas edilir ve hâkim tasfiye sırasında bu durumu re’sen dikkate alır (Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 150-151; Öztan, *Aile*, 301; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 175-176; Acar, *Mal Rejimleri*, 394; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 267-268; Doğan, Köroğlu, “Katılma Alacağı”, 291-292; Yılmaz, *Aile*, 415; Özer Deniz, *Tasfiye*, 93; Günarslan, *Değer Artış Payı*, 54; Elif Sonsuzoğlu, *Medeni Kanun’da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006), 48-49). Ancak uygulamada takasın yapılabilmesi için, en azından bu konuda davalı tarafından, davacıdan ne istendiğinin savunma olarak getirilmesi gerekmektedir. Bu yönde bir talep olmadan mahkeme kendiliğinden takas işlemi yapılamamaktadır (Ayça Özdoğan, “Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Yargıtay Uygulamaları”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 168; İhsan Makas, *Eşler Arasındaki Mal Rejimi Davalarında Yargıtay Uygulaması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 181). Şıpka’ya göre, artık değer alacaklarının kanun gereği takas edilmesi, çift taraflı tasfiye söz konusu olduğunda mümkündür. Davalı eş veya mirasçılarının karşı tasfiye talebi söz konusu olmadan hâkim re’sen artık

eşlerden sadece biri lehine katılma alacağı hakkı belirlenmektedir.⁴⁷

Türk Medeni Kanunu m.239/f.1 hükmüne göre, katılma alacağı ayın veya para olarak ödenebilir. Söz konusu hüküm uyarınca, borçlu eşe, borcunu nakdi olarak ifa etme yerine, ayın olarak da ifa edebilme imkânı verilmiştir.⁴⁸ Kanun'da yer alan bu düzenlemeyle, aynı ifayı teklif etme yetkisinin sadece borçluya ait olduğu, alacaklı eşe, alacağının nakdi olarak değil de ayın olarak verilmesini talep etme imkânı verilmediği doktrinde kabul edilmektedir.⁴⁹

değer alacaklarını takas edemez (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 268). Özüğür'un da belirttiği üzere, davalı eş, harcı vererek açtığı bağımsız bir dava veya karşı dava ile katılma alacağını talep etmemiş veya esasa cevap süresi içerisinde def'i olarak takas ve mahsup talebinde bulunmamış ise takas söz konusu olmayacaktır (Özüğür, *Mal Rejimleri*, 80). Makas'a göre, takas, davalı tarafça aynı dava içerisinde def'i olarak ileri sürülebileceği gibi, cevap süresi içerisinde harcı yatırılıp karşı dava açılarak veya ayrı bir dava açıp birleştirilmek suretiyle de gerçekleştirilebilir (Makas, *Mal Rejimi*, 181). Türk hukuku uygulamasında takasın yapılabilmesi için harcı verilerek açılmış bir karşı tasfiye talebi olmalıdır (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 268). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1986 yılında verdiği bir kararında takasın def'i olarak ileri sürülmesini yeterli bulup, takas konusu alacağın harçlandırılmış olması koşulunu aramamış olsa da (Yarg. 4. HD., T. 01.04.1986, E. 1986/2277, K. 1986/2886), Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2010 yılında "takasın olabilmesi için en azından yöntemine uygun biçimde harcı yatırılmak suretiyle bir isteğin olması ve bu isteğe bağlı olarak belirlenmiş ve kanıtlanmış bir alacağın bulunması gerekir" şeklinde karar vermiştir (Yarg. 8. HD., T. 27.04.2010, E. 2010/953, K. 2010/2148). Ancak Yargıtay sonraki tarihli verdiği kararlarda karşılıklı alacakların takas edilebilmesi için karşı dava açılmasına gerek olmadığına, harçsız dava açılmaz kuralına takılmadan takas def'inin değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bu yöndeki karar için bkz. Yarg. 8. HD., T. 06.11.2014, E. 2014/19863, K. 2014/20358 (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası). Kılıçoğlu'na göre, takasın bir def'i olarak ileri sürülmesi gerekmediği için, harçlandırılması zorunlu değildir (Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 152).

⁴⁷ Doktrinde bir görüşe göre, kanun hükmünde her ne kadar "takas" ifadesi kullanılmış olsa da, burada hukuk tekniği açısından ne takas ne de mahsup işlemi vardır. Yazarlara göre burada söz konusu olan "hesap artığı teorisi uygulaması"dır (Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 250-251; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 380; Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 313).

⁴⁸ Bu hüküm, Borçlar Hukuku'ndaki borçlunun borcunu ifasına ilişkin genel kurallara yabancı bir hükmüdür. Zira burada bir tür ifa yerini tutan edim söz konusudur. Bkz. Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 254; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 145; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 246; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 149; Özer Deniz, *Tasfiye*, 99; Yıldız, "Tasfiye", 117. Acar'a göre ise, "burada ifa yerine edim için gerekli olan sonradan tarafların karşılıklı anlaşması yoktur. Burada anlaşma olmaksızın borçlu eş lehine tek taraflı ifa yerine edimde bulunma söz konusudur". Yazara göre, "kanun koyucu borçlu eşe asıl borç olan para borcu yerine ayın olarak ödeme yetkisi verdiği için, bu imkân seçimlik yetki olarak nitelendirilmelidir" (Acar, *Mal Rejimleri*, 372-373).

⁴⁹ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 254; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 145; Şeker, *Katılma Rejimi*, 53-54; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 254; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 132; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 314-315; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 413; Doğan, Köroğlu, "Katılma Alacağı", 290; Sonsuzoğlu, *Vergi Hukuku*, 49; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 124; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 27; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 126; Muzaffer Şeker, "Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri", içinde *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007), 142; Tuğçe Tuzcuoğlu, Serenat Baytan; "Yasal Mal Rejiminde Borcun Muaacceliyeti ve İfası", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Erhan Adal'a Armağan), VIII/2 (2011), IX/1 (2012): 929; Bahar Önçek, "Boşanmaya Bağlı Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiye Kuralları" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), 72; Yaşar Şahin Anıl,

Edinilmiş mallara katılma rejiminde kural olarak bir ayni paylaşım yoktur. Diğer bir ifadeyle bir eşin mülkiyetinden diğer eşe bir pay vermesi söz konusu değildir.⁵⁰ Yapılan hesaplamalar sonucunda bir artık değer oluşursa nakdi paylaşım söz konusu olur.⁵¹ Böylece mal rejimi tasfiyesi sonucunda katılma alacaklısı eşe tasfiyeye dahil malvarlığı değerleri üzerinde yalnızca alacak hakkı tanınmaktadır.⁵²

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Tasfiyesi

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi⁵³, Türk Medeni Kanunu Taslağı'nın ilk halinde yer alması ve TBMM Adalet Komisyonu tarafından yasal mal rejimi olarak kabul edilmesine rağmen, taslağın tasarıya dönüşmesi aşamasında seçimlik mal rejimleri arasına alınmıştır.⁵⁴ Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde tasfiye kolaylığı sağlanması amaçlanmıştır.⁵⁵ Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, kural olarak mal ayrılığına

Yonca Taner, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011), 162. Kılıçoğlu'na göre söz konusu hüküm, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlere tanınan hakkın şahsi hak olduğuna ilişkin ilkeye istisna getirmemektedir. Zira bu düzenleme, alacaklı eşe alacağını ayın olarak talep etme hakkını vermemekte, sadece borçlu eşe ödeme kolaylığı getirmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 254-255; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 145. Aynı yönde açıklama için bkz. Tuzcuoğlu, Baytan, "İfa", 929.

⁵⁰ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 712; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 21.

⁵¹ Acabey'e göre, malların ayni paylaşımı yerine, değerleri üzerinden nakdi paylaşım yapılması isabetli değildir. Yazara göre, ülkemizdeki davalar çok uzun sürmekte olup, mal rejiminin tasfiyesinde dava ve icra aşamaları uzun zaman almaktadır. Bu nedenle alacaklı eş alacağını elde ettiğinde enflasyon nedeniyle elde edeceği miktar bir değer ifade etmeyecektir (Acabey, "Medeni Kanun Tasarısı", 786-787).

⁵² Tak Ayduman, *Sona Erme*, 110; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 21; Günarslan, *Değer Artış Payı*, 36; M. Beşir Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler", içinde *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)-Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007), 19; Anıl, Taner, *Mal Rejimleri*, 107. Edinilmiş mallara katılma rejiminin temelinde mal ayrılığı rejimi yatmakta olup, edinilmiş mallara katılma rejimini mal ayrılığı rejiminden ayıran özellik, tasfiye sonucunda eşlerin malvarlığı değerleri üzerinde diğer eşin alacak hakkına sahip olmasıdır. Bu özellik, yasal mal rejiminin bir tasfiye rejimi olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır (Zeytin, "Haciz", 14). Mal rejiminin devamı sırasında edinilmiş mallara katılma rejiminin mal ayrılığı rejiminden farkı bulunmamakta, iki rejim arasındaki fark mal rejiminin sona ermesinde ortaya çıkmaktadır. Bkz. Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 52; Acabey, "İspat Kuralları", 492.

⁵³ Dönemin Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk'e göre, edinilmiş mallara katılma rejimi ile paylaşmalı mal ayrılığı rejimi birbirine benzeyen rejimlerdir. Hatta paylaşmalı mal ayrılığı rejimi dar ölçekli edinilmiş mallara katılma rejimidir. Bkz. Adalet Bakanlığı, *Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun* (Ankara: Ankara Açık Cezaevi Matbaası, 2002), 585.

⁵⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 428.

⁵⁵ Akıntürk, Ateş, *Aile*, 181; Acar, *Mal Rejimleri*, 410; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile*, 262; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 428; Oğuz Sadık Aydos, "Paylaşmalı Mal Ayrılığında Tasfiye", *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 487. Dural/Öğüz/Gümüş'e göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, gerek eşlerin malvarlıklarında edinilmiş mal - kişisel mal ayrımı yapılmayarak gerekse tasfiyenin ayın olarak yapılmasını öngörerek ve tasfiyeden doğan bir takım ek alacak haklarını hakkaniyet ölçüsüne bağlayarak tasfiye kolaylığı

dayanmaktadır.⁵⁶ Buna karşın rejimin sona ermesi ile bazı malların eşler arasında ayın olarak paylaşılması kabul edilmiştir. Bu yönüyle paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimi ile mal ayrılığı rejiminin unsurlarını içeren karma nitelikte bir rejimdir.⁵⁷

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona erme anı, edinilmiş mallara katılma rejiminde sona erme anı ile aynı şekilde belirlenmiştir. Bu bakımdan TMK.m.247 hükmü, TMK.m.225 hükmünün tekrarı niteliğindedir. TMK.m.247 hükmüne göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, ölüm veya başka bir mal rejiminin kabul anı, sona ermede dikkate alınırken, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesi veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi durumunda, dava tarihinden geçerli olmak üzere mal rejimi sona erer.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi, eşlerin malvarlıkları arasında dikey bir ayrım söz konusu olup, eşlerin malvarlığı kocanın malvarlığı ve kadının malvarlığı olmak üzere ikili ayırmadan oluşmaktadır.⁵⁸ Ancak bu mal rejiminde edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi yatay bir ayrım yapılmaz. Diğer bir ifadeyle bu rejimde edinilmiş mal - kişisel mal ayrımı söz konusu değildir.⁵⁹ Zira paylaşmalı mal ayrılığı rejimi temelde mal ayrılığı rejimine dayandığı için, ayrım olarak eşler esas alınmıştır.⁶⁰

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde “paylaştırmaya tâbi mallar” ve “paylaştırma dışı mallar” şeklinde ikili bir ayrım söz konusudur. Paylaştırma konusu mallar, edinilmiş mallara katılma rejiminde edinilmiş mal kesimine giren mallardır. Ancak paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, edinilmiş malların tamamı değil, sadece TMK.m.250 hükmünde belirtilen nitelikteki edinilmiş mallar paylaşma konusu olmaktadır.⁶¹

sağlamayı hedeflemiştir. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 418. Aynı yönde bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 428).

⁵⁶ Öztan, *Aile*, 314; Acar, *Mal Rejimleri*, 410; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 182; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 428.

⁵⁷ Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, *Mal Rejiminde Eklenecak Değerler ve Üçüncü Kişilerin Sorumlulukları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 169.

⁵⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 263; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 429; Acar, *Mal Rejimleri*, 410-411; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 155.

⁵⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 418; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 429; Acar, *Mal Rejimleri*, 411.

⁶⁰ Öztan, *Aile*, 314; Acar, *Mal Rejimleri*, 411.

⁶¹ Akıntürk, Ateş, *Aile*, 184; Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 33. Gençcan’a göre ise, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi total edinilmiş mallara katılma rejimidir. Zira, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, rejimin kurulmasından sonra edinilmiş malların tümünü kapsamayıp, sadece iki grup malı kapsamaktadır. Ayrıca yazara göre, bazı denkleştirme ve değer artış payları bu mal rejiminde bulunmamaktadır. Bu sebeplerle paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, yasal mal rejimine göre total kalmaktadır (Gençcan, *Mal*

TMK.m.250/f.1, c.1 hükmüne göre, “Eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup, ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler, mal rejiminin sona ermesi halinde eşler arasında eşit olarak paylaştırılır”. Söz konusu düzenlemeye göre sadece paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilen ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına⁶² özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar ve bunların yerine geçen değerler paylaşma konusu olmaktadır. Örneğin eşlerin ailenin barınmasına, yaz tatillerini geçirmesine özgülediği taşınmazlar, aile fertlerinin ulaşım için kullandıkları otomobiller ve bunların yerine geçen değerler aileye özgülenen mallardır. Aynı şekilde eşlerden birine ait olan tarımsal veya ticari işletme vesair yatırım malları ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar olarak, aileye özgülenen mallara dahildir.⁶³ Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde “aileye özgülenen mallar”, paylaştırmaya tâbi mallar olarak kabul edilmiştir. Doktrindeki bir görüşe göre ise, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde “paylaştırmaya tâbi mallar” ve “paylaştırma dışı mallar” ayrımına, “paylı mülkiyete tâbi mallar” şeklinde üçüncü bir mal grubunun da eklenmesi gerekmektedir.⁶⁴ Bu görüşü savunan yazarlara göre, paylı mallar, her iki eşin paylı mülkiyetinde sayılan mallardır.⁶⁵

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi ile aileye özgülenen malların oluşturduğu özel bir malvarlığı kesimi kurulmakta ve aynı zamanda tasfiye aşamasına geçilmektedir.⁶⁶ Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin tasfiyesi ile aileye özgülenen malların bütünü üzerinde birlikte mülkiyetin hangi türünün bulunduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu hususta doktrinde savunulan ilk görüşe göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin tasfiyesi ile paylaşıma tâbi mallar üzerinde paylı

Rejimleri, 745). Kılıçoğlu'na göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ile edinilmiş mallara katılma rejimi arasındaki tek fark paylaşılacak malların kapsamının farklı olmasıdır. Yazarın belirttiği üzere, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin, TMK.m.248, 249, 250, 251, 252, 254 ve 255. maddeler edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümlerin tekrarı niteliğinde olup, iki rejimin tasfiyesi arasında fark yoktur (*Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu*, 622).

⁶² “Kullanma ve yararlanma” ifadesi, intifa hakkını çağırırsa da, burada malik olmayan eşin, malik eşin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülediği mallarda intifa hakkına sahip olmadığı açıktır. Bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 412-413; Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecak Değerler*, 171.

⁶³ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 430. Benzer örnekler için bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 412-420.

⁶⁴ Akıntürk, Ateş, *Aile*, 182; Acar, *Mal Rejimleri*, 411.

⁶⁵ Akıntürk, Ateş, *Aile*, 182.

⁶⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 420; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 430.

mülkiyet birliği oluşmaktadır.⁶⁷ Zira TMK.m.701/f.1 uyarınca elbirliği mülkiyeti, ancak kanun veya kanunun öngördüğü sözleşmeler uyarınca ortaya çıkabilir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.244-255 arasındaki düzenlemelerden elbirliği ortaklığının varlığını ortaya koyan bir hüküm bulunmamaktadır. TMK.m.245/f.2’de paylı mülkiyetten, m.250/f.1’de paylaştırmadan, m.253/f.1’de ayın olarak paylaştırmadan bahsedildiği için bu hükümlerden paylı mülkiyetin varlığının ortaya konulduğu kabul edilebilir. Ayrıca TMK.m.248/f.2 hükmünde üstün yararı olduğunu iddia eden eşin, diğer önlemler yanında, eşine payının ödeme günündeki karşılığını vermek suretiyle paylı mülkiyete konu malın kendisine verilmesini isteyebileceği yönündeki düzenleme dolayısıyla paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi üzerine paylaşımâ tâbi mallar bakımından paylı mülkiyetin oluştuğu kabul edilmelidir. Bu konuda doktrindeki diğer görüşe göre ise, aileye özgülenmiş olan malların tamamı üzerinde elbirliği ile hak sahipliğinin söz konusu olduğu özel bir malvarlığı ortaklığı kurulmaktadır.⁶⁸ Bu görüşü savunan yazarlara göre, eşlerin malvarlıkları dışında aileye özgülenen mallardan oluşan malvarlığı kesimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi ile tasfiye aşamasında kurulmakta ve aynı anda tasfiye aşamasına geçilmektedir.⁶⁹ Kanaatimizce paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin tasfiye aşamasında aileye özgülenen malvarlığı kesimine dahil her bir malvarlığı unsuru üzerinde paylı mülkiyet birliği oluşmaktadır. Ancak aileye özgülenen malların tümünü kapsayacak şekilde bir paylı mülkiyet birliğinin oluşması mümkün değildir.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde yasal mal rejiminden farklı olarak, emek karşılığı edinilmiş olsa dahi, aileye özgülenmemiş bir malvarlığı unsuru paylaştırmaya tâbi mal kapsamına girmemektedir.⁷⁰ TMK.m.244’de yer alan eşlerden birinin, yasal sınırlar içerisinde “*kendi malvarlığı*” üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını koruyacağına ilişkin düzenleme, eşlerden her birinin ayrı bir malvarlığına sahip olduğu sonucunu ortaya koymaktadır.⁷¹ TMK.m.219, 220 ve 244 hükümleri bütün olarak değerlendirildiğinde, aileye özgülenen mallar haricinde, eşlerin karşılık alarak veya

⁶⁷ Acar, *Mal Rejimleri*, 427-428; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 158.

⁶⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 420; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 263; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 430.

⁶⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 420; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 263; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 430.

⁷⁰ Aydos, “Tasfiye”, 488.

⁷¹ Acar, *Mal Rejimleri*, 411.

almayarak elde ettikleri kazanımları kendilerinin olacaktır.⁷² Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi halinde eşlerin bireysel (ferdi) mülkiyetinde kalan malvarlıkları paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde “paylaşma dışı malları” oluşturmaktadır.⁷³ TMK.m.250/f.2 uyarınca, manevi tazminat alacakları, miras yoluyla edinilen mallar ile kazandırmada bulunanın açık iradesinden aksi anlaşılmadıkça, sağlararası veya ölüme bağlı karşılıksız kazandırmalarla edinilen mallar paylaşırma dışı tutulmuştur.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, “eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korur” (TMK.m.244). Böylece paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin uygulandığı evliliklerde kadın ve erkeğin mallarının ayrı olması, yönetim ve tasarruf bakımından da etkisini göstermektedir.⁷⁴

Türk Medeni Kanunu m.250/f.1’de düzenlenen paylaşırma konusu mallar ile değerler, mal rejiminin sona erdiği hallerde eşler arasında eşit şekilde paylaşılır. Diğer bir ifadeyle, eşlerden her biri, bu mallar üzerinde 1/2 pay karşılığı ayni hakka sahip olur.⁷⁵ Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda eşlerin sahip oldukları hak, alacak hakkı iken, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde ayni bir hak olan mülkiyet hakkıdır.⁷⁶ Zira TMK.m.253/f.1 hükmü uyarınca paylaşırmanın ayın olarak yapılması asıldır.⁷⁷ Paylaşırmanın ayın olarak yapılmasına olanak yoksa, eşlerin payları bedel eklenmek suretiyle denkleştirilir. Böylece, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde asıl olan, bir eşin tasfiyeden doğan hakkını diğer eşin mülkiyetindeki maldan ayın olarak, yani 1/2 mülkiyet payı olarak almasıdır. Ancak eşler arasında mülkiyet payı açısından eşitlik

⁷² Acar, *Mal Rejimleri*, 411.

⁷³ Acar, *Mal Rejimleri*, 412.

⁷⁴ Acar, *Mal Rejimleri*, 411.

⁷⁵ Acabey’e göre, “edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de paylaşırma tâbi malların eşler arasında eşit paylaşılmasının öngörülmesi ve hâkime paylaşım konusunda herhangi bir takdir hakkı tanınmaması somut olay adaletini gerçekleştirmeye uygun değildir”. Yazar, “belli kriterler çerçevesinde hâkime takdir yetkisi verecek şekilde bir kanuni düzenleme yapılmasının yerinde olacağını” belirtmiştir (Acabey, “Medeni Kanun Tasarısı”, 795).

⁷⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 418; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 185; Acar, *Mal Rejimleri*, 427; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 294; Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecak Değerler*, 172-173; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 158; Ebru Ceylan, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, içinde *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt 2*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2002), 1042. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin edinilmiş mallara katılma rejiminden üstün tarafı ayni paylaşım öngörmüş olmasıdır (Acabey, “Medeni Kanun Tasarısı”, 793).

⁷⁷ “Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ayni tasfiye esasına dayandığı için, uzun süren hesaplama süresi ve zorluklardan kaçınılmıştır” (Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 33).

sağlanamazsa, eksik kalan miktar için para eklenmek suretiyle denklik sağlanır.⁷⁸ TMK.m.253/f.1’ye göre, “... Eşlerden birinin diğerine ödeyeceği bedel, malların tasfiye anındaki sürüm değerine göre hesaplanır. Bu hesaplamada paylaşım konusu malların edinilmesinden doğan borçlar indirilir”.⁷⁹

4. Mal Ortaklığı Rejiminin Tasfiyesi

Türk Medeni Kanunu m.271’e göre mal ortaklığı rejiminde, “*Mal rejimi eşlerden birinin ölümü, diğer bir mal rejiminin kabul edilmesi veya eşlerden biri hakkında iflasın açılmasıyla son bulur (f.1). Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer (f.2)*”. Söz konusu düzenleme esasen edinilmiş mallara katılma rejiminde sona erme anını düzenleyen m.225 hükmüne benzer nitelikte bir hükümdür. Mal ortaklığı rejiminin sona erme anını düzenleyen hükümde, diğer mal rejimi türlerinin sona erme anını düzenleyen hükümlerden farklı olarak, eşlerden birinin hakkında iflasın açılması da bir sona erme nedeni olarak öngörülmüştür.

Türk Medeni Kanunu m.271/f.2 hükmünde yer alan sebeplere dayanarak mal ortaklığı rejiminin mahkeme kararı ile sona erdiği hallerde, evliliğin sona erme anı mal ortaklığı rejiminin sona erme anı ile aynı olmamaktadır. Zira, sona erme hallerinden yargı kararını gerektiren evliliğin iptali ve boşanmaya karar verilmesi durumlarında bu yöndeki kararın kesinleşmesiyle evlilik birliği sona erer. Ancak, TMK.m.271/f.2’de ifade edildiği üzere, eşler arasındaki mal rejimi, dava tarihinden itibaren sona ermiş sayılır.

Mal ortaklığı rejimine ilişkin hükümlerden “ortaklık malları” kenar başlığı altında yer alan TMK.m.257-259 hükümlerinde mal ortaklığı rejiminin türleri düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre mal ortaklığı rejiminin “genel mal ortaklığı” ve “sınırlı mal ortaklığı” olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Sınırlı mal ortaklığı da kendi içinde “edinilmiş mallarda ortaklık” ve “diğer mal ortaklıkları” şeklinde ikili bir ayrıma tâbidir (TMK.m.258-259). Eşler akdedecekleri bir mal rejimi

⁷⁸ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 294; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 751.

⁷⁹ “TMK.m.253/f.1 gereği eşlerden birinin ödeyeceği bedel tayin edilirken malların tasfiye tarihindeki sürüm değerlerinin esas alınması şeklindeki düzenleme ile, edinilmiş mallara katılma rejiminde eklenecek değerlerin belirlenmesinde, üçüncü kişiye devir tarihindeki değer esas alınması yönündeki haksızlığa yer verilmemiştir” (Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 188).

sözleşmesiyle mal ortaklığı rejimi türlerinden birini seçebilirler. Ancak eşler bu yönde bir anlaşma yapmamışlarsa veya yapacakları anlaşmada yalnızca mal ortaklığından söz etmişlerse, genel mal ortaklığı rejiminin eşler arasında uygulanacağı kabul edilecektir.⁸⁰

Sınırlı mal ortaklığı türlerinden biri olan edinilmiş mallarda ortaklık rejimi, eşlerin yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile kabul edecekleri ve sadece edinilmiş mallarından oluşan bir ortaklıktır (TMK.m.258/f.1). Kişisel malların gelirleri de bu ortaklığa dahildir (TMK.m.258/f.2). Sınırlı mal ortaklığı türlerinden bir diğeri olan diğer mal ortaklıklarında eşler mal rejimi sözleşmesi yaparak belirli malvarlığı değerlerini veya türlerini, özellikle taşınmazları, bir eşin kazancını, bir meslek veya sanat icrası için kullandığı malları ortaklık dışında tutarak bir mal ortaklığı oluşturabilirler. Diğer mal ortaklıklarında TMK.m.259/f.2 gereği bu malların gelirleri, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça ortaklığa dahil değildir.

Türk Medeni Kanunu m.257/f.1'e göre, "*Genel mal ortaklığında eşlerin kanun gereğince kişisel mal sayılanlar dışındaki malları ile gelirleri ortaklık mallarını oluşturur*". Söz konusu hüküm uyarınca, eşlerin kanun gereği kişisel mal sayılan malları, diğer bir ifadeyle kişisel kullanıma ayrılmış eşyaları ve manevi tazminat alacakları dışındaki bütün malları ortaklık mallarını oluşturur. Genel mal ortaklığı rejiminde iki mal türü söz konusudur. Bunlar eşlerin kişisel malları ile ortaklık mallarıdır. Böylece mal ortaklığı rejiminde kadının kişisel malları, kocanın kişisel malları ve ortaklık malları olmak üzere üç ayrı malvarlığı söz konusudur.⁸¹ Kişisel mallar, eşlerden birisinin münhasıran yararlanmasında olan malvarlığını ifade etmektedir.⁸² TMK.m.260/f.1'e göre mal ortaklığı rejiminde kişisel mallar, mal rejimi sözleşmesiyle, üçüncü kişinin yaptığı karşılıksız kazandırmayla veya kanun hükmüyle belirlenir. Ortaklık malları ise, genel mal ortaklığında, eşlerin kanun gereğince kişisel mal sayılan malları dışındaki bütün malları ve gelirlerinden oluşur (TMK.m.257/f.1).⁸³ Mal ortaklığı rejiminin bütün türleri için emredici nitelikte olan TMK.m.261 hükmü

⁸⁰ Acar, *Mal Rejimleri*, 437; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 160.

⁸¹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 426; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 437; Kaya, *Mal Ortaklığı*, 54; Öztan, *Aile*, 305; Yılmaz, *Aile*, 428; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 160.

⁸² Gümüş, *Mal Rejimleri*, 437.

⁸³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 222, N. 6; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 189. Doktrinde, ortaklık mallarının tüzel kişiliğe sahip olmayan, sui generis nitelikli özel bir malvarlığı oluşturduğu ifade edilmiştir. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 266; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 160.

uyarınca “*Bir eşin kişisel malı olduğu ispatlanmadıkça tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı sayılır*”.⁸⁴

Eşlerden her biri, kanuni sınırlar içerisinde kişisel malları üzerinde tasarrufta bulunma ve bunları yönetme hakkına sahiptir.⁸⁵ Mal ortaklığı rejiminin türlerinden biri olan genel mal ortaklığı rejimine ilişkin düzenleme olan m.257 hükmünde, eşlerin, ortaklık malları üzerinde elbirliği halinde mülkiyeti söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Zira TMK.m.257/f.2’ye göre, “*Eşler, ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak sahip olurlar*”. Eşlerin ortaklık malları üzerindeki elbirliğiyle hak sahibi olması, mal ortaklığı rejiminin kurulması ile kendiliğinden gerçekleşir.⁸⁶ TMK.m.257 hükmünün üçüncü fıkrasında, eşlerin ortaklık payı üzerinde tek başına tasarruf hakkına sahip olmayacağı da açıkça düzenlenmiştir.

Mal ortaklığı rejiminin sona ermesi ile rejimin tasfiyesi aşamasına geçilir. Bu aşamada, ortaklık malları ile kişisel malların belirlenmesi, denkleştirme, değer artış payı alacağının belirlenmesi olmak üzere çeşitli hesaplamalar yapılmaktadır. Söz konusu işlemlerin tamamlanması üzerine malvarlıklarının paylaşımı aşamasına geçilir.⁸⁷

Türk Medeni Kanunu m.271/f.3 hükmü uyarınca, “*Ortaklık mallarıyla kişisel malların kapsamının belirlenmesinde mal ortaklığının sona erdiği tarih esas alınır*”. Türk Medeni Kanunu m.275 hükmüne göre ise “*Mal rejimi sona erince, mevcut ortaklık mallarının değerlendirilmesinde tasfiye anı esas alınır*”. Söz konusu düzenlemeler uyarınca, mal ortaklığı rejiminde tasfiyeye tâbi tutulacak malların kapsamının belirlenmesinde mal ortaklığının sona ermesine ilişkin TMK.m.271/f.1 ve f.2 hükümleri dikkate alınırken, ortaklık mallarının değerlendirilmesinde tasfiye anı (TMK.m.275) dikkate alınacaktır.

Mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde eşlerin kişisel malları ortaklık mallarından ayrı tutulur. TMK.m.272 hükmüne göre, “*Eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla*

⁸⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 439. “Söz konusu hüküm uyarınca, mal ortaklığında, bir ortaklık malı karinesinin varlığı kabul edilebilir”. Bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 222, N. 5; Kılıçoğlu, *Aile*, 391.

⁸⁵ Kaya, *Mal Ortaklığı*, 54.

⁸⁶ “Ortaklık malları üzerinde elbirliğiyle hak sahipliği mal ortaklığı rejiminin kurulmasıyla kendiliğinden gerçekleştiği için, ortaklık malları arasında taşınmazların bulunması durumunda yapılacak tescil kurucu değil, açıklayıcıdır”. Bkz. Öztan, *Aile*, 306; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 437.

⁸⁷ Öztan, *Aile*, 310.

ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır". Söz konusu düzenleme uyarınca belirlenecek miktar kişisel mallara değer olarak eklenir.

"Bir eşin kişisel mallarına ilişkin borçları, ortaklık mallarından veya ortaklık mallarına ilişkin borçları kişisel mallardan ödenmiş ise; tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir" (TMK.m.273/f.1). Bununla beraber, *"Her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokar. Hangi kesime ait olduğu anlaşılmayan borç, ortaklık mallarına ilişkin sayılır"* (TMK.m.273/f.2).

Türk Medeni Kanunu m.274 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, edinilmiş mallara katılma rejimindeki değer artış payına ilişkin hükümler mal ortaklığı rejiminde de uygulanacaktır. Zira söz konusu hüküm uyarınca, "mal ortaklığı rejiminde de bir eşin kişisel malı veya ortaklık malıyla bir başka mal kesimine giren malvarlığı değerinin edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa" değer artış payı alacağı söz konusu olacaktır.

Türk Medeni Kanunu m.276 hükmünde eşlerden birinin ölümü ve diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığı rejiminin sona ermesinde paylaşmanın nasıl yapılacağı, TMK.m.277 hükmünde ise, mal rejiminin diğer sona erme hallerinde paylaşmanın nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler uyarınca, mal ortaklığı rejiminin tasfiyesi sonucunda eşlere ortaklık malları üzerinde aynı nitelikte bir hak tanınmıştır.⁸⁸ Diğer bir ifadeyle, mal ortaklığı rejiminin tasfiyesi sonucunda paylaşım ayın olarak gerçekleştirilecektir. TMK.m.276/f.1'e göre, *"Eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi halinde, her eş veya mirasçılarının ortaklık mallarının yarısı verilir"*. Buna karşılık mal rejiminin eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü dışında kalan sebeplerle sona ermesine ilişkin TMK.m.277/f.1 ve f.2 hükümlerine göre, her eş, edinilmiş mallara katılma rejiminde kendi kişisel malı sayılacak olanları ortaklık

⁸⁸ Akıntürk, Ateş, Aile, 193; Acar, *Mal Rejimleri*, 455; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 163.

mallarından geri aldıktan sonra, geri kalan ortaklık malları eşler arasında yarı yarıya paylaşılır.



BİRİNCİ BÖLÜM

MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNİN KARŞILIKSIZ KAZANDIRMA VEYA DEVİRDEN YARARLANAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

I. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda mal rejimlerinin tasfiyesinin kazandırma veya devirlerden yararlanan üçüncü kişilere etkisi edinilmiş mallara katılma rejimi ve paylaşımlı mal ayrılığı rejimi esas olmak üzere iki mal rejiminde söz konusu olmaktadır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı süresince her eş, edinilmiş ve kişisel malları üzerinde tasarruf özgürlüğüne sahiptir (TMK.m.223). Ancak eşinin kendisinden talep edebileceği katılma alacağı miktarını azaltmak için tasarruf etme hakkının kötüye kullanılabileceğini öngören kanun koyucu, TMK.m.229 hükmünde sayılan işlemlerin sanki hiç yapılmamış gibi değerlerinin tasfiyede edinilmiş mallara eklenmesini öngörmüştür. Eklenecek değerleri konu alan TMK.m.229 hükmü ile bağlantılı olarak TMK.m.241 hükmü ile de katılma alacağını tahsil edemeyen eşe alacağının tahsil edemediği kısmı için üçüncü kişilere başvurma imkânı getirilmiştir. Birinci bölümde öncelikle eklenecek değerlerin hangi kazandırma ve devirleri kapsadığı incelenerek karşılıksız kazandırma veya devirden yararlananlara davanın ihbar edilmesi hakkında bilgi verilecektir. Söz konusu açıklamalardan sonra TMK.m.241 hükmü uyarınca katılma alacağının üçüncü kişilerden talep edilmesi ayrıntıları ile ele alınacaktır.

Paylaşımlı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.251 hükmünde de mal rejimlerinin tasfiyesinin kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere etkisi düzenlenmiştir. “Paylaşmaya aykırı davranışlar” kenar başlığını taşıyan düzenleme, edinilmiş mallara katılma rejiminde eklenecek değerleri düzenleyen TMK.m.229

hükmünü karşılamaktadır. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.251/f.3 hükmünde edinilmiş mallara katılma rejimindeki hükme benzer şekilde davanın ihbarı öngörülmüştür. Ancak TMK.m.241'e benzer bir düzenleme yer almamaktadır. TMK.m.251/f.3 ile üçüncü kişinin sorumluluğunu kabul etmekle birlikte, ilgililerin üçüncü kişiye hangi şartlar altında, ne zaman ve nasıl başvurabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin tasfiyesinin karşılıksız kazandırma veya devirden yararlananlara etkisinin incelendiği bölümde üçüncü kişinin sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı, sorumluluğu olacaksa sorumluluğunun ne şekilde gerçekleşeceği tespit edilmeye çalışılacaktır.

II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinin Karşılıksız Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere Etkisi

A. Mahkeme Kararının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi

1. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sürecinde eşlerden her birinin artık değeri tespit edilir (TMK.m.231). Her bir eş veya mirasçılar, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde katılma alacağına sahip olurlar (TMK.m.236/f.1). Artık değer ve dolayısıyla katılma alacağının hesaplanabilmesi için öncelikle eşlerin mal kesimlerinin belirlenmesi ve malların birbirinden ayrılması gerekir. Bir eşin sahip olduğu edinilmiş veya kişisel malların ayrımının hangi an esas alınarak yapılacağı TMK.m.228'de belirtilmiştir. Hükme göre, *“Eşlerin edinilmiş veya kişisel malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılır”*. Hüküm, mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin sahip olduğu malvarlığı değerlerinin ayrımının mal rejiminin sona erdiği andaki mevcut durumu dikkate alınarak gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Hüküm gereği, mal rejiminin sona ermesinden önce eşlerden birinin malvarlığında yer almasına rağmen, mal rejiminin sona erme anında bulunmayan bir malvarlığı değeri, kural olarak, tasfiyede dikkate alınmaz. Aynı şekilde, bir eşin mal rejiminin sona erme anından sonra elde ettiği malvarlığı değerleri de tasfiyeye esas oluşturmaz.⁸⁹

Türk Medeni Kanunu m.228'de bu yönde bir kural öngörülmekle birlikte, hükmün katı bir şekilde uygulanması bir eşin elde edeceği katılma alacağı bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Bu sebeple, mal rejiminin sona erme

⁸⁹ Jungo, CHK., Art. 207, N. 1; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 190-191.

anında bir eşin edinilmiş malları arasında bulunmayan bazı malvarlığı değerlerinin de edinilmiş mallara dâhil edilerek tasfiyenin yapılması kabul edilmiştir.⁹⁰ TMK.m.231'e göre, "Artık değer, eklemekten ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır". Bu hüküm uyarınca, eklenecek değer olarak ifade edilen ve TMK.m.229 hükmünde sayılan tasarruflar sonucunda elden çıkmış olan malvarlıklarının değerleri de, aktiflere dâhil edilerek eşin artık değeri hesaplanır.⁹¹ Diğer eşin katılma alacağı miktarı ise, hesaplama sonucunda bulunan artık değer miktarı üzerinden belirlenir.

Artık değerın hesaplanmasında, rejimin sona erme anında mevcut bulunan edinilmiş mallara eklenmesi öngörülen malvarlığı değerleri TMK.m.229/f.1'de sayılmıştır.⁹² Söz konusu hükme göre,

"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", edinilmiş mallara değer olarak eklenir.

Artık değer hesabında mevcut edinilmiş mallara yapılan eklemeler farazidir. Diğer bir ifadeyle, bu eklemeler sadece kâğıt üzerinde yapılan bir hesap işleminden ibarettir.⁹³ Artık değeri hesaplanan eşin malvarlığına gerçek anlamda bir değerın dâhil olması söz konusu değildir. Bir eşin artık değerının, eklenecek değerler dikkate alınarak hesaplanması, diğer eşin elde edeceği katılma alacağı miktarında artış meydana getirir. Ancak eklenen değerler gerçekte katılma alacağının borçlusunu eşin malvarlığında

⁹⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 231; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 191; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 228; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 197; Karamercan, *Dava Hakkı*, 25; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 38.

⁹¹ Bu kural, miras hukuku kapsamındaki TMK.m.508 hükmünde yer alan düzenlemeye benzerdir. Zira TMK.m.508 hükmü uyarınca "Mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmaları, tenkise tâbi oldukları ölçüde, tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye eklenir". Bkz. Şıpka, *Katılma Rejimi*, 229; Özer Deniz, *Tasfiye*, 83. Gümüş'e göre de, "TMK.m.229 hükmü, miras hukukunun tenkise ilişkin hükümlerini (TMK.m.508 ve m.565) taklit eden bir düzenlemedir" (Gümüş, *Mal Rejimleri*, 366). Bu hükümleri karşılayan mehz Kanun'daki Art. 208 ile Art. 475'in benzer amaçları yerine getirmek için sevk edildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 5.

⁹² "Söz konusu kural, miras hukuku kapsamında terekeye eklenecek sağlararası kazandırmaları düzenleyen TMK.m.565/b.3 ve b.4'e benzerdir" (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 229). "TMK.m.229 hükmünün EMK.m.507/b.3 ve 4'de yer alan tenkise tâbi tasarruflarla paralellik taşıdığı" yönündeki açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 139; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 249.

⁹³ Nuspliger, *OFK.*, Art. 208, N. 2.

bulunmadığı için, katılma alacağı miktarının artmasıyla birlikte katılma alacağında hak sahibi olan eşin alacağının tamamına kavuşma ihtimali de zayıflayabilir.⁹⁴ Zira katılma alacağının borçlusu olan eş, borcunu ifa etmek istese dahi, malvarlığının mal rejiminin sona ermesi anındaki değeri borcu karşılamaya yetmeyebilir.⁹⁵ Böyle bir olasılığı öngören kanun koyucu, katılma alacağını tasarrufta bulunan eşten elde edemeyen eşin, TMK.m.229 hükmünde belirtilen kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere başvurmasına imkân tanımıştır. TMK.m.229/f.2'ye göre, “*Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir*”.

Bazı malvarlığı unsurlarının artık değerın hesaplanmasında eklenecek değer olarak dikkate alınması, diğer eşin katılma alacağını azaltmak ya da tamamen ortadan kaldırmak isteyen eşin bu davranışına karşı yaptırım niteliğindedir. Söz konusu malvarlığı değerlerine ilişkin hukuki işlemlerin diğer eşe karşı hiç yapılmamış gibi kabul edilmesi ve bu malvarlığı unsurlarının parasal değerlerinin artık değer hesaplamasında dikkate alınması, diğer eşin hak kaybına uğramasını önlemeye yönelik bir düzenlemedir.⁹⁶ Bu nedenle, TMK.m.229 hükmü edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin hakkaniyetli bir şekilde gerçekleşmesini ve eşin katılma alacağını tam olarak elde etmesini sağlamaktadır. Hüküm bu yönüyle, diğer eşı korumayı amaçlamaktadır.⁹⁷ Söz konusu hüküm ile eşlerin edinilmiş mallara katılma rejiminde

⁹⁴ Acar, *Mal Rejimleri*, 326.

⁹⁵ Örneğin, artık değeri hesaplanan (A)'nın mal rejiminin sona ermesi anında herhangi bir kişisel malının ve borcunun bulunmadığı, 50.000 TL tutarında edinilmiş malı ile TMK.m.229 kapsamında gerçekleştirilen işlemler sonucunda 200.000 TL tutarında eklenecek değeri bulunduğu; (B)'nin ise sadece 50.000 TL değerinde edinilmiş malı olduğu belirlenmiştir. Mal rejiminin tasfiyesi sonucunda, (A)'nın artık değerinin 250.000 TL, (B)'nin artık değerinin 50.000 TL hesaplandığı ve TMK.m.236/f.1 gereği gerçekleştirilen takas sonucu (B)'nin 100.000 TL katılma alacağına sahip olduğu tespit edilmiştir. Böyle bir olasılıkta, katılma alacağı borçlusu (A)'nın gerçekte malvarlığının aktifinde 50.000 TL bulunmasına rağmen, katılma alacağı borcunun miktarı 100.000 TL'dir. (A)'nın malvarlığında yer alan aktiflerin tamamı dahi katılma alacağına ilişkin borcunu karşılamak için yeterli değildir.

⁹⁶ Acar, *Mal Rejimleri*, 312-313.

⁹⁷ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 208, N. 1; Nuspliger, *OFK.*, Art. 208, N. 1; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 377; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 191; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 196; Okur, “Dava Hakkı”, 152; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 445; Özer Deniz, *Tasfiye*, 84; Ceylan, “Yeni Düzenlemeler”, 1032; Gamze Turan Başara, “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 10/11 (Kasım 2015): 59. TMK.m.229 hükmü, artık değere katılma alacağı ile birlikte dolaylı da olsa mirasçıların saklı paylarını da

dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri öngörülmekte ve buna aykırı davranışlarının olumsuz sonuçları giderilmektedir.⁹⁸

Türk Medeni Kanunu m.229 hükmünde belirtilen karşılıksız kazandırma veya devirlerin eklenecek değer olarak dikkate alınması, bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde değildir.⁹⁹ Zira hukuki işlemlerde aranan tasarruf yetkisinin bulunmaması bazı hallerde işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olması sonucunu doğururken, bazı hallerde askıda hükümsüzlük veya nisbi etkisizlik yaptırımının uygulanması sonucunu doğurur. TMK.m.229 kapsamındaki karşılıksız kazandırma veya devirlerin değerlerinin eklenecek değer olarak dikkate alınması bu işlemlerin geçerliliğini etkilemediği için herhangi bir hükümsüzlük yaptırımı da söz konusu değildir.

Türk Medeni Kanunu m.229 hükmü, mal rejiminin genel hükümleri arasında yer almayıp, tasfiye hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu nedenle, mal rejiminin devamı süresince koruyucu bir etkisi yoktur. Söz konusu koruyucu hükümden yararlanabilmek için, mal rejiminin herhangi bir nedenle sona ermiş olması gerekmektedir.¹⁰⁰ Eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken, eşlerin bu hüküm kapsamında herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir.¹⁰¹ Zira TMK.m.223/f. 1 gereği, “*her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir*”.

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.1 ve b.2’de zikredilen karşılıksız kazandırmalara konu olan malvarlığı değerleri, mal rejiminin sona ermesi anında

korumaya yönelik bir düzenleme olup, miras hukukunda ilişkin hükümlerin (TMK.m.508, m. 565) tamamlayıcısı niteliğindedir (Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 60).

⁹⁸ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 249. Doktrinde, TMK.m.229 hükmü ile getirilen korumanın, evlilik birliği ve yasal mal rejimi içinde, eşlerin kötüniyetli davranışlarına karşı, TMK.m.194, m.199, m.206, m.223/f.2, m.225/f.2 ile getirilen diğer koruyucu önlemlere ek bir hukuki imkân olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Şıpka, *Katılma Rejimi*, 229; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 196. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 6-8.

⁹⁹ Aksi kanaatte olan Sarı’ya göre, “edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan ve olağan hediyeler dışındaki karşılıksız kazandırmaların diğer eşe karşı hüküm doğurabilmesi için diğer eşin rızasının aranmış olması, bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliği taşımaktadır”. Yazara göre, “aynı şekilde diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirlerin edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi de bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğindedir” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 76). Aynı yönde açıklama için bkz. Çağırhan Tuncer, “Yönetim”, 453.

¹⁰⁰ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 229; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 196-197; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 132; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 447; Karamercan, *Dava Hakkı*, 27; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 39; Şamil Demir, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1 (2014): 253.

¹⁰¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N.11; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 229; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 132-133; Karamercan, *Dava Hakkı*, 26.

kazandırmada bulunan eşin malvarlığında veya terekesinde yer almamaktadır. TMK.m.229 hükmünde iki bent halinde sayılan tasarruflar sonucunda eşin malvarlığından çıkmış olan edinilmiş mallar yerine bu malların değeri artık değer hesabında eklenecek değer olarak aktiflere yazılacaktır.¹⁰² Söz konusu tasarrufların eklenecek değer niteliğinde olması, yapılan kazandırmaların geçerliliğini -TMK.m.241 hükmü saklı kalmak kaydıyla¹⁰³- etkilemez.¹⁰⁴

Türk Medeni Kanunu m.229 hükmü emredici nitelikte bir düzenlemedir.¹⁰⁵ Hüküm emredici nitelikte olduğu için, eşler aksine anlaşma yapamazlar. Dava dosyasında, eklenecek değerler kapsamında bulunan kazandırma veya devirlere ilişkin bilgi ve belgenin bulunması, ancak davacı tarafından bu kazandırma veya devirlerin değerinin eklenecek değer olarak dikkate alınmasına ilişkin talepte bulunulmaması halinde hâkimin bu değerleri re'sen dikkate alıp alamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Katıldığımız hakim görüşe göre, hüküm emredici nitelikte olduğu için dava dosyasından eklenecek değerlerin bulunduğunu tespit eden hâkimin, tasfiyede bu değerleri re'sen dikkate alması gerekir.¹⁰⁶ Maddi olguların davacı tarafından ortaya konulması halinde, hukuki nitelendirmeyi yapmak hâkimin görevi olduğu için, hâkim eklenecek değerleri re'sen dikkate alabilir. Aksi kanaatte olan Genç Arıdemir, bu hükmün yaptırımının kesin hükümsüzlük olmadığını, bu sebeple işlemin TMK.m.229 kapsamında olduğunun mutlaka hak sahibi eş veya mirasçılardan

¹⁰² Şıpka, *Katılma Rejimi*, 229; Acar, *Mal Rejimleri*, 314; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 366-367; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 141; Okur, “Dava Hakkı”, 152; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 456.

¹⁰³ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 377-378; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 367; Özer Deniz, *Tasfiye*, 110.

¹⁰⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 237; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 230; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 197; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 367; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 141; Okur, “Dava Hakkı”, 153; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 456; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 42. Yarg. 8. HD., T. 20.05.2013, E. 2012/11057, K. 2013/7419; Yarg. 2. HD., T. 25.10.2010, E. 2010/16339, K. 2010/17563 (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası).

¹⁰⁵ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 208, N. 10; Nuspliger, *OFK.*, Art. 208, N. 8; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 366; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 199; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 231; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 229; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 132; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 196; Karamercan, *Dava Hakkı*, 28; Karabağ Bulut, “Tasfiye”, 823; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 41; Özge Yenice Ceylan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2018): 217.

¹⁰⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 199; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 234; Karamercan, *Dava Hakkı*, 29; Fatih Karamercan, *Katı- Değer Artış Payı ve Katılma Alacağı Davaları*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 631; Ş. Demir, “Artık Değer”, 255. Katılma alacağına ilişkin dava dosyasında eklenecek değerlerin açıkça anlaşılır olması halinde hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği yönündeki açıklamalar için bkz. Gençcan, *Mal Rejimleri*, 697. Hâkimin, TMK.m.229 hükmünde öngörülen şartların varlığı halinde hükmü re'sen uygulaması gerektiği, ancak TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamına giren hallerde ise, bir eşin diğer eşin katılma alacağını azaltma kastının varlığının çoğunlukla bir tarafça ileri sürülmesinin söz konusu olacağı yönünde açıklamalar için bkz. Karabağ Bulut, “Tasfiye”, 823.

ileri sürülmesi gerektiğini kabul etmektedir.¹⁰⁷ Yargıtay 8. HD. 2018 yılında verdiği bir kararda, dosya kapsamındaki belgelerden eklenecek değer olduğu anlaşılan, ancak eklenecek değer olduğu yönünde iddiada bulunulmayan kazandırmaların hâkim tarafından re'sen nazara alınamayacağı ve tasfiyeye dahil edilmeyeceği yönünde karar vermiştir.¹⁰⁸

2. Üçüncü Kişiye Karşılıksız Kazandırma veya Devirde Bulunulması

Türk Medeni Kanunu m.229 hükmü ancak eşlerin üçüncü kişilere karşılıksız kazandırma veya devirde bulunulması halinde uygulama alanı bulur. Her iki bentte yer alan kazandırmaların eşin edinilmiş mallarından karşılanmış olması gerekir.¹⁰⁹ Bir eşin kişisel mallarına ilişkin tasarrufları, belirtilen nitelikleri gösterse dahi TMK.m.229 kapsamında değerlendirilemez.

Mal rejiminin tasfiyesinde, hangi tür kazandırmaların eklenecek değer olarak dikkate alınacağı Kanun'da sınırlı olarak sayılmıştır. TMK.m.229'da iki tür işlemin konusu olan malvarlığı değerlerinin edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi kabul edilmiştir. Bunlar, belirli özellikler gösteren “karşılıksız kazandırmalar” ve “katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirler”dir.

a) Eşin Rızası Olmaksızın Yapılan Karşılıksız Kazandırmalar

(1) Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, edinilmiş mallara değer olarak eklenecek unsurlardan birincisi, eşlerin karşılıksız kazandırmalarıdır. TMK.m.229/f.1, b.1'e göre, “Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer

¹⁰⁷ Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 448.

¹⁰⁸ Yarg. 8. HD., T. 23.01.2018, E. 2017/15876, K. 2018/1143 “Dosya kapsamında bulunan belgelere göre, davalı ...'ın Merkez Bankası'ndaki Euro hesabı mal rejimi sona ermesinden yaklaşık üç yıl önce (15.11.2005) çekilerek eşlerin müşterek çocukları...a verilmiş, ... plakalı araç da 17.03.2005 tarihinde ... tarafından devredilmiş olup, mal rejimi sona erdiği tarihte mevcut olmayıp, TMK 229 maddesinde belirtilen eklenecek değer olduğu yönünde iddia ileri sürülmediğinden söz konusu davalı ...'ın Merkez Bankası'ndaki Euro hesabının ve ... plakalı aracın tasfiyeye dahil edilmemesi gerekir. Bu nedenle mal rejimi sona erdiği tarihte mevcut olan ... plakalı otomobil, 319 ada 468 parsel (1589 ada 2 p.) üzerindeki 29 nolu bağımsız bölüm, 280 ada 106 parsel (531 ada 8 parsel), 5577 ada 5 parsel üzerindeki 3 nolu bölüm gözetilerek tasfiye gerçekleştirilmelidir” (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası).

¹⁰⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 377; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Acar, *Mal Rejimleri*, 314; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 235; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 232; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 197; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 133; Okur, “Dava Hakkı”, 154; Kılıçoğlu, *Aile*, 336; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 448; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 144; Karamercan, *Dava Hakkı*, 27; Yenice Ceylan, “Eklenecek Değerler”, 223; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 43; Önçek, “Tasfiye”, 20.

eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar” edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Söz konusu hüküm gereğince, eşlerin yapmış oldukları kazandırmaların tamamı değil, sadece belirli özellikleri gösteren karşılıksız kazandırmalar edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Türk Medeni Kanunu’nun mal rejimlerine ilişkin hükümlerinde karşılıksız kazandırma kavramına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TMK.m.229/f.1, b.1 hükmünün uygulanması bakımından karşılıksız kazandırmaların tespiti genel hükümlere göre yapılır.¹¹⁰ Karşılıksız kazandırmadan önce kazandırma kavramı tanımlanacak olursa, kazandırma, bir kişinin başkası yararına malvarlığına ilişkin bir menfaat sağlamasıdır.¹¹¹ Bu menfaat, malvarlığının aktifinin artması şeklinde olabileceği gibi, pasifin azalması veya aktifinin azalmasına engel olunması şeklinde gerçekleşebilir.¹¹² Karşılıksız kazandırma ise, kazandırmanın bir karşı edim karşılığında yapılmadığı, diğer bir ifadeyle karşı tarafın kazandırmanın karşılığını teşkil etmek üzere bir yükümlülük veya fedakârlık altına girmedeği kazandırmalardır.¹¹³

Eklenecek değerlerden biri olan karşılıksız kazandırmada bulunması gereken özelliklerin bir kısmı TMK.m.229/f.1, b.1 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Diğer bazı özellikler ise, hükmün amacından, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin başkaca hükümlerden ve mal rejiminin yapısından anlaşılmaktadır.¹¹⁴ Bu kapsamda, kazandırmanın edinilmiş mallara değer olarak eklenebilmesi için, öncelikle, sağlararası

¹¹⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 47.

¹¹¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş-Hukukî İşlem-Sözleşme*, Birinci Cilt, 7. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 114-115; Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988), 61; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 190; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 162; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 13. Baskı (Konya: Sayram Yayınları, 2022), 95; Murat Doğan, Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 100; Özlem Tüzüner, “Hukuki İşlem”, içinde *Medeni Hukuk I Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Ders Kitabı*, ed. Metin İkizler, Özlem Tüzüner, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 199; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 47. Kazandırıcı işlem kavramı için bkz. Cem Baygın, Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 171; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 24. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 185; İhsan Erdoğan, A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 4. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 169.

¹¹² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 115; Eren, *Borçlar*, 190; Antalya, *Borçlar*, 162; Akıncı, *Borçlar*, 95; Oğuzman, Barlas, *Medeni Hukuk*, 185; Baygın, Nar, *Medeni Hukuk*, 171; Doğan, Şahan ve Atamulu, *Borçlar*, 100; Tüzüner, “Hukuki İşlem”, 199.

¹¹³ Nuspliger, *OFK.*, Art. 208, N. 4; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 116; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 176; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 48.

¹¹⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192.

karşılıksız kazandırma niteliğinde olması gerekir.¹¹⁵ Bir eşin ölüme bağlı tasarrufuyla gerçekleştirdiği karşılıksız kazandırmaları, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi bakımından eklenecek değer niteliğinde değildir.¹¹⁶ Zira, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi terekenin paylaşımından önce gerçekleşmekte ve ölüme bağlı tasarruflara konu olan malvarlığı değerleri mal rejiminin sona ermesi anında eşin malvarlığında bulunmaktadır.¹¹⁷ Ayrıca ölüme bağlı tasarruflara konu olan malvarlığı değerlerine ilişkin devir yükümlülüklerinin mal rejiminin sona ermesinden sonra doğması veya ifa edilmesi de, bu tasarrufların mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmamasını gerektirmektedir.¹¹⁸

Bir karşılıksız kazandırmanın eklenecek değer niteliğinde olması ve TMK.m.229 hükmünün kapsamına girebilmesi için taşınması gereken ikinci özellik, bu kazandırmaların edinilmiş mallardan yapılmış olmasıdır.¹¹⁹ Kazandırmanın bu özelliği,

¹¹⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 377; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 232; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 559; Okur, “Dava Hakkı”, 155; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 449; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 366-367; Karamercan, *Dava Hakkı*, 40; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 50. Doktrindeki karşı görüşe göre ise, ölüme bağlı tasarruflarla yapılan temlikler de bu bent kapsamına girebilir. Bkz. Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 249; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 140; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 168. “Örneğin, vasiyet düzenlenerek bir kimseye belirli mal bırakma yoluyla yapılan kazandırmalar da karşılıksız kazandırma kapsamına girer” (Akıntürk, Ateş, *Aile*, 168). Acar ise, ölüme bağlı tasarrufların bir ayırım yapılarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, mirastan feragat sözleşmesi ivazsız ise, hükmün kapsamına girmeyecektir. Ancak ivazlı mirastan feragat sözleşmesinde ivaz edinilmiş mallardan karşılanmış ise, eklenecek değerler arasında sayılması mümkündür. Bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 315; Acar, “Miras Hakkı”, 70. Aynı yönde görüş için bkz. Gençcan, *Mal Rejimleri*, 689. Dural/Ögüz/Gümüş’e göre ise, “ivazlı feragat sözleşmeleri, ivazın eşin edinilmiş malından ödendiği hallerde dahi, TMK.m.229 kapsamında bir eklenecek değer oluşturmaz. Zira Türk hukukunda mirastan feragat her zaman bir ölüme bağlı tasarruf niteliğindedir”. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 377, dpn. 323. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 367, dpn. 495; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 57.

¹¹⁶ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 233; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 450; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 689; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 367.

¹¹⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 450.

¹¹⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 19, 21; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238.

¹¹⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 14; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 208, N. 8; Öztan, *Aile*, 286; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 246-247; Acar, *Mal Rejimleri*, 315; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 690; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 24; Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 306; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 43; Şeker, *Katılma Rejimi*, 52; Şeker, “Kaynak Kanun”, 141; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 94-95. Okur’a göre, TMK.m.229 hükmünün korumayı amaçladığı malvarlığı kural olarak edinilmiş mallar olsa da, TMK.m.230 hükmü uyarınca denkleştirme alacağı yükümlüsü kişisel malını mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde bağışlamışsa, TMK.m.229/f.1, b.1 ile bağlantılı olarak TMK.m.241 hükmünün uygulanması bu kurala bir istisna oluşturabilir (Okur, “Dava Hakkı”, 155, dpn. 28). Sarı’ya göre ise TMK.m.229’da belirtilen işlemler ile elden çıkarılan bir kişisel mala ilişkin olarak edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılması gereken hallerde, kişisel mallar yönünden bu hükmün uygulanması düşünülse de, bu durum TMK.m.230/f.2’de özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle böyle bir ihtimalde TMK.m.229

hükümde açıkça belirtilmemiştir. Ancak bu özellik, kazandırmanın edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi, edinilmiş malların paylaşımının esas olması ve hükmün diğer eşin katılma alacağını koruma amacıyla sevk edilmiş olmasının doğal bir sonucudur.¹²⁰ Hükmün amacı, bir eş tarafından yapılan kazandırmanın eklenecek değer özelliği göstermesi için üçüncü bir kişi lehine yapılmış olmasını da gerektirir. Zira karşılıksız kazandırmanın diğer eş lehine yapılmış olması durumunda, lehine kazandırma yapılan eşin katılma alacağının azalmasından ve mal rejiminin tasfiyesi dolayısıyla hak kaybına uğramasından söz edilemez. Bu nedenle, bir eşin edinilmiş mallarından diğer eş lehine yapılmış olan karşılıksız kazandırmalar TMK.m.229/f.1, b.1’de belirtilen diğer özellikleri gösterse dahi eklenecek değer olarak mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmazlar.¹²¹

Belirtilen özellikleri dikkate alarak, TMK.m.229/f.1, b.1 kapsamında karşılıksız kazandırma kavramını, eşlerden birinin sağlararası bir hukuki işlemle, herhangi bir karşılık almadan, edinilmiş mallarından üçüncü bir kişiye ekonomik bir menfaat sağlaması veya edinilmiş mallarında meydana gelecek bir artışı engellemesi olarak tanımlayabiliriz.¹²² Eşin bu nitelikteki karşılıksız kazandırmaları değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, eşin edinilmiş bir malını herhangi bir karşı edim elde etmeksizin üçüncü bir kişiye devretmesi veya karşılık almaksızın üçüncü kişinin hizmetinde çalışması karşılıksız bir kazandırma niteliğindedir.¹²³ Aynı şekilde,

hükümünün kişisel mallar yönünden uygulanması gerekli değildir (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192-193, dpn. 226). Kanaatimizce hükmün uygulamasının kişisel malları da kapsayacak şekilde genişletilmesi yerinde değildir. Edinilmiş mallardan kişisel mallara yönelik değer kayması sebebiyle ortaya çıkan denkleştirme alacağı, artık değer hesaplamasında TMK.m.230/f.2 gereği dikkate alınmak zorundadır. Hükmün uygulamasının denkleştirmeye konu kişisel malları da kapsayacak şekilde genişletilmesi kişisel malların da tasfiye sürecine dahil edilmesini sebep olacağı gibi, katılma alacağına sahip olan eşe ve mirasçılara kanunun amacını aşacak şekilde bir koruma sağlar.

¹²⁰ Öztan, *Aile*, 286; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Acar, *Mal Rejimleri*, 321; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 24-25.

¹²¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 23; Jungo, *CHK.*, Art. 208, N. 6; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 449; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 41; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 35; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Ş. Demir, “Artık Değer”, 255; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 43. Yarg. 8. HD., T. 20.05.2013, E. 2012/11057, K. 2013/7419 “TMK.nun 229/1. fıkranın 1 ve 2. bentlerinin uygulanabilmesi için eşler dışında başka kimselere kazandırma veya devrin yapılması gerekmektedir. Eşler arasında yapılan bu tür devirlerde sözü edilen bentlerin uygulanma olanağı bulunmamaktadır” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

¹²² Nuspliger, *OFK.*, Art. 208, N. 4; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 176; Okur, “Dava Hakkı”, 155; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 450; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Karamercan, *Dava Hakkı*, 32; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 48.

¹²³ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 450; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 49. Şıpka’ya göre ise ancak birinci bende ilişkin koşullar varsa eşin karşılık almadan

edinilmiş mallardan yapılan bağışlama, vakıf kurma, çeyiz veya kuruluş sermayesi verme, karşılıksız olarak borçtan kurtarma, hayat sigortası sözleşmesi ile üçüncü kişiler lehine sağlanan menfaatler de TMK.m.229/f.1, b.1 anlamında karşılıksız kazandırma niteliği gösterebilir.¹²⁴

Bir eş tarafından üçüncü kişiler lehine yapılan karşılıksız kazandırmaların eklenecek değer olarak dikkate alınması bakımından kazandırmanın hangi amaçla yapıldığının önemi bulunmamaktadır. Zira TMK.m.229/f.1, b.1’de eşin karşılıksız kazandırmasının, diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılması bir koşul olarak öngörülmemiştir. Karşılıksız kazandırma böyle bir kast olmadan, örneğin üçüncü kişilere yardım etme veya acıma duygusuyla iyiniyetle yapılmış da olsa mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınır.¹²⁵ Doktrinde katıldığımız görüşe göre, TMK.m.229/f.1, b.1 gereği mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süre içerisinde bir eş tarafından üçüncü kişiler lehine yapılan karşılıksız kazandırmaların diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı taşıdığına ilişkin bir faraziye (varsayım) bulunmaktadır.¹²⁶ Burada bir faraziye (varsayım) bulunduğu için, kazandırmada bulunan eş bunun aksini, diğer bir ifadeyle, koşullar gerçekleşmesine rağmen kazandırmanın katılma alacağını azaltma kastıyla yapılmadığını ispat etme imkânına sahip değildir. Karşılıksız kazandırmada bulunan eş sadece koşulların gerçekleşmediğini ispat ederek karşılıksız kazandırmanın değerinin eklenmesini engelleyebilir.¹²⁷ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, kanun koyucu, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süre içerisinde eşlerden biri tarafından üçüncü kişiler lehine yapılan karşılıksız kazandırmaların kesin kanuni karine olarak diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı taşıdığını kabul etmiştir.¹²⁸

üçüncü bir kişinin hizmetinde çalışması durumunda karşılıksız kazandırma söz konusu olabilir. Zira yazara göre, ikinci bentte açıkça devirlerden söz edildiği için ikinci bent kapsamında eklenecek değer olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bkz. Şıpka, *Katılma Rejimi*, 232-233. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 198.

¹²⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 22; Nuspliger, *OFK.*, Art. 208, N. 4; Jungo, *CHK.*, Art. 208, N. 2; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 378; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 232; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 198; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 134; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238; Acar, *Mal Rejimleri*, 315; Okur, “Dava Hakkı”, 156-157; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 450; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Yılmaz, *Aile*, 401; Karamercan, *Dava Hakkı*, 32-33; Ş. Demir, “Artık Değer”, 254; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 48-49. Karşılıksız kazandırmalara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Z. R. Demir, *Artık Değer*, 14-24; Önçek, “Tasfiye”, 20-21.

¹²⁵ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 250; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 140; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 168; Acar, *Mal Rejimleri*, 319; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 60-61; Karamercan, *Dava Hakkı*, 35.

¹²⁶ Acabey, *Katılma Rejimi*, 167.

¹²⁷ Acabey, *Katılma Rejimi*, 167.

¹²⁸ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238-239; Zafer Zeytin, “Değer Artış Payı, Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı”, içinde *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım*

Kanaatimizce bunun kesin kanuni karine olarak kabul edilmesi yerinde değildir. Zira kesin kanuni karinelerde karineden hareketle ulaşılan sonuç çoğu kez gerçek hayata uygundur.¹²⁹ TMK.m.229/f.1, b.1'deki durumda ise mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süre içerisinde yapılan karşılıksız kazandırmaların her zaman katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığı sonucuna ulaşamaz.

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.1 uyarınca üçüncü kişiye karşılıksız bir kazandırma yapıldığını iddia eden eş, söz konusu karşılıksız kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapıldığını, kazandırmanın olağan hediyeler dışında olduğunu ve kendisinin rızasının bulunmadığını ispat etmelidir.¹³⁰

(2) Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.1'in Uygulama Koşulları

(a) Kazandırmanın Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Yapılmış Olması

Eşin üçüncü kişi lehine yaptığı karşılıksız kazandırmanın edinilmiş mallara değer olarak eklenebilmesi, kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması koşuluna bağlıdır.¹³¹ Kanun koyucu, mal rejiminin sona erdiği

2006)- *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007), 51; Acar, *Mal Rejimleri*, 319; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Karamercan, *Dava Hakkı*, 34-35. Kılıçoğlu'na göre kanun koyucu b.1 hükmünde süre koşulu aramakla mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan kazandırmalarda alacak kaçırma kast ve kuşkusuna sahip bulunmuştur. Bkz. Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 250; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 140-141.

¹²⁹ Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, *AÜHFD.*, 62/3 (2013): 753-754.

¹³⁰ Okur, “Dava Hakkı”, 167. ZGB. Art. 208/Abs.1'e göre yapılan kazandırmanın eklenecek değer olarak dikkate alınması için davacı, kazandırmanın karşılıksız olduğunu, olağan bir hediye niteliğinde olmadığını ve kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki son beş yıl içinde yapıldığını ispat etmelidir (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 66).

¹³¹ Söz konusu bir yıllık süre ZGB Art. 208/Abs.1 hükmünde beş yıl olarak öngörülmüştür. Söz konusu ZGB. Art. 208/Abs. 1'e göre “mal rejiminin sona ermesinden önceki beş yıl içinde, eşlerden birisinin, diğer eşin rızası olmaksızın, olağan hediyeler dışında yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalar, kazandırmada bulunan eşin edinilmiş mallar grubunun aktifine eklenecek bir değer olarak kabul edilir”. Türk kanun koyucusu ise beş yıllık süreyi çok bularak, bu süreyi bir yıl olarak kabul etmiştir. Acar'a göre, “bir yıllık süre, beş yıllık süreye nazaran üçüncü kişiler lehine ve hukuki istikrarı koruyucu niteliktedir. Eş açısından ise bu durum olumsuz niteliktedir” (Acar, *Mal Rejimleri*, 318). Kanun koyucu tarafından burada bir yıllık sürenin öngörülmesinin nedeni, TMK.m.565/b.3'te öngörülen bir yıllık süre ile uyum sağlamasıdır. Zira m.229/b. 1 ile m.565/b. 3 hükmü uyum içinde olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 319; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 62. Zira ölümle birlikte mal rejiminin tasfiyesi gerçekleşirken aynı zamanda mirasçılar açısından terekenin tespiti ve paylaşılması yapılmalıdır. Eğer m.229 ve m.565'deki süreler birbirinden farklı olsaydı, terekenin net olarak tespiti zorlaşırdı. TMK.m.229/b.1'deki süre daha uzun olsaydı, eş açısından m.565/b.3'deki sürenin bir fonksiyonu olmazdı. TMK.m.565/b.3'deki sürenin daha uzun olması durumunda da eş açısından m.229 hükmü anlamını yitirirdi. Bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 320; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 62. Öztan'a göre ise mal rejiminde bağışların hesaba

tarihten geriye dönük olarak, eşin son bir yıl içerisindeki kazandırmalarının diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını kabul etmiştir.¹³² Bu nedenle, karşılıksız kazandırmayı yapan eş, mal rejiminin sona ermesinden önceki son bir yıl içinde yapılan kazandırmanın, bu amaçla yapılmadığını iddia ve ispat edemez. Kazandırmada bulunan eş sadece diğer koşulların gerçekleşmediğini ispat etliği takdirde, kazandırmanın eklenecek değer olarak dikkate alınmasını engelleyebilir.¹³³

Bir yıldan daha eski tarihli kazandırmalar bu hükmün kapsamına girmemektedir. Ancak edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden önce yapılmış olan karşılıksız kazandırmalar, diğer eşin elde edeceği artık değere katılma alacağını azaltmak amacıyla yapılmış ise bu değer eklenmesi TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamında talep edilebilir. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olan karşılıksız kazandırmanın diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı da taşınması durumunda ise, iki farklı eklenecek değer bir arada gerçekleşmiş olur. Bu durumda söz konusu kazandırmanın değerinin TMK.m.229/b.1 veya TMK.m.229/b.2 kapsamında eklenecek değer olarak hesaplamaya dâhil edilmesi istenebilir. Ancak, bu özelliği gösteren kazandırmanın TMK.m.219/b.1 yerine, TMK.m.229/b.2 uyarınca eklenecek değer olarak hesaplamaya dâhil edilmesi, kazandırmanın katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılmış olduğunun ispatını gerektirir. Bu durum ise, diğer eşin daha ağır bir ispat yükünü altına girmesine sebep olur. Dolayısıyla TMK.m.229/b.1 ve b.2'nin koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde, TMK.m.229/b.1 uyarınca talepte bulunmak daha kısa sürede ve kolay bir şekilde sonuç almak bakımından yerinde olur¹³⁴.

Kanun'da eklenecek değerlere konu olan kazandırmalar bakımından eşlerden birinin “yaptığı karşılıksız kazandırmalar” ifadesi kullanılmıştır.¹³⁵ Kanaatimizce söz konusu ifadenin ifası gerçekleştirilmiş bağışlama taahhütlerini de içine alacak biçimde

katılmasında bir yıllık sürenin öngörülmesinin sebebi, daha önce yapılan bağışların ispatının güçlüğü nedeniyle (Öztan, *Aile*, 287). Şeker'e göre, TMK.m.229/f. b.1'de öngörülen bir yıllık süre bu hükmün etkisini çok sınırlamakta ve hükmü neredeyse uygulanmaz hale getirmektedir. Bkz. Şeker, *Katılma Rejimi*, 69; Şeker, “Kaynak Kanun”, 141.

¹³² Zeytin, *Katılma Rejimi*, 238-239; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Acabey, *Katılma Rejimi*, 167.

¹³³ Acabey, *Katılma Rejimi*, 167.

¹³⁴ Tenkise tâbi kazandırmalar açısından benzer açıklamalar için bkz. Mustafa Dural, Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, 18. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 272; Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 184.

¹³⁵ Hükümde her ne kadar “yaptığı” ifadesi kullanılmış olsa da bu ifadedен ifanın veya icranın anlaşılması gerekmektedir. Bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 318; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 62.

yorumlanması yerinde olur.¹³⁶ Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde elden bağışlama yapması durumunda, bu bağışlama, tereddütsüz şekilde m.229/b.1 gereği eklenecek değer olarak nitelendirilir. Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yaptığı bağışlama taahhüdünü mal rejiminin sona ermesinden önce ifa etmesi durumunda da aynı sonuç geçerlidir.¹³⁷ Bağışlama taahhütlerinin eklenecek değer olarak dikkate alınması bakımından ifa edildiği zaman önemlidir. Bu nedenle, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan daha eski tarihlerde yapılan bağışlama taahhütleri, son bir yıllık dönemde ifa edilmişse, bu karşılıksız kazandırma TMK.m.229/b.1 gereği eklenecek değer olarak dikkate alınacaktır.¹³⁸ Zira, önemli olan husus, eşin malvarlığından bu süre içerisinde karşılık elde edilmeden bir malvarlığı unsurunun çıkmış olmasıdır.¹³⁹ Örneğin, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerden birinin ölümü sebebiyle sona ermesinden üç yıl önce yapılan bağışlama taahhüdünün, eşin ölümünden dokuz ay önce ifa edilmiş olması halinde, bu karşılıksız kazandırma TMK.m.229/b.1 gereği edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir. Bu durumda bağışlama taahhüdü dokuz ay önce ifa edilmiş olup, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olma koşulunu sağlamaktadır.¹⁴⁰ Borçlandırıcı işlem, mal rejimi sona erdiği ana kadar ifa edilmemişse söz konusu kazandırma malvarlığında mevcut olduğundan herhangi bir ekleme yapılması da söz konusu olmaz.¹⁴¹

Bir karşılıksız kazandırmanın TMK.m.229/b.1 uyarınca eklenecek değer olarak nitelendirilebilmesi için, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde o işleme ilişkin borçlandırıcı işlemin mi yoksa tasarruf işleminin mi yapılması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Doktrindeki hakim olan görüşe göre, karşılıksız kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması ile kastedilen, sözleşmenin veya

¹³⁶ Cem Baygın, “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, *EÜHFD.*, XII/3-4 (2008): 161-162; Nar, *Tenkis*, 179-180.

¹³⁷ Nar, *Tenkis*, 180.

¹³⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 27; Acar, *Mal Rejimleri*, 318; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 193; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 379, dpn. 333; Nar, *Tenkis*, 180.

¹³⁹ Nar, *Tenkis*, 180.

¹⁴⁰ Acar, *Mal Rejimleri*, 318. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Nar, *Tenkis*, 180.

¹⁴¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 193; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239.

borçlandırıcı işlemin yapılması değildir.¹⁴² Burada kastedilen mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan yapılan karşılıksız kazandırmalara ilişkin tasarruf işlemlerinin yapılmış olmasıdır. Zira söz konusu kazandırmalara ilişkin sadece borçlandırıcı işlemin yapılmış olması halinde, malvarlığı değerleri henüz devir ile yükümlü olan eşin mülkiyetinden çıkmadığı için, tasfiye sırasında edinilmiş mal olarak hesaplamaya dâhil edilecektir.¹⁴³ Bu görüş uyarınca, borçlandırıcı işlem, evlilik öncesinde veya mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan daha eski bir tarihte gerçekleşmiş olmasına rağmen, tasarruf işlemi mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde gerçekleşmişse, söz konusu karşılıksız kazandırma eklenecek değerler arasında yer alır. Diğer bir ifadeyle, tasarruf işleminin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması yeterli olup, bu kazandırmanın eklenecek değer olarak dikkate alınıp alınmamasında borçlandırıcı işlemin ne zaman yapıldığının önemi bulunmamaktadır.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, bir yıllık sürenin belirlenmesi bakımından tasarruf işleminin yapıldığı tarihin esas alınması, Kanun'da öngörülen diğer eş koruma amacını aşan bir yorumdur.¹⁴⁴ Zira eşin rızası olmadan mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan karşılıksız kazandırmalar bakımından diğer eşin katılma alacağını azaltmaya yönelik bir amacın bulunduğu karine olarak kabul edilmiştir. Borçlandırıcı işlemin, diğer bir ifadeyle bağışlama iradesinin, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan daha eski bir tarihte yapılması durumunda ise, bu karineden söz edilemeyecektir. Böylece, kazandırmaya ilişkin borçlandırıcı işlemin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan daha eski bir tarihte yapılması durumunda, söz konusu karşılıksız kazandırma eklenecek değerler arasında yer almamalıdır.¹⁴⁵

Kanaatimizce, son bir yıllık sürenin belirlenmesi bakımından, kural olarak, tasarruf işleminin yapıldığı tarihin esas alınması gerekir. Zira karşılıksız kazandırmaya konu olan malvarlığı değerine ilişkin tasarruf işleminin yapılması ile eşin edinilmiş mallarında bir azalma gerçekleşmektedir. Ayrıca, tasarruf işleminin tarihi yerine, son bir yıldan daha eski tarihte yapılan borçlandırıcı işlemin yapıldığı tarihin esas alınması, söz

¹⁴² Jungo, *CHK.*, Art. 208, N. 8; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 193; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 233; Acar, *Mal Rejimleri*, 318-319; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 689.

¹⁴³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 193; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 233; Acar, *Mal Rejimleri*, 318.

¹⁴⁴ Okur, "Dava Hakkı", 157.

¹⁴⁵ Okur, "Dava Hakkı", 157.

konusu kazandırmanın TMK.m.229/f.1, b.2 gereği edinilmiş mallara eklenmesini gerektirir. Bu durum ise, eşin ispat yükünü oldukça ağırlaştırır. Bununla birlikte, istisnai olarak, evlenmeden önce yapılan hukuki işlemler bakımından son bir yıllık sürenin belirlenmesinde borçlandırıcı işlemin yapıldığı tarihin esas alınması yerinde olacaktır. Bu olasılıkta, her ne kadar tasarruf işlemi son bir yıl içinde yapılmış olsa da, borçlandırıcı işlem evlilik birliğinin kurulmasından daha eski bir tarihte gerçekleştirilmiştir. Evlilik birliğinin kurulmasından önce borçlanılan bir edimin, evlilik birliği devam ederken ifa edilmesi halinde, eşin katılma alacağını azaltma kastını karine olarak kabul etmek hükmün konuluş amacına uygun değildir. Böyle bir durumda, söz konusu kazandırma ancak TMK.m.229/f.1, b.2 gereği edinilmiş mallara eklenebilmeli ve son bir yıl içinde tasarruf işlemi yapan eşin katılma alacağını azaltma kastının bulunduğunu iddia eden eş ispat etmelidir.

(b) Kazandırmanın Olağan Hediye Dışında Bir Kazandırma Olması

Eşin son bir yıl içinde yaptığı karşılıksız kazandırmanın eklenecek değerler arasında yer alması, “*olağan hediyeler*” dışında bir kazandırma olması koşuluna bağlıdır. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan, olağan hediyeler dışındaki karşılıksız kazandırmalar değer olarak edinilmiş mallara eklenmektedir.¹⁴⁶ Son bir yıl içinde yapılmış olsalar da olağan hediye niteliğindeki kazandırmalar, eklenecek değerler arasında yer almazlar.¹⁴⁷ Olağan hediyeler, karşılıksız olmalarına rağmen eklenecek değerler dışında bırakılmıştır.

Olağan (alışılmış, âdet üzere verilen) hediye kavramı, “belirli vesilelerle verilen ve eşin malvarlığına göre miktar itibarıyla makul sayılabilecek olan hediyeleri” ifade etmektedir.¹⁴⁸ Karşılıksız kazandırmanın olağan hediye niteliği taşıyıp taşımadığı, hem kazandırmanın yapılmasındaki saik hem de ekonomik değeri dikkate alınarak belirlenmelidir.¹⁴⁹ Eş tarafından yapılan karşılıksız kazandırmanın olağan hediye olarak

¹⁴⁶ Yarg. 8. HD., T. 11.11.2015, E. 2015/18313, K. 2015/20162; Yarg. 8. HD., T. 4.11.2015, E. 2014/11735, K. 2015/19622 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61.

¹⁴⁸ Rona Serozan, Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, 8. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 205; Baygın, “Tenkis”, 166; Nar, *Tenkis*, 172.

¹⁴⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 369; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 35; Yılmaz, *Aile*, 402; Anıl, Taner, *Mal Rejimleri*, 46-47.

nitelendirilmesi ve eklenecek değerler dışında tutulması için iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir.¹⁵⁰

Öncelikle kazandırmanın yapılma sebebi ve özel günlerde verilir verilmemesi yapılan kazandırmanın olağan olup olmamasında belirleyici olur.¹⁵¹ Eş tarafından yapılan kazandırma, doğum günü, evlilik, mezuniyet gibi özel günlerde takdir, tebrik veya hatıra amacıyla yapılmışsa olağan hediye olarak değerlendirilebilir.¹⁵² Eş tarafından yapılan kazandırmanın, kazandırma yapılan kişinin ekonomik bağımsızlığını sağlama veya onu içinde bulunduğu ekonomik sıkıntıdan kurtarma amacını da taşıması gerekir. Zira doktrine göre eşlerden biri tarafından yapılan kazandırma “takdir, teşvik, tebrik, hatıra bırakma amacıyla değil de, doğrudan karşı tarafın malvarlığında bir artışın sağlanması, onun ekonomik bağımsızlığının pekiştirilmesi amacıyla yapılmışsa” TMK.m.229/f.1, b.1’deki diğer koşullar da mevcut ise eklenecek değer olarak hesaplama dikkate alınır.¹⁵³

Eşin yaptığı karşılıksız kazandırmanın olağan hediye niteliği taşıması ve eklenecek değerler dışında kalması için ayrıca ekonomik değer itibarıyla kazandırma yapan eşin malvarlığı açısından da makul sınırlar içinde kalması gerekir.¹⁵⁴ Kazandırmayı yapan eşin ekonomik durumuna uygun düşen kazandırmalar olağan hediye kapsamında değerlendirilir. Örneğin, ekonomik durumu iyi olan bir eşin kardeşine düğününde değerli altın bir kolye vermesi olağan hediye olarak değerlendirilebilir. Ancak söz konusu kazandırmayı ekonomik durumu iyi olmayan bir eşin yapması halinde, bu kazandırma olağan hediye olarak nitelendirilemez. Bu nedenle,

¹⁵⁰ Olağan hediyeler dışındaki kazandırmaların kapsamı tespit edilirken TMK.m.565/b.3 kıyasen uygulanabilir. Bkz. Jungo, *CHK.*, Art. 208, N. 9; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 134; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 198. Bu yönde açıklamaların yapıldığı İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 138 III 689.

¹⁵¹ Jungo, *CHK.*, Art. 208, N. 9; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 450-451; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Özer Deniz, *Tasfiye*, 86; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 34-35.

¹⁵² Olağan hediye kavramı için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 35; Jungo, *CHK.*, Art. 208, N. 9; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 379; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 369; Baygın, “Tenkis”, 166; Erdem/Makaracı Başak, *Aile*, 306; Nar, *Tenkis*, 172; Karamercan, *Dava Hakkı*, 39; Yılmaz, *Aile*, 402; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Özer Deniz, *Tasfiye*, 86; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, 11. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 377; Serozan, Engin, *Miras*, 205; Fikret Eren, İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayın Yayınları, 2019), 601; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 125.

¹⁵³ Eren, Yücer Aktürk, *Miras*, 601; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras*, 125; Nar, *Tenkis*, 172; Karamercan, *Dava Hakkı*, 39.

¹⁵⁴ Jungo, *CHK.*, Art. 208, N. 9; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239; Acabey, *Katılma Rejimi*, 167; Karamercan, *Dava Hakkı*, 39; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Ş. Demir, “Artık Değer”, 254; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras*, 125.

kazandırmanın olağan bir hediye olarak nitelendirilmesinde, kazandırmanın objektif değerinin yanı sıra kazandırmayı yapan eşin ekonomik durumu da dikkate alınmalıdır. Eşin yaptığı kazandırmanın, malvarlığı bakımından makul ölçüler içinde kalıp kalmadığı da, eşin kazandırmayı gerçekleştirdiği tarihteki malvarlığı durumu esas alınarak belirlenmelidir. Eş tarafından yapılan kazandırma, yapıldığı tarihte eşin malvarlığı değerlerine göre makul ölçüler içinde kalıyorsa, mal rejiminin tasfiyesi anındaki ekonomik durumuna göre makul sayılmasa dahi eklenecek değerler arasında yer almaz.

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.1’de olağan hediyeler ifadesi kullanılmış olsa da, bu ifadeden olağan karşılıksız kazandırmalar anlaşılmalıdır.¹⁵⁵ Yardım amacıyla yapılan karşılıksız kazandırmaların miktar itibarıyla de olağan olması durumunda, bu kazandırmalar eklenecek değer olarak dikkate alınmaz.¹⁵⁶ Doktrindeki hakim görüşe göre, ahlaki görevler veya örf adet gereği yapılan karşılıksız kazandırmalar olağan kabul edilmeli ve böylece m.229/f.1, b.1 hükmü kapsamına girmemelidir.¹⁵⁷ Sarı, doktrindeki bu görüşe katılmakla birlikte, ahlaki görevler veya örf adet gereği yapılan karşılıksız kazandırmaların değeri itibarıyla de olağan olması halinde edinilmiş mallara değer olarak eklenmeyeceğini kabul etmektedir.¹⁵⁸ Aksi takdirde ise, söz konusu karşılıksız kazandırmaların da edinilmiş mallara değer olarak ekleneceğini ifade etmektedir. Okur’a göre, yapılan kazandırmanın gerçekten bir ahlaki yükümlülük olup olmadığı, tarafların sosyal konumları, ekonomik durumları, yöresel örf ve adetler ile bu örf ve adetlere göre yapılan kazandırmanın makul olması gibi hususlar dikkate alınarak, ahlaki bir görevin ifası amacıyla yapılan kazandırmanın TMK.m.229/f.1, b. 1 kapsamına dahil edilmemesi, Türk toplumunun örf ve adetleri dikkate alındığında yerinde bir yaklaşım olur.¹⁵⁹ Kanaatimizce, ahlaki bir görevin yerine getirilmesi için verilen şeylerin karşılıksız kazandırma kapsamı içinde değerlendirilebileceği düşünülebilir. Ancak TBK.m.285/f.3 hükmünde ahlaki bir ödevin yerine getirilmesinin bağışlama

¹⁵⁵ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 559; Yıldız, “Tasfiye”, 106.

¹⁵⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Özer Deniz, *Tasfiye*, 86.

¹⁵⁷ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 134; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 198; Şeref Ertaş, “Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan C. II), 15/Özel Sayı (2013), (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 2014): 922. Aksi yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 138 III 689.

¹⁵⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194.

¹⁵⁹ Okur, “Dava Hakkı”, 158.

sayılmayacağı belirtilmiştir. Böylece bağışlama niteliği taşımadığı kanunda açıkça belirtilen ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan karşılıksız kazandırmalar TMK.m.229 kapsamında eklenecek değer olarak dikkate alınmamalıdır.¹⁶⁰ Ancak ahlaki görevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kazandırmalar ahlaki yükümlülüğü yerine getirmekten ziyade diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılmışsa, TMK.m.229/f.1, b.2 gereği eklenecek değer olarak hesaplama dahil edilebilir.

(c) Kazandırmanın Diğer Eşin Rızası Olmadan Yapılmış Olması

Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan ve olağan hediyeler dışında kalan karşılıksız kazandırmanın edinilmiş mallara eklenebilmesi için, bu kazandırmanın yapılmasına diğer eşin rıza göstermemiş olması gerekir.¹⁶¹ Diğer eş karşılıksız kazandırmanın yapılmasına rıza göstermişse, bu kazandırma eklenecek değerler arasında yer almaz. Bu nedenle kazandırmanın değeri, kazandırmada bulunan eşin artık değer hesabında aktiflere eklenmez.¹⁶²

Kanun'da eşin rızası bakımından herhangi bir şekil koşulu aranmamıştır. Bu nedenle, rızanın verilmesi herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir.¹⁶³ Eşin rızası açık veya örtülü olabilir. Ancak eşin karşılıksız kazandırmanın varlığını öğrenmesine rağmen susması, rıza sayılmaz.¹⁶⁴ Zira kişinin susması, bir irade beyanı ve özellikle bir

¹⁶⁰ Tenkise tâbi kazandırmalar açısından aynı yönde açıklamalar için bkz. Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 327, 1973), 109; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras*, 376-377; Baygın, “Tenkis”, 161; Nar, *Tenkis*, 231.

¹⁶¹ Şıpka'ya göre, diğer eşin rızasının bulunmaması, TMK.m.194 ve m.223/f.2 hükümleri dışında kalan malvarlığı devirlerinin geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Söz konusu hükümler dışındaki eşin rızası alınmadan yapılan karşılıksız kazandırmalar geçerliliğini korur (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234).

¹⁶² Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 379; Öztan, *Aile*, 287; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 168; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239; Zeytin, “Değer Artış Payı”, 52; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 134; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 249; Acar, *Mal Rejimleri*, 317; Okur, “Dava Hakkı”, 154; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 452; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Özer Deniz, *Tasfiye*, 85; Ş. Demir, “Artık Değer”, 254. Eşin karşılıksız kazandırmaya rıza göstermiş olması, TMK.m.229 uyarınca eklemekten kurtulan karşılıksız kazandırmalara ilişkin miras hukuku kapsamında tenkis veya denkleştirme talebinden de feragat ettiği anlamına gelmez. Bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 33; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 379; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 369; Acar, *Mal Rejimleri*, 317-318; Acar, “Miras Hakkı”, 70; Okur, “Dava Hakkı”, 154.

¹⁶³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 33; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 379; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 368; Öztan, *Aile*, 287; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 198; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239; Zeytin, “Değer Artış Payı”, 52; Acar, *Mal Rejimleri*, 317; Ertaş, “Hukuki Sorunlar”, 923; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 452; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 61; Ş. Demir, “Artık Değer”, 254-255.

¹⁶⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 33; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 379; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 369; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234. Doktrinde susmanın kural olarak rıza sayılmayacağını, ancak her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapılması gerektiği, özellikle örf ve adet gereği aile içi yardımlaşmanın söz konusu olduğu yörelerde eşinin yaptığı karşılıksız kazandırmalara sessiz kalan eşin rıza göstermiş sayılabileceği belirtilmiştir. Bkz. Gümüş, *Mal*

kabul beyanı olarak nitelendirilemez.¹⁶⁵ Eş rızasını, kazandırma yapılmadan önce izin veya kazandırma yapıldıktan sonra icazet şeklinde verebileceği gibi, işleme katılma yoluyla da verebilir.¹⁶⁶ Ancak eşin icazetinin TMK.m.229/f.1, b.1 kapsamında rıza olarak değerlendirilebilmesi için, en geç mal rejiminin sona ermesinden önce verilmesi gerekir. Rızanın mal rejiminin sona ermesinden sonra açıklaması halinde ise, bu beyan, hukuki niteliği itibarıyla icazet değil, eklenecek değerleri ileri sürme talebinden feragat olarak değerlendirilmelidir.¹⁶⁷ Eşin yaptığı karşılıksız kazandırmaya diğer eşin rıza gösterdiğini, TMK.m.6 gereği bunu iddia eden taraf, diğer bir ifadeyle karşılıksız kazandırmada bulunan eş veya onun mirasçıları ispat etmelidir.¹⁶⁸ Rızanın varlığının her türlü delille ispatlanması mümkündür.¹⁶⁹

Diğer eşin rızası son bir yıl içinde yapılan karşılıksız kazandırmanın üçüncü kişiler lehine yapılması halinde önem taşımaktadır. Kazandırmanın doğrudan diğer eş lehine yapılması halinde, söz konusu kazandırma eklenecek değer olarak dikkate alınmaz. Zira, eşlerden birinin diğeri lehine karşılıksız kazandırmada bulunması, eşin rızasının mevcut olduğunu göstermektedir.¹⁷⁰ Ayrıca böyle bir durumda, kazandırmadan yararlanan eşin, bu işlem dolayısıyla katılma alacağının azaldığını ileri sürmesi de mümkün değildir.¹⁷¹

Eşinin yaptığı karşılıksız kazandırmaya diğer eşin rıza göstermesi, kazandırmayı TMK.m.229/f.1, b.1 kapsamında eklenecek değer olmaktan çıkardığı gibi, kazandırma

Rejimleri, 369; Acar, *Mal Rejimleri*, 317; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 452. Şıpka ise “sadece susmanın rıza olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak hakkın kötüye kullanılması hallerinin saklı olduğunu belirtmiştir”. Bkz. Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 134. Aynı yönde bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 198.

