

**EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE
KATILMA ALACAĞINI BORÇLU EŞTEN VEYA
BORÇLU EŞİN MİRASÇILARINDAN
TAHSİL EDEMEYEN KATILMA ALACAKLISI EŞİN
TMK M. 241'E GÖRE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE
KARŞI DAVA HAKKI**

*Dr. Iur. Sinan OKUR, LL.M.**

ÖZET

Yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini benimseyen Türk Medeni Kanunu, kural olarak eşlerin kişisel ve edinilmiş malları üzerinde tasarruf özgürlüğünü benimsemiştir. Ancak bu tasarruf özgürlüğünün istismar edilebileceğini ve diğer eşin katılma alacağını azaltmak için kullanılabileceğini öngören kanun koyucu, TMK m. 229 ile bağlantılı olarak m. 241 üzerinden birtakım düzenlemeler getirmiştir. Birbirleri ile zorunlu bir bağ içinde bulunmayan fakat birbirlerini tamamlayan bu maddeler, eşlerin tasarruf özgürlüğüne ciddi sınırlamalar getirmektedir. Buna göre katılma alacağı borçlusu eşin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yaptığı bağışlamalar ve bir süre ile mukayyet olmaksızın katılma alacağını azaltmaya dönük tüm devirler, artık değer hesabında sanki bunlar hiç yapılmamış gibi borçlu eşin aktif hanesine yazılacaktır. Fakat bu varsayımsal eklemeye yetinmeyen kanun koyucu TMK m. 241'de, tasfiye sonrası borçlu eşin katılma alacağını ödemedede güçsüzlüğe düşmesi durumunda, katılma alacağını tahsil edemeyen eşe, varsayımsal olarak eklenen kazandırmalardan yararlanan üçüncü kişilere alacağın tahsil edemediği kısmı için başvurma imkânı getirmiştir. Vurgulamak gerekir ki, tasfiye sırasındaki eklemeler tamamen farazi mahiyettedir. Çalışmanın amacı bu hukuki imkânın ve buna bağlı ortaya çıkan sorunların TMK m. 229 ile bağlantılı olarak geniş biçimde değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Katılma Alacağı, Üçüncü Kişiyeye Karşı Dava Hakkı, Eklenecek Değerler, Karşılıksız Kazandırma, Katılma Alacağını Azaltan Devirler, TMK m. 241, TMK m. 229.

ZUZAMMENFASSUNG

Gemäß Art. 202 Abs. 1 des Türkischen Zivilgesetzbuches (TMK) unterstehen die Ehegatten den Vorschriften über die Errungenschaftsbeteiligung, sofern sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbart haben. In diesem Sinne geht der türkische

* İletişim adresi: sinanokr@gmail.com

Gesetzgebervom Prinzip aus, wonach jeder Ehegatte grundsätzlich alleine über sein Vermögen verfügen kann. Eine Einschränkung (Art. 229 i.V.m. Art. 241 TMK) erfährt aber diese während der Errungenschaftsbeteiligung gegebene Verfügungsfreiheit der Ehegatten über ihre Errungenschaft, um die Anwartschaft des anderen auf eine Beteiligung am Vorschlag zu schützen. Demnach soll verhindert werden, dass ein Ehegatte durch unentgeltliche Zuwendungen und Vermögensentäußerungen seine Errungenschaft schmälert und dadurch die Anwartschaft des anderen auf die Vorschlagsbeteiligung zum Scheitern bringt. Zudem sieht Art. 241 vor, dass der Berechtigte Ehegatte oder seine Erben können Zuwendungen, die der Errungenschaft hinzuzurechnen sind, bis zur Höhe des Fehlbetrags bei den Begünstigten Dritten einfordern, wenn das Vermögen des Verpflichteten Ehegatten oder seine Erbschaft bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Beteiligungsforderung nicht deckt. Zu betonen ist, dass die Hinzurechnung ein rein rechnerischer Vorgang im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist. Im Rahmen dieser Studie soll zunächst Art. 229 TMK erörtert werden. Nachfolgend sollen die im Sinne von Art. 241 TMK vorgesehene Rechtsbehelfe und damit verbundenen Probleme detailliert untersucht werden.

Schlusswörter: Anwartschaft, Fehlbetrag, Klage gegen die begünstigten Dritten, Zuwendungen, Vermögensentäußerungen, Hinzurechnung, TMK Art. 229, TMK Art. 241.

I. GİRİŞ

Yetkili evlendirme memurunun önünde evlenme sözleşmesinin tamamlandığı andan itibaren Türk Medeni Kanunu'nun yasal mal rejimi olarak öngördüğü edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlüğe girişinin eşlerin sahip olduğu kişisel ve edinilmiş malları üzerinde nasıl bir etkiye sahip olacağı sorunu, TMK m. 223'te düzenlenmiştir. Buna göre her eş, yasal sınırlar içinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK m. 223 f. I). Bu anlamda malvarlığı üzerinde dilediği şekilde tek başına tasarrufta bulunma imkânına sahip olan eş, malvarlığına ait bir değeri kanuni sınırları içerisinde dilediği gibi satabilecek, bağışlayabilecek ve birtakım sınırlı aynı haklarla yükümlendirebilecektir.¹ Aynı şekilde her eş, kişisel ve edinilmiş mallarını yönetmekle ve bu yönetimin gerekli kıldığı masraflara katlanmakla yükümlü olup²; diğer eşin söz konusu mallar üzerinde yönetme adına bir hak ve yetkisi bulunmamaktadır.³

Bu noktada kanun koyucu, bir tür hukuki işlem teşkil ediyor olması hasebiyle her hukuki işlem için belirlenmiş genel yasal sınırlara (TBK m. 26, m. 27, m. 584) tabi olan tasarruf yetkisi için; genel bir iç mantığa sahip olduğu söylenebilecek, kanunun değişik maddelerinde düzenlenmiş birtakım özel sınırlandırmalar da getirmiştir. Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte eşlerin malvarlığı rejiminin devamı sürecince gerek kişisel gerekse edinilmiş malları üzerinde tasarruf özgürlüğü ilkesinden hareket eden Türk Medeni Kanunu'nun, bu özgürlüğün istismarını önlemeye matuf TMK m. 229 ve bu maddenin yaptırımı ola-

¹ **HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT**, Personen- und Familienrechtinkl. Kindes und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456, Hrsg. **BRÉITSCHMID**, Peter/**RUMO-JUNGO**, Alexandra, Zürich, 2012 (CHK- A. RUMO-JUNGO, ZGB Art., PN.), Art. 201, PN. 5.

² Kural olarak her eşin kendi malvarlığının yönetiminden kaynaklanan masraflara bizzat katılma yükümlülüğü var ise de, TMK m. 186 gereğince evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılma yükümlülüğü kapsamında -örneğin aile konutu olarak kullanılan evin eşlerden birinin mülkiyetinde bulunması durumunda- diğer eşin evin yönetiminden doğan giderlere gücü nispetinde katılmak zorunda olduğu açıktır. **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 201, PN. 3.

³ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 201, PN. 2. Söz konusu kurala iki durumda istisna getirildiği söylenebilir. Bunlardan ilki madde TMK m. 215'te öngörülmüş olup; söz konusu madde, eşlerden birinin açık veya örtülü olarak mallarının yönetimini diğer eşe bırakması halinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekâlet hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir. İkinci istisna ise, eşler için birbirlerine yardımcı olma zorunluluğu öngören TMK m. 185 f. III'ün bu mealde diğer tarafın malvarlığının geçici veya sürekli biçimde yönetimini de ihtiva ettiği, örneğin evlilik birliğini temsil kapsamında, eşlerden birinin diğerinin mülkiyetinde bulunan evin kaloriferinin tamiri için yetkili olması durumunda eşler arasında vekâletsiz iş görme hükümleri (TBK m. 526 vd.) uygulanacağıdır. **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 201, PN. 2; **ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, (Hrsg.), **KOSTKIEWICZ**, Jolanta K./**NOBEL**, P./**SCHWANDER**, Ivo/**WOLF**, Stephan, 2. Auflage, 2001 (ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch/RYFFEL, Art., PN.), Art. 220, PN. 1.

rak değerlendirilebilecek TMK m. 241 ile bu özgürlüğe bir sınırlandırma getirdiği söylenebilir.⁴ TMK m. 229 ile bu tasarruf özgürlüğüne getirilen sınırlamanın içeriğine ilişkin ayrıntılı bir açıklama yapmadan önce, TMK m. 229'un güttüğü mantık itibariyle bir bütün teşkil eden ve Türk Medeni Kanunu'nun değişik maddelerinde benzer amaçlarla ihdas edilmiş hükümlere (TMK m. 194, 178, 223 f. 2)⁵ kısaca değinmekte fayda olacağını düşünüyoruz.⁶

⁴ **KURZKOMMENTAR – SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH**, (Hrsg.) **BÜCHLER**, Andrea/**JAKOB**, Dominique, Basel, 2012 (KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, Art., PN.), Art. 208, PN. 1; **SUTTER-SOMM**, Thomas/**KOBEL**, Felix, Familienrecht, Zurich, 2009 (SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, PN.), PN. 361; **BÜCHLER**, Andrea/**VETTERLI**, Rolf, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2. Auflage, Basel, 2011 (BÜCHLER/VETTERLI, Einführung, s.), s. 73; **SUTTER-SOMM**, Thomas, Die Streit verkündigung betreffend güterrechtlicher Hinzurechnung (Art. 208 ZGB) unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 1667 ff. in: FS für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, (Hrsg.) **BÜCHLER**, Andrea/**MÜLLER-CHEN**, Markus, Bern 2011 (SUTTER-SOMM, Streit verkündigung, s.), s. 1668; **SCHWENZER**, Ingeborg (Hrsg.), **SCHEIDUNG**, FamKomm. Band I: ZGB und Band II: Anhänge, 2. Auflage, Bern, 2010 (FamKomm-STECK, ZGB Art., PN.), Art. 208, PN. 1.

⁵ **BASLER KOMMENTAR**, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, (Hrsg.) **HONSELL**, Heinrich/**VOGT**, Nedim P./**GEISER**, Thomas, 5. Auflage, Basel, 2014 (BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Art., PN.), Art. 208, PN. 1; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 1. İsviçre hukukunda bu bağlamda ele alınan maddelerden birisi de; eşlerin birbirlerine karşı malvarlıkları hususunda eşlerden birinin talebi üzerine mahkeme kararıyla bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu'nun 170'inci maddesidir (ZGB Art. 170). "Bilgi Verme Yükümlülüğü" başlığı altındaki maddenin tercümesi şu şekildedir: "Eşlerden her biri diğer eşten onun aylık geliri, malvarlığı ve borçları hususunda bilgi talep edebilir. [Bu yönde talepte bulunan] eşin talebi üzerine mahkeme, diğer eşi veya üçüncü bir kişiyi talep edilen bilgileri açıklamaya veya gerekli evrakı sunmaya zorlayabilir/yükümlendirebilir. Avukatlar, noterler, doktorlar, din hizmetlileri ve yardımcılarının mesleki sırları mahfuzdur." Maddenin önemi, eşler arasındaki ihtilaflarda ispat konusunda oynadığı roldedir. Zira eşin bilgi vermektен kaçınması, hâkimin bilgi vermektен kaçınan eşin iddialarının kısmen ya da tamamen yanlışlığına ikna olmasına netice verebilir. **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 9.