¹⁶⁵ “Susma, kural olarak irade beyanı sayılmaz. Kişinin susmuş olması, olumlu ya da olumsuz bir irade beyanı olarak değerlendirilemez. Ancak susma, güven teorisi çerçevesinde, irade karinesi yoluyla bir irade beyanı gibi sonuç doğurabilir. Susmanın irade beyanı sayılması için, susan kimsenin aksi yönde bir arzuya sahipse dürüstlük kuralına göre susmaması gerekmesi ve susmayacak durumda olmalıdır”. Bkz. Oğuzman, Barlas, *Medeni Hukuk*, 198-199; Baygın, Nar, *Medeni Hukuk*, 181.

¹⁶⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 33; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239; Zeytin, “Değer Artış Payı”, 52; Ertaş, “Hukuki Sorunlar”, 923; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 452; Özer Deniz, *Tasfiye*, 85.

¹⁶⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 33; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 379; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 199; Acar, *Mal Rejimleri*, 317; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 452.

¹⁶⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 34; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 234; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 199; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 453; Özer Deniz, *Tasfiye*, 85.

¹⁶⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194.

¹⁷⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239.

¹⁷¹ Bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, a), (1)

bakımından TMK.m.229/f.1, b.2'nin uygulanmasına da imkân vermez. Bu durumda söz konusu karşılıksız kazandırma eklenecek değer olarak dikkate alınmayacağı için, katılma alacaklısı eş TMK.m.229/f.2 ve m.241 hükmündeki düzenlemeden de yararlanamaz.¹⁷²

b) Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastıyla Yapılan Devirler

(1) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.2'ye göre, “*Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler*” edinilmiş mallara değer olarak eklenir.¹⁷³ Söz konusu hüküm uyarınca, mal rejiminin devamı süresince yapılan kazandırma “katılma alacağını azaltmak kastı” taşıyorsa eklenecek değerler arasında yer alır.¹⁷⁴ Böylece TMK.m.229/f.1, b.2 gereğince bir kazandırmanın sadece katılma alacağını azaltması yeterli olmayıp, ayrıca katılma alacağını azaltma kastıyla yapılması gerekir. Zira eş tarafından yapılan devir, diğer eşin artık değere katılma alacağında azalma meydana getirse dahi, bu amaçla yapılmamışsa, yapılan devrin değeri TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamında eklenecek değer olarak dikkate alınmaz.¹⁷⁵ Ahlaki bir görevin ifası, olağan hediyeler ve yasal bir yükümlülüğün ifası amacıyla yapılan devirlerde TMK.m.229/b.2'de öngörülen kast bulunmamaktadır.

Eşlerden birinin son bir yıllık süre içinde yaptığı kazandırmalar, TMK.m.229/f.1, b.1 kapsamına girerken, daha eski tarihli kazandırmalar ancak katılma alacağını azaltma kastı taşıması halinde b.2 kapsamına girmektedir. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan ve katılma alacağını azaltma kastı taşıyan kazandırmalar da b.2 kapsamında eklenecek değer olarak dikkate alınabilir. Ancak daha

¹⁷² Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194-195; Okur, “Dava Hakkı”, 154.

¹⁷³ TMK.m.229/b.2'de öngörülen kastta eşten mal kaçırma düşüncesi varken, TMK.m.565/b.4'deki kastta kural olarak bütün saklı paylı mirasçılardan mal kaçırma kastı vardır (Acar, *Mal Rejimleri*, 325).

¹⁷⁴ Mal rejiminin sona ermesi durumunda, her bir eşin, belirli bir oranda katılma alacağına sahip olacağı diğer eşin edinilmiş mallarının iyi yönetilmesinde menfaati bulunmaktadır. Ancak kanunda edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlere edinilmiş mallarını iyi yönetme yükümlülüğü getirilmemiş, ayrıca edinilmiş malların iyi yönetilmemesinde eşin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu noktada kanunda yer alan tek sınırlamanın, diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan işlemlerin edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi olduğu söylenebilir (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 56).

¹⁷⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 241-242; Karamercan, *Dava Hakkı*, 48. “Örneğin, eşin edinilmiş mal grubuna ait kullanılmış bir buzdolabı varken, kendisine miras olarak daha iyi bir buzdolabının kalması ve eski buzdolabını üçüncü bir kişiye hediye etmesi halinde, başka delil yoksa bunun diğer eşin katılma alacağını azaltma kastını taşıdığını ileri sürmek mümkün olmamalıdır” (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 242).

önce belirtildiği gibi, bu nitelikte bir kazandırmanın b.1'e göre değil de, b.2'ye göre hesaplamaya dahil edilmek istenmesi, katılma alacağını azaltma kastının ispat edilmesini gerektirdiği için davacının ispat yükünü ağırlaştırır¹⁷⁶. Bu nedenle, TMK.m.229/f.1, b.1 kapsamında eklenecek değer talebinde bulunmak katılma alacaklısı bakımından daha yerinde olur.

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.2 hükmünde eşlerden biri ile üçüncü kişi arasında yapılan işlemin “devir” niteliğinde olması gerektiği belirtilmiştir. Hükmün uygulama alanına diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yaptığı devirler girer. Genel olarak devir kavramı ile bir malın mülkiyetinin veya bir mal üzerindeki hakkın üçüncü bir kişiye geçirilmesi kastedilmektedir.¹⁷⁷ TMK.m.229/f.1, b.2 hükmünde yer alan devir kavramı ise, bir eşin edinilmiş mal kesiminde yer alan bir malvarlığı değerinin tasarruf işlemi yoluyla üçüncü bir kişiye geçirilmesini sağlayan bütün işlemleri ifade etmektedir.¹⁷⁸ Doktrindeki bir görüşe göre, hükümdeki devir kavramı ile malvarlığı değerinin devreden eşin malvarlığından çıkarılarak üçüncü bir kişinin malvarlığına geçirilmesi, diğer bir ifadeyle malvarlığının aktifinin azaltılmasını sağlayan tasarruf işlemleri kastedilmektedir.¹⁷⁹ Doktrindeki diğer görüşe göre ise, devir ifadesinin kapsamına tasarruf işlemleri ile birlikte devir borcu doğuran borçlandırııcı işlemler de girmektedir.¹⁸⁰ Bu görüşte olan Sarı'ya göre, diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla, bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi veya henüz bir devir borcu olmasa da devir borcu doğuran veya ilgili edinilmiş malın değerini düşüren borçlandırııcı işlem yapılması durumlarında herhangi bir devir söz konusu değildir.¹⁸¹ Yazara göre, TMK.m.229 hükmünün amacının eşlerin katılma alacağını korumak olduğu göz önüne alınırsa hüküm geniş yorumlanmalı ve bir malvarlığı devri olmayan hallerin de TMK.m.229/f.1, b.2'nin kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Zira bu durumda da eşin malvarlığının değeri ve dolayısıyla diğer eşin katılma alacağı miktarı azalmaktadır.¹⁸²

¹⁷⁶ Bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, a), (2), (a).

¹⁷⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 241; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 60.

¹⁷⁸ Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 453; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 60-61.

¹⁷⁹ Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 453.

¹⁸⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197.

¹⁸¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197.

¹⁸² Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197.

Zeytin'e göre¹⁸³, TMK.m.229/f.1, b.2'de kullanılan devir kavramı, İsviçre Medeni Kanunu'nda kullanılan devir kavramından daha dardır. Zira İsviçre hukukunda edinilmiş mal kesimine ait bir malın değerini azaltıcı (zarar verici) fiiller de bu kavram kapsamında kabul edilmektedir. Yazar, devir kavramının İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da geniş anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁸⁴ Okur'a göre ise, hükümde yer alan "diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirler" ifadesi, doktrinde bu ifadeye verilen anlamı yansıtmaktan uzaktır¹⁸⁵. Alman Medeni Kanunu'nda kullanılan "diğer eşe zarar verme kastıyla yapılan davranışlar" ifadesi hükmün içeriğini ve kapsamını yansıtmaması bakımından daha yerindedir.¹⁸⁶ Yazara göre TMK.m.229/f.1, b.2 hükmü, birinci bentte zikredilen karşılıksız kazandırmaların yanı sıra, edinilmiş mallara zarar verme, yok etme, ivazlı olmasına rağmen bilinçli olarak zararına satış yapma ve taşınırlarda mülkiyetin terk yoluyla kaybı gibi diğer eşin katılma alacağını azaltma amacı taşıyan her türlü fiili kapsamaktadır.¹⁸⁷

Kanaatimizce, hükümde her ne kadar "devir" ifadesi kullanılmış olsa da, diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan diğer hukuki işlemler de bu hüküm kapsamına girer.¹⁸⁸ Örneğin, eşlerden birinin diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı ile maliki olduğu bir taşınmaz üzerinde üçüncü bir kişi lehine sınırlı ayni hak tanınması veya üçüncü bir kişi lehine borç ikrarını içeren bir senet düzenlemesi gibi işlemler bir malvarlığı devri niteliği taşımasa da hükmün amacına uygun şekilde TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁸⁹ Zira eşlerin katılma alacağını korumak amacıyla sevk edilen TMK.m.229 hükmü geniş yorumlanmalı ve malvarlığı devri niteliği

¹⁸³ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 241.

¹⁸⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 241. Aynı yönde bkz. Zeytin, "Değer Artış Payı", 52; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 63.

¹⁸⁵ Okur, "Dava Hakkı", 159.

¹⁸⁶ BGB. § 1375 Abs. 2 Nr. 3 "Mal rejimi yürürlüğe girdikten sonra eşlerden birisinin, diğer eşi zarar ve ziyana uğratmak kastıyla gerçekleştirdiği davranışlar, ...(bu davranışları gerçekleştiren eşin) malvarlığında meydana getirdiği azalma nispetinde, (zarar ve ziyan kastıyla hareket eden) eşin nihai malvarlığına eklenir. Alman Medeni Kanunu'nda kullanılan ifade, daha kapsayıcı olması bakımından diğer eşin katılma alacağını korumaya daha elverişlidir" (Okur, "Dava Hakkı", 159).

¹⁸⁷ Okur, "Dava Hakkı", 159. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Jungo, *CHK*, Art. 208, N. 11.

¹⁸⁸ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 240-241; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 235; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 199; Öztaş, "Katılma Alacağı", 560-561; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 62; Karabağ Bulut, "Tasfiye", 821.

¹⁸⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197; Genç Arıdemir, "Üçüncü Kişi", 453; Karamercan, *Katılma Alacağı*, 631; Karamercan, *Dava Hakkı*, 46. Benzer açıklamalar için bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 199. Öztaş'a göre, "gerçek değerinin altında bir karşılık elde edilerek yapılan kazandırmalar, vakıf kurma, hukuki fiiller de katılma alacağını azaltma kastıyla yapılmışsa bu hükmün kapsamına girer" (Öztaş, "Katılma Alacağı", 561).

göstermeyen hukuki işlemlerin de TMK.m.229/f.1, b.2'nin kapsamına girdiği kabul edilmelidir.¹⁹⁰ Malvarlığı devri niteliği göstermeyen bu işlemler bakımından, mal rejiminin tasfiyesinde malın değeri bu yükümlülüklerden bağımsız olarak belirlenmelidir.¹⁹¹ Böylece malın değerini azaltan işlemler hiç yapılmamış gibi, katılma alacağı miktarı hesaplanmalıdır.¹⁹² Örneğin, eşlerden birinin katılma alacağını azaltma kastıyla üçüncü bir kişi lehine bağımsız bölümü üzerinde intifa hakkı tanınması halinde, artık değer hesaplamasında intifa hakkının bağımsız bölümün değerini azaltması amaçlanmıştır. Böyle bir durumda tasfiye esnasında intifa hakkı tesis edilmemiş gibi bağımsız bölümün değeri hesaplanmalıdır.¹⁹³

Ölüme bağlı tasarruflarla lehdara sağlanan kazandırmalar, kural olarak, TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamında devir olarak nitelendirilemez. Zira, söz konusu hüküm, yalnızca sağlararası işlem yoluyla gerçekleşen ve edinilmiş mallarda azalmaya sebep olan devirler bakımından uygulanabilir. Bu nedenle, sadece eşin terekesini etkilemesi mümkün olan mirasçı ataması veya vasiyet türündeki ölüme bağlı tasarruflar hükmün kapsamına girmez.¹⁹⁴ Ancak Acar'ın da belirttiği üzere, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinde ivaz edinilmiş mallardan karşılanmışsa, ivazın miras payından fazla olduğu açık olarak anlaşılıyor ve ivaz adı altında gizli bağış yapılmışsa, TMK.m.229/b.2 uygulanabilir.¹⁹⁵ Ayrıca ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de ivaz edinilmiş mallardan verilmiş ve katılma alacağını azaltma kastının varlığı ispatlanabilirse, gizli bağışa dayanılarak m.229/b.2 hükmünün uygulanması mümkün olur.¹⁹⁶

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.1 hükmünün aksine b.2'de yapılan devirlerin karşılıklı veya karşılıksız olmasından bahsedilmemiştir. Zira söz konusu bentte devrin yapılma amacı esas alınmış, devir için yapılan işlemin türü açısından bir sınırlama

¹⁹⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197.

¹⁹¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 198; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 235; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 199; Karamercan, *Katılma Alacağı*, 631; Karamercan, *Dava Hakkı*, 46.

¹⁹² Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 198.

¹⁹³ Genç Arıdemir, "Üçüncü Kişi", 457.

¹⁹⁴ Acar, *Mal Rejimleri*, 325. Yazarın bu görüşü, bir karşılıksız kazandırmanın edinilmiş mallara değer olarak eklenebilmesi için sağlararası karşılıksız kazandırma niteliğinde olmasının doğal bir sonucudur. Zira, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi terekenin paylaşımından önce gerçekleşmekte ve ölüme bağlı tasarruflara konu olan malvarlığı değerleri mal rejiminin sona ermesi anında eşin malvarlığında bulunmaktadır.

¹⁹⁵ Acar, *Mal Rejimleri*, 325.

¹⁹⁶ Acar, *Mal Rejimleri*, 325.

öngörülmemiştir.¹⁹⁷ Bu nedenle, hükmün uygulama alanı karşılıksız kazandırmalarla sınırlı değildir.¹⁹⁸ Karşılıksız kazandırmaların yanı sıra bir karşılık alınarak yapılan kazandırmalardan belirli özellikleri gösterenler de hükmün uygulama alanına girmektedir. Bu niteliği gösteren işlemler özellikle karma bağışlamalardır.¹⁹⁹ Örneğin, eşlerden birinin diğerinin katılma alacağını azaltma kastıyla maliki olduğu taşınmazı gerçek değerinin altında bir bedelle üçüncü kişiye satması halinde, gerçek değerle satış bedeli arasındaki fark eklenecek değerler arasında yer alır.²⁰⁰

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.2’de, b.1’de belirtilen kazandırmalardan farklı olarak, hükmün uygulama alanı bakımından diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı düzenlenmemiştir. Esasen bu bentte yer alan kazandırmalar bakımından diğer eşin rızasının olması, işin niteliğine uygun düşmemektedir. Zira diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirler, ya diğer eşten gizlenerek ya da diğer eşin iradesine aykırı olarak yapılmaktadır.²⁰¹ Aksi kanaatte olan Dural/Öğüz/Gümüş’e göre, TMK.m.229 hükmünde eşin rızasının olmaması koşulu sadece b.1 açısından öngörülmüş olsa da, b.2 uyarınca yapılan devirler açısından da hükmün uygulanabilmesi için, kazandırmaya diğer eşin rıza göstermemiş olması gerekir.²⁰² Zeytin’e göre ise, birinci bentten farklı olarak burada diğer eşin rızasının bulunmaması bir koşul olarak öngörülmemiştir. Diğer eş devre rıza göstermiş olsa da, bu kazandırma değer olarak edinilmiş mallara eklenir ve hesaplama dâhil edilir.²⁰³ Kanaatimizce, bir eşin katılma alacağını azaltma kastıyla gerçekleştirdiği kazandırmaya diğer eşin rıza göstermesi durumunda kazandırma gerek TMK.m.229/f.1, b.1, gerekse b.2 kapsamında

¹⁹⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 195; Yenice Ceylan, “Eklenecek Değerler”, 226; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 61.

¹⁹⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 37; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 195; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 240; Acar, *Mal Rejimleri*, 322-323; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 380; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 369; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 235; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 199; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 560; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 453; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 107; Karamercan, *Dava Hakkı*, 44; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 61; Karabağ Bulut, “Tasfiye”, 821; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 95; Önçek, “Tasfiye”, 23. Sarı’ya göre, hükmün uygulama alanı karşılıksız kazandırmalarla sınırlı olmasa da, hüküm büyük ölçüde karşılıksız kazandırmalar yönünden uygulanacaktır (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 195).

¹⁹⁹ Nuspliger, *OFK.*, Art. 208, N. 4. Karma bağışlamalarda gerçek değerle satış bedeli arasındaki farkın bulunması ve bu farkın bağışlama kastıyla olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 116 II 225; BGE 98 II 352.

²⁰⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 37; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 195; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 560-561.

²⁰¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197.

²⁰² Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 380. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Okur, “Dava Hakkı”, 154.

²⁰³ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 242.

eklenecek değerler arasında yer almaz. Zira TMK.m.229 hükmü bir eşin katılma alacağının diğer eşin yaptığı karşılıksız kazandırmalarla azaltılmasını engellemek amacıyla düzenlenmiştir. Eşlerden biri, katılma alacağını azalttığını bildiği halde diğer eş tarafından yapılan hukuki işleme rıza göstermişse, hükmün sağladığı korumadan yararlanamamalıdır. Ayrıca, diğer eşin kastını bilerek karşılıksız kazandırmaya (devre) rıza gösteren eşin, kazandırmaya konu olan değer mal rejiminin tasfiyesinde hesaplamaya katılmasını talep etmesi çelişkili davranış yasağına da aykırılık teşkil eder.²⁰⁴

(2) Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.2'nin Uygulama Koşulları

(a) Devrin Mal Rejiminin Devamı Süresince Yapılmış Olması

Katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirler süre yönünden bir sınırlamaya tâbi tutulmamıştır. Katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirler mal rejiminin sona ermesinden ne kadar süre önce yapılmış olursa olsun eklenecek değer olarak hesaplamaya dahil edilir. Bu devirler açısından süre sınırının bulunmamasının sebebi, hükümde yer alan devirlerin kast sebebiyle kanuna karşı hile oluşturmamasından kaynaklanmaktadır.²⁰⁵ Ancak hükmün uygulanması açısından her ne kadar bir süre sınırlaması olmasa da, söz konusu kazandırmaların mal rejiminin devamı süresince yapılmış olması gerekmektedir. Zira hükme göre, mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirler eklenecek değer kapsamında değerlendirilir. Okur'a göre²⁰⁶ ise, katılma alacağını azaltma kastı ile yapılan devirler yönünden herhangi bir zamansal sınırlama öngörülmemesi yerinde değildir. Yazara göre, Alman Medeni Kanunu'ndakine benzer bir şekilde on yıl gibi üst süre belirleyen bir hükmün bulunması yerinde olurdu.²⁰⁷ Kanaatimizce, TMK.m.229/f.1, b.2'nin amacı dikkate alındığında yapılan devrin eklenecek değer olarak dikkate alınması bakımından bir üst sürenin öngörülmemiş olması yerinde bir düzenlemedir. Aksi takdirde eşlerden birine söz konusu süreden önce gerçekleştireceği devirlerle diğer eşin artık değere katılma alacağını dolaylı yoldan azaltma ya da tamamen ortadan kaldırma imkânı

²⁰⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197.

²⁰⁵ Acar, *Mal Rejimleri*, 322; Karamercan, *Dava Hakkı*, 44-45; Karabağ Bulut, "Tasfiye", 821. TMK.m.565/b.4 hakkında aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Eren, *Tenkis*, 92.

²⁰⁶ Okur, "Dava Hakkı", 160.

²⁰⁷ Okur, "Dava Hakkı", 160.

tanınmış olur. Eşlerden birine bu imkânın tanınması ise, edinilmiş mallara katılma rejiminin temel esaslarıyla bağdaştırılamaz.

Eşler arasında mal rejimi uygulanmaya başlamadan önce veya mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan devirler, katılma alacağını azaltma kastı taşısa dahi, edinilmiş mallara eklenecek değer özelliği göstermezler.²⁰⁸ Zira, edinilmiş mallara katılma rejiminin başlamasından önce, eşlerin korunması gereken bir beklemece hakkı söz konusu değildir.²⁰⁹ Ayrıca, mal rejiminin yürürlüğe girmesinden önceki malvarlığı değerleri kişisel mal niteliği taşıyıp, katılma alacağının belirlenmesinde göz önünde tutulmaz.²¹⁰ Katılma alacağı mal rejiminin sona erme anına göre belirlenecek olduğundan, malvarlığında sona erme anından sonra vuku bulan artış veya azalışlar da katılma alacağının miktarı açısından bir değişiklik yaratmaz.²¹¹

(b) Devrin Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastıyla Yapılmış Olması

(i) Katılma Alacağını Azaltma Kastı Kavramı

Kanun'da ve hükmün gerekçesinde “diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devir” kavramı açıklanmamıştır. Kavramın anlamının hükmün amacından yola çıkılarak tespit edilmesi gerekir. Bu nedenle, eşlerden birinin yaptığı devir, diğer eşin katılma alacağının korumasını sağlayan hukuki imkânları ortadan kaldırmaya yönelik olursa, eşin devri diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir. Bu bakımdan yapılan devrin hukuken nasıl nitelendirildiğinin veya hangi ad altında yapıldığının bir önemi bulunmamaktadır.²¹² Önemli olan husus, yapılan devrin diğer eşin katılma alacağını azaltmaya yönelik olmasıdır. Örneğin, katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devir, muvazaalı bir satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasına gizlenen bağışlama sözleşmesine dayanabilir.

²⁰⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 196; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 456; Karamercan, *Dava Hakkı*, 46-47.

²⁰⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 241.

²¹⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 196.

²¹¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 196. Mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan devirlerin TMK.m.229/f.1, b.2 ve TMK.m.241 kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 3, a), (5).

²¹² Nar, *Tenkis*, 186.

Katılma alacağını azaltma kastının yapılan bir devrin temel amacı olması yeterlidir. Bu amaç dışında başka amaçlar güdülmüş olması, örneğin eşin kardeşine yardım etme amacını da taşıması, hükmün uygulama alanı bulmasını engellemez.²¹³

(ii) Kastın Niteliği

Katılma alacağını azaltma kastının doğrudan kast biçiminde gerçekleşmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Doktrindeki bir görüşe göre²¹⁴, malvarlığı devrinin TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamında eklenecek değer olarak dikkate alınabilmesi için, devri yapan eşin, doğrudan doğruya eşinin katılma alacağını azaltma amacı taşıması zorunlu değildir. Katılma alacağını azaltma kastının dolaylı olması da mümkündür. Diğer bir ifadeyle, eş, devir anında malvarlığının o andaki durumuna ve kazandırmanın o andaki değerine göre, devrin eşinin katılma alacağını azaltacağını biliyor ve buna rağmen katılma alacağının azalmasını göze alıyorsa, TMK.m.229/b.2'deki kast gerçekleşmiştir. Devri yapan eşin ayrıca bu sonuçları istemesi gerekmez. Doktrindeki diğer bir görüşe²¹⁵ göre ise, malvarlığı devrinin diğer eşin katılma alacağını azaltmak için, bilerek ve isteyerek yapılması, kastın varlığının kabulü için gereklidir. Devrin yapılması sırasında, bunun diğer eşin katılma alacağını azaltacağını bilmesi ve göze alınması yeterli değildir. Zira aksinin kabulü durumunda, hükmün uygulama alanı aşırı genişleyecek ve büyük oranda bütün karşılıksız kazandırmaların hükmün kapsamına girmesine yol açacaktır. Böyle bir durum da m.229/f. 1, b.1'deki bir yıllık sürenin anlamını yitirmesine yol açacaktır.²¹⁶ Kanaatimizce, devrin eşin katılma alacağını azaltma kastının dolaylı da olması mümkündür. Bununla birlikte dolaylı kastın araştırılmasında daha dikkatli davranılmalıdır. Zira eşin hangi amaçla devri gerçekleştirdiğini tespit etmeden, sadece katılma alacağının azalmış olması ve bu sonucun eş tarafından bilinmesi gerektiğinin kabul edilmesi hükmün uygulama alanını çok fazla genişletir. Hükmün uygulama alanının genişletilmesi ise, TMK.m.229/f.1, b.1'in düzenlenme amacını etkisiz kılacağı gibi, eşin yaptığı devirlerin büyük çoğunluğunun eklenecek değer niteliği göstermesine sebep olur. Bu nedenle, eşin yaptığı devirlerin TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamında eklenecek değerlere konu olması için, hem devrin katılma alacağını azaltacağını eş

²¹³ Okur, “Dava Hakkı”, 160.

²¹⁴ Acar, *Mal Rejimleri*, 323; Okur, “Dava Hakkı”, 160.

²¹⁵ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 195; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 560; Karabağ Bulut, “Tasfiye”, 821.

²¹⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 195.

tarafından öngörülmesi hem de katılma alacağının azalmasının göze alınmış olması gerekir.

(iii) Kastın Borçlu Eşe Ait Olması

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.2 uyarınca malvarlığı değerinin edinilmiş mallara eklenmesinin sebebi, eşlerden birinin diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla hareket etmiş olmasıdır.^{217, 218} Katılma alacağını azaltma kastının sadece devir işlemini gerçekleştiren eşte bulunması yeterlidir. İşlemin karşı tarafının da diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla hareket etmesi gerekmez.²¹⁹ Bu bakımdan kazandırmadan yararlananın, devri yapan eşin kazandırma yapma amacını bilip bilmemesi de önemli değildir.²²⁰ Zira devirden yararlanan kişinin, devrin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığından habersiz olması devre konu unsurun eklenecek değer niteliği göstermesini engellemez. Bu nedenle, bir kazandırmanın TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamında dikkate alınması için kazandırmada bulunan eş esas alınmalı ve onun devri gerçekleştirme amacı araştırılmalıdır. Devrin diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılıp yapılmadığı ise, devrin gerçekleştiği an esas alınarak belirlenmelidir.²²¹ Devrin yapıldığı anda diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı bulunmuyorsa, sonradan böyle bir amacın ortaya çıkması devre konu malvarlığı unsuruna eklenecek değer niteliği kazandırmaz.

(iv) Devrin Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltma Kastıyla Yapıldığının İspatı

Katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirlerin eklenecek değerler arasında yer alması bakımından önemli olan diğer bir husus, katılma alacağını azaltma

²¹⁷ TMK.m.565/b.4’de öngörülen diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirlerde söz konusu kastın açık olması şartı TMK.m.229/b.2 açısından aranmamaktadır. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 380; Okur, “Dava Hakkı”, 159-160.

²¹⁸ “Bir kişinin TMK.m.229/b.2 anlamında kasta sahip olması, TMK.m.565/b.4 anlamında da kasta sahip olduğu anlamına gelmez. Böylece, ölüm ile mal rejimin ve terekenin tasfiyesinin yapılması halinde, TMK.m.229/b.2 anlamında bir kastın varlığı, TMK.m.565/b.4’deki kastın varlığı sonucunu doğurmaz” (Acar, *Mal Rejimleri*, 325).

²¹⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 195; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 135; Acar, *Mal Rejimleri*, 324; Yenice Ceylan, “Eklenecek Değerler”, 228; Karamercan, *Dava Hakkı*, 48; Ş. Demir, “Artık Değer”, 255; Karabağ Bulut, “Tasfiye”, 821.

²²⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 195; Şıpka, “Eklenecek Değerler”, 135; Nar, *Tenkis*, 187; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 560.

²²¹ Acar, *Mal Rejimleri*, 323; Karamercan, *Dava Hakkı*, 48; Karabağ Bulut, “Tasfiye”, 821.

kastının ispatıdır.²²² Türk Medeni Kanunu m.229'a göre eklenecek değerleri ileri süren eş, eklenecek değer olduğunu iddia ettiği malvarlığı unsurunun diğer eş tarafından katılma alacağını azaltma kastıyla elden çıkarıldığını ispat etmek zorundadır.²²³ Zira diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirlerin diğer kazandırmalardan farkı amaç unsurudur. Bu kapsamda devir yapan eşin katılma alacağını azaltma kastı ile hareket ettiği ispatlanamazsa, söz konusu devirler TMK.m.229/b.2 uyarınca edinilmiş mallara değer olarak eklenemeyecektir. İspat yükü açısından malvarlığını azaltma kastı ile devir yapıldığının ispatı yeterli olup, ayrıca bu kazandırmaların edinilmiş mallardan yapıldığının ispatlanması gerekmez.²²⁴ Zira eşlerin malvarlığında yer alan bütün malvarlığı değerleri aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal sayılır (TMK.m.222/f.3). Devrin kişisel mallardan yapıldığını ve ekleme işlemi yapılmaması gerektiğini kazandırmada bulunan veya devri yapan eş ispatlamalıdır.²²⁵

Katılma alacağını azaltma kastında ispat yükü, TMK.m.6'daki ispat yüküne ilişkin genel ilkeye göre belirlenir. Bu ilkeye göre, katılma alacağını azaltma kastıyla devir yapan kişinin eşi ve onun mirasçıları, yapılan devrin, katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını ispatla yükümlüdürler. Devrin bu kasıtlı yapıldığının ispatı her türlü delille mümkündür.²²⁶ Eşin devri yaparken katılma alacağını azaltma kastını taşıyıp taşımadığı her bir olayın özellikleri göz önünde bulundurularak ayrıca değerlendirilmelidir. Yargıtay kararlarına konu olaylarda, dava konusunun taşınmaz olması durumunda tapuda yer alan devir bedeli, malvarlığının satış tarihindeki gerçek değeri ile satış tarihi ile boşanma davasının açıldığı tarih arasındaki süre, söz konusu sürede elde edilen satış bedelinin harcanmasının mümkün olup olmadığı, tarafların

²²² “Ölüm ile birlikte mal rejiminin ve terekenin tasfiyesinin gerçekleşmesi durumunda, kast açısından mağdur olan eş TMK.m.229/b.2'deki kastı ispatladığında, kendisi açısından m.565/b.4'deki kastı da ispatlamış sayılmalıdır” (Acar, *Mal Rejimleri*, 325).

²²³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 66; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 235; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 199; Okur, “Dava Hakkı”, 168; Ş. Demir, “Artık Değer”, 255. TMK.m.229 hükmü emredici nitelikte olduğundan dolayı, hâkim, katılma alacağını azaltma kastıyla devirler yapıldığını dosya kapsamından tespit ederse, yapılan devirleri eklenecek değerler olarak re'sen hesaplamaya dahil edecektir (Ş. Demir, “Artık Değer”, 255).

²²⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 200.

²²⁵ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 200.

²²⁶ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 208, N. 17; Nuspliger, *OFK.*, Art. 208, N. 3. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. 5C.90/2004; BGE 118 II 27. Söz konusu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Şükran Şıpka, Pınar Özlem Demir, “İsviçre Federal Mahkemesinin ‘Edinilmiş Malların Tasfiyesi’ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)”, içinde *Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 255-262.

sosyo ekonomik durumları, devredilen malvarlığının devir yapıldıktan sonra davalı tarafından mı yoksa üçüncü kişi tarafından mı kullanıldığı kastın belirlenmesi bakımından esas alınması gereken kriterler olarak gösterilmiştir.²²⁷

3. Karşılıksız Kazandırma veya Devirlerin Eklenerek Değer Olarak Hesaba Katılmasının Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere Etkisi

a) Eklenerek Değerlere İlişkin Hukuki İşlemlerin Geçerliliği

Eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde karşılıksız kazandırmada bulunduğu veya edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken eşin katılma alacağını azaltma kastıyla devirler yaptığı tespit edilse dahi, bu işlemler geçerliliğini korur. Diğer eş, karşılıksız kazandırmanın veya devirlerin katılma alacağını azalttığını ileri sürerek bunların geçersiz kılınmasını talep edemez.²²⁸

Türk Medeni Kanunu m.229 hükmünde yer alan kazandırmaların eklenerek değer olarak hesaba katılmaları, söz konusu işlemlerin geçerliliğini etkilemez.²²⁹ TMK.m.229/f.1 uyarınca karşılıksız kazandırmanın değerinin edinilmiş mallara eklenmesi suretiyle hesaba katılması sadece eşler arasında sonuç doğurur.²³⁰ Zira yapılan kazandırmaların iptali yoluna gidilemeyeceği gibi, bunların kazandırmadan

²²⁷ Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 204-205. Yarg., 8. HD., T. 21.3.2019, E. 2018/11854 K. 2019/3013 “Davalı tarafın borçlar nedeniyle taşınmazın satıldığı yönündeki savunmasının inandırıcı delillerle ortaya konmadığı, bu yöndeki davalı tanık beyanlarının ise soyut ve inandırıcı nitelikte olmadığı, hayatın olağan akışına göre boşanmadan kısa bir süre önceki devrin katılma alacağını azaltmaya yönelik olduğunun kabulü gerektiği, boşanma davasının açılmasından kısa süre önce taşınmazın davalı tarafça kardeşine tapuda devredilmesi karşısında bu satışın TMK’nin 229/2 maddesi uyarınca diğer eşin katılma alacağını azaltmak maksadıyla yapıldığının kabulü ile mal rejiminin tasfiyesinde eklenerek değer niteliğinde olduğunun kabul edilerek, belirtilen yasal düzenleme ve ilkeler gözetilerek davacı lehine artık değere katılma alacağının hesaplanması gerektiğine ...” (Lexpera).

²²⁸ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 208, N. 16; Ş. Demir, “Artık Değer”, 255.

²²⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 14; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 208, N. 16; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 251; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 141; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 237; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 169; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 230; Şıpka, “Eklenerek Değerler”, 133; Kılıçoğlu, *Aile*, 337; Acar, *Mal Rejimleri*, 314; Yılmaz, *Aile*, 404; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 62; Ş. Demir, “Artık Değer”, 253; Gündoğdu Özbek, *Eklenerek Değerler*, 90. “Türk Medeni Kanunu m.229 hükmündeki düzenleme, üçüncü kişiye yapılan devrin iptali sonucunu doğurmamakta, üçüncü kişiye davanın ihbar edilmesi koşuluyla katılma alacağına kavuşamayan eşin katılma alacağına kavuşabilmesini sağlamaktadır” (Karamercan, *Katılma Alacağı*, 631). Karamercan, “TMK.m.229 hükmünden yararlanılması durumunda üçüncü kişiye devredilmiş olan malvarlığında bir değişim olmaması durumunu tasarrufun iptali davalarındaki duruma benzetmiştir”. Zira yazara göre, “tasarrufun iptali davasında da üçüncü kişi lehine, alacaklının alacağına kavuşamaması için bir devir yapılmaktadır. Alacaklı da alacağını tatmin edemediği miktar kadar üçüncü kişiden bir para alacağı talep etmektedir” (Karamercan, *Katılma Alacağı*, 631).

²³⁰ Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 62.

veya devirden yararlanan üçüncü kişilerden istenmesi de söz konusu değildir.²³¹ Değer itibariyle edinilmiş mallara eklemeye yapılmasının kazandırma konusu hukuki işleme herhangi bir etkisi olmayacağı için, işlem eklemeye talebinin yapıldığı tarihe kadar geçerli ise, bu tarihten sonra da geçerliliğini korur.²³² Diğer eşin rızasının alınmamış olması da yapılan kazandırmaların geçerliliğini etkilemez. TMK.m.229 hükmünün eşlerin sözleşme özgürlüğünü sınırlandırması söz konusu değildir.²³³ Bu nedenle, TMK.m.229’da sayılan karşılıksız kazandırma veya devirlerden yararlanan üçüncü kişiler kural olarak m.229 hükmünün uygulanmasından etkilenmezler.²³⁴ Bununla birlikte kanun koyucu, katılma alacağının karşılanmayan kısmı ile sınırlı olmak üzere, katılma alacaklısı eş veya mirasçılara karşılıksız kazandırma veya devirlerden yararlanan üçüncü kişilere başvurma imkânı tanımıştır (TMK.m.241/f.1).

b) Davanın Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere İhbar Edilmesi

(1) İhbarın Amacı

Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada katılma alacaklısı eş, karşılıksız bir kazandırma ya da devre konu olan malvarlığı unsurunun edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi talebinde bulunabilir. Mahkemece söz konusu malvarlığı unsurunun TMK.m.229/f.1 gereği eklenecek değer olduğuna dair verilen karar, kural olarak eşler bakımından sonuç doğurur. Zira, usul hukukunda dava, davacı ve davalı taraf olmak üzere iki taraf sistemine dayanmakta olup, eşler veya mirasçıları arasında görülen tasfiye davasında verilen hüküm yalnızca davanın tarafları hakkında sonuç doğurmaktadır. Kural olarak, kararın kazandırma ya da devirden yararlanan üçüncü kişileri etkilemesi, onlara karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak kanun koyucu TMK.m.229/f.2’deki düzenleme ile mahkeme kararının üçüncü kişilere karşı da ileri sürülmesine imkân tanımıştır. TMK.m.229/f.2’ye göre, “*Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyumsuzluklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri*

²³¹ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 251; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 169; Kılıçoğlu, *Aile*, 337.

²³² Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 62.

²³³ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 237; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 123. Kılıçoğlu’na göre ise, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin karşılıksız kazandırmalara ilişkin sözleşmeleri diğer eşin rızasına tâbi tutularak, sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. bs. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 113-114.

²³⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 243.

sürülebilir”.²³⁵ Hüküm gereği eşler tarafından mal rejiminin tasfiyesine, diğer bir ifadeyle katılma alacağının belirlenmesine ilişkin açılan davada TMK.m.229/f.1’de belirtilen kazandırma ve devirler hakkında verilen mahkeme kararının kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi bu davanın onlara ihbar edilmiş olması halinde mümkündür.²³⁶ Burada şu husus önemle vurgulanmalıdır ki, katılma alacaklısı eşin, TMK.m.241 uyarınca katılma alacağının eksik kalan kısmı için karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı dava açabilmesi için, m.229/f.2 uyarınca mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davanın onlara ihbar edilmiş olması şart değildir. Böylece TMK.m.229/f.2 uyarınca üçüncü kişilere ihbar yapılmamış olsa da, TMK.m.241 hükmüne dayanarak onlara karşı dava açılabilir. Ancak doktrindeki aksi görüşe göre, TMK.m.229 uyarınca üçüncü kişiye ihbar yapılmamışsa, TMK.m.241 hükmüne başvurulamaz.²³⁷

Gençcan’ın da ifade ettiği üzere, TMK.m.229/f.1 hükmü, “eklenecek değerlerin eşe karşı ileri sürülmesini” konu edinirken, TMK.m.229/f.2 hükmü ise, “eklenecek değerlerin üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesini” konu edinir.²³⁸ Türk Medeni Kanunu m.229/f.2 hükmü, f.1’i tamamlayıcı niteliktedir.²³⁹ Zira ikinci fıkra da yer alan hüküm ile eklenecek değerlerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olmasaydı, TMK.m.229 hükmünün amacına tam olarak ulaşması söz konusu olmazdı.²⁴⁰

Medeni usul hukuku çerçevesinde davanın ihbarı, görülmekte olan bir davada, taraflardan birinin, kendisine yardım etmek üzere davaya müdahalesini sağlamak

²³⁵ İsviçre Medeni Kanunu’nun 208. maddesinin son fıkrasında yer alan bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılmadan önce Türk Medeni Kanunu m.229 hükmünün gerekçesine göre “Madde İsviçre Medeni Kanunu’nun 208. maddesinden kısmen değiştirilmek suretiyle alınmıştır. İsviçre Medeni Kanunu 208 inci maddesini iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Birinci fıkra iki bent olup aynen alınmıştır. Buna karşılık İsviçre Medeni Kanunu 208. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu tür kazandırma ve uyuşmazlıklarda, kararın, dava kendisine ihbar edilmişse bu devir ve kazandırmalardan yararlanan için verileceğine ilişkin hüküm alınmamıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda davanın üçüncü kişiye ihbarıyla ilgili hükümler mevcut olduğundan, bu genel hükümler varken böyle bir hükme gerek olmadığı düşünülmüştür”. Bkz. O. Gökhan Antalya, *Gerekçeli ve Açıklamalı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 216. TMK.m.229/f.2, hükümet tasarısında yer almasına rağmen, daha sonra TBMM Adalet Komisyonu’nda maddeye eklenmiştir. Bkz. Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 250; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 141; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 89.

²³⁶ Okur, “Dava Hakkı”, 165-166. TMK.m.229/f.2 hükmünün lafzî yorumu dikkate alındığında bu sonuca varılmaktadır. Bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 217.

²³⁷ Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 105.

²³⁸ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 688.

²³⁹ Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 90.

²⁴⁰ Acar, *Mal Rejimleri*, 327, dpn. 966; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 90.

amacıyla üçüncü kişiye davanın bildirilmesini ifade etmektedir.²⁴¹ İhbar edilen davanın sonucunda verilecek kararın üçüncü kişiyi de etkileyecek olması sebebiyle davanın ihbarı ile dava üçüncü kişilere duyurulmakta ve üçüncü kişinin dilerse davaya müdahale edebileceği bildirilmektedir. Medeni usul hukukunda ihbar eden taraf bakımından davanın ihbarının amacı, üçüncü kişinin davaya katılarak ihbar eden tarafa yardım etmesinin sağlanmasıdır.²⁴² Maddi hukuk bakımından davanın ihbarının amacı ise, davayı ihbar eden tarafın, davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişiye karşı açacağı rücu veya üçüncü kişinin ihbar edene karşı açacağı tazminat davasında hakkını daha güvenli bir biçimde ileri sürebilmesidir.²⁴³ TMK.m.229/f.2’de öngörülen davanın ihbarında, usul hukukunda olduğu gibi, üçüncü kişinin davaya katılarak ihbar eden tarafa yardım etmesinin sağlanması gibi bir durum söz konusu değildir.²⁴⁴ Zira TMK.m.229 uyarınca yapılacak ihbar sonucunda üçüncü kişi davayı kendisine ihbar eden kişi yanında değil de karşı taraf yanında da davaya katılabilir.²⁴⁵

Türk Medeni Kanunu m.229/f.2’de yer alan ihbar imkânı, alacaklı eşi, borçlu eş veya mirasçılara karşı açtığı davaya karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişileri de dahil ederek, bu davada elde edilen kararın üçüncü kişilere karşı da etkili olmasını sağlamaktadır.²⁴⁶ Bu imkânın tanınması ile usul ekonomisi gereği katılma alacaklısı eşin daha az masrafla ve ayrı bir zaman harcanmasına gerek olmadan

²⁴¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 180; Baki Kuru, Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 393; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 216; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 152; Murat Atalı, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 737-738; Ramazan Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 565; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Bası (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 265; Murat Atalı, *Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 41; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), 131.

²⁴² Kuru, Aydın, *Usul*, 393; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 91-92.

²⁴³ Kuru, Aydın, *Usul*, 393; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 92.

²⁴⁴ Gökçen Topuz, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Üçüncü Kişilerden Talep Edilmesi”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I* (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 517; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 91-92.

²⁴⁵ Bkz. Birinci Bölüm, II, A, 3, b), (6).

²⁴⁶ Acabey, *Katılma Rejimi*, 168. Yazara göre, “davanın ihbarı ile davaya dahil olan üçüncü kişi, davanın tarafı haline gelmediği için verilen kararın ona karşı da ileri sürülebilmesi, usul hukukuna ilişkin olan “nihai kararların ancak davanın tarafları arasında kesin hüküm teşkil etmesi” kuralı ile bağdaştırılmaz. Burada borçlu eş ile lehtar olan üçüncü kişi arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu kabul edilerek, üçüncü kişiye de davanın yönetilmesi, usul hukuku kuralları ile bağdaşacaktır” (Acabey, *Katılma Rejimi*, 168).

alacağına daha kolay kavuşması imkânı doğmaktadır.²⁴⁷ Zira m.229/f.2’de öngörülen ihbar imkânının kullanılması ve karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişiye karşı m.241 hükmü uyarınca dava açılmış olması ihtimalinde bu kazandırma veya devirlerin eklenecek değer kapsamında olup olmadığı tekrar inceleme konusu yapılmayacaktır.²⁴⁸ Böyle bir ihtimalde eşler arasında görülen tasfiye davasında söz konusu kazandırmaların eklenecek değer niteliğinde olup olmadığı önceden değerlendirildiği için bunun tespitinin yapılması için ayrı bir zaman harcanmamış olacaktır. Ayrıca eşler arasındaki tasfiye davasının üçüncü kişiye ihbar edilmesiyle, hem üçüncü kişiye karşı açılan davanın katılma alacaklısı eş aleyhine sonuçlanması ihtimali ortadan kalkmış olmakta hem de tarafları farklı olsa da aynı dava konusu hakkında iki farklı kararın ortaya çıkması engellenmektedir.²⁴⁹ Davanın ihbarı imkânının tanınması katılma alacaklısı eşin korunmasını da sağlamaktadır. Davanın ihbar edilmiş olması, katılma alacaklısı eş veya mirasçılarının katılma alacağının eksik kalan kısmını TMK.m.241’e göre üçüncü kişiden talep ettiği hallerde, üçüncü kişinin kazandırmayı elden çıkartmaması ve TMK.m.241’de belirtilen sürelerin kaçırılmaması hususunda bir koruma sağlar.²⁵⁰

Davanın üçüncü kişilere ihbar edilmesine ilişkin ZGB.Art.220/Abs.2 hükmü 2008 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikten sonra, bazı yazarlar tarafından İsviçre Medeni Kanunu’nda üçüncü kişiye karşı dava açılabilmesi için karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişiye davanın ihbar edilmiş olmasının şart olmaktan çıkarıldığı, Türk hukukunda da buna ilişkin bir değişiklik yapılması

²⁴⁷ Atalı, *Pekcanitez Usûl*, 765; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 244; Okur, “Dava Hakkı”, 166; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Acabey, *Katılma Rejimi*, 168; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 92.

²⁴⁸ Acabey, “katılma alacaklısı eşin üçüncü kişiye karşı TMK.m.241 hükmü uyarınca ayrı bir dava açmasına ve katılma alacaklısı eş ile kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişi arasında yeni bir davanın görülmesine gerek kalmadığını ifade etmektedir” (Acabey, *Katılma Rejimi*, 168). Kanaatimizce söz konusu görüş isabetli değildir. Zira, ihbarın yapılması sonucunda eşler arasında görülen davada sadece üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın eklenecek değer olup olmadığına ilişkin tespit üçüncü kişiye karşı hüküm ifade etmektedir. İhbarın yapılmış olması, m.241 hükmüne göre dava açıldığı anlamına gelmemektedir. Katılma alacağının karşılanmayan kısmının üçüncü kişiden istenebilmesi için, m.241 uyarınca dava açılması gerekmektedir.

²⁴⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 244; Karamercan, *Dava Hakkı*, 187; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 92; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 156.

²⁵⁰ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 237; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 215-216. Şıpka/Özdoğan’a göre, “bu korumanın sağlanması için uygulamada eşin diğer eşe karşı açtığı ve üçüncü kişiye ihbar edilen mal rejiminin tasfiyesi davasında, üçüncü kişiye devredilen malvarlığı değerleri üzerinde tedbir konulması gerekmektedir. Ancak uygulamada üçüncü kişi, ihbar edilen davanın tarafı olmadığından tedbir talepleri mahkeme tarafından reddedilebilmektedir” (Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 216).

gerektiği ifade edilmiştir.²⁵¹ Ancak bu konudaki karşı görüşe göre ise, İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan usule ilişkin tüm hükümler İsviçre Medeni Usul Kanunu’na tâbi kılındığı için Türk hukukunda bu konuda bir değişiklik yapılmasına gerek yoktur.²⁵² Kanaatimizce de, 19.12.2008 tarihli kanun değişikliği ile İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan usul kaynaklı tüm hükümler, 01.01.2011 tarihli İsviçre Medeni Usul Kanunu’nda yer alan hükümlere tâbi tutulmuştur. Böylece ZGB.Art.220/Abs.2 hükmündeki davanın ihbarı kurumu da İsviçre Medeni Usul Kanunu Art.77 vd. hükümlerine tâbi kılındığı için Türk hukukunda böyle bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç yoktur. Ayrıca şunu tekrar belirtmek gerekir ki, kanaatimizce TMK.m.241 hükmü uyarınca alacaklı eşin katılma alacağının eksik kalan kısmı için üçüncü kişilere dava açabilmesi için davanın ihbar edilmiş olması şart değildir.

Davayı ihbar edecek olan eş, yapılan kazandırma veya devirler nedeniyle üçüncü kişilerden eksik kalan katılma alacağının ödenmesini talep etme hakkı olan eştir.²⁵³ Zira karşılıksız kazandırma veya devirleri yapan eşin, üçüncü kişilere davayı ihbar etmesinde kural olarak herhangi bir menfaati yoktur.²⁵⁴ Ancak üçüncü kişinin alacaklı eşe ödeme yapması durumunda, borçlu eş ile üçüncü kişi arasında yapılan ödeme dolayısıyla ortaya çıkacak talepler yönünden davanın ihbarı önem arz edebilir.²⁵⁵

(2) İhbarın Koşulları

Türk Medeni Kanunu m.229 hükmü uyarınca eklenecek değerler kapsamında yapılmış olan kazandırma veya devirlere ilişkin mahkeme kararlarının kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için davanın üçüncü kişiye ihbar edilmiş olması gerekmektedir.

Üçüncü kişiye yapılan ihbarın geçerli olması için bazı koşulları taşıması gerekir. Öncelikle, mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağının belirlenmesine ilişkin açılmış ve görülmekte olan (derdest) bir dava bulunmalıdır. Bu dava, katılma alacaklısı eş veya mirasçıları tarafından edinilmiş mallara değer olarak eklenecek kazandırma ya da

²⁵¹ Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 217.

²⁵² Karamercan, *Dava Hakkı*, 188.

²⁵³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 95. Gençcan’a göre, “katılma alacağı davasının davacısı olan eş ihbar isteminde bulunabilir”. Yazara göre “eklenecek değerlerin incelendiği davanın davalısı olan eşin davayı ihbar etmesinde hukuki bir yararı yoktur” (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 694).

²⁵⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261.

²⁵⁵ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261.

devirleri gerçekleştiren eş aleyhine açılmış bir dava olmalıdır.²⁵⁶ Dolayısıyla, katılma alacaklısı eş, açılan bir tasfiye davasında üçüncü kişilere yapılan kazandırmaların değerinin katılma alacağına eklenmesi gerektiğini iddia ediyorsa, davanın üçüncü kişilere ihbar edilmesini isteyebilir.²⁵⁷ Bu dava sonucunda eklenecek değer olarak ileri sürülen kazandırma veya devirlere ilişkin mahkeme kararı, ihbarın yapılması koşulu ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Ayrıca davanın ihbar edilebileceği kişi, mal rejiminin tasfiyesine yönelik açılan davanın taraflarına nazaran üçüncü kişi durumunda olmalıdır.²⁵⁸ Bu anlamda, ihbarın muhatabı, bir eşin edinilmiş malını, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde karşılıksız olarak kazanan veya süre koşulu aranmaksızın katılma alacağının azaltılması kastıyla yapılan devirden yararlanan üçüncü kişidir. İhbar yapılacak üçüncü kişinin ölmesi durumunda ihbar mirasçılara yapılır. Karşılıksız kazandırma veya devir yapılan üçüncü kişi söz konusu malvarlığını başka bir kişiye devretmiş olsa dahi sorumluluğu süreceğinden, malvarlığı değerinin elden çıkarılmış olması davanın ihbar edilmesini engellemez.²⁵⁹

Davanın ihbarı tek taraflı bir usul işlemi olup, karşı tarafın iznine veya mahkemenin onayına bağlı değildir.²⁶⁰ Davanın ihbarı mahkeme aracılığıyla veya mahkeme dışı bir yolla yapılabilir.²⁶¹ Zira ihbarda bulunacak taraf davanın ihbar edilmesini mahkemeden talep edebileceği gibi, mahkemeye başvurmadan doğrudan doğruya kendisi de davayı ihbar edebilir.²⁶² Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre, taraflardan birinin usulüne uygun düzenleyeceği bir dilekçe ile davanın ihbarını mahkemeden talep etmesi mümkündür (HMK.m.62/f.1). Bu düzenleme uyarınca mahkemenin davanın ihbarı hakkında bir karar vermesi gerekli olmayıp, mahkeme sadece davayı üçüncü kişiye ihbar edecektir.²⁶³ Mahkeme davanın ihbarı talebini kabul etmezse, ihbar doğrudan doğruya ilgili tarafça yapılır. Zira ihbar talebinin mahkemece kabul edilmemesi, hukuki menfaati olan tarafın ihbarda bulunmasına engel teşkil

²⁵⁶ Kılıçoğlu, *Aile*, 336; Okur, "Dava Hakkı", 165-166.

²⁵⁷ Öztaş, "Katılma Alacağı", 573.

²⁵⁸ Davanın taraflarının birbirine ihbarda bulunamayacağı ve ihbar yapılacak kişinin, davanın tarafı olmayan üçüncü kişi olması gerektiği yönünde açıklamalar için bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl*, 181; Kuru, Aydın, *Usul*, 393; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 267.

²⁵⁹ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 694.

²⁶⁰ Arslan vd., *Usul*, 567; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl*, 182.

²⁶¹ Arslan vd., *Usul*, 567; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl*, 182; Kuru, Aydın, *Usul*, 394; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 266; Atalı, *İhbar*, 93; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 91.

²⁶² Arslan vd., *Usul*, 567.

²⁶³ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 244.

etmez.²⁶⁴ Ayrıca davanın ihbarı mahkeme dışı yolla da yapılabilir. Örneğin, noter aracılığıyla veya taahhütlü mektupla da davanın ihbarı yapılabilir.²⁶⁵ Mahkeme dışı ihbarın noter aracılığıyla yapılması işlem güvenliği ve ispat bakımından yararlı olur.²⁶⁶

Yargıtay kararlarına göre, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada üçüncü kişinin davalı olarak gösterilmesi üçüncü kişiye ihbar yapıldığı anlamına gelir.²⁶⁷ Ancak söz konusu Yargıtay uygulaması eleştirilmektedir. Yargıtay uygulamasını eleştiren Şıpka/Özdoğan'a göre, mal rejiminin tasfiyesi davasında fer'i müdahil olarak katılamamış bir üçüncü kişi savunmalarını ileri süremeyeceği için söz konusu uygulama yerinde değildir.²⁶⁸ Mal rejiminin tasfiyesi davasında üçüncü kişinin davalı olarak gösterilmesi, TMK.m.229/f.2 hükmü uyarınca ihbar yapıldığı anlamına gelmemektedir. Akçin'e göre²⁶⁹ ise, üçüncü kişi açısından hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmemesi için, ön inceleme aşamasında üçüncü kişiye karşı açılan davanın ayrılmasına karar verilmeyip, davalı eş (veya mirasçıları) hakkında nihai hüküm kuruluncaya kadar beklenmelidir. Böyle bir durumda nihai hükme kadar davaların ayrılmaması ve üçüncü kişilerin davalı olarak gösterilmesi halinde, mal rejiminin tasfiyesi davası üçüncü kişilere duyurulmuş olacağı için, TMK.m.229 hükmü uyarınca ihbar yapılmış sayılmalıdır.²⁷⁰ Kanaatimizce, davalı eşle birlikte üçüncü kişiye karşı açılan dava ön inceleme aşamasında ayrılmamışsa, üçüncü kişinin davalı olarak gösterilmesi davanın ihbarı olarak değerlendirilmelidir. Zira bu halde de üçüncü kişi davadan haberdar olmakta ve davalı sıfatıyla savunma yapma hakkına sahip olmaktadır.

²⁶⁴ Arslan vd., *Usul*, 567.

²⁶⁵ Mahkeme dışı yolla davanın ihbarının noter aracılığıyla yapılabileceğine ilişkin açıklama için bkz. Kuru, Aydın, *Usul*, 394; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 91. Mahkeme dışı yolla davanın ihbarının noter aracılığı veya taahhütlü mektupla yapılabileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usul*, 182.

²⁶⁶ Atalı, *İhbar*, 95.

²⁶⁷ Yarg. 8. HD., T. 19.02.2019, E. 2016/15691, K. 2019/1632 “Üçüncü kişi hakkında eşle birlikte dava açılması halinde; kararda TMK'nin 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'nin 229/2-son maddesindeki ihbar işlevini de yerine getirmiş olacaktır” (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası). Benzer yönde karar için bkz. Yarg. 8. HD., T. 26.2.2019, E. 2017/11052, K. 2019/2009 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶⁸ Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 223.

²⁶⁹ Fahri Akçin, “Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Yargıtay Uygulamaları”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): Tebliğ 3. Oturum Soru-Cevap Kısmı, 216-217.

²⁷⁰ Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 94.

(3) İhbar Edilecek Dava

Türk Medeni Kanunu m.229 uyarınca karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere ihbar edilecek dava, eşler veya ölmüş olmaları halinde mirasçıları arasındaki katılma alacağının belirlenmesine ilişkin tasfiye davasıdır.²⁷¹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.61/f.1 uyarınca dava, tahkikat sonuçlanıncaya kadar üçüncü kişiye ihbar edilebilir; davanın ihbar edildiği üçüncü kişi davaya fer'i müdahil olarak katılırsa tahkikat sona erinceye kadar fer'i müdahil olarak davada yer alabilir (HMK.m.66). Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.61/f.1 hükmünde belirtildiği üzere, dava, tahkikat sonuçlanıncaya²⁷² kadar üçüncü kişiye ihbar edilebilir.²⁷³ Bu nedenle, davanın ihbarından söz edebilmek için, açılmış ve henüz tahkikat aşamasının sonuçlanmadığı bir dava mevcut olmalıdır.²⁷⁴ Ayrıca, davanın ihbar edildiği kişinin davaya fer'i müdahil olarak katılacağı göz önünde bulundurulursa, üçüncü kişi,

²⁷¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 89; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 154. “Üçüncü kişilere başvurabilmek için, eşe karşı açılan tasfiye ve ekleme talebini içeren davanın, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere ihbar edilmesi gerekir” (Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 108). Üçüncü kişilere ihbar edilecek dava katılma alacağı davasıdır (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 694, dpn. 1456).

²⁷² HMK.m.184'e göre, “Hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir (f.1). Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim eder (f.2)”. Söz konusu düzenleme uyarınca, tahkikat aşaması, mahkemece tarafların iddia ve savunmaları ile toplanan deliller değerlendirildikten sonra, araştırılması gereken bir husus kalmadığında sona erer. Hâkim, bu durumda duruşmada hazır bulunan kişilere tahkikatın tümüne ilişkin açıklama yapmaları için söz verir. Taraf beyanlarından sonra tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığı ve tahkikatın sona erdiği duruşmada hazır bulunanlara tefhim edilir. Bunun üzerine mahkeme tahkikatın bittiğini taraflara bildirir ve tahkikat aşaması sona erip sözlü yargılama aşamasına geçilir (HMK.m.186). Bkz. Arslan vd., *Usul*, 523; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl*, 334-335; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 549-550.

²⁷³ Zira, ihbarın tahkikat aşamasından sonra yapılması, ihbar ile amaçlanan sonucu tam olarak gerçekleştirilemez ve yargılamayı uzatır. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası'na göre, “kanun yolu aşamasında davanın ihbarı mümkün değildir. Ancak üst mahkemenin verdiği karar sonrası tahkikat yeniden yapılacaksa davanın ihbarı bu aşamada mümkün olmalıdır” (Arslan vd., *Usul*, 567). Pekcanitez/Atalay/Özkes'e göre, “istinaf mahkemesinde dava yeniden ele alınıp tahkikat yapılırsa, istinaf mahkemesinde de ihbar mümkündür. Ancak ilk derece mahkemesinin verdiği karar istinaf mahkemesince sadece iptal edilirse ihbar yapılamaz. Yargıtay'da temyiz aşamasında ise ihbar mümkün değildir” (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl*, 181). Kuru/Aydın'a göre ise, “davaya müdahale ilk derece mahkemesinde mümkün olup, istinaf mahkemesi ve Yargıtay'da davaya müdahalede bulunulamaz. Böylece istinaf mahkemesinde davaya müdahale edilemeyeceğinden, istinaf aşamasında davanın ihbarı da mümkün değildir” (Kuru, Aydın, *Usul*, 395, dpn. 1). Atalı/Ermenek/Erdoğan'a göre de, “istinaf aşamasında fer'i müdahale mümkün olmadığı için, bu aşamada davanın ihbarı da söz konusu olamaz” (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 267).

²⁷⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 267; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl*, 181; Atalı, *İhbar*, 71. Davanın ihbarı, ancak görülmekte olan (derdest) bir dava için söz konusu olabilir. Böylece ileride açılması düşünülen bir davanın üçüncü kişiye bildirilmesi davanın ihbarı niteliğini taşımaz (Kuru, Aydın, *Usul*, 393).

HMK.m.66 uyarınca davanın ihbarı sonucunda tahkikat sonuçlanıncaya kadar davaya fer'i müdahil olarak katılabilir. Zira ihbarın yapılması ile birlikte, ihbarın yapıldığı üçüncü kişi, davaya fer'i müdahil olarak katılabilmelidir. Fer'i müdahale ise, davanın açıldığı andan itibaren tahkikat sona erinceye kadar yapılabilir (HMK.m.66).²⁷⁵ Böylece TMK.m.229/f.2 hükmü uyarınca karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere, eşler arasında açılan tasfiye davasının açıldığı andan başlayarak tahkikat aşaması sonuçlanıncaya kadar ihbarda bulunulması mümkündür. Üçüncü kişi davanın kendisine geç ihbar edilmesi nedeniyle savunma hakkını kullanamamışsa, TMK.m.241'e göre açılan davada eklenecek değerlere ilişkin verilen karara karşı iddialarını ileri sürebilir.²⁷⁶ Bu imkân Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde dürüstlük kuralına dayandırılmasına karşın, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.69/f.2'deki düzenleme ile açıkça tanınmıştır.²⁷⁷

Alacaklı tarafa avantaj sağlayan davanın ihbarından nasıl yararlanılacağına ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, davanın ihbarının gerçekleştirilmesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır.²⁷⁸

(4) Türk Medeni Kanunu m.229/f.2'de Öngörülen İhbarın Usul Hukukundaki İhbar Müessesinden Ayrılan Yanları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ihbara ilişkin hükümler yanında, Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere farklı kanunlarda ihbara ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bu hükümlerin düzenleme şekli ve sonuçları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklıdır.²⁷⁹

²⁷⁵ Atalı, *Pekcanitez Usûl*, 753-755; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 91; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 216.

²⁷⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 52; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 245.

²⁷⁷ Z. R. Demir, *Artık Değer*, 157. Dürüstlük kuralına dayandıran açıklamalar için bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 245.

²⁷⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 216; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 45; Karamercan, *Dava Hakkı*, 187; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 91. HMK'da yer alan davanın ihbarı hükümlerinin, bünyesine uygun düştüğü ölçüde TMK.m.229/f.2 uyarınca davanın ihbar edilmesinde uygulanması gerektiğine ilişkin açıklamalar için bkz. Atalı, *Pekcanitez Usûl*, 739; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 152.

²⁷⁹ Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 217; Okur, "Dava Hakkı", 166; Karamercan, *Dava Hakkı*, 193-194; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 91. Bu duruma örnek olarak TMK.m.229/f.2 hükmü verilmiştir. Bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl*, 181; Atalı, *Pekcanitez Usûl*, 739, dpn. 29.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.61/f.1'e göre, *“Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir”*. HMK.m.63'e göre ise, *“Dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir”*.²⁸⁰ TMK.m.229/f.2 uyarınca davanın ihbar edileceği kişi karşılıksız kazandırmadan veya devirden yararlanan kişidir. Dava bu kişiye ihbar edildiği takdirde davayı kazanmasında kendisinin hukuki yararı olan taraf ise lehine kazandırmada bulunan eştir. İhbarın yapıldığı üçüncü kişi, kendisine ihbarda bulunan eşin değil, davayı kazanmasında menfaati olan lehine kazandırmada bulunan eşin yanında davaya katılacaktır.²⁸¹ İhbarın yapıldığı üçüncü kişinin, ihbarda bulunan eşin yanında değil de diğer eşin yanında davaya katılmasının ihbarda bulunan eşe hangi menfaati sağlayacağı düşünülebilir. Usul hukuku bakımından davanın ihbarına ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, bir tarafın, üçüncü kişinin karşı tarafın yanında davaya katılması için davayı ihbar etmesinde hukuki bir yararı bulunmamaktadır.²⁸² Ancak TMK.m.229/f.2 hükmünde öngörülen davanın ihbarında durum farklıdır. Zira TMK.m.229/f.2 eşe davayı ihbar etmesi halinde özel bir menfaat sağlamaktadır. TMK.m.229/f.2'ye göre ihbarda bulunan eşin menfaati, eklenecek değerlere ilişkin mahkeme tarafından verilen kararı kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilmektedir. Davanın üçüncü kişiye ihbar edilmiş olması, daha sonra TMK.m.241 uyarınca kendisine karşı açılacak davada lehine yapılan kazandırmaların m.229 kapsamında eklenecek değer niteliğinde olmadığını ileri sürülmesini de

²⁸⁰ Hükmün gerekçesine göre, “Maddede, ihbar üzerine kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişinin yargılamada nasıl yer alacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu düzenlemeye göre, kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişi, mutlaka ihbarda bulunan tarafın değil, hukuki yararı bulunuyorsa diğer tarafın da yanında yer alabilecektir. -1086 sayılı Kanunda ihbar üzerine üçüncü kişi, taraf yanında veya onun yerine davayı takip yetkisiyle birlikte davada yer alabilmekteydi. Yapılan yeni düzenlemeyle, ihbarı alan üçüncü kişinin, sadece hukuki yararı olan taraf yanında yargılamada yer alması kabul edilmiştir. ...”. Bkz. Ramazan Arslan vd., *Notlu- Gerekeçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 118, dpn. 97.

²⁸¹ Bu durumda ihbar eden ve ihbar olunan arasındaki klasik dayanışma devam ediyor olmasına rağmen, ihbarda bulunan kişi başkalaşmaktadır (Okur, “Dava Hakkı”, 166).

²⁸² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası'na göre, “Kimse kendi aleyhine (diğer taraf lehine), üçüncü kişinin davaya katılması için davanın ihbarında bulunmaz. Aynı şekilde davayı ihbar eden, üçüncü kişinin kendi yanında davaya katılmasını bildirir. Bu sebeple taraflardan birinin davaya karşı tarafın yanında katılması için ihbarda bulunulmasını istemesinde hukuki menfaati yoktur” (Arslan vd., *Usul*, 566-568).

engelleyecektir.²⁸³ Böylece davanın ihbar edilmiş olmasında hem davacının hem de davalının menfaati bulunmaktadır.²⁸⁴

(5) Kararın Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi

Türk Medeni Kanunu m.229/f.2’de yer alan “ileri sürme” kavramından ne anlaşılması gerektiği TMK.m.241/f.1 ve f.3’de ifade edilmiştir. TMK.m.241’e göre, *“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 (f.1) Dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her halde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer (f.2). Yukarıdaki fıkra hükümleri ve yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır (f.3)”*.

Söz konusu hükümler birlikte değerlendirilirse “ileri sürme” kavramı, katılma alacağının borçlu eşin malvarlığından ya da terekesinden karşılanmayan kısmının, lehine TMK.m.229/f.1 kapsamında kazandırma veya devir yapılan üçüncü kişiden talep edilebilmesini ifade etmektedir. Üçüncü kişinin katılma alacağının karşılanmayan kısmını rızai olarak ifa etmemesi halinde, alacaklı eş ya da mirasçıları ona karşı dava açma hakkına sahiptir. Bu amaçla açılan dava, “mal rejimine özgü tenkis davası” olarak isimlendirilmekte ve ileri sürmenin de bu dava yoluyla gerçekleştirildiği kabul edilmektedir.²⁸⁵

(6) İhbar Üzerine Üçüncü Kişinin Tutumu

Eklenecek değerlere ilişkin uyuşmazlığı da konu alan tasfiye davası kendisine ihbar edilen üçüncü kişi, ihbar üzerine farklı şekillerde davranabilir. Üçüncü kişi, katılma alacaklısı eş ya da mirasçıları tarafından yapılan ihbara rağmen hareketsiz

²⁸³ Okur, “Dava Hakkı”, 167.

²⁸⁴ Okur, “Dava Hakkı”, 167.

²⁸⁵ Acar, *Mal Rejimleri*, 327; Acar, “Miras Hakkı”, 73; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 89; Anıl, Taner, *Mal Rejimleri*, 219.

kalabilir veya davaya fer'i müdahil olarak katılabilir. İhbar dolayısıyla üçüncü kişinin davaya katılma zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁸⁶

Davanın ihbarı, üçüncü kişinin davaya fer'i müdahil olarak katılmasına imkân sağlar (HMK.m.63). Ancak fer'i müdahalenin gerçekleşebilmesi için davanın ihbar edildiği üçüncü kişinin bu yönde talepte bulunması gerekir (HMK.m.67/f.1). Diğer bir ifadeyle, ihbarın yapılmış olması tek başına üçüncü kişinin fer'i müdahil olarak davaya katılmasını sağlamaz.²⁸⁷ Zira davanın ihbarı ile üçüncü kişiye dava arkadaşı olarak davaya katılması bildirilir.²⁸⁸ Mahkeme, davanın ihbar edildiği üçüncü kişinin müdahale talebini kabul ederse, üçüncü kişi söz konusu davada fer'i müdahil olur ve fer'i müdahaleye ilişkin hükümler uygulanır.²⁸⁹ Davaya müdahalede bulunmayan üçüncü kişi, sadece “ihbar edilen” sıfatı ile tarafların yanında veya karşısında hazır bulunamaz.²⁹⁰

Üçüncü kişi, karşılıksız kazandırma veya devri yapan eşin yanında davaya katılabilir. Bunun için yanında davaya katılacağı eşin rızasının bulunup bulunmaması önemli değildir.²⁹¹

Üçüncü kişinin davanın ihbarı üzerine hareketsiz kalması, kendisinin açacağı davadan feragat ettiği veya kendisine karşı açılacak davayı kabul ettiği anlamına gelmez. Zira ihbar yapılmasına rağmen hareketsiz kalan üçüncü kişi için de ihbarın etkisi söz konusu olur.²⁹²

²⁸⁶ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usûl*, 182; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 357; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 216; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 694-695; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 45; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 153. Davanın ihbarı ile üçüncü kişiye davaya fer'i müdahil olarak katılması veya davayı kendisine ihbar eden tarafı temsil etmesi bildirilir. Ancak davanın ihbar edildiği üçüncü kişinin davaya katılma zorunluluğu veya davayı kendisine ihbar eden kişiyi temsil etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 244; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 216; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 45.

²⁸⁷ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usûl*, 183; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 217.

²⁸⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes'e göre ise, “medeni usul hukukunda iki taraf sistemi, üçüncü kişilerin davanın taraflarından birisi yanında davaya katılmasını engellemez” (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usûl*, 174).

²⁸⁹ Kuru, Aydın, *Usul*, 395-396; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 268.

²⁹⁰ Kuru, Aydın, *Usul*, 396.

²⁹¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 46; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 244; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 573; Karamercan, *Dava Hakkı*, 188; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 154.

²⁹² Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usûl*, 182; Budak, Karaaslan, *Usul*, 132; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 154. Kendisine dava ihbar edilen üçüncü kişi, ihbar üzerine davaya katılmasa da müdahalenin etkisini önleyemez. Bkz. Hakan Pekcanitez, “Fer'i Müdahalenin Etkisi”, içinde *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C. 2*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 1636.

(7) İhbarın Sonuçları

İhbarın yapılmasının amacı, kazandırma lehtarının açılmış olan davadan haberdar olmasına ve davaya fer'i müdahil olarak katılmasına imkân sağlamaktır. Kendisine ihbar yapılan kişi, ihbar üzerine davaya fer'i müdahil olarak katılmasa da, onun hakkında ihbarın etkisi söz konusu olur.²⁹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihbarın etkisi konusunda özel bir düzenleme yapılmamıştır. HMK.m.64 hükmüne göre, *“İhbar edilen davada verilen hükmün ihbar eden kişiye etkisi hakkında 69 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyasen uygulanır”*. Söz konusu hükümde ifade edildiği üzere, verilen hükmün davayı ihbar eden tarafa etkisi, fer'i müdahalenin etkisini düzenleyen hükme yollama yapılarak düzenlenmiştir.²⁹⁴ Zira davanın ihbarının amacı, üçüncü kişinin davaya fer'i müdahil olarak katılmasını sağlamak olduğu için, fer'i müdahalenin etkisi davanın ihbarı bakımından da geçerli olacaktır.²⁹⁵ Davanın ihbarı, lehine eklenecek değerleri konu alan kazandırma ya da devir yapılan üçüncü kişinin davacı veya davalı eş yanında davaya taraf olarak katılması sonucunu doğurmaz. Zira, usul hukukunda dava, davacı ve davalı taraf olmak üzere iki taraftan oluşmaktadır. Kural olarak eşler veya mirasçıları arasında görülen tasfiye davasında verilen hüküm yalnızca davanın tarafları hakkında sonuç doğurur. Bu nedenle dava ihbar edilmiş olsa da, hâkim eklenecek değerlere ilişkin olarak davaya fer'i müdahil olarak katılan üçüncü kişi hakkında karar vermez.²⁹⁶ Ancak lehine karşılıksız kazandırma veya devir yapılan üçüncü kişi hakkında karar verilmese de hükmün üçüncü kişiyi etkilemesi söz konusu olur.

Davanın üçüncü kişiye ihbar edilmesinin en önemli sonucu, mal rejiminin tasfiyesi davasında eklenecek değerlere ilişkin olarak verilen kararın üçüncü kişi için de bağlayıcı olması, ona karşı ileri sürülebilmesidir.²⁹⁷ Zira katılma alacaklısı eşin, katılma

²⁹³ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usûl*, 181; Z. R. Demir, *Artuk Değer*, 153-154.

²⁹⁴ Arslan vd., *Usul*, 568; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 268.

²⁹⁵ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usûl*, 183-184.

²⁹⁶ Karamercan, *Dava Hakkı*, 188. İlk davada davanın tarafı olmayan fer'i müdahil hakkında bir karar verilemeyeceğinden, ilk davada verilen hüküm fer'i müdahil ile asıl taraf arasındaki davada kesin hüküm teşkil etmeyecektir (Pekcanitez, “Etki”, 1630).

²⁹⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 244; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 573; Özer Deniz, *Tasfiye*, 110; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 45; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 217; Okur, “Dava Hakkı”, 166; Karamercan, *Dava Hakkı*, 189; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 92. Yarg. 8. HD., T. 07.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275 “Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, artık değere katılma alacağı miktarı hesaplanırken eklenecek değerler göz önünde bulundurulur. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesine göre; eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında

alacağının karşılanmayan kısmı için TMK.m.241 hükmüne dayanarak davanın ihbar edildiği üçüncü kişiye karşı dava açması durumunda, bu davada davacı eş TMK.m.229 hükmünde yer alan işlemlerden birinin bulunduğunu, bu işlemde davalı olan üçüncü kişinin yararlandığını ve işlemin kapsamını ispat etmekten kurtulur.²⁹⁸ Böylece TMK.m.229/f.2 hükmünde belirtilen ihbarın yapılmış olmasının yaratacağı hukuki sonuç, sonradan üçüncü kişiye karşı TMK.m.241'e dayanılarak açılacak davada, onun lehine yapılan kazandırma veya devirler bakımından TMK.m.229'daki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin yeniden tahkikat konusu yapılmamasıdır.²⁹⁹

Katılma alacaklısı eş tarafından tasfiye davasının ihbar edildiği üçüncü kişiye karşı açılan davada, üçüncü kişi, diğer eşin kendisi lehine yaptığı kazandırma ya da devirlerin TMK.m.229 hükmü kapsamında eklenecek değerlerden olmadığını iddia edemez.³⁰⁰ Üçüncü kişi ancak diğer dava açma koşullarına ilişkin bir savunmada bulunabilir.³⁰¹ Örneğin, katılma alacaklısı eşin, davayı ihbar ettiği üçüncü kişiye karşı m.241 hükmüne dayanarak dava açması durumunda, üçüncü kişi katılma alacağının borçlusu olan eşin katılma alacağının tamamını ödeyebileceğini ileri sürebileceği

yaptığı karşılıksız kazandırmalar ile mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler mal rejiminin sona erdiği anda mevcutmuş gibi tasfiyeye dahil edilir. Mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmesi koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bu durumda, üçüncü kişi aleyhine sonradan aynı Kanun'un 241. maddesine göre alacak davası açıldığında 229. maddedeki kazandırma veya devir koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği yeniden araştırma konusu yapılmayacaktır" (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

²⁹⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261-262; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 244-245; Öztaş, "Katılma Alacağı", 573; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 92; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 45.

²⁹⁹ Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 92; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 155; Akçin, "Yargıtay Uygulamaları", 158; Fahri Akçin, "Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Uygulamalar", içinde *Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Şubat 2016, I. Cilt*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 200; Özdoğan, "Tasfiye", 186. Yarg. 8. HD., T. 13.4.2016, E. 2014/25885, K. 2016/6712 "İşte, belirtilen bu 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" (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde kararlar için bkz. Ankara BAM. 12. HD., T. 09.03.2017, E. 2017/136, K. 2017/135; Yarg. 8. HD., T. 19.02.2019, E. 2016/15691, K. 2019/1632; Yarg. 8. HD., T. 26.02.2019, E. 2017/11052, K. 2019/2009 (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası).

³⁰⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 51; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 245; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 418; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 694-695; Özer Deniz, *Tasfiye*, 110; Tak Aydınman, *Sona Erme*, 130-131; Tolga Şengül, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Üçüncü Kişilere Yapılan Devirler ve Sonuçları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 102. Şıpka/Özdoğan'a göre, ihbar yapılması üzerine üçüncü kişi, mal rejiminin tasfiyesi davasına ister fer'i müdahil olarak katılsın isterse katılmasın, TMK.m.241 hükmüne dayanarak dava açıldığında tasfiye davasında verilen hükmün yanlış olduğunu iddia edemeyecektir (Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 217).

³⁰¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 51; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 418.

gibi³⁰², kendisine karşı dava açılmadan önce katılma alacağının tamamının borçlu eş ya da mirasçılar tarafından ödendiğini de ileri sürebilir.

Davanın ihbar edilmesinin mal rejimi açısından diğer bir sonucu, üçüncü kişinin iade borcunun kapsamı bakımından ortaya çıkacaktır. Zira davanın iyiniyetli üçüncü kişiye ihbarı, onun davayı ve dolayısıyla kazandırmanın eklenecek değerler arasında yer aldığını öğrenmesini sağlamaktadır. Davanın ihbarı ile, üçüncü kişinin bu konudaki iyiniyeti ortadan kalkar. Üçüncü kişi ihbar anından itibaren iade borcu bakımından kötüniyetli zilyedin iade borcuna dair hükümlere (TMK.m.995) tâbi olur.³⁰³

B. Katılma Alacağının Ödenmesinin Üçüncü Kişilerden Talep Edilmesi

1. Genel Olarak

Katılma alacağı niteliği itibariyle nispi bir haktır. Katılma alacağının ifası yalnızca borçlu eşten (veya mirasçılardan) talep edilebilir. Zira evliliğin boşanma veya iptal kararı ile sona erdiği ya da eşler arasında başka bir mal rejiminin uygulanmasının kararlaştırıldığı hallerde, katılma alacağının ödenmesinden kural olarak borçlu eş sorumludur. Mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde ise, katılma alacağını ölen eşin terekesinde hak sahibi olan mirasçılar ifa etmekle yükümlüdür. Borçlu eşin ölmesi halinde katılma alacağının onun mirasçılardan talep edilebilmesi, külli halefiyet ilkesinin bir sonucudur (TMK.m.599). Bu durum mirasçıların mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmasından kaynaklanır ve nisbilik ilkesine bir istisna oluşturmaz.³⁰⁴

Katılma alacağının ödenmesinden kural olarak borçlu eş veya ölümü halinde mirasçılar sorumlu olsa da, TMK.m.241 hükmünde öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde alacaklı eş ve onun mirasçılarının üçüncü kişilerden de talepte bulunması mümkündür.³⁰⁵ Katılma alacağının üçüncü kişilerden talep edilmesi imkânı, edinilmiş

³⁰² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 51; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 244-245. Şıpka/Özdoğan'a göre de mal rejimi davasında eklenecek değer hususunda bir hüküm kurulmuşsa, üçüncü kişi artık kendisine karşı açılan davada eklenecek değer olmadığı yönünde savunmada bulunamaz. Ancak üçüncü kişi kendisine karşı açılan davada borçlunun eksik kalan kısmı ödeyebileceği yönünde savunmada bulunabilir (Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 219).

³⁰³ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 45; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 103; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 155.

³⁰⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 252.

³⁰⁵ Malvarlıklarının üçüncü kişiye devredilmesi ile kendisinden katılma alacağı kaçırılarak mağdur edilen eş, alacağını tahsil edebilmek için, Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri uyarınca muvazaa iddiasına dayanarak tapu iptal ve tescil davası, İcra İflas Kanunu m.277 uyarınca tasarrufun iptali

mallara katılma rejiminde hak sahibi eşi korumaya yönelik düzenlemelerden biridir.³⁰⁶ Zira üçüncü kişilere karşı tanınan dava hakkı ile hak sahibi eşin katılma alacağını tam olarak elde etmesi güvence altına alınmak istenmiştir.³⁰⁷ TMK.m.241 hükmü, katılma alacaklısı eşe, kazandırmada bulunan eşin rızasına gerek olmaksızın üçüncü kişilerden talepte bulunma imkânı sağlamıştır.³⁰⁸ Doktrinde söz konusu talep hakkı, saklı pay kurallarını ihlal eden kazandırmaların tenkisine benzemesi sebebiyle, “mal rejimine özgü tenkis davası açma hakkı” olarak ifade edilmektedir.³⁰⁹ Gençcan ise, TMK.m.241 hükmüne dayanılarak açılacak davanın “eksik katılma alacağı davası” olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.³¹⁰

Katılma alacağının karşılanmayan kısmı için üçüncü kişiye başvuru imkânı veren TMK.m.241 hükmüne dayalı talep hakkı, niteliği itibarıyla ikincil bir taleptir.³¹¹ Diğer bir ifadeyle, önce borçlu eş veya mirasçıların, sonra m.241 hükmündeki koşulların sağlanması durumunda karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilerin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Zira TMK.m.241’de açıkça vurgulandığı gibi, üçüncü kişilere başvurabilmek için, borçlu eşin malvarlığı veya terekesinin katılma alacağını tam olarak karşılayamaması gerekir. Katılma alacağının tamamı borçlu eş veya mirasçılardan karşılanırsa üçüncü kişilere başvurulamaz. Katılma

davası ve TMK.m.241 hükmüne dayanarak üçüncü kişilere karşı dava açabilir. Bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 215; Topuz, “Katılma Alacağı”, 511; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 151; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 104. Mağdur olan eş, söz konusu hukuki imkânlardan birine başvurabileceği gibi, aynı anda birden çok hukuki imkâna da başvurabilir. Bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 215; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 151.

³⁰⁶ Eksik katılma alacağı davası, edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağının korunmasına yönelik bir düzenlemedir (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635).

³⁰⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 5; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 410; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 346; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 337; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 218; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 417; Karamercan, *Dava Hakkı*, 65-66; Özer Deniz, *Tasfiye*, 107-108; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 153; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 103; Şeker, *Katılma Rejimi*, 72.

³⁰⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 259; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 417; Özer Deniz, *Tasfiye*, 108; Makas, *Mal Rejimi*, 206.

³⁰⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 259; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 417; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Acabey, *Katılma Rejimi*, 191; Özer Deniz, *Tasfiye*, 108; Tuzcuoğlu, Baytan, “İfa”, 934. Z. R. Demir, Türk hukukunda tenkis ifadesinin miras hukukuna özgü bir kavram olarak anlaşılmasından dolayı, çalışmasında mal rejimine ilişkin tenkis ifadesini tercih etmediğini belirtmiştir (Z. R. Demir, *Artık Değer*, 105).

³¹⁰ “Eksik katılma alacağı, katılma alacağının borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden karşılanmaması durumunda, katılma alacaklısı eş veya mirasçıların edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktar uyarınca istekte bulunma hakkıdır” (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635).

³¹¹ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 2; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 259; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 418; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 343; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 567; Kılıçoğlu, *Aile*, 205; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 46; Karamercan, *Dava Hakkı*, 69, 186; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 168.

alacaklısı eşin, borçlu eş veya mirasçılarına başvurmadan doğrudan üçüncü kişiye başvurması durumunda, üçüncü kişi önce asıl borçluya başvurması gerektiğini def'i olarak ileri sürebilir.³¹²

Katılma alacağının nisbi bir hak olduğu dikkate alındığında, bu düzenlemenin alacak haklarının nisbiliği ilkesine bir istisna oluşturduğu kabul edilmektedir.³¹³ Bu nedenle, üçüncü kişilerin katılma alacağından doğan sorumluluğu, istisnai bir sorumluluktur.³¹⁴

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmünde yer alan düzenlemeyle katılma alacağının borçlu eş veya mirasçılarından tahsil edilememesi halinde, alacaklı eş, kendi rızası olmadan edinilmiş mal kesiminden karşılıksız kazandırmada bulunan üçüncü kişiye başvurabilecektir. Borçlu eşin kişisel mal kesiminde yer alan malvarlığı değerlerinden üçüncü kişilere kazandırmada bulunması durumunda ise, kazandırma lehtarı üçüncü kişilere karşı dava açma hakkı bulunmamaktadır.³¹⁵

Türk Medeni Kanunu m.241'e göre, *"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"*.³¹⁶ Söz konusu düzenleme, TMK.m.229'u tamamlayıcı niteliktedir. Bu düzenleme ile, eklenecek değer özelliği gösteren kazandırmalar yapılması yoluyla katılma alacağının tam olarak ifasının engellenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.³¹⁷ TMK.m.241 uyarınca üçüncü kişiden talepte bulunulabilmesinin ön koşulu, bir eşin diğerine karşı karşılanmamış bir katılma alacağı hakkına sahip olmasıdır.³¹⁸ Diğer bir ifadeyle, üçüncü

³¹² Hausheer, Reusser und Geiser, BK., Art. 220, N. 29; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 46; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 114. Buradaki def'inin ifadan kaçınma def'i niteliğinde olduğunu ifade eden yazarlar için bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 219; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338.

³¹³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 253; Öztaş, "Katılma Alacağı", 554; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 636; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 35; Özer Deniz, *Tasfiye*, 109; Karamercan, *Dava Hakkı*, 67; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 154; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 127; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 103; Neşe Uzun, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009), 62.

³¹⁴ Kılıçoğlu, *Aile*, 361; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 265; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 157.

³¹⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 346; Öztaş, "Katılma Alacağı", 558; Özer Deniz, *Tasfiye*, 109.

³¹⁶ Kanunun gerekçesine göre, "Bu düzenleme, katılmadan kaynaklanan alacak için, borçlunun tasfiye sırasında sahip olduğu veya terekesine dâhil bütün malvarlığı ile sorumlu olmasının doğal bir sonucudur" (Antalya, *Gerekçeli Türk Medeni Kanunu*, 225).

³¹⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 253; Öztaş, "Katılma Alacağı", 554-555.

³¹⁸ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 8; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 165.

kişiyeye karşı dava hakkının doğabilmesi için öncelikli olarak borçlu eş veya mirasçılarını tarafından karşılanmamış bir katılma alacağı olmalıdır. Katılma alacağı miktarının eşlerin anlaşması sonucu veya mahkeme kararıyla belirlenmiş olması önem taşımamaktadır.³¹⁹ TMK.m.241 hükmü uyarınca katılma alacağının karşılanmayan kısmının üçüncü kişiden talep edilmesi bakımından, artık değere katılma oranının kanunda öngörülen oran veya mal rejimi sözleşmesi ile belirlenen farklı bir oran olması herhangi bir etkiye sahip değildir.³²⁰ Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma oranını değiştirmeleri (TMK.m.237/f.1) ve bu oran üzerinden katılma alacağının belirlenmesi, karşılanmayan kısmın üçüncü kişiden talep edilmesini engellemez.

Alacaklı eş ve onun mirasçılarına tanınan bu dava hakkı, sadece katılma alacağının ifası açısından kullanılabilir. Söz konusu hak, katılma alacağına bağlı bir haktır.³²¹ Doktrindeki hakim görüşe göre, TMK.m.241’de öngörülen hukuki imkân, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde doğmuş olsa da değer artış payı alacağı vb. diğer alacaklar açısından uygulanamaz.³²² Doktrindeki bazı yazarlara göre ise, değer artış payı alacağının eksik kalan kısmı için de söz konusu hüküm uygulanabilmelidir.³²³

³¹⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 7; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 8; Nuspliger, *OFK.*, Art. 220, N. 2; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 253; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 348; Okur, “Dava Hakkı”, 168; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 153; Öztas, “Katılma Alacağı”, 557; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 38; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 165; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 106.

³²⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 7; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 253; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 348; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 165.

³²¹ Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 35; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 154-155.

³²² Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 8; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 9; Nuspliger, *OFK.*, Art. 220, N. 2; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 253; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 339; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 224; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 27; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 109; Baygın, “İlişki”, 116; Okur, “Dava Hakkı”, 168; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 153; Öztas, “Katılma Alacağı”, 557; Özer Deniz, *Tasfiye*, 109; Karamercan, *Dava Hakkı*, 65; Karamercan, *Katılma Alacağı*, 639; Uzun, “Mal Rejimleri”, 62; Topuz, “Katılma Alacağı”, 513; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 165; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 128; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 106; Sonsuzoğlu, *Vergi Hukuku*, 53; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 130; Anıl, Taner, *Mal Rejimleri*, 179. Genç Arıdemir’e göre, “değer artış payı alacağında yapılan katkı diğer eşin malvarlığına ilişkin olup, üçüncü kişinin malvarlığına ilişkin değildir. TMK.m.241 hükmünün uygulanabilmesi için üçüncü kişi lehine karşılıksız kazandırma veya devirde bulunulmuş olmalıdır. Ayrıca denkleştirme alacağı açısından da m.241 hükmü uygulanamaz. Zira denkleştirme alacağı bağımsız bir alacak niteliğinde olmayıp, bir eşin kendi malvarlığı içerisindeki değer kaymalarına ilişkindir” (Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 38-39). Aldemir’e göre, “borçlar hukukundan kaynaklanan alacak talepleri tasfiye sözleşmesinde düzenlenmiş olsa dahi alacaklı eşe üçüncü kişiyeye karşı başvuru hakkı vermez” (Aldemir, *Taraf İradeleri*, 153-154).

³²³ Akçin, “kanun hükmünde her ne kadar katılma alacağından söz edilmiş olsa da uygulamada hem katılma alacağı hem de değer artış payı alacağı için TMK.m.229 ve m.241 hükümlerinin uygulandığını belirtmektedir” (Akçin, “Yargıtay Uygulamaları”, 158). Yazara göre, “kanunda yasaklayan bir hüküm bulunmadığı için, m.241 hükmü değer artış payı alacağının eksik kalan kısmı için de uygulanmalıdır” (Akçin, “Mal Rejimi”, 202). Özüğür’a göre de TMK.m.241 hükmünde

Kanaatimizce, TMK.m.241 hükmünde açıkça “tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi katılma alacağını karşılamadığı takdirde” ifadesi yer aldığı için katılma alacağı dışında diğer alacakların eksik kalan kısmı için karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere başvurulamaz.