⁶ Bu noktada şöyle bir soru sorulabilir: Zarar gören veya zarara uğratılan eş için Türk Medeni Kanun'u hükümleri dışında, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca da bir koruma gündeme gelebilir mi? Diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla bağışlamalar ve devirler yapan eşin TBK m. 49'a göre sorumluluğu doğabilir mi? Söz konusu hükmün birinci fıkrasında hukuka aykırı biçimde kusurlu olarak verilen zarar, ikinci fıkrasında ise ahlaka aykırı biçimde üçüncü kişilere kasten verilen zarardan ötürü sorumluluk düzenlenmektedir. **BERNER KOMMENTAR zum schweizerischen Privatrecht**: Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften der ordentliche Güterschaftand der Errungenschaftsbeteiligung, Band II. 1. Abteilung, 3. Teilband 1. Unterteilband, (Hrsg.) **MAIER-HAYOZ**, Arthur, Bern, 1992 (BernerKomm-HAUSHEER/REUSSER/GEISER ZGB Art. PN.), Art. 220, PN. 9, bu durumda haksız fiil hukuku hükümlerine başvurulamayacağı kanaatinde. Zira, eş kendi malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunduğu için hukuka aykırılık söz konusu olmayacak ve maddenin birinci fıkrası uygulanamayacaktır. İkinci fıkrada ise kast unsuru arandığı için, kastın varlığı halinde zaten haksız fiil hükümlerine ihtiyaç olmayacak; TMK m. 229'daki özel düzenleme öncelik kazanacaktır. TMK m. 229 ile bağlantılı olarak TMK m. 241'e göre açılacak davanın muvazaa davası ile ilişkisi için bkz. **ÖZÜĞÜR**, Ali İ., Mal Rejimleri, 6. Baskı, Ankara 2011, s. 83.

Eşlerin tasarruf özgürlüğünün ihdas edildiği TMK m. 223, hemen 2. fıkrasında tasarruf yetkisinin paylı mülkiyet konusu mala yöneldiği durumlarda özel bir sınırlama getirmiştir. Buna göre paylı mülkiyette her bir paydaşın kendi malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kuralına bir istisna teşkil edecek biçimde, eşlerden birinin paylı mülkiyete ilişkin tasarrufunun **geçerliliği** diğer eşin rızasına bağlanmıştır.⁷

Bu anlamda diğer dikkat çeken madde ise, eşlerden her birinin diğer eşin açık rızası⁸ bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceğini, aile konutunu devredemeyeceğini veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlayamayacağını düzenleyen TMK m. 194'tür.⁹

Eşlerin kendi kişisel veya edinilmiş malları üzerinde tasarruf özgürlüğünü kabul eden kanun koyucu, TMK m. 299'da ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birisinin istemde bulunması üzerine hâkimin belirleyeceği malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların ancak eşin rızasıyla yapılabileceğini düzenlemek suretiyle, tasarruf özgürlüğüne ileri seviyede bir sınırlandırma getirmiştir. Kanun metninde dikkat çeken husus, tasarruf kısıtlamasına konu malvarlığı için edinilmiş mal-kişisel mal şeklinde bir ayırım gözetilmeksizin, her türlü malvarlığı değerinin (banka hesabı, taşınır-taşınmaz mülkiyeti) tasarruf yetkisinin kısıtlamasına konu olabilmesidir.¹⁰

Çalışmada bundan sonraki açıklamaları kolaylaştırmak ve bir hazırlık teşkil etmek üzere birlikte ele alınması didaktik açıdan bir zorunluluk teşkil eden¹¹ TMK m. 229 ile m. 241 arasındaki sistematik bağa ve bu maddelerin mantığına kısaca değinmek gerekirse; bilindiği üzere her eş veya mirasçılarını diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olmakta (TMK m. 236),

⁷ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 201, PN. 7.

⁸ Bu rızanın mahiyeti veya diğer bir deyişle aranan bu rızanın fiil ehliyetine mi, yoksa tasarruf ehliyetine mi getirilmiş bir sınırlandırma olduğu hususu doktrinde tartışmalı olup, üçüncü bir görüş aile hukukuna özgü ve bu iki tasnifin dışında bir yerde konumlandırılması gerektiği yönündedir. **CHK-A. ZEITER**, ZGB Art. 169, PN. 11.

⁹ Bilhassa aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırmaya dönük işlemler altında ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalar için bkz. **CHK-A. ZEITER**, ZGB Art. 169, PN. 8; **DOĞAN**, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni bir Müessesese, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.VI, 2002, s.285, 289.

¹⁰ **CHK-A. HEBERLEIN/V.BRÄM**, ZGB Art. 178, PN. 2.

¹¹ Bu maddelerin birbirleriyle olan irtibatlarının bir zorunluluk teşkil edip etmediği, şayet ediyorsa bu zorunluluğun ne dereceye kadar olduğu, maddelerin uygulanma şartlarının ve muhtevalarının birbirleriyle ne derece örtüştüğü gibi hususlara TMK m. 241'in izahı sadedinde ayrıntılı biçimde değinileceği için burada sorunu anlamayı kolaylaştıracak iptidai bilgilere yer verilecektir.

artık değer ise TMK m. 231’de eklemeyen ve denkleştirmeden elde edilen miktarlarda dâhil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktar olarak tanımlanmaktadır. Şöyle basit bir örnek¹² verecek olursak: Evlilik devam ederken koca, edinilmiş mallarına dâhil olan Osman Hamdi Bey’in 50.000 TL değerindeki Arzuhalci isimli tablosunu yakın dostu C’ye hediye eder. Boşanma sonrası, erkek (A)’nın malvarlığında 10.000 TL edinilmiş ve 10.000 TL kişisel malı vardır. Kadın (B)’nin ise 10.000 TL edinilmiş malı ve 40.000 TL kişisel malı vardır. TMK m. 208 gereği mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılan olağan dışı bağışlamalar TMK m. 208’e göre dikkate alınacağından, erkek (A) kadın (B)’ye 30.000 TL $[(10\ 000+50\ 000)/2]$ borçlu olup, kadın ise 5.000 TL $(10\ 000/2)$ borçludur. Takas sonrası kadın (B), 25.000 TL katılma alacağına sahiptir. (A)’nın malvarlığı bu borcun yalnızca 20.000 TL’sini karşılamaya yeteceğinden kalan 5.000 TL’lik kısım TMK m. 241’e göre açılacak bir dava ile (C)’den talep edilebilecektir.