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmü, katılma alacağının borçlu eş veya mirasçılardan karşılanamadığı durumlarda uygulama alanı bulur. Katılma alacağı borçlusu eş ile kazandırmadan yararlanan üçüncü kişi, katılma alacaklısı eşe karşı müteselsilen sorumlu değildir.³²⁴ Dolayısıyla, mal rejiminin tasfiyesi davasında, üçüncü kişinin davalı eş ile birlikte davalı gösterilmesi ve eksik kalan kısmın üçüncü kişiden talep edilmesi doğru değildir. Yargıtay eski tarihli kararlarında üçüncü kişinin davalı olarak gösterilmesi durumunda üçüncü kişiler açısından davanın reddedilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir.³²⁵ Ancak güncel Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, davalı eş ile kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye karşı birlikte dava açılması durumunda borçlu eşin sorumluluğuna hükmedilmeli; kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye karşı açılan dava hakkında ise ayırma kararı verilerek borçlu eşe karşı açılan katılma alacağı davası bekletici mesele yapılmalıdır.^{326, 327} Akçin’e göre³²⁸ ise,

değişiklik yapılarak değer artış payının da üçüncü kişilerden talep edilmesi gerekmektedir (Özguur, *Mal Rejimleri*, 94).

³²⁴ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 2; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 37; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 129.

³²⁵ Yarg. 8. HD., T. 20.02.2014, E. 2013/9071, K. 2014/2843 “.. üçüncü kişinin sorumluluğu TMK’nun 241. maddesinde, sınırlı olarak açık bir biçimde belirlenmiştir. Bu bakımdan davalı-üçüncü kişi baba (M.S.) diğer davalı eş ile birlikte katılma alacağından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulamaz. O halde, davalı-üçüncü kişi baba (M.S) yönünden davanın reddi yerine kabulü usul ve yasaya aykırıdır...” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

³²⁶ Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 219; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 638; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 37; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 93; T. Şengül, *Devirler*, 102. Ayrılan bu davada katılma alacağı borçlusu eşe karşı açılan katılma alacağı davasının sonucu ve katılma alacağına karar verilmişse bunun borçlu olan eşten tahsil edilip edilemeyeceği bekletici mesele yapılmaktadır (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 638). Yarg. 8. HD., T. 19.6.2019, E. 2019/3413, K. 2019/6158 “Karşılıksız kazandırma veya devrin yapıldığının tespit edilmesi halinde, işlemin (tasarrufun) iptaline karar verilemez ve üçüncü kişi davalı olarak gösterilse dahi bu aşamada davacı lehine hüküm altına alınan katılma alacağından sorumlu tutulmaz. Sadece, üçüncü kişi hakkında 229. maddedeki amaç ve doğrultuda lehine kazandırma veya devrin yapıldığının tespiti ile yetinilmelidir. Zira, ancak tasfiye sırasında borçlu eşin mal varlığı ya da terekesinin borcu ödemeye yetmediğinin anlaşılması durumunda, sonradan üçüncü kişi aleyhine TMK’nin 241. maddesine göre eksik kalan miktarla sınırlı olarak alacak davası açılabilir. Başka bir anlatımla, borçlu eşin mal varlığı veya terekesi tasfiye borcunu ödemeye yetiyorsa, hiçbir zaman lehine kazandırma yapılan üçüncü kişi davacıya ödenecek katılma alacağından sorumlu tutulmayacaktır” (Lexpera). Benzer kararlar için bkz. Yarg. 8. HD., T. 13.4.2016, E. 2014/25885, K. 2016/6712 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 8. HD., T. 07.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 8. HD., T. 24.10.2018, E. 2016/14281, K. 2018/17838 (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası).

³²⁷ Şıpka’ya göre, Yargıtay’ın bu uygulaması TMK.m.241 hükmünün koşullarına aykırıdır. Ancak usul

üçüncü kişi başlangıçta davalı olarak gösterilmeli, ancak davacının eşi aleyhine nihai hüküm kurulana kadar üçüncü kişi açısından davanın ayrılmasına karar verilmemelidir. Zira aksi takdirde üçüncü kişinin hukuki dinlenilme hakkı bakımından adaletsizlik ortaya çıkabilir.

Üçüncü kişiye karşı TMK.m.241'e göre açılan davada verilen karar aynı etki yaratmaz. Dava sonucunda kurulan hüküm, kazandırma ya da devre konu malvarlığının geri verilmesine ilişkin olmayıp, bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir.³²⁹ Bununla birlikte, alacaklı ve üçüncü kişinin anlaşması halinde, ifa, bir miktar paranın ödenmesi yerine, kazandırma konusu şeyin alacaklıya devredilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir.³³⁰

2. Düzenlemenin Hukuki Niteliği

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmünde yer alan düzenleme, katılma alacaklısı eşi koruma amacı taşıdığı için emredici niteliktedir.³³¹ Bu nedenle, eşlerin yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile üçüncü kişilere karşı dava açma hakkından önceden vazgeçmeleri mümkün değildir.³³² Zira katılma alacağının karşılanmayan kısmının

ekonomisi, TMK.m.241'in uygulamasını fiilen imkânsız hale getiren beş yıllık hak düşürücü sürenin yarattığı zorluğu ortadan kaldırması ve mahkeme tarafından üçüncü kişinin tasarruf yetkisinin geçici sınırlandırılmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınabilmesi açısından makul bir uygulamadır (Şıpka, "Eklenecik Değerler", 146, dpn. 39).

³²⁸ Akçin, "Yargıtay Uygulamaları", Özel Hukukun Güncel Meseleler Sempozyumu I, Tebliğ 3. Oturum Soru-Cevap Kısmı, 216.

³²⁹ Türk Medeni Kanunu m.241 hükmü, eşlerin tasarruf özgürlüğünü kısıtlamaz. Söz konusu hükmün sağladığı talep aynı nitelikte olmayıp, parasal bir edimin yerine getirilmesini sağlama amacını taşıyan şahsi nitelikte bir taleptir. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 413; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422. Tasarruf konusu bir taşınmaz ise, verilmesi gereken hüküm tapu sicilinin iptaline ilişkin olmayıp, katılma alacağını karşılamadığı oranda alacaklı eşin katılma alacağına sahip olduğunun tespiti ve üçüncü kişiden tahsil etme hakkına sahip olduğuna ilişkin olmalıdır. Kararın aynı bir etkisi olmadığı için, tapuda herhangi bir düzeltme yapılmasına gerek yoktur (Topuz, "Katılma Alacağı", 512).

³³⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 347; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 139.

³³¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 69; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 7; Nuspliger, *OFK.*, Art. 220, N. 8; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 348; Öztaş, "Katılma Alacağı", 555; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 339; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635; Şengül, "Katılma Alacağı", 77-78, dpn. 55; Karamercan, *Dava Hakkı*, 66; Özer Deniz, *Tasfiye*, 108; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 35; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 153; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 127.

³³² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 69; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 7; Nuspliger, *OFK.*, Art. 220, N. 8; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 348; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259; Öztaş, "Katılma Alacağı", 555; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 339; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635; Şengül, "Katılma Alacağı", 77-78, dpn. 55; Karamercan, *Dava Hakkı*, 66; Özer Deniz, *Tasfiye*, 108; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 35; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 153; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 127. Sarı'ya göre, eşlerin mirasçılarının da bu haktan önceden vazgeçmeleri mümkün değildir (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259). Gençcan'a göre, "mal rejimi sözleşmesiyle önceden

kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiden talep edilemeyeceğine ilişkin bu anlaşma emredici hükümlere aykırı olduğu için kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbidir.³³³ Ancak üçüncü kişilere karşı talepte bulunma hakkı doğduktan sonra, katılma alacağına sahip olan kişiler bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir.³³⁴

3. Katılma Alacağını Üçüncü Kişilerden Talep Edebilmenin Koşulları

Katılma alacağının ifasının üçüncü kişilerden talep edilebilmesi için, TMK.m.241 hükmünde yer alan koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca üçüncü kişilerden talepte bulunulmasının koşulları; TMK.m.229 kapsamında üçüncü kişilere karşılıksız kazandırmada bulunulması ve borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin katılma alacağını karşılamamasıdır. Zira m.241 hükmü incelendiği zaman, katılma alacaklısı eşin veya mirasçılarının üçüncü kişiye başvurabilmesi için, borçlu olan eş tarafından üçüncü bir kişiye kazandırmada bulunulmuş olması gerektiği görülmektedir. Ancak üçüncü kişi lehine yapılan her türlü karşılıksız kazandırma dolayısıyla da üçüncü kişiye başvurulması mümkün değildir. Söz konusu hüküm ile kastedilen, TMK.m.229’da düzenlenen ve edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi gereken malvarlığı unsurlarıdır.³³⁵

a) Üçüncü Kişilere Karşılıksız Kazandırma veya Devir Yapılmış Olması

(1) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmüne göre alacaklı eş, “*edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden*” isteyebilir. Üçüncü kişilerden katılma alacağının karşılanmayan kısmının talep edilebilmesinin sebebi, mal rejiminin tasfiyesinde edinilmiş mallar içinde yer alması gereken bir malvarlığı değerinin karşılıksız kazandırmaya ya da bir devir işlemine konu olmasıdır.³³⁶

eksik katılma alacağından vazgeçilemez. Buna rağmen, gerçekleşen irade beyanı eksik katılma alacağı davasının kabulüne engel oluşturur” (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635).

³³³ Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 35-36.

³³⁴ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 7; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 348; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635; Özer Deniz, *Tasfiye*, 108; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 154; Karamercan, *Dava Hakkı*, 66.

³³⁵ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 637; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 128; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 110.

³³⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 254.

(2) Türk Medeni Kanunu m.241 Hükmünde Yer Alan Karşılıksız Kazandırma Kavramının Anlamı

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmünde sözü edilen karşılıksız kazandırmalar ile kastedilen, TMK.m.229/f.1 hükmünde düzenlenmiş olan edinilmiş mallara eklenmesi gereken değerlerdir. Söz konusu kazandırmaların iki farklı şekilde ortaya çıkması mümkündür. Bunlardan birincisi, “eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar”dır (TMK.m.229/f.1, b.1). Diğeri ise, “bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler”dir (TMK.m.229/f.1, b.2).³³⁷ Eşin karşılık elde ederek yaptığı devirler bakımından hüküm uygulama alanı bulmaz.³³⁸ Ayrıca TMK.m.229 uyarınca edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi mümkün olmayan bir kazandırmaya istinaden m.241 hükmü uyarınca katılma alacağının ödemesi için üçüncü kişiye başvurulamaz.³³⁹

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmünde üçüncü kişiye karşı talepte bulunma yetkisi veren kazandırmalara ilişkin olarak “edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmalar” ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu hükümde “karşılıksız kazandırmalar” ifadesinin kullanılması, TMK.m.229/f.1, b.2’de yer verilen katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirlerin de TMK.m.241 hükmünün kapsamında olup olmadığı tartışmasına sebep olmuştur. Hakim görüşe göre, TMK.m.241 hükmünün uygulanması bakımından, karşılıksız kazandırmanın TMK.m.229 hükmünün hangi bendinin koşullarını sağladığının önemi bulunmamaktadır.³⁴⁰ Önemli olan karşılıksız kazandırmanın eklenecek değerler arasında

³³⁷ Şıpka’ya göre, “TMK.m.229/f.1, b.2 hükmü de TMK.m.241 hükmünün uygulama kapsamına girer. Burada miras hukukuna ilişkin TMK.m.565/b.4 hükmünde yer alan düzenleme ile paralellik vardır” (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 340).

³³⁸ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 337; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 218; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 265; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 142; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 167. Kılıçoğlu’na göre, üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın türü önemli olup, borçlu eş tarafından üçüncü kişiye yapılan her türlü tasarruf veya temlik, üçüncü kişinin sorumluluğuna yol açmaz. Üçüncü kişiye yapılan kazandırma karşılıksız bir kazandırma olmalıdır. Bkz. Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 157; Kılıçoğlu, *Aile*, 362; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 265.

³³⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 254; Özer Deniz, *Tasfiye*, 109; T. Şengül, *Devirler*, 99.

³⁴⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 259; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 254; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 340, dñn. 9; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 137, dñn. 137; Okur, “Dava Hakkı”, 171; Özer Deniz, *Tasfiye*, 109; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 558; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 42; Karamercan, *Dava Hakkı*, 68; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 167; Yılmaz, *Aile*, 418; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 129; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 111; T. Şengül, *Devirler*, 99. “TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamına giren bazı durumlar, TMK.m.241 hükmünün uygulama alanına

yer almasıdır. Dolayısıyla gerek birinci gerekse ikinci bendin koşullarının gerçekleşmesi halinde karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurulması mümkündür.³⁴¹ Zira üçüncü kişiye tasfiye davasının ihbarını düzenleyen TMK.m.229/f.2’de her iki bentte yer alan karşılıksız kazandırmalar bakımından davanın ihbarı imkânı öngörülmüştür.³⁴² Bu nedenle, hükmün kapsamına sadece m.229/f. 1, b.1’de yer alan karşılıksız kazandırmalar değil, aynı zamanda m.229/f.1, b.2’de yer alan “diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yaptığı devirler” de girmektedir. Dolayısıyla TMK.m.241’de sadece “karşılıksız kazandırmalar” ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır.³⁴³

Hükümde yer alan “karşılıksız” kavramına verilecek anlamın da TMK.m.229/f.1 ve m.241’in düzenleme amaçları dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. TMK. m.241’de ifade edilen “edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırma” kavramının, kazandırmanın yapıldığı andaki sürüm değerine uygun bir karşılık alınmaksızın yapılan bütün kazandırmaları kapsar şekilde yorumlanması gerekmektedir. Böylece sürüm değerinden düşük bir bedelle yapılmış olan ivazlı kazandırmaların da kısmen karşılıksız olduğu ve TMK.m.241 hükmünün kapsamında bulunduğu kabul edilmelidir.³⁴⁴

(a) Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Diğer Eşin Rızası Olmadan Yapılan Olağan Hediyeler Dışındaki Karşılıksız Kazandırmalar

Türk Medeni Kanunu m.229 uyarınca bütün karşılıksız kazandırmalar değil, sadece belli özellikleri taşıyan karşılıksız kazandırmalar değer olarak edinilmiş mallara eklenmektedir. Karşılıksız kazandırmaların m.229 hükmünün kapsamına girebilmesi

girmez. Örneğin, edinilmiş malların değerini azaltan maddi fiiller, bunlardan yararlanan üçüncü kişi bulunmadığı için, m.241 hükmü kapsamında kabul edilemez. Ayrıca, kısmen karşılıksız kazandırma niteliğinde olan kazandırmalarda da, üçüncü kişiye, ancak karşılıksız kısım için başvurulabilir” (Z. R. Demir, *Artık Değer*, 106-107). Zeytin’e göre, “TMK. m.229/f. 1, b. 2’de yer alan devirler için m.241 hükmünün uygulama alanı bulması artık değer alacağının güvence altına alınması bakımından mümkündür. Ancak, burada üçüncü kişinin sorumluluğunun tespitinde, ödenen karşılığın dikkate alınması gerekmektedir. Aksi takdirde, karşılık ödeyen üçüncü kişinin sorumluluğu aşırı derecede genişletilmiş olur” (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349).

³⁴¹ Yargıtay kararlarına göre de eklenecek değerlere ilişkin hükmün birinci ve ikinci bendi arasında ayırım yapılmayarak eklenecek değerlerden yararlanan üçüncü kişilere karşı dava açılabilmesi kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. Yarg. 8. HD., T. 21.02.2017, E. 2015/11338, K. 2017/2301 (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası).

³⁴² Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 254; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 42-43; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 129.

³⁴³ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 558.

³⁴⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 254; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 108.

için, konusunu edinilmiş malların oluşturması, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması ve olağan hediye dışında bir karşılıksız kazandırma olması gerekmektedir.³⁴⁵ Söz konusu karşılıksız kazandırmalar, sağlararası kazandırmalar olup, ölüme bağlı tasarrufun konusunu oluşturan kazandırmaların edinilmiş mallara eklenmesi istenemez.³⁴⁶

(b) Diğer Eşin Katılma Alacağı Azaltma Kastıyla Yapılan Devirler

Türk Medeni Kanunu m.229/f.1, b.2 hükmüne göre, “*Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler*” edinilmiş mallara değer olarak eklenir. TMK.m.229/f.1, b.2 kapsamında yapılan devirler bir zaman sınırlamasına tâbi olmaksızın edinilmiş mallara eklenir. Birinci bentten farklı olarak burada, ister karşılık alarak ister karşılık almadan olsun yapılan devrin diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı ile yapılmış olması aranmaktadır.³⁴⁷

(3) Katılma Alacağı Azalan Eşin Yapılan Kazandırmalara Rızasının Olmaması

Türk Medeni Kanunu m.229 hükmünde düzenlenen kazandırmaların TMK.m.241 hükmünün uygulama alanına girmesi için, söz konusu kazandırmalara katılma alacağı azalan eşin rızasının olmaması gerekir. Bu koşul, m.229/f.1, b.1 açısından açıkça ifade edilmiştir. TMK.m.229/b.2 hükmünde ise, kazandırmanın eklenecek değer niteliği göstermesi bakımından diğer eşin rızasının önem arz edip etmediği belirtilmemiştir. TMK.m.229/f.1, b.2’de öngörülen işlemi yapan eşin katılma alacağını azaltma kastı genellikle diğer eş tarafından bilinmez.³⁴⁸ Zira bu tür işlemler genellikle ya diğer eşten gizlenerek ya da diğer eşin iradesine aykırı olarak yapılır.³⁴⁹ Bununla birlikte katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devirden diğer eş haberdar olmuş ve devre rıza göstermişse, bu nitelikteki devirler bakımından da m.241 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, eşin karşılıksız kazandırmaya rıza göstermiş olması, onun m.241 hükmü uyarınca üçüncü kişilere başvurma hakkından da genel olarak vazgeçtiği anlamına gelmez.³⁵⁰ Ancak eşin

³⁴⁵ Geniş açıklama için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, a), (2).

³⁴⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 192; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 559.

³⁴⁷ Geniş açıklama için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, b).

³⁴⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 559.

³⁴⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197; Karamercan, *Dava Hakkı*, 50.

³⁵⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239.

kazandırmaya rıza göstermesi halinde, söz konusu kazandırma eklenecek değer olma özelliğini kaybettiği için, kendisinin veya mirasçılarının o kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurmaları mümkün olmayacaktır.³⁵¹ Yenice Ceylan’a göre, TMK.m.229/b.2 kapsamında verilen rıza, katılma alacağını azaltma kastına değil, devir işlemine verilen rıza şeklinde anlaşılmalıdır.³⁵² Yazara göre, devre rıza gösteren eş, devri yapan eşin kendi katılma alacağını azaltma kastını bilmiyor ise, diğer eş söz konusu devre rıza göstermiş olsa dahi, bu kazandırma eklenecek değer olarak dikkate alınabilir. Eğer eş, diğer eşin söz konusu devirle kendisinin katılma alacağını azaltacağını biliyor ve buna rağmen açık veya örtülü olarak rıza gösteriyorsa, hükmün amacından hareketle ekleme yapılamamalıdır. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, eşin karşılıksız kazandırmaya rıza göstermesi, TMK.m.229/f.2 ve m.241 uyarınca üçüncü kişilerden talepte bulunmasını engelleyecektir.³⁵³

Kanaatimizce, katılma alacağı azalan eş, devir işleminin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını bilmeden işleme rıza göstermişse, bu rıza, m.229 ve m.241 hükmünün uygulanmasını engellememelidir. Ancak, diğer eş, kendisinin katılma alacağının azaltılması kastını bilerek devre rıza gösterirse, bu devre konu değer, m.229/f.1, b.2 uyarınca edinilmiş mallara eklenmesini talep edemez.³⁵⁴ Zira, b.2 uyarınca yapılan bir işlemin, kendi katılma alacağını azaltacağını bilen eşin bu devre rıza göstermesine rağmen, sonradan devre konu malvarlığı unsurunun değerinin edinilmiş mallara eklenmesini talep etmesi kanunun amacına açıkça aykırı olur.³⁵⁵ Eşin çelişkili davranış yasağına aykırı bu tutumu, TMK.m.241’in kendisine sağladığı hakkı kötüye kullandığını gösterir.³⁵⁶

(4) Mal Rejiminin Sona Ermesinden Sonra Yapılan Kazandırma veya Devirler

Türk Medeni Kanunu m.241/f.1’e göre, katılma alacağının karşılanmayan kısmının üçüncü kişilerden talep edilebilmesi için, talepte bulunulan kişiye “edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırma”nın yapılmış olması

³⁵¹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 239.

³⁵² Yenice Ceylan, “Eklenecek Değerler”, 229.

³⁵³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 194-195.

³⁵⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 559.

³⁵⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 208, N. 44; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 242; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 559.

³⁵⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 197.

gerekmektedir. Bu özelliği gösteren kazandırmalar TMK.m.229’da düzenlenen ve eklenecek değerlere konu olan kazandırmalardır. TMK.m.229 hükmü incelendiğinde, her iki bentte yer alan kazandırmaların ortak özelliği mal rejiminin devamı süresince yapılmış olmalarıdır. Dolayısıyla, mal rejiminin sona erme anından sonra yapılan kazandırmaların TMK.m.229 kapsamında eklenecek değer olarak edinilmiş mallara eklenmesi ve hesaplamada dikkate alınması mümkün değildir. Bu nedenle, mal rejiminin sona ermesinden sonra lehine karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişilerden, kural olarak, katılma alacağının karşılanmayan kısmının talep edilmesi mümkün değildir. Zira artık değerın hesaplanmasında edinilmiş mallara değer olarak eklenecek kazandırmalar, mal rejiminin sona ermesinden önceki son bir yıl içinde veya mal rejiminin devamı süresince yapılan karşılıksız kazandırma veya devirlerdir.

Türk Medeni Kanunu m.241/f.1 hükmünün lafzına göre, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan ve edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi mümkün olmayan bir kazandırma dolayısıyla üçüncü kişiye başvurulamaz. Bu durum ise, katılma alacağının kısmen ya da tamamen tahsil edilememesine yol açabilir. Böyle bir sonucun ortaya çıkması halinde, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan devirler bakımından da TMK.m.241 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinadaki bir görüşe göre, TMK.m.241’in uygulama alanı, TMK. m.229 hükmüne nazaran daha geniştir.³⁵⁷ Bu görüşe göre, TMK.m.241 hükmü mal rejiminin sona ermesinden sonra, katılma alacağının miktarının belirlenmesine etkili olacak şekilde yapılan karşılıksız kazandırmalara da uygulanmalıdır. Üçüncü kişi lehine yapılan bu tür kazandırmalar açısından TMK.m.241 hükmünün uygulanması, katılma alacağının tahsil edilmesi aşamasında katılma alacağının korunmasını sağlar. Bu nedenle, TMK.m.229 hükmünün kapsamına girmeyen, ancak diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı ile mal rejiminin sona ermesinden sonra mevcut edinilmiş mallardan yapılan kazandırmalar da hükmün uygulama alanına dahil edilmelidir.³⁵⁸ TMK.m.235 hükmüne göre bu malların elden çıkarılması durumunda dahi yerine geçen değer olup olmadığına bakılmaksızın sanki mevcutmuş gibi tasfiyede dikkate alınması

³⁵⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 15; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 562.

³⁵⁸ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 562-563.

mümkün olup, TMK.m.229'a göre eklenecek değer olarak dikkate alınmasına gerek yoktur.³⁵⁹ Böyle bir durumda üçüncü kişinin sorumluluğu tespit edilirken ödediği karşılık varsa onun da dikkate alınması gerekir. Aksi halde karşılık ödeyen üçüncü kişinin sorumluluğu aşırı genişletilmiş olur.³⁶⁰ Böylece edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden sonra edinilmiş mallara ilişkin tasarrufta bulunulması halinde, tasarrufa konu olan malın değeri, mal rejiminin tasfiyesi anındaki değere göre hesaba katılmalıdır.³⁶¹ Öztaş'a göre, mal rejiminin sona ermesi ile mal rejiminin tasfiyesinin sona erdiği an arasında yapılan kazandırmalar açısından m.241 hükmü uygulanmalıdır.³⁶² Hangi kazandırmaların bu kapsamda değerlendirileceği belirlenirken m.229 hükmüne ilişkin şartlar kıyasen uygulanmalıdır.³⁶³ Ancak mal rejimin sona ermesinden sonra yapılan devirlerde, katılma alacağını azaltma kastını ayrıca aramaya gerek yoktur.³⁶⁴ Mal rejiminin tasfiyesinden sonraki dönemlerde yapılan kazandırmalar açısından ise, m.241 hükmü uygulama alanı bulmaz. Zira bu durumda tasfiyeden sonra alacağı doğru zamanda talep etme ve alacağın tahsili için gerekli tedbirleri alma alacaklı eşin sorumluluğunda olan bir husustur.³⁶⁵

Kanaatimizce yerinde olan diğer görüşe göre ise, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan devirlerin katılma alacağının hesaplanması bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.³⁶⁶ Hem TMK.m.241 hükmünün açık ifadesi hem de katılma alacağı miktarının mal rejiminin sona erdiği andaki malvarlığı değerleri esas alınarak hesaplanması bunu gerektirmektedir. Katılma alacağının miktarının hesaplanmasına etkisi olmayan bir kazandırma veya devir dolayısıyla, üçüncü kişiden talepte

³⁵⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349.

³⁶⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Öztaş, “Katılma Alacağı”, 566; Karamercan, *Dava Hakkı*, 111-112.

³⁶¹ Yarg. 8. HD., T. 17.03.2015, E. 2014/18240, K. 2015/6106 “... Dava konusu meskenin tamamının 75.000 TL banka kredisi kullanılarak alındığı açık ise de meskenin taraflar arasındaki mal rejiminin sona erdiği 09.01.2012 tarihinden sonra 12.01.2012 tarihinde üçüncü kişiye satılması, mal rejimi sona erdiği sırada davalının malvarlığında bulunması sebebiyle tasfiyeye gireceği açık olup tasfiye sonrası üçüncü kişiye yapılan satış davacının katılma alacağı hakkını etkilemez. Bu nedenle somut olayda satış tarihi itibarıyla zararına satılıp satılmamasının bir önemi yoktur” (Karamercan, *Dava Hakkı*, 47, dpn. 126).

³⁶² Öztaş, “Katılma Alacağı”, 563.

³⁶³ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 563.

³⁶⁴ Karamercan, *Dava Hakkı*, 47, dpn. 126.

³⁶⁵ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 563.

³⁶⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 255; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 43; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 110. “Katılma alacağının konusunu rejim sonlanmadan önceki kazandırma veya devirler oluşturduğu için, mal rejiminin sonlanmasından sonraki temlikler hiçbir şekilde eksik katılma alacağına konu oluşturmaz” (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 637).

bulunulması, edinilmiş mallara katılma rejiminin prensipleri ile bağdaşmaz.³⁶⁷ Ayrıca TMK.m.241 hükmüyle alacak hakkının nisbiliği ilkesine bir istisna getirilmiş olup, yorum yoluyla bu istisnanın kapsamı genişletilmemelidir.³⁶⁸ Bu görüşteki yazarlara göre, katılma alacağının borçlusu, mal rejiminin sona ermesinden sonra katılma alacağını ödemekten kaçınmak amacıyla, karşılıksız kazandırma ya da devirde bulunursa, alacaklı eş katılma alacağının ödenmesini sağlamak amacıyla İİK.m.277 vd.'nda yer alan iptal davasından yararlanabilir.³⁶⁹

(5) Kazandırma veya Devre Konu Olan Malvarlığı Unsurunun Değerinin Belirlenmesi

Borçlu eşin malvarlığı veya terekesinin katılma alacağını karşılayıp karşılamadığının değerlendirilmesinde malların sürüm değeri esas alınır.³⁷⁰ Esas alınacak sürüm değeri ise, borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetip yetmeyeceğinin değerlendirildiği tasfiye anına göre belirlenir.³⁷¹ Edinilmiş malların değerleri tasfiye anı esas alınarak belirlenmesine rağmen (TMK.m.235/f.1), TMK.m.229 uyarınca eklenmesi öngörülen malların değerleri devredildiği tarih esas alınarak belirlenmektedir. Eklenecek değerler bakımından devir tarihinin esas alınması özellikle, katılma alacağını azaltmak kastıyla üçüncü kişilere kazandırmada bulunması halinde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır.³⁷² Zira devrin gerçekleştiği tarih ile tasfiye tarihi arasındaki geçen sürede malın değerinde artış meydana gelebilir. Böyle bir olasılıkta, eklenecek değerlere konu olan malvarlığı unsuru, tasfiye anındaki değerinden daha düşük bir değerle hesaplamaya dâhil edilmektedir. Bu durum ise, eşin elde edeceği katılma alacağını azaltmaktadır. Özdoğan'ın ifade ettiği üzere, eklenecek değerlerin varlığı halinde bunların devredildiği tarihteki değerinin esas alınacağı şeklindeki kanuni düzenlemeye rağmen, Yargıtay son yıllardaki uygulamalarında eklenecek

³⁶⁷ Z. R. Demir, *Artık Değer*, 110.

³⁶⁸ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 43; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 110.

³⁶⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 255. Aynı yönde açıklama için bkz. Z. R. Demir, *Artık Değer*, 110.

³⁷⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 20; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256; Okur, "Dava Hakkı", 174; Öztaş, "Katılma Alacağı", 563-564; Karamercan, *Dava Hakkı*, 81; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 171; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 113.

³⁷¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256.

³⁷² Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 107. Özdoğan'a göre, "TMK.m.229/b.2 kapsamında katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan bir devir olmasına rağmen söz konusu malvarlığı değerlerinin devir tarihindeki değeri ile tasfiyeye girmesi, kötünuyetli eşi ödüllendirmektedir" (Özdoğan, "Tasfiye", 164).

malvarlıklarının devir tarihindeki değerlerinin değil, tasfiye tarihindeki değerlerinin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir.³⁷³

Borçlu eşin malvarlığı veya terekesinin katılma alacağını karşılayıp karşılamadığının tespiti, mal rejiminin tasfiyesinin tamamlandığı ana göre belirlenir.³⁷⁴ Bu tespitin yapılmasında, eşin tasfiyeden sonra elde edebileceği muhtemel gelirleri dikkate alınmayacağı gibi, malvarlığının ya da terekesinin tasfiyeden sonra kötüleşmiş ya da kötüleşecek olması da dikkate alınmaz.³⁷⁵

b) Borçlu Eşin Malvarlığının veya Terekesinin Katılma Alacağını Karşılamaması

(1) Genel Olarak

Üçüncü kişilerden talepte bulunulabilmesinin ikinci koşulu, borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin katılma alacağını tam olarak karşılayamamasıdır. Hükümde yer verilen “borçlu eşin malvarlığı veya terekesinin katılma alacağını karşılamadığı takdirde” ifadesi yeterince açık değildir. Zira söz konusu ifade, borçlu eşin malvarlığının ya da terekesinin borca batık olması, borçlarının aktiflerden daha fazla olması ya da ifa güçsüzlüğü içinde bulunması şeklinde de anlaşılabilir. Kanaatimizce burada ifade edilmek istenen, katılma alacağının kısmen veya tamamen borçlu eşten tahsil edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılmasıdır.³⁷⁶

Katılma alacağı, borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden karşılandığı takdirde üçüncü kişiye karşı dava hakkının kullanılması mümkün değildir.³⁷⁷ Ayrıca borçlu eşin malvarlığı veya terekesi katılma alacağını karşılayabilecek durumda olmasına rağmen,

³⁷³ Bu konuda yargıtay kararları için bkz. Yarg. 8. HD., T. 22.11.2016, E. 2015/7311, K. 2016/15935; Yarg. 8. HD., T. 30.06.2015, E. 2015/4125, K. 2015/14240 (Özdoğan, “Tasfiye”, 171-172). Özdoğan’a göre, Yargıtay’ın bu uygulamasının genel bir kural kabul edilerek her somut olayda uygulanması devir yapan eşin sahip olmadığı bir değerden dolayı borç altına girmesine neden olacaktır. Bu uygulama her somut olay açısından dikkatle değerlendirilmeli ve bir özel hukuk cezası halini almamalıdır (Özdoğan, “Tasfiye”, 164).

³⁷⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349; Okur, “Dava Hakkı”, 174; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 260.

³⁷⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349; Şengül, “Katılma Alacağı”, 79.

³⁷⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 255; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 419; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 111; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 167; Özdoğan, “Tasfiye”, 183.

³⁷⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 347; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 255; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 265; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 639; Öztas, “Katılma Alacağı”, 563; Karamercan, *Dava Hakkı*, 80-81; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 40; Acabey, *Katılma Rejimi*, 191; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 168; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 112. Yarg. 8. HD., T. 26.2.2019, E. 2017/11052, K. 2019/2009 “... borçlu eşin malvarlığı veya terekesi tasfiye borcunu ödemeye yetiyorsa, hiçbir zaman lehine kazandırma yapılan üçüncü kişinin davacıya ödenecek katılma alacağından sorumlu tutulmayacağına ilişkin TMK’nin 241. Maddesi hükmüyle de uyumlu olacaktır...” (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası).

borçlunun katılma alacağı borcunu yerine getirmekten kaçınması halinde de üçüncü kişilerden talepte bulunulamaz.³⁷⁸ Borçlu eşin malvarlığı veya terekesi katılma alacağını karşılamaya yeterli olduğu takdirde, üçüncü kişi kötünietli olsa dahi karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurulması mümkün değildir.³⁷⁹ Aynı şekilde, katılma alacaklısı eş, alacağını, borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden tamamen tahsil etmişse, borçlu eş diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı ile devir yapmış olsa dahi TMK.m.241 hükmü uygulanmaz.³⁸⁰ Hatta borçlu eşin yanı sıra üçüncü kişinin de diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı taşıması durumunda dahi söz konusu hukuki imkândan yararlanılamaz.³⁸¹ Zira üçüncü kişiye başvurulabilmesi için katılma alacağının borçlu eş tarafından karşılanamamış olması gerekir.

Mal rejiminin eşlerden birinin ölümü dışında bir sebeple sona ermesi halinde, borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılayıp karşılamadığı belirlenirken, edinilmiş veya kişisel mallarının tamamı dikkate alınır.³⁸² Katılma alacağının alacaklısı, borçlu eşin sadece edinilmiş mallarına başvurmak zorunda değildir.³⁸³ Zira TMK.m.241 hükmünde de açıkça borçlu eşin “malvarlığının” katılma alacağını karşılamamasından bahsedilmiştir. Bu nedenle eş, katılma alacağına ilişkin borcundan dolayı bütün malvarlığıyla sorumludur.³⁸⁴

Mal rejiminin borçlu eşin ölümüyle sona ermesi durumunda ise, sağ kalan eş lehine doğan katılma alacağı tereke borcu olarak ölen eşin terekesinde yer alır.³⁸⁵ Mal rejiminin borçlu eşin ölümü sebebiyle sona ermesi durumunda, TMK.m.241 hükmüne

³⁷⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 255; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 40; Karamercan, *Dava Hakkı*, 80-81; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 112; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 168.

³⁷⁹ Acabey, *Katılma Rejimi*, 166.

³⁸⁰ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 563; Karamercan, *Dava Hakkı*, 105.

³⁸¹ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 567; Karamercan, *Dava Hakkı*, 105.

³⁸² Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 218; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635, dpn. 1196; Okur, “Dava Hakkı”, 173-174; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 564; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 40, dpn. 26; Acabey, *Katılma Rejimi*, 191; Karamercan, *Dava Hakkı*, 80; Topuz, “Katılma Alacağı”, 514; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 167-168; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 111; Muzaffer Şeker, “Eşin ve Eşlerin Üçüncü Kişilerle Yaptıkları Hukuki İşlemlerden Kaynaklanan Borçlarından Dolayı Cebri İcra Yoluyla Takipleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, 68 (2008): 2616-2617. Doktrinde bazı yazarlara göre, edinilmiş ve kişisel malların tamamı değil, ancak haczedilebilir nitelikte olanların değeri esas alınacaktır. Bkz. Şeker, “Cebri İcra”, 2615 vd.; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 111.

³⁸³ Acabey, *Katılma Rejimi*, 191.

³⁸⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 18; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Okur, “Dava Hakkı”, 173-174; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 564; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635, dpn. 1196; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 40, dpn. 26; Acabey, *Katılma Rejimi*, 191; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 167-168; Karamercan, *Dava Hakkı*, 80; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 111.

³⁸⁵ Dural, Öz, *Miras*, 255.

dayanılarak üçüncü kişiye başvurulabilmesi için, öncelikle borçlu eşin terekesinin katılma alacağını karşılamamış olması gerekir. Katılma alacağı borcunun tereke mevcudundan karşılanamaması halinde ise, mirasçılardan bu borçtan sorumlu olup olmayacağı meselesi gündeme gelir. Zira hükmünde “terekesinden karşılanamamış” ifadesi kullanılmış olup, hükmün lafzına bağlı kalındığında sağ kalan eşin katılma alacağı için terekeye başvurmasının yeterli olduğu, terekeden karşılanamamış olması durumunda mirasçılara başvurulmasının gerekmediği anlamı çıkmaktadır.³⁸⁶ Ancak hukukumuzda İİK.m.53/f.2 hükmünde öngörülen istisna dışında takip, terekeye karşı değil, mirasçılara karşı yürütülmektedir.³⁸⁷ Böylece burada katılma alacağının terekeden karşılanamaması ifadesi ile terekeye karşı takip yapılması kastedilmemektedir.

Doktrinde TMK.m.241 hükmünün lafzına rağmen, bazı durumlarda üçüncü kişiye başvurabilmek için katılma alacağının terekeden karşılanamamış olması yanında mirasçılardan da tahsil edilemeyeceği anlaşılmalıdır.³⁸⁸ TMK.m.641/f.1 hükmü uyarınca, mirasçılar tereke borçlarından müteselsilen sorumludur. Sağ kalan eş lehine doğan katılma alacağı da bir tereke borcu olduğu için, mirasçılar bu borçtan dolayı sorumludurlar. Ancak bu görüşü savunanlara göre, burada dikkat edilmesi gereken husus, mirasçılar arasında katılma alacaklısı eşin de yer alması durumudur. Zira doktrinde mirasçılar arasında katılma alacaklısı eşin de yer alması ihtimalinde, TMK.m.641/f.1 hükmünün uygulanmayacağı ve böylece diğer mirasçıların da tereke borcundan müteselsil sorumlu olmalarına ilişkin kuralın uygulanmayacağı kabul edilmektedir.³⁸⁹ Ancak katılma alacaklısı eş red, feragat vb. bir nedenle ölen eşin mirasçısı olamaz ise, mirasçılar tereke borcu olarak yer alan katılma alacağından müteselsilen sorumlu olurlar. Böylece, ölen eşine herhangi bir nedenle mirasçı olamayan eşin katılma alacağının borçlu eşin terekesinden karşılanamaması halinde, katılma alacaklısı eş, ölen eşin mirasçılarına başvurabilir. Ancak böyle bir ihtimalde katılma alacağı borçlusu eşin ölmesi durumunda üçüncü kişiye başvurulabilmesi için, katılma alacağının terekeden ve tereke borçlarından sorumlu olan mirasçılardan tahsil

³⁸⁶ Z. R. Demir, *Artık Değer*, 120.

³⁸⁷ Serozan, Engin, *Miras*, 495.

³⁸⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256-257.

³⁸⁹ Dural, Öz, *Miras*, 464-465; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2014), 460; Bilge Öztan, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, 11. Bası (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 450.

edilememiş veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmış olması gerekmektedir.³⁹⁰ Sonuç olarak doktrinde kabul edilen bu görüşe göre, katılma alacaklısı eşin alacağı, tamamen terekeden veya tereke borcundan sorumlu olan mirasçılardan karşılanabiliyorsa, eş, üçüncü kişiye başvuramaz.

Kanaatimizce, katılma alacaklısı eşin, alacağının tereke değerlerinden karşılanmadığını ispat etmesi yeterlidir. Ayrıca mirasçılardan kişisel sorumluluğuna başvurulmuş ve buna rağmen katılma alacağının karşılanamamış olması aranmamalıdır. Zira ölen eşin mirasçı sayısının fazla olması ve mirasçılardan birinin tek başına katılma alacağını karşılamaya yetecek malvarlığının bulunmaması halinde, mirasçılardan her birine takip yaparak katılma alacağını elde etmeye çalışması katılma alacaklısı sağ kalan eş aleyhine olacaktır. Böylece katılma alacaklısı eşin TMK.m.241 uyarınca üçüncü kişiye karşı başvurabilmesi için, katılma alacağının ölen eşin terekесinden karşılanamaması yeterli olup, ayrıca mirasçılardan kişisel malvarlığına başvurularak onların malvarlığından da karşılanamamış olmasını aramak yerinde olmayacaktır.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma oranını değiştirmeleri ve bu orana göre belirlenen katılma alacağının borçlu eşin malvarlığı veya terekесinden karşılanamaması durumunda da kazandırmada bulunan üçüncü kişiye başvurulabilir.³⁹¹ Ancak doktrinde, artık değere katılma oranını arttıran mal rejimi sözleşmesinin üçüncü kişiye kazandırmada bulunulmasından önce yapılması kaydıyla, TMK.m.241 hükmüne dayanılarak üçüncü kişiye başvurulabileceği de savunulmaktadır.³⁹² Genç Arıdemir'e göre³⁹³ ise, böyle bir zamansal sınırlamayı öngören kanun hükmü bulunmamakla birlikte, dürüstlük kuralından yararlanılarak aynı sonuca varılabilir. Kanaatimizce, eşlerin artık değere katılma oranını değiştirmeleri halinde de, ilgililer yeni belirlenmiş arttırılmış oran bakımından da üçüncü kişilerden TMK.m.241 kapsamında talepte bulunabilmelidir. Zira kanunda TMK.m.241'in uygulanması bakımından kanuni ya da sözleşmesel katılım oranına ilişkin bir ayrım yapılmamıştır.

³⁹⁰ Okur, "Dava Hakkı", 173.

³⁹¹ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 39.

³⁹² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 35.

³⁹³ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 39.

(2) Borçlu Eşin Malvarlığının veya Terekesinin Katılma Alacağını Karşılıp Karşılamadığının Tespitinde Esas Alınacak An

Borçlu eşin malvarlığı veya terekesinin, alacaklı eşin katılma alacağını kısmen veya tamamen karşılayamadığının hangi an esas alınarak belirleneceği önem arz etmektedir. TMK.m.241/f.1'e göre, borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılıp karşılamadığı mal rejiminin sona erme anına göre değil, tasfiye anına göre değerlendirilecektir.³⁹⁴ Zira hükmünde “*tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde*” ifadesi kullanılmıştır.

Buna karşılık hükümde yer alan “tasfiye sırasındaki” ifadesi doktrinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetip yetmediği hususunda tasfiyenin tamamlandığı an önem arz etmektedir.³⁹⁵ Diğer bir görüşe göre ise, söz konusu düzenlemede “tasfiye sırasında” ifadesinin kullanılmış olması, borçlu eşin malvarlığı ya da terekesinin katılma alacağını karşılamaya yetip yetmeyeceğinin tasfiye anına göre belirlenmesi gerektiği izlenimini vermektedir.³⁹⁶ Ancak hükümde her ne kadar “tasfiye sırasında” ibaresi kullanılmış olsa da, bu ifadeden katılma alacağının ifası safhası anlaşılmalıdır. Zira katılma alacağının miktarı tasfiyenin tamamlanmasından önce belirli olmadığı gibi, kural olarak tasfiyeden önce muaccel de olmaz.³⁹⁷ Sarı'ya göre de, üçüncü kişilerden talepte bulunulabilmesi tasfiye aşaması ile sınırlı değildir.³⁹⁸ Zira üçüncü kişilere başvurulabilmesi için tasfiye sürecine yer verilmesi alacaklı eşi koruma amaçlıdır. Burada tasfiye sürecine yer verilmesi ile alacaklı eşin başvuru hakkının sınırlandırılması amaçlanmamıştır. Söz konusu düzenlemede tasfiye sürecine yer verilmesi ile, alacaklı eşi katılma alacağının muaccel olmadığı bir dönemde, borçlu eşin malvarlığının katılma

³⁹⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 243.

³⁹⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 20, 21; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349; Okur, “Dava Hakkı”, 174.

³⁹⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 255. Genç Arıdemir'e göre, “borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılayamayacak durumda bulunması, borçlu eşin malvarlığının tasfiye sırasındaki durumuna göre belirlenir” (Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 40).

³⁹⁷ Şıpka, “Zamanaşımı”, 841; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 563; Ş. Demir, “Artık Değer”, 248; Tuzcuoğlu, Baytan, “İfa”, 926-927. Yarg. 8. HD., T. 07.11.2018, E. 2016/6087, K. 2018/18275 “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” (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

³⁹⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 255.

alacağını karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması halinde, üçüncü kişiye karşı başvuruda bulunma imkânı tanınmıştır.³⁹⁹ Öztaş'a göre ise, katılma alacağının belirlenmesi mal rejiminin tasfiyesinin son aşamasıdır.⁴⁰⁰ Bu aşama tamamlanmadan katılma alacağının ifası aşamasına geçilemez. Alacaklı eş, mal rejiminin tasfiyesinden önce TMK.m.241 hükmü uyarınca üçüncü kişiden bir talepte bulunursa, üçüncü kişi, ilk önce borçlu eşe başvurulması gerektiği yönünde bir itirazda bulunabilir. Böyle bir durumda ise, alacaklı eş, borçlu eşe başvurduğunda, borçlu eş de katılma alacağının henüz muaccel olmadığını ileri sürebilir.

(3) Borçlu Eşin Malvarlığının Tasfiye Sırasında Katılma Alacağını Karşılamaya Yeterli Olmasına Rağmen Sonradan Bu Özelliğini Kaybetmesi

Tasfiye sırasındaki malvarlığı katılma alacağını karşılamaya yeterli olan eşin, malvarlığında sonradan meydana gelen azalmaların, TMK.m.241'in uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Katıldığımız görüşe göre, borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını tasfiye sırasında karşılamasına rağmen, daha sonradan malvarlığında meydana gelen azalmalar sebebiyle bu özelliğini kaybetmesi halinde, alacaklı eş, TMK.m.241/f.2 hükmünde öngörülen hak düşürücü süreler geçirilmemişse üçüncü kişilerden talepte bulunabilir.⁴⁰¹ Aksi görüşte olanlara göre ise, TMK.m.241'in uygulanması bakımından mal rejiminin tasfiyesinden sonra borçlu eşin malvarlığında meydana gelen azalmalar dikkate alınmamalıdır.⁴⁰² Zira alacaklı eş, tasfiyeden sonra alacağını zamanında tahsil etmeli veya alacağı garanti altına almak için gereken tedbirleri almalıdır. Bu sebeple, borçlu eşin malvarlığında sonradan meydana gelen azalma dolayısıyla katılma alacağını borçlu eşten tahsil edemeyen eş, üçüncü kişiye başvuramamalıdır.⁴⁰³

(4) Borçlu Eşin Malvarlığının Tasfiyeden Sonra İyileşmesinin Etkisi

Borçlu eşin malvarlığının tasfiye sırasında katılma alacağını karşılayamamasına rağmen, tasfiyeden sonra iyileşerek alacağı karşılayacak duruma gelmesi ya da ileride

³⁹⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 255.

⁴⁰⁰ Öztaş, "Katılma Alacağı", 563, dpn. 32.

⁴⁰¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256.

⁴⁰² Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 349; Öztaş, "Katılma Alacağı", 565. Okur'a göre, "katılma alacaklısı eş, tasfiye tamamlandıktan sonra borçlu eşin malvarlığında gerçekleşecek olumsuz değişikliklerden etkilenmek istemezse, şartları bulunduğu takdirde İİK.m.257/f.2, b.2 uyarınca ihtiyati haciz talebinde bulunabilir" (Okur, "Dava Hakkı", 175, dpn. 96).

⁴⁰³ Öztaş, "Katılma Alacağı", 565.

karşılamaya yetecek kadar iyileşme olasılığının bulunması mümkündür. Böyle bir olasılığın bulunmasının, alacaklı eşin üçüncü kişiye başvurma hakkını engelleyip engellemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre, üçüncü kişilerin sorumluluğu ikincil niteliktedir. Bu nedenle, borçlu eşin malvarlığından katılma alacağının karşılayıp karşılamadığının belirlenmesi bakımından, malvarlığında tasfiyeden sonra meydana gelen iyileşmeler dikkate alınmalıdır.⁴⁰⁴ Meydana gelen iyileşmeler dolayısıyla borçlu eşin malvarlığı katılma alacağını karşılayabilecek duruma gelmişse, üçüncü kişiye başvurulamamalıdır. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, malvarlığının katılma alacağını karşılaması bakımından tasfiye anı dikkate alınacağı için, borçlu eşin malvarlığında sonradan meydana gelen iyileşmeler dikkate alınmamalı ve üçüncü kişiye başvuru yapılabilmelidir.⁴⁰⁵ Her ne kadar, borçlu eşin malvarlığının sonradan iyileşmesinin alacaklı eşin üçüncü kişiye başvurma hakkını ortadan kaldırmayacağı belirtilse de; borçlu eşin malvarlığında bir iyileşme söz konusu olduğu hallerde katılma alacaklısı eş karşılanmayan kısım için üçüncü kişiye başvurduğunda üçüncü kişi katılma alacaklısı eşin alacağının tamamını borçlu eşten alabileceğini ileri sürerek katılma alacağını kısmen veya tamamen ödemekten kurtulabileceği ifade edilmiştir. Öztaş'a göre ise, borçlu eşin malvarlığındaki geçici nitelikteki iyileşmeler dikkate alınmamalıdır⁴⁰⁶. Zira borçlu eşin malvarlığındaki iyileşmenin geçici nitelikte olması alacaklı eşin katılma alacağını tahsil etmesine imkân vermeyebilir. Böyle bir durumda ise, alacaklı eş, hak düşürücü süreleri geçirdiği için üçüncü kişiden katılma alacağının karşılanmayan kısmını talep etme hakkını da yitirebilir.

Kanaatimizce, borçlu eşin malvarlığının tasfiyeden sonra iyileşecek olması, kural olarak, dikkate alınmamalıdır. Alacaklı eş öncelikle alacağını borçlu eşten alır, alamaz ise eksik kalan miktarla sınırlı olmak üzere üçüncü kişilere başvurur. Borçlu eşin malvarlığının tasfiyeden sonra iyileşecek olması durumunda bu iyileşmelerin dikkate alınması gerektiğini savunan görüşe katılmak mümkün değildir. Zira böyle bir durumda riski bütünüyle alacaklı eş taşıyacak, eğer iyileşme gerçekleşmez veya geçici

⁴⁰⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 24; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420.

⁴⁰⁵ Okur, "Dava Hakkı", 175. Zeytin'e göre, borçlu eşin malvarlığının tasfiyeden sonra iyileşmesi kural olarak dikkate alınmamalıdır (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 350).

⁴⁰⁶ Öztaş, "Katılma Alacağı", 564-565.

olarak gerçekleşirse, hak düşürücü sürenin dolması halinde alacaklı eşin üçüncü kişiye başvurma imkânı tamamen ortadan kalkacaktır.

(5) Borçlu Eşe Katılma Alacağının Ödenmesi İçin Süre Tanınması veya Borçlu Eş Tarafından Güvence Gösterilmesi Halinde Üçüncü Kişilerden Talepte Bulunulup Bulunulamayacağı Sorunu

Katılma alacağının derhal ödenmesi ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir (TMK.m.239/f.2). Borçlu eş katılma alacağını ödemesi için süre tanınması halinde, katılma alacağını ödeme yükümlülüğü eşler veya hâkim tarafından belirlenen süre kadar ertelenmiş olur. Zira süre tanınması ile alacağın muaccel olacağı tarih ertelenmiş olmaktadır. Katılma alacağının ödenmesinin ertelendiği her durumda borçlu eşin güvence göstermesi söz konusu olmaz. Borçlu eş tarafından güvence gösterilmediği, sadece borcun belirli bir süre ertelendiği durumlarda katılma alacağının muhakkak ödeneceği yönünde bir kesinlik yoktur.⁴⁰⁷ Borçlu eş katılma alacağını ödemesi için süre tanınmışsa, borçluya tanınan süre sonuna kadar üçüncü kişilerden talepte bulunulamaz.⁴⁰⁸ Katılma alacağının ifası için belirlenen süre sona ermeden alacaklı eş tarafından üçüncü kişiye başvurulması halinde, üçüncü kişi henüz sürenin dolmadığını def'i olarak ileri sürebilir.⁴⁰⁹

Alacaklı, durum ve koşullar gerektiriyorsa, borçludan katılma alacağını teminat altına almak için güvence göstermesini de isteyebilir (TMK.m.239/f.3). Katılma alacağının ifasına yönelik güvence gösterilmesi halinde katılma alacağının borçlu eş tarafından tahsil edilebileceği daha da kesinleşmektedir.⁴¹⁰ Bu durumda borçlu eş tarafından gösterilen güvenceye başvurulmadan doğrudan üçüncü kişiye başvuru imkânı tanınmamalıdır.⁴¹¹ Zira katılma alacaklısı eş borçlu eş tarafından gösterilen güvenceye

⁴⁰⁷ Okur, “Dava Hakkı”, 177.

⁴⁰⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 243; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422; Özer Deniz, *Tasfiye*, 112; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 565; Karamercan, *Dava Hakkı*, 97; T. Şengül, *Devirler*, 98. Borçlu eş katılma alacağını ödemesi için süre verilmişse, katılma alacağının ödenmediğinden söz edilemeyeceği için üçüncü kişilere karşı dava açılmaz. Verilen sürenin bitmesine rağmen, ödeme yapılmamış veya eksik yapılmışsa üçüncü kişiye karşı dava açılabilir (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 639).

⁴⁰⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 22; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 565; Okur, “Dava Hakkı”, 177; Karamercan, *Dava Hakkı*, 97-98.

⁴¹⁰ Z. R. Demir, *Artık Değer*, 115.

⁴¹¹ TMK.m.239 kapsamında borçlu eş süre tanındığı ve borçlu eşin güvence gösterdiği hallerde, alacaklı eşin, süre geçene kadar borcun ödenmediği sebebiyle üçüncü kişiye başvuramayacağına

başvurmada doğrudan üçüncü kişiye başvuru imkânı tanımak üçüncü kişinin sorumluluğunun tali olmasına da aykırılık oluşturur.⁴¹²

(6) Katılma Alacağının Karşılanmadığının İspatı

Borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin katılma alacağını karşılamadığını ve böylece üçüncü kişiye başvuru koşullarının gerçekleştiğini alacaklı eş veya mirasçıları ispat etmelidir.⁴¹³ Söz konusu ispat külfeti yerine getirilmediği takdirde üçüncü kişi, alacağın asıl borçlu tarafından ifa edilmesi gerektiğini ileri sürebilir.⁴¹⁴

Katıldığımız hakim görüşe göre, üçüncü kişinin katılma alacağının karşılanamayan kısmından sorumlu olabilmesi için, borçlu eş hakkında takip yapılmasına veya hakkında aciz belgesi alınmasına gerek yoktur.⁴¹⁵ Zira üçüncü kişiden talepte bulunulabilmesi için borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin tasfiye sırasında katılma alacağını karşılamadığının anlaşılması yeterlidir.⁴¹⁶ Katılma alacaklısı, borçlu eşin malvarlığı veya terekesinin katılma alacağını karşılamadığına dair iddiasını her türlü delille ispatlayabilir.⁴¹⁷

Doktrinadaki diğer görüşe göre ise, katılma alacağının karşılanmayan kısmının üçüncü kişilerden talep edilebilmesi için katılma alacağı borçlusu eşe veya mirasçılarına karşı takip yapılması ve takip sonucunda katılma alacağının karşılanmamış olması

ilişkin açıklamalar için bkz. Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256; Okur, “Dava Hakkı”, 177; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 115-116; Özer Deniz, *Tasfiye*, 112.

⁴¹² Z. R. Demir, *Artık Değer*, 115-116.

⁴¹³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 218; Özer Deniz, *Tasfiye*, 110; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 40; Karamercan, *Dava Hakkı*, 81; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 173; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 130.

⁴¹⁴ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 219; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 173.

⁴¹⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 26; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 347; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 566; Karamercan, *Katılma Alacağı*, 639; Karamercan, *Dava Hakkı*, 81; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 115; T. Şengül, *Devirler*, 99. Şıpka/Özdoğan’a göre, “borçlu eşin takip edilmesi gerekli olup; borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılayamadığının ortaya konulması için, aciz vesikası alınması gerekli değildir” (Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 219). Topuz’a göre, “İİK’da düzenlenen tasarrufun iptali davasında dava açılabilmesi için davacının elinde borç ödemededen aciz belgesi bulunması gerektiği açıkça ifade edilmiş olup, TMK.m.241 hükmünde buna ilişkin açık bir düzenleme olmadığı için m.241 hükmüne dayanılarak açılacak davalarda borç ödemededen aciz belgesi özel dava şartı değildir” (Topuz, “Katılma Alacağı”, 513).

⁴¹⁶ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 346-347. Z. R. Demir’e göre, “kanun koyucu aciz vesikası alınması yönünde bir şart arasaydı bunu açıkça (İİK.m.277’de olduğu gibi) belirtirdi. TMK.m.241 hükmünde bu yönde bir şart öngörülmediği için, aciz vesikası alınması şartının aranmadığı sonucuna ulaşılabilir” (Z. R. Demir, *Artık Değer*, 115).

⁴¹⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 350; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 256; Karamercan, *Dava Hakkı*, 81; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 130.

gerekmelidir.⁴¹⁸ Bu görüşte olanlara göre, öncelikle borçlu eş veya mirasçıları takip edilmeli ve haklarında borç ödemededen aciz belgesi alınmalıdır.⁴¹⁹ Üçüncü kişinin katılma alacağının karşılanamayan kısmından sorumlu olabilmesi için, borçlu eş hakkında takip yapılması veya hakkında aciz belgesi alınmasının gerekli olduğunu savunan yazarlardan bir kısmına göre ise, borçlu eşin katılma alacağını ödemeyeceği açıksa, örneğin borçlu eş iflas etmişse veya terekesi borca batıksa aciz belgesi alınmasına gerek yoktur.⁴²⁰ Bu durumda doğrudan üçüncü kişiye başvurulabilir.

Acabey'e göre⁴²¹, alacaklı eş, borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin katılma alacağını kısmen veya tamamen karşılamadığını kanıtlamadığı sürece dava açamaz. Örneğin, alacaklı eş, yapılan takip sonucunda takibin semeresiz kaldığını gösteren aciz belgesi veya borçlunun iflas ettiğine dair iflas kararıyla alacağının kısmen veya tamamen karşılanmadığını ispat ederek dava açabilir.

Topuz'a göre, burada aciz belgesi, alacaklının haklı olduğunu ispata yarayan delillerden biridir.⁴²² Yazara göre, aciz belgesi alınması özel bir dava şartı olarak değerlendirilirse bunun usul hukuku açısından sonuçları farklı olacaktır. Zira dava şartı olarak değerlendirilirse bunun eksikliği davanın usulden reddini gerektirecektir. Aksi takdirde ispat için gerekli bir delil olarak kabul edilmesi halinde aciz belgesinin sunulmamış olması halinde ispat yükünü taşıyan taraf iddiasını ispat edemediği için dava esastan reddedilecektir. Yazara göre, tasfiye sırasında borçlu eşin katılma alacağını karşılayamayacağı açıksa, bu durumda borç ödemededen aciz belgesi aramaya gerek yoktur. Zira borç ödemededen aciz belgesi alınabilmesi için yapılması gereken icra işlemleri zaman alacak olup, TMK.m.241 hükmüne dayanarak dava açacak kişinin bu işlemlerle uğraşmasına gerek yoktur. Aksi takdirde, borçlunun malvarlığı olmasına

⁴¹⁸ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 218; Acabey, *Katılma Rejimi*, 191; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 41. Z. R. Demir'e göre, "aciz vesikası alınması şartının aranması, TMK.m.241 hükmünde öngörülen davayı, İİK.m.277'de düzenlenen davaya yaklaştırdığı için bu görüş yerinde değildir" (Z. R. Demir, *Artık Değer*, 141).

⁴¹⁹ Şıpka, önceki tarihli eserinde "katılma alacağı borçlusu eş veya mirasçılarının takip edilmesi ve bu takip sonucunda borç ödemededen aciz belgesi alınması gerektiği" görüşünü savunmasına rağmen, Özdoğan ile yazdığı sonraki tarihli ortak eserinde "borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamadığının ortaya konulması için aciz vesikası alınması gerekmediğini" ifade etmiştir (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 218-219).

⁴²⁰ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 218; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 41.

⁴²¹ Acabey, *Katılma Rejimi*, 191.

⁴²² Topuz, "Katılma Alacağı", 514.

rağmen rızası ile katılma alacağını ödememesi durumunda, hakkında icra takip işlemleri yapılacaktır.⁴²³

4. Üçüncü Kişilerin Sorumluluğunun Sınırları

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmünde alacaklı eş veya mirasçılarının “*edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebileceği*” düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca üçüncü kişilerin sorumluluğu açısından iki farklı sınırlama öngörülmüştür. Birinci sınırlama, üçüncü kişilerin katılma alacağından sorumlu olacağı azami miktara ilişkindir. Üçüncü kişilerin sorumluluğunun üst sınırı, kendilerine yapılan karşılıksız kazandırmanın miktarıdır. İkinci sınırlama, talep edilecek katılma alacağı miktarı bakımındandır. Üçüncü kişilerden ancak katılma alacağının borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden tahsil edilemeyen kısmı talep edilebilir.

a) Sorumluluğun Üst Sınırı

Üçüncü kişilerin sorumluluğunun üst sınırını kendilerine yapılan karşılıksız kazandırma oluşturur. Üçüncü kişi sadece elde ettiği kazandırmanın miktarı ile sorumlu olup, kazandırmanın değeri katılma alacağının karşılanmayan kısmını karşılamaya yetmezse, eksik kalan kısım kendisinden talep edilemez.⁴²⁴ Katılma alacağının üçüncü kişiden talep edilebilecek kısmı, tasfiyenin tamamlandığı anda alacağın borçlu eş tarafından karşılanmayan miktarıdır.⁴²⁵ Böylece borçlu eş tarafından karşılanmayan kısım, üçüncü kişiye yapılan kazandırmaların yapıldığı tarihteki değerini aşıyorsa TMK.m.241 hükmü uyarınca bunun üçüncü kişiden talep edilmesi mümkün değildir.⁴²⁶ Katılma alacağının eksik kalan kısmının miktarına göre, üçüncü kişi kendisine yapılan kazandırmanın değerinin tamamını da geri vermek zorunda kalabilir.⁴²⁷ Üçüncü kişiye kazandırmada bulunulduktan sonra, yapılan kazandırmanın değerinde bir artış meydana gelirse bu artışlar dikkate alınmayacaktır.⁴²⁸ Zira üçüncü kişiden talep edilebilecek miktarın üst sınırını, kazandırmanın yapıldığı tarihteki değeri oluşturmaktadır.

⁴²³ Topuz, “Katılma Alacağı”, 514.

⁴²⁴ Acabey, *Katılma Rejimi*, 192; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 193; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 125.

⁴²⁵ Okur, “Dava Hakkı”, 177.

⁴²⁶ Okur, “Dava Hakkı”, 177; Karamercan, *Dava Hakkı*, 105-106; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 125.

⁴²⁷ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 343.

⁴²⁸ Okur, “Dava Hakkı”, 177; Karamercan, *Dava Hakkı*, 106.

Üçüncü kişiye yapılan karşılıksız kazandırma, nakden yapılmış ise o tutarda, malvarlığı devri şeklinde bir kazandırma yapılmış ise, kazandırmanın yapıldığı tarihteki sürüm değeri ile sınırlı olarak iade edilmelidir.⁴²⁹

Üçüncü kişiye yapılan kazandırma ya da devir, karma bağışlama şeklinde yapılmışsa, sorumlu olunacak miktarın tespitinde üçüncü kişinin ödediği karşılık dikkate alınmalıdır.⁴³⁰ Aksi takdirde elde ettiği kazandırma bakımından kısmen bir karşılık ödemiş olan üçüncü kişinin sorumluluğu aşırı derecede genişletilmiş olur.

b) Sorumluluğun Miktar Açısından Sınırlandırılması

Üçüncü kişilerin sorumluluğunun üst sınırını kendilerine yapılan karşılıksız kazandırma oluştursa da, üçüncü kişilerden ancak katılma alacağının borçlu eşin malvarlığından veya terekesinden karşılanmayan kısmı talep edilebilir.⁴³¹ Bu sınırlama, TMK.m.241’de katılma alacağının karşılıksız kazandırmalardan yararlanan üçüncü kişilerden “eksik kalan miktarla sınırlı olarak” istenebileceği şeklinde ifade edilmiştir.

Katılma alacağının tamamı, borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden elde edilmişse, eksik kalan bir miktar bulunmuyorsa, üçüncü kişilere karşı TMK.m.241’e dayanarak talepte bulunulamaz. Üçüncü kişilerin sorumluluğu, karşılıksız kazandırmada bulunan eşin malvarlığı veya terekesinin katılma alacağını karşılamaması halinde söz konusudur. Bu nedenle katılma alacağı borçlu eş veya mirasçılarından tahsil edildiği ölçüde üçüncü kişiler sorumluluktan kurtulacaktır.⁴³²

5. Taraflar

a) Talepte Bulunmaya Yetkili Kişiler

(1) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.241’e göre, katılma alacağı kısmen veya tamamen karşılanmayan alacaklı eş veya mirasçıları üçüncü kişilerden talepte bulunabilir.⁴³³

⁴²⁹ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 343; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 257; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 566; Gençan, *Mal Rejimleri*, 639; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 193; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 125.

⁴³⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 566; Karamercan, *Dava Hakkı*, 111-112; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 125.

⁴³¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 257; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 566; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 126.

⁴³² Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 257; Karamercan, *Dava Hakkı*, 69-70; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 126.

⁴³³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 44; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 14; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 258; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420-421; Karamercan, *Dava Hakkı*, 180; Genç

TMK.m.241/f.3’de, bir ve ikinci fıkra hükümleri ile yetki kuralları dışındaki hususlarda mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir. TMK.m.241’in birinci fıkrasında, davanın hangi koşullarla, kim tarafından, kimlere karşı açılacağı; ikinci fıkrasında ise, davanın tâbi olduğu hak düşürücü süre düzenlenmiştir. Bu nedenle, dava açma hakkına sahip olan, diğer bir ifadeyle talepte bulunmaya yetkili kişilerin belirlenmesi bakımından mirasta tenkisi düzenleyen TMK.m.560 vd. hükümleri kıyasen de olsa uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla, TMK.m.562’ye göre belirli koşullarla saklı paylı mirasçının yerine tenkis davası açma hakkı bulunan alacaklıların veya iflas idaresinin TMK.m.241 uyarınca mal rejimine özgü tenkis davası açma hakları bulunmamaktadır.⁴³⁴ Ancak doktrindeki aksi görüşe göre, katılma alacaklısı eşin veya mirasçılarının alacaklıları da TMK.m.562 hükmünde olduğu gibi, TMK.m.241’e dayanarak dava açabilmelidir.⁴³⁵ Bu görüşe göre, mal rejimi sona ermiş olmasına rağmen, katılma alacaklısı eş (veya mirasçıları) tarafından üçüncü kişiye karşı dava açılmamışsa, katılma alacağını haczettiren alacaklı da üçüncü kişiye karşı dava açma hakkına sahip olmalıdır.⁴³⁶ Ayrıca doktrinde hak sahibi eşin iflas etmesi halinde, iflas idaresinin de üçüncü kişiye dava açabileceği kabul edilmektedir.⁴³⁷ Kanaatimizce, TMK.m.241/f.1 hükmünde üçüncü kişilere karşı dava açabilecek kişiler katılma alacaklısı eş veya mirasçıları olarak belirtildiği için, tenkis hükümlerinin bu konuda kıyasen uygulanması söz konusu olmaz. Böylece katılma alacaklısı eşin (veya mirasçılarının) alacaklıları ile iflas idaresinin TMK.m.241 hükmüne dayanarak üçüncü kişilere dava açması mümkün olmamalıdır.

Arıdemir, “İlişkiler”, 49; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 186; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 140. Üçüncü kişilerden katılma alacağını talep etme hakkı, alacaklı eşin mirasını reddetmemiş mirasçılara aittir (Özer Deniz, *Tasfiye*, 110).

⁴³⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 421; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 571; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 58. ZGB. Art. 524 hükmünün (TMK.m.562) ZGB. Art. 220 açısından uygulanmayacağı yönündeki açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 57; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 15.

⁴³⁵ Karamercan, *Dava Hakkı*, 103.

⁴³⁶ Karamercan, *Dava Hakkı*, 103.

⁴³⁷ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 571; Karamercan, *Dava Hakkı*, 181. Doktrindeki bazı yazarlar, katılma alacağının haczedilmesi durumunda, üçüncü kişiye başvurma hakkının da haczedilmiş olacağını, hak sahibi eşin iflas etmesi halinde ise, katılma alacağının haczedilmeyen kısmı için üçüncü kişiye başvurma hakkının iflas masasına dâhil olacağını ifade etmişlerdir. Bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354; Okur, “Dava Hakkı”, 188.

(2) Katılma Alacaklısı Eş

Katılma alacağı üzerinde sağ oldukları sürece eşler hak sahibi olurlar. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin tamamlandığı anda katılma alacağında hak sahibi olan eş sağ ise, katılma alacağının karşılanmayan kısmı için üçüncü kişiye karşı dava açma hakkı da ona aittir.

(3) Mirasçılar

Mirasçıların TMK.m.241 uyarınca üçüncü kişiye başvurabilmesi iki ihtimalde ortaya çıkabilir. İlk ihtimalde, mal rejiminin katılma alacaklısı eşin ölümüyle sona ermesi ve ölen eşin mirasçılarının katılma alacağı üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olmasıdır. Diğer bir ihtimalde ise, mal rejiminin ölüm dışında başka bir sebeple sona ermesi ve katılma alacağı ifa edilmeden katılma alacaklısı eşin ölmesi halinde de katılma alacaklısı eşin mirasçıları külli halef sıfatıyla katılma alacağı üzerinde hak sahibi olurlar. Her iki ihtimalde de ölen eşin katılma alacağı onun tereke mevcudu içinde yer alır. Terekede yer alan katılma alacağı üzerinde ölen eşin mirasçıları külli halef sıfatıyla hak sahibi olurlar (TMK.m.599). Alacaklı eşin mirasçıları, katılma alacağının tamamının ifa edilmesini diğer eşten veya onun mirasçılarından talep edebilecekleri gibi, katılma alacağının karşılanmayan kısmının ifasını da üçüncü kişilerden talep edebilirler. Ölen eşin katılma alacağı tereke alacağı niteliğindedir. Bu nedenle, saklı paylı olsun veya olmasın mirasçıların tamamının TMK.m.241'e dayanan davayı açması mümkündür.⁴³⁸

Katılma alacaklısı eşin bir mirasçısı bulunuyorsa, bu mirasçı katılma alacağının karşılanmayan kısmını koşulları gerçekleşmişse üçüncü kişiden talep edebilir. Ölen eşin birden fazla mirasçısının bulunması durumunda ise, katılma alacağının karşılanmayan kısmının her bir mirasçı tarafından, diğer mirasçılardan bağımsız olarak talep edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki bazı yazarlara göre, ölen eşin mirasçılarından her biri katılma alacağının karşılanmayan kısmı bakımından miras payına düşen kısım için üçüncü kişiye başvurabilir.⁴³⁹ Üçüncü kişiye karşı açılan davada, mirasçılar arasında zorunlu

⁴³⁸ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420-421.

⁴³⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 44; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 15; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 259; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420-421;

dava arkadaşlığı söz konusu değildir.⁴⁴⁰ Mirasçılardan her birinin kendi payına düşen kısmın ifası sağlamak için tek başına dava açması mümkün olduğu gibi mirasçıların birlikte dava açması da mümkündür. Mirasçılar birlikte dava açarlarsa, aralarında HMK.m.57 ve m.58 hükümlerine göre ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olur.⁴⁴¹ Gençcan'a göre, mirasçılardan her biri, kendi payı oranında üçüncü kişiye karşı ayrı ayrı dava açmışsa, bu davaların birleştirilmesi yerinde olacaktır.⁴⁴² Üçüncü kişiye karşı açılan davada verilen karar, taraflar bakımından nisbi niteliktedir. Bir ya da birden fazla mirasçının dava açması halinde, üçüncü kişiye yapılmış olan kazandırma, yalnızca dava açan mirasçıların miras payları oranında tenkis edilir (TMK.m.241/f.3).⁴⁴³ İfa davası açmayan mirasçılar bu kararının sonuçlarından yararlanamazlar.

Doktrindeki katıldığımız diğer görüşe göre ise, mirasçıların miras ortaklığında elbirliği ile hak sahipliği söz konusu olduğu için, katılma alacağının karşılanmayan kısmını da üçüncü kişiden birlikte talep etmeleri gerekir.⁴⁴⁴ Zira, TMK.m.640 hükmü uyarınca katılma alacağı ölen eşin terekesinde yer alır ve tereke üzerinde bütün mirasçılar elbirliği ile hak sahibidirler. Bu nedenle, katılma alacağının ödenmesi için üçüncü kişilerden talepte bulunulmasında da elbirliği ile hak sahipliğine ilişkin esaslar uygulanmalıdır.⁴⁴⁵

Mal rejiminin alacaklı eşin ölümü ile sona ermesi durumunda, üçüncü kişiye kazandırmada bulunan eşin, sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olması mümkündür. Böyle bir durumda borçlu eş, ölen eşin külli halefi durumuna gelir.⁴⁴⁶ Kural olarak, borçlu eşin sağ kalan eş sıfatıyla miras ortaklığında yer alması, diğer mirasçıların üçüncü kişilerden

Gençcan, *Mal Rejimleri*, 643; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 571; Özer Deniz, *Tasfiye*, 110; T. Şengül, *Devirler*, 100.

⁴⁴⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 44; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 15.

⁴⁴¹ Karamercan, *Dava Hakkı*, 181.

⁴⁴² Gençcan, *Mal Rejimleri*, 643.

⁴⁴³ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 421, dpn. 690.

⁴⁴⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 258; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 49. Mirasçılardan her birinin katılma alacağında payına düşen kısım için dava açabilmesi, miras ortaklığının niteliği ve bu ortaklık üzerindeki elbirliği ile hak sahipliği açısından mümkün değildir (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 258, dpn. 375; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 49-50). Genç Arıdemir'e göre, TMK.m.241'e dayanan talep hakkı mirasçıların şahıslarına tanınmayıp, katılma alacaklısı eşe tanınmıştır. Katılma alacaklısı eşin ölümü halinde külli halefiyet ilkesi gereğince söz konusu talep hakkı mirasçılara geçmektedir. Bu nedenle, mirasçıların birlikte dava açması gerekir (Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 49-50).

⁴⁴⁵ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 258; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 49.

⁴⁴⁶ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 565.

talepte bulunmasını engellemez.⁴⁴⁷ Ancak sağ kalan borçlu eşin tek başına mirasçı olması olasılığında, onun üçüncü kişiye başvurusu mümkün değildir. Böyle bir durumda sağ kalan eşin, kazandırmada bulunduğu üçüncü kişiye karşı mirasçı sıfatıyla mal rejimine özgü tenkis talebinde bulunması, TMK.m.2/f.2 hükmüne göre hakkın açıkça kötüye kullanılması sayılacağından hukuk düzenince korunmaz.⁴⁴⁸ Zira diğer eşin rızası olmadan kazandırmada bulunan borçlu eşin sonradan mirasçı sıfatıyla üçüncü kişiye başvurusu çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder.⁴⁴⁹

(4) Katılma Alacağı Devralanlar

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucu hesaplanan katılma alacağı hukuki niteliği itibarıyla, borçlar hukuku anlamında bir alacak hakkıdır.⁴⁵⁰ Söz konusu alacak hakkı, eşler arasındaki bir sözleşmeden değil, kanundan kaynaklanan bir haktır.⁴⁵¹ Eşin katılma alacağı üzerindeki hakkı, miras yoluyla intikale elverişli olduğu gibi, eş bu alacak hakkını üçüncü kişilere de devredilebilir.⁴⁵² Bu nedenle, alacağın devrine ilişkin TBK.m.183 vd. hükümlerine göre, gerek hak sahibi eşin gerekse mirasçılarının katılma alacağını borçlunun rızasını almaksızın üçüncü kişiye devretmesi

⁴⁴⁷ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 571. Borçlu eşle birlikte tereke üzerinde hak sahibi olan diğer mirasçılarının üçüncü kişiye karşı talepte bulunması bakımından katılma alacağı borçlusu sağ kalan eşin katılımı veya onayı aranmamaktadır. Zira bu işlem TMK.m.640/f.4’de düzenlenen terekenin korunmasına yönelik bir işlem niteliğinde sayılabilir.

⁴⁴⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 412; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 421; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 571; Özer Deniz, *Tasfiye*, 111; Karamercan, *Dava Hakkı*, 184; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 187; T. Şengül, *Devirler*, 100.

⁴⁴⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 234; Okur, “Dava Hakkı”, 187-188; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 571; Genç Arıdemir, “Üçüncü Kişi”, 448.

⁴⁵⁰ Aydın Zevkliler, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Tasarısında Yer Alan Mal Rejimleri ile İlgili Hükümlerin Kabulü Sırasında Komisyonunda Yapılan Görüşmeler”, içinde *Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Şubat 2016, I. Cilt*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 105; Şıpka, “Zamanaşımı”, 843; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 174; Şengül, “Katılma Alacağı”, 81; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 2; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 35; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 149; Özer Deniz, *Tasfiye*, 98; Kayış, “Miras Hakkı”, 23, dpn. 82. Katılma alacağının Borçlar Hukuku’nda düzenlenmiş bir borç ilişkisinden doğan bir alacak hakkından farksız olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 144; Altunkaya, “İfa”, 393; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 29. “Katılma alacağının aynı bir hak ortaya çıkarmayıp, bir alacak hakkı olduğu ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine tâbi olduğu” yönündeki açıklamalar için bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 234; Zeytin, “Haciz”, 14; Tuzcuoğlu, Baytan, “İfa”, 928; Doğan, Köroğlu, “Katılma Alacağı”, 286; Kayış, “Miras Hakkı”, 24; Ersen Perçin, *Mal Rejimleri*, 58.

⁴⁵¹ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 264; Doğan, Köroğlu, “Katılma Alacağı”, 285; Doğan, “Zamanaşımı”, 158; Şıpka, “Zamanaşımı”, 840; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 69. Söz konusu alacak hakkı kanundan kaynaklanır. Zira eşlerin tasfiye sonucunda bu hakka sahip olabilmesi, onların çalışıp çalışmamasına, gelirleri olup olmamasına veya diğer eşin bir katkısının bulunup bulunmamasına bağlı değildir (Altunkaya, “İfa”, 392; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 53).

⁴⁵² Akıntürk, Ateş, *Aile*, 173.

mümkündür.⁴⁵³ Katılma alacağını devralan kişi, ifayı borçlu eş veya onun mirasçılarından talep edebilir.

Katılma alacaklısı eşin veya mirasçılarının katılma alacağını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, devirle birlikte katılma alacağının karşılanmayan kısmının üçüncü kişiden talep edilmesine ilişkin hakkın da devralana geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, katılma alacağının karşılanmayan kısmını üçüncü kişiden talep edebilecek kişiler, TMK.m.241’de katılma alacaklısı eş ve mirasçılar olmak üzere özel olarak sayılmıştır.⁴⁵⁴ Katılma alacağının devredilmesi, TMK.m.241’de tanınan hakkın da devredilmesi sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, katılma alacağını devralan kişi, üçüncü kişilerden TMK.m.241 hükmüne dayanarak talepte bulunamaz.⁴⁵⁵ Şıpka da TMK.m.241 hükmünün katılma alacaklısını koruyan bir düzenleme olduğunu, bu hükmün uygulama alanının aile birliğine dahil olmayan kişileri kapsayacak şekilde genişletilmemesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁵⁶ Ancak yazara göre, TMK.m.229/f.2 hükmü uyarınca katılma alacağı davası üçüncü kişilere ihbar edilmişse, katılma alacağının sonradan başka bir kişiye devredilmesi halinde, devralan kişi de davanın ihbar edildiği üçüncü kişilerden de talepte bulunabilmelidir.⁴⁵⁷ Doktrindeki diğer görüşe göre ise, katılma alacağı devredilince TBK.m.189 hükmü gereği, üçüncü kişiye başvurma hakkı da devralana geçer.⁴⁵⁸ TBK.m.189 hükmüne göre, “*alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer*”. Katılma alacağının karşılanamayan kısmını üçüncü kişilerden talep etme hakkı, şahsa bağlı olmayan fer’i bir haktır.^{459, 460}

Kanaatimizce, katılma alacağının eş ya da mirasçılar tarafından bir başka kişiye devredilmesi halinde, karşılanmayan kısmın kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiden

⁴⁵³ Şengül, “Katılma Alacağı”, 81.

⁴⁵⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259; Şengül, “Katılma Alacağı”, 78; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 50; Tak Aydın, *Sona Erme*, 128. Sarı’ya göre, TMK.m.241 hükmünde alacaklının şahsına tanınmış bir ayrıcalık söz konusu olduğu için, bu hakkın devralana geçmesi söz konusu değildir. Yazar, bu görüşünü TBK.m.189 (BK.m.168) hükmüne dayandırmıştır (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259).

⁴⁵⁵ Sarı’ya göre, mirasçılardan biri, mirasın paylaşılması çerçevesinde katılma alacağını devralmışsa, devralan kişi mirasçı sıfatını taşıdığı için, üçüncü kişilere başvuru hakkı mevcuttur (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259, dnp. 377).

⁴⁵⁶ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338-339. Aynı yönde bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 223.

⁴⁵⁷ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 339. Aynı yönde bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 223-224.

⁴⁵⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 45; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 571; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 642.

⁴⁵⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 571; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 642.

⁴⁶⁰ Zira, üçüncü kişiye başvuru hakkının doğumu, katılma alacağının doğumuna bağlıdır (Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 35).

talep edilmesine ilişkin hak da katılma alacağını devralan kişiye geçer. TMK.m.241’de “eş ve mirasçıları” ifadesi kullanılmış olup, söz konusu ifadede ne anlaşılması gerektiği, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin diğer hükümlerle birlikte değerlendirilmelidir. Hükümde yer alan “eş ve mirasçıları” ifadesi, tasfiye sonucunda yasal olarak kimlerin katılma alacağına ve dolayısıyla katılma alacağına bağlı haklara sahip olduğunu gösterir. Tasfiye sonucunda ortaya çıkan katılma alacağının, aile konutu ve ev eşyasına ilişkin hüküm (TMK.m.240) istisna olmak üzere, alacaklı eşin şahsına bağlı olduğuna dair bir düzenleme de yer almamaktadır. Bu nedenlerle, katılma alacağını devralan kişinin de, koşulları gerçekleşirse üçüncü kişiye karşı dava açması mümkün olmalıdır.

b) Talebin Yöneltilmesi Kişiler

(1) Kazandırmadan Yararlanan Üçüncü Kişiler veya Mirasçıları

Katılma alacağının karşılanmayan kısmının talep edilebileceği kişiler, borçlu eş tarafından yapılan ve edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi gereken kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiler ve onların mirasçıları yani külli halefleridir.⁴⁶¹ Üçüncü kişi, eşlerden birinin mirasçısı olabileceği gibi, mirasçılar dışındaki başkaca bir gerçek veya tüzel kişi de olabilir.⁴⁶² Kazandırmadan yararlanan üçüncü kişinin ölmesi durumunda, bu borç tereke borcu niteliği taşır. Bu nedenle, üçüncü kişinin mirasçılarına karşı da TMK.m.241’e dayanan talep ileri sürülebilir.⁴⁶³ Zira mirasçılar tereke borçlarından kişisel olarak sorumludurlar (TMK.m.599/f.2). Borçlu eşin tek bir mirasçısı varsa, bu mirasçı katılma alacağı borcundan kişisel olarak sorumlu olur. Tereke borcundan kişisel olarak sorumlu olan mirasçıların birden fazla olması durumunda ise bunlar katılma alacağı borcundan müteselsilen (TMK.m.641/f.1) sorumludur. Üçüncü kişiden talepte bulunulabilmesi onun kazandırmayı kötüniyetli elde etmiş olması koşuluna bağlı değildir. Dolayısıyla, bu talebin iyiniyetli kazandırma lehdarına karşı da ileri

⁴⁶¹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 413; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 41; Karamercan, *Dava Hakkı*, 184; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 189; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 127; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 146-147.

⁴⁶² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 42; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 50; Karamercan, *Dava Hakkı*, 184.

⁴⁶³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 42; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 16; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 259-260; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 50; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 63; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 189.

sürülebilmesi mümkündür. Kazandırmadan yararlananın iyiniyetli olması ona karşı TMK.m.241 hükmü uyarınca açılan davanın reddedilmesini gerektirmez.⁴⁶⁴

(2) Kazandırmayı Devralanlar

Borçlu eşin malvarlığı veya terekesi katılma alacağını karşılamadığı takdirde TMK.m.241 hükmü gereğince karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan kısım istenebilecektir. Üçüncü kişiye yapılan kazandırma konusunun başka bir kişiye devredilmesi durumunda bu kişilere karşı TMK.m.241 hükmüne dayanılarak dava açılıp açılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki hakim görüşe göre, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişi, ilgili kazandırmanın konusunu sonradan başka bir kişiye devretmişse, kazandırmayı devralan kişiye (cüz'i halefe) karşı TMK.m.241 hükmüne dayanılarak herhangi bir talep ileri sürülemez.⁴⁶⁵ Zira malvarlığı değerinin üçüncü bir kişiye devredilmesine ilişkin işlem geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmışsa, kazandırmadan yararlanan kişi kazandırma konusunu serbestçe başka bir kişiye devredebilir. Yapılan işlemin TMK.m.229 uyarınca eklenecek değerlerden olması, onun geçerliliğini etkilemez. Bu nedenle, eklenecek değerlere konu olan kazandırmayı devralan kişilerden TMK.m.241'e dayanarak talepte bulunulamaz. Kazandırma konusunu devralanlara karşı talepte bulunulamayacağını savunan yazarlardan bazılarının göre, devralanın iyiniyetli veya kötünietli olması da önem arz etmez.⁴⁶⁶ Bu görüşteki yazarlara göre, üçüncü kişiden kazandırma konusunu devralan kişi kötünietli olsa dahi, TMK.m.241 hükmü uyarınca

⁴⁶⁴ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 44; Acabey, *Katılma Rejimi*, 192; Karamercan, *Dava Hakkı*, 80, dpn. 61; Yenice Ceylan, "Eklenecek Değerler", 228; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 190; Topuz, "Katılma Alacağı", 513.

⁴⁶⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 41; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 16; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 260; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 343; Öztaş, "Katılma Alacağı", 572; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 421; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 51; Acar, "Miras Hakkı", 74; Turan Başara, "Sağlararası Kazandırma", 63; Yenice Ceylan, "Eklenecek Değerler", 239; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 190; Tak Aydın, *Sona Erme*, 127-128; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 147. Gençcan'a göre, "üçüncü kişi ilgili kazandırmayı başkasına devretmişse, artık işlem tarafı olmayan üçüncü kişiye karşı m.241 hükmüne dayanılarak eksik katılma alacağı davası açılmaz" (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 643). Topuz, "İİK'daki tasarrufun iptali davasından hareketle kazandırmayı devralan kişiye (cüz'i halefe) karşı TMK.m.241 hükmüne dayanılarak herhangi bir talep ileri sürülemeyeceğini, bu davanın eşin işlem yaptığı üçüncü kişiye karşı açılabilmesi gerektiğini" ifade etmektedir (Topuz, "Katılma Alacağı", 513). Üçüncü kişiden kazandırmayı devralan kişinin, TBK.m.49/f.2'deki (OR. Art. 41/Abs. 2) şartların sağlanması halinde, bu hüküm gereği sorumluluğu söz konusu olabilir (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 41; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354; Öztaş, "Katılma Alacağı", 572, dpn. 80).

⁴⁶⁶ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354; Acar, "Miras Hakkı", 74; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 190; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 147.

ona başvurulması mümkün değildir.⁴⁶⁷ Zeytin'e göre, üçüncü kişinin sorumluluğu kanundan kaynaklanan bir sorumluluk olup, bu sorumluluğu kazandırmadan yararlanan kişi dışındaki kişileri de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak, nisbi sorumluluğu eşyaya bağlı bir borç haline getirecektir.⁴⁶⁸ Yazara göre burada bir boşluk bulunduğundan da söz edilemez. Zira kanun koyucunun bu konuyu bilmediği veya düşünmediği ileri sürülemez.⁴⁶⁹ Kazandırma konusunu devralanlara başvurulamayacağını savunan bazı yazarlara göre ise, kazandırma konusunu devralan kişiden talepte bulunulup bulunulamayacağı, onun iyiniyetli olup olmamasına göre farklı değerlendirilmelidir.⁴⁷⁰ Eşin karşılıksız kazandırmada bulunduğu üçüncü kişi, kazandırma konusunu iyiniyetli bir başka kişiye devretmişse, bu kişiden katılma alacağının eksik kalan kısmı talep edilememelidir. Kazandırma konusunu devralan kişinin kötüniyetli olması durumunda ise ondan talepte bulunulabilmelidir.⁴⁷¹

Üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın başka bir kişiye devredilmesi durumunda bu kişilere karşı TMK.m.241 hükmüne dayanılarak dava açılıp açılmayacağı hususundaki diğer görüşe göre ise, alacaklı eş, malı ilk devralan üçüncü kişiden katılma alacağının eksik kalan kısmını tahsil edemezse, malı devralan ikinci ve sonraki edinenlere karşı da TMK.m.241 uyarınca başvurabilmelidir.⁴⁷² Ancak kazandırma konusunu devralan sonraki cüz'i halefler iyiniyetli ise, taşınırılar bakımından TMK.m.777 ve TMK.m.988, taşınmazlar bakımından ise TMK.m.1023 hükümleri göz ardı edilmemelidir.⁴⁷³

Kanaatimizce, kural olarak, kazandırma konusunu devralan kişiden TMK.m.241 kapsamında talepte bulunulması mümkün değildir. Zira kazandırmanın TMK.m.229

⁴⁶⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 190; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 147.

⁴⁶⁸ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354. Aynı yönde bkz. Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 190-191. “Üçüncü kişinin kazandırmayı devrettiği kişilere karşı da dava açılması, TMK.m.241 hükmünü genişletmek ve borcun nispiliği ilkesi ile bağdaşmayan bir norm oluşturmak anlamına gelir” (T. Şengül, *Devirler*, 101).

⁴⁶⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 354.

⁴⁷⁰ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 343; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226-227. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Özer Deniz, *Tasfiye*, 112.

⁴⁷¹ Katılım alacağının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, üçüncü şahsın, kendisine yapılan kazandırmanın, eşin katılım alacağını tehlikeye düşürdüğünü bilmesi aranmamıştır. Ertaş, Yargıtay'ın lehine sağlararası tenkise tâbi kazandırma yapılan kişilerin cüz'i haleflerinin kötüniyetli olması halinde onlara karşı da tenkis hakkının kullanılabileceğini kabul etmekte olduğunu belirtmiş, buna benzer bir uygulamanın burada yapılmasının da uygun olacağını ifade etmiştir. Bkz. Ertaş, “Hukuki Sorunlar”, 930.

⁴⁷² Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226-227.

⁴⁷³ Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226-227.

gereği edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi bir hesap işleminden ibaret olup, üçüncü kişiye yapılan kazandırmayı hükümsüz hale getirmemektedir. Kazandırmanın tasfiyede eklenecek değer olarak dikkate alınmasının üçüncü kişinin kazandırma konusu üzerindeki hakkına doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, katılma alacağına sahip olan kişilerin, üçüncü kişilere karşı TMK.m.241 kapsamında ileri sürdükleri hakları da aynı nitelik taşımaz. Onların hakları kanun koyucu tarafından tanınmış özel nitelikte nispi bir talep hakkıdır. Katılma alacaklısı eşin ya da mirasçılarının, TMK.m.241 kapsamında sahip oldukları nispi haklarını muhatapları (borçlu eş tarafından lehine kazandırma yapılan kişiler) dışında, başkaca bir kişiye karşı yöneltmeleri mümkün değildir. Bu bakımdan, gerçek hak sahibi olan kazandırma lehdarından, kazandırma konusunu devralan kişilerin iyiniyetli ya da kötüniyetli olmaları da önem arz etmez. Ancak kazandırmadan yararlanan kişinin kendisine yöneltecek talebi etkisiz kılmak için kazandırma konusunu muvazaalı olarak bir başkasına devretmesi halinde TMK.m.241 kapsamında devralanlardan da talepte bulunulması mümkün olmalıdır.

(3) Borçlu Eşin Birden Çok Kişiye Karşılıksız Kazandırmada Bulunması Durumunda Sıra İlişkisi

Edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi gereken bir karşılıksız kazandırmanın bulunması halinde, katılma alacağının karşılanmayan kısmı o kazandırmadan yararlanan kişiden talep edilir. Ancak birden fazla kişiye eklenecek değerlere konu olan kazandırmanın yapılması halinde, katılma alacaklısı eşin ya da mirasçılarının katılma alacağının karşılanmayan kısmını hangi kazandırma lehdarından talep edeceği sorunu ortaya çıkar. Böyle bir olasılıkta hangi kazandırma lehdarına öncelikle başvurulacağına ilişkin bir sıra ilişkisi TMK.m.241’de doğrudan düzenlenmemiştir. Birden çok kişiye birbirinden ayrı karşılıksız kazandırmada bulunulmuş olması durumunda, karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiler arasında katılma alacağının karşılanmayan kısmına ilişkin müteselsil bir sorumluluk söz konusu değildir.⁴⁷⁴ TMK.m.241/f.3’de hükmün birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen hususlar ile yetki kuralları dışında kalan

⁴⁷⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 36; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 351; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 260; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 345; Ertaş, “Hukuki Sorunlar”, 931; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 572; Özer Deniz, *Tasfiye*, 111; Karamercan, *Dava Hakkı*, 125; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 197, dñn. 216; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 132. Aksi yönde görüş için bkz. Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 307.

konularda mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülmüştür. Bu nedenle, hangi kazandırma lehdarından katılma alacağının eksik kalan kısmının talep edileceği belirlenirken, sağlararası kazandırmaların tenkiste sıra ilişkisini düzenleyen kurallar (TMK.m.563, m.570) uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.⁴⁷⁵

Tenkise konu birden fazla sağlararası kazandırmanın bulunması halinde, bunlar arasındaki tenkis sırası TMK.m.570’de düzenlenmiştir. Hükümde sağlararası kazandırmaların “*en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek üzere*” tenkis edileceği belirtilmiştir. TMK.m.570 hükmünün sağlararası kazandırmaların tenkisi bakımından öngörülen bu kural, birden fazla eklenecek değere konu olan kazandırmanın bulunması halinde de uygulama alanı bulur. Bu kural kapsamında, katılma alacaklısı eş veya mirasçıları katılma alacağının karşılanmayan kısmını, ona yapılan kazandırma miktarıyla sınırlı olmak kaydıyla, ilk olarak, mal rejiminin sona erdiği tarihe göre en yeni tarihli kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiden talep edecektir. Bu kazandırma, katılma alacağının karşılanmayan kısmını tamamlamaya yeterli olmazsa, tarih itibariyle sırasıyla en eski tarihli kazandırmaya gidilmek üzere talepte bulunulmaya devam edilir.⁴⁷⁶ Sıra itibariyle en yeni tarihli olan karşılıksız kazandırmalardan yararlanan üçüncü kişilerin yaptığı ödemeler ölçüsünde sonraki sırada gelenlerin sorumluluğu azalır.⁴⁷⁷

Kazandırmaların aynı tarihte farklı üçüncü kişiler yararına yapılmış olması durumunda, bu kazandırmalar aynı sırada yer alırlar. Katılma alacağının eksik kalan kısmı bu kazandırmaların toplam değerinden az ise, kazandırmalardan yararlanan kişilerin sorumlulukları da, TMK.m.241/f.3 gereği kıyasen uygulanacak olan TMK.m.563/f.1’e göre belirlenmelidir⁴⁷⁸. Söz konusu hükme göre, aynı sırada yer alan

⁴⁷⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 359; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 260; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 423; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 345; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 71; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 572; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 198; Karamercan, *Dava Hakkı*, 124-125. Ertaş, “eşin malvarlığından karşılanamayan miktarın, üçüncü kişilere yapılan kazandırmalara oranlanarak tenkis davasına ilişkin TMK.m.563’e göre orantılı olarak temin edilmesi gerektiğini, burada TMK.m.570 hükmünde düzenlendiği gibi tarih sırasına göre, en sondan başlanarak, eksik kalan kısmın tamamlanmasının hakkaniyete uygun olmayacağını ifade etmektedir” (Ertaş, “Hukuki Sorunlar”, 931).

⁴⁷⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 59; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 359; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 71; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 423; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 572; T. Şengül, *Devirler*, 101.

⁴⁷⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 260; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 198; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 131.

⁴⁷⁸ “Birden fazla sağlararası kazandırmanın aynı anda yapılması veya aynı tarihli kazandırmalardan hangisinin diğerinden önce yapıldığının kesin olarak tespit edilememesi olasılığında söz konusu

bu kazandırmalardan yararlananlar katılma alacağının eksik kalan kısmından kazandırmalarıyla orantılı olarak sorumlu olurlar.⁴⁷⁹

Eklenecek değer niteliği gösteren birden fazla kazandırma varsa, katılma alacaklısı eş veya mirasçıları, katılma alacağının eksik kalan kısmını elde etmek için davayı, kazandırma lehdarlarının tamamına karşı açmak zorunda değildir. Hangi kazandırma lehdarına karşı dava açacaklarını serbestçe belirleyebilirler. Dolayısıyla, ön sırada yer alan kazandırma lehdarlarına dava açılmadan sonraki sırada olanlara dava açılması mümkündür. Ancak böyle bir durumda kendisine karşı dava açılan üçüncü kişi, sıralama itibarıyla daha önce başvurulması gereken üçüncü kişiler bulunduğu, talebin öncelikle onlara yöneltilmesi gerektiği itirazında bulunabilir.⁴⁸⁰ TMK.m.570’de öngörülen sıra ilişkisi gözetilmeden sonraki sırada yer alan üçüncü kişiye karşı dava açılırsa, hâkim ön sıralardaki kazandırmaları da dikkate alarak davalının sorumlu olduğu miktarı belirler. Başka bir ifadeyle, davalı ön sıralardaki diğer üçüncü kişilerin sorumlu oldukları miktar indirildikten sonra kendi kısmına düşen miktardan sorumlu olur.⁴⁸¹ Dolayısıyla katılma alacağının karşılanmayan kısmı, ön sırada yer alan üçüncü kişilere yapılan kazandırmaların toplam miktarını aşmıyorsa, aleyhine dava açılan üçüncü kişinin herhangi bir sorumluluğu da bulunmayacaktır.⁴⁸²

Birden çok kişiye karşılıksız kazandırmada bulunulması halinde, kazandırma lehdarları sadece borçlu eşin katılma alacağını karşılayamadığı, eksik kalan kısımdan sorumludur. Kazandırma lehdarı üçüncü kişiler, kendisinden daha önce başvurulması gereken karşılıksız kazandırma lehtarının malvarlığının yetersizliğinden sorumlu

kazandırmaların tenkis sırasının nasıl belirleneceğine dair Kanun’da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu boşluğun, TMK.m.570’in amacından hareketle, ölüme bağlı kazandırmaların tenkisinde olduğu gibi orantılı tenkis ilkesine göre doldurulması uygun olacaktır. Böylece, aynı anda yapılan veya aynı tarihli olmasına rağmen hangisinin diğerinden önce yapıldığı tespit edilemeyen kazandırmalar birlikte ve orantılı olarak tenkise tâbi tutulurlar” (Nar, *Tenkis*, 254-255).

⁴⁷⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 36, N. 60; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 23; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 414; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 359; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 72; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 423; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 572; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 345; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 197-198. Hesaplama örnekleri için bkz. Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 72-73; Okur, “Dava Hakkı”, 183-184; Karamercan, *Dava Hakkı*, 124; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 132.

⁴⁸⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 350; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 572; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 132; Karamercan, *Dava Hakkı*, 125; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 198.

⁴⁸¹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 351; Karamercan, *Dava Hakkı*, 125; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 132.

⁴⁸² Z. R. Demir, *Artık Değer*, 132.

değildir.⁴⁸³ Diğer bir ifadeyle üçüncü kişi, sorumlu olan diğer kişilerden tahsil edilemeyen kısımdan dolayı sorumlu tutulamaz.⁴⁸⁴ Bu nedenle, üçüncü kişi, sadece katılma alacağını ödemekle yükümlü olan eşin ödeme güçsüzlüğünden sorumlu olur.⁴⁸⁵

6. Üçüncü Kişilere Karşı Katılma Alacağının İleri Sürülmesinin Şekli

a) Genel Olarak

Üçüncü kişiye yönelik talebin dava yoluyla ileri sürülmesi zorunlu değildir. Katılma alacaklısı eş veya mirasçıları, katılma alacağının borçlu eşin malvarlığından karşılanmayan kısmını üçüncü kişiden dava açmadan da talep edebilir.⁴⁸⁶ Üçüncü kişi, alacaklı eşin veya mirasçılarının talebine uygun şekilde ifayı gerçekleştirmezse, üçüncü kişiye karşı dava açılarak katılma alacağının karşılanmayan kısmı talep edilebilir. Üçüncü kişiye karşı açılacak davada, ondan katılma alacağının karşılanmayan kısmını para olarak ödemesi talep edilir. Bu davanın konusu, üçüncü kişiye yapılmış olan karşılıksız kazandırmanın iadesine ilişkin değildir.⁴⁸⁷ Talebin dava yoluyla ileri sürülmesi halinde, bu davaya, dava konusu kazandırma, davanın tarafları, süresi ve yetki kuralları dışında miras hukukundaki tenkis davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır (TMK.m.241/f.3). Bu nedenle, talebin dava yoluyla ileri sürülme şekli doktrinde “mal rejimi hukukuna özgü tenkis davası” olarak adlandırılmıştır.⁴⁸⁸

b) Davanın ve Davada Verilen Kararın Hukuki Niteliği

Katılma alacağının borçlu eş tarafından karşılanmayan kısmının üçüncü kişiden talep edilmesine ilişkin davanın ve dolayısıyla dava sonucunda verilen kararın hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁴⁸⁹ Doktrinde, üçüncü kişiye karşı açılan davanın hukuki niteliği itibarıyla yenilik doğuran dava, eda davası ve

⁴⁸³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 59; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 350-351; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 131.

⁴⁸⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 59; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 351; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 572.

⁴⁸⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 59; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 131-132.

⁴⁸⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 260; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 573; Özer Deniz, *Tasfiye*, 112; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 47.

⁴⁸⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 260.

⁴⁸⁸ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 417; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 338. Gençcan, bu davayı eksik katılma alacağı davası olarak nitelendirmiştir (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 635).

⁴⁸⁹ “Yenilik doğuran dava sonucunda ifa davasından farklı olarak maddi hukukta bir değişiklik meydana geldiği için, TMK.m.241 hükmü uyarınca açılacak davanın hukuki niteliği, bu dava sonucunda meydana gelecek değişiklikler göz önünde tutularak belirlenmelidir” (Z. R. Demir, *Artık Değer*, 137).

hem yenilik doğuran dava hem de eda davası olduğuna dair üç farklı görüş bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre, katılma alacağının karşılanmayan kısmı için üçüncü kişiye karşı açılan davanın hukuki niteliği yenilik doğuran dava olup, dava sonunda verilen karar da yenilik doğuran bir karardır.⁴⁹⁰ Bu görüşü savunan yazarlara göre, TMK.m.241 hükmüne dayanılarak açılan dava miras hukukundaki tenkis davası⁴⁹¹ ile ortak özellikleri taşımakta ve dava sonucunda verilen kararlar üçüncü kişi lehine yapılan hukuki işlem kısmen veya tamamen geçersiz hale gelmektedir. Hukuki işlemin kısmen ya da tamamen geçersiz hale gelmesi ise, yenilik doğuran bir dava sonucunda verilen yenilik doğuran kararlar mümkün olur. Gümüş'e göre, mahkemenin verdiği yenilik doğuran karar, üçüncü kişi lehine yapılan geçerli bir kazandırmayı, geçmişe etkili olarak kazandırmanın yapıldığı tarihe kadar kısmen veya tamamen geçersiz hale getirir.⁴⁹² Bu görüşte olan yazarlar, yenilik doğuran bu davada verilen kararın eda hükmünü içermediğini, eda talebi varsa bunun dava dilekçesinde ayrıca yer alması gerektiğini belirtmektedirler.⁴⁹³

Doktrindeki diğer görüşe göre ise, üçüncü kişiye karşı açılan dava hukuki niteliği itibarıyla bir eda (ifa) davası olup, bu dava sonunda verilen karar yenilik doğurucu bir etkiye sahip değildir.⁴⁹⁴ Bu görüşü savunanlara göre, miras hukukuna özgü

⁴⁹⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 413; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 421, dpn. 689; Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku Ders Kitabı*, 3. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 106. Dural/Ögüz/Gümüş'e göre, verilecek karar, eda hükmünü kapsamaz. Eda talebi ayrıca dava dilekçesinde yer almalıdır (Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 413). Aynı yönde bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422.

⁴⁹¹ Miras hukukuna ilişkin tenkis davasının da yenilik doğuran dava olduğu yönündeki görüşler için bkz. Eren, *Tenkis*, 19; Serozan, Engin, *Miras*, 225; Dural, Öz, *Miras*, 278; Eren, Yücer Aktürk, *Miras*, 364-365; Nar, *Tenkis*, 16-18; O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku, Cilt III*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 344; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras*, 113; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 184; Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 61, 64; Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 166; Ergun Önen, *İnşai Dava* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 459, 1981), 78. Yargıtay kararlarında da tenkis davasının yenilik doğuran bir dava olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde kararlar için bkz. YİBGK., T.11.11.1994, E. 1994/4, K. 1994/4; YHGK., T. 13.4.2011, E. 2010/1-701, K. 2011/130; Yarg. 3. HD., T. 20.05.2015, E. 2014/15265, K. 2015/9073 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹² Gümüş, *Mal Rejimleri*, 421, dpn. 689.

⁴⁹³ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422.

⁴⁹⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 46; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 5; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 260; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 48; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 177-178; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 138; T. Şengül, *Devirler*, 101. Öztaş'a göre de, açılan davanın bir eda davası olduğu görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Zira, m.241 hükmüne dayanılarak açılan davalarda verilen hükümle, borçlu eş ile üçüncü kişi arasındaki işlem geçersiz hale gelmez. Ayrıca

tenkis davası ile katılma alacağının karşılanmayan kısmı için üçüncü kişiye karşı açılan davalar aynı hukuki niteliğe sahip değildir. Bu iki davada verilen kararların, davalı lehine yapılan hukuki işleme etkisi birbirinden farklıdır.⁴⁹⁵ Zira miras hukukuna özgü tenkis davası sonucunda verilen karar, davalı lehine yapılan ve saklı payı ihlal eden tenkise tâbi kazandırmayı saklı payı ihlal ettiği oranda geçmişe etkili olarak hükümsüz hale getirir.⁴⁹⁶ Ancak katılma alacağının karşılanmayan kısmı için üçüncü kişiye karşı açılan davada verilen karar, kazandırmayı geçersiz kılmaz.⁴⁹⁷ TMK.m.241 hükmü sadece, borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden karşılanmayan katılma alacağının ödenmesine yönelik bir alacak hakkı tanımaktadır.⁴⁹⁸ Katılma alacaklısı eşin, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurarak alacağını elde etmesine ilişkin hakkı, mahkemenin bu yönde karar vermesi ile değil, talep hakkının koşullarının gerçekleşmesi ile doğrudan kanundan doğmaktadır.⁴⁹⁹ Mahkemenin verdiği karara rağmen, katılma alacağı borçlusu eş ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişki varlığını ve geçerliliğini sürdürmektedir. Üçüncü kişiye karşı açılan davada mahkeme, TMK.m.241’de belirtilen koşulların somut olayda gerçekleştiğini tespit etmekte ve katılma alacağının eksik kalan kısmının davacı tarafa ödenmesine (ifasına) ilişkin karar vermektedir.⁵⁰⁰ Bu dava sonucunda verilen karar ile davacı lehine mal rejimine ilişkin yeni bir hak da doğmamaktadır. Bu nedenle söz konusu kararın yenilik doğurucu bir etkisi de bulunmamaktadır.⁵⁰¹

dava sonucunda üçüncü kişi lehine yapılan kazandırmanın aynı olarak değil, katılma alacağının karşılanmayan kısmıyla sınırlı olarak nakdi iadesine hükmedilir. TMK.m.241 hükmü eşlerin tasarruf yetkisini de kısıtlamadığından davanın eda davası olduğu sonucuna varılabilir (Öztaş, “Katılma Alacağı”, 556-557).

⁴⁹⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 46; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 556; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 48-49; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 176-177.

⁴⁹⁶ Dural, Öz, *Miras*, 278; Serozan, Engin, *Miras*, 225; Antalya, *Miras*, 344-345; Nar, *Tenkis*, 235; Eren, Yücer Aktürk, *Miras*, 364-365.

⁴⁹⁷ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 636; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 556; Okur, “Dava Hakkı”, 187; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 49.

⁴⁹⁸ Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 178.

⁴⁹⁹ Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 49.

⁵⁰⁰ Topuz, “Katılma Alacağı”, 512. Genç Arıdemir’e göre, “tenkis davasında, hâkim kararı ile, saklı payı ihlal ettiği belirlenen tasarrufun, mirasın açıldığı andan itibaren hüküm doğurmak üzere kısmen veya tamamen hükümsüzleştirilmesi sağlanır. Ancak TMK.m.241 hükmüne dayanan taleplerde yapılan kazandırmanın mahkeme kararıyla hükümsüzleştirilmesinin sağlanması amaçlanmaz” (Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 48-49). Karamercan’ın belirttiği üzere dava konusunun bir taşınmaz olması durumunda borçlu eş tarafından karşılanmayan miktar tespit edilerek bu alacağın üçüncü kişiden tahsiline hükmedilmektedir. Aksi takdirde taşınmazın tapu iptali ve tesciline karar verilmesi söz konusu değildir (Karamercan, *Dava Hakkı*, 147).

⁵⁰¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 46.

Üçüncü kişiye karşı açılacak davanın hukuki niteliği konusundaki son görüş⁵⁰² ise, bu davanın hem yenilik doğuran dava hem de eda davasının özelliklerini gösterdiğini ileri sürmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, davada verilen kararın üçüncü kişi lehine yapılan kazandırmanın katılma alacağının eksik kısmı oranında tenkis edilmesine ilişkin bölümü yenilik doğurucu; katılma alacağının eksik kalan kısmının üçüncü kişi tarafından ödemesine ilişkin bölümü ise eda hükmü niteliği taşımaktadır. Karamercan'a göre, kazandırmanın davalının elinde bulunması halinde, miras hukukuna özgü tenkis davasında olduğu gibi, TMK.m.241 hükmüne dayalı davanın açılmasıyla davacı tarafından açıkça talep edilmemiş olsa dahi davacının eda talebinde de bulunduğu kabul edilmelidir.⁵⁰³ Karamercan, TMK.m.241'e dayanan talep hakkının hak düşürücü süreye tâbi olduğunu, ikincil nitelik taşıdığını ve diğer eş ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin farklı koşullarla devam etmesi amaçlandığını, bu sebeple söz konusu talep hakkının değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinin de bulunduğunu belirtmektedir.⁵⁰⁴

Kanaatimizce, üçüncü kişilere karşı açılan davanın hukuki niteliği belirlenirken katılma alacağının ve davacının üçüncü kişiye karşı ileri sürdüğü hakkın hukuki niteliği dikkate alınmalıdır. Eşin sahip olduğu katılma alacağı hukuki niteliği itibariyle bir alacak hakkıdır. Borçlu eş, katılma alacağını alacaklı eşe ayın veya para olarak ödeyebilir (TMK.m.239/f.1). Ancak alacaklı eş, borçlu eş katılma alacağını ayın olarak ifaya zorlayamaz. Dolayısıyla, katılma alacağının ifası için alacaklı eşin borçlu eşe karşı açacağı davada dahi, mahkemenin vereceği karar bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir. Mahkeme, davacı eşin davalının malvarlığı değerleri üzerinde katılma alacağı dolayısıyla aynı hak değişikliği sonucunu doğuran bir karar vermemektedir. Katılma alacağının asıl borçlusu olan eşe veya mirasçılara karşı açılan davanın bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ifa davası niteliğinde olması, ikincil bir talep olan üçüncü kişiye karşı açılan davanın da ifa davası olmasını zorunlu kılmaktadır. Katılma alacağının asıl borçlusu eş veya mirasçılara karşı yöneltilemeyen bir talebin, bu borçtan ikinci derecede sorumlu olan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülememesi gerekir. Bu nedenle, üçüncü kişiye karşı açılan davanın hukuki niteliğinin yenilik doğuran dava ya da hem yenilik doğuran dava hem de ifa davasının unsurlarını bünyesinde toplayan

⁵⁰² Jungo, *CHK.*, Art. 220, N. 4; Okur, "Dava Hakkı", 186-187; Karamercan, *Dava Hakkı*, 145.

⁵⁰³ Karamercan, *Dava Hakkı*, 145.

⁵⁰⁴ Karamercan, *Dava Hakkı*, 146.

bir dava olduğunu kabul etmek isabetli değildir. Bu görüşte olan yazarların da belirttiği gibi, miras hukukuna özgü tenkis davası ile TMK.m.241'den kaynaklanan dava arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Kanun koyucu da bu hususu TMK.m.241/f.3'de tenkise ilişkin hükümlere göndermede bulunarak açık bir şekilde ifade etmektedir. Ancak hükümde tenkis davasına ilişkin hükümlerin “kıyas” yoluyla uygulanacağı belirtilmektedir. Kıyas yoluyla da olsa, bu iki davanın hukuki niteliklerinin aynı olduğu söylenemez. Zira saklı paylı mirasçılarının açtığı tenkis davasında kazandırma lehdarlarına karşı ileri sürdükleri hak, katılma alacaklısı eşin üçüncü kişilere karşı ileri sürdüğü hakla özdeş değildir. Saklı paylı mirasçılarının mirasbırakanın terekesi üzerinde dokunulması mümkün olmayan hakları bulunmaktadır. Saklı paylı mirasçılar, tenkis davasını da bu haklarına dayalı olarak açmaktadırlar. Mahkemenin tenkis kararı da bu hakkı sağlamaya, kazandırma konusu üzerinde saklı paylı mirasçıları hak sahibi kılmaya yöneliktir. Bu nedenle, tenkis davası sonucunda verilen karar kazandırmayı kısmen ya da tamamen hükümsüz hale getiren yenilik doğuran bir karar özelliği göstermektedir. Buna karşılık, katılma alacaklısı eş, katılma alacağı bakımından diğer eşin malvarlığı ya da terekesi üzerinde bir ayni hakka sahip değildir. Sahip olduğu hak, ona ya da koşulları gerçekleşmiş ise kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen alacak hakkıdır. Bu alacak hakkının yerine getirilmesi için ifa davasında verilen kararın hukuki işlemi kısmen ya da tamamen hükümsüz hale getirmesi söz konusu değildir.

7. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmüne göre açılacak davalarda 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun⁵⁰⁵, un 4. maddesi uyarınca aile mahkemeleri veya aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.⁵⁰⁶ Zira 4787 sayılı Kanun m.4/b.1 hükmüne göre, Türk Medeni Kanunu'nun

⁵⁰⁵ RG. 18.01.2003/24997.

⁵⁰⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 260-261; Karamercan, *Dava Hakkı*, 186; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 573; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 60; T. Şengül, *Devirler*, 103. Yarg. 8. HD., T. 19.4.2016, E. 2016/1972, K. 2016/7214 “...dava, TMK'nun 241. maddesine dayalı alacak isteğine ilişkindir. Buna göre 4787 sayılı Aile Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi gereğince görevli mahkeme Aile Mahkemeleri'dir. Dava görevli Aile Mahkemesi'nde açıldığı halde, uyumsuzluğun hatalı nitelendirilmesi sonucunda görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğuna değinilerek yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve kanuna aykırıdır” (Lexpera). Üçüncü kişiye yapılan kazandırmaların muvazaalı olduğu iddiasıyla dava açılması halinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Bu konudaki Yarg. 8. HD., T. 03.05.2011, E. 2010/5586, K. 2011/2657 sayılı kararına göre “Saptanan bu somut oldular karşısında davada görevli ve yetkili mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. Davacı, BK.nun 18. Maddesine dayalı muvazaa sebebiyle tapu iptali ve tescil davası yerine, 4721 sayılı TMK'nun 241. Maddesi gereğince eksik kalan alacak

üçüncü kısmı hariç ikinci kitabında düzenlenen aile hukuku ilişkilerinden doğan davalarda aile mahkemesi görevlidir. Dolayısıyla TMK.m.241 hükmü uyarınca üçüncü kişiye karşı açılacak davalarda da aile mahkemesi görevlidir. 4787 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre aile mahkemesi kurulamayan yerlerde söz konusu dava Hakimler ve Savcılar Kurulu'na belirlenen asliye hukuk mahkemesinde görülecektir.

Türk Medeni Kanunu m.241 kapsamında açılacak davalarda ise, bu davaya ilişkin özel bir yetki kuralı öngörülmediği için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereği genel yetki kuralı uygulanmalı ve TMK.m.241 uyarınca üçüncü kişilere karşı açılacak dava, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılmalıdır.⁵⁰⁷ Doktrinde üçüncü kişilere karşı m.241 uyarınca açılacak davaların TMK.m.214/b.3 gereği davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁰⁸ Ancak TMK.m.214 hükmünde mal rejiminin tasfiyesi davalarında yetki kuralını düzenlenmiş olup, b.3'de "diğer durumlar" ile kastedilen b.1 ve b.2 dışında mal rejiminin sona erdiği halleri ifade etmektedir. Örneğin, eşlerin anlaşarak seçimlik mal rejimlerinden birini seçmeleri nedeniyle veya olağanüstü mal rejimi olarak uygulanan mal ayrılığına geçilmesi nedeniyle mevcut mal rejiminin sona ermesi hallerinde TMK.m.214/b.3 hükmü gereği mal rejiminin tasfiyesi davası davalının yerleşim yeri mahkemesinde görülecektir.

Yargıtay, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona ermesi durumunda, mal rejiminin tasfiyesi davasında ölen eşin son yerleşim yeri mahkemesinin kesin yetkili mahkeme olacağını kabul etmektedir.⁵⁰⁹ Ancak doktrindeki bir görüşe göre, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalar, HMK.m.11/f.1, a, b hükümlerinde belirtilen

bakımından bir dava açmış olsaydı bu durumda görevli mahkeme Aile Mahkemesi olurdu. Davacının mal rejiminin tasfiyesine dayalı herhangi bir talebi bulunmamaktadır" (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası).

⁵⁰⁷ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 60; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Öztaş, "Katılma Alacağı", 573; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 148.

⁵⁰⁸ Karamercan, *Dava Hakkı*, 179, 186. Acabey'e göre de, yetkili mahkeme TMK.m.214 hükmünde düzenlenen tasfiye davası için yetkili olan mahkemedir (Acabey, *Katılma Rejimi*, 192).

⁵⁰⁹ Yarg. 8. HD., T. 19.01.2016, E. 2016/261, K. 2016/495 "Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalarda, yetkiyi düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 214/1. maddesi hükmüne göre, eşler veya mirasçılar arasındaki mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalarda, mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda ölen eşin son yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Bu yetki kesin olup (TMK'nun 576 m) (HMK'nun 11/1-b) aynı zamanda bir dava şartıdır (HMK'nun 114/ç. m). Kesin yetki kuralı, taraflarca ileri sürülmesi bile; yargılamanın her aşamasında mahkemece re'sen gözetilir (HMK'nun 115/1. m.)" (Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 69).

davalara girmedği için, mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda ölen kişinin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkili mahkeme kabul edilemez.⁵¹⁰

8. Hak Düşürücü Süreler

Katılma alacaklısı eş veya mirasçılarının üçüncü kişiye açacakları dava bakımından TMK.m.241/f.2’de özel hak düşürücü süreler öngörülmüştür. Hükme göre, “Dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer”. Hükümden de anlaşılacağı üzere, üçüncü kişilere karşı açılacak davalar bakımından değişik anlarda işlemeye başlayan biri kısa ve nispi, diğeri uzun ve mutlak olmak üzere iki farklı süre öngörülmüştür.⁵¹¹

Hükümün lafzından, söz konusu sürelerin hak düşürücü nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.⁵¹² Ancak üçüncü kişilere karşı ileri sürülen talebin bir alacak hakkı olduğu, yenilik doğuran bir özelliği bulunmadığı dikkate alınır, sürelerin zamanaşımı

⁵¹⁰ Karamercan, *Katılma Alacağı*, 372; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 68-69. Zeytin ise, katılma alacağının karşılanmayan kısmı için üçüncü kişilere karşı açılan davalarda, kesin yetki kuralından ayrılmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 94.

⁵¹¹ Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 17; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 355; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 574.

⁵¹² Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 17; Nuspliger, *OFK.*, Art. 220, N. 6; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 260; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 174; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 177; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 341; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 262; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 355; Hatemi, Kalkan Oğuztürk, *Aile*, 109; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 644; Şengül, “Katılma Alacağı”, 80; Doğan, “Zamanaşımı”, 171; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 574; T. Şengül, *Devirler*, 102; Özer Deniz, *Tasfiye*, 113; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 47; Şeker, *Katılma Rejimi*, 55; Karamercan, *Dava Hakkı*, 203; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 28, dpn. 40; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 178; Tuzcuoğlu, Baytan, “İfa”, 934; İlhan Helvacı, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanma Nedeniyle Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Alacağının Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi Üzerine”, içinde *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C. I*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 975; Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 25. “Kanunda dava hakkının düşmesi ifadesi yer almakta olup doktrinde bu sürenin hak düşürücü süre olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak m.241 hükmünün gerekçesinde bu sürelerin zamanaşımı süresi olduğu belirtilmiştir. Söz konusu süreler taslak çalışmaları sırasında zamanaşımı süresi olarak belirlenmiş olup, TBMM Adalet Komisyonu’nda yapılan değişikliklerle 571. madde ile paralel olarak kaynak kanunda olduğu gibi hak düşürücü süre olarak düzeltilmiştir. Ancak komisyonda sadece maddeler üzerinde değişiklik ve düzeltme yapılmakta olup, bunlara uygun olarak gerekçe değiştirilmemektedir. Bu nedenle madde gerekçesinde bu sürelerin niteliği zamanaşımı olarak kalmıştır” (Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 157-158; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 265-266). Söz konusu düzenlemenin gerekçesine göre, “dava hakkı, alacaklı eşin veya mirasçılarının haklarının ihlal edildiğini öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmuştur” (Antalya, *Gerekçeli Türk Medeni Kanunu*, 225). Özügür’a göre, gerekçede yer alan “zamanaşımı” ifadesi çıkarılarak bunun yerine “hak düşürücü süre” yazılmalıdır (Özügür, *Mal Rejimleri*, 70, 90).

süresi olarak düzenlenmesi yerinde olurdu. Zira bir alacak hakkının talep edilmesini sınırlayan süreler zamanaşımı süresi niteliğindedir.⁵¹³

Hak düşürücü sürelerin dolduğu savunması itiraz niteliğindedir ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır.⁵¹⁴ TMK.m.241/f.2'deki süreler hak düşürücü süre olarak kabul edildiği için, zamanaşımının kesilmesi ve durmasına ilişkin hükümler bu süreler bakımından uygulama alanı bulmazlar.⁵¹⁵ Buna karşılık katılma alacağının ödenmesi mahkemece ertelenmiş ise, eşin ertelemeye ilişkin talebinin hak düşürücü süreleri durduracağını kabul etmek isabetli olur.⁵¹⁶

Bir yıllık süre, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten itibaren işlemeye başlar. Söz konusu süre her bir hak sahibi bakımından farklı tarihlerde işlemeye başladığı için niteliği itibariyle nispi bir süredir. Bir yıllık sürenin işlemeye başlaması için öncelikle eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanması gerekir. Bir yıllık süre, mal rejiminin tasfiyesinden önce işlemeye başlamaz.⁵¹⁷ Ancak bir yıllık sürenin işlemeye başlaması için tasfiyenin tamamlanmış olması yeterli olmayıp, ayrıca eşin veya mirasçılarının katılma alacaklısı olduklarını, katılma alacağının borçlu eşin malvarlığından veya terekesinden karşılanamadığını ve borçlu eş tarafından üçüncü kişiye TMK.m.229 kapsamında bir

⁵¹³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 263; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 62. Kılıçoğlu’na göre, sürenin hak düşürücü süre niteliğinde düzenlenmesi yerinde bir düzenlemedir (Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 157). Gümüş’e göre de, “mal rejimsel tenkis davasını düzenleyen TMK.m.241 hükmünün ikinci fıkrasında zamanaşımı süresi yerine hak düşürücü süre öngörülmesi TMK.m.571 hükmüne paralel olarak uygundur”. Bu nedenle yazar TMK.m.241 hükmünde zamanaşımı süresi öngörülmesi yönündeki görüşe katılmamaktadır (Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422, dpn. 698).

⁵¹⁴ Acabey, *Katılma Rejimi*, 192; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 355; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 180; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 131-132; Karamercan, *Dava Hakkı*, 204; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 341; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226; Okur, “Dava Hakkı”, 191; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 47.

⁵¹⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 49; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N.17; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 262; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 355; Şengül, “Katılma Alacağı”, 80; Acabey, *Katılma Rejimi*, 193; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 47; Karamercan, *Dava Hakkı*, 203-204; Şeker, *Katılma Rejimi*, 55; Şeker, “Kaynak Kanun”, 144; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 180; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 131; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 149; T. Şengül, *Devirler*, 102.

⁵¹⁶ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422.

⁵¹⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 50; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 341; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 574; Karamercan, *Dava Hakkı*, 205; Okur, “Dava Hakkı”, 190-191; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 181; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 149. Doktrinde bir görüşe göre, hak sahibi eşin hakkının zedelendiği en erken mal rejiminin sona ermesiyle tespit edilebileceği için, bir yıllık süre en erken mal rejiminin sona ermesiyle işlemeye başlayacaktır (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 245; Şeker, *Katılma Rejimi*, 72; Şeker, “Kaynak Kanun”, 143). Şıpka’ya göre, tasfiyenin tamamlanması her zaman hak ihlalinin belirleyemez. Yazara göre, özellikle mahkeme tarafından edinilmiş mallara tedbir konulmadığında edinilmiş mallar borçlu tarafından daha sonra elden çıkarılmış olursa, alacaklı alacağını karşılayacak malvarlığı bulunmadığını sonradan da öğrenebilir (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 342, dpn. 17).

karşılıksız kazandırma yapıldığını da öğrenmiş olmaları gerekir.⁵¹⁸ Belirtilen hususlar hakkında bilgi sahibi olmayan katılma alacaklısı eş veya mirasçılarının “*haklarının zedelendiğini öğrendiklerinden*” söz etmek mümkün değildir.

Bir yıllık sürenin işlemeye başlaması açısından katılma alacağının karşılanmayan kısmının tam olarak bilinmesinin gerekip gerekmediği hususu da tartışmalıdır. Doktrinde, miktarın tam olarak bilinmesinin gerekmediğini ileri sürenler olduğu gibi⁵¹⁹, kazandırma miktarının bilinmesi gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.⁵²⁰ Kanaatimizce de, bir yıllık sürenin işlemeye başlaması açısından katılma alacağının karşılanmayan kısmının tam olarak bilinmesi gerekmemektedir. Zira talebe yetkili olan kişilerin katılma alacağının miktardan bağımsız olarak karşılanmayacağını öğrenmeleri ile birlikte üçüncü kişiye karşı dava açma hakları doğmaktadır. Dava açma hakkının doğumuyla birlikte sürenin de işlemeye başlaması yerinde olur.

Kanun koyucu, borçlu eş tarafından lehine kazandırma yapılan üçüncü kişinin her zaman dava tehdidi ile karşı karşıya kalmasını engellemek için bir yıllık kısa süreyi beş yıllık azami süre ile sınırlandırmıştır. Beş yıllık süre, başlangıcı objektif ölçülere dayanan mutlak nitelikte bir süredir. Bu süre, mal rejiminin sona ermesinden itibaren başlar ve beş yılın dolmasıyla sona erer. Beş yıllık sürenin başlangıcı, TMK.m.225’de belirtilen mal rejiminin sona erme anları dikkate alınarak belirlenir. Bu nedenle, beş yıllık sürenin başlangıç anı somut uyuşmazlıktaki mal rejiminin sona erme sebebine göre farklılık gösterir. Beş yıllık süre, mal rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda ölüm anından, başka bir mal rejiminin kabul edilmesi halinde bu andan, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığının geçilmesine karar verilmesi hallerinde ise dava tarihinden itibaren işlemeye başlar (TMK.m.241/f.2, m.225/f.2). Katılma alacağı karşılanmayan eş veya mirasçıları, beş yıllık süre dolduktan sonra, üçüncü kişi lehine karşılıksız kazandırma yapıldığını

⁵¹⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 50; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 413; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 262; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 574; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 341; Okur, “Dava Hakkı”, 190-191; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 47; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 181; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 149.

⁵¹⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 355; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 574, dpn. 92; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 615. İsviçre hukukunda da bir yıllık sürenin işlemeye başlaması açısından katılma alacaklısı eşin kazandırmanın kesin miktarını öğrenmiş olmasının gerekmediği belirtilmiştir (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 50; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 18).

⁵²⁰ Okur, “Dava Hakkı”, 190-191.

öğrenseler bile ona karşı dava açamazlar.⁵²¹ Zira, alacaklı eş veya mirasçuları üçüncü kişiye kazandırma yapıldığını ve haklarının zedelendiğini öğrenmemiş olsa dahi mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakları düşmektedir.

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmünde uzun olan süre beş yıl olarak düzenlenmiş olup, ZGB. Art. 220 hükmünden farklılık taşımaktadır. Zira üçüncü kişilere karşı dava hakkında süreleri düzenleyen TMK.m.241/f.2 hükmünü karşılayan ZGB. Art. 220 hükmünde uzun olan süre on yıl olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce, TMK.m.241'deki beş yıllık süre TMK.m.571 ile paralellik sağlaması açısından mehz Kanun'da olduğu gibi on yıl olarak öngörülmeliydi.⁵²² TMK.m.241 hükmünün gerekçesine göre, TMK.m.241/f.2 ve tenkisle ilgili sürelerin düzenlendiği TMK.m.571 hükümleri arasında paralellik sağlanmak istenmiştir. TMK.m.571 hükmünde öngörülen süre mehz Kanun'a uygun olarak on yıl olarak düzenlenmiştir. Taslak çalışmaları sırasında 571. maddede mehz Kanun'a uygun olarak süre on yıl olarak öngörülmesine rağmen, 241. maddedeki beş yıllık sürenin on yıla çıkarılması ihmal edilmiştir.⁵²³

Üçüncü kişilere karşı dava hakkının “herhalde mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıl geçmekle düşeceği”ne dair hüküm hak kaybına yol açacak niteliktedir. Zira, mal rejiminin mahkeme tarafından verilen boşanma veya evliliğin iptali kararı ile sona ermesi durumunda, beş yıllık süre mal rejiminin sona erdiği tarih olan dava tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Ülkemizde evliliği sona erdirmek için açılan davalar uzun yıllar sürmektedir. Uzun süren bu dava sonunda, alacaklı eşin üçüncü kişilere karşı dava açma imkânı çoğu zaman olanaksız hale gelmektedir.⁵²⁴ Boşanma kararı verildiğinde, eşler arasındaki mal rejimi davasının açıldığı tarihten itibaren geçmişe etkili olarak sona ermekte ve uzun süren yargılama dolayısıyla beş yıllık süre de çoğunlukla boşanma kararının kesinleşmesinden önce dolmaktadır. Bu olumsuz

⁵²¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 262; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 574; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 180; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 150.

⁵²² Kılıçoğlu'na göre 241. maddedeki sürede 571. madde hükmü ile paralellik sağlaması açısından on yıl olarak öngörülmeliydi (Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 158; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 266). Topuz'a göre de beş yıllık süre mehz Kanun'da olduğu gibi on yıl olarak düzenlenmeliydi (Topuz, “Katılma Alacağı”, 516). Aynı yönde görüş için bkz. Karamercan, *Dava Hakkı*, 218; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 150.

⁵²³ Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 158; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 266.

⁵²⁴ Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 48; Acabey, *Katılma Rejimi*, 193. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 141. Özüğür'a göre, TMK.m.241'deki “herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer” kuralının “herhalde bu tarihin üzerinden beş yıl geçmekle düşer” şeklinde veya kanun koyucu tarafından dava hakkını etkisiz kılmayacak şekilde değiştirilmesi uygun olacaktır (Özüğür, *Mal Rejimleri*, 89).

durumun ortadan kaldırılması için, boşanma davası devam ederken üçüncü kişiye karşı süresi içinde dava açılması ve mahkeme tarafından da üçüncü kişiye açılan davada eşler arasındaki katılma alacağı davasının bekletici mesele yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁵²⁵ Acabey'e göre ise, boşanma davasının uzun sürmediği durumlarda dahi, alacaklı eşin ya da mirasçılarının bu hakkını bir ve beş yıllık süreler dolmadan kullanabilmesi mümkün görünmemektedir.⁵²⁶ Zira kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı dava açılabilmesi için, borçlu eşe veya mirasçılara karşı takip yapılmış olması ve takip sonucunda alacağın kısmen veya tamamen onlar tarafından karşılanamayacağının tespit edilmiş olması gerekir. Bu durumun tespit edilmesi de uzun zaman alacağı için, beş yıllık süre yine aşılmış olacaktır. Bu nedenle yapılacak bir kanun değişikliğiyle, kanunda yer alan süreler uygulama ile uyumlu hale getirilmelidir. Kanun değişikliği yapılan kadar ise, alacaklı eş veya mirasçılar borçlu eşe karşı açılan davayı üçüncü kişiye ihbar etmeli ve bu davadan elde ettiği kararı ona karşı da ileri sürebilmelidir.⁵²⁷ Böylece TMK.m.229/f.2 hükmünde yer verilen davanın ihbarı kurumu, TMK.m.241'de yer alan hak düşürücü sürelerin kaçırılmamasını sağlamak için kullanılmalıdır.⁵²⁸ Doktrindeki aksi görüşe göre ise, davanın üçüncü kişiye ihbar edilmiş olması hak düşürücü sürenin geçirilmesini önleyici işleve sahip değildir.⁵²⁹ Zira bu görüşü savunanlara göre, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davanın üçüncü kişiye ihbar edilmesi, TMK.m.241 hükmünde öngörülen hak düşürücü süreler içinde dava hakkının kullanıldığı anlamına gelmemektedir.⁵³⁰

Kanaatimizce de mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davanın üçüncü kişiye ihbar edilmesi TMK.m.241/f.2'de öngörülen hak düşürücü sürelerin kaçırılmasını önleyici işleve sahip değildir. Zira davanın ihbar edilmesi hak düşürücü süreyi kesmez.⁵³¹

⁵²⁵ Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 226; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 48.

⁵²⁶ Acabey, *Katılma Rejimi*, 193.

⁵²⁷ Acabey, *Katılma Rejimi*, 194.

⁵²⁸ Acabey, *Katılma Rejimi*, 194. Şıpka'ya göre de TMK.m.241 hükmündeki süreleri kaçırmamak için, tasfiye davasında TMK.m.229/f.2 gereği dava, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye ihbar edilmelidir (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 342). Aksi yönde açıklamalar için bkz. Okur, "Dava Hakkı", 191.

⁵²⁹ Topuz, "Katılma Alacağı", 516-517; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 184.

⁵³⁰ Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 184. Zira hak düşürücü süre öngörülen hallerde hak sahibinin hakkı kaybetmemesi için öngörülen süre içerisinde kanun hükmünde belirtilen davranışı gerçekleştirmesi gerekir (Antalya, *Borçlar*, 95). TMK.m.241 hükmünde belirtilen hak düşürücü süreler içerisinde dava hakkının kullanılması gerekmekte olup, davanın üçüncü kişiye ihbarı dava hakkının kullanılması anlamına gelmemektedir (Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 183-184).

⁵³¹ Söz konusu süre, zamanaşımı süresi olarak öngörülseydi dahi, davanın ihbar edilmiş olması, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişiye karşı açılacak davalara ilişkin zamanaşımı süresini kesmezdi. Zira zamanaşımının kesilmesini düzenleyen TBK.m.154 hükmünde, davanın

Katılma alacaklısı eş veya mirasçılarının üçüncü kişiye başvuru için kanunda öngörülen süreleri kaçırmak suretiyle hak kaybına uğramaması için, TMK.m.241/f.2’de yer alan “herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer” ifadesi “herhalde mal rejiminin tasfiyesinin tamamlandığı andan itibaren beş yıl geçmekle düşer” şeklinde değiştirilmelidir. Kanun hükmündeki beş yıllık sürenin başlangıç anının muhafaza edilmesi durumunda ise, TMK.m.571 hükmünde olduğu gibi üst süre on yıla çıkarılmalıdır. Böylece, beş yıllık sürenin başlangıç anının değiştirilmemesi durumunda söz konusu düzenleme “herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden on yıl geçmekle düşer” şeklinde düzenlenmelidir. Belirtilen yönde bir kanun değişikliği yapılabileceği kadar, üçüncü kişiye karşı dava açılması ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda üçüncü kişiye karşı da mal rejiminin tasfiyesi davası açılmalı ve eşler arasında görülen mal rejiminin tasfiyesi davası bekletici mesele yapılmalıdır.

Türk Medeni Kanunu m.241/f.3 gereği üçüncü kişilere karşı açılacak davada, TMK.m.241/f.1 ve f.2 hükümleri ile yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. TMK.m.241/f.2 hükmünde üçüncü kişilere karşı açılacak davada süre açıkça düzenlendiği için, artık tenkis davasına ilişkin hak düşürücü sürelerin düzenlendiği TMK.m.571 hükmü kıyasen uygulanamaz. TMK.m.571/f.3 hükmü uyarınca, tenkis iddiası def’i yoluyla her zaman ileri sürülebilir. Kanunda üçüncü kişilere karşı açılacak davalarda açıkça bu imkân verilmediği ve tenkise ilişkin hükümler de kıyasen uygulanamayacağı için, sürelerin geçmesi halinde, hak sahibi olan eşin kendisine karşı açılan bir davada hakkını def’i olarak ileri sürmesi mümkün değildir.⁵³²

Türk Medeni Kanunu m.241/f.2 hükmünde söz konusu sürelerin sonunda dava hakkının düşeceği ifade edilmiştir. Hüküm dikkate alındığında üçüncü kişiye hak düşürücü süreler içerisinde başvurulduğunun kabul edilebilmesi için, dava açılması zorunlu olup, dava dışında herhangi bir yolla talepte bulunulmuş olması yeterli

ihbarı, zamanaşımını kesen bir sebep olarak sayılmamıştır. Ayrıca, davanın ihbarı, zamanaşımını kesen sebeplerden biri olan dava açılması niteliğinde de değildir (Kuru, Aydın, *Usul*, 395).

⁵³² Aynı yönde açıklamalar için bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 245; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 422; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 180; Karamercan, *Dava Hakkı*, 204, dpn. 276. TMK.m.571/f.3’de yer alan tenkis iddiasının def’i yoluyla her zaman ileri sürülebileceği kuralı burada kıyasen uygulanmaz (Z. R. Demir, *Artık Değer*, 149). İsviçre hukukunda da, miras hukukundaki tenkis davasının aksine (ZGB. Art. 533 Abs. 3) süre dolduktan sonra def’i yoluyla bir talebin ileri sürülmesinin mümkün olmadığına ilişkin açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 49; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 17.

değildir.⁵³³ Ancak doktrinde, TMK.m.241 hükmünde her ne kadar “dava hakkı”nın düşeceğinden söz edilmiş olsa da, TMK.m.241’den doğan hakkın dava yoluyla ileri sürülmesinin zorunlu olmadığı, dava dışı bir yolla da bu hakkın ileri sürülebileceğini ifade eden görüş de bulunmaktadır.⁵³⁴ Kanaatimizce, hükümde belirtilen süreler içinde “dava hakkının” düşeceği ifade edildiği için, belirtilen sürelerde m.241’e dayalı talep hakkının kullanıldığının kabul edilebilmesi için m.241’e dayalı bir davanın açılmış olması gerekmektedir.

Süreler bakımından son olarak belirtmek gerekir ki, açılan bir davanın usul yönünden reddedilmesi halinde hak düşürücü sürenin uzamasını öngören TBK.m.158 hükmü, Türk Medeni Kanunu m.241 uyarınca açılan davalar bakımından da uygulama alanı bulur.⁵³⁵ TBK.m.158’e göre, *“Dava veya def’i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir”*.⁵³⁶

9. Üçüncü Kişinin Ödeme Yükümlülüğünün Kapsamı

a) Genel Olarak

Katılma alacağının karşılanmayan kısmına ilişkin üçüncü kişilerden talepte bulunulması, üçüncü kişilere yapılan kazandırmanın geçerliliğini etkilememektedir. Bu nedenle, üçüncü kişi, kazandırma konusu şeyi kısmen ya da tamamen geri vermek zorunda değildir. Üçüncü kişi, kendisine karşı açılan ifa davası sonucunda katılma

⁵³³ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 356; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 262; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 575; Karamercan, *Dava Hakkı*, 207; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 179; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 149.

⁵³⁴ Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 47.

⁵³⁵ Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 180. 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında söz konusu hukuki imkân sadece zamanaşımı süreleri bakımından öngörülmüştü. Ancak Sarı’ya göre, “TMK.m.241 hükmünde öngörülen süreler hak düşürücü süre niteliğinde olmasına rağmen, usul yönünden reddedilen bir davanın söz konusu olması halinde, zamanaşımı süresinin uzamasını öngören BK.m.137 hükmü uygulama alanı bulmalıydı” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 262-263). Dural/Öğüz/Gümüş’e göre de TMK.m.241/f.2’deki süre hak düşürücü süre olmasına rağmen, BK.m.137 (TBK.m.158) hükmü burada da uygulama alanı bulur (Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 413).

⁵³⁶ Adalet Komisyonu Raporu’na göre, “Tasarı’nın 157. maddesi, 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 olduğu, böylece hükmün hak düşürücü süreler içinde uygulanması kabul edilmiştir”. Bkz. O. Gökhan Antalya, *Gereğeli ve Açıklamalı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 193-194.

alacağının eksik kalan kısmının karşılığı olan parayı ödemekle sorumluluktan kurtulur.⁵³⁷

Üçüncü kişinin ödeme borcu ve borcun kapsamının belirlenmesi bakımından TMK.m.241 hükmünde doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte TMK.m.241/f.3’de, bir ve ikinci fıkralarda belirtilenler ile yetki kuralları dışındaki hususlarda mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülmüştür. Bu nedenle hakim görüş, üçüncü kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde de lehine tenkise tâbi sağlararası karşılıksız kazandırma yapılan kişinin geri verme borcuna ilişkin olarak TMK.m.566’nın kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir.⁵³⁸ Doktrindeki aksi görüşe göre ise, TMK.m.241’de üçüncü kişilerin sorumluluğu özel olarak düzenlendiği için, TMK.m.566’da öngörülen sınırlamalar TMK.m.241 açısından dikkate alınmamalıdır.⁵³⁹ Bu görüşe göre, TMK.m.241’de öngörülenler dışında başka sınırlamaların bulunduğu kabul edilmesi, katılma alacaklısı eşin korunması düşüncesine de uygun olmayacaktır.⁵⁴⁰ Zira üçüncü kişinin TMK.m.566 dolayısıyla iyiniyetli zilyedin sorumluluğuna tâbi tutulması, alacaklı eşin kısmen veya tamamen katılma alacağına kavuşmasına engel olabilir. Kanaatimizce TMK.m.241/f.3 gereği, karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişinin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde TMK.m.566’nın kıyasen uygulanması gerekir. Zira TMK.m.241’de katılma alacağının karşılanmayan kısmının talep edileceği üçüncü kişinin sorumluluğunun alt ve üst sınırı belirlenmiş, ancak bu kişinin sorumluluğunun kapsamı belirtilmemiştir.

Üçüncü kişinin ödeme borcu ve borcun kapsamının belirlenmesi bakımından kıyasen uygulanacak olan TMK.m.566’ya göre, “*Kendisine tenkise tâbi bir kazandırma yapılmış olan kimse iyiniyetli ise, sadece elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür; iyiniyetli değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur*”. Hükümde tenkise tâbi kazandırmadan yararlanan kişinin geri verme borcunun kapsamı, onun iyiniyetli veya kötünietli olması dikkate alınarak

⁵³⁷ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 343; Acar, *Mal Rejimleri*, 328; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 63; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 192; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 639.

⁵³⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 37; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 352; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 567; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420; Acar, *Mal Rejimleri*, 328; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 344; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 73; Karamercan, *Katılma Alacağı*, 640; Karamercan, *Dava Hakkı*, 107.

⁵³⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 257.

⁵⁴⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 257.

belirlenmiştir. Üçüncü kişinin kazandırmayı elde ederken iyiniyetli ya da kötünietli olmasının katılma alacağının karşılanmayan kısmından sorumlu tutulması bakımından önemi bulunmamaktadır. Ancak üçüncü kişinin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde, onun iyiniyetli olup olmaması belirleyici olacaktır.⁵⁴¹ Bu nedenle, kazandırmadan yararlanan iyiniyetli üçüncü kişi ile kötünietli üçüncü kişinin geri ödeme yükümlülüğünün kapsamı farklılık gösterecektir.⁵⁴²

Tenkiste geri verme borcunu düzenleyen TMK.m.566'da üçüncü kişinin iyiniyetli olması durumunda iyiniyetli zilyet bakımından iade borcunu düzenleyen m.993-994 hükümlerine yollama yapılmadan iade borcu özel olarak düzenlenmiştir.⁵⁴³ Bu nedenle TMK.m.241 hükmü uyarınca açılacak dava sonucunda iyiniyetli zilyedin geri verme yükümlüğünde de eşya hukukundaki iyiniyetli haksız zilyedin iade borcuna ilişkin hükümler değil, TMK.m.566/f.1 hükmü uygulanacaktır.⁵⁴⁴ Diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde, üçüncü kişi sadece elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. Üçüncü kişi iyiniyetli değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olacaktır.

Üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı, lehine kazandırmanın yapıldığı tarih esas alınarak belirlenir.⁵⁴⁵ Kazandırmanın yapıldığı tarihten sonra üçüncü kişinin iyiniyetinin ortadan kalkması halinde, üçüncü kişinin sorumluluğu bu tarihe kadar

⁵⁴¹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 352; Acabey, *Katılma Rejimi*, 192; Karamercan, *Dava Hakkı*, 106-107. “Üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmaması, TMK.m.241 hükmü kapsamındaki sorumluluğun doğmasına etki etmemesine karşın, ödemekle yükümlü olduğu miktara etki edebilmektedir”. Bkz. Topuz, “Katılma Alacağı”, 513; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 194, dñn. 198.

⁵⁴² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 37. Bu farklılık ZGB.Art.220/3'ün göndermesi dolayısıyla ZGB.Art.528'den kaynaklanmaktadır (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 37). Türk hukukunda da TMK.m.241/f.3'de m.241/f.1 ve f.2 hükümleri ile yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca mehz Kanun Art. 528'in karşılığı olan TMK.m.566 hükmünde de kendisine tenkise tâbi bir kazandırma yapılan kişinin geri verme borcu düzenlenmiştir.

⁵⁴³ Okur, “Dava Hakkı”, 179.

⁵⁴⁴ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 568; Okur, “Dava Hakkı”, 178-179; Karamercan, *Dava Hakkı*, 109. Doktrinde aksi görüşteki yazarlar ise, iyiniyetli kötünietli haksız zilyetliğe ilişkin bir ayırım yapmadan, mal rejimsel tenkiste iadenin kapsamı bakımından zilyetliğin iadesine ilişkin hükümlerin (TMK.m.993-995'in) uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 420; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 73.

⁵⁴⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 37; Okur, “Dava Hakkı”, 178; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 568; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 195.

iyiniyetlilerin tâbi olduğu hükümlere göre, bu tarihten sonra ise kötüniiyetlilerin tâbi olduğu hükümlerine göre belirlenir.⁵⁴⁶

b) İyiniyetli Üçüncü Kişinin Ödeme Yükümlülüğünün Kapsamı

Karşılıksız kazandırma veya devirde bulunulan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığının belirlenmesinde hangi kriterlerin esas alınacağı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, üçüncü kişi, borçlu eşin, diğer eşin katılma alacağını elde etmesini engellemek kastı ile hareket ettiğini bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa iyiniyetlidir.⁵⁴⁷ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, TMK.m.229/f.1, b.1’de diğer eşin katılma alacağını elde etmesini engelleme kastı aranmadığından, iyiniyetini tanımlamak için ilk görüş yetersiz kalmaktadır. Bu görüşe göre, borçlu eş tarafından lehine karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişi, kazandırmanın borçlu eşin katılma alacağına ilişkin borcunu ifa etmesini tamamen veya kısmen engelleyeceğini ve bu nedenle ödeme yükümlülüğünün doğacağını bilmiyor ve de bilmesi gerekmiyorsa iyiniyetlidir.⁵⁴⁸ Doktrinde bazı yazarlar, üçüncü kişinin iyiniyetli kabul edilmesini; üçüncü kişinin kazandırmanın edinilmiş mallardan karşılandığını, katılma alacağını ihlal amacıyla yapıldığını, diğer eşin katılma alacağının ihlal edildiğini ve kazandırmanın yapılmasında diğer eşin rızasının bulunmadığını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerektiği şeklinde bazı kriterlerin bilinip bilinmemesine bağlamışlardır.⁵⁴⁹ Kanaatimizce, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığında belirleyici olan unsur, lehine yapılan kazandırma dolayısıyla katılma alacağının karşılanmayan kısmını ödeme yükümlülüğünün doğacağını bilip bilmemesidir. Kazandırmanın eklenecek değerler arasında yer aldığının bilinmesi tek başına üçüncü kişinin iyiniyetini kaldırmayacağı gibi⁵⁵⁰, kazandırmanın edinilmiş mallardan karşılandığının ya da kazandırmanın yapılmasında eşin rızasının bulunmadığının bilinmesi de kişinin iyiniyetli olmasını engellemez.

İyiniyetli üçüncü kişinin katılma alacağının karşılanmayan kısmına ilişkin ödeme yükümlülüğünün kapsamı sınırlandırılmıştır. Zira kıyasen uygulanacağı kabul

⁵⁴⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 37; Okur, “Dava Hakkı”, 178; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 73; Gündoğdu Özbek, *Eklenecek Değerler*, 195.

⁵⁴⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 352.

⁵⁴⁸ Öztaş, “Katılma Alacağı”, 567, dpn. 55; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 73.

⁵⁴⁹ Acar, *Mal Rejimleri*, 328-329, dpn. 972; Okur, “Dava Hakkı”, 178.

⁵⁵⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 352; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 567-568.

edilen 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”. Hükümde, lehine tenkise konu karşılıksız kazandırmada bulunulan kişinin iyiniyetli olması durumunda, sadece elinde kalanı geri vermekle yükümlü olacağı ifade edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu m.241/f.3'de yer alan düzenleme ile kıyasen uygulanacak olan m.566 hükmü, kendisine tenkise tâbi bir kazandırma yapılan iyiniyetli üçüncü kişinin, mirasın geçmesi anında elinde kalan kısımla sorumlu olacağını düzenlemiştir. Hükümde iyiniyetli üçüncü kişinin sorumlu olacağı miktarın belirlenmesi bakımından esas alınan “mirasın geçmesi anı”nın, katılma alacağı bakımından uygulanması mümkün değildir.

Katılma alacağının karşılanmayan kısmından sorumlu olan iyiniyetli üçüncü kişinin kazandırmadan elinde kalan kısmın hangi an esas alınarak belirleneceği tartışmalıdır. Bu anın belirlenmesinde, mal rejiminin sona erdiği tarihin, tasfiye tarihinin, tasfiye davası ihbar edilmişse ihbar tarihinin ya da üçüncü kişiye dava açıldığı tarihin esas alınacağına dair görüşler bulunmaktadır.⁵⁵¹ Doktrindeki hakim görüşe göre, TMK.m.241 hükmü uygulanırken iyiniyetli üçüncü kişinin iade yükümlülüğünde mal rejiminin sona erdiği tarih değil, katılma alacaklısı eşin iyiniyetli üçüncü kişiye dava açtığı tarih esas alınmalıdır.⁵⁵² Böylece üçüncü kişi, iyiniyetli ise, kendisine karşı dava açıldığı tarihte elinde kalan miktarla sınırlı olarak sorumludur (TMK.m.566 kıyasen).⁵⁵³ Doktrinde bir görüş ise üçüncü kişinin her ne kadar kendisine karşı dava açıldığı anda elinde kalan miktarla sorumlu olacağını belirtmiş olsa da, buna ek olarak eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi davasının üçüncü kişiye ihbar edilmesi halinde, iyiniyetli üçüncü kişinin ihbar tarihinde elinde kalan miktarla sorumlu olacağı belirtmektedir.⁵⁵⁴ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, katılma alacağının karşılanmayan kısmının bir miktar para olarak ödendiği ve ödeme yükümlülüğünün doğacağı anın özelliği dikkate alınır, iyiniyetli üçüncü kişi mal rejiminin sona ermesi

⁵⁵¹ Bkz. Okur, “Dava Hakkı”, 179.

⁵⁵² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 5; Nuspliger, *OFK.*, Art. 220, N. 5; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 344; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 227; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 568; Okur, “Dava Hakkı”, 179; Karamercan, *Dava Hakkı*, 110.

⁵⁵³ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Acar, *Mal Rejimleri*, 328-329.

⁵⁵⁴ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 344; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 227.

anında kazandırmadan elinde kalan miktarla sorumlu olur.⁵⁵⁵ Bu görüşte olan yazarlardan Genç Arıdemir'e göre, tenkis davasının açılabilmesi için gerçekleşmesi gereken olgu mirasbıkarakanın ölümüdür. TMK.m.566 hükmü uyarınca iyiniyetli kazandırma lehdarının sorumluluğunun belirlenmesinde de mirasın geçme anı diğer bir ifadeyle mirasbıkarakanın ölüm anı esas alınmıştır. Yazara göre bu esasın TMK.m.241'e uygulanması halinde iyiniyetli üçüncü kişinin iade kapsamı mal rejiminin sona erdiği tarihe göre belirlenmelidir. Kanaatimizce yazarın bu görüşüne dayandığı gerekçe yerinde değildir. Zira TMK.m.241 uyarınca dava açılması için gerçekleşmesi gereken olgu, mal rejiminin sona ermesi değil, katılma alacağının kısmen veya tamamen borçlu eşin malvarlığından veya terekesinden karşılanamamasıdır.

Kanaatimizce, üçüncü kişinin elde ettiği kazandırmadan elinde kalan kısmın belirlenmesinde, katılma alacağının kısmen veya tamamen borçlu eşten karşılanmayacağına anlaşıldığı an esas alınmalıdır. Zira katılma alacaklısı eş veya mirasçılarının üçüncü kişiden katılma alacağının karşılanmayan kısmının ödemesini bu andan itibaren talep etmeleri mümkündür. Bu anın esas alınması katılma alacaklısının ve üçüncü kişinin menfaatlerinin dengelenmesine de imkân verir. Bu nedenle üçüncü kişi iyiniyetli ise, kendisine karşı dava açılmasının koşullarının olduğu tarihte elinde kalan miktarla sınırlı olarak sorumludur. Dolayısıyla, yapılan kazandırmanın değerinde sonradan azalmalar meydana gelmişse, iyiniyetli üçüncü kişi, sadece TMK.m.241'in koşullarının gerçekleştiği anda elinde kalan miktarla sorumludur. İyiniyetli üçüncü kişinin, elinde bir şey kalmamışsa, ödeme yükümlülüğü de bulunmaz.

Kazandırmayı bir başkasına devreden üçüncü kişi, bu devir karşılığında bir karşılık elde etmişse, ödeme yükümlülüğü aldığı karşılıkla sınırlı olacaktır.⁵⁵⁶ Böyle bir durumda, karşılık olarak aldığı değer kazandırmanın değerinden düşük bir miktar da olabilir.⁵⁵⁷ Kazandırmayı karşılıksız olarak bir başkasına devretmiş ise, herhangi bir zenginleşmesi olmadığı için, sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.⁵⁵⁸ İyiniyetli üçüncü kişi kendisine yapılan kazandırmayı tükettiyse, tasarruf miktarı ile sınırlı olarak

⁵⁵⁵ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 75-76; Acar, *Mal Rejimleri*, 328-329.

⁵⁵⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 38; Öztaş, "Katılma Alacağı", 568; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 196.

⁵⁵⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Okur, "Dava Hakkı", 180; Karamercan, *Dava Hakkı*, 111; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 74; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 196.

⁵⁵⁸ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Okur, "Dava Hakkı", 180; Karamercan, *Dava Hakkı*, 111; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 196.

sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁵⁵⁹ Bununla birlikte kazandırmayı tüketen iyiniyetli üçüncü kişinin malvarlığında tasarruf şeklinde bir artış meydana gelmemişse, ödeme yükümlülüğü bulunmayacaktır.⁵⁶⁰

Kazandırma konusunun kaybolması, yok olması veya zarara uğraması durumunda, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişi kusurlu olsa dahi, sorumlu olmayacaktır.⁵⁶¹

Kıyasen uygulanacağı kabul edilen TMK.m.566'nın gerekçesinde iyiniyetli kişilerin geri verme borcunun kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollama yapıldığı ifade edilmektedir. Bu sebeple, iyiniyetli üçüncü kişinin yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafların da dikkate alınması gerekir.⁵⁶² Ancak TMK.m.241 kapsamında açılan davada kazandırmanın aynen geri verilmesi söz konusu olmadığı için, yapılan masrafların katılma alacaklısından talep edilmesi mümkün değildir. Söz konusu masrafların karşılığı, üçüncü kişinin katılma alacaklısına ödeyeceği miktar belirlenirken dikkate alınır. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişinin kazandırmadan elinde kalan miktar belirlenirken yapmış olduğu masraflar da kazandırma miktarından düşülür.

c) Kötüniyetli Üçüncü Kişinin Ödeme Yükümlülüğünün Kapsamı

Üçüncü kişi, kendisine yapılan kazandırmanın borçlu eşin katılma alacağına ilişkin borcunu ifa etmesini kısmen veya tamamen engelleyeceğini ve bu nedenle ödeme yükümlülüğünün doğacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kötüniyetlidir.⁵⁶³ Doktrinde, kazandırmanın borçlu eş tarafından alacaklı eşin katılma alacağını kısmen veya tamamen elde etmesini engellemek için yapıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, üçüncü kişinin kötüniyetli sayılacağı da ileri sürülmektedir.⁵⁶⁴ Kanaatimizce üçüncü kişinin kötüniyetli olup olmadığının tespitinde sadece, borçlu eşin katılma alacağını azaltma kastının bilinmesi ya da bilinmesi gerektiği esas alınamaz.

⁵⁵⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 568; Okur, “Dava Hakkı”, 180; Gündoğdu Özbek, *Eklenecik Değerler*, 196.

⁵⁶⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 38; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 568; Karamercan, *Dava Hakkı*, 111.

⁵⁶¹ Okur, “Dava Hakkı”, 180.

⁵⁶² Okur, “Dava Hakkı”, 180; Nar, *Tenkis*, 280; Karamercan, *Dava Hakkı*, 112.

⁵⁶³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 37; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 73; Okur, “Dava Hakkı”, 178.

⁵⁶⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 352.

Üçüncü kişinin kötüniyetli sayılması için sadece azaltma kastının bilinmesi ya da bilinebilir olması esas alınır, bu kabul katılma alacaklısı eşin aleyhine olacaktır. Zira, borçlu eşin katılma alacağını azaltma kastını taşımadığı ya da taşımasına rağmen bu kastın üçüncü kişi tarafından bilinmediği bütün olasılıklarda, üçüncü kişi iyiniyetli kabul edilecek ve elinde kalan miktarla sınırlı ödeme yükümlülüğü bulunacaktır. Bu sonuç ise, TMK.m.229 ve TMK.m.241'in amacına aykırı aykırı olacaktır. Örneğin, üçüncü kişi kazandırmanın katılma alacağının ifasını engellediğini ve kendisinin ödeme yükümlülüğünün doğacağını bilmesine rağmen kazandırmanın borçlu eş tarafından katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını bilmiyorsa iyiniyetli kabul edilecektir. Ayrıca azaltma kastının bilinmesinin ölçüt olarak alınması, borçlu eşin bu kastı taşımadan mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan yaptığı bütün kazandırmalar bakımından üçüncü kişinin iyiniyetli kabul edilmesini de gerektirecektir. Bu nedenle üçüncü kişi, kazandırmanın borçlu eş tarafından diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını bilsin ya da bilmesin, katılma alacağının borçlu eş tarafından karşılanamayacağını ve kendisinin ödeme yükümlülüğünün doğacağını biliyorsa kötüniyetli sayılmalıdır.

Katılma alacaklısı eş veya mirasçıları, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunu ispat etmelidir. Kazandırmadan yararlanan kişinin kural olarak iyiniyetli olduğu kabul edilir. Zira TMK.m.3/f.1'e göre, "*Kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır*". Bu nedenle katılma alacaklısı eş veya mirasçıları, lehine karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişinin kendisine yapılan kazandırmanın borçlu eşin katılma alacağına ilişkin borcunu ifa etmesini kısmen veya tamamen engelleyeceğini ve bu nedenle ödeme yükümlülüğünün doğacağını bildiğini veya durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni gösterseydi bilmesi gerektiğini ispat etmelidir.

Kötüniyetli üçüncü kişinin ödeme yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi bakımından da TMK.m.566 kıyasen uygulanacaktır. TMK.m.566/f.1'e göre, "*Kendisine tenkise tâbi bir karşılıksız kazandırma yapılmış olan kimse ... iyiniyetli değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur*". Hükümde kötüniyetli kişinin geri verme borcunun bakımından kötüniyetli zilyetlere ilişkin TMK.m.995 hükmüne göndermede bulunulmuştur. TMK.m.995/f.1'e göre, "*İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden*

hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır". Söz konusu düzenleme dikkate alındığında kötüniyetli üçüncü kişinin geri verme borcunun iyiniyetli üçüncü kişiye göre daha ağır olduğu görülmektedir.

Kıyasen uygulanacak olan TMK.m.566'nın göndermesi dolayısıyla TMK.m.995 katılma alacağının karşılanmayan kısmını ödemekle yükümlü olan kötüniyetli üçüncü kişiler bakımından da kıyasen uygulama alanı bulacaktır.⁵⁶⁵ Hükmün kıyasen uygulanmasında, özellikle katılma alacağının karşılanmayan kısmı bakımından kazandırmanın aynen geri verilmesinin talep edilmediği, sadece değeri itibariyle üçüncü kişiden ödeme talep edildiği dikkate alınmalıdır. Bu nedenle ödeme yükümlülüğü bulunan kötüniyetli üçüncü kişi, kendisine yapılan kazandırmanın değeri ile sınırlı olarak ödeme ile yükümlüdür.⁵⁶⁶ Kötüniyetli üçüncü kişi, kazandırmayı ilk olarak eline geçirdiği andaki değerinden sorumludur. Dolayısıyla kötüniyetli üçüncü kişi, söz konusu kazandırmayı elinden çıkarmışsa, bu kazandırmanın yerine ister karşılık almış olsun isterse herhangi bir karşılık almasın ödeme anında kendisine yapılan kazandırmanın objektif değeri üzerinden sorumludur.⁵⁶⁷ Böylece kendisine karşılıksız kazandırma yapılan kötüniyetli üçüncü kişi, kazandırmayı değerinin altında bir bedelle veya karşılıksız olarak elinden çıkarmış olsa da katılma alacaklısı eşe ya da mirasçılara karşı katılma alacağının karşılanmayan kısmını ödeme yükümlülüğü kazandırma konusunun tam değeri üzerinden devam eder.⁵⁶⁸ Kazandırma konusu şeyde meydana gelen zarar sebebiyle, ödeme yükümlülüğü hafifletilmez, üçüncü kişi bu zararlara da katlanmakla yükümlüdür.⁵⁶⁹ Bununla birlikte, mücbir sebepler nedeniyle kazandırmanın değerinde bir azalma meydana gelmişse ya da kazandırma konusu yok olmuşsa üçüncü kişinin geri ödeme yükümlülüğünün de hafifletilebileceği veya sona

⁵⁶⁵ Okur'a göre, "kötüniyetli zilyedin iade yükümlülüğünün kıyasen uygulanacak m.566 hükmü uyarınca yapılan yollama ile m.995 hükmüne göre çözümlenmesi yerinde değildir. Zira yazara göre, "mal rejimlerinde kendisine karşılıksız kazandırmada bulunan üçüncü kişinin kötüniyeti m.995'teki zilyedin kötüniyetine göre daha hafiftir. Bu nedenle her ne kadar m.566 hükmündeki yollama nedeniyle TMK.m.995 hükmünün uygulanacağı belirtilse de İsviçre hukukunda kabul edilen çözüm tarzları uygun düşüğü ölçüde bizim hukukumuzda da dikkate alınmalıdır" (Okur, "Dava Hakkı", 181).

⁵⁶⁶ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Karamercan, *Dava Hakkı*, 113.

⁵⁶⁷ Okur, "Dava Hakkı", 181; Karamercan, *Dava Hakkı*, 113.

⁵⁶⁸ Kötüniyetli üçüncü kişinin kazandırmayı değerinden daha düşük bir fiyatla yeniden satması durumunda bunun geri ödeme yükümlülüğünü azaltmayacağı yönünde açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 39.

⁵⁶⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Karamercan, *Dava Hakkı*, 113.

endirileceği de kabul edilmektedir.⁵⁷⁰ Kötüniyetli üçüncü kişi sadece yapmış olduğu zorunlu masrafların karşılığının kazandırmanın değerinden indirilmesini talep edebilir. Diğer masrafların, kazandırmanın değerinden düşülmesi istenemeyeceği için, bu nitelikteki masraflar, ödeme yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesine etki etmez.⁵⁷¹

10. Üçüncü Kişinin Katılma Alacağını Ödemesinin Sonuçları

Üçüncü kişiye yapılan karşılıksız kazandırmaların edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi ve katılma alacağının karşılanmayan kısmını elde etmek için üçüncü kişiye karşı dava açılmış olması, kazandırmanın geçerliliğini etkilemez. Üçüncü kişinin kazandırma konusu üzerindeki hakkı (örneğin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı) varlığını sürdürür. Katılma alacağının borçlu eş tarafından karşılanmayan kısmının üçüncü kişi tarafından ödenmesi halinde, katılma alacağının asıl borçlusu olan eşin borcu da, kural olarak, ifa yoluyla sona ermiş olur. Katılma alacağının karşılanmayan kısmını alacaklı eşe ya da mirasçılara ifa eden üçüncü kişi ile katılma alacağının asıl borçlusu olan eş veya mirasçıları arasında bir iç ilişki meydana gelir. Katılma alacağını kısmen ya da tamamen ifa etmek zorunda kalan üçüncü kişinin, bu ifa dolayısıyla iç ilişkide kendisine karşılıksız kazandırmada bulunan eşe karşı bir talep ileri sürüp süremeyeceği önemli bir husustur. Bu durumda kazandırmadan yararlanan üçüncü kişinin ifada bulunmakla TBK.m.127/f.1, b.2 uyarınca alacaklı eşin hakkına halef olacağı düşünülebilir. Ancak ifada bulunan üçüncü kişi bakımından böyle bir halefiyetin ortaya çıkabilmesi için, ifadan önce borçlu eş tarafından bu durumun alacaklı eşe ya da mirasçılara bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde üçüncü kişi, TMK.m.241’de düzenlenen hukuki imkândan yararlanan alacaklı eşe ya da mirasçılara TBK.m.127 uyarınca halef olamaz.⁵⁷²

Katılma alacaklısına karşı ifada bulunan üçüncü kişi, koşulları gerçekleşmediği için katılma alacağının asıl borçlusu olan eşe vekâletsiz iş görme veya sebepsiz

⁵⁷⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 39; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 353; Okur, “Dava Hakkı”, 181; Karamercan, *Dava Hakkı*, 113.

⁵⁷¹ Okur, “Dava Hakkı”, 182; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 75; Karamercan, *Dava Hakkı*, 113.

⁵⁷² Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 36; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 135. ZGB. Art. 220 uyarınca da üçüncü kişi Art. 220 uyarınca alacaklı eşe ödeme yaptıysa ve katılım talebini yerine getirdiyse, üçüncü taraf ile alacaklı eş arasında bir anlaşma yapılmadığı takdirde, yasal dayanağın bulunmaması nedeniyle katılım talebinin kendisine devredilmesi söz konusu değildir, OR. Art. 110 hükmü uygulanamaz. Bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 61; Steck, Fankhauser, *FamKomm.*, Art. 220, N. 5.

zenginleşme hükümlerine göre de başvuramaz.⁵⁷³ Bu nedenle, alacaklı eşe ya da mirasçılara halef olamayan üçüncü kişi ile kazandırmada bulunan eş arasındaki ilişki, bu kazandırmaya dayanak teşkil eden hukuki ilişki çerçevesinde belirlenmelidir.⁵⁷⁴ Dolayısıyla karşılıksız kazandırmayı yapan borçlu eşin ifada bulunan üçüncü kişiye karşı aralarındaki hukuki ilişki uyarınca bir sorumluluğu bulunuyorsa, borçlu eş, o hükümlere göre sorumlu olmalıdır.⁵⁷⁵

Üçüncü kişi ile katılma alacağı borçlusu eş arasındaki karşılıksız kazandırmaya ilişkin hukuki ilişkinin temelinde genellikle bağışlama sözleşmesi yer alır.⁵⁷⁶ Böyle bir durumda, kazandırmada bulunan borçlu eşin sorumluluğu da TBK.m.294/f.1 uyarınca belirlenecektir.⁵⁷⁷ TBK.m.294/f.1'e göre, "*Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir*". Söz konusu düzenleme dikkate alınır, kazandırmada bulunan eş katılma alacağının kısmen ya da tamamen ödenmemesinde ve dolayısıyla TMK.m.241 uyarınca üçüncü kişiye başvurulmasında ağır kusurlu ise, üçüncü kişiye karşı sorumlu olacaktır. Örneğin, boşanma kararından önce kazandırmada bulunan eş, mal rejiminin tasfiye sürecinin tamamlanmadığını üçüncü kişiden gizlemişse ağır kusurlu sayılmalı ve kazandırmada bulunduğu üçüncü kişinin uğradığı zararı tazmin etmelidir.⁵⁷⁸ Kanaatimizce, eşin ağır kusurunun belirlenmesinde üçüncü kişinin de durumu dikkate alınmalıdır. Örneğin, borçlu eşin lehine yaptığı kazandırmanın katılma alacağını azaltma kastıyla yapıldığını ve katılma alacağının borçlu eş tarafından karşılanamayacağını bilen, buna rağmen kazandırmayı elde eden üçüncü kişinin TBK.m.294/f.1'den yararlanması mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla, kural olarak, sadece ödeme yükümlülüğü bakımından iyiniyetli olarak değerlendirilen üçüncü kişinin, ağır kusurlu olan borçlu eşe karşı başvurması mümkün olmalıdır. Ancak borçlu eş, iyiniyetli olsun ya da olmasın üçüncü kişiye bağışlanan şey veya alacak hakkında ayrıca garanti sözü vermişse,

⁵⁷³ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 36.

⁵⁷⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 263; Okur, "Dava Hakkı", 189; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 243; Öztas, "Katılma Alacağı", 570; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 134. Zeytin'e göre, "bu konuda özel bir düzenleme getirilmezse, iyiniyetli üçüncü kişinin genel hükümlere göre korunması yetersiz olacaktır. Zira eşinin rızası olmaksızın karşılıksız devir yapan eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltma kastının ispat edildiği durumlarda dahi üçüncü kişinin tazminat hakkının olduğunu savunmak genel hükümlere göre zorlama olacaktır" (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 243).

⁵⁷⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 61.

⁵⁷⁶ Genç Arıdemir, "İlişkiler", 36; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 134.

⁵⁷⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 62; Okur, "Dava Hakkı", 189; Genç Arıdemir, "İlişkiler", 36; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 134.

⁵⁷⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 62; Okur, "Dava Hakkı", 190.

TBK.m.294/f.2 gereği sorumluluğu bu çerçevede belirlenmelidir. Katılma alacağının borçlusu olan eş, üçüncü kişiye TMK.m.241 uyarınca başvurulmayacağını, başvurulsa dahi ortaya çıkan zararın kendisi tarafından tazmin edileceğini taahhüt etmişse, borçlu eşin sorumluluğu da bu sözleşme hükümlerine göre belirlenmelidir.⁵⁷⁹

11. Türk Medeni Kanunu m.229/f.2 Uyarınca Davanın İhbarı ve m.241 ile İlişkisi

Bir karşılıksız kazandırmanın TMK.m.229/f.1 gereği eklenecek değerler arasında yer alması için üçüncü kişiye TMK.m.241 uyarınca dava açılması zorunlu olmadığı gibi, eklenecek değerleri konu alan tasfiye davasının TMK.m.229/f.2 gereği üçüncü kişiye ihbarı da zorunlu değildir.

Türk Medeni Kanunu m.229/f.2'ye göre, *“Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmesi koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir”*. Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davanın ihbarı, eklenecek değerlere konu olan kazandırma ya da devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı açılacak davalarda alacaklı eş veya mirasçılar açısından ispat kolaylığı sağlamak amacıyla öngörülmüştür.⁵⁸⁰ Bu kazandırma ya da devirleri de konu alan tasfiye davasının üçüncü kişilere ihbar edilmesi halinde, mahkemenin bu değerlere ilişkin vereceği karar, TMK.m.241 uyarınca açılan davada üçüncü kişilere de etkili olacaktır. Tasfiye davası ihbar edilmişse, üçüncü kişiye karşı açılan davada söz konusu kazandırmanın eklenecek değerler arasında yer aldığının tekrar ispat edilmesi gerekmeyecektir. Dolayısıyla, TMK.m.229 ve TMK.m.241 hükmünden birbirinden bağımsız olarak uygulanması mümkündür.⁵⁸¹ Ancak tasfiye davasındaki kararın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine olanak sağlaması

⁵⁷⁹ Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 36. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Z. R. Demir, *Artık Değer*, 135.

⁵⁸⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 573; Özer Deniz, *Tasfiye*, 110.

⁵⁸¹ Yargıtay’ın bir kararında, TMK.m.229 ve m.241 hükümlerinin uygulanmasının birbirinden ayrı olarak düşünülmemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu karara göre “Şu hâlde, TMK.nun 229. maddesinin uygulanabilmesi için bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyuşmazlıklarda katılma alacağının elde edilemediği ve tasarrufta bulunan eşin mal varlığının bunu karşılamadığını belirtir mahkeme kararı, tasarruf ve devirden yararlanan üçüncü şahıslara ancak davanın ihbar edilmesi olması koşuluyla ileri sürülebilecektir. Bu halde alacaklı durumda olacak kişinin istekte bulunması imkânı olacaktır. Bu somut olgu karşısında, TMK.nun 229. maddesinin TMK.nun 241. maddesinden ayrı ve bağımsız olarak uygulanması mümkün görülmemektedir” Yarg. 8. HD., T. 20.05.2013, E. 2012/11057, K. 2013/7419 (Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası).

açısından TMK.m.229/f.2 hükmü, TMK.m.241 hükmünün uygulanmasını kolaylaştırıcı bir hükümdür.⁵⁸²

Eklenerek değerleri konu alan tasfiye davasının ihbar edilmiş olması, TMK.m.241 hükmü uyarınca üçüncü kişiye karşı dava açıldığı anlamına gelmez. Zira TMK.m.229 uyarınca ihbar edilecek dava, eşlerden birinin diğer eş aleyhine açtığı katılma alacağının belirlenmesine ilişkin tasfiye davasıdır.⁵⁸³ Bu davada, mal rejimi tasfiye edilecek ve alacaklı eşin katılma alacağının miktarı belirlenecektir. İhbar edilen bu dava sonucunda davacı ve davalı eşler hakkında karar verilecektir.⁵⁸⁴ Mahkeme, davanın ihbar edildiği üçüncü kişi hakkında karar vermemektedir. Bu dava sonucunda verilen hükmün ihbar edilen kişiye etkisi, katılma alacaklısı eş tarafından kendisine karşı TMK.m.241 uyarınca açılacak davada ortaya çıkar.⁵⁸⁵ İhbar edilen tasfiye davasında verilen kararlar, yapılan karşılıksız kazandırmanın üçüncü kişi açısından m.229’da düzenlenen eklenerek değer niteliğinde olup olmadığı kesin olarak hüküm altına alınmış olur.⁵⁸⁶ İhbar edilen davada, kazandırmanın eklenerek değerler arasında yer aldığına karar verilirse, TMK.m.241 hükmü uyarınca açılan davada, üçüncü kişi kazandırmanın eklenerek değer niteliğinde olmadığını iddia ve ispat edemez.⁵⁸⁷ Mahkemenin kazandırmanın eklenerek değerler arasında yer almadığına ilişkin kararı da, eşler bakımından bağlayıcıdır; eşler, bu karara rağmen TMK.m.241’e istinaden üçüncü kişiye karşı dava açarlarsa, açılan dava kesin hüküm dolayısıyla reddedilir.

12. Üçüncü Kişiye Yapılan Kazandırmanın Mal Rejimi ve Mirasta Tenkis veya Denkleştirmeye Birlikte Konu Olması

Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi durumunda üçüncü kişi lehine yapılan karşılıksız kazandırma, hem edinilmiş mallara eklenerek bir değer hem de miras hükümlerine göre tenkis veya denkleştirmeye tâbi bir kazandırma özelliği taşıyabilir.⁵⁸⁸ Bu nedenle söz konusu kazandırma dolayısıyla hem TMK.m.241 hükmünün hem de

⁵⁸² Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 215; Gündoğdu Özbek, *Eklenerek Değerler*, 90-91.

⁵⁸³ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 356; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 261.

⁵⁸⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 356-357.

⁵⁸⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 357.

⁵⁸⁶ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 418.

⁵⁸⁷ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 418; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 357.

⁵⁸⁸ Hausheer/Reusser/Geiser Art. 220 N. 64; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 258; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 347; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 229; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 575; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 63; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 59; Karamercan, *Dava Hakkı*, 114; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 133. Gümüş’e göre, “mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi durumunda her iki davanın birlikte açılma olanağı söz konusu olur” (Gümüş, *Mal Rejimleri*, 418).

mirasta tenkis veya denkleştirmeye ilişkin hükümlerin uygulanması olasılığı ortaya çıkabilir. Bu durumda söz konusu kazandırma bakımından hangi hükümlerin öncelikle uygulanacağını tespiti gerekir.⁵⁸⁹ Esasen bu tespit mal rejiminin ölümle sona ermesinde değil, karşılıksız kazandırma yapan eşin mal rejiminin sona ermesinden sonra ölmesi halinde de yapılmalıdır.⁵⁹⁰ Zira bu olasılıkta da, hak düşürücü süreler dolmamışsa söz konusu taleplerin birlikte ileri sürülmesinin koşulları gerçekleşebilir.

Miras hukuku kökenli talepler ile mal rejimine özgü taleplerin koşulları birlikte gerçekleşirse, kural olarak, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişinin edinilmiş mallara katılma rejimine özgü sorumluluğu miras hukuku hükümlerine özgü sorumluluğundan önce gelir.⁵⁹¹ Zira üçüncü kişinin sorumluluğu belirlenirken, mal rejimi kurallarının, miras hukuku kurallarına göre öncelikle uygulanması söz konusudur. Eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi, ölen eşin terekesinin paylaşılmasının bir ön koşulunu ve temelini oluşturur.⁵⁹² Bu nedenle, TMK.m.241 hükmüne dayalı olarak açılan dava sonucunda, üçüncü kişi kazandırmanın tam değeri ile sorumlu tutulmuş ve

⁵⁸⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 64.

⁵⁹⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 64.

⁵⁹¹ Hausheer/Reusser/Geiser Art. 220 N. 64; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 380; Öztan, *Aile*, 287; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 347; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 258; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 346; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 636; Öztaş, “Katılma Alacağı”, 576; Okur, “Dava Hakkı”, 190; Genç Arıdemir, “İlişkiler”, 64; Karamercan, *Dava Hakkı*, 114; Turan Başara, “Sağlararası Kazandırma”, 66; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 171; Gamze Turan Başara, “Evlilik Birliğinin Ölümle Sona Ermesi Halinde Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesi”, *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medeni Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 1/1 (2019): 222. Eşlerden birinin ölümü halinde, öncelikle mal rejiminin tasfiyesinin yapılarak, bu işlem tamamlanıp mallar paylaşıldıktan sonra, ölenin terekesinin belirlenerek miras hukuku hükümlerinin uygulanacağı yönündeki açıklamalar için bkz. İmre, Erman, *Miras*, 237; Altunkaya, “İfa”, 393-394; Kayış, “Miras Hakkı”, 20; Ersen Perçin, *Mal Rejimleri*, 60; Ahu Ayanoğlu, “Yasal Mal Rejiminin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesinde Yargıtay Uygulaması”, içinde *Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019*, ed. Prof. Dr. Şükran Şıpka, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 46; Turan Başara, “Evlilik Birliği”, 223-224.

⁵⁹² Gümüş, *Mal Rejimleri*, 400; Karamercan, *Dava Hakkı*, 114; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 133. Mal rejimi türü belirtmeden, mal rejiminin tasfiyesinin miras paylaşımının ön koşulu ve temelini oluşturduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 138; Kayış, “Miras Hakkı”, 20; Turan Başara, “Evlilik Birliği”, 224. Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda öncelikle mal rejiminin tasfiyesinin yapıp, ardından miras paylaşımının yapılacağı konusunda açıklamalar için bkz. Şeref Ertaş, “Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı”, *İÜHFİM*. (Prof. Dr. Sokullu-Akıncı’ya Armağan), 2/1 (2013): 1365-1367; Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK.m.225)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI/1 (2016): 232-233; Metin Pehlivan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Erme Sebepleri ve Sona Erme Anının Önemi”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 6/2 (2017): 73-74; Yasal mal rejiminin ölüm halinde de uygulanmasının çift taraflı tasfiyeye yol açacağı, bu durumun uygulamada büyük sakıncalar doğuracağı, bu nedenle mal rejiminin ölüm halinde uygulanması yerine sağ kalan eşin miras payının artırılması yolunun “de lege ferenda” bir çözüm olarak düşünülmesi gerektiği yönünde bkz. Şıpka, “Sorunlar”, 16.

bu kapsamda ödemede bulunmuşsa, üçüncü kişiye karşı miras hukukuna ilişkin taleplerin ileri sürülmesi mümkün değildir.⁵⁹³ Zira üçüncü kişinin kazandırmanın tamamını karşılayan değeri katılma alacaklısı eşe ifa etmesiyle, kazandırma, denkleştirme veya tenkise tâbi kazandırma olma özelliğini kaybeder.

Üçüncü kişinin katılma alacağının karşılanmayan kısmına yönelik yaptığı ödeme ölçüsünde, denkleştirme ya da tenkise ilişkin sorumluluğu da ortadan kalkar. Zira, üçüncü kişinin yaptığı ödeme ölçüsünde kazandırma karşılıksız olmaktan çıkar.⁵⁹⁴ Üçüncü kişinin tenkis veya denkleştirme hükümlerinden doğan sorumluluğu, yapılan kazandırmanın mal rejimine göre sorumlu olması gereken kısmı aşan miktar içindir.⁵⁹⁵ Üçüncü kişinin m.241 hükmüne göre sorumlu olduğu miktar, tenkis ya da denkleştirme hükümlerine göre sorumlu olacağı miktardan fazla ise ona karşı açılacak tenkis davası hakkı ortadan kalkar.⁵⁹⁶

Üçüncü kişiye karşı dava hakkı kullanılmadan, tenkis veya denkleştirme talebinde bulunulmuş ve diğer koşullar da mevcutsa mahkeme bu talebe uygun karar verir.⁵⁹⁷

III. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Tasfiyesinin Kazandırma veya Devirden Yararlanan Üçüncü Kişilere Etkisi

A. Mahkeme Kararının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi

1. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de paylaşmadan mal kaçırmak amacıyla yapılan tasarruflarda bir eşin diğer eşe karşı korunması önem arz etmektedir. Buna ilişkin düzenleme TMK.m.251’de yer almaktadır. Mal rejimlerinin tasfiyesinin kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere etkisini incelediğimiz birinci bölümün, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin kısmında TMK.m.251 önem arz etmektedir. Hükme göre, “*Eşlerden biri, diğer eşin payını azaltmak kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elden çıkardığı*

⁵⁹³ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 418.