Dikkat edildiği takdirde artık değerın aktif hanesini teşkil eden kısım, mal rejiminin sona erdiği tarihteki mevcut edinilmiş mallardan ibaret olmayıp, aktif kısmın hesaplanmasında bir kısım kalemlerin eklenmesi gerekmektedir. Esasen tamamen varsayımsal bir değer ifade eden m. 229 bağlamındaki bu tasarrufların, örnekten de anlaşılacağı üzere ilk etapta malvarlığına geri dönüşü söz konusu olmayıp, alacaklı eşin katılma alacağını borçlu eşin malvarlığı üzerinden tahsil edememesi durumunda TMK m. 241’e göre borçlunun malvarlığı üzerinden tahsil edilemeyen miktarla sınırlı kalmak üzere miras hukukundakine benzer biçimde bir “tenkise” tabi tutulması söz konusudur.¹³

Eşlerin gelecekte meydana gelmesi muhtemel katılma alacağını koruma amacı güden hüküm,¹⁴ gerek eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmaların, gerekse bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin artık değerın hesabı sırasında eklenecek değerler başlığı altında aktif hanesine farazi/ fiktif olarak eklenmesini öngörmektedir.¹⁵ Fakat artık değerın hesabında aktif hanesine yazılan değerlerin eşlerden birisinin katılma alacağını arttırdığı şüphesiz ise de¹⁶, tasfiye neticesinde borçlu eşin mevcut malvarlığı

¹² Örnek kısmen değiştirilerek **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 3’ten alınmıştır.

¹³ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 201, PN. 7.

¹⁴ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 1; **HAUSHEER/GEISER/E.AEBI-MÜLLER**, Das Familienrecht, PN. 12.122.

¹⁵ **SUTTER-SOMM/KOBEL**, Familienrecht, PN. 362.

¹⁶ **ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch-RYFFEL**, ZGB Art. 208, PN. 2.

ğının, katılma alacağının ifası için yetersiz olması durumunda, ilgili hüküm katılma alacağını korumaya dönük amacını yerine getirme noktasında yetersiz kalacaktır.

İşte tam bu noktada TMK m. 241, m. 229 ile güdülen amacın gerçekleşmesini sağlamakta ve alacaklı eş istisnai bir durum olarak söz konusu kazandırmaların muhatabı üçüncü kişilerden kazandırmaların iadesini talep edebilmektedir.¹⁷ TMK m. 229 gereği her şeyden önce katılma alacağının hesabına esas teşkil eden artık değer hesabi olarak artacaktır.¹⁸ Fakat önemle ve bilhassa vurgulanmalı ki, bu hesabi/ fiktif eklemenin üçüncü kişilerle yapılan işlemler ve bu işlemlerin geçerliliği üzerinde evvel emirde hiçbir etkisi olmayıp, bu işlemleri geçersiz hale getirmemektedir.¹⁹

Katılma alacaklısı eş veya onun mirasçıları mal rejiminden doğan katılma alacağını öncelikle borçlu eşe veya onun mirasçılarına karşı ileri sürmek zorundadırlar. Katılma alacağının borçlu eşten veya mirasçılarından temin edilememesi durumunda, TMK m. 241'e göre kazandırmanın katılma alacağının elde edilemeyen miktarıyla sınırlı kalmak üzere, iadesi talep edilebilecektir.²⁰

Sonuç olarak TMK m. 241'de düzenlenmiş olan üçüncü kişilere karşı dava hakkını konu alan bir çalışma için, TMK m. 241'in kendisi için mantıksal bir sonuç ve yaptırım teşkil ediyor olması hasebiyle TMK m. 229'un muhtevasının serh edilmesi zaruridir.

II. TMK M. 229 BAĞLAMINDA EKLENECEK DEĞERLERİN AÇIKLANMASI

A. Genel Olarak

Maddeye ilişkin açıklamalara geçmeden önce madde metninin bir bütün olarak aktarılmasında fayda mülhaza ediyoruz.

“Aşağıda sayılanlar, edinilmiş mallara değer olarak eklenir:

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

¹⁷ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 2; **SUTTER-SOMM/KOBEL**, Familienrecht, PN. 368.

¹⁸ **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 6.

¹⁹ **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 6; **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 14.

²⁰ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 14.

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

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.”

TMK m. 229 emredici nitelikte olduğundan tarafların sözleşme ile aksini kararlaştırmaları mümkün olmayıp, fakat tasfiye sürecinde somut birtakım haklardan vazgeçmeleri mümkündür.²¹ Madde metninde açıkça anlaşıldığı üzere, söz konusu kazandırmaların artık değerinin aktif hanesine yazılması eşin bu hususta rızasının alınmamış olması koşuluna bağlanmıştır.²² Dolayısı ile eşin rızasının alındığı durumlarda bu tip kazandırmalar dikkate alınmayacaktır. Ne var ki, şayet söz konusu kazandırmalar miras hukuku hükümleri gereğince tenkis veya denkleştirmeye tabi ise, bu rızanın kural olarak miras hukukundan doğan tenkis veya denkleştirmeye bir etkisi olamayacaktır.²³

Eklenecek değerleri kanun koyucu iki başlık altında ele almaktadır. İlki, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar olup; diğeri, herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerdir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, TMK m. 229 ile korunması amaçlanan şeyin katılma alacağı olduğu, katılma alacağının en önemli kaleminin ise edinilmiş mallar olduğu, kişisel malların bu anlamda dikkate alınmadığı düşünülürse, TMK m. 229 kapsamında değerlendirilecek tasarrufların kaynağı edinilmiş mallar olup; kişisel mallardan yapılan tasarruflar hükmün konusu değildir.²⁴ Söz konusu karşılıksız kazandırma ve devirlerin kaynağının - bilhassa para ve misli eşyalarda - edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğunun tespiti zor ise de, bu durumda öncelikle tarafların gerçek iradeleri tespit edilmeye çalışılmalı, bunun mümkün olmadığı durumlarda tarafların mefruz/varsayılan iradeleri esas alınmalıdır. Tarafların varsayılan iradeleri ise çoğu zaman hadiselerin sevgiyle anlaşılacaktır. Örneğin, eşin edinilmiş malının ancak ailenin geçimine yettiği durumlarda olağan dışı bir hediye kişinin kişisel maldan karşılandığının kabulü gerekecektir. Ya da önemli miktarda bir malvarlığı tevarüs eden eşin, eşinin rızası olmaksızın çocuklarına yaptığı bağışın kay-

²¹ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 3; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 10.