⁵⁹⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 258.

⁵⁹⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 220, N. 64; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 347; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 418; Z. R. Demir, *Artık Değer*, 134.

⁵⁹⁶ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 636.

⁵⁹⁷ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 636; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 258, dpn. 373.

takdirde hâkim, diğer eşin alacağı denkleştirme bedelini hakkaniyete uygun olarak belirler.

Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yapılan karşılıksız kazandırmaların bu eşin payını azaltmak kastıyla yapıldığı varsayılır.

Bu tür kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir”.

Söz konusu düzenleme, edinilmiş mallara katılma rejiminde eklenecek değerleri düzenleyen TMK.m.229 hükmü ile paralellik taşımaktadır.⁵⁹⁸ Ancak TMK.m.251 hükmünde TMK.m.229 hükmünde olduğu gibi “eklenecek değerler” kenar başlığı kullanılmamıştır. Maddenin kenar başlığı “paylaşmaya aykırı davranışlar”dır. Zira paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin tasfiyesinde eşe bir pay verilip, edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi, herhangi bir alacak hesaplaması söz konusu değildir.⁵⁹⁹ Doktrinde, “paylaşmaya aykırı davranışlar” kenar başlığını taşıyan bu hükmün bir nevi, “paylaşmalı mal ayrılığı rejimine özgü eklenecek değerler” hükmü niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.⁶⁰⁰

Türk Medeni Kanunu m.229 hükmü ile m.251 hükmü aynı amaca hizmet etmektedir. Her iki hükmün amacı, mal rejiminin tasfiyesinde, malik olan eşin diğer eşin hakkını azaltmaya yönelik yaptığı bir takım tasarrufların hesaba katılması ve hak sahibi olan eşin alacağının korunmasıdır.⁶⁰¹

Edinilmiş mallara katılma rejiminde TMK.m.229 hükmünde öngörülen eklenecek değerler, bu malların devredildiği tarih esas alınarak hesaplamaya dahil edilir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde ise, hakkaniyete aykırı olan bu sonuç düzeltilmeye

⁵⁹⁸ Acar, *Mal Rejimleri*, 434; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 186. Kılıçoğlu’na göre, “paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.251 hükmü, edinilmiş mallara ilişkin maddenin tekrarı niteliğindedir” (*Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu*, 622). “TMK.m.251 hükmü m.229’daki eklenecek değerler hükmünü karşılamaktadır. Ancak bu yapılırken, m.229’da yer alan düzenlemeyi tekrar etmemek için oldukça karmaşık hükümle ortaya konulmuştur” (Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 36). “TMK.m.251 hükmü, yasal mal rejiminde edinilmiş mallara eklenecek değerlere ilişkin TMK.m.229 hükmü ile büyük oranda benzerlik göstermektedir” (Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 264; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 431; Aydos, “Tasfiye”, 492).

⁵⁹⁹ Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 36.

⁶⁰⁰ Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 173.

⁶⁰¹ Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 174.

çalışılmıştır.⁶⁰² Zira m.251 hükmü “eşlerden biri, diğer eşin payını azaltma kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elden çıkardığı takdirde hâkim, diğer eşin alacağı denkleştirme bedelini hakkaniyete uygun olarak belirler” şeklindedir. Bu düzenleme ile m.229 hükmünden farklı olarak denkleştirme bedelinin hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi aranmaktadır. Böylece diğer eşin payını azaltma kastıyla paylaşmadan önce elden çıkarılan mal, malvarlığından hiç çıkmamış gibi hesaplama yapılarak, farazi bir işlem üzerinden tasarrufta bulunan eş aleyhine denkleştirme bedeli belirlenecektir.⁶⁰³ Acar’a göre, denkleştirme bedeli ile eşlerin paylaşımına tâbi mallara ilişkin bozulan dengesi tekrar eski hale gelmektedir.⁶⁰⁴

Denkleştirme kavramı edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin bir hüküm olan TMK.m.230’da da yer almaktadır. Doktrinde TMK.m.251 hükmünde “denkleştirme bedeli” kavramının kullanılması eleştirilmiştir.⁶⁰⁵ Zira denkleştirme bedeli edinilmiş mallara katılma rejimine özgü bir kavram olup, eşlerin malvarlıkları arasındaki diğer bir ifadeyle, eşlerin edinilmiş malları ile kişisel malları arasındaki değer kaymalarının denkleştirilmesini ifade etmektedir (TMK.m.230). TMK.m.251 hükmünde söz konusu olan ise denkleştirme bedeli değil, aileye özgülenen mallar arasında yer alması gerekirken bunun dışında kalan bir kısım mallar yerine eklenecek değerlerdir.⁶⁰⁶ Kılıçoğlu Yılmaz’a göre⁶⁰⁷ ise, “buradaki denkleştirme bedeli kavramı, paylaşmanın ayın olarak yapılamaması halinde veya ayın olarak yapılmasında payların belirlenmesinde bedel ilavesi anlamında” kullanılmaktadır. Böylece denkleştirme bedeli kavramı paylaşmalı mal ayrılığı rejimine özgü bir kavram olarak kullanılmış olup, TMK.m.230 hükmündeki denkleştirme kavramından farklı bir anlam taşımaktadır. Yazara göre, söz konusu iki kavramın karıştırılmaması için TMK.m.253 hükmünde yer alan “denkleştirme bedeli” kavramı yerine “pay karşılığı bedel”⁶⁰⁸ veya “paylaşmadan

⁶⁰² Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 107.

⁶⁰³ Acar’a göre, “edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi burada da bir ekleme söz konusudur” (Acar, *Mal Rejimleri*, 435, dpn. 1293).

⁶⁰⁴ Acar, *Mal Rejimleri*, 435.

⁶⁰⁵ Açıklamalar için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 421; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 431; Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 36; Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 174-175.

⁶⁰⁶ Kılıçoğlu Yılmaz’a göre, “burada eşlerden birinin diğer eşten mal kaçırma amacına rağmen, bu amaçla yaptığı bazı tasarruflardan, hak sahibi eşin alacak hakkının hesaplanması söz konusudur” (Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 175).

⁶⁰⁷ Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 36.

⁶⁰⁸ Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 36.

doğan alacak hakkı”⁶⁰⁹ gibi farklı bir kavramın kullanılması isabetli olurdu. Acar’a göre ise, m.230 hükmünde “denkleştirme” kavramına yer verilirken, TMK.m.251’de “denkleştirme bedeli” kavramına yer verilmiştir. Böylece yazara göre kanun koyucu paylaşmalı mal ayrılığına özgü bir kavram yaratmıştır.⁶¹⁰

Hükümde açıkça ifade edildiği üzere, denkleştirme bedelini hakkaniyete uygun olarak hâkim belirleyecektir.

2. Üçüncü Kişie Karşılıksız Kazandırmada Bulunulması

a) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.251 hükmünün birinci ve ikinci fıkrasında belirli şartları taşıyan kazandırmaların paylaşmaya aykırı davranışlar olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin kapsamına giren kazandırmalar, diğer eşin payını azaltmak amacıyla yapılan karşılıksız kazandırmalar ile diğer eşin payını azaltmak kastıyla yapıldığı varsayılan kazandırmalardır. TMK.m.251 hükmünün birinci veya ikinci fıkranın uygulanmasının söz konusu olabilmesi için karşılıksız kazandırmanın paylaşmaya tâbi mallardan yapılmış olması gerekmektedir. Zira söz konusu kazandırmalar paylaşmaya tâbi olmayan mallardan yapılmış ise, bunların hangi amaçla yapıldığı önemli olmaz ve tasfiyede dikkate alınmaz.⁶¹¹

Karşılıksız kazandırma kavramı ve gösterdiği özellikler daha önce edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından açıklanmıştır.⁶¹² Söz konusu açıklamalar esas itibarıyla paylaşmalı mal ayrılığı rejimi bakımından da geçerlidir. Bu başlık altında hükmün uygulama alanını belirleyebilmek için TMK.m.251’de belirtilen kazandırmaların özellik gösteren yönleri kısaca incelenmiştir.

b) Diğer Eşin Payını Azaltmak Kastıyla Yapılan Karşılıksız Kazandırmalar

Türk Medeni Kanunu m.251 hükmünün birinci fıkrasında edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin m.229/b.2 hükmüne benzer bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, *“Eşlerden biri, diğer eşin payını azaltmak kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elden çıkardığı takdirde hâkim, diğer eşin*

⁶⁰⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 175.

⁶¹⁰ Acar, *Mal Rejimleri*, 435.

⁶¹¹ Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 185.

⁶¹² Bkz. Birinci Bölüm, II, A.

alacağı denkleştirme bedelini hakkaniyete uygun olarak belirler". TMK.m.251 hükmü uyarınca hem diğer eşin payını azaltma kastı bulunmalı hem de paylaşmadan önce bir malın karşılıksız olarak elden çıkarılması gerekmektedir. Kanun hükmünde her ne kadar karşılıksız kazandırmanın üçüncü kişiye yapılması şartı öngörülmemiş olsa da, karşılıksız kazandırmanın paylaşmaya aykırı davranış olarak değerlendirilebilmesi için üçüncü kişiye yapılması gerekmektedir. Böylece eşlerden biri paylaşmaya tâbi bir malı eşine karşılıksız olarak devrederse TMK.m.251 hükmünün uygulanması söz konusu olmaz.⁶¹³

(1) Diğer Eşin Payını Azaltma Kastının Olması

Türk Medeni Kanunu m.251/f.1 uyarınca, bir kazandırmanın paylaşmaya aykırı davranış kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu kazandırmanın diğer eşin payını azaltma kastına yönelik olması koşulu aranmıştır. Bir malın karşılıksız olarak elden çıkarılmasına yönelik eşlerden biri tarafından yapılan işlemin kasıtlı olarak yapılması gerekmektedir. Kast, diğer eşin payını azaltmaya yönelik olmalıdır. Bir malvarlığı değerinin elden çıkarılması kasıtlı değilse, örneğin satış bedeli alınması söz konusu ise bu bedel ikame değer olarak nazara alınacağı için, ayrıca denkleştirme bedeli belirlenmeyecektir.⁶¹⁴ Diğer eşin payını azaltma amacıyla yapılan işlemlerin tasarruf işlemi niteliğinde olması gerekmektedir. Zira borçlandırııcı işlemlerde (bağışlama taahhüdünde) aynı etki henüz doğmadığı için, diğer eşin zarar görmesi söz konusu değildir.⁶¹⁵ Ayrıca mal rejimi sona erdiğinden subjektif ve sonraki ifa imkânsızlığı sebebiyle borçlandırııcı işlemlerin icrası mümkün değildir.⁶¹⁶

(2) Paylaşmadan Önce Yapılmış Olması

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde eşlerden birinin diğer eşin payını azaltma kastıyla yaptığı karşılıksız kazandırmalar paylaşmadan önce ne zaman yapılmış olursa olsun hesaba katılacaktır.⁶¹⁷ Zira, TMK.m.229/f.1, b.2'de bir eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin mal rejiminin devamı süresince yapılması

⁶¹³ Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 178.

⁶¹⁴ Özügür, *Mal Rejimleri*, 180.

⁶¹⁵ Acar, *Mal Rejimleri*, 434-435.

⁶¹⁶ Acar, *Mal Rejimleri*, 435.

⁶¹⁷ "Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, bir eşin gerçek ve samimi bir irade ve arzusuyla yaptığı bağış, paylaşmadan önce ne zaman yapılmış olursa olsun hesaba katılacaktır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ise mal rejiminin sona ermesinden bir yıl önce yapılan bağışlar değerlendirilmeye tâbi tutulacaktır" (Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 298).

şartı aranırken, TMK.m.251/f.1 hükmü uyarınca eşlerden birinin diğer eşin payını azaltmak kastıyla yaptığı karşılıksız kazandırmaların paylaşmadan önce yapılmış olması yeterlidir.⁶¹⁸ Aydos’a göre, m.251 hükmünde “paylaşmadan önce” ifadesinin kullanılması yerindedir. Yazara göre, mal rejimi sona erdikten ancak paylaşım yapılmadan önce elden çıkarılan karşılıksız kazandırmalar da madde kapsamında değerlendirilmiş olacaktır.⁶¹⁹

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eklenecek değerlere ilişkin hüküm olan TMK.m.229’da “mal rejiminin devamı süresince” ifadesi kullanılmıştır. Kılıçoğlu Yılmaz’a göre, TMK.m.251/f.1’de kullanılan paylaşmadan önce ifadesi ile ikinci fıkra da yer alan mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl ifadesinin bağdaştırılması güçtür.⁶²⁰ Zira yazara göre, paylaşma, mal rejiminin tasfiyesi aşaması ile ilgilidir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan, mal rejiminin sona ermesi aşaması ise paylaşmadan çok önceki bir aşamadır. Böyle bir durumda söz konusu iki fıkra hükmünün bağdaştırılması güç olacağı için, birinci fıkra da yer alan “paylaşmadan önce” ifadesi, ikinci fıkra da olduğu gibi, “mal rejiminin sona ermesinden önce” şeklinde anlaşılmalıdır.⁶²¹

(3) Bir Malın Karşılıksız Olarak Elden Çıkarılmış Olması

Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin TMK.m.229 hükmüne göre katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan her türlü devir eklenecek değer olarak kabul edilmiştir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde ise, yapıldığı tarihe bakılmaksızın sadece karşılıksız kazandırmalar hesaba katılacaktır.⁶²² Zira TMK.m.251 hükmüne göre, eşlerden birinin diğer eşin payını azaltmak kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elden çıkarması paylaşmaya aykırı davranış olarak kabul edilmiştir. Böylece yapılan kazandırma karşılıksız bir kazandırma değil de bir satış ise bu kazandırma dikkate alınmayacaktır.⁶²³ Ancak doktrindeki bir görüşe göre⁶²⁴, amaç, eşin

⁶¹⁸ “Söz konusu farklılık, edinilmiş mallara katılma rejimi ile paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin belirgin bir farklılıktır” (Aydos, “Tasfiye”, 492).

⁶¹⁹ Aydos, “Tasfiye”, 492.

⁶²⁰ Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 37.

⁶²¹ Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 37; Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 179-180.

⁶²² TMK.m.229/b.2 hükmüne göre ise katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan her türlü devir eklenecek değer olarak kabul edilmiştir.

⁶²³ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 298; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 195; Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 180.

alacağı payı azaltma riski taşıyan kazandırma yapılmasını önlemek ise, söz konusu devirleri sadece karşılıksız kazandırmalar ile sınırlamak doğru değildir. Zira söz konusu devirleri karşılıksız kazandırma ile sınırlandırmak alacaklı olan eşi değil, borçlu eşi koruyucu bir düzenlemedir.

c) Diğer Eşin Payını Azaltma Kastıyla Yapıldığı Varsayılan Kazandırmalar

Türk Medeni Kanunu m.251 hükmünün ikinci fıkrasına göre, “*Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yapılan karşılıksız kazandırmaların bu eşin payını azaltmak kastıyla yapıldığı varsayılır*”. Söz konusu kazandırmalar açısından diğer eşin payını azaltma kastının ispatlanmasına gerek yoktur.⁶²⁵ Zira bu durumda malik eşin diğerinin payını azalttığı yönünde bir karine getirilmiştir.⁶²⁶ Kılıçoğlu Yılmaz’a göre burada kesin bir karine söz konusu olup, kazandırmada bulunan malik eş bunun aksini ispatlayabilir.⁶²⁷ Diğer bir ifadeyle, malik eş, söz konusu koşulların bulunmasına rağmen, yapılan kazandırmaların diğer eşin payını azaltma kastını taşımadığını iddia edip, ispatlayabilir. Acar’a göre ise, burada aksi ispatlanamaz, diğer bir ifadeyle mutlak yasal bir karine söz konusudur.⁶²⁸

Söz konusu düzenlemedeki “payını azaltma” ifadesindeki pay kavramı ile kastedilen, TMK.m.250’de öngörülen “ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenen mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler” üzerinde diğer eşin sahip olduğu yarı mülkiyet payıdır.⁶²⁹

(1) Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Yapılmış Olması

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde bir kazandırmanın, TMK.m.251/f.2 kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu kazandırmanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması gerekmektedir. Karşılıksız

⁶²⁴ “Örneğin, malik olan eşin diğerinden mal kaçırmak amacıyla bankadaki mevduat hesabını tasfiyeye yakın bir tarihte çekmesi durumunda karşılıksız kazandırmadan söz edilemeyeceğinden bu durum paylaşmaya aykırı davranış sayılmaz” (Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 36).

⁶²⁵ Ömer Uğur Gençcan, “Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi”, *Adalet Dergisi*, 24 (Ocak 2006): 13; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 755; Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecik Değerler*, 183.

⁶²⁶ Özuğur, *Mal Rejimleri*, 180; Aydos, “Tasfiye”, 491; Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecik Değerler*, 183; Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”, 36. Gençcan’a göre burada kasıt var sayılır (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 755).

⁶²⁷ Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecik Değerler*, 183.

⁶²⁸ Acar, *Mal Rejimleri*, 435.

⁶²⁹ Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecik Değerler*, 185.

kazandırmanın söz konusu hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi için bu süre içerisinde yapılması yeterli olup, eşin bunu hangi amaç ve kasıtlarla yaptığı önemli değildir.⁶³⁰

(2) Diğer Eşin Rızası Olmadan Yapılmış Olması

Türk Medeni Kanunu m.251/f.2 uyarınca mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan olağan hediye dışındaki karşılıksız kazandırmaların diğer eşin payını azaltma kastıyla yapıldığının varsayılabilmesi için diğer eşin rızası olmadan yapılmış olması gerekir.⁶³¹

(3) Kazandırmanın Karşılıksız Olması

Üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın TMK.m.251/f.2 kapsamında paylaşmaya aykırı davranış olarak değerlendirilebilmesi için karşılıksız olması gerekir. Son bir yıl içinde yapılan kazandırma bir karşılık elde edilerek gerçekleştirilmişse, hüküm uygulama alanı bulmaz.⁶³²

(4) Olağan Hediyeler Dışında Olması

Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan karşılıksız kazandırmaların eşlerden birinin payını azaltma kastıyla yapıldığının kabul edilebilmesi için karşılıksız kazandırmanın olağan hediyeleri aşan bir kazandırma olması gerekmektedir.⁶³³ Zira hükme göre, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan, olağan hediyeler dışındaki karşılıksız kazandırmalar denkleştirme bedelinin hükmedilmesine neden olmaktadır. Söz konusu bir yıl içinde yapılmış olsalar da olağan hediye olarak yapılan kazandırmalar, denkleştirme bedelinin belirlenmesini sağlamaz.

⁶³⁰ Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecek Değerler*, 184.

⁶³¹ TMK.m.229/f.1, b.1 ile ilgili olarak eşin rızası olmadan yapılmış olma şartına ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir. Söz konusu açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, a), (2), (c).

⁶³² Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin açıklamalar uygun düştüğü ölçüde burada da geçerlidir. Söz konusu açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, a), (1)

⁶³³ Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir. Söz konusu açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, a), (2), (b).

3. Davanın İhbar Edilmiş Olması

Denkleştirme bedelinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlığın kazandırmanın yapıldığı üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi uyuşmazlığın onlara ihbar edilmesine bağlıdır (TMK.m.251/f.3).⁶³⁴

B. Denkleştirme Bedelinin Üçüncü Kişilerden Talep Edilmesi

Türk Medeni Kanunu m.251/f.3 hükmüne göre, *“Bu tür kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir”*. Söz konusu düzenleme, m.229/f.2 hükmünü aynen tekrar etmekte ve üçüncü kişilere davanın ihbarını öngörmektedir.⁶³⁵

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde edinilmiş mallara katılma rejimindeki hükme benzer şekilde davanın ihbarı öngörülmesine rağmen, TMK.m.241’e benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde üçüncü kişinin sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı, sorumlu olacaksa bunun nasıl ve ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Acabey, Medeni Kanun Tasarısı’na ilişkin makalesinde kendilerine paylaşıma tâbi mallardan karşılıksız kazandırmada bulunulan kişilere karşı herhangi bir talepte bulunulup bulunulamayacağına ilişkin tasarı metninde bir düzenleme bulunmadığını, TMK.m.241’e benzer şekilde bir düzenlemenin yapılması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre TMK.m.251/f.3 hükmü, *“Borçlu eşin malları, denkleştirme alacağını karşılamaya yetmiyorsa, alacaklı eş, payını azaltmak kastıyla yapılan karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilerden, eksik kalan miktarı isteyebilir. Dava hakkı, alacaklı eşin, hakkının zedelendiğini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu davada, yetki kuralları dışında, mirasta tenkis davasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.”* şekilde düzenlenmeliydi.⁶³⁶

Kanaatimizce, lehine paylaşıma tâbi mallardan karşılıksız kazandırmada bulunulan kişilerin de sorumlu tutulması mümkündür. Aksi takdirde, TMK.m.251

⁶³⁴ TMK.m.229/f.2’de yer verilen ihbara ilişkin açıklamalar uygun düştüğü ölçüde burada da geçerlidir. Söz konusu açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 3, b).

⁶³⁵ Kılıçoğlu Yılmaz, *Eklenecik Değerler*, 197.

⁶³⁶ Acabey, “Medeni Kanun Tasarısı”, 797.

hükümünde üçüncü fıkra yer verilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Zira söz konusu fıkra göre, “*Bu tür kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir*”. Görüldüğü üzere hükümde açık bir şekilde, davanın ihbar edilmesi kaydıyla, hükmün üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. Kanun koyucu TMK.m.251/f.3 ile üçüncü kişinin sorumluluğunu kabul etmekle birlikte, ilgililerin üçüncü kişiye hangi şartlar altında, ne zaman ve nasıl başvurabileceğini düzenlememiştir. Dolayısıyla kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konuda kanunun sözü ve özü itibarıyla belirlenen içeriğine göre uygulanabilir bir hüküm mevcut değildir. Diğer bir ifadeyle, kanunda “açık boşluk⁶³⁷” bulunmaktadır. Söz konusu kanun boşluğunun hâkim tarafından kıyas yoluyla doldurulması mümkündür.⁶³⁸ Bu konuda kıyas yoluyla uygulanacak hüküm ise, TMK.m.241’dir. Zira kıyas, “yasada belirli bir olgu için öngörülmüş olan bir kuralın korunan menfaat açısından ona benzeyen, fakat yasada şeklen ve lafzen öngörülmemiş başka bir olguya uygulanmasıdır”.⁶³⁹ Farklı mal rejimleri bakımından öngörülen TMK.m.229 ve m.251 benzer amaçları gerçekleştirmek için sevk edilmiştir. Ancak TMK.m.229’da belirtilen kazandırmalar bakımından üçüncü kişilere hangi koşullar altında, ne zaman ve nasıl başvurulabileceği TMK.m.241’de düzenlenirken, TMK.m.251’deki kazandırmalar bakımından ise bu yönde bir düzenlenme yapılmamıştır. Bu nedenle paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye başvurulmasına ilişkin hukuki sorunun da, TMK.m.241’in kıyas yoluyla uygulanmasıyla çözülmesi gerekir.

⁶³⁷ “Kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konuda kanunun sözü ve özü itibarıyla belirlenen içeriğine göre uygulanabilir hiçbir hüküm mevcut değilse açık boşluk söz konusudur” (Oğuzman, Barlas, *Medeni Hukuk*, 104; Baygın, Nar, *Medeni Hukuk*, 106; Erdoğan, Keskin, *Başlangıç Hükümleri*, 142).

⁶³⁸ “Açık kanun boşluğu ile karşılaşan hâkim, önce kıyas (örnekseme) yoluna başvurmalıdır” (Baygın, Nar, *Medeni Hukuk*, 118).

⁶³⁹ Baygın, Nar, *Medeni Hukuk*, 118. Aynı yönde bkz. Erdoğan, Keskin, *Başlangıç Hükümleri*, 146.

İKİNCİ BÖLÜM

MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNİN SAKLI PAYLI MİRASÇILARA ETKİSİ

I. Genel Olarak

Eşlerin yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile mal rejimine ilişkin kanuni düzenlemelerde değişiklik yapması sözleşme özgürlüğü olarak değerlendirilebilir. Ancak aile hukuku ilişkileri genel olarak emredici kurallarla düzenlendiği için, aile hukuku ilişkileri açısından sözleşme özgürlüğü ilkesinin hakim olduğu söylenemez. Eşler ancak kanunda izin verilen hallerde ve kanunda belirtilen ölçüler çerçevesinde aile hukuku ilişkilerinde değişiklik yapabilirler. Eşlerin aile hukukuna ilişkin değişiklik yapabileceği düzenlemelerden bazıları da mal rejimlerine ilişkindir. Mal rejimi sözleşmeleri açısından sınırlı da olsa sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Zira Türk Medeni Kanunu'nda mal rejimleri yönünden öngörülen tipe bağlılık prensibi çerçevesinde evlilik birliğinde uygulanacak mal rejimi hükümlerine ilişkin olarak, eşlere sınırlı alanlarda düzenleme yapma imkânı tanınmıştır.⁶⁴⁰ TMK.m.203'de açıkça ifade edildiği üzere, “...*Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler*”.

Türk Medeni Kanunu'nda mal rejimi türlerine ilişkin düzenlemelerde ne ölçüde değişiklik yapılabileceği özel olarak düzenlenmiştir.⁶⁴¹ Bu düzenlemelerden biri de mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılmada (TMK.m.237/f.1) ve mal ortaklığı rejiminde paylaşmada (TMK.m.276/f.2) kanunda öngörülenden farklı bir esasın kabul edilmesine imkân tanıyan hükümlerdir. Söz konusu düzenlemelerin mal rejimi sözleşmesi ile yapılması gerekmektedir. Zira yasal mal rejimi

⁶⁴⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, BK., Art. 181, N. 7; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 12; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 9-10.

⁶⁴¹ “Eşler, ancak emredici nitelikte olmayan, tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere ilişkin değişiklikler yapabilirler”. Bkz. Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 90; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 18.

ile seçimlik mal rejimlerinin hükümlerine ilişkin olarak kanunda öngörülen sınırlamalara uyularak yapılacak düzenlemelerin bazılarının mal rejimi sözleşmesi ile yapılması gerekliliği kanunda açıkça düzenlenmiştir.

Mal rejimi sözleşmesi yapılırken eşlerin menfaatleri önemli olup, mal rejimi sözleşmesinin yapılması bir hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımadığı sürece üçüncü kişilerin menfaatleri göz önünde bulundurulmaz.⁶⁴² Mirasçıların da içinde bulunduğu üçüncü kişiler, bu anlaşmanın sonuçlarından olumlu ya da olumsuz şekilde etkilenebilirler. Onlar, anlaşmanın bu sonuçlarına katlanmak zorundadır. Eşlerin, Kanun'daki düzenlemelerden farklı içerikte akdettikleri mal rejimi sözleşmesinin eşlerden birinin terekesine ve mirasçılarına etkisi doğrudan veya dolaylı bir şekilde ortaya çıkabilir. Eşlerin mal rejiminin içeriğine ilişkin yaptığı değişiklik, ölen eşin terekesinin ve dolayısıyla mirasçıların elde edeceği miras payının rakamsal büyüklüğünde de değişikliğe sebep olur. Zira mal rejiminin eşlerden birinin ölümü sebebiyle sona ermesi halinde, öncelikle mal rejiminin tasfiyesi yapılmakta, mal rejiminin tasfiyesinden sonra ölen eşin terekesi tasfiye edilmektedir.⁶⁴³ Dolayısıyla, mal rejiminin tasfiyesinde uygulanacak kurallar ölen eşin terekesinin kapsamını ve mirasçıların rakamsal olarak elde edecekleri miras payını da etkilemektedir. Bu nedenle, mal rejiminin içeriğindeki değişiklik ölen eşin terekesini etkilemişse, terekedeki bu değişikliğin mirasçılara etkisinin hem mal rejimi hem de miras hukuku hükümleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶⁴⁴

Kural olarak, mal rejimi sözleşmesinin ölen eşin terekesini ve mirasçıların elde edecekleri miras payının rakamsal büyüklüğünü etkilediği hallerde de eşlerin menfaatleri üstün tutulur. Bu nedenle mal rejimi sözleşmesinin mirasçıların miras hukukundan doğan haklarını etkilemesi, anlaşmanın kısmen ya da tamamen geçersiz olmasına sebep olmaz. Ancak kanun koyucu mal rejimi sözleşmesinin ölen eşin terekesini olumsuz bir şekilde etkilediği istisnai iki halde, mirasçıların miras

⁶⁴² Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 302; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 220; Betül Kiraz, “Mal Rejimi Sözleşmeleri” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Türk Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 58.

⁶⁴³ Serozan, Engin, *Miras*, 165.

⁶⁴⁴ Mesut Serdar Çekin, “Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (2), (Güz 2017): 190.

hukukundan doğan menfaatlerini eşlerin mal rejiminden doğan menfaatlerine üstün tutmuştur.⁶⁴⁵

Mirasçılarının menfaatlerinin eşlerin menfaatlerine nazaran üstün tutulduğu bu haller, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından TMK.m.237/f.2’de ve mal ortaklığı rejimi bakımından ise TMK.m.276/f.3’de yer almaktadır. Bu hükümlerle, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin anlaşmanın ve dolayısıyla rejimin tasfiyesinin saklı paylı mirasçılara etkisi özel olarak düzenlenmiştir.⁶⁴⁶ Her iki hüküm de, eşlerin akdettikleri mal rejimi sözleşmesinin mirasçıların saklı payına etkisini ele almaktadır. Ancak, hükümlerin uygulama alanı ve uygulama koşulları farklılık göstermektedir. Dolayısıyla, mal rejimlerinin tasfiyesinin saklı paylı mirasçılara etkisinin edinilmiş mallara katılma rejimi ve mal ortaklığı rejimi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda, ilk olarak edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin artık değere katılma oranına ilişkin anlaşması ve bu anlaşmaya karşı ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarının korunması konusu ele alınmıştır. Daha sonra ise, mal ortaklığı rejiminde eşlerin paylaşma oranına ilişkin yapacakları anlaşmaların altsoyun saklı payını zedelemesi durumunda altsoyun saklı paylarının korunması konusu incelenmiştir. Bu kapsamda her iki mal rejimi türünde de saklı payları korunan mirasçıların saklı paylarının ihlal edilmesinin sonuçları değerlendirilmiştir.

II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinin Saklı Paylı Mirasçılara Etkisi

A. Genel Olarak

Mirasbırakanın terekesi üzerindeki tasarruf özgürlüğünün sınırını oluşturan ve bu sınırın aşılmasına karşı özel olarak korunan miras paylarına saklı pay, kendisine saklı pay tanınan mirasçılara da saklı paylı mirasçı denir.⁶⁴⁷ Kanun, mirasçıların tamamına saklı pay tanımamıştır. Mirasbırakana yakınlıkları dolayısıyla sınırlı sayıdaki

⁶⁴⁵ Çekin, “Mal Rejimi”, 193.

⁶⁴⁶ Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I*, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 947.

⁶⁴⁷ Nar, *Tenkis*, 86-87; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 213; Mehmet Ayan, “Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları”, *SÜHFD.*, 10/1-2 (2002): 8; Hasan Petek, “Saklı Pay Kurallarının Miras Paylaştırılmasında Uygulanması”, *İBD.*, 85/4 (2011): 60.

mirasçılarının miras payları korunmaktadır.⁶⁴⁸ Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre, saklı paylı mirasçılar, mirasbırakanın altsoyu, ana ve babası ile eşidir (TMK.m.505). Hukukumuzda saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının korunması kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Mirasçı saklı payını ihlal eden kazandırmaya karşı tenkis davası açarak, kazandırmanın saklı payını ihlal eden kısmın etkisizleştirilmesini sağlayabilir (TMK.m.560 vd.).

Mal rejiminin tasfiyesinde her bir eşin artık değere katılma şekli kanun veya sözleşmeye göre belirlenir. Türk Medeni Kanunu m.236/f.1 hükmünde artık değere kanuni katılım esası düzenlenmiştir. TMK.m.237/f.1’de ise, eşlerin kanuni katılım esasını değiştirebilmesine imkân tanınmıştır. Ancak eşlerin mal rejiminin içeriğinde yapacağı bu değişikliklerin mirasçılarının saklı paylarını etkileyebileceği de dikkate alınmıştır.⁶⁴⁹ Bu nedenle, TMK.m.237/f.2 hükmünde eşlerin mal rejimi sözleşmesinin içeriğini belirleme özgürlüğü sınırlandırılmış ve bu hakkın kötüye kullanılması yaptırıma bağlanmıştır.⁶⁵⁰ Söz konusu hükümlerle, mal rejimi sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumunda olan mirasçılarının saklı paylarının ihlal edilmesi engellenmiş ve yapılan sözleşmeler hakkın kötüye kullanılması oluşturdıkları ölçüde geçersiz kılınmak istenmiştir.⁶⁵¹ Zira bu durumda mal rejimi sözleşmesinin içeriğini belirleme hakkı amacı dışında kullanılmakta ve mirasçılarının miras hukukundan doğan hakları zedelenmektedir.⁶⁵²

B. Kanuna Göre Artık Değere Katılma

Türk Medeni Kanunu m.236/f.1’e göre, “*Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olurlar*”⁶⁵³ Söz konusu düzenleme uyarınca

⁶⁴⁸ “Miras hukukuna yön veren ilkelerden biri olan aileyi koruma görüşünün uzantısı olarak, mirasbırakana belirli yakınlıktaki aile bireylerine miras paylarının belirli kısmı ve bazı durumlarda tamamı (sağ kalan eşin birinci ve ikinci zümre ile mirasçılığında) saklı pay olarak korunmuştur” (Yıldırım, “İlişki”, 246).

⁶⁴⁹ Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 8; Yıldırım, “İlişki”, 242-243.

⁶⁵⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 302; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 220.

⁶⁵¹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 302; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 220. Mal rejimi sözleşmesi ile tanınan serbestinin kötüye kullanılmasına ilişkin açıklama ve örnek için bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 147.

⁶⁵² Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 34-35.

⁶⁵³ Kanun’da yer alan bu düzenleme, Türk Medeni Kanunu’nun benimsediği eşlerin eşitliği prensibinin somutlaşmış bir halidir. Bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 379; Acar, *Mal Rejimleri*, 368. Acabey’e göre ise, “MK Tasarısı m.236 hükmünde edinilmiş malların her durumda eşit olarak paylaşılacağına öngörülmesi ve hâkime bu konuda herhangi bir takdir yetkisinin verilmemiş olması, yasaların toplumsal yaşamda ortaya çıkabilecek değişik durumlara ilişkin sorunları hakkaniyete uygun şekilde

kadının artık değerinin yarısı kocanın artık değer alacağı, kocanın artık değerinin yarısı ise kadının artık değer alacağıdır.⁶⁵⁴ Eşler tarafından farklı bir düzenleme yapılmadığı ya da artık değerdeki pay oranı TMK.m.236/f.2 uyarınca azaltılmadığı⁶⁵⁵ sürece, mal rejiminin tasfiyesinde kanunda öngörülen artık değere katılma oranı uygulanmaktadır.⁶⁵⁶ Bu katılma oranının uygulanması bakımından, mal rejiminin hangi nedenle sona erdiği önem arz etmemektedir.⁶⁵⁷ Diğer bir ifadeyle, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesinin yanı sıra evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona ermesi, kanun gereğince veya hâkim kararıyla olağanüstü mal rejimine geçilmesi ya da eşlerin sözleşme ile başka bir mal rejimini kabul etmeleri hallerinde de eşlerden her biri diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olur.

C. Sözleşmeye Göre Artık Değere Katılma

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.236 hükmü ile eşlerin veya mirasçılarının, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde katılma alacağına sahip olduğu belirtilse de söz konusu düzenleme emredici nitelikte değildir.⁶⁵⁸ Bu nedenle kanunda öngörülen şekil koşullarına uygun bir biçimde yapılacak anlaşmayla katılma alacağına ilişkin bazı

çözebilecek esneklikte olması ilkesine aykırı olup, bu durum bazı somut olaylarda adil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir” (Acabey, “Medeni Kanun Tasarısı”, 788).

⁶⁵⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 379; Acabey, *Katılma Rejimi*, 174; Makas, *Mal Rejimi*, 179. Söz konusu alacak bazı yazarlar tarafından katılma alacağı olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Öztan, *Aile*, 299; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 173; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 144; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 713-714; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 266; Kayış, “Miras Hakkı”, 23. Ancak kanaatimizce bu nitelendirme yanlıştır. Zira artık değer yarısına katılma sonucu ortaya çıkan alacak eşlerin artık değer alacaklarını, bu alacakların takası sonucunda eşlerden biri lehine ortaya çıkan alacak ise katılma alacağını ifade etmektedir. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 379, dpn. 549; Acabey, *Katılma Rejimi*, 175; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 147; Özer Deniz, *Tasfiye*, 92.

⁶⁵⁵ TMK.m.236/f.2’ye göre, “Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir”.

⁶⁵⁶ “TMK.m.236 hükmünün kenar başlığı “Artık değer paylaştırılması” iken Adalet Komisyonunda kabul edilen metinde kenar başlığı “artık değere katılma” şeklinde değiştirilmiştir” (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 712). Hikmet Sami Türk’e göre, “yasal mal rejiminin adı edinilmiş malların paylaşılması değil, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Bu nedenle burada bir paylaşma değil, yarı yarıya artık değerlere katılma söz konusudur” (*Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu*, 703).

⁶⁵⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 215, N. 8; Jungo, *CHK.*, Art.215, N. 1; Nuspliger, *OFK.*, Art. 215, N. 1; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 70.

⁶⁵⁸ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 1; Jungo, *CHK.*, Art.216, 217, N. 1; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 382; Şeker, *Katılma Rejimi*, 88-89; Serozan, Engin, *Miras*, 193; Yılmaz, *Aile*, 412; Makas, *Mal Rejimi*, 185; Emel Badur, “Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı”, içinde *Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019*, ed. Prof. Dr. Şükran Şıpka, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 70. Söz konusu kuralın emredici nitelikte olmayıp, tamamlayıcı nitelikte olduğu yönünde açıklama için bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 311; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 266; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 172; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 117; Güvenç, Yazıcı, “Anlaşmalar”, 129.

değişikliklerin gerçekleştirilmesi mümkündür⁶⁵⁹. Yapılabilecek değişikliklerden biri de eşlerin artık değere katılmada farklı bir esası kabul edebilmesidir. TMK.m.237/f.1'e göre, “Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir”.⁶⁶⁰ Kanun koyucu, bu hükümle eşlere mal rejimi sözleşmesi ile artık değere katılmada kanunda öngörülen orandan başka bir oranı ya da esası belirleyebilme imkânı tanımıştır.

Artık değere katılmada, kanunda öngörülenden farklı bir düzenleme yapma imkânı mal rejiminin bütün sona erme halleri bakımından mümkündür. Dolayısıyla, mal rejiminin eşlerden birinin ölümü, mahkemece evliliğin iptaline veya boşanmaya ya da olağanüstü mal rejimine (mal ayrılığına) geçilmesine karar verilmesi hallerine ilişkin bu yönde bir anlaşma yapılabilir.⁶⁶¹ Eşler, belirledikleri artık değere katılma esasının mal rejiminin sona ermesine yol açan sebeplerden birinde, bazılarında veya tamamında uygulanmasını kararlaştırılabilir.⁶⁶² Kararlaştırılan katılma esasının mal rejiminin sona erme sebeplerinin birinde ya da bazılarında uygulanması kabul edilmiş ve mal rejimi başkaca bir sebeple sona ermişse, mal rejiminin tasfiyesinde kanunda öngörülen oran uygulanır.⁶⁶³

Eşlerin belirlediği artık değere katılma esasının hangi sona erme sebeplerinde uygulanacağını mal rejimi sözleşmesinde yer almasının zorunlu olup olmadığı, TMK.m.238’de düzenlenmiştir. Hükme göre, “Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma

⁶⁵⁹ Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 1; Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 1.

⁶⁶⁰ “Bu düzenlemenin amacı, TMK.m.236 hükmünde öngörülen düzenlemenin somut olaydaki menfaatler durumuna uymaması durumunda eşlere somut olayın özelliklerini dikkate alma imkânı vermektir”. Bkz. Zarife Şenocak, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, *AÜHFD.*, 58/2 (2009): 389. “TMK.m.237 hükmü, 236. maddede öngörülen yasal katılım oranının her zaman adaletli sonuçlar doğurmayacağı gerçeğini dikkate alarak sevk edilmiştir”. Bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 8.

⁶⁶¹ Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 2; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 144; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 312-313. “TMK.m.238’e dayalı bir mal rejimi sözleşmesi ile evliliğin iptal veya boşanma nedeniyle sona ermesinde ya da mal ayrılığına geçilmesinde kanuni katılım oranından farklı bir artık değere katılma oranı belirlenebilir. Ancak evliliğin, eşlerden birinin zinasına dayalı sona durumunda, TMK.m.236/f.2 uyarınca hâkim tarafından, zina yapan eş lehine belirlenen katılma oranı üzerinden hakkaniyete uygun olarak artık değere katılma oranı azaltılabilir veya kaldırılabilir” (Badur, “Kusurlu Eş”, *Mal Rejimi Çalıştayı*, Tebliğ Konusu ile İlgili Tartışma Sonuçları, 72). Şıpka’ya göre, “eşlerin, TMK.m.238 kapsamında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile boşanmanın zina veya hayata kast nedenine dayanması halinde sözleşme ile kararlaştırılan oranın uygulanacağı kararlaştırılmış olsa dahi, böyle bir düzenleme kanuna veya kişilik haklarına aykırılık teşkil edeceği için hâkim TMK.m.236/f.2 kapsamında artık değere katılma oranını azaltabilmeli veya kaldırabilmelidir” (Şıpka, “Mal Rejimi Çalıştayı”, Tebliğ Konusu ile İlgili Tartışma Sonuçları, 72, dpn.15).

⁶⁶² Nuspliger, *OFK.*, Art. 217, N. 1; Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 217, N. 5; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 387-388; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 233; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 74.

⁶⁶³ Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 2.

sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması halinde geçerlidir”. Hükümden de anlaşıldığı üzere mal rejimi, evliliğin iptali, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş sebebiyle sona ererse, eşlerin belirlediği katılma esasının mal rejiminin tasfiyesinde uygulanabilmesi, belirlenen esasın bu sona erme hallerinde uygulanacağının mal rejimi sözleşmesinde “açıkça” öngörülmüş olması halinde mümkündür.⁶⁶⁴ Diğer bir ifadeyle, bu sona erme hallerinde de belirlenen artık değere katılma esasının uygulanacağının mal rejimi sözleşmesinden açıkça anlaşılması gerekir.⁶⁶⁵ Belirlenen katılma esasının bu sona erme hallerinde uygulanacağı mal rejimi sözleşmesinde açıkça öngörülmemişse, söz konusu sona erme hallerine dayanan tasfiyelerde kararlaştırılan esas değil, TMK.m.236’daki kanuni oran uygulanır.⁶⁶⁶

Mal rejiminin evliliğin iptali ve boşanma kararı uyarınca sona ermesi hallerinde, eşlerin kanuni paylaşım oranından farklı bir esasa ilişkin yaptıkları anlaşmanın geçerli olmasının hâkimin onayına bağlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, mal rejiminden kaynaklanan alacakların TMK.m.184/b.5 kapsamında boşanmanın fer’isi niteliğinde olmadığını kabul etmektedir.⁶⁶⁷ Zira mal rejimine ilişkin talepler, TMK.m.238 uyarınca sadece boşanma durumunda değil, hükümde sayılan diğer hallerde de uygulama alanı bulur.⁶⁶⁸ Diğer bir görüşe göre ise, eşlerin boşanma ile sona erecek olan mal rejiminin tasfiyesinin nasıl yapılacağına yönelik yaptıkları tasfiye sözleşmesi, boşanmanın fer’i sonuçlarından biri olan mali sonuçlara ilişkin bir anlaşma niteliği taşır. Bu nedenle de anlaşma, hâkimin onayı ile geçerli hale gelir.⁶⁶⁹ Kanaatimizce, eşlerin yaptıkları mal rejimi sözleşmesi ve bu sözleşmenin içeriğinde

⁶⁶⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 12; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 2; Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 2; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 723; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 116; Acabey, *Katılma Rejimi*, 175. “Böyle bir düzenleme öngörülmesinin amaçlarından biri de boşanma, evliliğin iptali gibi, ihtilaflı bir dava sonucunda mal rejiminin tasfiyesinden eşlerin zarar görmeden paylarını almasını sağlamaktır” (Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 116).

⁶⁶⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 217, N. 12.

⁶⁶⁶ Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 2.

⁶⁶⁷ Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 144; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 254; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 312-313; Doğan, Köroğlu, “Katılma Alacağı”, 287; Akbulut, “Geçerlilik”, 19.

⁶⁶⁸ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 254; Doğan, Köroğlu, “Katılma Alacağı”, 287; Akbulut, “Geçerlilik”, 19.

⁶⁶⁹ Sarı’ya göre, “evlenmeden önce veya sonra tarafların yapacakları bir mal rejimi sözleşmesinde evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olabilir. Böyle bir durumda mal rejimi sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uyulmuş olması, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin anlaşmaların geçerliliği için hâkim onayı şartının gerekliliğini ortadan kaldırmaz” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 17).

sonradan gerçekleştirdikleri değişiklikler, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin yapılan anlaşmalardan farklı olarak, hâkim onayına bağlı değildir.⁶⁷⁰ Kanunun öngördüğü sınırlar içinde akdedilen sözleşmenin geçerliliğinin evliliğin sona ermesinden sonra hâkim onayına bağlanması sözleşmeye duyulan güvene ve hukuki belirlilik ilkesine aykırıdır.⁶⁷¹

Türk Medeni Kanunu m.238'de sayılan sona erme hallerinin aksine, mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi durumunda, belirlenen artık değere katılma esasının mal rejimi tasfiyesinde uygulanabilmesi bu sona erme halinin sözleşmede açıkça yer almasına bağlı değildir.⁶⁷² Zira TMK.m.238'de sadece mal rejiminin mahkeme kararı ile sona erdirildiği haller sayılmıştır. Mal rejiminin kendiliğinden sona erdiği haller hükmün kapsamı dışındadır. Edinilmiş mallara katılma rejimi ölümle kendiliğinden sona ermişse, tarafların aksi yönde bir iradesi bulunmadığı takdirde⁶⁷³, belirlenen artık değere katılma esası mal rejiminin tasfiyesinde uygulama alanı bulur.⁶⁷⁴ Bu nedenle, belirlenen katılma esasının hangi hallerde uygulanacağı hususunda mal rejimi sözleşmesinde bir açıklık bulunmuyorsa, söz konusu anlaşmanın mal rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesi haline özgü olarak yapıldığı karine olarak kabul edilir.⁶⁷⁵

⁶⁷⁰ Ayesha Curmally, Stephan Wolf, "Ehevertragsgestaltung im Hinblick auf Scheidung", *Siebte Schweizer Familienrechtstage 23./24. Januar 2014 in Basel, FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 22* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014), 225; Daniel R. Trachsel, Margherita Bortolani-Slongo, "Scheidungsvereinbarungen auf Vorrat: Taugliches Instrument Familienrechtlichen Risikomanagements?", *Aktuelle Juristische Praxis*, 3 (2019): 308, 309. Eşlerin yaptıkları mal rejimi sözleşmesinin geçerli olmasının hâkim onayına bağlı olmadığı yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. 5C.114/2003.

⁶⁷¹ Curmally, Wolf, 225; Trachsel, Bortolani-Slongo, "Familienrechtlichen", 309.

⁶⁷² Nuspliger, *OFK.*, Art. 217, N. 2; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 2.

⁶⁷³ Örneğin, belirlenen artık değere katılma esasının sadece mal ayrılığına geçiş halinde uygulanacağının sözleşmede açıkça belirtilmiş olması bu niteliktedir.

⁶⁷⁴ Kanaatimizce, ölüm karinesinin uygulanması ya da gaiplik kararının alınması halinde de, eşlerin belirlediği katılma esasının uygulanabilmesi için, bu sona erme hallerinin sözleşmede açıkça yer alması gerekmemektedir. Zira eşlerden biri hakkında uygulanan ölüm karinesi ölüme eş sonuçlar doğurmakta ve mal rejimini kendiliğinden sona erdirmektedir. Gaipliğin mal rejimine etkisi doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce, eşlerden biri hakkında verilen gaiplik kararı, başkaca bir mahkeme kararına gerek olmaksızın mal rejimini kendiliğinden sona erdirmektedir. Her iki halde de, ölümde olduğu gibi mal rejimi mahkeme kararına gerek olmadan sona ermektedir. TMK.m.238 (ZGB.Art.217)'nin öngördüğü "açıklık" koşulunun mal rejiminin ölüm karinesi veya gaiplik sebebiyle sona ermesinde uygulanmayacağı yönünde bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 217, N. 9, 10; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 2; Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 217, N. 1; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 399; Acabey, *Katılma Rejimi*, 175; P. Ö Demir, "Sözleşmeler", 69-70.

⁶⁷⁵ Nuspliger, *OFK.*, Art. 217, N. 1; Acar, *Mal Rejimleri*, 149; Şenocak, "Artık Değer", 389. "TMK 238 hükmü evliliğin eşlerden birisinin ölümü dışındaki bir sebeple sone ermesi halinde akdi olarak

Evlenmenin iptali ya da boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü ve ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi halinde, eşlerin sözleşmeyle belirledikleri artık değere katılma esasının tasfiyede uygulanması bakımından TMK.m.237 hükmünün mü yoksa TMK.m.238 hükmünün mü dikkate alınacağını da belirlenmesi gerekir. Zira iptal ya da boşanma davasında karar kesinleşmişse, belirlenen artık değere katılma esası ancak mal rejimi sözleşmesinde “açıkça” öngörülmüşse tasfiyede uygulanmaktadır. Mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde ise, açıkça öngörülmemiş olsa dahi, söz konusu artık değere katılma esası tasfiyede dikkate alınacaktır. TMK.m.159’a göre “*Evlenmenin butlanını dava etme hakkı mirasçılara geçmez. Ancak, mirasçılar açılmış olan davayı sürdürebilirler. Dava sonucunda evlenme sırasında iyiniyetli olmadığı anlaşılan sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder*”.⁶⁷⁶ TMK.m.181 göre ise, “*Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler (f.1). Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır (f.2)*”. Her iki hükümde mirasçıların davaya devam edebileceği ve hükümde öngörülen hususu ispat etmeleri halinde, sağ kalan eşin mirasçı olamayacağı düzenlenmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu boşanma veya nisbi butlan davası devam ederken evliliğin ölümle sona erdiğini ancak sağ kalan eşin ölen eşe mirasçı olamayacağını kabul etmektedir. Devam edilen boşanma ya da nisbi butlan davasında hâkim, evliliğin iptaline ya da boşanmaya karar vermemektedir.⁶⁷⁷ Hâkimin vereceği

belirlenmiş artık değere katılma kurallarının uygulanmayacağı yönünde bir karine getirmektedir. Bu karinenin çürütülmesi ise TMK 238’in açık lafzı karşısında ancak eşlerin mal rejimi sözleşmesinde cisimlenen açık iradesinin ispatı ile mümkün olacaktır” (Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 252).

⁶⁷⁶ “Söz konusu hüküm düzenleniş yeri itibarıyla mutlak butlan açısından da geçerliymiş gibi görünse de madde ilk iki cümlesi itibarıyla sadece nisbi butlan davalarında uygulanabilir” (Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 85).

⁶⁷⁷ “Türk Medeni Kanunu’nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının aynı davayı sürdürmeleri mümkün değildir. Zira boşanma davası şahsa bağlı bir davadır. Mirasçılar tarafından devam edilen davada boşanma talebi konusuz kaldığından, bu konuda bir karar verilmesi söz konusu olmaz. Zira artık evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada, mirasçılar sağ kalan eşin kusurunu ispat etmek suretiyle onun bu sıfatla kanuni ve aksi tasarruftan anlaşılmadıkça iradi mirasçılığını sona erdirmeye çalışırlar”. Bkz. Hülya Taş Korkmaz, “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”, *DEÜHFD*. (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 16/Özel Sayı (2014): 1432.

kararın evliliğin sona erme sebebine bir etkisi bulunmamaktadır. Söz konusu hükümler, sadece sağ kalan eşin mirasçılığına özgü olup, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesine uygulanacak hükümlere etkili değildir. Bu nedenle, TMK.m.159 ve m.181'in uygulama alanı bulduğu hallerde de, eşlerin belirledikleri artık değere katılma esasının tasfiyede uygulanabilmesi için, esasın uygulanacağını sözleşmede “açıkça” öngörülmüş olması aranmayacaktır. Zira evliliğin ölümle sona erdiği hallerde, anlaşmanın uygulanabilmesi için bu hususun anlaşmadan açıkça anlaşılması gerekmemektedir. Olan hukuk bakımından bu sonuca ulaşmakla birlikte, hükmün amacı ve olması gereken hukuk bakımından ise söz konusu hallerin de TMK.m.238 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. TMK.m.238’de “açıkça” öngörülmüş koşuluna yer verilmesinin sebebi, hükümde belirtilen sona erme hallerinde, eşlerden birinin diğerine mal rejiminden kaynaklanan bir kazandırmada bulunmak istemeyeceği düşüncesidir. Eşlerden biri, iptal ya da boşanma davası açmakla bu iradesini ortaya koymuş olur. Bu nedenle, söz konusu haller de TMK.m.238’in kapsamına girmelidir. TMK.m.238’in karşılığı olan mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun 217. maddesine eklenen ikinci fıkrada da “açıkça” öngörülmüş koşulunun boşanma davası devam ederken mal rejiminin ölümle sona ermesi hâlinde de geçerli olduğu ifade edilmiştir.⁶⁷⁸ Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından da benzer bir hükmün evlenmenin iptali ve boşanma bakımından düzenlenmesi yerinde olur.

Eşlerin seçimlik mal rejimlerinden birini seçmeleri halinin hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrindeki bir görüşe göre, her ne kadar TMK.m.237’de sadece eşlerden birinin ölmesi hali düzenlenmişse de, TMK.m.238 hükmünde de başka bir mal rejimine geçilmesi sebebiyle mal rejiminin sona ermesine yer verilmemiştir. Bu nedenle, mal rejimi sözleşmesinde açıkça belirtilmese dahi belirlenen artık değere katılma esası, mal rejiminin başka bir mal rejimine geçiş sebebiyle sona ermesi halinde de uygulanmalıdır.⁶⁷⁹ Bu görüşteki yazarlara göre, her ne kadar kanuni düzenlemede yer

⁶⁷⁸ Nuspliger, *OFK.*, Art. 217, N. 3; Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 217, N. 1; Sabine Herzog, Nina Mattmüller, “Auswirkungen des neuen Erbrechts auf das Familienrecht: Handlungs- und Beratungsbedarf in güter- und scheidungsrechtlicher Hinsicht”, *Die Praxis des Familienrechts*, 1 (2023): 109-110; Hüseyin Tokat, “İsviçre Medenî Kanunu’ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Türk Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/2 (2023): 928.

⁶⁷⁹ Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 217, N. 3; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 2; Nuspliger, *OFK.*, Art. 217, N. 2. TMK.m.237 hükmünün eşlerin yasal mal rejiminden seçimlik mal rejimlerinden birine

almasa da eşlerin başka bir mal rejimine geçmesi hali, ölüm nedeniyle mal rejiminin sona ermesi halinin düzenlendiği TMK.m.237/f.1 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüşte olan Yıldırım'a göre, TMK.m.237'de yer alan düzenleme genel bir düzenleme olup, hükmün istisnaları TMK.m.238'de ayrıca düzenlenmiştir. Yorum kuralları gereği hükmün istisnaları dar yorumlanmalı ve uygulama alanı genişletilmemelidir.⁶⁸⁰ Yazara göre, TMK.m.237'de yer alan düzenleme ölüm veya diğer bir mal rejiminin kabulü şeklinde uygulanmalıdır.⁶⁸¹ Doktrindeki diğer görüşe göre ise, mal rejiminin eşlerin başka bir mal rejimine geçmesiyle sona ermesi halinde, eşlerin belirlediği artık değere katılma esasının tasfiyede uygulanabilmesi için, bu hususun sözleşmeden şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olarak anlaşılması gerekir.⁶⁸² Eşlerin başka bir mal rejimine geçmesi halinde de, TMK.m.238 hükmü kıyasen uygulanır.⁶⁸³ Bu görüş, TMK.m.237 hükmünün evliliğin ölüm dışındaki bir nedenle sona ermesinde karine olarak kanuni paylaşım oranının uygulanmasını benimsemiştir.⁶⁸⁴ Mal rejiminin eşlerin başka bir mal rejimine geçmesiyle sona ermesi halinde, kabul edilen farklı esasın uygulanabilmesi için, bunun sözleşmeden şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olarak anlaşılması gerekmektedir. Ölüm dışındaki mal rejiminin sona erme halleri bakımından, örtülü olarak farklı bir katılma esasının kararlaştırıldığı kabul edilemeyeceği gibi, sözleşmenin yorumu yoluyla da böyle bir sonuca varılması mümkün değildir.⁶⁸⁵ Bu yöndeki iradenin, TMK.m.238 gereği mal rejimi sözleşmesinden açıkça anlaşılması gerekir.⁶⁸⁶

Kanaatimizce, bu tartışmada birinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira TMK.m.238'de sayılan sona erme halleri arasında eşlerin başka bir mal rejimine geçmesi sebebiyle mal rejiminin sona ermesi hali bulunmamaktadır. TMK.m.237 genel hüküm niteliğinde olup, TMK.m.238 hükmü söz konusu hükmün uygulama alanını daraltmaktadır. Diğer bir ifadeyle, TMK.m.238 hükmü TMK.m.237'nin istisnalarını

geçmeleri halinde de kıyasen uygulanacağına ilişkin açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 215, N. 11; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 399; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 119.

⁶⁸⁰ Yıldırım, "İlişki", 245, dpn. 23.

⁶⁸¹ Yıldırım, "İlişki", 245, dpn. 23.

⁶⁸² Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 2; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 387.

⁶⁸³ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 387.

⁶⁸⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 387.

⁶⁸⁵ Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 116.

⁶⁸⁶ Makas, "TMK.m.238 hükmünün dayanağının TMK.m.181 olduğunu, ayrıca TMK.m.238 hükmünün TMK.m.181'in devamı ve tamamlayıcısı niteliğinde olduğunu" ifade etmiştir. Zira yazara göre, "TMK.m.181 hükmünde boşanan eşlerin bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacağı ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları aksi tasarruftan anlaşılacak kaybedecekleri düzenlenmiştir" (Makas, *Mal Rejimi*, 186).

düzenlemektedir. Roma hukukundan gelen “istisnalar geniş yorumlanmaz” (singularia non sunt extenda) kuralı gereği, istisna öngören bu hükmün uygulama alanı yorum yoluyla genişletilemeyeceği gibi, hüküm kıyasen de olsa eşlerin başka bir mal rejimine geçmesi sebebiyle mal rejiminin sona ermesi hali bakımından da uygulanamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TMK.m.238’de sayılan sona erme sebeplerinin tamamı mahkeme kararı ile mal rejiminin sona erdirildiği hallere ilişkindir. Mal rejiminin kendiliğinden ya da eşlerin iradesiyle sona erdiği hallere hükümde yer verilmemiştir. Kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya sevk eden düşünce, mahkeme kararı ile mal rejiminin sona erdiği hallerde eşlerin arasındaki yakınlığın da sona ereceği ve eşlerin kanunda öngörülen hükümler uyarınca mal rejiminin tasfiyesini isteyeceğidir.⁶⁸⁷

Sonuç olarak, mal rejimi eşlerden birinin ölümü, eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin uygulanması veya gaiplik kararının verilmesi ya da eşlerin başka bir mal rejimini seçmeleri sebebiyle sona ermişse, eşlerin belirlediği artık değere katılma esası tasfiyede uygulanır. Bu hallerin dışındaki bir sebeple (mahkemece evliliğin iptaline, boşanmaya ya da mal ayrılığına geçiş karar verilmesi) mal rejiminin sona ermesi halinde ise, söz konusu sona erme hallerinde belirlenen esasın uygulanacağını sözleşmeden açıkça anlaşılması gerekir. Aksi takdirde, eşlerin belirledikleri artık değere katılma esası değil, TMK.m.236’da öngörülen kanuni katılım oranı uygulanır.

2. Eşlerin Sözleşmeyle Belirleyebilecekleri Artık Değere Katılma Esasları

Kanunda eşlerin artık değere katılmalarına ilişkin farklı esas belirleyebilecekleri belirtilmiş, ancak bu esasların neler olabileceğine yer verilmemiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu artık değere katılma esasıyla ilgili yapılacak değişiklikleri sınırlayıcı olarak düzenlememiştir. Bu nedenle eşler TMK.m.237/f.1 uyarınca, öncelikle artık değere katılma oranını kanunda öngörülenden farklı bir oranda belirleyebilirler.⁶⁸⁸ Örneğin, eşler TMK.m.236/f.1’den farklı olarak 1/5, 1/3 veya 3/4 gibi bir oranın katılma

⁶⁸⁷ Aynı yönde bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 217, N. 8; Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 217, N. 1.

⁶⁸⁸ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 1; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 3; Acar, *Mal Rejimleri*, 146; Şenocak, “Artık Değer”, 392. “Söz konusu düzenleme ile TMK.m.236 hükmünün emredici nitelikte olmadığı, tamamlayıcı nitelikte olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir”. Bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 311; Akıntürk, Ateş, *Aile*, 172; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 266; Turan Başara, “Evlilik Birliği”, 228. Sarı’ya göre de, “TMK.m.236/f.1 hükmü emredici nitelikte değildir. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile farklı bir düzenleme yapmamış olmaları gerekir” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 229).

alacağının hesaplanmasında artık değere uygulanmasını kararlaştırabilirler.⁶⁸⁹ Ayrıca eşler, mal rejimi sözleşmesiyle sadece paylaşım oranının farklı şekilde belirlenmesini değil, bunun dışında artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esasın kabul edilmesini de kararlaştırabilirler.⁶⁹⁰ Örneğin, eşler, artık değere katılma oranına ilişkin bir değişiklik yapmak yerine eşlerden birinin veya her ikisinin katılma alacağının miktar olarak belirlenmesine de karar verebilirler.⁶⁹¹ Ancak doktrinde de belirtildiği üzere, burada dikkat edilmesi gereken husus, bu tür bir düzenlemenin hüküm ifade edebilmesi için, borçlu olan eşin artık değerinin, rakamsal olarak belirlenen katılma alacağı miktarını karşılaması gerektiğidir.⁶⁹² Aksi takdirde artık değer miktarını aşacak şekilde katılma alacağı miktarının rakamsal olarak belirlenmesi, edinilmiş mallara katılma rejiminin niteliğine ve bu rejime ilişkin hükümlere aykırılık oluşturur.⁶⁹³ Eşlerin belirledikleri artık değere katılma esasının her iki eş açısından aynı olması zorunlu değildir.

⁶⁸⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 14; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 4; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 252; Şenocak, “Artık Değer”, 392; Kılıçoğlu, “Katkı”, 134; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 74; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 147; Uzun, “Mal Rejimleri”, 95; Özer Deniz, *Tasfiye*, 44; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 115-116; Acabey, *Katılma Rejimi*, 174; Doğan, Köroğlu, “Katılma Alacağı”, 283, dpn. 2. Sarı’ya göre, “eşlerden birinin artık değere katılma oranının % 80, diğerinin artık değere katılma oranının % 40 şeklinde belirlenmesi mümkündür” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 235). Şıpka’ya göre, “eşler, ölüm halinde, eşlerden birinin katılma alacağı oranının % 100 olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, her iki eş açısından da katılma alacağı oranının ne olacağını serbestçe belirleyebilirler. Bu tür bir anlaşma ile tasfiyeden önce bir eşin katılma alacağından kısmen veya tamamen feragati sağlanabilir”. Yazara göre “böyle bir anlaşma, bu yönü ile miras sözleşmesine benzemektedir” (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 277).

⁶⁹⁰ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 1; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 4; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 235-236; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 311, 317 dpn. 801; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 382-383; Ş. Demir, “Artık Değer”, 265; Uzun, “Mal Rejimleri”, 95; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 96-97; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 75; Özer Deniz, *Tasfiye*, 96; Kiraz, “Mal Rejimi”, 83; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 117.

⁶⁹¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 15; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 235-236; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 252; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383; Şenocak, “Artık Değer”, 392; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 280; Ş. Demir, “Artık Değer”, 265; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 97; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 75; Özer Deniz, *Tasfiye*, 96; Kiraz, “Mal Rejimi”, 83; Güvenç, Yazıcı, “Anlaşmalar”, 130; Uzun, “Mal Rejimleri”, 95. Artık değere katılmaya ilişkin kabul edilebilecek farklı esaslara ilişkin örnekler için bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 313-314.

⁶⁹² Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 236; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 75. Eşin mal rejimi sözleşmesi ile belirlenen katılma alacağının, diğer eşin artık değeri tarafından karşılanamaması durumunda, katılma alacağının kanuni paylaşım oranına göre tekrar mı hesaplanacağı yoksa eşin artık değerinin tamamının diğer eşe katılma alacağı olarak mı verilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkar. Aldemir’e göre, “böyle bir durumda eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile yansıttıkları iradeleri yorumlanmalı ve ona göre bir sonuca varılmalıdır. Yapılan mal rejimi sözleşmesinde borçlu olan eşin artık değerinin diğer eşin katılma alacağı miktarını karşılamayacağını bilselerdi, kanuni paylaşım oranının uygulanmasını isteyecekleri şeklinde yoruma varılabiliyorsa kanuni paylaşım oranı esas alınarak katılma alacağı yeniden hesaplanmalıdır. Bu şekilde bir yoruma varılamıyorsa borçlu eşin artık değerinin tamamı diğer eşe katılma alacağı olarak verilmelidir” (Aldemir, *Taraf İradeleri*, 75-76).

⁶⁹³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 236; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 75.

Sözleşmeyle her iki eş bakımından farklı oranlar kararlaştırılabileceği gibi⁶⁹⁴, bir eş bakımından belirli bir oran, diğer eş bakımından ise katılma alacağı miktar olarak belirlenebilir.⁶⁹⁵ Hatta, eşlerin mal rejiminin her bir sona erme sebebine özgü olarak da farklı esaslar öngörmeleri mümkündür.⁶⁹⁶ Örneğin, mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde artık değere katılma oranının 3/4, boşanma ile sona ermesi halinde 1/4, diğer sona erme hallerinde ise oran belirtmeksizin 100.000 TL olacağı kararlaştırılabilir. Ortak olmayan çocuklar ve onların altsoylarının saklı payını zedelediği sürece, eşlerden her biri için farklı oranda veya katılma esasında belirleme yapılması mümkündür.⁶⁹⁷

Mal rejimi sözleşmesiyle katılma alacağından tek taraflı veya karşılıklı olarak vazgeçmenin mümkün olup olmadığı da önem arz etmektedir. TMK.m.237/f.1 uyarınca yapılacak bir mal rejimi sözleşmesiyle eşlerden birinin katılma alacağından tamamen vazgeçmesi mümkündür. Zira kanunda buna ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir.⁶⁹⁸ Karakimseli, TMK.m.227/f.3’de değer artış payına ilişkin öngörülen hükmün kıyasen uygulanması sonucu eşlerden her birinin katılma alacağından tek taraflı feragat edebileceği sonucuna ulaşmaktadır.⁶⁹⁹

Eşlerin artık değere katılma alacağından tek taraflı vazgeçmesi konusunda doktrinde görüş birliği bulunmasına rağmen, eşlerin karşılıklı olarak artık değere katılma alacağından vazgeçmeleri konusu tartışmalıdır. Hakim olan görüşe göre, eşler mal rejimi sözleşmesiyle tek taraflı olarak artık değere katılma alacağından vazgeçebileceği gibi, karşılıklı olarak da bu alacaktan vazgeçebilirler.⁷⁰⁰ Ancak her iki eşin de katılma alacağından vazgeçtiği durumlarda, eşlerin edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olmasının anlamını yitireceği de ileri sürülmektedir.⁷⁰¹ Katılma alacağından her iki eşin de vazgeçmesinin ortaya çıkaracağı hukuki sonuç hakkında da

⁶⁹⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 313; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383.

⁶⁹⁵ Eşlerin farklı katılım esaslarını kabul edebileceği veya birleştirebileceği yönünde bkz. Julia Henninger, *Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG., 2019), 112; Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 1.

⁶⁹⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 19; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 314.

⁶⁹⁷ Acabey, *Katılma Rejimi*, 174.

⁶⁹⁸ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 1; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 18; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 314; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 281; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 236.

⁶⁹⁹ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 97-98. TMK.m.227/f.3’e göre “Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler”.

⁷⁰⁰ Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 4; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 18; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 314; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 396; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383.

⁷⁰¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 236.

doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, katılma alacağından her iki eşin de vazgeçmesinin, eşlerin mal ayrılığı rejimine tâbi olmak istedikleri şeklinde yorumlanması gerekmektedir.⁷⁰² Diğer görüşe göre, eşlerden her ikisinin de katılma alacağından vazgeçmesi, edinilmiş mallara katılma rejimini mal ayrılığı rejimine dönüştürmeyip, rejimin sadece mal ayrılığı rejimine yaklaşmasına, ona benzemesine sebep olur.⁷⁰³ Gümüş'e göre ise, eşlerin karşılıklı feragati ile mal ayrılığı rejimini seçtikleri yönünde değerlendirme yapılırken, somut olayın şartları, özellikle bir değer artış payı alacağıının mevcut olup olmadığı göz önünde tutulmalı; bir değer artış payı alacağıının mevcut olması halinde böyle bir sonuca varılmamalıdır.⁷⁰⁴ Zeytin'e göre de, her iki eşin de katılma alacağından vazgeçmesi halinde, edinilmiş mallara katılma rejimi mal ayrılığı rejimine oldukça benzer. Ancak, TMK.m.237/f.2 uyarınca eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payının korunmasına, değer artış payı ve denkleştirme alacağıına ilişkin düzenlemeler farklılık gösterir.⁷⁰⁵ Kanaatimizce de, anlaşılmadan aksi açıkça anlaşılmadığı takdirde, eşlerin katılma alacağından karşılıklı olarak feragat etmeleri edinilmiş mallara katılma rejimini mal ayrılığı rejimine yaklaştırır, ancak mal ayrılığı rejimine dönüştürmez. Bu yöndeki bir anlaşmaya rağmen, ortak olmayan çocukların ve onların altsoyunun saklı payını koruyan TMK.m.237/f.2 eşler arasındaki mal rejimi bakımından uygulama alanı bulur.

Eşlerin artık değere katılma esasını belirlemeleri bakımından son olarak belirtmek gerekir ki, eşlere sözleşme ile artık değere katılma esasını belirleme bakımından tanınan serbesti sınırsız değildir. Zira bu yolla eşlerin mirasçılarının mal kaçırmaması, dolayısıyla eşlere tanınan serbestinin kötüye kullanılması söz konusu olabilmektedir.⁷⁰⁶ Bu sebeple mal rejimi sözleşmesi ile kanuni katılım oranından farklı bir esasın belirlenmesinde eşlere tam bir irade serbestisi tanınmamıştır. TMK.m.237/f.2'de artık değere katılmaya ilişkin yapılacak mal rejimi sözleşmesi ile eşlerin ortak olmayan çocukları ile onların altsoylarının saklı paylarının zedelemesi yasaklanmıştır. Bu nedenle artık değere katılma esasını belirlemek için yapılacak olan

⁷⁰² Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 236; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 98.

⁷⁰³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 18; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383, dpn. 560; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 314.

⁷⁰⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383, dpn. 560.

⁷⁰⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 314.

⁷⁰⁶ Acar, *Mal Rejimleri*, 147.

mal rejimi sözleşmesinin sınırını eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoylarının saklı paylarının zedelenmemesi oluşturur.⁷⁰⁷

3. Artık Değere Katılmaya İlişkin Sözleşmelerin Şekli

Artık değere katılmaya ilişkin sözleşmelerin tâbi olduğu şekil TMK.m.237/f.1’de öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, eşlerin artık değere katılmaya ilişkin yapacakları anlaşmaların mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmektedir.⁷⁰⁸ Dolayısıyla, artık değere katılma esasının belirlendiği anlaşmaların, mal rejimi sözleşmesinin ehliyet ve şekil kurallarını düzenleyen TMK.m.203-205 hükümleri uyarınca yapılması gerekir.⁷⁰⁹ Mal rejimi sözleşmesine ilişkin kanunda öngörülen kurallara uyulmadan yapılacak sözleşmeler hüküm ifade etmez.⁷¹⁰

Türk Medeni Kanunu m.205 hükmü uyarınca “*Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır (f.1/c.1)...Mal rejimi sözleşmesinin taraflarca ve gerektiğinde yasal temsilcilerince imzalanması zorunludur (f.2)*”. Söz konusu hüküm uyarınca eşlerin artık değere katılmaya ilişkin yapacakları anlaşmaların noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılması gerekmektedir. Bu konuda Medeni Kanun’da özel bir hüküm bulunmadığı için, noterlerin düzenleme ve onaylama

⁷⁰⁷ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 4; Şenocak, “Artık Değer”, 380. “Her ne kadar kanunda eşlerin katılma alacağına ilişkin belirleyebilecekleri farklı esasların neler olduğu belirtilmemişse de, kanun koyucu söz konusu bu düzenlemelerde eşlere tam bir irade serbestisi tanımamıştır. Zira, eşler yine bir mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılmada TMK.m.237’de öngörülenden başka bir oranı eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelememek şartıyla kararlaştırabilirler”. Bkz. Gökçen Doğan, “Mal Rejimi Sözleşmelerinde Sözleşme Serbestisi ve Sınırları”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/1 (2022): 265.

⁷⁰⁸ Hausheer/Reuseer/Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 10; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 395; Şenocak, “Artık Değer”, 389; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 382; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 7-8, 231; Özer Deniz, *Tasfiye*, 95; Çağırğan Tuncer, “Mal Rejimi”, 249.

⁷⁰⁹ “Mal rejimi sözleşmeleri açısından özel şekil şartı öngörülmesindeki amaç, tarafların malvarlıkları bakımından yapacakları anlaşmalar açısından acele karar vermelerini engellemek ve böylece onları korumaktır. Ayrıca mal rejimine ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmasının da şekle tâbi kılınması, ileride mirasçılar ve alacaklılar açısından ortaya çıkacak sorunların önlenmesi amacını taşımaktadır” (Akbulut, “Geçerlilik”, 15-16). Mal rejimi sözleşmelerinde şekil şartı öngörülmesindeki amaç için bkz. M. Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 84, 1998), 25; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, *Medeni Hukuk*, 781-782; Anıl, Taner, *Mal Rejimleri*, 40). Zeytin’e göre, eşlerin çıkarlarının korunması yanında mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlaması açısından da mal rejimi sözleşmeleri şekil şartına bağlanmıştır (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 61).

⁷¹⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 231.

işlemleri 1512 sayılı Noterlik Kanunu hükümlerine (m.84-93) uygun bir biçimde yerine getirilir.⁷¹¹

Evlenecek olan kişiler, evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini evlenme memuruna yazılı olarak bildirebilirler (TMK.m.205/f.1, c.2). Kanun'un bu hükmü, evlenecek olan kişilere sadece evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini evlendirme memuruna bildirme hakkı tanımıştır. Evlenecek olan kişilerin beyanı, mal rejimi seçiminin yanı sıra, mal rejimi sözleşmesiyle düzenlenmesi gereken konuları da içeriyorsa, bu konulara ilişkin anlaşmanın hüküm doğurması için evlendirme memuruna yazılı başvuruda bulunma yeterli değildir.⁷¹² Zira Evlendirme Yönetmeliği Ek Madde 1/f.3'de açıkça belirtildiği üzere, “... *Evlendirme memurları evlenecek olan kişilerin yasal mal rejimi yerine seçimlik rejimlerden birini seçmiş olmaları halinde bu yöndeki seçimlerini kabul edebilirler. Evlendirme memurları, evlenecek kişilerin yasal mal rejimi ile ilgili yasadaki düzenlemelerden ya da seçimlik rejimlerden birini seçmelerine rağmen, seçimlik rejimde yasadaki düzenlemelerden farklı anlaşmaları kabul edemez. Evlenecek olan kişiler bu konularda ancak notere gidebilirler*”. Evlenecek olan kişiler, seçmek istedikleri mal rejimine kanunda öngörülen sınırlar içerisinde farklı kuralların uygulanmasını istiyorlarsa bunu ancak notere başvurarak yapabilirler⁷¹³. Bu yönde bir taleple evlendirme memuruna başvurulması durumunda, evlendirme memuru tarafları notere yönlendirir.⁷¹⁴ Bu nedenle, edinilmiş mallara katılma rejimindeki kanuni katılım oranından farklı bir katılım esasının kararlaştırılmak istenmesi halinde, sadece evlendirme memuruna bu

⁷¹¹ “Noterde düzenleme veya onaylama şeklinde resmi şekil olarak öngörülen nitelikli şekil, bir geçerlilik şeklidir” (Gümüş, *Mal Rejimleri*, 223). “Türk Medeni Kanunu m.205/f.1’de mal rejimi sözleşmesinin noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılması gerektiği düzenlenmiş, ikinci fıkrasında ise bu sözleşmenin taraflar ve gerektiğinde yasal temsilcilerince imzalanması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu hükümde başka bir düzenleme yer almadığı için, mal rejimi sözleşmesi, Noterlik Kanunu m.84-89 maddeleri uyarınca düzenleme şeklinin, m.90-92 hükümleri arasında noterde onaylama şeklinin tâbi olduğu düzenlemeler çerçevesinde geçerli şekilde yapılmalıdır” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 28-31).

⁷¹² Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 215; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 223-224; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 203.

⁷¹³ “Mal rejimi sözleşmesinin şekli konusunda evlendirme memurunun görev ve yetkisi ile noterin görev ve yetkisi birbirine karıştırılmamalıdır. Evlendirme memurlarının görev ve yetkisi yalnızca evlendirme başvurusu sırasında eşlerin yasal mal rejimi yerine diğer mal rejimlerini seçtiğine ilişkin yazılı başvurusunu alıp söz konusu başvuruyu resmi kayda geçirmekle sınırlıdır. Bu kapsamda tarafların mal rejimi sözleşmesi hazırlayarak evlendirme memuruna vermesi söz konusu değildir. Taraflar benimsemek istedikleri seçimlik mal rejimlerine ilişkin olarak kanuni sınırlar içerisinde farklı kurallar getirmek istiyorlarsa bunu ancak notere başvurarak yapabilirler” (G. Doğan, “Sözleşme Serbestisi”, 252).

⁷¹⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 223-224; Yıldız, “Tasfiye”, 12.

konuda yazılı başvuruda bulunmak yeterli değildir.⁷¹⁵ Evlenecek olan kişiler, artık değere katılmada farklı bir esası kararlaştırmak istiyorlarsa, bu yöndeki iradelerin noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılan bir mal rejimi sözleşmesinde yer alması zorunludur. Taraflar, belirledikleri artık değere katılma esasını bildirmek üzere evlendirme memuruna başvurursa, evlendirme memuru bu yöndeki beyanı kabul edemez.

Artık değere katılma esasını belirleyen anlaşmalar, taraflar arasında mal rejimine ilişkin hükümler uygulanmaya başlamadan önce (evlilik birliği kurulmadan), mal rejimi uygulanırken ya da mal rejimi sona erdikten sonra da yapılabilir. Ancak TMK.m.237/f.1 hükmünün kapsamına edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesine kadar yapılacak olan artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalar girmektedir. Mal rejiminin sona ermesinden sonra, artık değere katılmaya ilişkin yapılacak anlaşmalar ise TMK.m.237 kapsamında değerlendirilmez.⁷¹⁶

Türk Medeni Kanunu m.237 kapsamına giren ya da girmeyen bu anlaşmaların hangi şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, TMK.m.237’de öngörülen şekil koşulu sadece mal rejimi devam ederken yapılan anlaşmaları kapsamaktadır. Bu nitelikteki anlaşmaların mal rejimi devam ettiği sürece her zaman yapılması mümkündür.⁷¹⁷ Ayrıca mal rejimi sözleşmesi kurulduktan sonra bu sözleşmede gerçekleştirilecek değişikliklerin de TMK.m.203 uyarınca bir mal rejimi sözleşmesi ile yapılması gerekir.⁷¹⁸ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, evlilik birliği kurulmadan önce veya yasal mal rejiminin devamı sırasında akdedilen ve artık değere katılma esasının belirlenmesini konu edinen anlaşmaların mal rejimi sözleşmesinin şekil koşullarına uygun biçimde yapılması gerekir.⁷¹⁹ Kanaatimizce de, tarafların gerek evlenmeden önce gerekse evlilik birliği kurulduktan sonra akdedecekleri artık değere katılma esasını belirleyen sözleşmenin geçerliliği mal rejimi sözleşmesinin şekil koşullarına uyulmasına bağlıdır. Şekil koşullarına uyulması bakımından eşlerin birlikte veya ayrı yaşıyor olması da önemli

⁷¹⁵ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 224; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 79; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 203.

⁷¹⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 11; Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 216, N. 1; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 281; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 382; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 73; Özer Deniz, *Tasfiye*, 95.

⁷¹⁷ Şenocak, “Artık Değer”, 389.

⁷¹⁸ Şenocak, “Artık Değer”, 390.

⁷¹⁹ Aldemir, *Taraf İradeleri*, 73.

değildir.⁷²⁰ Mal rejimi sona erdikten sonra yapılacak anlaşmaların ise, mal rejimi sözleşmesinin şekil koşullarına uyulmadan herhangi bir şekilde yapılabileceği kabul edilmektedir.⁷²¹ Bu görüşte olan Zeytin'e göre, sözleşme serbestisini sınırlayan TMK.m.237 hükmü dar yorumlanmalıdır. Sadece mal rejiminden önce nişanlılar ve mal rejiminin devamı süresince eşlerin kanunda öngörülenden farklı bir paylaşım konusunda yaptıkları anlaşmaların geçerliliği, mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılmalarına bağlıdır. Bunun dışında mal rejiminin sona ermesinden sonra kanunda veya mal rejimi sözleşmesinde öngörülenden farklı bir paylaşım oranının ya da esasının kabul edilmesi bakımından tarafların yazılı, sözlü veya fiili anlaşması yeterlidir.⁷²² Mal rejimi sona erdikten sonra, yazılı şekilde yapılan paylaşım sözleşmesi veya fiili paylaşım yeterli olmalıdır.⁷²³ Sarı'ya göre de, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılacak bu yöndeki anlaşmanın, anlaşma ve ifanın aynı anda gerçekleştiği elden sözleşme şeklinde yapılması mümkündür.⁷²⁴ Kanaatimizce, mal rejiminin sona ermesinden sonra, yani tasfiye aşamasında yapılan artık değere katılım esasını belirleyen anlaşmanın bir mal rejimi sözleşmesi değil, mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir tasfiye sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir.⁷²⁵ Kanun'da tasfiye anlaşmasının belirli bir şekil koşuluna, özellikle mal rejimi sözleşmesinin şekil koşuluna uyularak yapılmasını öngören bir hüküm yer almamaktadır.⁷²⁶ Bu nedenle taraflar katılma esasını da belirledikleri bu tasfiye anlaşmasını, TBK.m.12/f.1 uyarınca herhangi bir şekil koşuluna bağlı olmadan yapabilmelidir.

Türk Medeni Kanunu m.237 hükmüne göre, tarafların artık değere katılmada başka bir esası belirlemelerine ilişkin anlaşmanın mal rejimi sözleşmesi şeklinde

⁷²⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 10; Şenocak, "Artık Değer", 389.

⁷²¹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 302; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 382; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 231; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 281; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 259; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 73.

⁷²² Zeytin, *Katılma Rejimi*, 312; P. Ö. Demir, "Sözleşmeler", 63. Altunkaya, "TMK.m.237 uyarınca yapılacak bir sözleşmenin yasal mal rejimi devam ederken veya sona erdikten sonra yapılabileceğini kabul etmektedir". Yazara göre, "yasal mal rejiminin devamı esnasındaki anlaşmaların noterde yapılması gerekirken, mal rejimi sona erdikten sonra yapılacak anlaşmaların ise yazılı şekilde yapılabilmesi mümkündür" (Altunkaya, "İfa", 394).

⁷²³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 11; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 395; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 382; Şenocak, "Artık Değer", 390.

⁷²⁴ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 231-232.

⁷²⁵ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 38, 231; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 281; Özer Deniz, *Tasfiye*, 95. "Mal rejiminin sona ermesinden sonra, eşler arasında mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir anlaşmanın mal rejimi sözleşmesi teşkil etmeyeceği, bu anlaşmanın tasfiye anlaşması olarak nitelendirilebileceği" yönündeki açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 181, N. 15.

⁷²⁶ Tasfiye anlaşmasının geçerliliğinin bir şekil koşuluna bağlı olmadığı hakkında bkz. Önçek, "Tasfiye", 38; Yıldız, "Tasfiye", 56.

yapılması gerekmektedir. Ancak doktrinde bazı yazarların belirttiği üzere, artık değere katılmaya ilişkin kanunda öngörülenden farklı bir esası benimseyen anlaşma, miras sözleşmesi içinde yer alıyorsa, böyle bir anlaşmanın tahvil yoluyla mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkündür.⁷²⁷ Zira eşler yaptıkları bir miras sözleşmesi ile, artık değere katılmaya ilişkin anlaşmanın mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde uygulanacağını kararlaştırmış olabilirler.⁷²⁸

4. Ortak Olmayan Çocukların ve Onların Altsoylarının Saklı Payının Korunması

a) Genel Olarak

Artık değere katılma esasını belirleyen anlaşmaların eşlerin malvarlığına ya da terekesine etkisi, mal rejiminin sona ermesiyle ortaya çıkar. Bu anlaşmanın eşlerin malvarlığına ya da terekesine etkisi bakımından iki ihtimal söz konusu olabilir.⁷²⁹ Birinci ihtimale göre⁷³⁰, sözleşme ile belirlenen artık değere katılma esası sonucunda eşlerden biri daha fazla katılma alacağına sahip olabilir. Böyle bir durumda eşlerden birinin malvarlığı ya da terekesinde artış meydana gelirken, diğer eşin malvarlığı ya da terekesi ise azalır. İkinci ihtimale göre⁷³¹ ise, eşlerden biri kanuni katılma oranına göre belirlenecek olan tutardan daha az katılma alacağı ödemekle yükümlü olabilir. Bu durumda, eşlerden birinin malvarlığı ya da terekesi kanuna göre olması gereken miktara göre azalırken, diğer eşin malvarlığının ya da terekesinin miktarı ise artmış olur. Sonuç olarak, her iki durumda da eşlerden birinin malvarlığının ya da terekesinin değeri, kanuni katılım oranına göre belirlenen miktara nazaran azalmış olur. Diğer bir ifadeyle, artık değere katılma esasını belirleyen anlaşma, mal rejiminin tasfiyesinde eşlerden biri lehine ekonomik bir menfaat sağlamaktadır. Bu nedenle, mal rejimi sözleşmesi ile belirlenen esasa göre hesaplanan katılma alacağı miktarı ile kanuni orana göre hesaplanan katılma alacağı miktarı arasındaki fark, diğer eş lehine yapılan karşılıksız

⁷²⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 8; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 395; Şenocak, “Artık Değer”, 389; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 382; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 279-280; Özer Deniz, *Tasfiye*, 95.

⁷²⁸ Özer Deniz, *Tasfiye*, 95.

⁷²⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 239.

⁷³⁰ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 239.

⁷³¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 239.

kazandırma niteliği taşır.⁷³² Diğer eşe daha fazla katılma alacağı ödenmesi veya daha az katılma alacağına sahip olunarak haktan feragat edilmesi, hesaplanan değerler arasındaki farkın, karşılıksız kazandırma olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır.⁷³³

Artık değere katılma esasını belirleyen anlaşma, evliliğin ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eş lehine sonuçlar doğurabilir.⁷³⁴ Örneğin eşler, sağ kalan eşin artık değere katılma alacağının oranını 3/4 olarak belirlemişse, kanuni oran ile sözleşme ile belirlenen oran arasındaki fark, sağ kalan eş lehine karşılıksız bir kazandırma niteliği taşıyacaktır. Sağ kalan eşin artık değere katılmaya ilişkin anlaşmayla elde ettiği karşılıksız kazandırma, ölen eşin terekesinin azalmasına ve dolayısıyla mirasçılarının haklarının ihlal edilmesine sebep olabilir.⁷³⁵ Anlaşmanın terekeye ve mirasçılara bu olumsuz etkisini dikkate alan kanun koyucu, TMK.m.237/f.2 hükmü ile bazı mirasçıların saklı paylarını eşlerin yapacağı bu anlaşmalara karşı koruma altına almıştır.⁷³⁶ Söz konusu hükme göre, “*Bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez*”.^{737, 738}

⁷³² “Söz konusu karşılıksız kazandırma, eşlerin mal rejimi sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirdikleri hukuki işleme dayanmaktadır. Bu hukuki işlemin geçerliliği ve tâbi olduğu hükümler, TMK.m.237/f.1 hükmü ile edinilmiş mallara katılma rejimi ve genel olarak mal rejimine ilişkin diğer hükümlerdir” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 239).

⁷³³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 239.

⁷³⁴ Breitschmid, Eggel, Eitel, Fankhauser, Geiser und Jungo, *Erbrecht*, 284; Pradervand-Kernen, “Divorce”, 61; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 317.

⁷³⁵ Breitschmid, Eggel, Eitel, Fankhauser, Geiser und Jungo, *Erbrecht*, 284; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 240; Nar, *Tenkis*, 30; Ahmet Nar, “İsviçre’deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları”, *ERÜHFD.*, 14/2 (2019): 353.

⁷³⁶ “Artık değere katılma ile ilgili yapılan anlaşmalara karşı eşlerin ortak olmayan çocuklarının saklı paylarının korunmasına ilişkin TMK.m.237/f.2 hükmü, TMK.m.565 hükmü karşısında özel bir düzenlemedir. TMK.m.565 hükmü, bütün saklı paylı mirasçılara koruma sağlarken, TMK.m.237/f.2 hükmü bu korumayı eşlerin ortak olmayan altsoyu ile sınırlandırmaktadır” (Şenocak, “Artık Değer”, 378).

⁷³⁷ “TMK.m.237 hükmü, yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olarak ilk defa Türk Medeni Kanunu’nda yer alan bir düzenlemedir”. Bkz. Şükran Şıpka, Hasan Ali Kaplan, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy’a Etkisi”, içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 264. EMK döneminde bu hükme benzer bir düzenleme mal ortaklığı rejimine ilişkin olarak kanunda yer almıştır (EMK.m.222). Söz konusu düzenlemeye göre “*Karı koca evlilik mukavelesinde yarı yarıya taksim yerine, başka bir taksim tarzı kabul edebilirler. Diğerinden evvel vefat eden karı veya kocanın fûru, hini vefatta mevcut ortaklık mallarının dörtte birinden hiçbir veçhile mahrum edilemez*”. Bu düzenleme ile ölen eşin altsoyunun ortaklık mallarının 1/4’ünden mahrum bırakılamayacağı öngörülmüştü. TMK.m.237/f.2 hükmünde EMK.m.222 hükmünden farklı olarak, eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun saklı payları zedelenemez. Eski Kanun düzenlemesinde eşin altsoyundan bahsedildiği için, eşlerin ortak altsoyu da ortaklık mallarının 1/4’ünden mahrum edilemezdi (Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 270).

TMK.m.237/f.2 hükmü, eşlerin artık değere katılma alacağına ilişkin düzenleme yapma haklarını kötüye kullanmalarını ve mirasçılara zarar vermelerini önlemek amacıyla öngörülmüştür.⁷³⁹ Hüküm bu yönüyle, eşlerin artık değere katılma esasını serbestçe belirlemesine imkân tanıyan TMK.m.237/f.1'in sınırlamasını oluşturmaktadır.⁷⁴⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümde öngörülen sınırlama yalnızca artık değere katılmada kanunda öngörülenden farklı bir esasın belirlenmesine ilişkin yapılacak mal rejimi sözleşmelerine ilişkin olup, değer artış payı alacağının belirlenmesine ilişkin sözleşmeler bu sınırlamaya tâbi değildir.⁷⁴¹

Eşlerin artık değere katılmada belirledikleri farklı esasın uygulanması, yasal mal rejimini sona erdiren sebeplere göre iki farklı şekilde düzenlenmiştir. TMK.m.238 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, TMK.m.237 hükmü edinilmiş mallara katılma rejiminin sadece ölümle veya eşlerin başka bir mal rejimine geçmesiyle sona ermesi halinde uygulanabilecek bir hükümdür.⁷⁴² TMK.m.238 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, “mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde” de, artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalar ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmesi halinde geçerli olmaktadır.⁷⁴³ TMK.m.238 uyarınca “mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde”, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, TMK.m.237/f.2 hükmünün sınırlamasına tâbi olmayacaktır.⁷⁴⁴

Doktrinde, artık değere katılmaya ilişkin anlaşmanın hangi hallerde uygulanacağı belirtilmeden yapılması halinde, söz konusu anlaşmanın eşlerden birinin

⁷³⁸ “Türk Medeni Kanunu m.237/f.2 hükmü emredici niteliktedir” (Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 216, N. 5). Hükümün emrediciliğinin boyutunun tartışılabilirliğini ifade eden açıklamalar için bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 151.

⁷³⁹ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 98. Söz konusu hüküm ile eşlerin ortak olmayan çocuklarının mal rejimi sözleşmesi ile mağdur edilmesi önlenmek istenmiştir (Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 271).

⁷⁴⁰ Acar’a göre, “söz konusu düzenlemede sözleşme serbestisi miras hukukuna ilişkin saklı pay kuralları ile sınırlandırılmıştır” (Acar, *Mal Rejimleri*, 368).

⁷⁴¹ Baygın, “İlişki”, 115; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 124; Tak Aydoğan, *Sona Erme*, 121.

⁷⁴² Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 395; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 382; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 281; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 260.

⁷⁴³ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 281; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 260; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 73.

⁷⁴⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 400.

ölümü halinde uygulanacağı ifade edilmektedir.⁷⁴⁵ Kanaatimizce de, TMK.m.238 hükmünde belirtilen hallerde artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalar ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmesi halinde geçerli olacağı için, hangi hallerde uygulanacağı belirtilmeden artık değere katılmaya ilişkin bir anlaşma yapılmışsa, bu anlaşma, sadece eşlerden birinin ölümü halinde uygulanabilir. Dolayısıyla, mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin belirlediği artık değere katılma esasının uygulanmadığı hallerde, TMK.m.237/f.2 hükmü de uygulama alanı bulmaz.

b) Türk Medeni Kanunu m.237/f.2 Hükmünün Koruması Kapsamında Yer Alan Saklı Paylı Mirasçılar

Türk Medeni Kanunu m.237 hükmünün öngördüğü hukuki korumadan eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları yararlanır. Eşlerin ortak olmayan çocukları, eşlerden yalnızca biri ile arasında soybağı bulunan çocukları ifade etmektedir. Çocukla diğer eş arasında soybağının bulunmaması, çocuğun evlilik dışında doğmuş olmasından ya da evlilik içinde doğmakla birlikte soybağının sonradan ortadan kalkmasından kaynaklanabileceği gibi, başka bir evlilik içinde doğmuş olmasından da kaynaklanabilir.⁷⁴⁶ Önemli olan, çocukla diğer eş arasında kanunda öngörülen yollardan biriyle soybağının kurulmamış olmasıdır. Bu kapsamda evlatlığın eşlerle olan soybağı durumunun da ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmenin yapılmasında evlatlığın hangi hükümler kapsamında evlat edinildiği önem taşımaktadır. Evlatlık TMK.m.306/f.1'deki kural uyarınca eşler tarafından birlikte evlat edinilmişse, evlatlık eşlerin ortak altsoyu durumundadır.⁷⁴⁷ Eşler birlikte evlat edinmemekle birlikte, TMK.m.306/f.3 uyarınca bir eşin, diğer eşin çocuğunu tek başına evlat edinmesi durumunda da, bir eş tarafından evlat edinilen çocuk da, eşlerin ortak altsoyudur.⁷⁴⁸ Böyle bir durumda çocukla eşler arasındaki soybağının eşlerden her biri için aynı yolla

⁷⁴⁵ Tuba Birinci Uzun, “Artık Değere (TMK MD. 237 F.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK MD. 276 F.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2018): 111.

⁷⁴⁶ Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 216, N. 16; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 242; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 318. Dural/Öğüz/Gümüş’e göre ise, “ortak olmayan çocuklar, eşlerin evliliğinden önceki ortak olmayan çocuklarla sınırlı olup, evlilik birliği içinde doğan, ancak koca tarafından soybağı reddedilen çocuklar, TMK.m.237/f.2 kapsamında yer almaz”. Bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 398-399. Aynı yönde açıklama için bkz. Gümüş, *Mal Rejimleri*, 386.

⁷⁴⁷ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 277; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 270; Özer Deniz, *Tasfiye*, 97, dpn. 471. “EMK döneminde eşlerin diğerinden bağımsız olarak evlat edinmesi mümkün olduğu için eski kanun döneminde gerçekleştirilen evlat edinmeler, günümüzde de hüküm ifade etmektedir” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 242).

⁷⁴⁸ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 318.

kurulup kurulmadığı önem arz etmez.⁷⁴⁹ Buna karşılık, evlatlık TMK.m.307/f.2 hükmü uyarınca eşlerden sadece biri tarafından evlat edinilmişse, evlatlık da ortak olmayan çocuk kapsamında değerlendirilir.⁷⁵⁰ Dolayısıyla hükmün öngördüğü korumadan, ölen eşle arasında soybağı bulunmasına rağmen sağ kalan eşle arasında soybağı bulunmayan çocukların tamamı ve bu çocukların altsoyları yararlanabilir.⁷⁵¹

Artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalara dayanan karşılıksız kazandırmalar yönünden sadece eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payları korunmuştur.^{752, 753} Bu kişiler dışında eşlerin ortak çocuklarına veya diğer saklı paylı mirasçılara (ölen eşin ana ve babasına) yönelik bir koruma öngörülmemiştir.⁷⁵⁴ Saklı payı korunan altsoyun çevresinin sadece ortak olmayan altsoyla sınırlı tutulmasının yerinde olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

⁷⁴⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 318.

⁷⁵⁰ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 318; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 242; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 270.

⁷⁵¹ Dural, Öz, *Miras*, 249; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 270.

⁷⁵² TMK.m.237/f.2 hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “Edinilmiş malların önemli bir bölümünü eşlerden birisinin malvarlığındaki artışın oluşturması ve mal rejimi sözleşmesiyle bunun tamamının sağ kalan eşe kalmasını öngörülmesi halinde, ölen eşin mirasçılarının bundan zarar görecekları tabiidir. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası bu tür anlaşmaların, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını ihlal edemeyeceğini öngörmektedir. Bu hükümle eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, ortak olmayan çocukların saklı paylarını ihlal edecek çözümler getirmeleri önlenmek istenmiştir”.

⁷⁵³ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 4; Jungo, *CHK.*, Art.216, 217, N. 9. Şıpka/Kaplan’a göre, “TMK.m.237/f.2 hükmü, miras hukukuna ilişkin saklı payların korunması ilkesini daraltmaktadır. Zira hükümde sadece ortak olmayan altsoyun saklı payı korunmuştur. Ortak olmayan altsoy bulunmuyorsa, ortak altsoy veya ölen kişinin diğer mirasçıları TMK.m.237/f.2 hükmüne aykırı şekilde yapılmış olan mal rejimi sözleşmesine karşı tenkis davası açamazlar” (Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 273).

⁷⁵⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 50; Jungo, *CHK.*, Art.216, 217, N. 10; Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 216, N. 16; Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 4; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 241; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 320; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 271; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 259; Dural, Öz, *Miras*, 249; Serozan, Engin, *Miras*, 193; Şenocak, “Artık Değer”, 396; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 98-99; Özer Deniz, *Tasfiye*, 97; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 108; Tak Aydın, *Sona Erme*, 121; Esra Civelek Acar, *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2019), 69. Birinci Uzun’a göre, “TMK.m.237/f.2 hükmünde ortak altsoy ve ortak olmayan altsoy şeklinde bir ayırım yapılarak mirasbırakanın birinci zümre mirasçıları arasındaki eşitlik bozulmaktadır”. Yazara göre, “mal rejimlerine ilişkin bu hüküm, miras hukuku sistemimizle uyum içinde değildir” (Birinci Uzun, “Saklı Pay”, 110). Dural/Öz’e göre, “TMK.m.237/f.2 hükmü ortak çocuklar ve torunları koruma dışı bırakmış olup, bu düzenleme çocuğun payının kendi anne veya babasına ya da torunun payının kendi dedesine veya büyükannesine kaçırılmasını sorun olarak görmemektedir. Bu düzenleme bu yönüyle eleştirilebilir”. Bkz. Dural, Öz, *Miras*, 249. Aynı yönde açıklama için bkz. Nuri Aziz Midyat, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 51). Gençcan’a göre, “Türk Medeni Kanunu söz konusu hüküm ile özellikle ikinci kez evlenenleri hedeflemiştir” (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 721). Ayrıca doktrinde söz konusu düzenlemede eşlerin ortak altsoylarının saklı paylarının ihlal edilebileceği gibi anlam çıksa da bu sonucun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir (Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 116, dñn. 160).

Kanaatimizce de üstün tutulması gereken görüşe göre, mal ortaklığı rejimi bakımından benzer hususu düzenleyen TMK.m.276/f.3'de olduğu gibi, edinilmiş mallara katılma rejiminde de altsoyun tamamının bu korumadan yararlanması daha isabetli olurdu.⁷⁵⁵ Doktrindeki hakim görüşe göre ise, eşler arasındaki katılma alacağına ilişkin anlaşmalar her iki eşe de mirasçı olabilen ortak çocukların haklarını önemli ölçüde etkilememektedir.⁷⁵⁶ Zira, ortak altsoy, söz konusu anlaşma sebebiyle ilk aşamada ölen eşin tereke değerlerinden kısmen yararlanamamış olabilir. Ancak artık değere katılma anlaşmasıyla elde edilen kazandırmanın değeri sağ kalan eşin malvarlığına dahil olmakta ve bu eşin ölümünden sonra söz konusu malvarlığı değerleri üzerinde ortak altsoy hak sahibi olmaktadır.⁷⁵⁷ Doktrinde bir kısım yazara göre, ileride ortak altsoyun her hâlükârda sağ kalan eşe mirasçı olacağı gerekçesi ile onların saklı paylarının zedelenmeyeceğine ilişkin görüş yerinde değildir.⁷⁵⁸ Sağ kalan eşe ilerleyen zamanlarda da olsa mirasçı olacağı gerekçesi ile ortak altsoy, derhal sahip olabileceği bir miras payından mahrum bırakılmaktadır. Ayrıca ileride ortak altsoyun sağ kalan eşe mirasçılıktan çıkarma, mirasın reddi, yoksunluk, feragat sebebiyle mirasçı olamaması ihtimalinin de bulunması bu görüşün isabetli olmadığını göstermektedir.⁷⁵⁹ Doktrinde bazı yazarlara göre ise, ortak çocukların haklarının önemli derece etkilenmeyeceği görüşü doğru kabul edilse dahi, eşlerin altsoylarının olmadığı ve eşin diğer eşin anne ve babası ile mirasçı olduğu durumlarda bu görüş kabul edilemez. Eşlerin altsoylarının olmadığı böyle bir olasılıkta katılma alacağı sözleşmesiyle miras payı azaltılan ana ve baba daha sonra eşe mirasçı olamayacağı için onların kaybının sonradan telafi edilmesi de mümkün değildir.⁷⁶⁰ Çekin'e göre de ortak olmayan altsoya TMK.m.237/f.2 hükmü ile korunma sağlanmasının sebebi, ortak olmayan altsoyunun sağ kalan eşe mirasçı olamamasıdır.⁷⁶¹ Ancak yazara göre, kanunda öngörülen bu düzenleme ile aynı ana

⁷⁵⁵ Acar, *Mal Rejimleri*, 157; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 232.

⁷⁵⁶ Jungo, *CHK.*, Art.216, 217, N. 10; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 241; Şenocak, "Artık Değer", 396; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278; Nar, *Tenkis*, 31; Kılıçoğlu, *Aile*, 350; Özer Deniz, *Tasfiye*, 97; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 333; Kiraz, "Mal Rejimi", 86; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 121; Midyat, *Değer Artış Payı*, 51; Tokat, "Yansıma", 933; Yıldız, "Tasfiye", 111-112.

⁷⁵⁷ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278; Şıpka, Kaplan, "Paylaşma Oranı", 271. Şıpka'ya göre, "ortak olmayan çocukların böyle bir beklentisi söz konusu olamaz". Bkz. Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278. Aynı yönde bkz. Şıpka, Kaplan, "Paylaşma Oranı", 271.

⁷⁵⁸ Acar, *Mal Rejimleri*, 157; Çekin, "Mal Rejimi", 196; Kaya, *Mal Ortaklığı*, 139-140.

⁷⁵⁹ Acar, *Mal Rejimleri*, 157; Birinci Uzun, "Saklı Pay", 128; Kaya, *Mal Ortaklığı*, 140; Tokat, "Yansıma", 936.

⁷⁶⁰ Midyat, *Değer Artış Payı*, 51, dpn. 124.

⁷⁶¹ Çekin, "Mal Rejimi", 196.

veya aynı babanın altsoyundan bir kısmı ana veya babasının ölümünden hemen sonra saklı payına sahip olacak ve saklı payında daha erken zamanda tasarruf edebilecektir. Ortak olan altsoy ise, ancak sağ kalan eşin ölümü üzerine saklı paylarına kavuşabilecektir.⁷⁶² Ayrıca Nar’a göre, lehine katılma alacağı artışı sağlanan eşin yeniden evlenmesi durumunda, sağ kalan eş lehine sağlanan artışın ortak çocukların menfaatlerini etkilemesi de söz konusu olabilir.⁷⁶³ Yazarın vermiş olduğu bir örneğe göre, “sağ kalan eş, eşinin ölümünden sonra başka birisi ile evlenir ve evliliği de kendisinin ölümü dolayısıyla sona ererse, kendi terekesinde yer alacak katılma alacağı artışından eşi de sağ kalan eş sıfatıyla 1/4 oranında yararlanacaktır. Sağ kalan eşin yeniden evlenmiş olmasının ortaya çıkardığı böyle bir olasılık ise, ortak çocukların aleyhine sonuçlar doğuracaktır”.⁷⁶⁴ Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından özellikle sağ kalan eşin yeniden evlenmesi olasılığı dikkate alınarak eşlerin ortak çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarına ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır.⁷⁶⁵

İsviçre Medeni Kanunu Art. 216 hükmü, TMK.m.237 hükmünü karşılamaktadır. mehz Kanun ZGB. Art. 216/Abs. 2 hükmüne göre de eşlerin artık değere katılma esasına ilişkin anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payını zedeleyemez. İsviçre Medeni Kanunu’nda da eşlerin ortak çocukları ve onların altsoylarının saklı payı korunmamıştır. Söz konusu düzenlemeler Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da ortak çocuklar ve onların altsoylarının saklı paylarını korumadığı ve onlara tenkis davası açma hakkı vermediği için eleştirilmekteydi. İsviçre Medeni Kanunu’nda değişiklik öngören ve revizyon çalışmaları kapsamında hazırlanan tasarı metninde ZGB. Art. 216/Abs. 3 hükmünde ZGB. Art. 216/Abs. 2 hükmünde olduğu gibi yapılacak anlaşmaların eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payını zedeleyemeyeceği

⁷⁶² Çekin, “Mal Rejimi”, 196.

⁷⁶³ Nar, “Revizyon”, 356.

⁷⁶⁴ “Yasa, mal rejimi sözleşmesine karşı eşlerin ortak olmayan çocuklarını ve onların altsoylarının saklı paylarını korumaktadır. Zira, buradaki düşünce, eşlerin ortak çocuklarının diğer eşin ölümü ile artık değer üzerinde miras haklarının gündeme gelecek olmasıdır. Ancak sağ kalan eşin yeniden evlenmesi ve sonrasında ölmesi halinde, önceki evliliğinden doğan katılma alacağında ikinci eşinin miras hakkı olacaktır. Bu durumda da ilk evlilikten ortak çocukların miras haklarının azalması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle İsviçre hukuku uygulamasında sıklıkla, mal rejimi sözleşmelerine yeniden evlenmeme şartı konulduğu görülmektedir” (Günarslan, “Artık Değer”, 13, dpn. 57).

⁷⁶⁵ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Nar, “Revizyon”, 357. İnan/Ertaş/Albaş’a göre de, “artık değere katılmada, mirasbırakan sıfatını taşıyacak eşlerden birinin üç veya daha fazla evlilik yapması durumunda, tereke hesabının içinden çıkmak; ortak olmayan ve farklı evlilikten olan çocukların mirasta hak sahipliğinin belirlenmesi sadece tereke hesabına yönelik değil, hak sahipliğine yönelik başka hukuki sorunları da beraberinde getirecektir” (İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras*, 359).

belirtilmiştir. Ancak eleştiriler yönünde değişiklik öngörülerek, eski düzenlemeye ek olarak, tasarı metninde eşlerin ortak altsoylarının da saklı payları kısmen de olsa koruma altına alınmıştır. Tasarıdaki düzenleme ortak altsoya sağ kalan eşin yeniden evlenmesi halinde katılma alacağı artışı dolayısıyla saklı paylarında meydana gelen ihlalin giderilmesi için tenkis talebinde bulunma imkânını tanımaktaydı.⁷⁶⁶ Ne var ki İsviçre Medeni Kanunu'na ilişkin tasarı metni 18 Aralık 2020 tarihinde kabul edilmiş, ancak ZGB. Art. 216 hükmüne ilişkin tasarıda öngörülen bu değişiklik yasalaşmamıştır.

Türk Medeni Kanunu m.237/f.2 ile korunan değer sadece eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun saklı paylarıdır. Bu kişilerin yasal miras payları açısından herhangi bir koruma söz konusu değildir. Öztan'a göre⁷⁶⁷, TMK.m.237/f.2 hükmünden, eşlerin evlilik dışındaki çocuklarının saklı paylarının zedelenmeyeceği hükmü öngörülürken, evlilik içinde doğan çocukların saklı paylarının zedelenebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Yazara göre, kanun koyucunun bu hüküm ile neyi düzenlemek istediği anlaşılamamaktadır. Yazarın belirttiği üzere, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin TMK.m.237/f.2 hükmü, miras hukukundaki saklı paylar üzerinde tasarrufta bulunulamayacağı kuralı karşısında özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle eşlerin artık değere katılmaya ilişkin yapacakları anlaşmanın ortak altsoyun saklı payını zedeleyecek şekilde yapılabileceği anlaşılmamalıdır. Söz konusu hüküm, edinilmiş malları kapsayan malvarlığı kesimi için eşin serbestçe tasarrufta bulunabileceği şeklinde yorumlanmalıdır.⁷⁶⁸

Türk Medeni Kanunu m.237/f.2 hükmü ile eşlerin ortak çocuklarına ilişkin bir koruma öngörülmediği gibi, eşlerin alacaklılarına ilişkin de herhangi bir koruma öngörülmemiştir. Doktrinde, TMK.m.237 hükmü uyarınca eşlerin alacaklıları açısından da koruma öngörülmesinin gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki bir görüşe göre,⁷⁶⁹ TMK.m.237 hükmü m.213 hükmü ile birlikte değerlendirilmelidir. Zira TMK.m.213/f.2'nin şartları gerçekleşmiş ise kendisine böyle bir malvarlığı geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumlu olur.

⁷⁶⁶ Fankhauser/Jungo, 6; Açıklayıcı Rapor, 5848; Nar, "Revizyon", 354.

⁷⁶⁷ Öztan, *Aile*, 305.

⁷⁶⁸ Öztan, *Aile*, 305.

⁷⁶⁹ Aldemir, *Taraf İradeleri*, 80. Sarı'ya göre, "artık değere katılmaya ilişkin anlaşmaların eşlerin alacaklıları yönünden yaratacağı olumsuzluklar açısından mal rejimlerine ilişkin genel hükümlerden olan m.213 hükmü ile İİK.m.277 vd. maddelerinden yararlanılabilir" (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 240, dpn. 329).

Bu nedenle alacaklılar açısından m.237 hükmü ile bir koruma getirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Sonsuzoğlu'na göre ise, TMK.m.237 hükmü ile sadece eşlerin ortak olmayan altsoyları korunmuş olup, eşlerin alacaklıları olan üçüncü kişiler ve eşlerden birinin vergi borçlusu olması halinde devlet bu kapsamda korunmamıştır. Yazara göre, TMK.m.213 hükmü alacaklıları koruyucu düzenleme içerdiği için, TMK.m.237 hükmünü eşlerin alacaklıları açısından kanun boşluğu oluşturduğu şeklinde yorumlamamak gerekir.⁷⁷⁰ Ancak yazara göre, TMK.m.237 hükmü ile m.213 hükmü birlikte değerlendirilirse, eşlerin kanuni katılım oranından farklı bir esas benimsemelerine ilişkin anlaşmanın geçerli olabilmesi için eşlerin alacaklılarının haklarını da zedelememesi gerektiği söylenebilir.⁷⁷¹ Kanaatimizce, TMK.m.213 hükmünde alacaklıları koruyucu düzenleme ayrıca sevk edildiği için, TMK.m.237 hükmü uyarınca yapılacak anlaşmalarda ortak olmayan altsoy yanında alacaklıların korunmasına ilişkin bir düzenlemeye gerek görülmemektedir.

c) Eşlerin Belirlediği Artık Değere Katılma Esasının Saklı Payları Zedeleyip Zedelediğinin Tespiti

Artık değere katılmaya ilişkin yapılan anlaşmaların, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını ihlal edip etmediğinin tespit edilebilmesi için öncelikli olarak bu kişilerin yasal miras payları ve saklı paylarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu kişilerin saklı paylarının rakamsal olarak tespit edilebilmesi için ölen eşin terekesinin iki farklı durum dikkate alınarak hesaplanması gerekir. İlk olarak, eşlerin kanuni katılma oranı uyarınca katılma alacağı belirlenir ve bu katılma alacağı dikkate alınarak ölen eşin terekesi hesaplanır. Belirlenen bu terekeye göre, miras hukukunun miras paylaşım kuralları uyarınca eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoylarının yasal miras payları ve saklı payları rakamsal olarak belirlenir. İkinci olarak ise, artık değere katılmaya ilişkin yapılan anlaşma çerçevesinde eşlerin katılma alacakları tespit edilir ve bu katılma alacağı göz önünde bulundurularak ölen eşin terekesi rakamsal olarak hesaplanır. Hesaplanan bu tereke miktarına göre, ortak olmayan çocuklar ve onların altsoyunun yasal miras payları ve saklı payları yeniden rakamsal olarak tespit edilir. Yapılan bu ikinci hesaplama uyarınca bulunan saklı pay miktarı, kanuni orana göre tespit edilen saklı pay miktarını karşılamıyorsa,

⁷⁷⁰ Sonsuzoğlu, *Vergi Hukuku*, 45.

⁷⁷¹ Sonsuzoğlu, *Vergi Hukuku*, 45.

artık değere katılma anlaşmasının saklı payları ihlal ettiği ve eksik kalan kısım kadar sağ kalan eşin katılma alacağından indirilmesi gerektiği belirlenmiş olur.⁷⁷² Örneğin, önceki evliliğinden (A) ve (B) adında iki çocuğu bulunan (M), (E) ile evlenmiş ve evlilik devam ederken yapılan mal rejimi sözleşmesi ile (E)'nin artık değere katılma oranı 3/4 olarak belirlenmiştir. Evlilik (M)'nin ölümü sebebiyle sona ermiştir. (M)'nin, bütün malvarlığı 1.600.000 TL tutarındaki edinilmiş malından ibarettir. (E)'nin ise herhangi bir malvarlığı bulunmamaktadır. Bu verilere göre, (M) ile (E)'nin yaptığı artık değere katılma anlaşmasının (A) ve (B)'nin saklı paylarını ihlal edip etmediğini belirleyebilmek için şu iki ayrı hesaplamayı yapmamız gerekir.

Kanuni katılım oranı esas alınarak yapılan birinci hesaplama: Edinilmiş mallara ilişkin herhangi bir borcu bulunmayan (M)'nin edinilmiş mallarının toplamı olan 1.600.000 TL aynı zamanda onun artık değerini oluşturur. (M)'nin artık değerinin yarısı olan 800.000 TL üzerinde TMK.m.236/f.1 gereği eşi (E) hak sahibi olur. (E)'nin herhangi bir malvarlığı bulunmadığı için, onun artık değeri hesaplanmaz. (M)'nin malvarlığının (E)'nin katılma alacağı dışında kalan kısmı olan 800.000 TL ise (M)'nin terekesini oluşturur. Bu terekede (E) sağ kalan eş sıfatıyla 1/4 oranında (200.000 TL) miras payına ve aynı oranda (200.000 TL) saklı paya sahip olur⁷⁷³. (A) ve (B)'den her birisi ise, birinci zümre mirasçısı sıfatıyla 3/8 miras payına (300.000 TL) ve 3/16 oranında saklı paya (150.000 TL) sahip olur⁷⁷⁴.

Sözleşmesel katılım oranı esas alınarak yapılan ikinci hesaplama: (M)'nin artık değerinin 3/4'ü olan 1.200.000 TL üzerinde TMK.m.237/f.1 gereği eşi (E) hak sahibi olur. (M)'nin malvarlığının (E)'nin katılma alacağı dışında kalan kısmı olan 400.000 TL ise (M)'nin terekesini oluşturur. Bu terekede (E) sağ kalan eş sıfatıyla 1/4 oranında (100.000 TL) miras payına ve aynı oranda (100.000 TL) saklı paya sahip olur. (A) ve (B)'den her birisi ise, birinci zümre mirasçısı sıfatıyla 3/8 miras payına (150.000 TL) ve 3/16 oranında saklı paya (75.000 TL) sahip olur.

⁷⁷² Şenocak, “Artık Değer”, 404-405; Dural, Öz, *Miras*, 250; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 82.

⁷⁷³ TMK.m.499/b.1'e göre, sağ kalan eş, mirasbırakanın altsoyu (birinci zümre) ile mirasçı olursa, 1/4 oranında mirasta hak sahibi olur. TMK.m.506/b.4'e göre ise, sağ kalan eş mirasbırakanın altsoy zümresiyle birlikte mirasçı olursa yasal miras payının tamamı oranında saklı paya sahip olur.

⁷⁷⁴ Sağ kalan eşlerin elde ettiği 1/4'lük miras payı dışında kalan miras payları üzerinde birinci zümre mirasçıları eşit olarak hak sahibi olur (TMK.m.495/f.2). Mirasbırakanın birinci zümrede yer alan çocuklarının saklı payı, yasal miras paylarının yarısıdır (TMK.m.506/b.1).

Kanuni katılım oranı esas alınarak yapılan birinci hesaplamada (M)'nin mirasçısı olan çocuklarından her biri 150.000 TL ve toplamda 300.000 TL saklı pay elde ederken, sözleşmesel katılım oranına göre yapılan ikinci hesaplamaya göre ise her biri 75.000 TL ve toplamda 150.000 TL saklı pay elde etmektedirler. Ortak olmayan çocukların birinci hesaplamaya göre elde ettikleri saklı pay toplamı olan 300.000 TL ile ikinci hesaplamaya göre elde ettikleri saklı pay toplamı olan 150.000 TL arasında oluşan 150.000 TL'lik fark, eşlerin sözleşme ile belirledikleri artık değere katılma oranından kaynaklanmaktadır. Ortak olmayan çocuk olan (A) ve (B)'den her biri söz konusu anlaşma dolayısıyla saklı paylarında meydana gelen ihlalin giderilmesini artık değere katılma anlaşmasıyla lehine kazandırma yapılan sağ kalan eş (E)'den talep edebilirler.

d) Ortak Olmayan Çocukların ve Onların Altsoyunun Saklı Paylarının İhlal Edilmesinin Sonuçları

(1) Genel Olarak

Kanunda artık değere yasal katılma oranını değiştiren anlaşma ile ortak olmayan çocukların ve onların altsoyunun saklı paylarının zedelenemeyeceği (ihlal edilemeyeceği) belirtilmiş ancak saklı payları zedeleyen anlaşmaya hangi yaptırımın uygulanacağı düzenlenmemiştir. Hükümde bu konuda bir açıklık bulunmaması, sağ kalan eş lehine yapılan ve saklı payları ihlal eden anlaşmaya hangi yaptırımın uygulanacağı hususunda doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre⁷⁷⁵, saklı payı ihlal amacıyla yapılan mal rejimi sözleşmesi geçersizdir. Zira böyle bir anlaşma, TMK.m.2/f.2, m.237/f.2 ve m.506'da yer alan emredici hukuk kurallarına aykırı niteliktedir.⁷⁷⁶ Bu görüşe göre, mal rejimi sözleşmesi ile belirlenen artık değere katılma esası saklı payları ihlal ediyorsa, saklı pay hesabı böyle bir anlaşma yapılmamış gibi hesaplanacaktır.

Kanaatimizce de yerinde olan hakim görüşe göre ise, bu durumda mal rejimi sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmayıp, saklı payın korunması tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ile sağlanabilir.⁷⁷⁷ Ölen eşin ortak olmayan

⁷⁷⁵ Paul Piotet, *Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht* (Bern, 1987), 167 (Acar, *Mal Rejimleri*, 151'den naklen); Burhan Hayran, *Mal Rejimleri Şerhi* (Ankara: Adil Yayınevi, 2004), 315 (Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 100'den naklen).

⁷⁷⁶ Hayran, *Mal Rejimleri*, 315 (Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 100'den naklen).

⁷⁷⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 43; Fankhauser, *CHK*, II, Art. 522, N. 2; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*,

çocukları veya onların altsoyları, saklı paylarına yönelik ihlali gidermek için diğer eş karşı tenkis davası açabilir.⁷⁷⁸ Diğer bir ifadeyle, TMK.m.237/f.2'nin ortak olmayan çocuklar ve onların altsoylarının saklı paylarına tanıdığı koruma, artık değere katılmaya ilişkin anlaşmanın geçersizliğiyle değil, bu anlaşma ile sağ kalan eş lehine yapılan kazandırmanın tenkisiyle sağlanır.⁷⁷⁹ Dolayısıyla sağ kalan eş lehine kazandırma sağlayan mal rejimi sözleşmesi geçerliliğini koruyacak, ancak yapılan kazandırma ortak olmayan çocuklar ve onların altsoyunun saklı paylarını ihlal ettiği oranda tenkis edilecektir. Kazandırmanın saklı payları ihlal etmeyen kısmı üzerinde ise, sağ kalan eş hak sahibi olarak kalmaya devam edecektir.⁷⁸⁰ Bu konuda belirtmek gerekir ki, saklı payı ihlal edilen ortak olmayan çocukların ve onların altsoyunun tenkis talebinde bulunabilmeleri bakımından, eşlerin yaptıkları anlaşmayla saklı payları zedeleme kastını taşıyıp taşımadıkları da önem arz etmez.⁷⁸¹ Eşler, artık değere katılma anlaşmasını

13 Auflage (Zürich: Schulthess, 2010), 666; Christian Brückner, Thomas Weibel, *Die Erbrechtlichen Klagen*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2012), N. 60a; Ryffel, *ZGB Komm.*, Art. 216, N. 5; Dural, Öz, *Miras*, 250; Şenocak, “Artık Değer”, 403; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 252; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 243; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 319; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 282; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 272; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 259; Acar, *Mal Rejimleri*, 152; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 386; Altunkaya, “İfa”, 394; Nar, *Tenkis*, 31; Nar, “Revizyon”, 354; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 722; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 81; Civelek Acar, *Tasfiye*, 69; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 99-100; Acabey, *Katılma Rejimi*, 174; Antalya, *Miras*, 363; Eren, *Tenkis*, 23; Öztan, *Miras*, 142; Güvenç, Yazıcı, “Anlaşmalar”, 131; Kiraz, “Mal Rejimi”, 58-59. Artık değere katılma ile ilgili mal rejimi sözleşmelerinin tenkisi konusunda geniş bilgi için bkz. Şenocak, “Artık Değer”, 377-411; Yıldız, “Tasfiye”, 112.

⁷⁷⁸ Antalya, *Miras*, 363; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 252; Nar, *Tenkis*, 31.

⁷⁷⁹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 243; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 272; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 722. Karakimseli’ye göre, “eşlerin sözleşme özgürlüğü ile saklı paylı mirasçıların menfaatleri arasındaki denge, saklı paylı mirasçılara tenkis davası açma imkânının sağlanması ile mümkün olabilir” (Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 100).

⁷⁸⁰ Acar, *Mal Rejimleri*, 152.

⁷⁸¹ Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 272; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 261. Gençcan’a göre ise, “TMK.m.237/f.2 hükmüne rağmen, eşler, ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyecek şekilde bir mal rejimi sözleşmesi yapmışlarsa ne olacağına ilişkin çözüm, TMK.m.229 hükmü ile örtülü olarak getirilmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında ortak olmayan altsoyun saklı payını zedeleyecek nitelikte bir mal rejimi sözleşmesinin yapılması durumunda, bu tasarruf TMK.m.229/f.1, b.2 hükmü uyarınca diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan bir tasarruf kabul edilerek tasfiyede eklenecek değer olarak dikkate alınmalıdır”. Yazar ayrıca hakim görüşe uygun olarak “bu nitelikteki bir mal rejimi sözleşmesinin geçersizliğinin söz konusu olmayacağını, saklı payı zedelenen ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun tenkis davası açabileceğini de ifade etmiştir” (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 721-722). Gençcan’ın bu görüşü doktrinde eleştirilmiştir (Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 398, dpn. 395; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 282-283; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 272). Zira TMK.m.229/f.1, b.1 ve 2’deki kazandırmalar sadece eşler dışında üçüncü kişilere yapılan kazandırmaları kapsamaktadır. Doktrindeki bazı yazarlara göre, “TMK.m.229/b.2 hükmü sadece eşler arasındaki ilişkiyi düzenlemekte ve bu hükümde bir eşin diğer eşin katılma alacağını engelleme kastıyla yaptığı devirler söz konusudur. Ayrıca bu tür bir mal rejimi sözleşmesi, TMK.m.229/f.2 ve m.241’deki koşulları taşımamaktadır. Zira TMK.m.237/f.2 hükmüne aykırı şekilde yapılan mal rejimi sözleşmesi ile

yaparken böyle bir amaç taşımaya dahi, anlaşma saklı payları ihlal ediyorsa ilgililer tenkis talebinde bulunabilir.

(2) Tenkise İlişkin Hükümlerin Uygulanmasının Gösterdiği Özellikler

(a) Genel Olarak

Artık değere katılma esasını düzenleyen mal rejimi sözleşmesinin saklı payları ihlal etmesi halinde, söz konusu ihlalin giderilmesi için açılacak tenkis davasına hangi hükümlerin uygulanacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, TMK.m.237/f.2'ye dayanan tenkis davası, TMK.m.241 hükmünde uygulanacak olan mal rejimine özgü tenkis davası olmayıp, TMK.m.560 vd.'da öngörülen mirasçılığa dayanan tenkis davasıdır.⁷⁸² Diğer bir görüşe göre ise, TMK.m.237/f.2 eşlerin ortak olmayan çocuklarına ve onların altsoyuna TMK.m.241 hükmünde olduğu gibi mal rejiminden kaynaklanan bir tenkis davası tanımaktadır.⁷⁸³ Kanaatimizce, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun tenkis talebi, mal rejiminden değil, doğrudan saklı paylarından kaynaklanmaktadır.⁷⁸⁴ Davanın konusu ve tarafları bakımından TMK.m.241 ile TMK.m.237/f.2 arasında bir benzerliğin bulunduğu söylenemez. Zira TMK.m.241'de eşin ya da mirasçılarının mal rejimi hükümleri uyarınca sahip olduğu bir alacak hakkını ileri sürmesi söz konusudur. Buna karşılık TMK.m.237/f.2 kapsamında eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun ileri sürdüğü hak ise, miras hukuku hükümleri kapsamında sahip olunan ve aynı olarak talep edilebilmesi mümkün olan bir haktır. Bu nedenle, TMK.m.237/f.2'ye istinaden açılacak tenkis davasına, aşağıda belirtilen özellikler göz önünde bulundurulmak kaydıyla, miras hukukunda tenkis talebini düzenleyen TMK.m.560 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir.

eşlerin birbirinden mal kaçırmaya söz konusu olmayıp, ortak olmayan altsoydan mal kaçırmaya amaçlanmaktadır" (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 282-283; Şıpka, Kaplan, "Paylaşma Oranı", 272).

⁷⁸² Wildisen, *CHK.*, ZGB. Art. 470, N. 11; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 398, dpn. 394; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 386; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 319.

⁷⁸³ Şenocak, "Artık Değer", 403; Şıpka, Kaplan, "Paylaşma Oranı", 273.

⁷⁸⁴ "Artık değere katılma esasına ilişkin anlaşmayla yapılan artışın tenkis edilmesine ilişkin düzenleme Kanun'un mal rejimlerine ilişkin hükümleri arasında yer alsa da, ZGB. Art. 216/Abs.2 (TMK.m.237/f.2) mal rejimine özgü bir tenkis ya da mal rejimine özgü bir miras hukuku oluşturulmamıştır. Söz konusu tenkis miras hukuku niteliklidir" (Peter Weimar, "Zur Herabsetzung ehevertraglicher Vorschlagszuweisungen - Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 314", *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts - Festschrift für Heinz Rey* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG., 2003), 603).

(b) Tenkise Konu Kazandırma ve Kazandırmanın Hukuki Niteliği Bakımından

Artık değere katılma esasını belirleyen anlaşma ile kanuni orandan farklı bir katılma esasının belirlenmesi, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda eşlerden birinin malvarlığının artmasına diğerinin malvarlığının ise azalmasına sebep olabilir. Söz konusu anlaşmanın eşlerden birinin malvarlığında gerçekleştirdiği artış, eş lehine yapılan karşılıksız kazandırma niteliğindedir. Örneğin, eşlerden birinin artık değere katılma alacağına oranı 3/4 olarak belirlenmişse, kanuni oranla sözleşme ile belirlenen oran arasındaki fark katılma oranı artırılan eş lehine yapılmış bir karşılıksız kazandırma niteliği taşır. Artık değere katılma esasını belirleyen mal rejimi sözleşmesiyle, mirasbırakan sıfatına sahip olan eş tarafından sağ kalan eş lehine bir menfaat sağlaması, karşılıksız kazandırma niteliğindedir.

Tenkis davasının konusunu, mirasbırakanın saklı payları ihlal eden ölüme bağlı tasarrufları ve bazı sağlararası karşılıksız kazandırmaları oluşturmaktadır⁷⁸⁵. Kanun koyucu TMK.m.237/f.2'deki özel düzenleme ile artık değere katılma anlaşması ile diğer eşe yapılan karşılıksız kazandırmanın da bazı mirasçılar bakımından tenkis davasına konu olacağını kabul etmiştir. Ancak bu anlaşmadan kaynaklanan kazandırmanın, ölüme bağlı kazandırmalara mı yoksa sağlararası kazandırmalara dair hükümlere göre mi tenkis edileceğinin belirlenmesi gerekir. Zira, tenkiste uygulanacak hükümler, kazandırmanın niteliğe göre farklılık gösterir.

Artık değere katılma anlaşması ile diğer eşe yapılan karşılıksız kazandırmanın niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, artık değere katılma esasını konu edinen anlaşmaların tamamı mal rejimine özgü sağlararası bir hukuki işlem olarak değerlendirilmelidir.⁷⁸⁶ Anlaşmanın sağlararası hukuki işlem

⁷⁸⁵ “Tenkise tâbi kazandırmalar, ölüme bağlı kazandırmalar ve sağlararası kazandırmalar olmak üzere ikiye ayrılır. Ölüme bağlı kazandırmaların tamamı tenkise konu olurken, sağlararası kazandırmalar ise ancak TMK.m.565 ve m.567 hükmünde sınırlı olarak sayılan kazandırmalardan birine dâhil olması halinde tenkise konu olurlar” (Nar, *Tenkis*, 145).

⁷⁸⁶ Paul Eitel, “Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte und ihre Tragweite beim Ableben eines Ehegatten - ausgewählte Fragestellungen”, *Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge - Güterrecht - Unterhalt* 8. Symposium zum Familienrecht 2015 (Universität Freiburg, 2016), 11; Alexandra Jungo, “Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen”, *Successio*, 3 (2007), 166; Şenocak, “Artık Değer”, 402. “İsviçre ZGB.532’de öngörülen değişiklik ile de, artık değere katılma oranına ilişkin yapılan anlaşma dolayısıyla ortaya çıkan artış sağ kalan eş lehine yapılmış sağlararası bir kazandırma niteliği taşıdığı

olarak nitelendirilmesinde, mal rejiminin sona erme sebebine (mal rejiminin ölüm veya ölüm dışında başka bir sebeple sona ermesine) göre bir ayrım da yapılmamalıdır.⁷⁸⁷ Mal rejiminin ölümle sona erdiği hallerde dahi, anlaşma sağlararası hukuki işlem niteliği göstermektedir. Bu nedenle ortak olmayan çocukların ve onların altsoyunun saklı payını ihlal eden bu kazandırma, tenkise tâbi sağlararası kazandırma olarak terekeye eklenmelidir.⁷⁸⁸ Diğer bir görüşe göre ise, bu tür anlaşmalar ölümle ilgili tasarruf niteliğindedir.⁷⁸⁹ Söz konusu anlaşmalar etkisini ölüm anından itibaren doğurmakta ve ölen eşin terekesinde göstermektedir. Bu nedenle eş lehine yapılan kazandırma ölümle ilgili kazandırma olarak değerlendirilmeli ve tenkise konu olmalıdır. Acar'a göre⁷⁹⁰, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlama ile benzerlik gösteren bu anlaşmanın, anılan bağışlamadan farklı bir rejime tâbi tutulmaması gerekir. Zira TBK.m.290/f.2 gereği yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada vasiyete ilişkin hükümler uygulanır.

Doktrindeki hakim olan görüşe göre ise, anlaşmayla artık değere katılma alacağında gerçekleşen artışın eş lehine sağlararası bir kazandırma mı yoksa ölümle ilgili bir kazandırma mı olduğu mal rejiminin sona erme nedenine göre belirlenmelidir.⁷⁹¹ Bu görüşe göre, mal rejimi eşlerden birinin ölümü ile sona ermişse sağ kalan eşin katılma alacağında meydana gelen artış ölümle ilgili kazandırma niteliğindedir.⁷⁹² Bu nitelikteki karşılıksız kazandırmaya, ölümle ilgili tasarrufların tenkisine ilişkin hükümler uygulanır.⁷⁹³ Dolayısıyla söz konusu kazandırma, tenkiste sıra hükümleri uyarınca diğer ölümle ilgili tasarruflarla birlikte ilk sırada ve orantılı olarak tenkise tâbi tutulur (TMK.m.563). Mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde eşe yapılan kazandırmanın ölümle ilgili tasarruflara ilişkin hükümlere göre tenkis edileceğini kabul eden bazı yazarlara göre ise, söz konusu anlaşma ile sağ kalan eşe

ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk sırada tenkise tâbi tutulacağı düzenlenmiştir" (Açıklayıcı Rapor, 5847 ve 5860).

⁷⁸⁷ Şenocak, "Artık Değer", 403.

⁷⁸⁸ Şenocak, "Artık Değer", 402-403.

⁷⁸⁹ Acar, *Mal Rejimleri*, 150.

⁷⁹⁰ Acar, *Mal Rejimleri*, 151.

⁷⁹¹ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 5; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 242-243; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 319-320; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383-384; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 281. Sarı'ya göre, "sağlararası bir işlem olmasına rağmen, mal rejimi sözleşmesi hükümlerinin tenkise tâbi olması kuralı getirilmiştir" (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 35).

⁷⁹² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 39; Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 5; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 280-281; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383.

⁷⁹³ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 5; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383.

yapılan karşılıksız kazandırma, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bir bağışlama niteliği taşır (TBK.m.290/f.2).⁷⁹⁴ Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalar ölümüne bağlı tasarruf niteliğinde olmayıp, borçlar hukuku nitelikli bir sözleşmedir. Bu tür bir bağışlama sözleşmesinde bağışlayan sağlığında yükümlülük altına girmesine rağmen, bağışlanan şeyin değerinin ifası bağışlayanın ölümünden sonraki bir tarihe ertelenmektedir. Söz konusu bağışlamalar, TMK.m.565 kapsamında tenkise tâbi sağlararası kazandırmalar kapsamına girmez. Zira TBK.m.290/f.2 hükmüne göre, “*Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamada, vasiyete ilişkin hükümler uygulanır*”. Dolayısıyla bu nitelikteki bağışlamalar da kanun hükmü gereğince ölümüne bağlı tasarruflara ilişkin hükümler uyarınca tenkise tâbi olurlar.⁷⁹⁵

Doktrindeki hakim görüş, mal rejiminin ölüm dışında bir sebeple sona ermesi durumunda ise, eşe artık değere katılım anlaşması ile yapılan kazandırmanın sağlararası bir kazandırma niteliği taşıdığını kabul etmektedir.⁷⁹⁶ Zira mal rejiminin ölüm dışında sona erdiği hallerde katılma alacağındaki artıştan kaynaklanan kazandırma eşlerin sağlığında ifa edilmekte ve onların malvarlığında yer almaktadır. Bu durumda saklı pay ihlali ölümüne bağlı tasarrufların tenkisi ile giderilmemişse sağlararası kazandırmaların en yeni tarihlisinden en eski tarihlisine doğru tenkis yapılacaktır (TMK.m.570).⁷⁹⁷ Artık değere kanuni katılma oranını değiştiren anlaşmanın sağlararası bir kazandırma olarak kabul edilmesi halinde, tenkiste sıra ilkesi bakımından hangi tarihin esas alınacağı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, burada mal rejimi

⁷⁹⁴ Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 5; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 240; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 318; Nar, *Tenkis*, 29-30. “Özellikle, sağ kalan eşin durumunu iyileştirmek ve sağ kalan eşin artık değere katılma miktarını artırırken, ölen eşin artık değere katılma oranını azaltan veya kaldıran düzenlemeler bu niteliktedir” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 240). Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bir bağışlamanın ölümüne bağlı kazandırmalara ilişkin kurallara göre tenkis edileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. Nar, *Tenkis*, 176-177.

⁷⁹⁵ Tufan Ögüz, “Ölümüne Bağlı Bağışlama ve Bu Bağışlamalara Uygulanacak Hükümler”, içinde Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1996), 400; Merve Yılmaz, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 195.

⁷⁹⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 39; Steck, Fankhauser, *FamKomm*, Art. 216, N. 15; Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 5; Rumo-Jungo, 2007, 163; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 383-384; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 243; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 319-320; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 81; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 280-281; Nar, *Tenkis*, 29. “Bu kapsamda gerçekleşen karşılıksız kazandırmaların özellikle eşlerin mirasçıları açısından yansıması olmaktadır. Zira mal rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi durumunda, artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalar, eşlerden birinin terekasının azalmasına ve mirasçıların bu durumda daha az miktarda mirasa hak kazanmalarına yol açar” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 240).

⁷⁹⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 243; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 319-320; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 81.

sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, evliliğin yapıldığı tarih esas alınacaktır.⁷⁹⁸ Zira, mal rejimi ve sözleşme, yürürlüğünü evliliğin yapıldığı tarihten itibaren kazanacaktır. Diğer görüşe göre ise, eş lehine kazandırmanın tenkisteki sırası bakımından evliliğin ya da mal rejiminin yapıldığı tarih değil, mal rejiminin sona erdiği tarih dikkate alınmalıdır.⁷⁹⁹ Zira mal rejimi sözleşmesinin akdedilmiş olması eşlere bir hak değil, sadece beklenti sağlar. Eşin artık değere katılma talebi, mal rejiminin sona ermesiyle bir hakka dönüşür. Eşe yapılan kazandırmanın miktarı da bu anda belirlenebilir.⁸⁰⁰

Kanaatimizce, eşe yapılan kazandırmanın hukuki niteliğinin hakim görüşün de benimsediği gibi, mal rejiminin sona erme sebepleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eşe yapılan kazandırma ölüme bağlı kazandırmalara ilişkin hükümlere göre tenkis edilmelidir. Dolayısıyla eşe yapılan bu nitelikteki kazandırmanın, sağlararası kazandırmalardan önce (TMK.m.570/f.1) ve gerekiyorsa diğer ölüme bağlı kazandırmalarla birlikte orantılı olarak (TMK.m.563) tenkisi yapılmalıdır.⁸⁰¹ Mal rejiminin ölüm dışında başka bir sebeple sona ermesi halinde ise, eşe yapılan kazandırma sağlararası kazandırma olarak kabul edilmeli ve bu kazandırmalara dair kurallara göre tenkis edilmelidir. Bu kapsamda, sağlararası kazandırmaların tenkis sırasında uygulanan “tarih esası”, eşe yapılan kazandırma bakımından da uygulanmalıdır. Söz konusu kazandırmanın tenkisteki sırasının belirlenmesi bakımından esas alınması gereken tarihinin ise, mal rejiminin sona erdiği tarih olduğu kabul edilmelidir. Zira eş lehine yapılan kazandırma ancak bu andan itibaren talep veya dava edilebilir hale gelmektedir. Artık değere katılma esasını belirleyen anlaşma, mal rejimi sona ermeden önce kazandırmadan yararlanan eşin malvarlığının aktif kısmında bir artış meydana getirmez. Bu nedenle mal rejimi ölüm dışında sona ermişse, eşe yapılan sağlararası kazandırmanın mal rejiminin sona erme tarihinde (ölümünden hemen önce) yapıldığı kabul edilmeli ve en yeni tarihli kazandırma olarak sağlararası kazandırmalar arasında ilk sırada tenkis edilmelidir.⁸⁰²

⁷⁹⁸ Acar, *Mal Rejimleri*, 150, dpn. 413.

⁷⁹⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 39.

⁸⁰⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 39.

⁸⁰¹ Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 15.

⁸⁰² Thomas Geiser, “Know-how - Herkömmliche und neue Bedürfnisse bei der Gestaltung von Eheverträgen”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 9 (1993): 1158; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 45; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 15.

(c) Tenkis Talebinde Bulunabilecek Kişiler Bakımından

Tenkis, saklı payların mirasbırakan tarafından ihlal edilmesinin yaptırımı niteliğindedir. Bu nedenle, mirasbırakanın gerçekleştirdiği tasarruflara karşı tenkis talebinde bulunma hakkı, saklı payı ihlal edilen mirasçılara tanınmıştır (TMK.m.560/f.1).⁸⁰³ Saklı payı ihlal edilen mirasçılardan her birinin, saklı paylarını ihlal eden kazandırmalara karşı tenkis talebinde bulunması mümkündür. Ancak kanun koyucu artık değere katılma anlaşmasıyla eşe sağlanan karşılıksız kazandırmaların tenkisini talep hakkına sahip olan mirasçıların çevresini özel olarak düzenlemiştir. TMK.m.237/f.2’de, söz konusu kazandırmanın sadece eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı payını zedeleyebileceği ve dolayısıyla bu kazandırmaya karşı sadece onların tenkis talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır.⁸⁰⁴ Görüldüğü üzere, eşlerin artık değere katılma anlaşması ile elde ettikleri kazandırmaya karşı tenkis talebinde bulunacak kişilerin çevresi, TMK.m.560’a göre dar tutulmuş ve yalnızca eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoylarıyla sınırlandırılmıştır. Eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyu dışındaki diğer saklı paylı mirasçıları, TMK.m.237/f.2’ye dayalı olarak tenkis davası açamazlar.⁸⁰⁵ Ancak bu kişilerin miras hukuku kuralları uyarınca tenkis davası açma hakkı saklıdır.⁸⁰⁶

Bu kişilerin tenkis talebinde bulunabilmesi için, sadece miras hukuku kuralları uyarınca saklı paylı mirasçı olmaları yeterli olmayıp, mal rejiminin eşlerden birinin ölümüyle sona erdiği anda da, ölen eşe saklı paylı mirasçı sıfatıyla mirasçı olmaları gerekir. Dolayısıyla ortak olmayan çocuklar ve onların altsoyunun mirasçılık sıfatının mirasçılıktan çıkarma, mirastan feragat⁸⁰⁷, mirastan yoksunluk veya mirasın reddi sebeplerinden biriyle ortadan kalkması halinde, bu kişiler sağ kalan eşe karşı tenkis davası açamaz.

⁸⁰³ TMK.m.560/f.1’e göre, “Saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler”.

⁸⁰⁴ Maryse Pradervand-Kernen, “Divorce, régime matrimonial et nouveau droit successoral”, in: *Journée de droit successoral*, Bern: Stämpfli Verlag AG., 2022, 60; Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 1; Wildisen, *CHK.* II, ZGB.Art.470, N. 11; Eigenmann, *SHK.*, ZGB. Art. 527, N. 21.

⁸⁰⁵ Eigenmann, *SHK.*, ZGB. Art. 527, N. 21; Wildisen, *CHK.* II, ZGB.Art.470, N. 11; Pradervand-Kernen, “Divorce”, 60; Nuspliger, *OFK.*, Art. 216, N. 4.

⁸⁰⁶ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 100.

⁸⁰⁷ Kural olarak, mirastan tam feragat halinde kişinin mirasçılık sıfatı sona erdiği için mirasçılıktan doğan hakları kullanamaz. Aynı şekilde, tenkis davası açma saklı paya bağlı bir talep olduğu için, kişinin saklı payına özgü olmak üzere kısmen mirastan feragat etmesi halinde de tenkis davası açması mümkün değildir.

Artık değere katılma anlaşmasıyla eşe sağlanan karşılıksız kazandırmaya karşı, sadece saklı payı zedelenen ortak olmayan çocuklar ve onların altsoyu tenkis davası açabilir. Zira dava açma hakkı saklı payları ihlal edilen (zedelenen) mirasçılara tanınmıştır. TMK.m.237/f.2 gereği, ortak olmayan çocukların ve onların altsoyunun tamamı değil, sadece saklı paylarının karşılığını alamayanlar davacı sıfatına sahip olabilir. Somut olayda eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyu, saklı paylarının karşılığını herhangi bir şekilde elde etmişse, artık değere katılma anlaşması ile eşe yapılan kazandırmaya karşı tenkis davası açamazlar.⁸⁰⁸

(d) Tenkis Talebinin Süresi Bakımından

Eşlerin yaptıkları artık değere katılma anlaşması sebebiyle, saklı payları ihlal edilen eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun açacakları tenkis davasının tâbi olduğu süre konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Daha önce de açıkladığımız üzere, ilgililerin TMK.m.237/f.2’den kaynaklanan tenkis davası açma hakkı, TMK.m.241 hükmünün aksine mal rejimine özgü tenkis davası olmayıp, miras hukuku kurallarına dayanan bir tenkis davasıdır.⁸⁰⁹ Bu nedenle, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde tenkis davasının tâbi olduğu süre TMK.m.571’e göre belirlenmelidir. Saklı payları ihlal edilen mirasçılardan açacağı tenkis davasının süresini düzenleyen TMK.m.571’e göre, *“Tenkis davası açma hakkı, mirasçılardan saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl geçmekle düşer (f.1). Bir tasarrufun iptali bir öncekinin yürürlüğe girmesini sağlarsa, süreler iptal kararının kesinleşmesi tarihinde işlemeye başlar (f.2) Tenkis iddiası, def’i yoluyla her zaman ileri sürülebilir (f.3)”*.

Eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun TMK.m.237/f.2’den kaynaklanan tenkis davası bakımından, TMK.m.571 hükmünün kıyasen uygulanması

⁸⁰⁸ “Saklı paylı mirasçının dava açma yetkisinin bulunup bulunmadığını, diğer bir ifadeyle saklı payının karşılığını alıp almadığını değerlendirirken sadece yasal mirasçı sıfatıyla elde ettiği miktarlar dikkate alınmaz. Ayrıca kendisine yapılan denkleştirmeye tâbi kazandırmalar ile tenkise tâbi sağlararası kazandırmaların ve ölüme bağlı kazandırmaların da dikkate alınması gerekir. Saklı paylı mirasçı terekeden elde ettiği değerlere ek olarak bu şekilde elde ettiği kazandırmaları da saklı payına mahsup etmek zorundadır. Mahsup sonucunda saklı payının miktar olarak elde eden mirasçının tenkis davası açma hakkı söz konusu olmayacaktır. Bu kazandırmaların mahsubuna rağmen, mirasçı, saklı payının karşılığını tam olarak elde edememişse, elde edemediği miktar için tenkis davası açabilecektir” (Nar, *Tenkis*, 99-100).

⁸⁰⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II, C, 4, d), (2), (a).

mümkündür. Buna göre tenkis davasının açılması için öngörülen bir yıllık kısa süre, eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun saklı paylarının artık değere katılma anlaşması ile ihlal edildiğini öğrenmesinden itibaren başlamalıdır. Ancak tenkis talebi mirasbırakanın hayatta olduğu dönemde ileri sürülemeyeceği için, bir yıllık süre en erken mirasbırakanın ölümü ile başlar. On yıllık uzun süre ise, miras hukuku kurallarını harekete geçiren hukuki olayın, yani sağ kalan eşe kazandırmada bulunan eşin ölümü ile başlar. Kazandırmada bulunan eş hayatta olduğu sürece, mal rejimi ölüm dışında bir sebeple sona erse dahi, eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyu TMK.m.237/f.2'ye istinaden dava açamazlar. Zira kanun koyucu, ilgili mirasçıların tenkis davası açama hakkının kullanılmasını mal rejiminin sona ermesine değil, kazandırmada bulunan eşin ölmesine bağlamıştır.⁸¹⁰

Eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun tenkis iddialarını, lehine artık değere katılma anlaşması ile kazandırma yapılan eşe karşı def'i yoluyla ileri sürmelerinin mümkün olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Bilindiği üzere tenkis def'i, tenkise tâbi olan ve ifa edilmemiş bir kazandırma varsa bu kazandırmanın ifasının saklı paylı mirasçıdan dava yoluyla talep edilmesi durumunda saklı payı ihlal edilen mirasçının bu talebi saklı payını ihlal ettiği oranda etkisiz kılmasını sağlayan bir hukuki imkândır. Kanaatimizce, bu imkânın, TMK.m.237/f.2 uyarınca tenkis talebinde bulunma hakkı olan mirasçılar tarafından sağ kalan eşe karşı da kullanılması mümkündür. Şöyle ki, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesi halinde tereke borcu niteliğindeki katılma alacağından ölen borçlu eşin mirasçıları müteselsil olarak sorumludur. Sağ kalan eş, diğer mirasçılardan katılma alacağının ifasını talep edebilir. Söz konusu talep dava yoluyla, artık değere katılma anlaşması ile saklı payları ihlal edilen eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyuna karşı yöneltilmişse, bu kişiler sağ kalan eşe karşı tenkis def'ini kullanabilirler. Böylece sağ kalan eşin ifa talebini saklı paylarında gerçekleşen ihlal miktarınca etkisiz hale

⁸¹⁰ “Tenkis davası için MK.m.571’de öngörülmüş olan süreler en erken, diğer eşe bu eşle ortak olmayan çocuklarının veya bunların altsoyunun saklı payını zedeleyen artık değer kazandırması yapan mirasbırakanın ölümü tarihinde işlemeye başlayacaktır. Bu noktada, mal rejiminin eşler hayatta iken veya lehine artık değer anlaşması yapılan eşin ölümüyle sona erdiği mal rejimi sözleşmeleri önem kazanmaktadır. Bu durumlarda, diğer eşe MK.m.237/f.2 çerçevesinde tenkisi gereken artık değer kazandırmasında bulunan eş, mal rejimi ölümle sona erdiği anda hayatta olduğu için bunun altsoyu tenkis davası açamaz. Bunlar, ancak kendi mirasbırakanlarının ölümünden sonra dava açabilecektir” (Şenocak, “Artık Değer”, 404, dñn. 89). Mirasçı, mirasbırakanın hayatta olduğu dönemde sadece bir beklenen hakka sahip olduğu, bu nedenle tenkis davasını ancak mirasbırakanın ölümünden sonra açabileceği yönünde bkz. Dural, Öz, *Miras*, 287; Serozan, Engin, *Miras*, 231.

getirebilirler. Bu değerlendirmeye, tenkis def'inin eşin katılma alacağından müteselsil sorumluluğu bulunan diğer mirasçılara da fayda sağlayacağı düşüncesiyle tereddütle yaklaşılabilir. Ancak tenkis talebi sonucunda mahkemenin verdiği karar gerek davacı gerekse davalı bakımından nispi nitelikte olduğu için, tenkis def'inin olumlu sonucundan diğer mirasçılar yararlanamaz. Tenkis def'ini ileri sürmeyen ya da ileri sürmesi mümkün olmayan diğer mirasçılar, katılma alacağının tamamından müteselsil olarak sorumlu olmaya devam ederler.

(3) Tenkis Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun saklı payının zedelenmesi durumunda açılacak olan tenkis davasında görevli ve yetkili olan mahkemeye ilişkin TMK.m.237'de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Şıpka, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun açacağı tenkis davasının mal rejiminden kaynaklı bir dava olduğunu, bu sebeple görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğunu kabul etmektedir.⁸¹¹ Yazara göre, burada mal rejiminden kaynaklı bir tenkis hakkı söz konusu olup, aile mahkemesi hâkimi, eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmesinin nitelendirmesini ve geçerlilik koşullarına uyulup uyulmadığını da inceleyecektir.⁸¹² Ayrıca hâkimin saklı payların ihlal edilip edilmediğini belirleyebilmesi için, öncelikle mal rejimini tasfiye etmesi, daha sonra ise eşin terekesini hesaplayarak ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarının ihlal edilip edilmediğini tespit etmesi gerekmektedir.⁸¹³ Kanaatimizce, TMK.m.237/f.2'de düzenlenen eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun tenkis talebi, mal rejiminden değil, doğrudan onların saklı paylarının korunmasından kaynaklanmaktadır.⁸¹⁴ Saklı paylı mirasçıların mirasçılık sıfatından doğan tenkis talebine mal rejimi hükümleri arasında yer verilmiş olması, açılacak davayı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m.4/b.1'de düzenlenen "aile hukukundan doğan dava ve işler" kapsamına dahil etmek için yeterli değildir. İlgililerin açacağı tenkis davası mal rejimine dair kurallarından ziyade miras hukuku kurallarını ilgilendirmektedir. Dolayısıyla aile hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakmak üzere oluşturulmuş özel görevli mahkemeden, miras hukuku kurallarını uygulaması ve sağ kalan eşe yapılan

⁸¹¹ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 285.

⁸¹² Şıpka, *Katılma Rejimi*, 285; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 262.

⁸¹³ Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 262; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 285.

⁸¹⁴ Bu konu hakkındaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, II, C, 4, d), (2), (a).

kazandırmanın bu kurallar çerçevesinde saklı payları ihlal edip etmediğini belirlemesi beklenmemelidir. Açılan davada aile mahkemesinin görev alanına giren bir husus örneğin, eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmesinin nitelendirmesi veya geçerlilik koşullarına uyulup uyulmadığı, ortaya çıkarsa aile mahkemesinin görev alanına giren bu husus bekletici mesele yapılmalıdır. Bu konudaki aile mahkemesinin kararına göre, tenkis davası sonuçlandırılmalıdır. Bu nedenlerle, eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun açacağı tenkis davasında görevli mahkeme, HMK.m.2/f.1 gereği asliye hukuk mahkemesi olmalıdır.

Söz konusu davada yetkili mahkeme ise, TMK.m.576 ve HMK.m.11/f.1, a'ya göre belirlenecektir. Bu hükümler uyarınca tenkis davası, mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde görülür.

(4) İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Değişiklikler ve Türk Hukuku'na Yansımaları

Türk Medeni Kanunu m.237, İsviçre Medeni Kanunu Art.217'ye karşılık gelmektedir. 2011 yılında başlayan miras hukuku revizyonu çalışmaları kapsamında ZGB.Art.217'nin de içinde olduğu bazı maddelerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişiklikler yapılmadan önce, İsviçre hukukunda da eşlerin artık değere katılma esasını belirledikleri anlaşmadan kaynaklanan kazandırmanın türü ve hangi hükümlere göre tenkis edileceği hususu Türk hukukunda olduğu gibi tartışmalıydı.⁸¹⁵ Ancak doktrindeki tartışmalara rağmen, İsviçre Federal Mahkemesi Nobel kararı olarak bilinen bir kararında, hiçbir ayrıma gitmeksizin mal rejimi sözleşmesi ile artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esas getiren anlaşmaları, mal rejimine özgü sağlararası bir hukuki işlem ve bu işlemten doğan kazandırmaları da sağlararası kazandırma olarak kabul etmişti.⁸¹⁶ 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler tartışmaları sonlandıracak niteliktedir. Zira İsviçre Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemesi ile sağlararası

⁸¹⁵ Breitschmid, Eggel, Eitel, Fankhauser, Geiser und Jungo, *Erbrecht*, 284.

⁸¹⁶ BGE 102 II 313. "İsviçre Federal Mahkemesi, bu kararda, mirasbırakanın söz konusu işlemi sağlığında yapmış olması nedeniyle, işleme konu malvarlığı devrinin, sözleşmenin yapılması anında gerçekleşmemesinin bir önemi olmadığına karar vermiştir" (Aldemir, *Taraf İradeleri*, 82). Benzer nitelikteki bir kararın değerlendirmesi için bkz. Fadıl Yıldırım, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Eşler Arasındaki Mal Rejimi Sözleşmesine Göre Katılma Alacağından Vazgeçmenin Tenkise Tabi Bir Malvarlığı Devri Oluşturduğuna İlişkin (BGE 128 III 314 vd.) Kararı", www.w-akademi.org internet dergisi, (Ocak 2005), prg. 3.

kazandırmaların kendi arasındaki sıra ilişkisi yeniden ele alınmıştır. ZGB.Art.532/Abs.2’ye göre sağlararası kazandırmaların tenkisinde uygulanan “tarihe göre tenkis ilkesi” uygulanmaya devam edilmiş, ancak bazı sağlararası kazandırmaların ilk sırada tenkis edileceği öngörülmüştür. Söz konusu değişiklik ile “katılma alacağında meydana gelen artışın sağlararası bir kazandırma olduğu ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk olarak tenkise tâbi tutulacağı” belirtilmiştir (ZGB.Art.532/Abs.2/Ziff.1).⁸¹⁷ Yapılan değişiklikle, katılma alacağında meydana gelen artışın sağ kalan eş lehine yapılmış bir sağlararası kazandırma niteliği taşıdığına dair görüş üstün tutulmuş ve kazandırmanın tenkisteki sırası özel olarak düzenlenmiştir.⁸¹⁸

İsviçre Medeni Kanunu’ndaki değişiklikler uyarınca mehz Kanun bakımından yapılan tartışmalar kısmen giderilmiş olup, bu hükümlerin Türk hukuk öğretisi bakımından da mevcut tartışmaları giderebileceği düşünülmektedir. Zira Türk hukukunda da katılma alacağında meydana gelen artışın sağ kalan eş lehine yapılmış ölüme bağlı kazandırma mı yoksa sağlararası bir karşılıksız kazandırma mı olarak nitelendirileceği tartışmalıdır. İsviçre hukukunda 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik, Türk hukukunda da katılma alacağında meydana gelen artışın sağ kalan eş lehine yapılmış bir sağlararası kazandırma niteliği taşıdığına ilişkin görüşe üstünlük tanınmasını gerektirecektir.⁸¹⁹ Zira Türk hukukunda tartışmalı olan hususlarda karşılaştırmalı hukuk, özellikle de İsviçre hukuku, belirleyici rol oynamaktadır. Ancak katılma alacağında meydana gelen artışın diğer kazandırmalardan önce tenkis edilebilmesi için Türk hukukunda yasal bir düzenleme yapılması zorunludur. Böyle bir düzenleme yapılmadığı sürece, her ne kadar İsviçre hukukundaki yeni düzenleme gereği katılma alacağına ilişkin kazandırmanın tenkise tâbi sağlararası kazandırma niteliği taşıdığı görüşüne üstünlük tanılsa dahi, tenkisteki sıra TMK.m.570 gereği en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek üzere sağlararası kazandırmalardan

⁸¹⁷ “Katılma alacağından sonra ikinci olarak özel emeklilik sistemi dolayısıyla ödenen sigorta tazminatlarının satın alma değerleri ve mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar aynı oranda tenkis edilecektir. Bu sağlararası kazandırmaların tenkisine rağmen saklı pay ihlali giderilmezse diğer sağlararası kazandırmalar en yeni tarihlisinden en eski tarihlisine doğru gidilerek tenkis edilir” (Nar, “Revizyon”, 364).

⁸¹⁸ Breitschmid, Eggel, Eitel, Fankhauser, Geiser und Jungo, *Erbrecht*, 284; Nar, “Revizyon”, 355-356.

⁸¹⁹ Nar, “Revizyon”, 356.

yapılacaktır.⁸²⁰ Zira TMK.m.570 hükmü gereği sağlararası kazandırmaların tarih esaslı tenkise tâbi tutulacağı emredici bir hukuk kuralıdır.⁸²¹

e) Artık Değere Kanuni Katılım Esasını Değiştiren Anlaşmalar Karşısında Diğer Saklı Paylı Mirasçıların Hukuki Durumu

Türk Medeni Kanunu m.237/f.2 hükmü, sadece eşlerin ortak olmayan çocuklarına ve onların altsoylarına koruma sağlamaktadır. Söz konusu düzenleme diğer saklı paylı mirasçıları, yani ortak altsoy ile ölen eşin ana ve babasının saklı paylarını korumamaktadır.⁸²² Bu nedenle eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları dışındaki saklı paylı mirasçılar, artık değere katılmaya ilişkin anlaşmanın saklı paylarını ihlal ettiğini ve anlaşmayla sağlanan kazandırmanın tenkise tâbi olacağını ileri süremezler.⁸²³ Dolayısıyla bu anlaşma eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları dışındaki diğer mirasçıların saklı paylarını ihlal etse dahi, bu kişiler m.237/f.2 ve miras hükümleri çerçevesinde saklı paylarının korunmasını isteyemezler.⁸²⁴ Ancak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesi mirasçıların çıkarlarını zedelemeye yönelik ise, TMK.m.2/f.2 gereği tüm saklı paylı mirasçılar tenkis davası açabilmelidir.⁸²⁵ Şıpka'ya göre ise, mal rejimi sözleşmesi ile sağ kalan eşin ölen eşi malvarlığı değerlerinin tamamı üzerinde hak sahibi olması kararlaştırılırsa, ortak altsoy ile ana ve babası ölen eşin sadece kişisel malları üzerinden yasal miras paylarını ve miras payları üzerinde bir tasarruf söz konusu ise saklı paylarını alabilirler.⁸²⁶

Kanaatimizce, mevcut hukuk kuralları uyarınca artık değere katılma esasını belirleyen anlaşmadan kaynaklanan kazandırmaya karşı sadece eşlerin ortak olmayan

⁸²⁰ Nar, “Revizyon”, 356.

⁸²¹ Eren, *Tenkis*, 163; Dural, Öz, *Miras*, 292; Serozan, Engin, *Miras*, 210.

⁸²² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 50; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278; Dural, Öz, *Miras*, 249; Serozan, Engin, *Miras*, 214; Birinci Uzun, “Saklı Pay”, 122-123; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 121.

⁸²³ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 241; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 320; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 271; Birinci Uzun, “Saklı Pay”, 109; Midyat, *Değer Artış Payı*, 51. EMK döneminde, olması gereken hukuk açısından EMK.m.222/f.2’de fûru yönünden olduğu gibi, ana-baba ve kardeşler açısından da koruyucu bir hükmün kanunda olması gerektiğini ifade eden açıklamalar için bkz. Eren, *Tenkis*, 23.

⁸²⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 320; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 241; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 271; Sakarya Güneş, *Katılma Alacağı*, 108; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 121. Zeytin’e göre, “bu sonuç kanun koyucunun amacının dikkate alınması ve hükmün zıt kanıt yöntemine göre yorumlanması sonucunda ortaya çıkmaktadır” (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 320).

⁸²⁵ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278-279; Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 272; Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 263; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 122.

⁸²⁶ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278-279.

çocukları ve onların altsoyu tenkis davasını açabilir. Diğer saklı paylı mirasçılarının TMK.m.237/f.2'ye istinaden tenkis davası açmaları mümkün değildir. Diğer saklı paylı mirasçılarının saklı paylarını zedelemeye yönelik bu kazandırmaya karşı TMK.m.2/f.2 gereği doğrudan tenkis davası açabileceğine dair görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira TMK.m.2, ikincil (tali) nitelikte bir hukuk kuralıdır. Hukuki meselenin kanunun başka hükümlerine dayanılarak çözüme bağlanmasının mümkün olduğu hallerde dürüstlük kuralı değil, ilgili kanun hükmü uygulanmalıdır⁸²⁷. Sağ kalan eş lehine yapılan kazandırmanın sağlararası bir kazandırma olduğunun kabul edildiği hallerde, bu kazandırma açıkça mirasçılarının saklı paylarını ihlal etme kastıyla yapılmışsa, diğer mirasçılar TMK.m.565/b.4 gereği tenkis davasını açabilirler. TMK.m.237/f.2 hükmü bu amaçla yapılan anlaşmadan doğan kazandırmaya karşı diğer mirasçılarının tenkis davası açma hakkını sınırlamamaktadır.⁸²⁸ Sağ kalan eşe yapılan kazandırmanın ölüme bağlı kazandırma olduğunun kabul edildiği hallerde ise, TMK.m.2'nin sağladığı hukuki korumadan yararlanılabilir. Zira sağ kalan eş lehine yapılan kazandırmanın ölüme bağlı kazandırma kabul edildiği hallerde, sağlararası kazandırmalara özgü bir hüküm olan TMK.m.565/b.4'ün uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla eşlerin saklı payları ihlal etme kastıyla yapacakları artık değere katılma sözleşmesinden kaynaklanan ölüme bağlı kazandırmalarına karşı diğer saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açması mümkün olmayacaktır. Bu durum ise, eşlerin artık değere katılma esasını belirleme haklarını kötüye kullanmalarına sebep olabilecektir. Özellikle eşlerin miras hukuku kuralları çerçevesinde ortaya çıkaramadıkları bir sonucu, mal rejimi hükümlerini kullanarak ortaya çıkarmak istemeleri hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.⁸²⁹ Bu amaçla yapılan artık değere katılma anlaşması, somut olayın özelliklerine göre kanuna karşı hile⁸³⁰ olarak değerlendirilebilir. Kanuna karşı hilenin yaptırımını ise, kaçınılan hükmün

⁸²⁷ “MK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ikincil (tali) nitelikte, yardımcı hukuk kurallarıdır. MK.m.2’nin uygulama alanı bulabilmesi için, hukuki meselenin kanunun başka hükümlerine dayanılarak (hatta boşluk doldurma yoluyla dahi) çözüme bağlanmasının mümkün olmaması gerekir. Bu nedenle özel hükümlere göre çözülebilecek hukuki meselelerde, doğrudan doğruya dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması isabetli olmaz. Hâkim, önüne gelen hukuki soruna uygulanabilecek özel hükümler bulunmasına rağmen bunları araştırma ve yorumlama faaliyetine girişmeden uyumsuzluğu doğrudan doğruya MK.m.2’deki dürüstlük kuralına dayanarak çözümlenmekten kaçınmalıdır” (Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 16-17; Baygın, Nar, *Medeni Hukuk*, 273-274).

⁸²⁸ Acar, *Mal Rejimleri*, 158.

⁸²⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 56.

⁸³⁰ “Bir emredici hukuk kuralına aykırı bir fiile veya hukuki işleme uygulanacak yaptırımını bertaraf etmek için hukuken uygun görülen başka yollara başvurarak aynı sonuca ulaşmaya, kanuna karşı hile

yaptırımıdır⁸³¹. Yani, eş lehine yapılan kazandırmanın da diğer ölüme bağlı kazandırmalarla birlikte tenkise tâbi tutulmasıdır. Bu olasılığa ilişkin şöyle bir örnek verilebilir: Malvarlığının tamamı edinilmiş mallardan oluşan bay (A), ölümünden sonra ortak çocuklarının terekesinden yararlanmamasını sağlamak için eşi (B) ile bir miras sözleşmesi akdetmek ve onu terekesinin bütünü için mirasçı atamak istemektedir. Ancak (A), (B)'yi bu yolla mirasçı olarak atanması halinde ortak çocuklarının saklı paylarını elde etmek için tenkis davası açacağını ve terekesinden yararlanacağını bilmektedir. Çocuklarının tenkis davası açmasını önlemek amacıyla, (B)'yi mirasçı atamak yerine onunla artık değere katılma anlaşması akdetmiş ve (B)'nin (A)'nın artık değerinin tamamı üzerinde hak sahibi olacağı kararlaştırılmıştır. (B) de anlaşmanın bu amaçla yapıldığını bilmektedir. Örnekte olduğu gibi, eşlerin ortak çocuklarının tenkis davası açmasını önlemek amacıyla artık değere katılma anlaşması yapmaları kanuna karşı hile niteliği taşır. Bu durumu ispat eden ortak çocuklar, söz konusu anlaşmaya, daha doğru bir ifadeyle ölüme bağlı kazandırmaya karşı da tenkis davası açabilirler.

f) Ortak Olmayan Çocukların ve Altsoylarının Saklı Pay Korumasının Diğer Mirasçılarının Saklı Paylarına Etkisi

Türk Medeni Kanunu m.237 uyarınca artık değere katılmada farklı bir esas belirlemeye ilişkin anlaşma yapılması halinde, TMK.m.237/f.2 hükmünde sayılan saklı paylı mirasçılar dışında diğer saklı paylı mirasçıların saklı pay hesabının nasıl yapılacağı konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur.⁸³²

Bir görüşe göre, TMK.m.237/f.2 hükmünde yer alan koruma kapsamı dışında kalan saklı paylı mirasçıların saklı paylarının hesabı, mal rejimi sözleşmesi ile yapılan düzenleme dikkate alınmadan yapılmalıdır⁸³³. Bu görüş, ortak olmayan altsoy ve ortak altsoyun saklı paylarının hesaplanmasına esas alınacak terekenin farklı terekeler olduğunu kabul etmektedir. Ortak olmayan altsoyun saklı payı hesaplanırken, artık değere katılma esasını belirleyen anlaşmayla sağ kalan eşe yapılan kazandırma mirasbırakanın terekesine eklenirken, ortak çocuklar bakımından bu kazandırma

denir” (Oğuzman, Barlas, *Medeni Hukuk*, 290; Baygın, Nar, *Medeni Hukuk*, 270; Erdoğan, Keskin, *Başlangıç Hükümleri*, 174).

⁸³¹ Baygın, Nar, *Medeni Hukuk*, 270.

⁸³² Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 399; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 320-321. Türk hukukunda konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Şenocak, “Artık Değer”, 404 vd.; İsviçre hukukunda bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 51-55.

⁸³³ Bürgi, *OFK.*, ZGB. Art. 470, N. 7; Jungo, *CHK.*, Art.216, 217, N. 13; Şenocak, “Artık Değer”, 406.

terekeye eklenmemektedir. Dolayısıyla, iki farklı tereke üzerinden iki farklı saklı pay hesabı gerçekleştirilmektedir⁸³⁴.

Diğer görüşe göre ise, bütün saklı paylı mirasçılarının saklı payları mal rejimi sözleşmesi ile elde edilen kazandırmaların da dahil edildiği tek bir tereke üzerinden hesaplanmalıdır.⁸³⁵ Böylece, ortak olan altsoyun saklı payı da ortak olmayan altsoy gibi hesaplanmaktadır. Ancak, TMK.m.237 hükmünün koruması dışında kalan mirasçıların saklı paylarının ihlali söz konusu olursa bu kişiler tenkis davası açamayacaklardır.

Kanaatimizce, birinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira ikinci görüşün kabul edilmesi halinde, diğer mirasçıların saklı paylarında da terekeye eklenen kazandırma oranında bir artış meydana gelmektedir. Bu durum ise, kanun koyucunun TMK.m.237/f.2’yi sevk etme amacı ile bağdaştırılamaz. İsviçre Medeni Kanunu’nun 216. maddesinde yapılan değişiklikle de, artık değere katılma anlaşmasından kaynaklanan kazandırmanın ortak çocukların ve onların altsoyu ile eşin saklı pay hesabında dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir (ZGB. Art. 216/Abs.2). Dolayısıyla, İsviçre hukukunda iki farklı tereke üzerinden saklı payın hesaplanmasını savunan görüş, kanun hükmü haline gelmiştir.⁸³⁶

III. Mal Ortaklığı Rejiminin Tasfiyesinin Saklı Paylı Mirasçılara Etkisi

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu’nda yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini benimsenmiştir (TMK.m.202/f.1). Yasal mal rejiminin yanında, eşlere mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen mal rejimlerinden birini seçme imkânı da tanınmıştır (TMK.m.202/f.2). Seçimlik mal rejimi olarak adlandırılan bu mal

⁸³⁴ Breitschmid, Eggel, Eitel, Fankhauser, Geiser und Jungo, *Erbrecht*, 278; Jungo, *CHK.*, Art. 216, 217, N. 13.

⁸³⁵ Paul Piotet, “Réserves et réductions en cas de contrat de mariage sur la liquidation du régime matrimonial”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 86 (1990): 41; Geiser, 1158; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 54; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 399; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 320-321. Şenocak’a göre, “İkinci görüşün bir taraftan MK mad. 237/II’nin amacını aşan hüküm ve sonuçlara yol açması ve bu sonuçların mirasbırakanın iradesine aykırı olması, diğer taraftan yasa hükümlerine göre paylaşım sonucu net terekeden alınacak yasal miras payının tenkisinin Türk hukuk uygulamasına yabancı olması ve uygulamada karışıklıklara yol açacak olması nedeniyle kanımızca bu görüşlerden birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Birinci görüş çerçevesinde benimsenen yöntem, İsviçre ve Türk kanun koyucusunun sağ kalan eşin hukuki konumunu güçlendirme konusundaki uluslararası eğilimlere de uygun düşen hukuk politikasına ilişkin tercih ve amacına daha uygun bir çözümdür” (Şenocak, “Artık Değer”, 406).

⁸³⁶ Breitschmid, Eggel, Eitel, Fankhauser, Geiser und Jungo, *Erbrecht*, 284.

rejimlerinden biri de mal ortaklığı rejimidir (TMK.m.256-281). Mal ortaklığı rejiminin kanunda öngörülen sebeplerden biri ile sona ermesi halinde, mal rejiminin tasfiyesi gerçekleştirilir. Tasfiyede öncelikle malların belirlenmesi, borçların tespiti ve değer artış payı alacağı ile denkleştirme alacağının hesaplaması yapılır. Söz konusu belirleme ve hesaplamalardan sonra malların paylaşımı aşamasına geçilir. Malların nasıl paylaşılacağı, kanunda mal rejiminin sona erme sebepleri dikkate alınarak belirlenmiştir. TMK.m.276'ya göre, “Eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi halinde, her eş veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı verilir (f.1) Mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı kararlaştırılabilir (f.2). Bu tür anlaşmalar altsoyun saklı paylarını zedeleyemez (f.3)”. TMK.m.277'ye göre ise, “Boşanma veya evliliğin iptali sebebiyle ya da kanun veya mahkeme kararı gereğince mal ayrılığına geçiş hallerinde, her eş edinilmiş mallara katılma rejiminde kendi kişisel malı sayılacak olanları ortaklık mallarından geri alır (f.1). Geri kalan ortaklık malları eşler arasında yarı yarıya paylaşılır (f.2). Yasal paylaşmanın değiştirilmesine ilişkin anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması halinde geçerlidir (f.3)”. Hükümlerden de anlaşıldığı üzere, paylaşma, sona erme sebeplerine göre farklılık göstermekle birlikte, ortaklık mallarına ilişkin kanuni paylaşma oranı her iki halde de yarı yarıya (eşit) olarak belirlenmiştir. Ancak, eşlerin ortaklık mallarını eşit olarak paylaşmasını öngören hüküm, emredici nitelikte bir hukuk kuralı değildir.⁸³⁷ Eşler, yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle ortaklık mallarının farklı bir oranda paylaşımını kararlaştırabilirler (TMK.m.276/f.2, m.277/f.3). Bu yönde bir anlaşmanın yapılması halinde, tasfiyede kanuni paylaşım oranı yerine sözleşmesel paylaşım esası uygulanır.⁸³⁸

Kural olarak, eşler mal ortaklığının tasfiyesinde uygulanacak olan paylaşım esasını serbestçe belirleyebilirler. Ancak, paylaşım esasını belirleme bakımından eşlere tanınan bu sözleşme özgürlüğü altsoyun saklı payları ile sınırlandırmıştır.⁸³⁹ Bu sınırlama TMK.m.276/f.3'de, “Bu tür anlaşmalar altsoyun saklı paylarını zedeleyemez.” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu sınırlama ile, altsoyun saklı payı

⁸³⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, BK., Art. 241, N. 12; Jungo, CHK., ZGB. Art. 241, N. 4; Genna, OFK., ZGB. Art. 241, N. 3.

⁸³⁸ Jungo, CHK., ZGB. Art. 241, N. 4; Hausheer, Reusser und Geiser, BK., Art. 241, N. 12; Senar Tuncer, “Türk Medeni Kanununda Mal Ortaklığı Rejimi” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 173-174.

⁸³⁹ Jungo, CHK., ZGB. Art. 241, N. 6.

eşlerin paylaşım esasına ilişkin yapacakları anlaşmalara karşı koruma altına alınmıştır. Görüldüğü üzere TMK.m.276/f.3, edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulama alanı bulan ve aynı amacı gerçekleştirmek için sevk edilmiş olan TMK.m.237/f.2 ile benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla, TMK.m.237/f.2'nin uygulama alanını belirlerken yaptığımız açıklamalardan bazıları⁸⁴⁰, TMK.m.276/f.3 bakımından da tekrar edilebilir. Bu nedenle aşağıdaki açıklamalarda tekrardan kaçınmak adına, TMK.m.276/f.3'ün TMK.m.237/f.2'ye nazaran özellik gösteren yönleri üzerinde durulmuştur. Özellik göstermeyen diğer konularda ise, açıklamalar kısa tutulmuş ve TMK.m.237/f.2'ye ilişkin açıklamalara atıf yapılmakla yetinilmiştir.

B. Kanuna Göre Paylaşma Oranı

Mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarının nasıl paylaşılacağı, ölüm veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi halinde paylaşma kuralları ve mal ortaklığını sona erdiren diğer hallerdeki paylaşma kuralları olmak üzere iki ayrı hükümde düzenlenmiştir. TMK.m.276 hükmünde ölüm ve diğer bir mal rejiminin kabulü halinde eşlerin payının belirlenmesi düzenlenmiştir. TMK.m.276/f.1'e göre, *“Eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi halinde, her eşe veya mirasçılarına ortaklık mallarının yarısı verilir”*. Kanunda öngörülen yasal paylaşma esası, eşlere veya mirasçılarına ortaklık mallarının yarısı üzerinde aynı hak tanınmasıdır. Mal ortaklığı rejiminde de edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi eşitlik ilkesi kabul edilmiş olup, TMK.m.276 hükmünün temelinde de bu ilke yatmaktadır.⁸⁴¹

Mal ortaklığı rejimini sona erdiren diğer sona erme hallerinde paylaşma kurallarını düzenleyen Türk Medeni Kanunu m.277/f.1 hükmüne göre ise, *“Boşanma veya evliliğin iptali sebebiyle ya da kanun veya mahkeme kararı gereğince mal ayrılığına geçiş hallerinde, her eş edinilmiş mallara katılma rejiminde kendi kişisel malı sayılacak olanları ortaklık mallarından geri alır”*. Hükmün birinci fıkrası uyarınca kişisel mal sayılanlar ayırt edildikten sonra, geri kalan ortaklık malları eşler arasında yarı yarıya paylaşılır (TMK.m.277/f.2). Söz konusu düzenlemenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, eşlerin edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel mal sayılan malları

⁸⁴⁰ Örneğin, anlaşmanın evlilikten önce veya evlilik devam ederken yapılabileceği, mal rejimi sözleşmesi için öngörülen şekil kurallarına uyulması, uygulanacak yaptırım gibi.

⁸⁴¹ Acar, *Mal Rejimleri*, 450; Kaya, *Mal Ortaklığı*, 137; Tuncer, “Mal Ortaklığı”, 175.

ortaklık mallarından ayrıldıktan sonra, geriye kalan ortaklık mallarının eşler arasında yarı yarıya paylaşılması esası kabul edilmiştir.⁸⁴² Doktrinde söz konusu düzenlemenin mal ortaklığı türlerinden olan edinilmiş mal ortaklığında uygulanmayacağı ifade edilmektedir.⁸⁴³ Bu halde TMK.m.277’de öngörülen nedenlerle mal ortaklığı rejiminin sona ermesi ile ortaklık malları üzerindeki elbirliği ile hak sahipliği yasa gereği kendiliğinden tek başına mülkiyete dönüşür.⁸⁴⁴

C. Sözleşmeye Göre Paylaşma Oranı

1. Genel Olarak

Paylaşma oranına ilişkin hüküm emredici nitelikte olmayıp, TMK.m.276/f.2 hükmü uyarınca eşler, yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı kararlaştırılabilir.⁸⁴⁵ TMK.m.276/f.2 hükmü, eşlerden birinin ölümü veya diğer mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi halinde, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranının kararlaştırılmasını düzenlemektedir. Bu şekilde yapılacak bir anlaşmanın, mal rejimi sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi yeterlidir. Ancak, TMK.m.276/f.2 hükmünden farklı olarak, kanuni paylaşma oranını değiştiren anlaşmanın boşanma, evliliğin iptali ya da kanun veya mahkeme kararı uyarınca mal ayrılığına geçiş hallerinde uygulanabilmesi için bu yöndeki iradenin mal rejimi sözleşmesinde “açıkça” düzenlenmesi gerekir (TMK.m.277/f.3). Diğer bir ifadeyle, kanuni paylaşma oranını değiştiren anlaşmada, söz konusu değişikliğin mal rejiminin TMK.m.277/f.1’de sayılan sebeplerden biri ile sona ermesi halinde de uygulanacağı eşler tarafından açıkça kararlaştırılmalıdır. Aksi açıkça belirtilmedikçe,

⁸⁴² TMK.m.277 hükmü dolayısıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel malları düzenleyen hükümlerin dikkate alınması gerektiği yönündeki açıklamalar için bkz. Kaya, *Mal Ortaklığı*, 141. TMK.m.278’in gerekçesine göre, “... Madde mal ortaklığının ölümle son bulması halinde, sağ kalan eşin, edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel malı sayılabilecek olanların payına mahsuben kendisine verilmesini hükme bağlamıştır. Bu hüküm sayesinde, eşin ortaklık mallarından kendisine isabet edecek payın verilmesi yerine, bu payına mahsuben, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin kişisel malı sayılabilecek malların bunun sahibi olan eşe verilmesi mümkün olacaktır” (Antalya, *Gerekçeli Türk Medeni Kanunu*, 252).

⁸⁴³ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 445. “Bu düzenleme, edinilmiş mallarda ortaklık dışındaki diğer mal ortaklığı rejimi türleri açısından uygulama alanı bulur. Nitekim edinilmiş mallarda ortaklık rejiminin özelliği gereği, zaten mal gruplarının belirlenmesinde edinilmiş mallara katılma rejiminin edinilmiş mal ve kişisel mallara ilişkin kuralları uygulanır (TMK m.258). Diğer ortaklık türleri olan genel mal ortaklığı ve diğer mallarda ortaklık rejimlerindeki kişisel malların kapsamı ise, edinilmiş mallara katılma rejimindekinden tamamen farklıdır. Bu nedenle bu iki rejim türü bakımından bu hükmün uygulaması, bu rejimlerdeki kişisel malların kapsamında değişiklik yapacaktır” (Tuncer, “Mal Ortaklığı”, 177).

⁸⁴⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 445.