²² **HAUSHEER/GEISER/E.AEBI-MÜLLER**, Das Familienrecht, PN. 12.137.

²³ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 4.

²⁴ **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 6; **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 2; **BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER**, ZGB Art. 208, PN. 9; **HAUSHEER/GEISER/E.AEBI-MÜLLER**, Das Familienrecht, PN. 12.124.

nağının kişisel mallar olduğunun kabulü gerekir. Ya da işverenin yaptığı kıdem tazminatına ilişkin ödemenin akabindeki hediyeinin kaynağı kişisel mallar olarak kabul edilecektir.²⁵

B. Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Diğer Eşin Rızası Olmadan, Olağan Hediyeler Dışında Yapılan Karşılıksız Kazandırmalar

1. Karşılıksız Kazandırma Kavramı

Kazandırmada bulunan eş ile diğer eşin dışında kalan²⁶ üçüncü kişiler arasında sağlararası²⁷ tasarrufi bir muameleyle gerek kazandırmada bulunan eşin edinilmiş malvarlığında²⁸ doğrudan ya da dolaylı bir eksilme, gerekse kazandıran eşin edinilmiş malvarlığında husule gelecek bir artışın önlenmesi şeklinde tezahür edebilecek biçimde²⁹; mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde³⁰, diğer eşin rızası olmaksızın³¹, üçüncü kişiler lehine olağan hediyeler dışında³² ivazsız bir menfaat ya da kazanç teminidir.³³

²⁵ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 2.

²⁶ Diğer eşe yapılan bir bağışlama gerek TMK m. 220 b. 2 mucibince zaten diğer eşin kişisel malı içinde olacağı için, gerekse diğer eşe “onun rızası olmaksızın” bir kazandırma yapılabileceği düşünülemez için kazandırmadan istifade eden eşin TMK m. 229’un amaçladığı korumaya ihtiyacı yoktur. **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 6; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 12.

²⁷ İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB) Fransızca metninde açık biçimde “a disposè par libèralitès *entrevifs*” sağlararası kaydı geçmektedir. Her ne kadar Almanca metinde açık biçimde sağlararası kaydı bulunmasa da, bu kanunun amaç ve anlamından, ayrıca metnin bağlamından rahatça anlaşılabilir. Zira evlilik birliğinden doğan mal rejiminin tasfiyesi terekenin tasfiyesine takaddüm edeceği için, ölüme bağlı bir tasarrufla edinilmiş mal azaltılamayacaktır. **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 5; **DURAL**, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2016 (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile, PN.), dn. 97; Ölüme bağlı tasarrufları kısmen, örneğin mirastan ivazlı feragat sözleşmesinde ivazın kaynağının edinilmiş mal olması durumunda, TMK m. 229 bağlamında değerlendiren yaklaşım için bkz. **ACAR**, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 3. Baskı, Ankara 2012 (ACAR, Aile Hukukumuz), s. 226; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Baskı, Ankara 2004 (KILIÇOĞLU, Yenilikler), s. 249.

²⁸ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 6; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 8; Bizce TMK m. 229’un korumayı istihdaf ettiği malvarlığı kural olarak edinilmiş mallar ise de, TMK m. 230 bağlamında denkleştirme alacağı yükümlüsü kişisel malını mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde bağışlaması durumunda, TMK m. 229 f. 1 b. 1 ile bağlantılı TMK m. 241 hükümlerinin uygulanması bu ana kurala bir istisna teşkil etmektedir.

²⁹ **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 12; **ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch-RYFFEL**, ZGB Art. 220, PN. 4.

³⁰ İsviçre Medeni Kanunu’nda 5 yıl olarak öngörülen süre, Türk Medeni Kanunu’nda 1 yıla indirilmiştir. Türk kanun koyucusunun bu tasarrufunun sebebinin “uyuşmazlıkların çok geri götürülmemesi” olduğu ileri sürülmüştür, Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu (Aktaran:

Bu tanıma göre TBK m. 285 gereğince eşin edinilmiş malvarlığından yapılan bağışlamalar, TMK m. 229 f. 1 b.1 kapsamında karşılıksız kazandırma olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla başkasına devredilebilen her türlü mameleki değer, taşınır taşınmaz eşya, alacaklar, haklar (telif, patent hakkı), bir alacağın temliki, başkasının borcunu ödeme bağışlama sayılacağından³⁴ bu işlemlerin kaynağı edinilmiş mal olduğu sürece eklenecek değerler olarak dikkate alın-

ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara 2008, dn. 253). ACAR'a göre ise sürenin 1 yıla indirilmesinin temel amacı, miras hukukunda TMK m. 229'a karşılık gelen ve miras hukukunda tenkise tabi sağlararası kazandırmaları düzenleyen TMK m. 565 b. 3 ile uyumun sağlanmasıdır. Bkz. **ACAR**, Faruk, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Bağlamında Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2004 (ACAR, Eşin Yasal Miras Payı), s. 100.