⁸⁴⁵ Jungo, *CHK.*, ZGB. Art. 242, N. 5; Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 241, N. 3; Acar, *Mal Rejimleri*, 451; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 162; Kaya, *Mal Ortaklığı*, 138.

eşler kararlaştırdıkları paylaşma oranı mal rejiminin ölümle veya diğer mal rejiminin kabulü sebebiyle sona ermesi halinde uygulanır.⁸⁴⁶

Türk Medeni Kanunu m.276/f.2’de eşlerin “başka bir paylaşma oranı kararlaştırabileceği” ifade edilmektedir. Ancak doktrinde bu ifadenin mehz ZGB. Art.241/Abs.2’de olduğu gibi, “*eşler farklı bir paylaşım üzerinde anlaşabilirler*” şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁸⁴⁷ Kanaatimizce de yerinde olan bu değerlendirmeye göre, eşler kanuni paylaşma oranından farklı bir oran belirleyebilecekleri gibi, farklı bir paylaşım esası da belirleyebilirler. Örneğin, eşlerden birinin tasfiye payını aynı olarak değil, nakdi olarak almasını da kararlaştırabilirler.⁸⁴⁸ Acar’ın ifade ettiği üzere, eşler yasal mal rejiminde olduğu gibi, ortaklık mallarının tamamının eşlerden birine verilmesini dahi kararlaştırabilirler.⁸⁴⁹

Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin yaptığımız açıklamalarda, her ne kadar TMK.m.237 hükmünde yer verilmese de, eşler tarafından başka bir mal rejimine geçilmesi halinin, ölüm nedeniyle mal rejiminin sona ermesi halini düzenleyen TMK.m.237/f.1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmişti.⁸⁵⁰ Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin bu tartışma, mal ortaklığı bakımından yapılmamaktadır. Zira, mal ortaklığı rejiminde eşlerin paylaşma oranına ilişkin anlaşmasının eşlerden birinin ölümünün yanı sıra diğer bir mal rejimine geçilmesi sebebiyle mal ortaklığı rejiminin sona ermesi halinde de uygulanacağı açıkça belirtilmiştir (TMK.m.276/f.1). Boşanma, evliliğin iptali ya da kanun veya mahkeme kararı gereğince mal ayrılığına geçilmesi hallerinde ise TMK.m.277 hükmü uygulanmaktadır. TMK.m.277 uyarınca kanuni paylaşmanın değiştirilmesine ilişkin anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmesi halinde geçerli olacaktır (TMK.m.277/f.3). Böylece mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarının yarı yarıya paylaşılmasına ilişkin kanuni paylaşma oranından farklı bir düzenlemenin mal rejiminin ölümle veya eşlerin başka bir mal rejimine geçmesiyle sona ermesi dışında kalan diğer sona erme hallerinde geçerli

⁸⁴⁶ Jungo, *CHK.*, ZGB. Art. 242, N. 5.

⁸⁴⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 433; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 444.

⁸⁴⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 241, N. 25-31; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 433; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 444; Tuncer, “Mal Ortaklığı”, 175; Kaya, *Mal Ortaklığı*, 138. Acar ise, “eşlerin aynı paylaşım yerine nakdi bir paylaşım öngörmesi şeklinde başlangıçta bir anlaşma yapmaları yerine, yasal mal rejimini tercih etmelerinin daha kolay ve yararlı olabileceğini” ifade etmiştir (Acar, *Mal Rejimleri*, 451, dpn. 1350).

⁸⁴⁹ Acar, *Mal Rejimleri*, 451.

⁸⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm, II, C. 1.

olarak uygulanabilmesi için, sözleşmeden bunun şüpheyeye yer vermeyecek şekilde açık olarak anlaşılması gerekmektedir. Mal rejimi sözleşmesinde örtülü olarak farklı paylaşım oranının kararlaştırılması veya yorum yolu ile farklı bir oranda belirleme yapıldığına karar verilmesi mümkün değildir.

2. Paylaşma Oranına İlişkin Yapılacak Anlaşmaların Şekli

Mal ortaklığı rejiminde paylaşım oranının belirlenmesine ilişkin anlaşmanın tâbi olduğu şekil kuralları, edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma esasını belirleyen anlaşmanın şekil kuralları (TMK.m.237/f.1, m.238) ile paralel biçimde düzenlenmiştir. TMK.m.276/f.2’de ölüm veya bir diğer mal rejiminin kabulü halinde mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşım esasının düzenlenebileceği, TMK.m.277/f.3’de ise kanuni paylaşım oranının değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması halinde geçerli olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, her iki halde de kanuni paylaşım oranını değiştiren anlaşmanın geçerliliği mal rejimi sözleşmesinin şekil kurallarına uyulmasına bağlanmıştır.⁸⁵¹ Sözleşmenin şekli ve ne zaman yapılabileceği, edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma esasını belirleyen anlaşmalar bakımından daha önce açıklanmıştır.⁸⁵² Söz konusu açıklamalar, mal ortaklığı rejiminde paylaşım oranını belirleyen anlaşmalar hakkında da geçerlidir.

3. Altsoyun Saklı Payının Korunması

a) Genel Olarak

Eşlerin paylaşım oranına ilişkin yaptıkları anlaşma, eşlerden birinin mal rejiminin tasfiyesinde ortaklık malları üzerinde kanuni paylaşım oranına göre daha fazla hak sahibi olmasını sağlar. Bu durum ise, mal rejiminin tasfiyesinde kanuni paylaşım oranından vazgeçen ya da daha düşük paylaşım oranını kabul eden eşin mirasçılarının menfaatlerini ihlal edebilir. Paylaşım oranına ilişkin anlaşmanın mirasçıları da etkileyeceğini göz önünde bulunduran kanun koyucu, eşlere tanınmış olan paylaşım

⁸⁵¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 241, N. 22.

⁸⁵² İkinci Bölüm, II, C, 3.

oranını belirleme serbestisini, mirasçıların saklı payını koruyan kurallarla sınırlandırmıştır.⁸⁵³

Türk Medeni Kanunu m.276/f.3'e göre, “*Bu tür anlaşmalar, altsoyun saklı payını zedeleyemez*”.^{854, 855} TMK.m.276/f.3 hükmü, altsoyun saklı paylarını eşlerin paylaşma oranına ilişkin yapacakları anlaşmalara karşı korumaktadır.⁸⁵⁶ Söz konusu düzenlemede edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak “eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları” ifadesine yer verilmemiş, sadece “altsoy” kavramı kullanılmıştır. Diğer bir ifadeyle, hükmün uygulanması bakımından ortak olan ya da olmayan altsoy ayrımı yapılmamıştır.⁸⁵⁷ Dolayısıyla, mal ortaklığı rejiminde eşlerin kanunda öngörülenden farklı olarak belirledikleri paylaşım oranının, ortak olsun veya olmasın altsoyun tamamının saklı paylarını ihlal etmemesi gerekir. Mal ortaklığı rejiminde altsoyun tamamının saklı payı korunmuşken, edinilmiş mallara katılma rejiminde sadece ortak olmayan çocuklar ile onların altsoyunun saklı payının korunması, her iki mal rejiminde eşlerin mal gruplarının farklılık göstermesi ve iki rejimin tasfiyesinin farklı kurallara tâbi olmasından kaynaklanmaktadır.⁸⁵⁸ Zira ortaklık mallarının kapsamının edinilmiş mallara oranla daha geniş tutulmuş olması, edinilmiş mallara katılma rejimine oranla, ortak altsoyun da saklı paylarının zedelenme ihtimalini arttırmaktadır.⁸⁵⁹ Ayrıca mal ortaklığı rejiminde kişisel malların sınırlı tutulması, bunun dışındaki malların sözleşme ile ortaklık malı haline getirilebilmesi ve mal rejimi

⁸⁵³ Jungo, *CHK.*, ZGB. Art. 241, N. 6; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 241, N. 13; Acar, *Mal Rejimleri*, 451; Tuncer, “Mal Ortaklığı”, 175-176.

⁸⁵⁴ “Eski Medeni Kanun m.222 hükmüne göre ise, mal ortaklığı rejiminde eşlerin ortaklık mallarının yarı yarıya paylaşılmasından farklı bir taksim tarzı kararlaştırmaları durumunda, bu anlaşma ölüm anında mevcut ortaklık mallarının 1/4’ünden mahrum bırakılamayacaktı. TMK.m.276/f.3 hükmüne göre ise koruma yine altsoyla sınırlı olmakla birlikte, altsoyun saklı payı tam olarak korunmuştur” (Dural, Öz, *Miras*, 251).

⁸⁵⁵ “01.01.2002 tarihinden önceki ölümlerde, ortaklık mallarının paylaşılması anlaşmaları altsoy bakımından Eski Medeni Kanun m.222 hükmü gereği 1/4 oranına tâbi olacaktır” (Dural, Öz, *Miras*, 251).

⁸⁵⁶ “TMK.m.276/f.3 hükmünün amacı hem mirasçılarını hem de eşi korumaktır” (Tuncer, “Mal Ortaklığı”, 176; Kaya, *Mal Ortaklığı*, 138).

⁸⁵⁷ Jungo, *CHK.*, ZGB. Art. 241, N. 6; Tuncer, “Mal Ortaklığı”, 176.

⁸⁵⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 216, N. 7; Pradervand-Kernen, “Divorce”, 60; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 278; Acar, *Mal Rejimleri*, 451- 452; Şıpka, Kaplan, “Paylaşım Oranı”, 270-271; Tuncer, “Mal Ortaklığı”, 176; P. Ö. Demir, “Sözleşmeler”, 64.

⁸⁵⁹ Jungo, *CHK.*, ZGB. Art. 241, N. 6; Acar, *Mal Rejimleri*, 451-452; Tuncer, “Mal Ortaklığı”, 176; Kaya, *Mal Ortaklığı*, 139.

sözleşmesi ile bu malların diğer eşe bırakılabiliyor olması mal ortaklığı rejiminde hem ortak hem de ortak olmayan altsoyun korunmasını gerektirmektedir.⁸⁶⁰

Türk Medeni Kanunu m.276/f.3 hükmünde ortak olan ya da olmayan altsoy ayrımı yapılmamakla birlikte, doktrinde eşler arasında sınırlı mal ortaklığının bir türü olan edinilmiş mallarda ortaklık rejiminin uygulama alanı bulduğu hallerde, söz konusu korumadan, TMK.m.237/f.2’de olduğu gibi, sadece ortak olmayan altsoyun yararlanması gerektiği de savunulmaktadır.⁸⁶¹ Zira, bu halde edinilmiş mallara katılma rejimindekine benzer şekilde mal grupları oluşturulmaktadır. Edinilmiş mallarda ortaklık rejiminde, kanunun kişisel malların çevresinin geniş tutmuş olması, ortak altsoyun saklı payının zarar görmesini engellemektedir. TMK.m.237 ile TMK.m.276 arasında içsel tutarlılık sağlanması için, ortak olan çocuklar için TMK.m.276/f.3 uygulanmamalıdır. Daha önce de belirttiğimiz üzere⁸⁶², edinilmiş mallara katılma rejimindeki artık değere katılma esasını belirleyen anlaşmanın ortak altsoyun saklı payını ihlal etmeyeceği düşüncesine bütünüyle katılmak mümkün değildir. TMK.m.237/f.2’de yapılacak değişikliklerle eşlerin ortak altsoyunun saklı payı da koruma altına alınmalıdır. Bu görüşü savunanlar her ne kadar mevcut hukuk kuralları arasındaki tutarlılığı sağlamak bakımından bu sonuca varmış olsalar da, kanaatimizce edinilmiş mallarda ortaklık rejiminde TMK.m.276/f.3’ün uygulama alanının ortak altsoy aleyhine sınırlandırılması yerinde olmayacaktır.

b) Saklı Payları Korunan Mirasçılar

Türk Medeni Kanunu m.276 uyarınca yapılacak anlaşmaların altsoyun saklı payını zedelememesi kuralı öngörülmüştür (TMK.m.276/f.3). Bu hükme göre, mal

⁸⁶⁰ Acar, *Mal Rejimleri*, 156. Şıpka/Kaplan’a göre, “mal ortaklığının seçilmesi halinde, eşler özellikle ‘genel mal ortaklığı’ (TMK.m.257) türünde, kanun gereğince kişisel mal sayılanlar dışındaki tüm malvarlığı ve gelirlerini ‘ortaklık malı’ olarak belirleyebilirler. Böylece eşler isterlerse mal rejiminden önce sahip oldukları malvarlıklarını da ‘ortaklık malı’ olarak kararlaştırabileceklerdir. Kanun gereğince kişisel mal sayılan mal grupları, -TMK.m.220 hükmünden farklı olarak- TMK.m.260’da sınırlı olarak belirtilmiştir. Bu noktada, eğer sağ kalan eşin, ortaklık mallarının tümü üzerinde hak sahibi olması mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırılmışsa, bu durumda sözleşmenin bu hükmünün etki alanı dışında kalacak olan mal grubu (kişisel mallar) çok sınırlı olacak iken, edinilmiş mallara katılma rejiminde mal rejimi sözleşmesinin bu hükmünün kapsamı dışında kalacak olan mal grubu (kişisel mallar) çok daha geniş olabilecektir. Ölen eşin mirasçıları da mal ortaklığında sadece kişisel mallar üzerinden miras paylarını alabilecek durumda bulunacağından, bu durumda ortak olsun olmasın, altsoyun korunma ihtiyacı daha da baskın olmaktadır. İşte bu nedenle mal ortaklığına ilişkin TMK.m.276 hükmünde gerek ortak gerekse de ortak olmayan altsoyun saklı payı korunmuştur” (Şıpka, Kaplan, “Paylaşma Oranı”, 271).

⁸⁶¹ Acar, *Mal Rejimleri*, 452.

⁸⁶² Bkz. İkinci Bölüm, II, C, 4, b).

ortaklığı rejimine ilişkin saklı paylı mirasçılık korumasından sadece ölen eşin altsoyu, yani birinci zümre mirasçıları yararlanır. İkinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçıların söz konusu hukuki korumadan yararlanması mümkün değildir.⁸⁶³ Dolayısıyla, ölen eşin ikinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçıları olan ana ve babası bu korumadan yararlanamaz.⁸⁶⁴ Altsoyun söz konusu hukuki imkândan yararlanması için miras hukuku bakımından taşınması gereken özellikler, TMK.m.237/f.2 için daha önce yapılan açıklamalarda belirtilmişti.⁸⁶⁵ Bu konuda tekrardan kaçınma adına söz konusu açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Türk Medeni Kanunu m.276 uyarınca yapılacak anlaşmalar ile ikinci zümre başı olan mirasçıların saklı paylarından yoksun bırakılmaları mümkün olup, yapılacak böyle bir anlaşma geçerli olur.⁸⁶⁶ Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, ortaklık mallarının paylaşımına ilişkin sözleşmenin eşlerden birinin saklı paylı mirasçılarına zarar verme kastını açık olarak taşınması durumunda, kararlaştırılan paylaşma tarzının hakkın kötüye kullanılması nedeniyle geçersiz olduğuna karar vermiştir.⁸⁶⁷

c) Altsoyun Saklı Payının İhlal Edilmesinin Sonuçları

Paylaşma oranını değiştiren anlaşmanın altsoyun saklı payını zedelemesi (ihlal etmesi) halinde, saklı payı zedelenen altsoyun korunması tenkis davasına ilişkin hükümlerin (TMK.m.560 vd.) uygulanması ile sağlanır.⁸⁶⁸ Altsoy, kanunda düzenlenen paylaşma oranından farklı bir oranın belirlenmesi nedeniyle diğer eşe yapılan kazandırmaya karşı tenkis talebini ileri sürebilir. Hükümde sadece altsoyun saklı

⁸⁶³ Yarg. 2. HD., T. 26.12.2002, E. 2002/13128, K. 2002/14889 “Mal ortaklığı sözleşmesinin 5. maddesinde karı kocadan birinin ölümü halinde malvarlığının tamamının sağ kalana geçeceği kabul edilmiştir. Davacılar murisin kardeşleri ve kardeş çocuklarıdır. MK.m.222 (TMK.m.276)’de altsoyun hakkı saklı tutulmuş, kardeşlerin payları korunmamıştır. Bu durumda davacıların mal ortaklığı sözleşmesinden dolayı tenkis davaları açmaları mümkün değildir”. Bkz. Ali İhsan Özüğür, *Açıklamalı-İçtihatlı Tenkis Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları*, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 331.

⁸⁶⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 241, N. 13; Birinci Uzun, “Saklı Pay”, 123. Birinci Uzun’a göre, “sadece mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk gibi istisnai hallerde mirasbırakan tarafından saklı paylı mirasçılar tarafından saklı payları ihlal edilebilir” (Birinci Uzun, “Saklı Pay”, 109-110).

⁸⁶⁵ Bkz. İkinci Bölüm, II, C, 4, d), (2), (c).

⁸⁶⁶ İmre, Erman, *Miras*, 237.

⁸⁶⁷ BGE 112 II 390; BGE 99 II 9. Böyle bir durumda, mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde yasal paylaşma oranı uygulanacaktır (Dural, Öz, *Miras*, 251, dpn. 696). Yargıtay ise, “sağ kalan eşin korunmasına özel önem vererek, dürüstlük kuralı gerekçesiyle paylaşma anlaşmasının geçersiz sayılamayacağı” görüşündedir. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 27.10.1986, E. 1986/7867, K. 1986/9356 (YKD., Y. 1987, S. 6, 846).

⁸⁶⁸ Jungo, *CHK.*, ZGB. Art. 241, N. 8; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 241, N. 43; Acar, *Mal Rejimleri*, 453; Nar, *Tenkis*, 32; Çakır, *Eşin Mirasçılığı*, 230; Acar, “Miras Hakkı”, 67-68.

payının korunması öngörüldüğü için, anlaşmayla yapılan kazandırmanın, altsoy dışındaki diğer saklı paylı mirasçılarının saklı paylarını zedelemesi mümkündür.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma anlaşmasından kaynaklanan kazandırmanın tenkisinin gösterdiği özelliklere ilişkin açıklamaların⁸⁶⁹ esas itibarıyla paylaşma oranını değiştiren anlaşmadan kaynaklanan kazandırma bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Bu kapsamda kazandırmanın tenkis bakımından hukuki niteliği ve sırası, tenkis talebinin süresi ile görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin açıklamalar burada da dikkate alınmalıdır.⁸⁷⁰ Ancak söz konusu açıklamalar değerlendirilirken, paylaşma oranını değiştiren anlaşmalara karşı altsoyun tamamının tenkis davası açmasının mümkün olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.⁸⁷¹

4. Türk Medeni Kanunu m.276/f.3 Hükümünün TMK.m.237/f.2 ile Karşılaştırılması

Türk Medeni Kanunu m.237/f.2 ve m.276/f.3 aynı amacı gerçekleştirmek üzere öngörülmüş hükümlerdir. Her iki hüküm de eşlerin mal rejiminin tasfiyesine etki edecek anlaşmalarının saklı paylı mirasçılara zarar vermesini engelleme amacıyla sevk edilmiştir.⁸⁷² Bu amacı gerçekleştirmek için ise, belirli mirasçıların saklı payı koruma altına alınmış ve bu mirasçılara tenkis davası açma hakkı tanınmıştır. Ancak söz konusu mal rejimlerinin tasfiyelerinin gösterdiği özellikler sebebiyle, gerek saklı payı korunan mirasçıların çevresi, gerekse tenkis davasının mal rejiminin hangi sona erme hallerinde açılabileceği hükümlerde farklı şekilde düzenlenmiştir.

Bu kapsamda TMK.m.276/f.3’de altsoyun tamamının saklı payı koruma altına alınmış ve somut olayda mirasçı sıfatı kazanan altsoya tenkis davası açma hakkı tanınmıştır. Buna karşılık, TMK.m.237/f.2’de saklı pay koruması sadece ortak olmayan

⁸⁶⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II, C, 4, d), (2).

⁸⁷⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 241, N. 43

⁸⁷¹ Örneğin, saklı payların hesaplanması TMK.m.237/f.2’nin aksine tek tereke üzerinden yapılacaktır. Zira ortak olan ya da olmayan altsoy ayrımı bulunmamakta ve her bir altsoy tenkis davası açma hakkına sahip olmaktadır.

⁸⁷² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 241, N. 43.

altsoya tanınmış ve onlara tenkis davası açma hakkı verilmiştir.⁸⁷³ Dolayısıyla saklı payı korunan mirasçılarının çevresi, TMK.m.276/f.3’de daha geniş tutulmuştur.

İki hüküm arasındaki diğer önemli bir farklılık ise, mirasçılarının tenkis davasını mal rejiminin hangi sona erme hallerinde açabileceğine ilişkindir. Mal ortaklığı rejiminde, mal rejimi sözleşmesinde aksi açıkça kararlaştırılmadığı takdirde, eşlerin belirlediği paylaşma oranı mal rejiminin ölüm veya başka bir mal rejimine geçiş sebebiyle sona ermesinde uygulama alanı bulmaktadır. Anlaşma ile saklı payı ihlal edilen altsoy, mal rejiminin bu sona erme hallerinde TMK.m.276/f.3 gereği tenkis davası açma imkânına sahip olmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ise, artık değere katılma esasını belirleyen anlaşmaların, aksi açıkça kararlaştırılmadığı takdirde, sadece mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle anlaşma ile saklı payı ihlal edilen ortak olmayan altsoy, TMK.m.237/f.2 gereği, mal rejiminin ölüm sebebiyle sona erdiği hallerde tenkis davası açma hakkına sahip olmaktadır. Görüldüğü üzere, ilgili saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açma hakkına sahip olduğu sona erme halleri TMK.m.276’da daha geniş tutulmuştur.

Her iki hüküm arasındaki bu farklılıklar birlikte değerlendirildiğinde, TMK.m.276/f.3’e, m.237/f.2’ye nazaran daha geniş bir uygulama alanı tanındığı söylenebilir.

⁸⁷³ Midyat’a göre, “edinilmiş mallara katılma rejiminde sadece ortak olmayan altsoy için öngörülen korumanın mal ortaklığı rejiminde tüm altsoy için kabul edilmesinin hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır” (Midyat, *Değer Artış Payı*, 51, dpn. 122).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MAL REJİMLERİNİN TASFİYESİNİN ALACAKLILARA ETKİSİ

I. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu, mal rejimini seçme, değiştirme ve içeriğini belirleme konusunda eşlere sınırlı da olsa sözleşme özgürlüğü tanımıştır. Mal rejimine ilişkin yapılacak olan bu sözleşmeler, kural olarak, nisbilik ilkesi gereği sadece eşleri etkiler ve eşler arasında hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bununla birlikte söz konusu anlaşmaların, mal rejiminin devamı ya da tasfiyesi aşamasında, eşler dışındaki üçüncü kişileri de etkilemesi mümkündür.⁸⁷⁴ Eşlerin yaptıkları mal rejimi sözleşmesinden etkilenmesi olası olan üçüncü kişilerin kapsamına eşlerin alacaklıları da girmektedir. Eşlerin akdettikleri mal rejimi sözleşmesi, eşlerden her birinin alacaklısının alacağını elde etme ihtimalini olumlu ya da olumsuz şekilde etkiler. Bu nedenle eşlerin mal rejimi sözleşmesi kurma, içeriğini değiştirme veya önceki mal rejimini tasfiye ederek yeni bir mal rejimine geçmeye yönelik hukuki işlem ya da taleplerinin alacaklılara zarar vermesini engellemek amacıyla, kanunda alacaklıları koruyucu bazı hükümler sevk edilmiştir.

Alacaklıları koruyucu nitelikteki hükümlerden ilki, TMK.m.213'tür. Hükümde mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi yoluyla, alacaklıların üzerinden haklarını alabilecekleri malların sorumluluk dışında bırakılamayacağı, aksi takdirde kendisine böyle mallar geçmiş olan eşin borçlardan kişisel olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, akdedilen mal rejimi sözleşmesinin eşlerin malları arasında kaymaya sebep olması halinde, eşlerden birinin alacaklısına alacağını elde etmek için diğer eşin malvarlığına da başvurma imkânı

⁸⁷⁴ “Eşlerden biri üçüncü kişilerle ticari ilişkiye girip, bu ilişki dolayısıyla borçlanabilir. Eşlerin üçüncü kişilerle girdiği ilişkiden ötürü, alacaklı olan üçüncü kişilerin eşler arasında yapılacak mal rejimi sözleşmesiyle zarara uğrama ihtimali söz konusu olabilir” (Acar, *Mal Rejimleri*, 168).

tanınmaktadır. Böylece, bazı malların mal rejimi sözleşmesiyle alacaklıların takibinden kurtarılması engellenmektedir.

Eşlerin alacaklılarını koruyucu nitelik gösteren diğer hükümler, alacaklıları ilgilendiren sebeplerle olağanüstü mal rejimine geçişin düzenlendiği TMK.m.206/f.2, b.1, m.209 ve m.210 hükümleridir. Söz konusu hükümlerde eşlerden birinin ya da alacaklısının talebi üzerine hâkim kararıyla veya kanun gereği kendiliğinden mevcut mal rejiminden olağanüstü mal rejimine geçilmesi düzenlenmektedir. Hükümlerde öngörülen sebeplerden birinin varlığı halinde eşler arasında uygulanmakta olan mal rejimi, eşlerden birinin veya alacaklıların zarar görmesini engellemek amacıyla olağanüstü mal rejimine dönüştürülmektedir. Olağanüstü mal rejimine geçiş, esasen evlilik birliğinin korunmasına yönelik bir tedbir özelliği göstermektedir.⁸⁷⁵ Ancak bu tedbirin uygulanması ile, evlilik birliği devam ederken mevcut mal rejimi de tasfiye edilmekte ve alacaklılar da alacağını güvence altına alma ya da elde etme imkânına kavuşmaktadır. Diğer bir ifadeyle, mevcut mal rejiminin tâbi olduğu kurallar gereği, alacağını rejim devam ederken elde edemeyen alacaklı, rejimin sona ermesi ile alacağını elde edebilir duruma gelmektedir.

Bu bölümde ilk olarak, eşler arasındaki mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi ve tasfiyesinden etkilenen alacaklıların korunması incelenmiştir. İkinci olarak ise, mevcut mal rejiminden olağanüstü mal rejimine geçilmesi ve mevcut mal rejiminin tasfiyesinin alacaklılara etkisi değerlendirilmiştir. Tez konumuz mal rejiminin tasfiyesinin üçüncü kişilere etkisi ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle her iki konudaki açıklamalar sadece mal rejiminin tasfiyesinin alacaklılara etkisi özelinde yapılmıştır.

II. Mal Rejiminin Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması

A. Genel Olarak

Mal rejimine ilişkin sözleşmeler her ne kadar eşler arasında hüküm ve sonuç doğursa dahi, eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmelerinde yer alan düzenlemeler eşlerin alacaklılarını da etkileyebilir. Eşler, aralarında uygulanacak mal rejimini belirlerken veya mal rejimini değiştirirken, alacaklılarının haklarını elde edebilecekleri malları sorumluluk dışında bırakmak isteyebilirler. Alacaklıların menfaatlerinin bu yolla

⁸⁷⁵ Serra Kocar, “Olağanüstü Mal Rejimi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/1 (2019): 159.

ihlal edilmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir.⁸⁷⁶ Zira bu durumda kanunun eşlere tanıdığı olduğu mal rejimi sözleşmesi yapma ve mal rejiminde değişiklik gerçekleştirme hakkının amacı dışında kullanılması söz konusudur.⁸⁷⁷ Mal rejimi sözleşmesinin alacaklıları olumsuz şekilde etkileyebileceğini öngören kanun koyucu, TMK.m.213 hükmü ile alacaklıları koruma altına almıştır.

Alacaklıların korunması kenar başlığını taşıyan TMK.m.213 hükmüne göre, “*Mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları*⁸⁷⁸ sorumluluk dışı bırakamaz (f.1).⁸⁷⁹ Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur; ancak, söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği takdirde, bu ölçüde kendisini sorumluluktan kurtarabilir (f.2)”.

Alacaklıların korunmasına ilişkin bu düzenleme mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi halinde uygulama alanı bulmaktadır. Kanun koyucu bu hükmü, eşlerden birinin alacaklılarını veya mal ortaklığı rejiminde ortaklığın alacaklılarını korumak amacıyla sevk etmiştir.⁸⁸⁰ Söz konusu hüküm ile eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapma özgürlüklerini alacaklıların aleyhine kullanması engellenmek istenmiştir.⁸⁸¹ Söz konusu düzenleme, amacı itibarıyla emredici nitelikte bir hukuk kuralıdır. Hüküm üçüncü kişiler bakımından etkili olduğu için, eşler yapacakları

⁸⁷⁶ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 34-35; Akbulut, “Geçerlilik”, 11.

⁸⁷⁷ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 35.

⁸⁷⁸ Zeytin’e göre her ne kadar TMK.m.213 hükmünde “mallar” ifadesi kullanılmış olsa da bu ifadenin alacaklıları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir (Zeytin, “Haciz”, 17).

⁸⁷⁹ “TMK.m.213/f.1 hükmü, EMK.m.171/son ve EMK.m.180/f.1 hükümlerine karşılık gelmektedir. EMK.m.171/son hükmü, evlenmeden sonra yapılan mukavele karı kocanın malları üzerinde başkalarının haiz olduğu hakları ihlal edemez; EMK.m.180/f.1 hükmü, karı koca arasında vukubulan tasfiye muameleleri ve mevcut usuldeki tebeddül karı veya kocadan birinin veya ortaklığın alacaklılarını, üzerlerinden haklarını alabilecekleri mallardan mahrum bırakamazlar şeklindeydi. TMK.m.213 hükmünün madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu iki hüküm de mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi ve tasfiyesinin eşlerden birinin veya ortaklığı alacaklılarının haklarının ihlal edilmesini önlemeye yönelik olduğundan, TMK.m.213 hükmünde tek fıkrada birleştirilmiştir. Böylece, alacaklıların tatminine konu olabilecek malların, mal rejimindeki değişiklikler dolayısıyla tatmine konu olmaktan çıkarılması önlenmiştir” (Antalya, *Gerekçeli Türk Medeni Kanunu*, 204).

⁸⁸⁰ Öztan, *Aile*, 241; Acar, *Mal Rejimleri*, 168; Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 35; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 77; P. Ö. Demir, “Sözleşmeler”, 34.

⁸⁸¹ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 35; Akbulut, “Geçerlilik”, 11. ZGB. Art. 193’e ilişkin benzer yönde açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193. N. 5; Jungo, *CHK.*, Art. 193. N. 1. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 5A_302/2009; BGE 127 III 1.

sözleşmeyle hükmün aksini kararlaştıramazlar. Ancak alacaklı konumundaki üçüncü kişinin kanunun tanıdığı bu imkândan feragat etmesi mümkündür.⁸⁸²

Hükmün sağladığı korumadan sadece eşlerden birinin alacaklısı olan kişinin kendisi değil, alacak hakkını mal rejimine ilişkin değişiklikten sonra elde etmiş alacaklının külli ya da cüz'i halefleri (alacak hakkını devralanlar) de yararlanabilir.⁸⁸³ Zira TMK.m.213'ün alacaklıya sağladığı talep, güvence altına aldığı alacağın yan hakkı olup, alacağın devriyle birlikte devralana geçer.⁸⁸⁴

Hüküm esas itibariyle, eşin üçüncü kişilere karşı borçlanmasından sonra yapılan ve alacaklıları zarara uğratan mal rejimi sözleşmeleri bakımından alacaklılara koruma sağlamaktadır.⁸⁸⁵ Zira bir alacaklının TMK.m.213 kapsamında korunabilmesi için, mal rejiminin kurulduğu, değiştirildiği ve önceki rejimin tasfiye edildiği anda alacağın mevcut olması gerekmektedir.⁸⁸⁶ Borcun doğumundan önce yapılan mal rejimi sözleşmeleri bakımından hüküm uygulama alanı bulmamaktadır. Ayrıca, TMK.m.213 hükmünün kapsamında sadece yeni bir mal rejimi sözleşmesi yapmak, mevcut sözleşmeyi değiştirmek veya önceki rejimin tasfiyesi gibi işlemler yer almaktadır. Bu işlemler dışında kalan ve özellikle mal rejiminin içeriğinde değişiklik yapan işlemler ise hükmün uygulama alanı dışındadır.⁸⁸⁷

Eşler arasında yeni bir mal rejiminin kurulması, mevcut mal rejiminin değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi ile eşlerin malvarlıkları arasında bir kayma meydana gelirse, TMK.m.213 hükmü uygulama alanı bulur.⁸⁸⁸ Bu durumlar dışında TMK.m.221 uyarınca eşlerin bazı edinilmiş malları kişisel mal olarak kabul etmeleri, TMK.m.237 uyarınca katılma alacağını azaltmaları ya da ortadan kaldırmalarına ilişkin yapılan anlaşmalara karşı TMK.m.213 uyarınca alacaklıların korunması söz konusu değildir.⁸⁸⁹ Ayrıca doktrinde, katılma alacağını azaltan veya ortadan kaldıran anlaşmalar yanında, değer artış payı alacağını azaltan veya ortadan kaldıran anlaşmalara karşı da

⁸⁸² Şıpka, *Katılma Rejimi*, 50; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 63.

⁸⁸³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 33.

⁸⁸⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 33.

⁸⁸⁵ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 120; Özuğur, *Mal Rejimleri*, 36.

⁸⁸⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 25; Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 193, N. 6; Jungo, *CHK.*, Art. 193, N. 3.

⁸⁸⁷ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 121, 143.

⁸⁸⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 313; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 240-241.

⁸⁸⁹ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 121.

TMK.m.213 uyarınca alacaklıların korunmasının mümkün olmadığı da ileri sürülmektedir.⁸⁹⁰

Alacaklıların, eşlerin mal rejimine ilişkin bu hukuki işlemlerine karşı, Türk Medeni Kanunu m.213'ün sağladığı korumanın yanı sıra, İcra ve İflas Kanunu m.277'de düzenlenen iptal davası hükümlerine başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki hakim görüşe göre, kişilik haklarından olan ve malvarlığını ilgilendirmeyen aile hukuku işlemleri iptal davasına konu olamazken, aile hukukundan kaynaklanan malvarlığını ilgilendiren işlemler iptal davasına konu olabilir.⁸⁹¹ Katıldığımız hakim görüş uyarınca, mal rejimleri bakımından alacaklılarının başvurabileceği hukuki imkânın TMK.m.213 hükmünde özel olarak düzenlenmiş olması, alacaklıların İİK.m.277 vd.'nda düzenlenen iptal davasına başvurmasını engellemez.⁸⁹² Böylece, İİK.m.277 vd.'nda düzenlenen tasarrufun iptali davasına başvurunun şartları gerçekleşmişse, alacaklı, TMK.m.213'den yararlanabileceği gibi, tasarrufun iptali yoluna da başvurabilir.

B. Alacaklıların Korunmasına İlişkin Hükmün Uygulama Alanı

1. Mal Rejiminin Kurulması veya Değiştirilmesinde

Türk Medeni Kanunu m.213 uyarınca alacaklıların korunması imkânının sağlandığı durumlardan ilki, mal rejiminin kurulması veya değiştirilmesine ilişkin yapılan anlaşmalardır.⁸⁹³ Bu kapsamda hükmün uygulama alanına dahil olabilecek anlaşmalar, seçimlik mal rejimlerinden birinin eşler arasında uygulanacağını kararlaştırılmasına ilişkin mal rejimi sözleşmesi olabileceği gibi, seçimlik mal

⁸⁹⁰ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 121.

⁸⁹¹ Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 35; Bilge Umar, *Türk İcra-İflas Hukukunda İptal Davası* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963), 61-62; Mine Toktaş, *Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 83.

⁸⁹² Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 35; Umar, *İptal Davası*, 61-62; Veli Çiçekdağı, “İİK’da Tasarrufun İptali Davaları ve Özellikle Alacaklılara Zarar Vermek Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_986.htm (ET. 18.08.2022). Sarı’ya göre, alacaklıların tasfiye sözleşmesine karşı, İİK.m.277 vd. hükümlerine başvurmaları mümkündür. Bkz. Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 107. Aynı yönde açıklama için bkz. Yıldız, “Tasfiye”, 55.

⁸⁹³ “Eşler, yasal mal rejimi veya seçimlik mal rejimini evliliklerinin sonuna kadar uygulamak zorunda değildirler. TMK.m.202/f.1 uyarınca “Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler”. Ancak eşler mal rejimi sözleşmesi ile aralarında uygulanan mal rejimini değiştirirken, kanun koyucu, bu değişiklikten zarar görmesi muhtemel olan kişileri korumak amacıyla onları koruyucu düzenlemeler sevk etmiştir. TMK.m.213 hükmü de söz konusu düzenlemelerden biridir” (Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 155).

rejimlerinden edinilmiş mallara katılma rejimine geçilmesine ilişkin sözleşmeler de olabilir.⁸⁹⁴

Türk Medeni Kanunu m.213 hükmü, eşler arasındaki mal rejimleriyle ilgili genel hükümlerden biridir. Bu nedenle, kural olarak, mal rejimlerinin her biri bakımından uygulama alanı bulur.⁸⁹⁵ Ancak söz konusu düzenleme her ne kadar genel hükümlerden biri olsa da, düzenlemenin alacaklılar bakımından önemi ve uygulama alanı eşler arasındaki mal rejiminin türüne göre farklılık gösterecektir.⁸⁹⁶ Zira mal rejimindeki mal grupları ve bu malların tâbi olduğu kurallar göz önünde bulundurulduğunda, TMK.m.213 hükmünün daha çok mal ortaklığı rejiminde etkili olacağı ve uygulama alanı bulacağı söylenebilir.⁸⁹⁷ Doktrinde, edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinde eşlerden her biri, tıpkı evlenmemiş gibi, borçlarından kendi malvarlığı ile sorumlu olduğu için (TMK.m.224, m.243, m.246)⁸⁹⁸, yapılan anlaşmalar söz konusu mal rejimlerinde alacaklıların durumunda herhangi bir kötüleşme meydana getirmez.⁸⁹⁹ Özellikle, edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı sırasında her eş, kendi malvarlığı üzerinde tek başına tasarruf yetkisine sahip olduğu için, muvazaalı devirleri dışında, eşlerin aralarında uygulanacak mal rejimini değiştirmeleri alacaklıları etkilemez.⁹⁰⁰ Gümüş’ün de belirttiği üzere, edinilmiş mallara katılma rejiminden mal ayrılığına geçerken bir malvarlıksal kayma meydana gelmez.⁹⁰¹ Zira, edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşler malvarlıkları üzerinde tek başına hak sahibidir. Ayrıca eşlerin malvarlıklarına ilişkin yapılan edinilmiş mal - kişisel mal

⁸⁹⁴ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 121.

⁸⁹⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193. N. 7; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 34.

⁸⁹⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 7.

⁸⁹⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 313; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 50; Öztan, *Aile*, 241; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 78; Acar, *Mal Rejimleri*, 168; P. Ö. Demir, “Sözleşmeler”, 35.

⁸⁹⁸ Edinilmiş mallara ilişkin TMK.m.224’e göre “Eşlerden her biri kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur”. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.246’ya göre, “Eşlerden her biri, kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur”. Mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.243 hükmüne göre ise “İspat, borçlardan sorumluluk ve paylı mülkün özgülenmesi konularında paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin hükümler uygulanır”. Dolayısıyla mal ayrılığı rejiminde de paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.246 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda mal ayrılığı rejiminde de eşlerden her biri kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumlu olacaktır.

⁸⁹⁹ Öztan, *Aile*, 241-242; Acar, *Mal Rejimleri*, 168-169; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 121; Kılıçoğlu, *Aile*, 262; P. Ö. Demir, “Sözleşmeler”, 35. “Yasal mal rejimi ile mal ayrılığı rejiminde her eş tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu olduğu için, yasal mal rejimi ile mal ayrılığı rejiminde eşlerden birinin alacaklısının durumunda bir kötüleşme olmaz” (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 78).

⁹⁰⁰ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 50.

⁹⁰¹ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 241-244.

ayrımı sadece iç ilişkide önem arz etmekte olup, eşlerin alacaklıları için bir önem taşımaz.⁹⁰²

Mal rejimi sözleşmesiyle eşler arasında malvarlığı kayması, eşlerin mal ortaklığı rejiminden mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya edinilmiş mallara katılma rejimine geçmesi halinde gündeme gelebilir.⁹⁰³ Özellikle, eşlerin mal ortaklığı rejiminden mal ayrılığı rejimine geçmeyi kararlaştırdıklarında, önceki rejim olan mal ortaklığının tasfiyesine ilişkin yapılacak anlaşma alacaklılar aleyhine sonuçlar doğurabilir.⁹⁰⁴ Örneğin, eşlerin ortaklık mallarına dahil bir malvarlığı değerinin mal ayrılığı rejimine geçişte eşlerin kişisel malları içerisinde kalmasını sağlayacak şekilde anlaşma yapmaları bu niteliktedir. Zira mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinden önce borçlu eşin ortaklık mallarına da başvurarak alacağını elde etme imkânı olan alacaklı, yeni geçilen mal ayrılığı rejiminde diğer eşin kişisel malına dönüşen malvarlığı unsuruna başvurma hakkını kaybedecektir. Görüldüğü üzere, bu halde eşlerden birinin alacaklısının alacak hakkını elde etmek için başvurabileceği mallar sorumluluk dışı bırakılmıştır. Böyle bir durumda, TMK.m.213 hükmü alacaklıları koruyucu bir rol oynayacaktır.⁹⁰⁵ Zeytin'e göre ise, bir mal rejiminin kurulması veya değiştirilmesinin alacaklılar aleyhine bir durum yaratabilmesi, özellikle kurulan veya değiştirilen mal rejiminin mal ortaklığı rejimi olması halinde söz konusu olabilir.⁹⁰⁶ Zira yazara göre, ortaklık malları üzerinde, eşler, elbirliği halinde malik olup, elbirliği mülkiyetinde ortakların payları belirlenmiş olmayıp, her birinin hakkı ortaklık mallarının tamamına yaygındır (TMK.m.701/f.2). Ayrıca elbirliği halinde mülkiyet devam ettiği sürece pay üzerinde tasarrufta bulunulamaz (TMK.m.702/f.3).⁹⁰⁷ Sonuç olarak, doktrindeki görüşler dikkate alındığında, mal rejimlerinin kurulması veya değiştirilmesinde alacaklıların zarara uğrama ihtimali, diğer mal rejimi türlerinden mal ortaklığı rejimine geçilmesi veya mal ortaklığı rejiminden başka bir rejime geçilmesinde ortaya çıkabilmektedir.⁹⁰⁸

⁹⁰² Gümüş, *Mal Rejimleri*, 241-244.

⁹⁰³ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 313; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244.

⁹⁰⁴ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244.

⁹⁰⁵ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 50-51; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244.

⁹⁰⁶ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 78.

⁹⁰⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 78.

⁹⁰⁸ Jungo, *CHK.*, Art. 193, N. 5; Öztan, *Aile*, 242; Acar, *Mal Rejimleri*, 169; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 78; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 121-122; P. Ö. Demir, "Sözleşmeler", 35.

2. Mal Rejiminin Tasfiyesinde

Eşler arasında yapılan anlaşmalara karşı alacaklıların TMK.m.213 kapsamında korunduğu hallerden diğeri, önceki mal rejiminin tasfiyesine ilişkindir. Bilindiği üzere, mal rejiminin tasfiyesinin söz konusu olabilmesi için öncelikle eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesi gerekir. Mal rejiminin tasfiyesi ister dava yoluyla isterse sözleşme ile gerçekleştirilmiş olsun, alacaklılar, TMK.m.213'ün kendilerine sağladığı korunmadan yararlanabilirler.⁹⁰⁹ Tezde, “eşler arasındaki mal rejimlerinin tasfiyesinin üçüncü kişilere etkisi” ele alındığı için, çalışmamızda mal rejiminin tasfiyesi ile sınırlı olmak üzere alacaklıların korunması konusu incelenmiştir.

C. Önceki Mal Rejiminin Tasfiyesinde Alacaklıların Korunması

1. Genel Olarak

Önceki rejimin tasfiyesi, TMK.m.213 kapsamında alacaklıların korunduğu hallerden biridir. Eşlerin yaptıkları anlaşma ile mal rejiminin tasfiyesinde “eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları” sorumluluk dışında bırakmaları mümkün değildir (TMK.m.213/f.1). Buna rağmen, eşler bu yönde bir anlaşma yapmışlarsa anlaşmanın alacaklılar bakımından doğurduğu sonuçlar TMK.m.213/f.2’de düzenlenmiştir. Hükme göre, “*Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur; ancak, söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği takdirde, bu ölçüde kendisini sorumluluktan kurtarabilir*”. Hükümde, TMK.m.213/f.1’deki yasağa aykırı şekilde anlaşma yapılması halinde, yasaklanan bu anlaşmaya konu olan malları edinen eşin borçlardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Ancak hükümde öngörülen söz konusu sonucun ortaya çıkması için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir.

2. Önceki Mal Rejiminin Tasfiyesine Karşı Alacaklıların Korunmasının Koşulları

a) Eşler Arasında Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Devir Yapılmış Olması

Türk Medeni Kanunu m.213 hükmünün uygulanabilmesi için, öncelikle eşler arasında mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir devir yapılmış olmalıdır. Bu devir, borçlu

⁹⁰⁹ Aldemir, *Taraf İradeleri*, 155.

eşten borçlu olmayan eşe yapılan ve mal rejiminin tasfiyesi amacını güden her türlü devri kapsamaktadır.⁹¹⁰ Artık değere katılma alacağının ifası ve mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarının paylaşımı kanun koyucu tarafından malvarlığının tasfiyesi olarak kabul edilmiştir.⁹¹¹ Doktrinde belirtildiği üzere, artık değere katılma alacağının ifasında veya ortaklık mallarının paylaşılmasında, bir malvarlığı değerinin gelecekteki artık değer alacağına ya da ortaklık malına mahsup edilmek için el değiştirmesinde TMK.m.213 hükmü uygulama alanı bulabilecektir.⁹¹²

Doktrinde Karakimseli, katılma alacağı aşamasında yapılan ve alacaklıların el atabilecekleri malların karşı tarafa devri sonucunu doğuran işlemler yanında değer artış payı alacaklarının ifası aşamasında yapılan işlemlerin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini belirtmiştir.⁹¹³ Yazar bu kapsamda yapılan işlemlere, mal rejiminin tasfiyesinde bir malvarlığı değerinin katılma veya değer artış payına mahsuben diğer eşe devredilmesini, katılma veya değer artış payı alacaklarının ayın olarak ödenmesini ve katılma alacağının parasal karşılığında daha değerli olan bir taşınmazın katılma alacağına mahsuben diğer eşe devredilmesini örnek olarak vermiştir.⁹¹⁴ Zeytin'e göre de, değer artış payı alacağı diğer olağan alacaklardan farklı olmadığından değer artış payı alacağının ödenmesi halinde de TMK.m.213 hükmü uygulanabilir.⁹¹⁵ Zira yazara göre, değer artış payı alacağına ilişkin düzenleme olan TMK.m.227/f.2 hükmünde ZGB. Art. 206/Abs.2'den farklı olarak bu alacağın derhal muaccel olacağı belirtilmemiş olup, bu alacak sadece mal rejiminin tasfiyesinde gündeme gelmektedir.⁹¹⁶

Alacaklıları koruma amacıyla öngörülen TMK.m.213, eşler arasında mal rejiminin tasfiyesini sağlamak için gerçekleştirilen devirler bakımından uygulanmaktadır. Eşlerin malvarlığını devretmeleri rejimin tasfiyesinin dışındaki bir hukuki işleme (bağış, trampa, satım) dayanıyorsa, borçlu eşin alacaklıları bu devirlere

⁹¹⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 79; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 155; Öztan, *Aile*, 242; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 122.

⁹¹¹ Öztan, *Aile*, 242; Acar, *Mal Rejimleri*, 169; P. Ö. Demir, "Sözleşmeler", 36.

⁹¹² Acar, *Mal Rejimleri*, 169; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 79; P. Ö. Demir, "Sözleşmeler", 36.

⁹¹³ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 122.

⁹¹⁴ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 122.

⁹¹⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 79.

⁹¹⁶ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 79.

karşı TMK.m.213 hükmünün sağladığı korumadan yararlanamaz.⁹¹⁷ Zira, evli olmayan kişilerin de yapabileceği satış, bağış, ödünç verme gibi işlemlerin eşler tarafından yapılmış olması mal rejiminin tasfiyesi olarak değerlendirilemez.⁹¹⁸ Bu tür devirlerin, mal rejiminin tasfiyesi ile doğrudan bağlantısı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan bir borcu ödemesi⁹¹⁹ ya da üçüncü kişilere malvarlığı unsurunu devretmesi de mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili olmadığı için, alacaklılar borcun ifa edilmesinden ya da devirden zarar gördüklerini ileri sürerek TMK.m.213'ün korumasından yararlanamazlar.⁹²⁰

b) Eşlerden Birinin Alacaklısının veya Ortaklığın Alacaklısının Alacağını Elde Edebileceği Malların Sorumluluk Dışında Bırakılması

Eşler arasında mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir devrin yapılmış olması, alacaklıların Türk Medeni Kanunu m.213 kapsamında korunması için yeterli değildir. Ayrıca eşlerin mal rejiminin tasfiyesine yönelik yaptıkları devir ile, eşlerden birinin veya ortaklığın⁹²¹ alacaklılarının üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakmış olmaları da gerekir.

Hükümde sorumluluk dışı bırakma kavramına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce sorumluluk dışı bırakma, alacaklının borçlu eşten olan alacağını elde etmek için başvurabileceği malvarlığı unsuruna, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi amacıyla yapılan devirden sonra başvuramayacak duruma gelmesini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, alacaklının tasfiyeden önce alacağını elde etmek

⁹¹⁷ Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 193, N. 5; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 14; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 79; Acar, *Mal Rejimleri*, 169; Aldemir, *Taraf İradeleri*, 155-156; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 121. Gümüş'e göre, eşler arasındaki bağışlamalarda TMK.m.213 hükmü uygulanmaz. Bu durumda, eşlerden biri tarafından yapılan bağışlamalar TMK.m.213 kapsamında yer almadığı için, eşin devirde bulunmayıp bağışlamada bulunması halinde hüküm uygulama alanı bulmayacaktır (Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244).

⁹¹⁸ Öztan, *Aile*, 242; Acar, *Mal Rejimleri*, 169; Jungo, *CHK.*, Art. 193, N. 6. "Bağış yapma vaadinin yerine getirilmesi, bir sözleşmenin ifasında malın devredilmesi gibi evli olmayan kişiler arasında da mevcut olabilecek eşler arasındaki işlemler alacaklıların korunması hükmü kapsamında değerlendirilmez" (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 14).

⁹¹⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 14; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 79; Acar, *Mal Rejimleri*, 169.

⁹²⁰ Jungo, *CHK.*, Art. 193, N. 6. "ZGB.Art.193 hükmü yalnızca eşe geçmiş olan malvarlıkları bakımından uygulama alanı bulup, eş dışında üçüncü bir kişiye yapılan malvarlığı geçişlerinde bu hüküm uygulama alanı bulmaz" (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 37).

⁹²¹ "Hükümde yer alan ortaklık ifadesi ile mal ortaklığının mı kastedildiği akla gelebilir. Ancak bu düzenlemede yer alan ortaklık ifadesi ile bütün mal rejimlerinde geçerli olan eşlerin sahip olduğu tüm malvarlığı kastedilmektedir. Bu nedenle ortaklık ifadesi ile mal ortaklığı rejimi kastedilmemektedir" (Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 34).

için başvurabileceği bir malvarlığı unsuruna, tasfiye amacıyla yapılan devirden sonra başvuramıyorsa, söz konusu malvarlığı unsuru eşler tarafından sorumluluk dışında bırakılmış olur.

c) Alacaklının Alacağını Borçlu Eşten Alamamış Olması

Alacaklının üzerinden haklarını alabileceği mallar, mal rejiminin tasfiyesi sebebiyle diğer eşe devredilmiş de olsa, borcu ifa yükümlülüğü borçlu eşe aittir. Bu nedenle, alacaklı, alacağını elde etmek için öncelikle borçlu eşe başvurmak zorundadır. Borçlu eşten talepte bulunmadan doğrudan, lehine devir yapılan borçlu olmayan eşe başvuramaz. Zira borçlu olmayan eşin sorumluluğu ikincil (tali) bir sorumluluktur.⁹²² Alacaklının, borçlu olmayan eşe başvurabilmesi için, borçlu eşten borcun ifasını talep etmesi gerekir.⁹²³ Bu başvuru sonucunda, alacağın borçlu eşten elde edilememesi halinde alacaklı TMK.m.213/f.2'ün kendisine sağladığı korumadan yararlanıp borçlu olmayan eşten talepte bulunabilir.⁹²⁴

Alacaklının, TMK.m.213/f.2'nin sağladığı korumadan yararlanarak borçlu olmayan eşe başvurması için, alacağını borçlu eşten alamadığını ispat etmesi yeterlidir. Alacaklının borçlu eş hakkında borç ödemedен aciz belgesi almış olması gerekmez.⁹²⁵ Alacaklı, alacağını borçlu eşten alamadığını her türlü delille ispat edebilir.⁹²⁶ Zira TMK.m.213 hükmü, alacaklıyı alacağını elde edebileceği mala ilişkin devir gerçekleşmemiş olsaydı, hangi hukuki durum içinde bulunması gerekiyorsa o duruma getirmek istemektedir.

⁹²² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 8; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 314; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244; P. Ö. Demir, "Sözleşmeler", 35.

⁹²³ Jungo, *CHK.*, Art. 193, N. 10.

⁹²⁴ "Kendisine mal geçmiş olan eşe karşı, alacaklının doğrudan icra takibi yapma imkânı olup olmadığı tespit edilmelidir. İcra ve iflas hukuku açısından kendisine karşı takip başlatılan kişinin borçlunun kendisi olması gerekmektedir. Ancak borçlu olmayan kişiye karşı takip yapılması, takibin başlangıcında herhangi bir sorun oluşturmaz. Zira icra ve iflas hukuku şekli bir hukuk olup, maddi hukuku açısından önemli olan borçlu olmama takibin başlaması için bir sorun teşkil etmez. Ancak takibin ilerleyen aşamalarında borçlunun ödeme emrine itiraz ederek borçlunun kendisi olmadığını ileri sürmesi takibin olumsuz sonuçlanmasına yol açacaktır. Bu nedenle, alacaklının TMK.m.213 kapsamında kendisine devir yapılan eşe karşı takip yapabilmesi için öncelikle, borçlu olmayan eşe dava açması ve bunun sonucunda aldığı kararı ilamlı icraya koyması gerekmektedir" (Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 123-124).

⁹²⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 8; Jungo, *CHK.*, Art. 193, N. 10; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 78; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244; Yılmaz, *Aile*, 345.

⁹²⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 8; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 78.

D. Eşlerden Birinin veya Ortaklığın Alacaklılarının Haklarını Alabilecekleri Malların Sorumluluk Dışı Bırakılmasının Sonuçları

1. Borçlu Olmayan Eşin Sınırlı Kişisel Sorumluluğu

Mal rejiminin tasfiyesine yönelik yapılan anlaşmalar, alacaklıların haklarını zedelememelidir. TMK.m.213/f.1 gereği, mal rejiminin tasfiyesine kadar eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklısının alacağını tahsil edebileceği bir malvarlığı değeri sorumluluk dışında bırakılamaz. Mal rejiminin tasfiyesine yönelik anlaşma ile eşlerin malvarlıkları arasında bir kaymanın meydana gelmesi ve bir malın sorumluluk dışında bırakılması, borçlu eşin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁹²⁷ Zira alacaklıların zarar görme ihtimaline karşı yapılacak anlaşmaların yaptırımını sözleşmenin geçersizliği olmayıp, devirden önce sorumluluğu bulunmayan diğer eşin de, devirle birlikte borçtan kişisel olarak sorumlu olmasıdır.⁹²⁸ Kendisine böyle bir malvarlığı geçen eş, borcu ödemek zorundadır. TMK.m.213/f.2 gereği, borçlu olmayan diğer eş malvarlığı intikali ile kanun gereği kendiliğinden gerçekleşen borca katılma yoluyla mevcut borçlardan kişisel olarak sorumlu olur.⁹²⁹ Ancak borçlu olmayan eşin sorumluluğu ikincil (tali)⁹³⁰ ve sınırlı bir sorumluluktur.⁹³¹ Dolayısıyla, alacaklı ancak borçlu eşten alacağını alamadığı takdirde diğer eşin sorumluluğuna sınırlı olarak başvurabilecektir.

Türk Medeni Kanunu m.213/f.2'ye göre, “*Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur*”. Söz konusu düzenleme uyarınca, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının üzerinden haklarını alabilecekleri malların geçtiği borçlu olmayan eşin diğer eşin borcundan kişisel olarak sorumlu olacağı belirtilmiştir. Kişisel sorumlukta kural olarak kişinin tüm malvarlığı ile sorumlu olması esastır. Ancak TMK.m.213/f.2’de kendisine böyle mallar geçmiş olan eşin, söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat etmesi halinde, bu ölçüde kendini sorumluktan kurtarabileceği belirtilmiştir. Böylece, TMK.m.213/f.1 uyarınca gerçekleşen devir sebebiyle malı iktisap eden eşin, malın değerini aşan borç miktarına ilişkin

⁹²⁷ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244.

⁹²⁸ Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 35; Acar, *Mal Rejimleri*, 143; Akbulut, “Geçerlilik”, 11-12. “Ancak söz konusu anlaşma muvazaalı ise kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır” (Acar, *Mal Rejimleri*, 143).

⁹²⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 314; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244; P. Ö. Demir, “Sözleşmeler”, 35.

⁹³⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 8; Jungo, *CHK.*, Art. 193, N. 10; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 314; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244; P. Ö. Demir, “Sözleşmeler”, 35.

⁹³¹ Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 35.

sorumluluktan kurtulmasına imkân tanınmıştır.⁹³² Hükümün ifadesi göz önünde tutulduğunda, borçlu olmayan eşin kendisine geçen malvarlığının değeri ile sınırlı sorumlu olacağı sonucuna varılmalıdır. Böylece borçlu olmayan eş, borçlardan kişisel olarak sınırlı bir malvarlığının değeri oranında sorumludur.⁹³³ Diğer bir ifadeyle, borçlu olmayan eşin sorumluluğu kendisine intikal eden malvarlığı değerleri ile sınırlı bir sorumluluktur. TMK.m.213/f.2 hükmünde öngörülen sorumluluk, eşlerden her birinin yaptığı hukuki işlemler sonucu ortaya çıkan şahsi borçlarından bütün malvarlığı ile sorumlu olacağına dair kuralın istisnasını oluşturur.⁹³⁴ Karakimseli'ye göre⁹³⁵, kişisel sorumlulukta kişinin tüm malvarlığı ile sorumlu olması kural olmasına rağmen, TMK.m.213 hükmünde eşin borçlardan kişisel sorumlu olduğu belirtildikten sonra, eşin kendisine geçen malvarlığı değeri ile sınırlı sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu düzenlemede kanun koyucu, ispat yükünün mal kendisine devredilen eşe ait olduğunu belirtmek için bu ifadeyi kullanmıştır. Yazara göre, bu düzenleme ile mal kendisine devredilmiş olan eş, kendisine devredilen malın değerinin diğer eşin borcunu ödemeye yetmediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.⁹³⁶

2. Borçlu Olmayan Eşin Sorumluluktan Kurtulması

Türk Medeni Kanunu m.213/f.2'de kendisine tasfiye anlaşmasıyla sorumluluk dışı bırakılan bir malvarlığı değeri geçmiş olan eşin kişisel olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Ancak hükümde, eşin sorumluluğu malın değeri itibarıyla de sınırlandırılmıştır. Zira hükümde, borçlu olmayan eşin kendisine geçen malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği oranda sorumluluktan kurtulacağı belirtilmiştir.⁹³⁷ Bu nedenle, borçlu olmayan eş kural olarak borçtan kişisel olarak sorumlu olsa da, kişisel sorumluluğu kendisine geçen malların değeriyle sınırlandırılmıştır. Eş, malların değerinin borcun tamamını ödemeye yetmediğini ispat ederek, borcun malların değerinden fazla olan kısmından sorumlu olmaktan kurtulabilir. Böylece borçlu olmayan eş, elde ettiği malların değerinden daha fazla bir miktarı ödeme yükümlülüğü altına girmemiş olur.

⁹³² Kılıçoğlu, *Aile*, 262.

⁹³³ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244.

⁹³⁴ Şeker, *Katılma Rejimi*, 118.

⁹³⁵ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 123.

⁹³⁶ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 123.

⁹³⁷ Öztan, *Aile*, 238; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 244.

Borçlu olmayan eş, sınırlı da olsa borçtan kişisel olarak sorumlu olduğu için, kendisine geçen malı karşılıklı veya karşılıksız olarak elden çıkarmış ya da tüketmiş veya yok etmiş olsa dahi sorumlu olmaya devam eder. Ancak söz konusu malvarlığı değeri mücbir sebepten dolayı yok olmuşsa, borçlu eşin TMK.m.213 kapsamındaki sorumluluğunun sona ereceğini, bu sebeple kendisine geçen malların değeri azalmışsa sorumluluğunun da bu ölçüde azalacağını kabul etmek yerinde olur.⁹³⁸

Borçlu olmayan eşin kişisel sorumluluğunu sınırlandıran unsur olan malın değerinin hangi an esas alınarak tespit edileceğinin de belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce, bu belirleme yapılırken hükmün amacının dikkate alınması gerekir. Hükmün amacı söz konusu devirden önce alacaklı hangi hukuki konumda olacaksa, o konumun imkânlarını alacaklıya sağlamaktır. Bu nedenle, borçlu eşin mülkiyetinde var olmaya devam eden malların değeri, borçlu olmayan eşin malı edindiği an değil, alacaklının kendisine borcun ödenmesi için başvurduğu an dikkate alınarak belirlenmelidir.⁹³⁹ Borçlu olmayan eşin malı bir başkasına devrettiği, tükettiği ya da yok ettiği hallerde ise, söz konusu hukuki işlemin ya da fiilin gerçekleştirildiği an esas alınarak malın değeri tespit edilmelidir.⁹⁴⁰ Malın değeri ise, piyasa değerine göre belirlenmelidir.⁹⁴¹ Gerek malın değerinin gerekse değer belirleneceği anın tespiti bakımından borçlu olmayan eşin iyiniyetli ya da kötünietli olmasının önemi bulunmamaktadır. Zira kanunda eşin sorumluluğu ve sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından bu yönde bir ayırım yapılmamıştır.

III. Olağanüstü Mal Rejimine Geçilmesinin Alacaklılara Etkisi

A. Genel Olarak

Mal ayrılığı rejimi, Türk Medeni Kanunu'nda seçimlik mal rejimlerinden biri olarak düzenlenmiştir (TMK.m.242-243). Eşler yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile, bu mal rejiminin uygulanmasını kabul edebilirler. Ancak eşler tarafından seçilmese dahi kanunda öngörülen bazı hallerde eşler arasındaki mal rejiminin hâkim kararıyla ya da kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşmesi mümkündür. Mevcut mal rejiminin dönüştürülmesi yoluyla eşler arasında uygulanan mal ayrılığı rejimi, olağanüstü mal

⁹³⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 48.

⁹³⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 52.

⁹⁴⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 52.

⁹⁴¹ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 193, N. 52.

rejimi niteliğindedir. Olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimine geçilebilmesi için, eşler arasında mal ayrılığı dışındaki diğer mal rejimlerinden birinin uygulanıyor olması gerekmektedir.⁹⁴² Zira eşler arasında mal ayrılığı rejimi uygulanmakta ise, uygulanacak hükümler aynı olacağı için, olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına geçilmesi mümkün değildir.⁹⁴³

Olağanüstü mal rejimine geçiş imkânı, eşlerden birinin (TMK.m.206) veya eşlerden birinin alacaklısının talebi üzerine hâkim kararıyla (TMK.m.210) ya da kanun gereği kendiliğinden (TMK.m.209) gerçekleşir.⁹⁴⁴ Olağanüstü mal rejimine geçilmesi ile eşler arasındaki mal rejimi henüz evlilik devam ederken tasfiye edilmektedir.⁹⁴⁵ Eşler, olağanüstü mal rejimine geçme imkânı ile, evlilik devam ederken mal rejimini tasfiye ettirmek suretiyle, ilerdeki alacaklarını güvence altına alma imkânına sahip olmaktadır.⁹⁴⁶

Olağanüstü mal rejimi olarak uygulanan mal ayrılığı rejiminin temelinde evlilik birliğinin korunmasına yönelik bir tedbir olma özelliği bulunmaktadır.⁹⁴⁷ Olağanüstü mal rejimine geçilmesine ilişkin kanun hükümleri emredici hükümler olup, olağanüstü mal rejiminden önceden vazgeçmeye ilişkin anlaşmalar geçersizdir.⁹⁴⁸ Olağanüstü mal rejimi, haklı sebeplerin varlığı durumunda eşlerden birinin veya alacaklılarının eşler arasında uygulanmakta olan mal rejimi dolayısıyla zarar görmesini engellemek amacıyla öngörülmüştür.⁹⁴⁹ Zira kanun koyucu eşlerin ekonomik varlıklarının tehlikeye

⁹⁴² Kılıçoğlu, *Aile*, 249; Öztan, *Aile*, 243; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 63; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 138; Acabey, *Katılma Rejimi*, 28; Özdamar vd., *Yasal Mal Rejimi*, 27; Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 264; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 159; Atamulu, “Sona Erme”, 523; Anıl, Taner, *Mal Rejimleri*, 37.

⁹⁴³ Öztan, *Aile*, 243; Acar, *Mal Rejimleri*, 173, dpn. 497; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 159; Atamulu, “Sona Erme”, 523. “TMK.m.206’nın uygulandığı durumlarda eşlerden birinin talebi yeterli iken, sözleşmesel mal rejimi olarak uygulanan mal ayrılığı rejiminde eşlerden ikisinin anlaşması söz konusudur. Bu yönüyle TMK.m.206 eşlerden birinin rızası olmadan yürürlük kazanımı sağlayan emredici bir hukuku kuralıdır” (Acar, *Mal Rejimleri*, 173, dpn. 497).

⁹⁴⁴ Öztan, *Aile*, 243; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 35; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 168; Çağırğan Tuncer, “Mal Rejimi”, 252.

⁹⁴⁵ Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 328.

⁹⁴⁶ Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 328.

⁹⁴⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 9; Öztan, *Aile*, 243; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 200; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 227; Acar, *Mal Rejimleri*, 173; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 157; Atamulu, “Sona Erme”, 521; Ceylan, “Yeni Düzenlemeler”, 1032; P. Ö. Demir, “Sözleşmeler”, 33.

⁹⁴⁸ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 227; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 63.

⁹⁴⁹ Acabey, *Mal Rejimi*, 34; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 157; Atamulu, “Sona Erme”, 522. “Kanun koyucunun olağanüstü mal rejimini düzenlemesindeki amacı, eşlerden birinin kendi tasarrufları ve borçları dolayısıyla malvarlığının azalması ihtimaline karşı diğer eşi korumaktır” (Tak Ayduman, *Sona Erme*, 13). Olağanüstü mal rejimine geçilmesinin amacı ile ilgili karar için bkz. Yarg. 8. HD., T. 9.3.2021, E. 2020/1407, K. 2021/2097 (Lexpera).

girmesi nedeniyle yasal mal rejiminde katılma alacağı, mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarındaki hak ve paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde paylaşımâ tâbi olan mallar üzerindeki haklar açısından eşleri ve eşlerin alacaklılarını koruma amacıyla olağanüstü mal rejimini düzenlemiştir.⁹⁵⁰

Olağanüstü mal rejimine geçiş, ancak alınacak diğer önlemler sonuç vermediği takdirde uygulanabilecek bir hukuki imkândır.⁹⁵¹ Diğer bir ifadeyle, hâkimin olağanüstü mal rejimine geçişe son çare (ultima ratio) olarak başvurması gerekmektedir.⁹⁵² Kanuni düzenleme dikkate alındığında, olağanüstü mal rejimine geçiş imkânı verilen çeşitli sebepler olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu sebeplerden özellikle TMK.m.206/f.2, b.1’de yer alan “diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması”, TMK.m.209’da düzenlenen “mal ortaklığı rejiminde eşlerden birinin iflası durumunda olağanüstü mal rejimine geçiş” ve TMK.m.210’da yer alan “mal ortaklığına tâbi eşlerden birinin mallarının haczi durumunda olağanüstü mal rejimine geçiş” imkânı, eşler yanında eşlerin alacaklıları açısından da önem arz etmektedir. Konumuz açısından bu bölümde mal rejiminin tasfiyesinin alacaklılara etkisi incelendiği için, olağanüstü mal rejimine geçilmesine imkân veren sebeplerden özellikle alacaklıları da ilgilendirenleri inceleme konusu yapılmıştır.

B. Diğer Eşe Ait Malvarlığının Borca Batık veya Ortaklıktaki Payının Haczedilmiş Olması Halinde Mal Ayrılığına Geçiş

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.206’da haklı bir sebebin⁹⁵³ bulunması halinde, hâkimin, eşlerden birinin istemi üzerine eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına

⁹⁵⁰ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 167. “Eşlerin ekonomik durumlarının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi halinde eşler arasındaki mal rejimi mal ayrılığına dönüşmekte ve bu sayede eşlerin ekonomik yararları korunmaktadır” (Acar, *Mal Rejimleri*, 173). Yılmaz’a göre de “olağanüstü mal rejimi olarak uygulanan mal ayrılığı, eşlerin evlilik birliğine ekonomik katkılarının dengesizleşmesi veya eşlerden birinin ekonomik olarak acze düşmesi halinde, eşler arasındaki hakkaniyete aykırılığın giderilmesi amacıyla tanınmış hukuki bir imkândır” (Yılmaz, *Aile*, 338).

⁹⁵¹ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 138; Ömer Uğur Gençcan, “Olağanüstü Mal Rejimi ve Artık Değer”, içinde *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007), 85.

⁹⁵² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 24; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 63; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 229-230; Acar, *Mal Rejimleri*, 174; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 158; Atamulu, “Sona Erme”, 523.

⁹⁵³ TMK.m.206’da yer alan “haklı sebep” kavramı ZGB. Art. 185’te “önemli sebep” kavramı ile ifade edilmiştir (Acar, *Mal Rejimleri*, 173).

dönüşmesine⁹⁵⁴ karar verebileceği düzenlenmiştir.⁹⁵⁵ Söz konusu düzenlemenin ikinci fıkrasında, “özellikle” ifadesi kullanıldığı için haklı sebeplerin sınırlayıcı olmaksızın (örnek niteliğinde) beş bent halinde sayıldığı anlaşılmaktadır.⁹⁵⁶ Dolayısıyla kanunda sayılan hallerin dışında ortaya çıkabilecek olan başkaca haklı sebepler de eşlere olağanüstü mal rejimine geçiş için talep hakkı verir.⁹⁵⁷ Her somut olayda haklı sebebin var olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilir.⁹⁵⁸ Bu nedenle hâkim, gösterilen sebebin eşler arasındaki mevcut mal rejimini mal ayrılığı rejimine dönüştürmek için haklı sebep olup olmadığını takdir edecektir. Hâkim, takdir yetkisi kapsamında, haklı

⁹⁵⁴ TMK.m.206’ya göre “*Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir*”. Söz konusu yasal düzenlemede “mal ayrılığına geçme” ifadesi yerine “mal ayrılığına dönüşme” ifadesi tercih edilmiştir. Ayrıca HMK.m.382/f.2, b.8’de de “Mevcut mal rejiminin eşlerden birinin veya alacaklıların talebiyle mal ayrılığına dönüştürülmesi...” ifadesi kullanılmıştır. Gençcan, kanun koyucunun “mal ayrılığına geçiş” değil de, “mal ayrılığına dönüştürme” iradesinin olduğunu ifade ederek, TMK.m.206 uyarınca açılacak davayı “dönüştürme davası” olarak adlandırmıştır (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 148). Doktrinde söz konusu davayı aynı şekilde “mal ayrılığına dönüştürme davası” olarak nitelendiren açıklamalar için bkz. Ersen Perçin, *Mal Rejimleri*, 65. Gençcan’a göre, dönüştürme davası eşler tarafından açılmışsa, “eşlerin dönüştürme davası”, alacaklı tarafından açılmışsa “alacaklıların dönüştürme davası” söz konusu olacaktır (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 148).

⁹⁵⁵ Mal ayrılığına geçiş ile tasfiye davası birlikte açılmışsa, tasfiyeye yönelik davanın incelenbilmesi için mal rejiminin sona ermesi gerektiğinden, tasfiye davasının tefrik edilmesi gerekmektedir. Eşler arasındaki mal rejiminin başka bir sebeple sona erdiği ileri sürülmemişse, mal ayrılığına geçilmesine yönelik davanın sonucu beklenmelidir. Mal ayrılığına geçiş karar verildiği takdirde eşler arasındaki mal rejimi sona ereceği için tasfiye davası incelenecek hale gelmiş olacaktır (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 163).

⁹⁵⁶ Türk Medeni Kanunu m.206/f.2 hükmü, “*Özellikle aşağıdaki hallerde haklı bir sebebin varlığı kabul edilir:*

1. *Diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması,*
2. *Diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması,*
3. *Diğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi,*
4. *Diğer eşin, istemde bulunan eşe mal varlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması,*
5. *Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması*” şeklindedir.

ZGB. Art. 185/Abs.2 hükmünün de önemli sebepler yönünden kesin bir liste içermeyip, hükümde belirtilen hallerin örnek olarak sayıldığı yönündeki açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, BK., Art. 185, N. 4. Hâkime geniş takdir yetkisi tanınması bakımından, haklı nedenlerin varlığında bağlayıcı nitelikte sınırlama yapılmamasının isabetli olduğu yönünde karar için bkz. Yarg., 8. HD., T. 9.3.2021, E. 2020/1407, K. 2021/2097 (Lexpera).

⁹⁵⁷ Hâkimin kanunda sayılanlar dışında başka bir önemli sebebe dayanarak da hukuka ve hakkaniyete göre karar verebileceği yönünde açıklama için bkz. Jungo, *CHK.*, Art. 185, N. 5. “Eşler arasındaki ekonomik birlikteliğin devamına yönelik haklılığın ortadan kalkmış olması veya eşlerin ekonomik birlikteliği sağlama açısından yaptıkları katkının herhangi bir nedenle mümkün olmaması haklı sebep olarak ileri sürülebilir” (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 66). Haklı sebep örnekleri için bkz. Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 24; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 233.

⁹⁵⁸ TMK.m.206 hükmünün kaynak İsviçre Medeni Kanunu (ZGB. Art. 185)’den farklı olduğu, zira ZGB. Art. 185’de sayılan haklı sebeplerin varlığı halinde hâkimin eşin talebi üzerine olağanüstü mal rejimine geçiş karar vermek zorunda olduğu, Türk hukukunda ise TMK.m.213’de sayılan haklı sebeplerin varlığına rağmen, talep eden eşin veya diğer eşin menfaatinin gerektirmesi halinde hâkimin olağanüstü mal rejimine geçiş talebini reddedebileceği yönündeki açıklamalar için bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 64; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 151, dpn. 374.

sebeup bulunsa dahi eşlerden birinin menfaatinin zorunlu kılması durumunda mal ayrılığına geçiş talebini reddedebilecektir.⁹⁵⁹

Olağanüstü mal rejimine geçiş için haklı sebeplerin varlığı aranmakta olup, bu sebeplerin geçici veya sürekli nitelikte olması önem arz etmemektedir.⁹⁶⁰ Haklı sebepler ile kastedilen, evlilik birliğinde ortaya çıkan sorunların ortadan kaldırılması veya en azından bu sorunların azaltılması için mal ayrılığı rejimine geçmenin zorunlu olmasıdır.⁹⁶¹ Kanunda örnek olarak sayılan sebepler, diğer eşin davranışından kaynaklanması halinde mal ayrılığının talep edilebileceği halleri göstermekte olup, bu sebeplerin ortaya çıkmasında eşin kusurlu olması aranmamaktadır.⁹⁶²

Türk Medeni Kanunu m.206 uyarınca olağanüstü mal rejimine geçilebilmesi için, eşler arasındaki evliliğin sona ermesi gerekmemektedir. Ayrıca, eşler arasında boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali davalarının açılmış olması gibi bir koşul da aranmamıştır.⁹⁶³ Evlilik birliği devam ederken, TMK.m.206 uyarınca eşler arasındaki önceki mal rejimi sona erdirilmesi ve önceki rejimin tasfiyesi istenebilir.⁹⁶⁴

Söz konusu düzenlemede beş bent halinde sayılan hallerden sadece TMK.m.206/f.2, b.1 eşlerin yanı sıra eşlerin alacaklıları açısından da önem taşımaktadır. Zira “diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması” durumu alacaklıları doğrudan ilgilendirmektedir. Bu nedenle beş bent halinde sayılan hallerden sadece mal rejiminin tasfiyesiyle doğrudan ilgili olan ve alacaklıları da etkileyen TMK.m.206/f.2, b.1 inceleme konusu yapılmıştır.

⁹⁵⁹ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 151; Gençcan, “Olağanüstü”, 86.

⁹⁶⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 21; Atamulu, “Sona Erme”, 524.

⁹⁶¹ Atamulu, “Sona Erme”, 524.

⁹⁶² TMK.m.206 anlamında genel olarak davalı eşin kusurlu olarak haklı sebebe sebebiyet vermesinin aranmadığı yönünde açıklama için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 22; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 63-64; Karamercan, *Katılma Alacağı*, 235. Haklı sebeplere örnek olarak verilen hallerde kusur öngörülmemiş olsa da, bu sebeplere davalı eşin neden olduğu varsayılmıştır (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 22).

⁹⁶³ “Söz konusu düzenleme, eşler arasında ister evlilik birliği devam etsin, isterse ara verilsin, katılma rejimine son vermeyi haklı kılan sebep varsa mal ayrılığına karar verilmesi öngörölmüştür. Diğer bir ifadeyle, söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, katılma rejimine son verme haklı sebebinin bulunması yeterlidir” (Kılıçoğlu, *Aile*, 254; Kılıçoğlu, “Katkı”, 148).

⁹⁶⁴ Yarg. 8. HD., T. 24.11.2016, E. 20571/K. 15992 “Mal rejiminin hangi hallerde sona ereceği 4721 sayılı TMK’nın 225. maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrasına göre mal ayrılığı rejimine geçilmesine ilişkin talebin kabulüne dair hükmün kesinleşmesiyle eşler arasındaki önceki mal rejimi sözü edilen davanın açıldığı tarihte sona erer. Başka bir anlatımla, evlilik birliği devam etse dahi, TMK’nın 206. maddesi uyarınca önceki mal rejimi sona ererek mal ayrılığı rejimine geçildiğinden önceki mal rejiminin tasfiyesi istenebilir. Mahkemenin eşler arasında boşanma davasının mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin verdiği kararda isabet bulunmamaktadır” (Karamercan, *Katılma Alacağı*, 249).

Haklı sebeplerden biri olarak kanunda düzenlenen hallerden biri de Türk Medeni Kanunu m.206/f.2, b. 1’dir. Bu düzenleme uyarınca, “diğer e e ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmi  olması” halinde, eşlerden birinin talebi üzerine hâkim kararıyla mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verilebileceği öngörülmüştür.⁹⁶⁵ Söz konusu düzenlemede iki durum yer almaktadır. Bunlardan birincisi, “eşlerden birisine ait malvarlığının borca batık olması”, diğeri ise “eşlerden birisinin ortaklıktaki payının haczedilmi  olması”dır. Hükümde belirtilen sebeplerle olağanüstü mal rejimine geçilmesi için, söz konusu sebeplerin ortaya çıkmış olması yeterlidir.

Türk Medeni Kanunu m.206 hükmü uyarınca haklı sebebe dayanarak olağanüstü mal rejimine geçilebilmesi için, TMK.m.209 ve 210 hükümlerinde olduğu gibi eşler arasında mal ortaklığı rejiminin bulunması zorunlu değildir. Bu nedenle, eşler arasında mal ayrılığı rejimi dışındaki diğer rejimlerden biri uygulanmakta ise, TMK.m.206/f.2, b.1 uyarınca olağanüstü mal rejimine geçilmesine karar verilmesi mümkündür.⁹⁶⁶

Mal ayrılığı rejimine geçilebilmesi için mutlaka eşlerden birinin mal ayrılığına geçiş yönünde bir talepte bulunması gerekmektedir (TMK.m.206/f.1). Haklı bir sebep bulunda dahi, eşler arasındaki mal rejiminin kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmesi veya eşlerin bir talebi olmadan mahkemece mal ayrılığı rejimine dönülmesine ilişkin karar verilmesi mümkün değildir.⁹⁶⁷ Zira, TMK.m.206’da, hâkimin ancak “eşlerden birinin istemi” ile mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi yönünde bir karar verilebileceği açıkça ifade edilmiştir.⁹⁶⁸

Türk Medeni Kanunu m.206/f.2, b.1 uyarınca olağanüstü mal rejimine geçişe imkân veren haklı sebebin meydana gelmesine yol açan eşin olağanüstü mal rejimine ge i i talep edip edemeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki doktrindeki bir

⁹⁶⁵ Burada alacaklıların bundan sonra diğer eşin edinilmiş mallarına başvurması engellenmek istenmiştir ( ztan, *Aile*, 245).

⁹⁶⁶  ıpka, *Katılma Rejimi*, 35;  ıpka,  zdo an, *Malvarlığı Davaları*, 24; Atamulu, “Sona Erme”, 521; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 65-66; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 168; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 148.

⁹⁶⁷ ZGB. Art. 185 uyarınca da eşin talepte bulunması gerektiği ve hâkimin re’sen hareket edemeyeceği yönündeki açıklamalar için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 12; Jungo, *CHK.*, Art. 185, N. 4. Ayrıca söz konusu düzenlemede, eşlerin alacaklılarına TMK.m.206 hükmünde yer alan sebeplerin varlığı durumunda mal ayrılığı rejimine geçilmesini talep hakkı tanınmamıştır (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 12; Jungo, *CHK.* Art. 185, N. 5; Atamulu, “Sona Erme”, 529).

⁹⁶⁸ “Bununla kastedilen, mal ayrılığına dönüşme isteminin ancak usulüne uygun açılmış bir dava veya karşı dava ile gerçekleştirilmesidir” (Gençcan, *Mal Rejimleri*, 149).

görüŖe göre, hükmün lafzı dikkate alınarak olağanüstü mal rejimine geçiŖi her iki eş de talep edebilir.⁹⁶⁹ Bu görüşü savunan yazarlara göre, mal ayrılığına geçilmesine yönelik davayı açacak eşin kusurlu olup olmaması bu davanın açılmasında etkili değildir.⁹⁷⁰ Doktrindeki diğerk görüşe göre ise, haklı sebebin meydana gelmesine yol açan eş olağanüstü mal rejimine geçiŖe ilişkin talep hakkına sahip olmamalıdır.⁹⁷¹ Bu görüşü savunan yazarlardan Atamulu'ya göre, her ne kadar kanun hükmü veya gerekçesinden eşlerden her ikisine de olağanüstü mal rejimine geçiŖe ilişkin talepte bulunma hakkı verildiğı anlamı çıkarılabilse de, haklı sebebin meydana gelmesine yol açan eşe başvuru imkânı tanımak ona kanunu dolanma imkânı vermek olur. Zira eşini mal rejimi sözleşmesi yapmaya ikna edemeyen eş, olağanüstü mal rejimine geçiŖ için bu haklı sebebin oluşumuna kasten yol açarak mal ayrılığına geçilmesini talep edebilir.⁹⁷² Kanaatimizce, haklı sebebin ortaya çıkmasında kusuru olsa dahi buna kasten yol açmayan eşe de talepte bulunma hakkı tanınmalıdır. Zira hüküm haklı sebebin ortaya çıkmasına kusuru ile dahi olsa yol açan eş i cezalandırmak amacıyla değil, evlilik birliğini koruma amacıyla öngörölmüştür. Bu nedenle kasten olmamak kaydıyla sebebin meydana gelmesine yol açan eşin, evlilik birliğini koruma amacıyla bu yönde talepte bulunmasının mümkün olduğı kabul edilmelidir. Örneğ in, bir işyeri açan ancak pandemi dolayısıyla beklediğı geliri elde edemediğı için malvarlığı borca batık hale gelen eş, evlilik birliğini ve eşini korumak için olağanüstü mal rejimine geçmeyi hâkimden talep edebilmelidir. Buna karşılık eş, haklı sebebin meydana gelmesine kusuru ile kasten yol açmış ve hükmün sağladığı imkânı kanunu dolanmak amacıyla kullanmak istiyorsa, eş talep hakkı tanınmamalıdır. Zira, bu halde kanunun tanıdığı hak, sebebin ortaya çıkmasına yol açan eş tarafından evlilik birliğini koruma amacıyla değil, TMK.m.2/f.2'ye aykırı şekilde kanunu dolanmak amacıyla kullanılmaktadır.

⁹⁶⁹ Gençcan, *Mal Rejimleri*, 150; Gençcan, "Olağanüstü", 86.

⁹⁷⁰ Kanun koyucunun, eşin kusur durumunun dikkate alınmasını istediğı normlarda bu hususu açıkça ifade ettiğı, TMK.m.206 hükmünde kusur ölçüsüne yer verilmediğini, bu düzenlemede kusur durumunun dikkate alınacağı yönünde bir düzenleme öngörölseydi madde metninde bunun açıkça ifade edileceğı yönündeki açıklamalar için bkz. Gençcan, *Mal Rejimleri*, 150.

⁹⁷¹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 64; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 229; Acar, *Mal Rejimleri*, 174; Atamulu, "Olağanüstü Mal Rejimi", 168-169; Atamulu, "Sona Erme", 529. Atamulu'ya göre, "TMK.m.206 hükmünden hangi eşin faydalanacağı açık olarak anlaşılamadığı için, söz konusu düzenlemeye açıklık getirilmesi gerekmektedir" (Atamulu, "Sona Erme", 542).

⁹⁷² Atamulu, "Olağanüstü Mal Rejimi", 168-169; Atamulu, "Sona Erme", 530.

Olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.⁹⁷³ Ancak istisnai olarak, eşlerden birinin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması halinde, yasal temsilcisi olağanüstü mal rejimine geçilmesini hâkimden talep edebilir. Zira, TMK.m.206/f.3 hükmünde “Eşlerden biri ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun ise, onun yasal temsilcisi de bu sebebe dayanarak mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir” şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Eşlerden birinin TMK.m.206 uyarınca haklı sebebe dayanarak mahkemeye başvuruda bulunması halinde, eşler yargısal sulhe varırlar veya eşlerden birinin mal ayrılığına geçiş talebi diğer eş tarafından kabul edilirse, hâkim, takdir yetkisini kullanmadan mal ayrılığına geçiş kararı verecektir.⁹⁷⁴

Eşlerden birinin istemi ile olağanüstü mal rejimine geçilmesinde görevli mahkeme aile mahkemesi, yetkili mahkeme ise TMK.m.207 uyarınca eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Bu nedenle, olağanüstü mal rejimine geçilmesine ilişkin davanın, mal ayrılığı rejimine geçilmesini talep eden eşin ve davalı eşin yerleşim yeri mahkemesinde açılması mümkündür.

2. Diğer Eşe Ait Malvarlığının Borca Batık Olması

Türk Medeni Kanunu m.206/f.2, b.1’de yer alan durumlardan ilki eşin malvarlığının borca batık olmasıdır. Eşin malvarlığının borca batık olması, eşin malvarlığının pasif kısmının aktif kısmından fazla olmasıdır.⁹⁷⁵ Eşin malvarlığının borca batık olması halinde olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep etme hakkı hem yasal mal rejiminde hem de mal ayrılığı rejimi dışındaki diğer seçimlik mal rejimlerinde söz konusudur.⁹⁷⁶

⁹⁷³ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 36. Kılıçoğlu’na göre, “olağanüstü mal rejimine dönüşüm talebi, eşlerin şahsına nisbi olarak sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir” (Kılıçoğlu, *Aile*, 249).

⁹⁷⁴ Acar, *Mal Rejimleri*, 175; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 229. “Eşin talebini diğer eşin kabul etmesi halinde, mal ayrılığı sözleşme ile kararlaştırılabilir ve bu durumda mahkeme kararına gerek kalmaz. Ayrıca davalının talebi kabul etmesi halinde mahkemenin özel sebeplerin varlığını incelemekten mal ayrılığına karar vermesi gerekir” (Jungo, *CHK.*, Art. 185, N. 7).

⁹⁷⁵ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 26; Jungo, *CHK.*, Art. 185, N. 13; Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 185, N. 8; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 217; Acar, *Mal Rejimleri*, 175; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 230; Kılıçoğlu, *Aile*, 255; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 66; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 151; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 169; Atamulu, “Sona Erme”, 532; Kocar, “Olağanüstü”, 161.

⁹⁷⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile* 2005, 306; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 230; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 38; Erdem, Makaracı Başak, *Aile*, 265-266.

Eşin malvarlığının borca batık olup olmadığının tespitinde, eşin malvarlığının pasif kısmı hesaplanırken vadesi gelen ya da gelmeyen bütün borçları dikkate alınır.⁹⁷⁷ Bu borçların üçüncü kişilere ya da diğer eşe karşı da olması önem taşımaz. Her iki durumda da borç pasif kısmın miktarının belirlenmesinde hesaplama dahil edilir.⁹⁷⁸ Eşin malvarlığının aktif değerleri ise, edinilmiş mallara katılma rejimi ve paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde her eşin kişisel ve edinilmiş mallarından oluşmaktadır.⁹⁷⁹ Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşin diğer eşten olan katılma alacağı aktif değer olarak nitelendirilemez. Zira olağanüstü mal rejimine geçiş talebi ile önceki rejim tasfiye edilecek olup, eşin beklemeye hakları aktif değerler kapsamına girmez.⁹⁸⁰ Türk hukukunda değer artış payı alacağı da tasfiye aşamasında gündeme geleceği için, diğer eşin aktif ve pasif kısmının değerlendirilmesinde göz önünde tutulmaz.⁹⁸¹ Mal ortaklığı rejiminde ise, malvarlığının borca batık olabilmesi için, kişisel borçların, kişisel malvarlığı değerleri ile ortaklık mallarının (eşlerin ortaklık mallarından ödenmesi gereken değerler çıktıktan sonra) yarısının toplamından fazla olması gerekmektedir.⁹⁸²

Eşin malvarlığının borca batık olduğunun nasıl tespit edileceği konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Hakim görüşe göre, eş aleyhine takip yapılması şartı kanunda öngörülmediği için, eşin malvarlığının borca batık olduğunun anlaşılması yeterli olup, bunun tespiti için diğer eş aleyhine haciz veya iflas yoluyla

⁹⁷⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 27.

⁹⁷⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 27.

⁹⁷⁹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 66. Eşlerin edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olmaları halinde, borca batıklık halinin tespiti için hem edinilmiş hem de kişisel mallarının dikkate alınması gerekir (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 29; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 230; Acar, *Mal Rejimleri*, 175).

⁹⁸⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 29; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 66; Özüğür, *Mal Rejimleri*, 31-32; Kocar, “Olağanüstü”, 161. Eşin aktif değerleri kapsamında katılma alacağı ve değer artış alacağının yer almaması gerektiği yönündeki açıklamalar için bkz. Gençcan, *Mal Rejimleri*, 151; Atamulu, “Sona Erme”, 532.

⁹⁸¹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 66-67; Kocar, “Olağanüstü”, 161. ZGB. Art. 206’ya göre, değer artış payı, katkıda bulunulan malvarlığı değeri daha önce elden çıkarılmışsa, elde edilen gelire göre değer artış payı hesaplanacak ve hemen muaccel olacaktır. Böyle bir durumda diğer eşin malvarlığının borca batık olup olmadığı tespit edilirken talep eden eşin değer artış payı alacağı da dikkate alınmalıdır. Değer artış payı alacağına ilişkin düzenleme olan TMK.m.227/f.2 hükmünde ise ZGB. Art.206’ye benzer bir düzenleme yer almamakta, bu alacağın derhal muaccel olacağı bir durum belirtilmediği için, bu alacak sadece mal rejiminin tasfiyesinde gündeme gelecektir (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 67, dpn. 113).

⁹⁸² Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 26; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 67; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 152; Kocar, “Olağanüstü”, 161.

takip yapılmış olması şart değildir.⁹⁸³ Atamulu'ya göre ise, malvarlığının borca batık olma halinin tespiti ve ispatı için İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinden faydalanılması yerinde olur.⁹⁸⁴ Kılıçoğlu'nun da ifade ettiği üzere, kanunda her ne kadar bir şart öngörülmemiş olsa da, eşin malvarlığının borca batık olduğu, ona karşı yapılan bir takip sonucunda ortaya çıkmaktadır.⁹⁸⁵ Böylece diğer eş aleyhine borçları için yapılan takibin semeresiz kalmış olması, borçlu olan eş hakkında borç ödemededen aciz belgesi alınması, borçlu eşin iflasının ertelenmesi talebinde bulunulmuş olması veya konkordato talep edilmiş olması söz konusu hükmün uygulanması için yeterli olmaktadır.⁹⁸⁶ TMK.m.209'da diğer eşin iflas etmesi hali ayrıca düzenlendiği için, diğer eşin iflas etmesi, TMK.m.206/f.2, b.1 kapsamına girmez. Zira bu halde, mevcut mal rejimi hâkim kararına ihtiyaç olmadan kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmektedir.