- ³¹ Kazandırmaya ilişkin rıza sarahaten veya zımnen, kazandırmadan önce veya sonra verilebilir. Rızaya ilişkin dikkat edilmesi gereken husus, bu rızanın sonuçlarının kapsamı üzerinedir. Bu mealde evvel emirde bu rızanın sonuçları aile hukukunda doğan mal rejimi ile sınırlı olup, miras hukuku açısından bir etkisi olmayacaktır. Çünkü eş terekeye eklenmesi gereken sağlararası (TMK m. 508) ve tenkise tabi olan kazandırmalara (TMK m. 565) onay vermek suretiyle diğer mirasçılar aleyhine bir durum yaratamaz. Esasen kazandırmalara onay veren eşin rıza vermemesi ihtimalinde yapılan karşılıksız kazandırmalar, TMK m. 229 sebebiyle kazandıran eşin aktif hanesine yazılacağı ve alacaklı eşin katılma alacağını yükselteceği için, karşılıksız kazandırmaya rıza veren eş kazandırmada bulunan eşin katılma alacağı ve terekesi lehine ve kendi katılma alacağı aleyhine, kendi katılma alacağından vazgeçmiş olmaktadır. **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 6.
- ³² Bir hediye alışımlı olup olmadığı, toplumun örf adetleri, bakış açısı, genel beklenti, eşlerin birbirleriyle olan ekonomik ilişkileri ve ekonomik durumları dikkate alınarak belirlenecektir. **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 10; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 9.
- ³³ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, Art. 208, PN. 10; **BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBL-MÜLLER**, ZGB Art. 208, PN. 13; BGE 138 III 689. Karara konu olayda; 26 Ağustos 1983 yılında evlenen X (erkek) ve Y (kadın) çiftleri 1991 yılında (A) isimli bir kız çocuğuna sahip olurlar. 2001 Ağustos'unda çiftlerden (Y)'nin talebi üzerine Muri Yerel Mahkemesi ayrılık kararı verir. 3 Kasım 2007 yılında (Y), Zug Kanton Mahkemesi'nde boşanma davası açar ve mahkemenin 26 Şubat 2001 tarihli kararıyla çiftler boşanır. Mahkeme kararına göre (Y), (X)'e malvarlığı rejiminin tasfiyesi kapsamında 32'266.40 İsviçre Frankı ödemek zorundadır. Malvarlığı rejiminin tasfiyesinden doğan hakların tespiti bağlamında (X)'in edinilmiş mallarına, (X)'in 2000 yılında doğan ve 5 Nisan 2005 yılında tanıdığı evlilik dışı çocuğu (C)'nin annesi (B)'ye yaptığı 116'000- İsviçre Frankını ekleyen mahkemenin bu kararını Zug İstinaf Mahkemesi'nde temyiz eden (X), kendisinin artık değerinin hesabında 116.000 Frankının hukuka aykırı biçimde ZGB m. 208 Abs. 1 Ziff. 1'a göre eklenecek değerler kapsamında "karşılıksız kazandırma" olarak değerlendirildiğini gerekçe göstererek, (Y)'nin asıl ödemesi gereken meblağın 92'292.40 Frank olduğunu ifade etmiştir. İlk Derece Kanton Mahkemesi'nin (B)'ye yapılan ödemeyi ZGB m. 208 Abs. 1 Ziff. 1'e göre "karşılıksız kazandırma" kapsamında eklenecek değer bağlamında değerlendiren kararını, Zug İstinaf Mahkemesi onaylar. İstinaf mahkemesinin kararına Yüksek Mahkeme nezdinde itiraz eden (X)'in talebini reddeden Yüksek Mahkeme, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun annesi (B)'ye çocuğun bakım ve gözetimi için yapılan ödemenin ZGB m. 208 Abs. 1 Ziff. 1'e göre bir karşılıksız kazandırma olduğunu belirtmiştir.
- ³⁴ **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 213.

caktır. Ayrıca bir haktan feragat, ibra, vakıf kurulması, yaşam sigortasından doğan hakların temliki, üçüncü kişi lehine kurulan sözleşme³⁵ yine bu anlamda birer karşılıksız kazandırma olarak değerlendirilecektir.³⁶ Bağışlama sözleşmesinin evlilik öncesinde veya evlilik sırasında olmakla birlikte mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan daha önceki bir tarihte yapıldığı, fakat tasarrufi muamelenin ifanın mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde gerçekleştiği durumlarda Türk-İsviçre hukukunda hâkim sayılacak bir görüşe göre³⁷ bu bağışlama da TMK 229 f.1 b.1 kapsamında karşılıksız kazandırmalar olarak değerlendirilecek ve artık değer aktif hanesine eklenecek değerler olarak yazılacaktır.³⁸ Kanaatimizce borçlandırıcı işlemi değil, tasarrufi işlemin yapıldığı tarihi esas alan bu görüş; mal rejiminin sona ermesinden başlayarak geriye dönük 1 yıl içindeki bütün karşılıksız kazandırmaları eklenecek değerler olarak kabul eden Türk hukuku açısından makul olmayıp, kanunun diğer eşi koruma amacını aşan bir yorum yoludur. Zira, 1 yıllık sürede yapılan bu karşılıksız kazandırmaların diğer eşin katılma alacağını azaltmaya dönük olduğunu kabul eden kanun koyucunun³⁹ diğer eşin katılma alacağını azaltma kastına ilişkin koyduğu aksi ispat edilemeyen kesin karine⁴⁰, mal rejiminin sona ermesinden önceki *bir yıla* sınırlıdır. Dolayısıyla borçlandırıcı işlemin, diğer tabirle *bağışlama iradesinin rejimin sona erdiği son bir yıldan önce ortaya konduğu durumlarda bu karinenin varlığından söz edilemez*. Sonuç olarak; borçlandırıcı işlemin yani bağışlama iradesinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan veya mal rejiminin başladığı tarihten daha öncesinde ortaya konduğu, gerçekleştiği durumlarda bu bağışlama eklenecek değerler olarak dikkate alınmamalıdır. Nitekim Alman hukukunda son derece yerinde bir biçimde bağışlamanın eklenecek değer olarak dikkate alınıp alınmamasında tasarrufi işlemin değil, borçlandırıcı işlemin tarihi esas alınmış ve borçlandırıcı işlemin mal rejiminin taraflar arasında yürürlüğe girmesinden önce yapılan bağışlama taahhüdünün, mal rejiminin devamı süresince ifasında bir mahsur görülmemiş ve eklenecek değer olarak dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir.⁴¹

³⁵ PRÜTTING/Hanns/WEGEN, Gerhard/WEINREICH, Gerd, BGB KOMMENTAR, 1. Auflage, Neuwied, 2006 (WEINREICH, in: PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, §, PN.), § 1375, PN. 12.

³⁶ CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 208, PN. 4.

³⁷ ACAR, Eşin Yasal Miras Payı, s. 98-99; SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 193.

³⁸ SARI, s. 193, dn. 228.

³⁹ ZEYTİN, s. 174.

⁴⁰ ACAR, Eşin Yasal Miras Payı, s. 125; KILIÇOĞLU, Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı, 4. Baskı, Ankara 2014 (KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma), s. 139-140.

⁴¹ WEINREICH, in: PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, § 1375, PN. 12. Zamanaşımına uğramış bir borcun ifası da yine aynı şekilde değerlendirilmiştir.

2. Ahlaki Yükümlülüklerin İfası Kapsamında Yapılan Kazandırmaların TMK m. 229 f. 1 b.1 Kapsamında Değerlendirilmesi Sorunu

Bu noktada akla gelecek en önemli sorunlardan birisi, ahlaki bir yükümlülüğün ifası bağlamında yapılacak kazandırmaların, TMK m. 229 f. 1 b. 1 kapsamında eklenecek değerler içinde mütalaa edilip edilmeyeceği sorunudur.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, “ahlaki yükümlülüklerin ifası” kapsamında yapılan kazandırmaların ZGB Art. 208 Ziff. 1 (TMK m. 229 f. 1 b. 1) kapsamında görülmesi sorununu kısmen ele almış, fakat soruyu cevapsız bırakmıştır. İsviçre Medeni Kanunu’nda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun teklifinin gerekçesinde ise, bu tip ahlaki yükümlülüklerin ifası amacıyla yapılan kazandırmaların ZGB Art. 208 Ziff. 1 (TMK m. 229 f. 1 b. 1) kapsamında ele alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁴² Bununla birlikte aynı kararda mahkeme, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun bakımı için gerekli masrafların ödenmesini ahlaki bir yükümlülük olarak görmemiştir.⁴³

İfa edilen ahlaki bir yükümlülüğün – örneğin, yardım nafakasında olduğu üzere (TMK m. 364 vd.) -bizzat kanun koyucu tarafından kanuni bir düzenlemeye dönüştürüldüğü durumlarda, bu kapsamda yapılan kazandırmaların TMK m. 229 f.1 b.1 kapsamında değerlendirilmeyeceği; diğer bir deyişle, artık değer hesabında göz önünde bulundurulmayacağı izahıtan varestedir. Bu durumda ahlaki bir yükümlülük olduğu tartışılmayacak bir yükümlülüğün ifası kapsamında yapılan kazandırmanın, salt kanuni olarak bir düzenlemeye tabi tutulmadığı gerekçesiyle TMK m. 229 f.1 b.1 kapsamına dâhil edilmesi, toplumdaki dayanışma, yardımlaşma duygusunu önemli ölçüde zayıflatacaktır. Bu anlamda diğer eşin alacak hakkını korumak adına, yapılan kazandırmanın gerçekten bir ahlaki yükümlülük olup olmadığı, tarafların sosyal statüleri, gelir durumları, bilhassa yöresel örf adetler, kazandırmanın bu örf adetler çerçevesinde makul olması gibi hususlar dikkate alındığında; ahlaki bir görevin ifası niyetiyle yapılan kazandırmanın TMK m. 229 f.1 b.1 kapsamına dâhil edilmemesinin, Türk toplumunun örf ve adetleri dikkate alındığında daha yerinde bir yaklaşım olacağı şüphesizdir.

Nitekim İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda da (BGB § 1375 Abs. 2 Nr. 1) katılma alacağına esas teşkil edecek nihai malvarlığının belirlenmesinde eklenecek değerler kapsamında sayılan karşılıksız kazandırmaların, “ahlaki bir yükümlülüğün” yerine getirilmesinden doğmamış olması şartı aranmıştır.⁴⁴

⁴² Botschaftvom 11 Juli 1979 über die Änderungdes Schweizerischen Zivilgesetzbuch

⁴³ BGE 138 III 689.

⁴⁴ WEINREICH, in: PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH,§ 1375, PN. 12.

C. Bir Eşin Mal Rejiminin Devamı Süresince Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltmak Kastıyla Yaptığı Devirler

TMK m. 229 f.1 b. 2 aynı maddenin birinci bendinde düzenlenen karşılıksız kazandırmalarında dâhil olduğu, zarar verme⁴⁵, yok etme⁴⁶, ivazlı yani bir edim mukabilinde olmasına rağmen bilinçli bir biçimde zararına yapılan satış⁴⁷, taşınır mülkiyetinin terk yoluyla kaybı (TMK m. 778) gibi edinilmiş malvarlığında diğer eşin katılma alacağını azaltma kastına yönelik her türlü eylemi kapsamaktadır.⁴⁸ Tanımdan da anlaşılacağı üzere, ZGB'nin Almanca metninde kullanılan 'Veräußerung' kelimesinin karşılığı olarak kullanılan "devir" kelimesi Türk-İsviçre doktrininde kelimeye atfedilen halleri karşılama noktasında yetersiz olmakla eleştirilmiştir.⁴⁹ Kanun metninde kullanılan "diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yaptığı devirler" ifadesi, ifadeye doktrinde ve mahkeme kararlarında verilen anlamı ifade etmekten oldukça uzaktır. Alman Medeni Kanunu'nda kullanılan diğer eşe (onun katılma alacağına) zarar verme kastıyla yapılan davranışlar tabiri, hükmün muhtevasını yansıtmak açısından daha elverişlidir. BGB § 1375 Abs. 2 Nr. 3 yaklaşık olarak şu şekilde tercüme edilebilir: "Mal rejimi yürürlüğe girdikten sonra eşlerden birisinin, *diğer eşin 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."