3. Eşlerden Birisinin Ortaklıktaki Payının Haczedilmesi

Türk Medeni Kanunu m.206/f.2, b.1'de yer alan ikinci durum ise, "ortaklıktaki payının haczedilmiş olması"dır. Kanun hükmü dikkate alındığında, ortaklıktaki payın haczedilmiş olması olağanüstü mal rejimine geçiş için yeterli olup, borçlu eşin borcu sebebiyle borç ödemededen aciz halinde olması veya eşin malvarlığının borca batık olması gibi ek bir şart aranmadığı görülmektedir.⁹⁸⁷ Bu nedenle, mal ayrılığı rejimine geçiş için, ortaklık malının yarısının borçlu eşin borcundan dolayı haczedilmiş olması yeterlidir.⁹⁸⁸ Doktrinde "ortaklık payının haczi" ifadesinin ZGB. Art.185/2'de ifade edildiği gibi "eşlerden birisinin ortaklık mallarındaki payının haczedilmesi" şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁸⁹ Şıpka ise, "ortaklıktaki payın haczedilmiş

⁹⁸³ Jungo, *CHK.*, Art. 185, N. 13; Kılıçoğlu, *Aile*, 255; Kocar, "Olağanüstü", 161. Acar'a göre de borca batıklık durumunun resmi bir belgeye (aciz vesikasına) dayanması gerekmez (Acar, *Mal Rejimleri*, 175).

⁹⁸⁴ Atamulu, "Olağanüstü Mal Rejimi", 170; Atamulu, "Sona Erme", 532.

⁹⁸⁵ "Diğer eşin malvarlığının borca batık olduğunun tespitini sağlayan takibin haciz veya iflas yoluyla takip olması da önem arz etmez" (Kılıçoğlu, *Aile*, 255).

⁹⁸⁶ Kılıçoğlu, *Aile*, 255. Eşin iflasının istenmiş olması ile İİK.m.127/f.2 hükmüne göre ödemelerinin tatil edilmiş olmasının borca batıklık halinin göstergesi olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Atamulu, "Sona Erme", 532.

⁹⁸⁷ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 38; Atamulu, "Sona Erme", 533; Kocar, "Olağanüstü", 162.

⁹⁸⁸ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 38.

⁹⁸⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile 2005*, 307; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 230. Aynı yönde açıklama için bkz. Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 169. Acar, "ortaklık payının haczedilmesi" ifadesinin "ortaklığa ait maldaki payın haczi" şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir (Acar, *Mal Rejimleri*, 175). Yılmaz ise, yasal düzenlemedeki ifadede yer alan şekliyle "ortaklıktaki payının haczedilmesi" ifadesini kullanmıştır (Yılmaz, *Aile*, 340).

olması”nı, “ortaklık malının haczedilmesi” şeklinde ifade etmiştir.⁹⁹⁰ Ortaklık malı kavramı mal ortaklığı rejiminde bir malvarlığı türü olduğu için, “eşlerden birisinin ortaklık mallarındaki payının haczedilmesi” haklı sebebi, mal ortaklığına ilişkin bir haklı sebep olarak değerlendirilmelidir.⁹⁹¹ Böylece mal ortaklığı rejiminde ortaklığa ait maldaki payın haczi üzerine, diğer eş haklı sebebe dayanarak olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına geçilmesini talep edebilecektir.⁹⁹² Söz konusu haklı sebebin gerçekleşmesi üzerine, eşler, mahkemeye başvuru yaparak, önceki rejimi tasfiye ettirme yoluyla diğer eşten olan alacaklarını güvence altına alabilirler. Zira bu durumda TMK.m.206/f.2, b.1 uyarınca, eşler arasındaki mevcut mal rejimi hâkim kararıyla mal ayrılığına dönüşmekte ve eşler arasındaki önceki rejimin tasfiyesi yapılmaktadır.

C. Mal Ortaklığı Rejiminde Eşlerden Birinin İflası veya Eşlerden Birine Karşı Haciz Yoluna Başvurulması Durumunda Mal Ayrılığına Geçiş

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu’nda, cebri icradan kaynaklı sebeplerle olağanüstü mal rejimine geçilmesi, iflas (TMK.m.209) ve haciz (TMK.m.210) bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Her iki hükmün ortak noktası, hükümlerin mal ortaklığı rejimine özgü olmasıdır.⁹⁹³ Ancak kanun koyucu mal ortaklığı rejiminden mal ayrılığına geçişin usulünü söz konusu cebri icra yolları bakımından farklı şekilde düzenlemiştir. Zira eşlerden birinin iflasına karar verilmesi halinde, TMK.m.209 gereği mal ortaklığı rejimi kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşmektedir. Buna karşılık haciz halinde ise TMK.m.210 uyarınca alacaklının talebiyle ve hâkim kararıyla mal ayrılığı rejimine geçilmesi mümkündür.

Kanuni düzenlemeler dikkate alındığında TMK.m.209 ve m.210 hükmünün mal ortaklığı rejiminde uygulanacağı açıkça anlaşılmaktadır. Eşlerden birinin ekonomik durumundaki bozulmalar eşlerin kendilerini etkilediği gibi alacaklılarını da

⁹⁹⁰ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 38.

⁹⁹¹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 201; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 230-231; Acar, *Mal Rejimleri*, 175; Kılıçoğlu, *Aile*, 255; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 152; Karamercan, *Katılma Alacağı*, 236; Şıpka, *Katılma Rejimi*, 38; Yılmaz, *Aile*, 340; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 171; Atamulu, “Sona Erme”, 533.

⁹⁹² “Bir ortaklık malının yarısının borçlu eşin borcundan dolayı haczedilmiş olması halinde, diğer eş, yabancı bir üçüncü kişi ile ortak olmak zorunda kalacağı için, bu haklı sebebe dayanarak eşe mal ayrılığı rejimine geçişi talep hakkı verilmiştir” (Şıpka, *Katılma Rejimi*, 38).

⁹⁹³ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 189, 190, N. 9; Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 189, N. 2.

etkilemektedir. Özellikle eşler arasında mal ortaklığı rejimi uygulanmakta ise, alacaklıların alacağını elde edememe riskiyle karşılaşması söz konusudur. Zira, mal ortaklığı rejiminde, eşler ortaklık borçlarından dolayı hem kişisel malları hem de ortaklık mallarının tamamı ile sorumlu olurken (TMK.m.268), kişisel borçlarından dolayı kişisel mallarının tamamı ve ortaklık mallarının yarısı ile sorumlu olurlar (TMK.m.269).⁹⁹⁴ Ayrıca mal ortaklığı rejiminde kişisel mallar ile ortaklık mallarının tespiti bazı durumlarda zor olacağı için, alacaklının hangi mallara başvurabileceğinin tespiti de güçlük arz edebilir.⁹⁹⁵ Mal ortaklığı rejiminde eşlerin ortaklık malları üzerinde elbirliği ile hak sahibi olması da alacaklıların alacağına kavuşmasını zorlaştıracaktır. Tüm bu hususlar dikkate alınarak eşlerden birine karşı yapılan haciz uygulamasından zarar gören alacaklılara olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep etme hakkı tanınmıştır.⁹⁹⁶ Kanun koyucu eşlerden birinin iflası halinde ise, mal ortaklığı rejiminin kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşmesini öngörmüştür.

2. Eşlerden Birinin İflası Halinde Ortaklığın Kendiliğinden Mal Ayrılığına Dönüşmesi

Türk Medeni Kanunu m.209'a göre, *“Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflasına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür”*. Mal ortaklığı rejiminin eşlerden birinin iflası halinde kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmesini öngören bu hüküm, diğer eşi ve iflas eden eşin alacaklılarını korumaya yönelik bir düzenlemedir.⁹⁹⁷ TMK.m.209'un gerekçesinde de belirtildiği üzere, *“Kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmenin iflas eden eşin alacaklıları açısından da yararı vardır. Bu yolla alacaklı muhatabını bilebilecek ve alacağını hangi mallardan tahsil edebileceğini daha kolaylıkla anlayabilecektir”*. Bu yönde bir hüküm sevk edilmemiş olsaydı eşlerden birinin iflası halinde, eşin kişisel malları iflas masasına dahil olacak ve iflas idaresi bu mallar üzerinde tasarrufta bulunabilecekken, ortaklık malları üzerindeki payı mal rejimi sona ermediği sürece iflas masasına dahil olmayacağı için

⁹⁹⁴ Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 189, N. 3.

⁹⁹⁵ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 175.

⁹⁹⁶ Jungo, *CHK.*, Art. 189, 190 N. 1.

⁹⁹⁷ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 188, N. 6; Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 188, N. 1; Jungo, *CHK.*, Art. 188, N. 1; Atamulu, *“Olağanüstü Mal Rejimi”*, 159.

iflas idaresi bu pay üzerinde tasarrufta bulunamayacaktı.⁹⁹⁸ Bu durum ise, iflas takip yolunu işlemez hale getirirdi.

Kanun hükmü incelendiğinde hükmün sadece mal ortaklığı rejiminde uygulanacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle diğer mal rejimi türlerinde TMK.m.209 uyarınca eşlerden birinin iflası nedeniyle mal ayrılığı rejimine geçme imkânı yoktur. Bununla birlikte, her ne kadar TMK.m.209 hükmünde sadece mal ortaklığı rejiminin varlığı ve eşlerden birinin iflasında mal rejiminin kendiliğinden mal ayrılığına dönüşeceğini düzenlenmiş olsa da, mal ortaklığı rejimi dışındaki diğer mal rejimlerinde de eşlerden birinin iflası TMK.m.206/f.2, b.2 uyarınca olağanüstü mal rejimine geçilmesi için haklı sebep oluşturmaktadır. Böylece eşlerden birinin iflası, diğer mal rejimlerinde kendiliğinden mal ayrılığına geçiş imkânı vermese de, eşlerden birinin talebi üzerine hâkim kararıyla mal ayrılığına geçilmesi mümkündür.⁹⁹⁹ Doktrinde kanun koyucunun iflas nedeniyle olağanüstü mal rejimine geçiş bakımından bir tercih yaptığı, mal ortaklığı rejiminde alacaklıların menfaatini, diğer mal rejimlerinde ise eşlerin mal rejiminin devamına ilişkin menfaatini üstün tuttuğu ifade edilmiştir.¹⁰⁰⁰ Zira edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin iflası halinde mal ayrılığı rejimine dönüşme söz konusu olsaydı, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi halinde iflas eden eşin katılma alacağı ve değer artış payı iflas masasına dahil olur ve bu durum alacaklıların menfaatine olurdu. Ancak kanun koyucu buna imkân tanınmayarak alacaklının menfaatinin mal rejiminin devamına göre daha az önemli olduğu sonucuna varmıştır.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁸ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 188, N. 10.

⁹⁹⁹ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 179. “Her ne kadar eşlerden birinin iflası, edinilmiş mallara katılma rejiminin kendiliğinden mal ayrılığına geçilmesine imkân vermese dahi, diğer eşin TMK.m.206/f. 2, b. 1 uyarınca olağanüstü mal rejimine geçişi talep etmesine engel bir durum bulunmamaktadır” (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 67, 74; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 231; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 171; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 161; Atamulu, “Sona Erme”, 525). İsviçre hukukunda da edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin iflasının diğer eşe ZGB. Art. 185/Abs. 2/Ziff. 2 uyarınca, diğer eşin menfaatlerini tehlikeye düşürmesi nedeniyle mal ayrılığına geçmek için talep hakkı vereceği yönündeki açıklama için bkz. Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 33. “Mal ortaklığı rejimi dışındaki diğer mal rejimlerinde eşlerden birinin iflası halinde, diğer eşin istemde bulunanın menfaatlerini tehlikeye düşürmesi nedeniyle mal ayrılığı rejimine geçmeyi talep etmesi TMK.m.206/f.2, b.2 uyarınca mümkünken, eşlerden birinin iflası halinde alacaklıların mal ayrılığına geçilmesini talep etme hakkına ilişkin bir düzenleme kanunda yer almamaktadır” (Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 179).

¹⁰⁰⁰ Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 160; Atamulu, “Sona Erme”, 525.

¹⁰⁰¹ Atamulu, “Sona Erme”, 525. Edinilmiş mallara katılma rejiminin temelini mal ayrılığı olduğu, alacaklının borçlu eşin katılma alacağı ile değer artış payı alacağı üzerindeki menfaatinin edinilmiş

Mal rejiminin tasfiyesi ile netleşen artık değere katılma alacağı ve değer artış payı alacağının mal rejiminin devamında hacze konu olması veya iflas masasına dahil edilmesi söz konusu olamaz. Böylece yasal mal rejiminin devamı süresince bu alacakların eşin alacaklısı tarafından haczedilmesi veya devredilebilmesi mümkün değildir.¹⁰⁰² İcra ve İflâs Kanunu hükümleri kapsamında henüz doğmamış olmakla birlikte doğması müstakbel alacakların haczedilebilmesi mümkündür.¹⁰⁰³ Müstakbel alacakların haczedilebilmesi için, bir hukuki münasebetin bulunması ve bu hukuki münasebetten doğan alacağın cinsi ve borçlusunun da asgari olarak belirli olması aranmaktadır.¹⁰⁰⁴ Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinden doğan alacaklar da her ne kadar müstakbel alacak kapsamında düşünülebilirse de, bu alacakların doğup doğmayacağı veya tasfiye sonucunda hangi eşin alacak hakkına sahip olacağı belirsiz olduğu için, İcra ve İflâs Kanunu kapsamında müstakbel alacak kapsamında değerlendirilemez.¹⁰⁰⁵ Her ne kadar edinilmiş mallara katılma rejimi sona ermeden artık değere katılma ve değer artış payı alacağı müstakbel alacak kapsamında değerlendirilemese de, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi halinde, artık değere katılma alacağı ile değer artış payı alacağının borçlusu ve miktarının belirlenmesi mümkün olduğu için, bu alacakların müstakbel alacaklar kapsamında istenmesi mümkün olmalıdır.¹⁰⁰⁶ Mal rejiminin sona ermesinden sonra tasfiyenin yapılmamış olması, bu alacakların müstakbel alacak kapsamında talep edilmesi açısından engel teşkil etmez.¹⁰⁰⁷ Karakimseli Sezgin'e göre, mal rejiminin sona ermesi ile katılma alacağı ve değer artış payı alacağına alacaklıları tarafından el atılabileceğini

mallara katılma rejiminin sona ermesi için haklı sebep teşkil etmeyeceği yönünde açıklamalar için bkz. Zeytin, *Katılma Rejimi*, 74; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 180.

¹⁰⁰² Zeytin, *Katılma Rejimi*, 83.

¹⁰⁰³ “Müstakbel alacak, iki kişi arasında mevcut olan bir hukuki ilişkiye dayanan, henüz doğmamış olmakla birlikte ileride doğması muhtemel olan alacaklara denir” (Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 181; Murat Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi* (İstanbul: Arıkan Yayınları, 2015), 168; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 158). Müstakbel alacakların mevcut bir hukuki ilişkiye dayanıyorsa haczedilebileceği, hiçbir hukuki ilişkiye dayanmıyorsa haczedilemeyeceği yönündeki açıklamalar için bkz. Hakan Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 184; İbrahim Aşık vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 163.

¹⁰⁰⁴ Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 334; Kuru, *Ders Kitabı*, 181; Yavaş, *Alacaklarının Haczi*, 169.

¹⁰⁰⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 85; Arslan vd., *İcra*, 337.

¹⁰⁰⁶ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 85; Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 337.

¹⁰⁰⁷ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 85. “Mal rejiminin sona ermesinden itibaren, eşler, artık değere katılma ve değer artış payı alacağı için talepte bulunmamış olsalar dahi, borçlu eşin alacaklıları söz konusu alacakların haczini isteyebilir” (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 87).

bilen eş, mal rejiminin tasfiye edilmesini talep etmez. Buna rağmen, kanun koyucu iflas idaresine ve iflas idaresinin İİK.m.245'e göre vereceği yetki üzerine alacaklılara mal rejiminin tasfiyesini talep etme hakkı tanımamıştır. Yazara göre, olması gereken hukuk bakımından, edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiyeyi gerçekleştirmek için iflas idaresi veya yetkilendireceği alacaklılara tasfiyeyi talep etme hakkı tanınması yönünde düzenleme yapılması yerinde olur.¹⁰⁰⁸

Mal ortaklığı rejimini kabul etmiş olan eşlerden birinin iflasına karar verildiği takdirde, ortaklık, kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür. Söz konusu düzenleme uyarınca, eşlerin veya alacaklıların menfaatlerinin korunması amacıyla mal ortaklığına tâbi olan eşlerden birinin iflasına karar verilmesi üzerine, mal ortaklığı rejiminin eşlerden birinin talebi ve mahkeme kararı aranmaksızın mal ayrılığı rejimine kendiliğinden dönüşmesi düzenlenmiştir. Mal ortaklığı rejiminin, mal ayrılığı rejimine dönüşmesi için, eşlerden birinin talebi gerekmediği gibi iflas idaresinin de herhangi bir talepte bulunmasına gerek yoktur.¹⁰⁰⁹ Ancak doktrinde mal ayrılığı rejimine geçmek için dürüstlük kuralına aykırı şekilde iflas kurumunu kullanan eşin TMK.m.209 hükmünden yararlanamaması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.¹⁰¹⁰ Zeytin'e göre, böyle bir durumda, TMK.m.211 uyarınca, diğer eş, iflas kararına itiraz ederek eski mal rejimine dönüşmesini sağlayabilir.¹⁰¹¹

Türk Medeni Kanunu m.209'a göre, “Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflâsına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür”. Mal ortaklığı rejiminin sona erme anını düzenleyen TMK.m.271/f.1 hükmüne göre ise, “Mal rejimi eşlerden birinin ölümü, diğer bir mal rejiminin kabul edilmesi veya eşlerden biri hakkında iflasın açılmasıyla son bulur”. TMK.m.209 ve m.271 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, eşlerden birinin iflası üzerine mal ortaklığı rejiminden mal ayrılığı rejimine geçilebilmesi için iflasın açılması gerekmektedir. İflasın açılma anının tespiti için İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir.

¹⁰⁰⁸ Karakimseli Sezgin'e göre, “bu yönde düzenlemenin medeni hukuk kapsamında yapılmasını beklemek hukuk sistematiğine aykırıdır. Zira alacaklıların haklarını korumaya ilişkin düzenlemelerin yeri İcra ve İflas Kanunu'dur” (Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 337-338).

¹⁰⁰⁹ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 176; Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 332.

¹⁰¹⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 74; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 160.

¹⁰¹¹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 74.

İİK.m.165'e göre ise, "İflas hükmüyle açılır ve bu hükmüde açılma anı gösterilir".¹⁰¹² Söz konusu hüküm dolayısıyla borçlunun iflasına mahkemece karar verildiği an, iflas açılmış olur.¹⁰¹³ İflas kararında iflasın açılma anı, yıl, ay, gün saat ve dakika olarak gösterilir (İİK.m.165; Ticaret Sicil Tüzüğü m.49/f.1¹⁰¹⁴). Dolayısıyla iflasın açılma anı, ticaret mahkemesinin iflas davasında iflasa hükmettiği kararda gösterilen gün, saat ve dakikadır.¹⁰¹⁵ İflas kararının hukuksal sonuçlarını doğurması için, kararın tebliğ edilmesi veya kesinleşmesi gerekli değildir.¹⁰¹⁶ Ayrıca, iflas kararına karşı kanun yollarına başvurulması, iflasın hukuki sonuçlarını doğurmasını da engellemez.¹⁰¹⁷ Böylece, söz konusu düzenlemelerde belirtilen iflasın açılma anından itibaren mal ortaklığı rejimi mal ayrılığı rejimine dönüşür.¹⁰¹⁸ TMK.m.209'a karşılık gelen mehz ZGB. Art. 188'e ilişkin açıklamalarda da, mal ayrılığının iflasın açılmasıyla meydana geleceği, ZGB'nin iflasın açılma anı ile ilgili SchKG'nın (Borç Takibi ve İflasa İlişkin 11 Nisan 1889 tarihli Federal Kanun) iflasın açılmasına ilişkin kurallarına atıfta bulunulduğu belirtilmiştir.¹⁰¹⁹ Dolayısıyla, iflas, iflasa karar verildiği anda açılmış sayılır ve mahkeme bu açılma anını iflas kararında belirtir (SchKG. Art. 175). Söz konusu hükümlere rağmen doktrinde, mal ortaklığı rejiminin iflasın açılmasıyla değil, iflasla ilgili dava tarihinde¹⁰²⁰ ya da iflas kararının kesinleşmesi¹⁰²¹ ile mümkün olacağı da savunulmaktadır. Kanaatimizce, her ne kadar iflas kararının kesinleşmesi anından

¹⁰¹² ZGB. Art. 236 (TMK.m.271) uyarınca, mal rejiminin sona ermesi ve mal ayrılığının başlaması, iflas başvurusunun yapıldığı tarihle ilgili olmayıp, tek belirleyici faktör iflasın açıldığı zamandır (Hausheer, Reusser und Geiser, BK., Art. 188, N. 11).

¹⁰¹³ Pekcanitez vd., *İcra*, 415; Arslan vd., *İcra*, 594; Aşık vd., *İcra*, 556; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 392.

¹⁰¹⁴ Ticaret Sicil Tüzüğü m.49/f.1'e göre, "İflasın iflas memuru tarafından sicil memuruna bildirilmesi üzerine işletmenin durumundaki değişiklik re'sen tescil olunur. Tescilde iflasın açıldığı tarih, saat ve dakika, mahkeme kararının tarihi ve kararı mahkemenin adı gösterilir. İflasın ilanından sonra ilanın yayınlandığı gazetenin adı, tarihi ve numarası da iflas memurunun bildirmesi üzerine sicile yazılır".

¹⁰¹⁵ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 177.

¹⁰¹⁶ Pekcanitez vd., *İcra*, 415; Aşık vd., *İcra*, 556; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 392.

¹⁰¹⁷ Pekcanitez vd., *İcra*, 416; Arslan vd., *İcra*, 595; Aşık vd., *İcra*, 557.

¹⁰¹⁸ Jungo, *CHK*. Art. 188, N. 2; Hausheer, Reusser und Geiser, BK., Art. 188, N. 11; Acar, *Mal Rejimleri*, 180.

¹⁰¹⁹ Hausheer, Reusser und Geiser, BK., Art. 188, N. 11. Her ne kadar ZGB. Art. 188'de SchKG ismen zikredilerek iflasın açılmasına ilişkin hükümlere atıf yapıldığı belirtilmemiş olsa da, söz konusu hükümde "mal ayrılığına geçilmesinin iflasın açılması anına bağlanması" dolayısıyla doktrinde bahsi geçen yazarlar SchKG'nın iflasın açılmasına ilişkin kurallarına atıfta bulunulduğunu ifade etmişlerdir.

¹⁰²⁰ Özügür, *Mal Rejimleri*, 31.

¹⁰²¹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 74; Atamulu, "Olağanüstü Mal Rejimi", 160; Karakimseli Sezgin, "Alacaklılar Açısından", 332. Kılıçoğlu'na göre de TMK.m.271/f.1 hükmünde geçen "iflasın açılması" ile, eşlerden herhangi biri hakkında verilen iflas kararının kesinleşmesi ifade edilmek istenmiştir. Böylece eşlerden biri hakkında verilen iflas kararının kesinleşmesiyle mal ortaklığı rejimi son bulur (Kılıçoğlu, *Aile*, 259, 397).

itibaren mal ayrılığı rejimine geçileceğini ifade eden yazarlar bulunsa da, İİK.m.165 ve Ticaret Sicil Tüzüğü m.49 hükümleri ile bu konuda İsviçre hukukuna ilişkin belirtilen görüşler de dikkate alınır, kesinleşme ya da tebliğ edilme şartı aranmadan iflasın açılmasıyla, mal ortaklığı rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüştüğü kabul edilmelidir.¹⁰²² Zira TMK.m.271/f.1 hükmünde de mal rejiminin eşlerden biri hakkında iflasın açılmasıyla son bulacağı açıkça düzenlenmiştir.

3. Haciz Halinde Alacaklının Talebi ve Hâkim Kararıyla Mal Ayrılığı Rejimine Geçilmesi

Türk Medeni Kanunu m.210/f.1 hükmüne göre “*Mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasında zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir*”.¹⁰²³ Söz konusu hüküm, kanunun açık düzenlemesi karşısında mal ortaklığı rejiminde uygulanmaktadır. TMK.m.210 hükmünün uygulanması açısından, eşler arasında mal ortaklığı rejiminin geçerli olması yeterli olup, mal ortaklığı rejiminin hangi türünün uygulandığı önem arz etmemektedir.¹⁰²⁴ Alacaklının olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep etme imkânı sadece mal ortaklığı rejiminde tanındığı için, borçlu eşin alacaklısına edinilmiş mallara katılma rejimini sona erdirmeye ve rejimin tasfiyesini sağlayarak olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep etme hakkı verilmemiştir.¹⁰²⁵ Yasal mal rejiminin devamı süresince artık değere katılma alacağı ile değer artış payı alacağının eşin alacaklısı tarafından haczedilmesi mümkün değildir. Mal rejiminin sona ermesi ile katılma alacağı ve değer

¹⁰²² Jungo, *CHK*. Art. 188, N. 2; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 188, N. 11; Acar, *Mal Rejimleri*, 180.

¹⁰²³ Acabey’e göre, söz konusu düzenlemede her ne kadar, hacizden bahsedilmiş olsa da, alacaklı tarafından kambiyo senetlerine özgü takip yolu gibi diğer takip yollarına başvurulmuş hallerde de, alacaklının, eşler arasındaki mal ortaklığı rejimi dolayısıyla zarara uğraması halinde, TMK.m.210 hükmü uygulanabilir (Acabey, *Katılma Rejimi*, 29).

¹⁰²⁴ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 189, 190, N. 9; Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 189, N. 2; Zeytin, *Katılma Rejimi*, 73.

¹⁰²⁵ Zeytin’e göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde alacaklının bu hukuki imkânı sahip olmaması, edinilmiş mallara katılma rejiminin düzenleniş tarzı, eşlerin malvarlığı değerleri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkânına sahip olmaları ve edinilmiş mallara katılma rejiminin amacıyla örtüşmektedir (Zeytin, “Haciz”, 15). Yazara göre, borçlu eşin alacaklısının edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda borçlu eşin katılma alacağı ile denkleştirme alacağına başvurma imkânı vardır. Alacaklının, eşin bu beklemece haklarına güveni korunmayacak olup, borçlu eşin sırf evli olmasından dolayı, alacaklının, beklemece bir hakkı muaccel bir alacağa çevirmesine de imkân tanınmamalıdır. Alacaklı böyle bir durumda borçlu olan eşin mülkiyetinde olan malvarlığı değerleri ile yetinmelidir. Ancak, TMK.m.213 hükmüne dayanarak üçüncü kişiye başvurma hakkı saklıdır (Zeytin, *Katılma Rejimi*, 72). Kılıçoğlu’na göre de, edinilmiş mallara katılma ve paylaşımlı mal ayrılığı rejimlerinde eşlerden birine karşı icra takibi yapılması diğer eşin malvarlığını etkilemeyeceği için, bu durum mal ayrılığına geçilmesi sebebi olarak düzenlenmemiştir (Kılıçoğlu, *Aile*, 259).

artış payı alacağına alacaklıları tarafından el atılabileceğini bilen eş, mal rejiminin tasfiye edilmesini talep etmez.¹⁰²⁶

Türk Medeni Kanunu m.209 uyarınca eşlerden birinin iflası halinde, mal rejimi kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşmesine rağmen, TMK.m.210 uyarınca eşlerden birine karşı icra takibinde bulunulması halinde mal ayrılığı rejimine geçilmesi ancak alacaklının talebi ve mahkeme kararıyla mümkündür.¹⁰²⁷ Mal ayrılığına geçilmesini sadece borçlu eşe karşı takip yapan alacaklı talep edebilir.¹⁰²⁸ Borçlu eşin birden fazla alacaklısının bulunması durumunda, ona karşı takipte bulunmayan alacaklıların hâkimden mal ayrılığına geçilmesini talep etmesi mümkün değildir.¹⁰²⁹

Söz konusu düzenlemede haciz yoluyla takip yapılması yeterli görülmemiş, haczin uygulanması sebebiyle alacaklının zarara uğraması da aranmıştır. Alacaklının zarara uğraması ile kastedilen, alacaklının yaptığı icra takibi sonucunda alacağını tamamen veya kısmen elde edememiş olmasıdır.¹⁰³⁰ İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, borçlu hakkında borç ödemedi belgesi alınmış olması veya borçlunun haczedilecek malı olmadığına dair düzenlenen bir haciz tutanağı alacaklının zarara uğradığını göstermektedir.¹⁰³¹

Türk Medeni Kanunu m.210 hükmünde, alacaklının sadece mal ortaklığı rejiminde olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep edebilmesi, mal ortaklığı rejiminde

¹⁰²⁶ “Edinilmiş mallara katılma rejiminde de borçlu eşin mevcut malvarlığı değerlerine el koyarak alacağına kavuşamamış alacaklıya da bu yönde bir hak tanınmalıdır” (Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 339).

¹⁰²⁷ “Kanun koyucunun bu şekilde bir düzenleme yapmasının sebebi, iflas durumunda borçlu eşin tüm mallarının iflas masasına dahil olması, icra takibi yapılması durumunda borçlu eşin sadece borcu miktarınca malına el konulmasıdır” (Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 179; Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 334).

¹⁰²⁸ ZGB. Art. 189 hükmünde, TMK.m.210’dan farklı olarak dava açma hakkının alacaklıya değil, denetim makamına ait olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Acar, *Mal Rejimleri*, 180; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 234; Jungo, *CHK. Art. 189-190*, N. 2.

¹⁰²⁹ Acar, *Mal Rejimleri*, 180; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 180.

¹⁰³⁰ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 73; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 165; Gençcan, “Olağanüstü”, 89. Acabey’e göre, alacaklılardan biri haciz yoluna başvurur, fakat eşler arasındaki mal rejimi nedeniyle alacaklarını elde edemeyip zarara uğrarsa, mal ayrılığına geçilmesini talep edebilir. Yazara göre de alacaklılarını elde edememe, zarara uğrama olarak ifade edilmiştir (Acabey, *Mal Rejimi*, 34). Acar ise, zarara uğrama ifadesini haczin sonuçsuz kalması şeklinde ifade etmiştir (Acar, *Mal Rejimleri*, 180).

¹⁰³¹ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 73; Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 165. “Alacaklı takip sonucunda alacağına kavuşamamış olduğunu ispatlamalıdır. Alacaklı, geçici veya kesin haciz belgesi veya haciz tutanağı ile alacağına kavuşamamış olduğunu ispatlayabilir” (Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 335).

ortaklık malları üzerinde eşlerin elbirliği mülkiyetine¹⁰³² sahip olmasının sonucudur.¹⁰³³ Zira eşler, mal ortaklığı rejimi süresince ortaklık malları üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip olduğu için, alacaklının mal rejimi devamı süresince eşin ortaklık payı üzerinde herhangi bir talepte bulunması söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle, mal ortaklığı rejimi tasfiye edilmeden ortaklık mallarına alacaklılar tarafından müdahale edilmesi mümkün değildir.¹⁰³⁴ Eşlerden birinin borcu sebebiyle ortaklık mallarında cebri icra işlemlerinin yapılabilmesi için eşler arasında mevcut olan mal ortaklığı rejimindeki elbirliği ortaklığının sona erdirilmesi gerekmektedir. Koşulların sağlanması üzerine, mal ortaklığı rejiminden mal ayrılığı rejimine geçilmesiyle, alacaklı, eşin kendi kişisel mallarıyla birlikte ortaklık mallarının paylaşılmasıyla eşe düşen malvarlığı değerleri üzerinden de alacağını elde etme imkânına kavuşacaktır.¹⁰³⁵

Alacaklılar, mal ortaklığı rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüştürülmesini sadece, eşin kişisel borçları sebebiyle haciz yoluna başvurmuşlarsa talep edebilirler.¹⁰³⁶ Hakkında haciz yoluyla takip yapılan eşin borcu ortaklık borcu niteliğindeyse, eş ortaklık borcu sebebiyle ortaklık malının tamamı ile sorumlu olduğu için, bu durumda ortaklık malının tasfiyesi gerekmeyp mal ayrılığına geçilmesinde de hukuki yarar bulunmamaktadır.¹⁰³⁷ Ayrıca eşin kişisel borcunun da sadece kişisel mallardan karşılanması mümkün olduğu durumlarda da, mal ortaklığı rejiminden mal ayrılığı rejimine geçilmesi söz konusu olmamalıdır. Eşin kişisel borcu dolayısıyla ortaklık malındaki payının haczi gerekiyorsa, mal ayrılığı rejimine geçilmesi mümkün olmalıdır.¹⁰³⁸

Alacaklı mal ortaklığının mal ayrılığına dönüştürülmesine ilişkin talebini her iki eşe de yöneltmelidir (TMK.m.210/f.2). Böylece alacaklının açacağı mal ayrılığına

¹⁰³² TMK.m.257/f.2'ye göre, “Eşler, ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak sahip olurlar”.

¹⁰³³ Zeytin, “Haciz”, 15; Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 4.

¹⁰³⁴ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 5.

¹⁰³⁵ Atamulu, “Olağanüstü Mal Rejimi”, 165-166.

¹⁰³⁶ Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 189, 190, N. 11; Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 189, N. 3. Eşlerin kişisel borçlarından sorumluluğunu düzenleyen TMK.m.269/f.1'e göre, “Her eş, diğer bütün borçlardan kendi kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı kadarıyla sorumlu tutulur”.

¹⁰³⁷ Jungo, *CHK.* Art. 189-190, N. 3; Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 189, N. 3; Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 189, 190, N. 11. Eşlerin ortaklık borçlarından sorumluluğunu düzenleyen TMK.m.268/f.1'de, eşlerden her birinin, ortaklık borçlarından kişisel malları ve ortaklık mallarıyla sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

¹⁰³⁸ Genna, *OFK.*, ZGB. Art. 189, N. 5; Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 334.

dönüşüm davasında alacaklı davacı, eşlerin her ikisi de davalı olarak bu davada yer alacaktır.

Haciz halinde, alacaklının talebi ile mal ayrılığı rejimine geçilmesinde görevli mahkeme aile mahkemesi olup, yetkili mahkeme ise TMK.m.210/f.3 uyarınca borçlunun yerleşim yeri mahkemesidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, TMK.m.210/f.2 uyarınca alacaklının istemini her iki eşe yöneltmesi gerekmesine rağmen, aynı hükmün üçüncü fıkrası uyarınca bu davanın sadece borçlu eşin yerleşim yeri mahkemesinde açılabileceğidir.¹⁰³⁹

D. Olağanüstü Mal Rejimine Geçilmesinin Alacaklılar Açısından Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu m.206 uyarınca eşlerden birinin talebi üzerine, mahkemece mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine ilişkin karar, değiştirici yenilik doğuran bir karardır.¹⁰⁴⁰ Mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi halinde, edinilmiş mallara katılma rejimi, paylaşımlı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimi, dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer (TMK.m.225/f.2; m.247/f.2; m.271/f.2). Böylece mal ayrılığı rejiminin başlangıcı, mal ayrılığına geçilmesine ilişkin mahkeme kararının verildiği tarih değil, dava tarihidir.¹⁰⁴¹ Haklı sebeplerin varlığı durumunda yasal mal rejiminden olağanüstü mal rejimine geçiş kararı (TMK.m.206) geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.¹⁰⁴² Bunun sonucunda, eşlerin bu davanın açıldığı tarihten itibaren edindikleri mallar, eşlerin edinilmiş malı değil, kişisel malı kabul edilecektir.¹⁰⁴³ Olağanüstü mal rejimine geçiş kararı ile eşler arasında mal ayrılığı

¹⁰³⁹ Kılıçoğlu, *Aile*, 260.

¹⁰⁴⁰ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 35, 45.

¹⁰⁴¹ Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 107; Kılıçoğlu, “Katkı”, 148. “Mal ayrılığı rejiminin başlangıcı, mahkeme kararının verildiği tarih değil, mahkemeye başvuru tarihidir” (Acar, *Mal Rejimleri*, 180). “Olağanüstü mal rejimine geçilmesine karar verilmesinin istendiği durumlarda, TMK.m.206’da yer alan haklı sebepler davanın açıldığı tarih itibarıyla değerlendirilir. Yargılamanın zaman alması ve uzun sürmesinin, mal ayrılığına geçilmesini talep eden eş aleyhine sonuçlar doğurmasını engellemek açısından mal rejiminin davanın açıldığı andan itibaren sona ereceğini kabul etmek menfaatler dengesine uygundur” (Sarı, *Yasal Mal Rejimi*, 98).

¹⁰⁴² Jungo, *CHK.*, Art. 185, N. 20; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 231; Öztan, *Aile*, 244; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 107-108; Acar, *Mal Rejimleri*, 180; Atamulu, “Sona Erme”, 540. Gümüş’e göre ise “TMK.m.206 hükmü, eşler arasındaki mal rejiminin eşlerden birinin talebi üzerine hâkim kararıyla ileriye etkili olarak mal ayrılığına dönüştürülmesine imkân verir” (Gümüş, *Mal Rejimleri*, 228).

¹⁰⁴³ “Örneğin, eşinin herhangi bir işte çalışmayıp, devamlı olarak arkadaşlarıyla kahvehanede vakit geçirdiğini, kendisinin ise hem çalışıp hem de ev işlerini yaptığını belirterek TMK.m.206 uyarınca mal ayrılığına geçilmesini talep eden kadının, dava tarihinden itibaren bankada bulunan ve miras yoluyla kendisine intikal eden paraların faiz gelirleri ile miras yoluyla kendisine intikale den

rejimi hükümleri uygulanacağı için, bu tarihten sonra edinilen mallar üzerinde diğer eşin katılma alacağı ile değer artış payı alacağı da söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁴⁴

Olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçilmesi, eşler arasındaki mevcut mal rejiminin sona ermesini ve dolayısıyla bu rejiminin tasfiye edilmesi sonucunu doğurmaktadır.¹⁰⁴⁵ Bu nedenle, kendiliğinden mal ayrılığına geçilmesi veya hâkim kararıyla mevcut mal rejiminden mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi üzerine eşler arasındaki önceki rejimin tasfiyesi yapılmaktadır. Zira, TMK.m.212'ye göre, “*Mal ayrılığına geçildiği takdirde, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşler arasında önceki mal rejiminin tasfiyesi, bu rejime ilişkin hükümlere göre yapılır*”. TMK.m.212 hükmü olağanüstü mal rejimine ilişkin ortak bir düzenleme olduğu için, olağanüstü mal rejimine geçilmesine ilişkin tüm hallerde uygulanır ve böylece olağanüstü mal rejimine geçilen hallerde önceki rejimin tasfiye edilmesi gerekir.¹⁰⁴⁶ Bu düzenleme uyarınca, eşler arasındaki önceki mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimi ise TMK.m.225-241, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ise TMK.m.247-255, mal ortaklığı rejimi ise TMK.m.271-281 hükümleri uyarınca tasfiye yapılır.¹⁰⁴⁷ Bu hükümlere göre, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmakta ise nakdi, mal ortaklığı rejimi uygulanmakta ise ayni tasfiye gerçekleştirilir.¹⁰⁴⁸

Eşlerden birinin ekonomik durumundaki kötüleşmelerin diğer eş yanında alacaklıları da etkilemesi özellikle eşler arasında uygulanan mal rejiminin mal ortaklığı rejimi olmasında gündeme gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, eşler arasında mal ortaklığı rejiminin uygulanması halinde, alacaklıların zarara uğrama ihtimali söz konusu olmaktadır. Zira mal ortaklığı rejiminde eşler kişisel borçlarından dolayı kişisel mallarının tamamı ve ortaklık mallarının yarısı ile sorumlu olmalarına rağmen

işyerlerinin kira gelirlerini dava ne kadar uzun sürerse sürsün kendisinin kişisel malı sayılacak ve eş bunlar üzerinde herhangi bir hak iddia edemeyecektir” (Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 231; Kılıçoğlu, *Katılma Alacağı*, 108). Şıpka/Özdoğan'ın ifade ettiği üzere, “TMK.m.206 uyarınca mal ayrılığına dönüşüm kararı ile, eşlerin bundan sonra edinecekleri malvarlığı değerlerinde birbirlerinden beklenen hak talepleri de engellenmiş olmaktadır” (Şıpka, Özdoğan, *Malvarlığı Davaları*, 24).

¹⁰⁴⁴ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 63; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 13.

¹⁰⁴⁵ Zeytin, *Katılma Rejimi*, 63; Atamulu, “Sona Erme”, 540; Gençcan, *Mal Rejimleri*, 138; Gençcan, “Olağanüstü”, 84; Tak Ayduman, *Sona Erme*, 13. “Eşler arasında aynı anda iki mal rejiminin geçerli olması mümkün olmayacağı için, önceki rejimin tasfiye edilmesi gerekmektedir” (Atamulu, “Sona Erme”, 540). “Hâkim önceki rejimin kaldırılmasına ve mal ayrılığına karar verir” (Hausheer, Reusser und Geiser, *BK.*, Art. 185, N. 16).

¹⁰⁴⁶ Kılıçoğlu, *Aile*, 261.

¹⁰⁴⁷ Kılıçoğlu, *Aile*, 261.

¹⁰⁴⁸ Şıpka, *Katılma Rejimi*, 50.

(TMK.m.269), ortaklık borçlarından dolayı hem kişisel malları hem de ortaklık mallarının tamamı ile sorumludurlar (TMK.m.268¹⁰⁴⁹). Ayrıca ortaklık malları üzerinde elbirliği ile hak sahiplikleri söz konusu olduğu için, alacaklıların ortaklık mallarına tasfiye yapılmadan müdahalede bulunmaları söz konusu değildir.¹⁰⁵⁰ Alacaklılar, mevcut mal rejiminden olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı rejimine geçilmesi suretiyle, mevcut mal rejiminin tasfiyesiyle alacaklarını elde edebilmektedirler. Böylece mal ortaklığı rejiminden mal ayrılığına geçilmesi ile malların hangisinin ortaklık malı hangisinin kişisel mal olduğu ayrımı net olarak yapılacağı için, borçlu olmayan eş korunmuş olduğu gibi, hangi mallara el atabileceği belirgin hale gelen alacaklı da korunmuş olacaktır.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁹ TMK.m.268 hükmüne göre, “Eşlerden her biri, aşağıdaki borçlardan kişisel malları ve ortaklık mallarıyla sorumludur:

1. Evlilik birliğini temsil veya ortaklık mallarını yönetme yetkisine dayanarak yapılan borçlardan,
2. Ortaklık mallarını veya ortaklık mallarına giren gelirleri kullanarak bir meslek veya sanatın icra edilmesi nedeniyle yapılan borçlardan,
3. Diğer eş için de kişisel sorumluluk doğuran borçlardan,
4. Kişisel mal yanında ortaklık mallarının da sorumlu olacağı hususunda eşlerin üçüncü kişilerle anlaşarak yaptığı borçlardan”.

¹⁰⁵⁰ Karakimseli Sezgin, “Alacaklılar Açısından”, 331.

¹⁰⁵¹ Karakimseli, *Koruyucu Düzenlemeler*, 176.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nun evlilik hukukuna ilişkin hükümleri eşleri ilgilendiren, onlar hakkında hüküm ve sonuç doğuran hukuki ilişkileri konu edinmektedir. Bu hukuki ilişkiler, kural olarak emredici hukuk kuralları ile düzenlenmekle birlikte, eşlere sınırlı da olsa sözleşme özgürlüğü tanınmıştır. Eşler, evlilik hukukundan kaynaklanan hukuki ilişkilerini kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde düzenleyebilirler. Eşlerin bu amaçla akdettikleri sözleşmeler de, esasen nisbilik ilkesi gereği sadece eşler arasında etkili olur. Kural olarak, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler, eşlerin akdettiği sözleşme dolayısıyla bir borç altına girmedikleri gibi, bir hak da kazanamazlar. Ancak, eşler arasında hüküm ve sonuç doğurması amacıyla akdedilen sözleşme, dolaylı da olsa üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkileyebilir.

Evlilik hukukunu düzenleyen kanun hükümlerinin ve bu hükümlerde değişiklik yapmak amacıyla akdedilen sözleşmelerin istisnai bazı hallerde üçüncü kişilere de, borç yüklemesi ya da hak kazandırması mümkündür. Söz konusu hüküm ya da sözleşmelerin üçüncü kişilere etkisi özellikle, eşler arasındaki mal rejimi bakımından görülür. Zira Türk Medeni Kanunu'nun mal rejimlerine ilişkin hükümleri, gerek eşlerin kendi aralarındaki gerekse eşlerle üçüncü kişiler arasındaki hukuki ilişkileri düzenlemektedir. Mal rejimlerinin eşlerin yanı sıra üçüncü kişileri de etkileyen yönlerinin bulunduğunu dikkate alan kanun koyucu, mal rejimine ilişkin hükümler ve sözleşmeler kapsamında eşlerin üçüncü kişilere, üçüncü kişilerin ise eşlere karşı bir takım taleplerde bulunmasına imkân tanımıştır. Bu hukuki imkânların bir kısmı eşler arasındaki mal rejimi devam ederken kullanılabilirken bir kısmı ise mal rejiminin tasfiyesi aşamasında ortaya çıkmaktadır.

Eşlerin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin taleplerini yöneltebileceği üçüncü kişilere ilişkin hükümler, edinilmiş mallara katılma rejimi (TMK.m.229, m.241) ve paylaşımlı mal ayrılığı rejimi (TMK.m.251) bakımından öngörülmüştür. Söz konusu hükümlerin ortak noktası, bir eşin malvarlığına ilişkin yaptığı hukuki işlemlere karşı diğer eş korumalarıdır.

Mal rejimlerinin tasfiyesinin üçüncü kişileri etkilediği durumlardan ilki edinilmiş mallara katılma rejiminde, artık değere katılma alacağının diğer eş tarafından karşılanmayan kısmının, lehine TMK.m.229 uyarınca edinilmiş mallara değer olarak

eklenecek kazandırma veya devir yapılmış üçüncü kişilerden talep edilebilmesidir. Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada mahkeme tarafından karşılıksız kazandırma veya devirlerin eklenecek değer olduğuna dair verilen karar, kural olarak, sadece eşler arasında hüküm ve sonuç doğurur. Ancak kanun koyucu TMK.m.229/f.2’de yer alan hüküm dolayısıyla mahkeme kararının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini de kabul etmiştir. Davanın ihbarı üzerine, üçüncü kişi, davayı kendisine ihbar eden tarafın yanında değil de karşı tarafın yanında da davaya katılabilir. Davanın karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere ihbar edilmesinin en önemli sonucu, mal rejiminin tasfiyesi davasında eklenecek değerlere ilişkin verilen kararın üçüncü kişi için de bağlayıcı olmasıdır. Katılma alacaklısı eş, katılma alacağının diğer eşten karşılanamaması durumunda TMK.m.241’e dayanarak üçüncü kişiye karşı dava açtığında bu davada eklenecek değer kapsamında bir işlem bulunduğunu, bu işlemten üçüncü kişinin yararlandığını ve işlemin kapsamını ispat etmekten kurtulur. Davanın ihbar edilmesinin diğer bir sonucu da davanın ihbarı ile, üçüncü kişinin ihbar anından itibaren iade borcu bakımından kötüniyetli zilyedin iade borcuna dair hükümlere tâbi olmasında kendini gösterir. Zira iyiniyetli üçüncü kişiye yapılan ihbar ile, üçüncü kişi, davayı ve kendisine yapılan kazandırmanın eklenecek değerler arasında yer aldığını öğrenmektedir.

Katılma alacağı nispi bir hak olup, ifası yalnızca borçlu eş veya mirasçılardan talep edilebilir. Ancak TMK.m.241’de yer alan koşulların gerçekleşmesi halinde ise, katılma alacaklısı eş veya mirasçılara üçüncü kişilerden de talepte bulunma imkânı tanınmıştır. Bu talep hakkı, saklı pay kurallarını ihlal eden kazandırmaların tenkisine benzemesi nedeniyle mal rejimine özgü tenkis davası olarak nitelendirilmektedir. Üçüncü kişilere başvuru hakkı ikincil bir talep olup, ancak borçlu eşin malvarlığı veya terekesinin katılma alacağını tam olarak karşılayamaması durumunda bu hukuki imkâna başvurulabilir. Borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin katılma alacağını karşılamaması ile kastedilen, katılma alacağının kısmen veya tamamen borçlu eşten tahsil edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılmasıdır. Üçüncü kişinin katılma alacağının karşılanmayan kısmından sorumlu olabilmesi için borçlu eş hakkında takip yapılmasına veya hakkında aciz belgesi alınmasına gerek yoktur. Mal rejiminin ölüm dışında bir nedenle sona ermesi halinde, katılma alacağının karşılanıp karşılanmadığı belirlenirken, borçlu eşin sadece edinilmiş malları değil, edinilmiş ve kişisel malların

tamamı dikkate alınır. Mal rejiminin ölüm ile sona ermesi halinde ise, katılma alacaklısı eşin üçüncü kişiye başvurabilmesi için, katılma alacağının ölen eşin terekesinden karşılanamaması yeterli olup, ayrıca mirasçılarının kişisel malvarlığına başvurularak onların malvarlığından karşılanamamış olması aranmamalıdır.

Katılma alacağının borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden karşılanamaması durumunda, dava açabilecek kişiler alacaklı eş veya mirasçılardır. Bu kişilerin dışında, onların alacaklıları ve iflas idaresi bu hukuki imkâna başvuramaz. Katılma alacaklısı eşin bir mirasçısı bulunuyorsa bu mirasçı katılma alacağının karşılanmayan kısmını üçüncü kişilerden talep edebilir. Ölen katılma alacaklısı eşin birden fazla mirasçısı bulunması durumunda ise, katılma alacağının karşılanmayan kısmını üçüncü kişilerden birlikte talep etmeleri gerekir. Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda üçüncü kişiye kazandırmada bulunan eşin sağ kalan eş sıfatıyla tek başına mirasçı olması durumunda ise, onun üçüncü kişiye başvurması mümkün değildir. Zira diğer eşin rızası olmadan kazandırmada bulunan eşin sonradan üçüncü kişiye başvurması çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder. Katılma alacağının eş veya mirasçılar tarafından bir başka kişiye devredilmesi halinde ise, karşılanmayan kısmın kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiden talep edilmesine ilişkin hak da katılma alacağını devralan kişiye geçer. Katılma alacağının karşılanmayan kısmının talep edilebileceği kişiler, karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiler ve onların mirasçılardır. Üçüncü kişinin kazandırma konusunu başka bir kişiye devretmesi halinde, katılma alacağının devralandan talep edilmesi mümkün değildir. Ancak kazandırmadan yararlanan üçüncü kişi kendisine karşı yöneltilecek talebi etkisiz kılmak için kazandırma konusunu muvazaalı olarak bir başkasına devretmişse bu durumda devralanlara karşı da talepte bulunulabilmelidir.

Katılma alacaklısı eş veya mirasçılarının karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı açacağı dava, haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer. Bir yıllık sürenin başlayabilmesi için eşin veya mirasçılarının katılma alacaklısı olduklarını, katılma alacağının borçlu eşin malvarlığı veya terekesinden karşılanmadığını ve borçlu eş tarafından üçüncü kişiye eklenecek değerler kapsamında bir karşılıksız kazandırma yapıldığını öğrenmeleri gerekir. Kanaatimizce, davanın açılması bakımından öngörülen uzun süre olan beş yıllık sürenin TMK.m.571 hükmü ile

paralellik sağlaması açısından İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi on yıl olarak öngörülmesi yerinde olurdu. Zira üçüncü kişilere karşı dava hakkının “herhalde mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıl geçmekle düşeceği” ne ilişkin düzenleme hak kaybına yol açacak niteliktedir. Mal rejiminin mahkeme tarafından verilen boşanma veya evliliğin iptali kararı ile sona ermesi durumunda, beş yıllık süre mal rejiminin sona erdiği tarih olan dava tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Ülkemizde evliliği sona erdirmek için açılan davalar uzun yıllar sürdüğü için, alacaklı eşin üçüncü kişilere karşı dava açma imkânı çoğu zaman olanaksız hale gelmektedir. Bu nedenle, TMK.m.241/f.2’de yer alan “*herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer*” ifadesi “*herhalde mal rejiminin tasfiyesinin tamamlandığı andan itibaren beş yıl geçmekle düşer*” şeklinde değiştirilmelidir. Beş yıllık sürenin başlangıç anının muhafaza edilmesi durumunda ise, söz konusu düzenleme “*herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden on yıl geçmekle düşer*” şeklinde, mehzaz Kanun ve TMK.m.571 hükmü ile paralellik sağlayacak biçimde değiştirilmelidir.

Türk Medeni Kanunu m.241 hükmünde ifade edilen karşılıksız kazandırmalar ile kastedilen TMK.229/f.1 uyarınca edinilmiş mallara eklenmesi gereken eklenecek değerlerdir. Bu nedenle eklenecek değer kapsamında yer almayan bir karşılıksız kazandırmaya dayanılarak TMK.m.241 uyarınca katılma alacağının ödenmesi için üçüncü kişiye başvurulamaz. TMK.m.241 hükmünde “edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmalar” ifadesi kullanılmış olsa da, bu hükmün uygulanması bakımından karşılıksız kazandırmanın, TMK.m.229/f.2, b.2 kapsamında “katılma alacağını azaltma kastıyla yapılan devir” kapsamında yer alması da mümkündür. Dolayısıyla, TMK.m.241 hükmünde sadece “karşılıksız kazandırmalar” ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır. Ayrıca TMK.m.229 kapsamında mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılan ve edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi mümkün olmayan bir kazandırma dolayısıyla üçüncü kişiye başvurulamaz. Zira katılma alacağı miktarının hesaplanmasında herhangi bir etkisi bulunmayan bir kazandırma sebebiyle üçüncü kişiden talepte bulunulmasına imkân tanınması edinilmiş mallara katılma rejiminin prensipleriyle bağdaşmaz.

Türk Medeni Kanunu m.241 uyarınca katılma alacağının eksik kalan kısmı için karşılıksız kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere dava açılabilmesi için TMK.m.229/f.2 uyarınca davanın üçüncü kişilere ihbar edilmiş olması bir ön koşul

niteliğinde değildir. Dava ihbar edilmemiş olsa dahi, üçüncü kişilere karşı TMK.m.241 kapsamında dava açılabilir.

Katılma alacağının karşılanmayan kısmının üçüncü kişilerden talep edilmesi, onlara yapılan kazandırmaların geçerliliğini etkilemediği için üçüncü kişi kazandırma konusunu aynen geri vermek zorunda değildir. Üçüncü kişi, kendisine karşı açılan ifa davasında katılma alacağının eksik kalan kısmının karşılığı para olarak ödemekle sorumluluktan kurtulur. Karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde TMK.m.566 hükmü kıyasen uygulanır. Bu kapsamda üçüncü kişi iyiniyetli ise, sadece elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması halinde ise, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olması öngörülmüştür.

Mal rejiminin tasfiyesinin karşılıksız kazandırmalardan yararlanan üçüncü kişileri etkilediği durumlardan bir diğeri de paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK.m.251 hükmünde yer alan düzenlemedir. Söz konusu düzenlemede diğer eşin payını azaltmak amacıyla yapılan karşılıksız kazandırmalar ile diğer eşin payını azaltma kastıyla yapıldığı varsayılan kazandırmaların paylaşmaya aykırı davranışlar olduğu düzenlenmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde eklenecek değerlere ilişkin hüküm kapsamında davanın ihbarına benzer şekilde, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de ihbar kurumu düzenlenerek, TMK.m.251 kapsamında yer alan kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararının bu kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere ileri sürülmesi imkânı öngörülmüştür. Ancak paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde TMK.m.241'e benzer bir düzenleme ile karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere dava açma imkânı açıkça düzenlenmemiştir. Burada bir kanun boşluğu olduğu kabul edilerek, bu boşluğun hâkim tarafından TMK.m.241 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması suretiyle doldurulması mümkündür.

Tasfiye sürecinde mal rejiminin tasfiyesi dolayısıyla eşlerden talepte bulunması mümkün olan üçüncü kişi konumunda ilk olarak eşlerin saklı paylı mirasçıları yer alır. Eşlerin bazı saklı paylı mirasçıları, eşlerin artık değere katılma ya da paylaşım oranına ilişkin yaptıkları anlaşmalara karşı özel olarak korunmuştur. Eşler kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma oranı (TMK.m.237/f.1) ve mal ortaklığı rejiminde ise paylaşım oranı

(TMK.m.276/f.2) konusunda kanunda öngörülenlerden farklı bir esasın aralarında uygulanmasını kararlaştırabilirler. Ancak eşlerin farklı katılım esaslarına ilişkin yaptıkları bu düzenlemeler özellikle mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde, eşlerden birinin terekesini ve mirasçılarını doğrudan etkilemektedir. Zira mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde hem mal rejiminin hem de terekenin tasfiyesi gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda öncelikle eşin mal rejiminin tasfiyesi yapılmakta, sonrasında ölen eşin terekesi tasfiye edilmektedir. Bu nedenle eşlerin kanunda öngörülenden farklı bir paylaşım esası belirlemeleri durumunda, mal rejiminin tasfiyesinde uygulanacak kurallar hem eşin terekesini hem de mirasçıların alacağı miras paylarını etkilemektedir. TMK.m.237/f.1 ve m.276/f.2 uyarınca yapılacak sözleşmeler dolayısıyla mirasçıların miras hukukundan doğan menfaatleri, eşlerin mal rejiminden doğan menfaatlerine üstün tutulmuş m.237/f.2 ve m.276/f.3’de eşlerin sözleşme özgürlükleri sınırlandırılmıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden biri veya mirasçıları, kural olarak, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Ancak eşler artık değere katılmada farklı bir esası da belirleyebilirler. Farklı bir katılım esasını belirleyen anlaşma evliliğin ölümle sona ermesinde, başkaca bir koşul aranmaksızın uygulama alanı bulur. Ancak mal rejiminin evliliğin iptali, boşanma veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi sebebiyle sona ermesi halinde, belirlenen farklı katılım esasının uygulanabilmesi için bunun mal rejimi sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir (TMK.m.238). Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, hangi sona erme hallerinde farklı katılım esasının uygulanacağı açıkça sözleşmede yer almıyorsa bu anlaşmanın mal rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesine özgü olarak yapıldığı karine olarak kabul edilmelidir. Evliliğin iptali veya boşanma sebebiyle görülen dava esnasında eşlerden birinin ölümü halinde hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda Türk Medeni Kanunu’nda düzenleme yoktur. ZGB. Art 217 hükmüne eklenen fıkra ile boşanma davası devam ederken mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde de TMK.m.238’de olduğu gibi açıkça öngörülmüş şartı aranacağı belirtilmiş olup, Türk hukuku bakımından da bu yönde bir düzenleme yapıp tereddütler giderilmelidir. Eşlerin başka bir mal rejimine geçmesinin, hangi hükmün uygulama alanına girdiği konusunda bir düzenleme mevcut değildir. TMK.m.237 hükmü genel hüküm olup, TMK.m.238 hükmü TMK.m.237’ye istisna getiren bir düzenlemedir. Bu nedenle m.238

hükmü yorum yoluyla genişletilemez. Ayrıca, TMK.m.238’de mal rejiminin mahkeme kararı ile sona erme halleri sayıldığı ve eşlerin başka bir mal rejimine geçmesi halinde mal rejiminin iradeyle sona erdiği için, bu sona erme hali de m.237 kapsamında değerlendirilmelidir.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile belirleyebilecekleri farklı esas, paylaşım oranının belirlenmesine ilişkin olabileceği gibi artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esas da olabilir. Eşler farklı esasın belirlenmesini noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile belirleyebilirler. Bu nedenle eşlerin yasal katılım oranından farklı bir esası sadece evlendirme memuruna yazılı başvuruda bulunarak gerçekleştirmeleri mümkün değildir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin sözleşme ile artık değere katılım esasını değiştiren anlaşmaları TMK.m.237/f.2 uyarınca eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez. Söz konusu düzenleme ile miras hukukundaki tüm saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının korunmadığı görülmektedir. Kanaatimizce, mal ortaklığına ilişkin benzer hususu düzenleyen TMK.m.276/f.3’de olduğu gibi edinilmiş mallara katılma rejiminde de altsoyun tamamının ayırım yapılmadan bu korumadan yararlanmasını sağlamak yerinde bir düzenleme olurdu. Zira her ne kadar ortak altsoyun sağ kalan eşi ilerde mirasçı olacağı gerekçesiyle herhangi bir hak kaybına uğramayacağını ifade eden görüşler bulunsun da, altsoy arasında böyle bir ayırım yapılması sonucunda ortak altsoy derhal sahip olabileceği saklı payından belirli bir süre yoksun kalmaktadır.

Eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun saklı payını zedeleyen anlaşmaların geçersizliği söz konusu olmayıp, onların saklı paylarının korunması tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması ile sağlanır. Böylece saklı payı ihlal edilen ortak olmayan altsoy ve onların çocukları diğer eşi karşı tenkis davası açarak saklı pay korunmasını sağlayabileceklerdir. Burada mal rejimine özgü bir tenkis davası değil, mirasçılığa dayanan bir tenkis davası açılması söz konusudur. Tenkis davası sonucunda sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma tenkis edilecek, kazandırmanın saklı payları ihlal etmeyen kısmı üzerinde sağ kalan eş hak sahibi olmaya devam edecektir. Eşi yapılan kazandırmanın sağlararası bir kazandırma veya ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi tenkiste uygulanacak hükümlerin

farklılaşmasına yol açacaktır. Mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eşe yapılan kazandırma ölüme bağlı tasarruf, ölüm dışındaki diğer sona erme hallerinde ise söz konusu işlem sağlararası kazandırma sayılmalıdır. Tenkis davasının açılabilmesi süre miras hukukunda tenkis davasını düzenleyen TMK.m.571 hükmü dikkate alınarak belirlenmelidir. Ancak bir yıllık süre, en erken mirasbırakanın ölümüyle olmak kaydıyla, eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyunun saklı paylarının artık değere katılma anlaşması ile ihlal edildiğini öğrendikleri andan itibaren başlar. Kazandırmada bulunan eş hayatta olduğu sürece bu dava açılmayacağı için, on yıllık uzun süre sağ kalan eşe kazandırmada bulunan eşin ölümü ile başlar. Kanaatimizce, ortak olmayan çocuklar ve onların altsoyunun açacağı tenkis davası, mal rejiminden değil, doğrudan onların saklı payından kaynaklandığı için görevli mahkeme aile mahkemesi değil asliye hukuk mahkemesi olmalıdır. Asliye hukuk mahkemesinde açılan tenkis davasında aile mahkemesinin görev alanına giren bir husus tespit edildiğinde bu husus bekletici mesele yapılmalıdır.

İsviçre hukukunda yapılan değişiklik ile katılma alacağında meydana gelen artışın sağlararası bir kazandırma olduğu ve bu kazandırmanın sağlararası kazandırmalarda ilk sırada tenkise tâbi tutulacağı belirtilmiştir. İsviçre hukukunda yapılan bu değişikliğin etkisiyle, Türk hukuku bakımından da katılma alacağında meydana gelen artışın sağlararası bir kazandırma mı yoksa ölüme bağlı bir kazandırma mı olduğu tartışmasında bu artışın sağlararası kazandırma niteliğinde olduğu görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Ancak Türk hukukunda, İsviçre hukukundakine benzer bir değişiklik yapılmadan meydana gelen artışın diğer kazandırmalardan önce tenkis edilmesi mümkün değildir. Zira Türk hukukunda sağlararası kazandırmalarda tarih esaslı tenkis yapılması gerektiğine ilişkin TMK.m.570 hükmü emredici niteliktedir.

Yasal mal rejiminde olduğu gibi mal ortaklığı rejiminde de eşler mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde uygulanacak paylaşım oranını serbestçe değiştirebilirler. Taraflar yasal paylaşım oranından farklı bir oran belirleyebilecekleri gibi farklı bir paylaşım esası da belirleyebilirler. Mal ortaklığı rejiminde yapılacak anlaşmanın geçerliliği altsoyun saklı paylarının zedelenmemesi koşuluna bağlanmıştır. Ancak yasal mal rejimindeki düzenlemeden farklı olarak, saklı payı korunan altsoy bakımından ortak olan ya da olmayan altsoy ayrımı yapılmamıştır. Mal ortaklığı rejiminde yasal paylaşım oranını değiştiren anlaşmaların boşanma, evliliğin iptali, kanun veya mahkeme kararı

uyarınca mal ayrılığına geçiş hallerinde uygulanabilmesi için tarafların iradesini açıkça ortaya koyması gerekmektedir. Aksi açıkça belirtilmediği sürece paylaşma oranını değiştiren anlaşma sadece mal rejiminin ölümle veya diğer mal rejiminin kabulüyle sona ermesi halinde uygulanır. Ayrıca edinilmiş mallara katılma rejiminde açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, mal ortaklığı rejiminde paylaşma esasını değiştiren anlaşmaların eşlerden birinin ölümünün yanı sıra diğer bir mal rejimine geçilmesi sebebiyle mal ortaklığı rejiminin sona ermesi halinde de uygulanacağı kanunda belirtilmiştir. Paylaşma esasını değiştiren ve altsoyun saklı payını zedeleyen anlaşmalara karşı da koruma tenkis davasına ilişkin hükümlerin uygulanması ile sağlanmaktadır.

Mal rejimlerine ilişkin düzenlemeler her ne kadar eşler arasında hüküm ve sonuçlarını doğursa da, bazı durumlarda eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarını etkileyebilir. Eşlerin üçüncü kişilere borçlandıktan sonra yeni bir mal rejimi sözleşmesi yapmak, mevcut sözleşmeyi değiştirmek veya önceki rejimin tasfiyesini sağlamak amacıyla yaptıkları sözleşmeler alacaklıları da etkileyebilir. Kanun koyucu bu nitelikteki sözleşmelere karşı alacaklıları korumak amacıyla kanuni düzenlemeler öngörmüştür. Alacaklıların korunmasına ilişkin TMK.m.213 hükmü uyarınca önceki rejimin tasfiyesine ilişkin anlaşma, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının üzerinden alacaklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışı bırakması halinde, kendisine böyle mallar geçmiş olan eşin borçlardan kişisel sorumlu olacağı öngörülmüştür. Ancak borçlu olmayan eşin sorumluluğu tali bir sorumluluktur. Zira, alacaklıların, kendilerine borçlu olmayan eşe başvurabilmeleri için, öncelikle borçlu eşe başvurmaları ve borçlu eşten alacaklarını elde edememeleri durumunda diğer eşe başvurmaları gerekir. Borçlu olmayan eşin sorumluluğu kendisine intikal eden malvarlığı değerleri ile sınırlı bir sorumluluktur. Borçlu olmayan eş kendisine geçen malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği oranda sorumluluktan kurtulabilmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi, seçimlik mal rejimleri olarak mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri öngörülmüştür. Eşlerin sözleşme ile mal ayrılığı rejiminin aralarında uygulanmasını kararlaştırdığı hallerde bu rejim olağan mal rejimi olmasına karşın, bazı durumlarda eşler arasındaki mal rejimi olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığı

rejimine dönüşebilir. Eşler tâbi oldukları mal rejimi sözleşmesini değiştirmek istediklerinde mal rejimi sözleşmesi yaparak başka bir mal rejimine geçebilirler. Ancak eşler mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle başka bir mal rejimine geçmek istemediklerinde veya eşlerden birinin ekonomik durumunun bozulması halinde de olağanüstü mal rejimine geçilmesi mümkündür. Türk Medeni Kanunu hükümleri dikkate alındığında, olağanüstü mal rejimine geçilmesi eşlerden birinin veya eşlerden birinin alacaklısının talebi üzerine hâkim kararıyla ya da kanun gereği kendiliğinden olabilir. Kanuni düzenlemelerde olağanüstü mal rejimine geçilmesi sonucunu doğuran hallerden özellikle diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması, mal ortaklığı rejiminde eşlerden birinin iflası ile mal ortaklığına tâbi eşlerden birinin mallarının haczi durumunda olağanüstü mal rejimine geçilmesi eşler kadar alacaklılar bakımından da önem arz etmektedir. Kanunun lafzı gereği eşlerden her ikisinin de haklı sebeple olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep edebileceği gibi bir anlam çıksa da, haklı sebebin meydana gelmesine yol açan eşe olağanüstü mal rejimine geçilmesini talep hakkı verilmemelidir. Böylece diğer eşin malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması haklı sebebine dayanarak olağanüstü mal rejimine geçilmesini bunun meydana gelmesine yol açan eş talep edememelidir. Haklı sebebe dayanarak eşlerin mal ayrılığı rejimine geçilmesine ilişkin sebeplerden biri olan “ortaklık payının haczedilmesi”, mehz Kanun’da da ifade edildiği şekliyle “eşlerden birinin ortaklık mallarındaki payının haczedilmesi” şeklinde anlaşılmalıdır.

Mal ortaklığı rejimine tâbi eşlerden birinin iflasına karar verildiğinde eşler arasındaki rejim kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşür. Kanunda eşlerden birinin iflası halinde mal rejiminin kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşmesi mal ortaklığı rejimi için öngörülmüştür. İflas hali, diğer mal rejimlerinde kendiliğinden mal ayrılığına dönüşüm imkânı vermese dahi, TMK.m.206/f.2, b.2 uyarınca “diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması” sebebine dayanarak eşlere mal ayrılığı rejimine geçilmesine ilişkin talep hakkı verir. Mal ortaklığı rejiminde eşlerden birinin iflası halinde mal ortaklığı rejiminin kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşebilmesi için, iflasın açılması gerekmektedir. İflasın açılma anının tespitinde İcra ve İflas Kanunu hükümleri dikkate alınacaktır. İflasın açılma anı, ticaret mahkemesinin iflas davasında iflasa karar verdiği ve kararda gösterilen gün, saat ve dakikadır

(İİK.m.165). Mal ayrılığı rejimine dönüşmenin iflas kararının kesinleşmesi ile mümkün olacağını ifade eden yazarlar bulunmaktaysa da, mal ortaklığı rejiminin olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı rejimine dönüşmesi iflasın açılması anından itibaren mümkün olacaktır.

Mal ortaklığını rejimini kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulamasında zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına geçilmesini talep edebilir. Alacaklının mal ayrılığına geçilmesini talep edebilmesi için, haciz yoluyla takip yapılması yeterli olmayıp, haciz sebebiyle alacaklının zarar uğraması şarttır. Alacaklının zarara uğraması ile alacaklının yapılan icra takibi dolayısıyla alacağını tamamen veya kısmen elde edememesi kastedilmektedir.

Olağanüstü mal rejimine geçilmesi ile eşler arasındaki önceki mal rejimi sona ereceği için bu rejimin tasfiye edilmesi gerekir. Zira eşler arasında aynı anda iki mal rejiminin uygulanması mümkün değildir. Eşler arasında uygulanan mal rejiminin mal ortaklığı olması halinde, mal rejiminin devamı süresince eşler ortaklık malları üzerinde elbirliği ile hak sahibidirler. Bu nedenle alacaklıların ortaklık malları tasfiye edilmeden, alacaklarını elde etme imkânı söz konusu değildir. Önceki mal rejimi olan mal ortaklığının tasfiye edilmesi sonucunda ise alacaklıların alacaklarını daha rahat elde edebilmesi mümkün hale gelecektir.

KAYNAKÇA

- Acabey, M. Beşir. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları- İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeleri”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan). 9/Özel Sayı (2007): 491-534.
- Acabey, M. Beşir. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler”. İçinde *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*. 19-42. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007.
- Acabey, M. Beşir. “Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. İçinde *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II*. 777-798. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.
- Acabey, M. Beşir. *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 84, 1998.
- Acabey, M. Beşir. *Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Acar, Faruk. “Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı”. İçinde *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*. 61-83. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007.
- Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Akbulut, Pakize Ezgi. “Mal Rejimi Sözleşmesinin Niteliği ve Geçerlilik Şartları”. Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 1-26.
- Akçin, Fahri. “Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Uygulamalar”. İçinde *Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Şubat 2016, I. Cilt*. 187-202. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Akçin, Fahri. “Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Yargıtay Uygulamaları”. Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 155-162.
- Akdeniz, Ayşe Ledün. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Malların Denkleştirilmesi”. İçinde *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan*. 1-20. İstanbul: Der Yayınları, 2015.
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*. 13. Baskı. Konya: Sayram Yayınları, 2022.
- Akıntürk, Turgut, Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt*. 24. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Akipek Öcal, Şebnem. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Sona Erdiren Haller ve Sona Erme Anı”. Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî

- Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 457-470.
- Akkurt, Sinan Sami. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi”. İçinde *Medeni Hukuk II- Aile Hukuku*, editör Metin İkizler, Özlem Tüzüner. 273-312. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Aldemir, İpek Betül. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Altunkaya, Mehmet. “Katılma Alacağının İfası”. Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 391-406.
- Anıl, Yaşar Şahin, Yonca Taner. *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, O. Gökhan. *Gerekçeli ve Açıklamalı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Antalya, O. Gökhan. *Gerekçeli ve Açıklamalı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Antalya, O. Gökhan. *Miras Hukuku, Cilt III*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARSLAN, Ramazan vd. *Notlu- Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Arslan, Ramazan vd. *Medenî Usul Hukuku*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Arslan, Ramazan vd. *İcra ve İflâs Hukuku*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Aşık, İbrahim vd. *İcra ve İflâs Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usûl Hukuku*. 6. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Atalı, Murat. *Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Atalı, Murat. *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. I*. 15. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Atamulu, İsmail. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Olağanüstü Mal Rejimine Geçişle Sona Ermesi”. Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019), 519-544.
- Atamulu, İsmail. “Türk Medeni Kanunu’nda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. V/1-2 (2010): 151-181.
- Ayan, Mehmet. “Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları”. *SÜHFD*. 10/1-2 (2002): 7-18.
- Ayanoğlu, Ahu. “Yasal Mal Rejiminin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesinde Yargıtay Uygulaması”. İçinde *Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan*

- 2019, editör Prof. Dr. Şükran Şıpka. 45-51. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Aydos, Oğuz Sadık. “Paylaşmalı Mal Ayrılığında Tasfiye”. Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 485-499.
- Badur, Emel. “Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı”. İçinde *Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019*, editör Prof. Dr. Şükran Şıpka. 65-72. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Başpınar, Veysel. “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”. *AÜHFD*. 52/3 (2003): 79-101.
- Baygın, Cem, Ahmet Nar. *Medeni Hukuk Dersleri-I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Baygın, Cem. “Değer Artış Payı Alacağı ile Katılma Alacağı Arasındaki İlişki”. Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 111-127.
- Baygın, Cem. “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”. *EÜHFD*. XII/3-4 (2008): 137-179.
- Baygın, Cem. *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Birinci Uzun, Tuba. “Artık Değere (TMK MD. 237 F.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK MD. 276 F.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 9/1 (2018): 105-132.
- Breitschmid, Peter, Alexandra Jungo (Hrsg.). *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*. 3. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Breitschmid, Peter, Alexandra Jungo (Hrsg.). *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht* Art. 457-640 ZGB. 3. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Breitschmid, Peter, Martin Eggel, Paul Eitel, Roland Fankhauser, Thomas Geiser und Alexandra Jungo. *Erbrecht*. 4. Auflage. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG., 2023.
- Brückner, Christian, Thomas Weibel. *Die Erbrechtlichen Klagen*. 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 2012.
- Budak, Ali Cem, Varol Karaaslan. *Medenî Usul Hukuku*. 7. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Büyüktanır, Tahir. “Türk Medeni Kanunu’nda Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimi”. *Ankara Barosu Dergisi*. 1 (2002): 103-130.
- Ceylan, Ebru. “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler”. İçinde *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt 2*. 1019-1053. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2002.

- Civelek Acar, Esra. *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2019.
- Curmally, Ayesha, Stephan Wolf. “Ehevertragsgestaltung im Hinblick auf Scheidung”. *Siebte Schweizer Familienrechtstage 23./24. Januar 2014 in Basel, FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 22*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2014: 117-132.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I. 2*. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Çağırğan Tuncer, Senar. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Malvarlıkları Üzerinde Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf Yetkileri”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 435-456.
- Çağırğan Tuncer, Senar. “Eşler Arasındaki Mal Rejimi ve Seçimlik Mal Rejimleri”. *İçinde Medeni Hukuk II- Aile Hukuku*, editör Metin İkizler, Özlem Tüzüner. 245-272. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023 (Çağırğan Tuncer, “Mal Rejimi”).
- Çakır, Aytuğ Ceyhun. *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı*. İstanbul: On İki levha Yayıncılık, 2018.
- Çekin, Mesut Serdar. “Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (2)*. (Güz 2017): 189-207.
- Çiçekdağı, Veli. “İİK’da Tasarrufun İptali Davaları ve Özellikle Alacaklılara Zarar Vermek Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali”. http://www.turkhukusitesi.com/makale_986.htm (ET. 18.08.2022).
- Demir, Mehmet. “Türk Medeni Kanunu’na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı”. *TBBD*. 61 (2005): 292-303.
- Demir, Pınar Özlem. “Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2005.
- Demir, Şamil. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması”. *Ankara Barosu Dergisi*. 1 (2014): 247-269.
- Demir, Zeynep Rana. *Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Demirbaş, Harun. *Yenilik Doğuran Haklar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Doğan, Gökçen. “Mal Rejimi Sözleşmelerinde Sözleşme Serbestisi ve Sınırları”. *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4/1 (2022): 243-272.
- Doğan, Murat, Emre Köroğlu. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Niteliği”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 281-298.
- Doğan, Murat, Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Doğan, Murat. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı”. *İçinde Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun’un ve Borçlar*

- Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, I. Cilt.* 157-178. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*. 16. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Dural, Mustafa, Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*. 18. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Eigenmann, Antoine, Nicolas Rouiller (Hrsg.). *Stämpflis Handkommentar, Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR)*. Bern: Stämpfli Verlag, 2012.
- Erdem, Mehmet, Aslı Makaracı Başak. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Erdoğan, İhsan, A. Dilşad Keskin. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. 4. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Eren, Fikret, İpek Yücer Aktürk. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 27. Bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Eren, Fikret. *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 327, 1973.
- Ersen Perçin, Gizem. *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki, Tanıma ve Tenfiz*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Ertaş, Şeref. "Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı". *İÜHFM*. (Prof. Dr. Sokullu-Akıncı'ya Armağan). 2/1 (2013): 1365-1367.
- Ertaş, Şeref. "Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan C. II). 15/Özel Sayı (2013). (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 2014): 915-932.
- Fankhauser, Roland (Hrsg.). *Kommentar zum Familienrechts Scheidung*. 4. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2022.
- Geiser, Thomas. "Know-how - Herkömmliche und neue Bedürfnisse bei der Gestaltung von Eheverträgen". *Aktuelle Juristische Praxis*. 9 (1993): 1154-1164.
- Genç Arıdemir, Arzu. "Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md. 229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi". *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 76/2 (2018): 443-480.
- Genç Arıdemir, Arzu. "TMK md. 241'e Göre Karşılıksız Kazandırmadan Yararlanan Üçüncü Kişiye Karşı Açılan Dava ile Miras Hukukuna İlişkin Tenkis Davası Arasındaki İlişkiler". *BÜHFD*. 13/169-170 (2018): 31-86.
- Gençcan, Ömer Uğur. "Olağanüstü Mal Rejimi ve Artık Değer". *İçinde Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*. 84-99. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007.
- Gençcan, Ömer Uğur. "Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi". *Adalet Dergisi*. 24 (Ocak 2006): 1-20.

- Gençcan, Ömer Uğur. *Mal Rejimleri Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK.m.185-281)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Günarslan, Banu Fatma. “Değer Artış Payı Alacağının Artık Değer Hesabına Etkisi”. *ERÜHFD*. X/1 (2015): 1-39.
- Günarslan, Banu Fatma. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Gündoğdu Özbek, Melisa. *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Eklenenecek Değerler ve Uygulaması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Güvenç, Özgür, Ayşe Nur Merve Yazıcı. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejiminin Kabulü ile Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Geçerliliği”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. XXV/4 (2021): 125-169.
- Hatemi, Hüseyin, Burcu Kalkan Oğuztürk. *Aile Hukuku Ders Kitabı*. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hausheer, Heinz, Ruth Reusser und Thomas Geiser. *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 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)*. Bern: Stämpfli, 1992.
- Hayran, Burhan. *Mal Rejimleri Şerhi*. Ankara: Adil Yayınevi, 2004.
- Helvacı, İlhan. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Boşanma Nedeniyle Sona Ermesi Halinde Artık Değere Katılma Alacağının Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi Üzerine”. İçinde *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C. I*. 969-980. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Henninger, Julia. *Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG., 2019.
- Herzog, Sabine, Nina Mattmüller. “Auswirkungen des neuen Erbrechts auf das Familienrecht: Handlungs- und Beratungsbedarf in güter- und scheidungsrechtlicher Hinsicht”. *Die Praxis des Familienrechts*. 1 (2023): 91-119.
- İmre, Zahit, Hasan Erman. *Miras Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2014.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. *Miras Hukuku*. 11. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- İsviçre Medeni Kanunu’nda Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Tasarısının Açıklayıcı Raporu: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/5813.pdf>.
- İşgüzar, Hasan, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Jungo, Alexandra. “Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen”. *Successio*. 3 (2007): 158-167.
- Karabağ Bulut, Nil. “Eşlerden Yalnız Birinin Kişisel Kullanımına Yarayan Eşyanın Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesindeki Rolü”. *BÜHFD Özel Sayısı*

(Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan). 11/145-146 (Eylül Ekim 2016): 799-827.

- Karakimseli Sezgin, Ayşe. “Medeni Kanun Hükümleri Çerçevesinde Edinilmiş Mallara Katılma ve Mal Ortaklığı Rejimlerinin Alacaklılar Açısından Karşılaştırılması”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 327-350.
- Karakimseli, Ayşe. *Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Karamercan, Fatih. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK.m.229, 241)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Karamercan, Fatih. *Katkı- Değer Artış Payı ve Katılma Alacağı Davaları*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kaya, Ayşegül. *Mal Ortaklığı Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Kayış, Ferhat. “Eşlerden Birinin Ölümünün Boşanma Davasına, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine ve Miras Hakkına Etkisi”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 67 (Mart 2012): 14-28.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. “Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9/99 (Kasım 2014): 31-40 (Kılıçoğlu Yılmaz, “Rejim”).
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. *Mal Rejiminde Eklenecek Değerler ve Üçüncü Kişilerin Sorumlulukları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Katkı- Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar)*. 6. bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. “Katkı Katılma Alacağı”. *İçinde Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Şubat 2016, I. Cilt*. 107-156. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. 4. bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 24. bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*. 3. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Kiraz, Betül. “Mal Rejimi Sözleşmeleri”. *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Türk Alman Üniversitesi*, 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd. *Borçlar Hukukuna Giriş-Hukukî İşlem-Sözleşme, Birinci Cilt*. 7. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Kocar, Serra. “Olağanüstü Mal Rejimi”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/1 (2019): 157-177.
- Kostkiewicz, Jolanta Kren, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser, (Hrsg.). *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. 4. Auflage. Zürich, 2021.

- Köroğlu, Emre. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK.m.225)”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. XI/1 (2016): 229-251.
- Kuru, Baki, Burak Aydın. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Makas, İhsan. *Eşler Arasındaki Mal Rejimi Davalarında Yargıtay Uygulaması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Midyat, Nuri Aziz. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Moroğlu, Nazan. *Medeni Kanun’da Mal Rejimleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2002.
- Nar, Ahmet. “İsviçre’deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları”. *ERÜHFD*. 14/2 (2019): 333-370.
- Nar, Ahmet. *Türk Miras Hukukunda Tenkis*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas. *Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*. 24. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- 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*. XI/1 (2016): 147- 198.
- Okur, Sinan. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Kişisel Mallar ile Edinilmiş Mallar Arasında Denkleştirme (TMK.m.230)”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 563-607.
- Ozanemre Yayla, H. Tolunay, Gamze Turan. “Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi”. *İçinde Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*. 1079-1092. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Öğüz, Tufan. “Ölüme Bağlı Bağışlama ve Bu Bağışlamalara Uygulanacak Hükümler”. *İçinde Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan*. 386-405. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1996.
- Önçek, Bahar. “Boşanmaya Bağlı Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiye Kuralları”. *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi*, 2017.
- Önen, Ergun. *İnşai Dava*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 459, 1981.
- Özdamar, Demet vd. *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*. 4. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Özdemir, Hayrunnisa. “Türkiye’de Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 73-109.
- Özdoğan, Ayça. “Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Yargıtay Uygulamaları”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik*

- Birliğinde Mal Rejimleri), 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 163-191.
- Özer Deniz, Miray. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. 5. bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Öztan, Bilge. *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*. 11. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Öztaş, İlker. “Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi”. *Legal Hukuk Dergisi*. 98 (Şubat 2011): 553-579.
- Özuğur, Ali İhsan. *Açıklamalı- İctihatlı Tenkis Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları*. 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Özuğur, Ali İhsan. *Mal Rejimleri*. 8. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Pehlivan, Metin. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Erme Sebepleri ve Sona Erme Anının Önemi”. *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*. 6/2 (2017): 67-83.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. 11. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Pekcanıtez, Hakan vd. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. 9. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Pekcanıtez, Hakan. “Fer’i Müdahelenin Etkisi”. İçinde *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan C. 2*. 1629-1655. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Petek, Hasan. “Saklı Pay Kurallarının Miras Paylaştırılmasında Uygulanması”. *İBD*. 85/4 (2011): 59-79.
- Piotet, Paul. “Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte und ihre Tragweite beim Ableben eines Ehegatten - ausgewählte Fragestellungen”. *Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge - Güterrecht – Unterhalt 8. Symposium zum Familienrecht 2015. Universität Freiburg* (2016): 1-37.
- Piotet, Paul. “Réserves et réductions en cas de contrat de mariage sur la liquidation du régime matrimonial”. *Schweizerische Juristen-Zeitung*. 86 (1990): 37-44.
- Piotet, Paul. *Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht*. Bern, 1987.
- Pradervand-Kernen, Maryse. “Divorce, régime matrimonial et nouveau droit successoral”. *Journée de droit successoral*. Bern: Stämpfli Verlag AG., 2022: 59-90.
- Sakarya Güneş, Nermin. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sarı, Suat. *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*. İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007.
- Serozan, Rona, Baki İlkay Engin. *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*. 8. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sonsuzoğlu, Elif. *Medeni Kanun’da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.
- Şahan, Gökhan. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Denkleştirme (TMK. Md. 230)”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 13/1 (2018): 71-99.

- Şeker, Muzaffer. “Eşin ve Eşlerin Üçüncü Kişilerle Yaptıkları Hukuki İşlemlerden Kaynaklanan Borçlarından Dolayı Cebri İcra Yoluyla Takipleri”. *Legal Hukuk Dergisi*. 68 (2008): 2615-2628.
- Şeker, Muzaffer. “Eşler Arasındaki Borçlar ve İcra Takibi”. *Legal Hukuk Dergisi*. 66 (Haziran 2008): 1911-1921.
- Şeker, Muzaffer. “Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun’dan Farklı Olan Yönleri”. *İçinde Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*. 133-158. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007.
- Şeker, Muzaffer. *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Şengül, Mehmet. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. VII/3-4 (2012): 61-97.
- Şengül, Tolga. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Üçüncü Kişilere Yapılan Devirler ve Sonuçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şenocak, Zarife. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”. *AÜHFD*. 58/2 (2009): 377- 411.
- Şıpka, Şükran, Pınar Özlem Demir. “İsviçre Federal Mahkemesinin ‘Edinilmiş Malların Tasfiyesi’ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)”. *İçinde Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*. 255-262. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Şıpka, Şükran, Hasan Ali Kaplan. “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy’a Etkisi”. *İçinde Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*. 263-274. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Şıpka, Şükran, Ayça Özdoğan. *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Şıpka, Şükran. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”. *İçinde Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*. 839-849. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Şıpka, Şükran. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde, Eklenecek Değerler (TMK.m.229)”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 129-147.
- Şıpka, Şükran. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci ile Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar”. *İçinde Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)- Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*. 5-17. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007.
- Şıpka, Şükran. *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Tak Aydınur, Damlanur. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Ölümle Sona Ermesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

- Taş Korkmaz, Hülya. “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”. *DEÜHFD*. (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan). 16/Özel Sayı (2014): 1413-1482.
- Tekinay, Selahattin Sulhi vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 6. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.
- Tokat, Hüseyin. “İsviçre Medenî Kanunu’ndaki Miras Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Türk Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi”. *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8/2 (2023): 909-952.
- Toktaş, Mine. *Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Topuz, Gökçen. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 19/1 (2011): 95-117.
- Topuz, Gökçen. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Üçüncü Kişilerden Talep Edilmesi”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 509-517.
- Trachsel, Daniel R., Margherita Bortolani-Slono. “Scheidungsvereinbarungen auf Vorrat: Taugliches Instrument Familienrechtlichen Risikomanagements?”. *Aktuelle Juristische Praxis*. 3 (2019): 301-322.
- Tuncer, Senar. “Türk Medeni Kanununda Mal Ortaklığı Rejimi”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2014.
- Tuor, Peter, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Rumo-Jungo. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 13 Auflage. Zürich: Schulthess, 2010.
- Turan Başara, Gamze. “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 10/11 (Kasım 2015): 58-76.
- Turan Başara, Gamze. “Evlilik Birliğinin Ölümle Sona Ermesi Halinde Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesi”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 221-236.
- Adalet Bakanlığı. *Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*. Ankara: Ankara Açık Cezaevi Matbaası, 2002.
- Tuzcuoğlu, Tuğçe, Serenat Baytan. “Yasal Mal Rejiminde Borcun Muaacceliyeti ve İfası”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Erhan Adal’a Armağan). VIII/2 (2011), IX/1 (2012): 925-962.
- Tüzüner, Özlem. “Hukuki İşlem”. *İçinde Medeni Hukuk I Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Ders Kitabı*, editör Metin İkizler, Özlem Tüzüner. 177-220. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Umar, Bilge. *Türk İcra-İflas Hukukunda İptal Davası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963.

- Uzun, Neşe. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2009.
- Ünal, Akın. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 23/4 (2019):121-140.
- Weimar, Peter. “Zur Herabsetzung ehevertraglicher Vorschlagszuweisungen - Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 314”. *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts - Festschrift für Heinz Rey*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG., 2003. 597-605.
- Yavaş, Murat. *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*. İstanbul: Arıkan Yayınları, 2015.
- Yenice Ceylan, Özge. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenerek Değerler”. *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2018): 215-246.
- Yıldırım, Fadıl. “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Eşler Arasındaki Mal Rejimi Sözleşmesine Göre Katılma Alacağından Vazgeçmenin Tenkise Tabi Bir Malvarlığı Devri Oluşturduğuna İlişkin (BGE 128 III 314 vd.) Kararı”. [www.w-akademi.org internet dergisi](http://www.w-akademi.org/internet/dergisi). (Ocak 2005).
- Yıldırım, M. Fadıl. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki”. *Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I (Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri)*, 18-19 Nisan 2018 Kayseri. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*. 1/1 (2019): 237-261.
- Yıldız, Mustafa Batuhan. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2018.
- Yılmaz, Merve. *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Zevkliler, Aydın, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla. *Medeni Hukuk*. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000.
- Zevkliler, Aydın. “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Tasarısında Yer Alan Mal Rejimleri ile İlgili Hükümlerin Kabulü Sırasında Komisyonunda Yapılan Görüşmeler”. *İçinde Kadir Has Üniversitesi Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Şubat 2016, I. Cilt*. 99-106. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Zeytin, Zafer. “Değer Artış Payı, Eklenerek Değerler ve Denkleştirme Alacağı”. *İçinde Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2006)-Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*. 43-60. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 22, 2007.
- Zeytin, Zafer. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir Mi?”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 2/8 (Nisan 2007): 13-21.
- Zeytin, Zafer. “Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi”. *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*. 10/36 (Bahar 2011): 299-317.
- Zeytin, Zafer. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

ÖZ GEÇMİŞ

Ad Soyad: Şerife AKSAN NAR	
Eğitim Bilgileri	
Lisans	
Üniversite	Dicle Üniversitesi
Fakülte	Hukuk Fakültesi
Bölümü	Hukuk
Yüksek Lisans	
Üniversite	Erzincan Üniversitesi
Enstitü Adı	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Özel Hukuk
Makale ve Bildiriler (Varsa)	
1. İbrahim ÖZBAY/Şerife AKSAN NAR, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul”, <i>Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i> , XIV (2010):187-226.	
2. Ahmet NAR/Şerife AKSAN, “Nişanlanmanın Sona Ermesinde Hediye­lerin Geri Verilmesi”, <i>Kazancı Hukuk Dergisi</i> (2010): 7-24.	