Görüldüğü üzere, Alman Medeni Kanunu'nda kullanılan ifade çok daha kapsayıcı olması sebebiyle diğer eşin katılma alacağını korumaya çok daha müsait ve Türk-İsviçre doktrininde devir ifadesinin muhtevasını ifadeye daha elverişlidir.⁵⁰

Tenkise tabi sağlararası kazandırmaları düzenleyen ve mahfuz hisseyi azaltma niyetinin aşikâr olmasını arayan TMK m. 565 b. 4'ten farklı olarak TMK m. 229'daki devirler için azaltma kastının bu derece bariz olması aran-

⁴⁵ ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch-RYFFEL, ZGB Art. 208, PN. 7.

⁴⁶ Örneğin, sinir ve yaşanan hayal kırıklığı sebebiyle paranın yakılması. Bkz. WEINREICH, in: PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, § 1375, PN. 9.

⁴⁷ İvazlı işlemlerde şayet malın zararına veya değerinin altında satıldığı hususunda bir bilinç yoksa ya da bilmeyerek yapılıyorsa, burada TMK m. 229 f. 1 b. 2 kapsamında diğer eşin katılma alacağını azaltma kastı bulunmayacağı için hüküm uygulama alanı bulmaz. KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 208, PN. 13.

⁴⁸ CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 208, PN. 9.

⁴⁹ ZEYİN, PN. 442.

⁵⁰ Oldukça kapsayıcı görünen ifade, eşlerden her birinin diğer eşe karşı malvarlığını diğer eşin katılma alacağını mümkün mertebe arttıracak biçimde yönetmesini isteme hakkı doğurmaz. Amaçlanan şey, gayri ahlaki ve keyfi biçimde diğer eşin katılma alacağını azaltılmasını engellemektir. Bkz. WEINREICH, in: PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, § 1375, PN. 7.

mamaktadır.⁵¹ Kanunda kullanılan kast unsurunun tahakkuku açısından kazandırmada bulunan kişinin en azından bu kazandırmanın sonuçlarının diğer eşin katılma alacağı açısından sebebiyet vereceği olumsuzlukları öngörmesi, göze alması gerekli ve kâfi olup; bu sonuçları ayrıca istemesi şart değildir.⁵²

Katılma alacağını azaltma amacının yapılan fiilin ana amacı olması gerekip, bununla birlikte başka amaçlar güdülmüş olması hükmün uygulanmasına bir mani teşkil etmez.⁵³ Yapılan eylemle edinilmiş malın, dolayısıyla diğer eşin katılma alacağının azaldığına ilişkin bir bilincin varlığı, hükmün uygulanması için kâfi değildir; zira bu takdirde, TMK m. 229 f. 1 b. 1 ile b. 2 arasında bir fark kalmayacaktır.⁵⁴

Yine TMK m. 229 f.1 b.1'den farklı olarak f.2'de herhangi zamansal sınırlama öngörülmemiş olup, bu işlem veya eylemlerin mal rejiminin sona ermesinden önceki herhangi bir tarihte yapılmış olması yeterlidir.⁵⁵ Bizce katılma alacağını azaltmak kastı ile dahi olsa bu devirler için kanun koyucunun herhangi bir zamansal sınır öngörmemesi, hukuk politikası açısından yerinde değildir. TMK m. 229 f.1 b.1'de İsviçre Medeni Kanunu'nda öngörülen beş yıllık süreden, uyuşmazlıkların çok geri götürülmemesi gerekçesiyle inhiraf eden kanun koyucunun f. 2'de de aynı endişelerle– örneğin, Alman Medeni Kanunu'ndakine benzer bir hükümlerle (BGB § 1375 Abs. 3)⁵⁶ – on yıl gibi üst süre belirleyen bir hüküm sevk etmesi yerinde olurdu. Ayrıca birinci bentten farklı olarak yine, eşin rızası, bu rıza sadece yapılan devirlere inhisar edip; devir sebebiyle meydana gelecek katılma alacağındaki azalmaya da verilmiş bir rıza olarak anlaşılamiyorsa, verilen rıza hükmün aradığı diğer şartların varlığı halinde

⁵¹ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 13; **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 12; **BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER**, ZGB Art. 208, PN. 22.

⁵² **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 13; **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 9; Yazar kastın (Vorsatz) değil, ihtimali kastın (eventualerVorsatz) varlığının kâfi olduğunu belirtmekle beraber; İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına (BGer, 6.2.2009) atıfla, söz konusu kararda mahkemenin “kötüniyet” dolayısı ile kast aradığını ifade etmektedir.

⁵³ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 13; Alman hukuku için bkz. **PALANDT BGB**, 67. Auflage, München, 2008 (BRUDERMÜLLER, in: PALANDT, §, PN.), § 1375, PN. 28; **JAUERNIG BGB**, 12. Auflage, München, 2007 (CHR. BERGER, in: JAUERNIG, § PN.), § 1375, PN. 7; **BGB HANDKOMMENTAR**, (Schriftleitung) **SCHULZE**, Reiner, Baden-Baden, 5. Auflage, 2007 (BGB HandKomm/KEMPER, § PN.), § 1375, PN. 7; **ERMAN BGB, WESTERMANN**, Harm P., Band II, 12. Auflage, Köln, 2008 (K. GAMILLSCHEG, in: ERMAN-BGB HANDKOMMENTAR, §, PN.), § 1375, PN. 10; **WEINREICH**, in: **PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH**, § 1375, PN. 12.

⁵⁴ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 13.

⁵⁵ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 13.

⁵⁶ **K. GAMILLSCHEG**, in: **ERMAN-BGB HANDKOMMENTAR**, BGB § 1375, PN. 11.

yapılan devirlerin eklenecek değer olarak dikkate alınması iddiasına bir mani teşkil etmez.⁵⁷

Edinilmiş mallara katılma rejimine hâkim olan prensiplerden birisi, her eşin kendi malvarlığı değerleri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilmesi ve mal rejiminin sona erdiği tarihte diğer eş için bir katılma alacağını mümkün kılacak edinilmiş mal biriktirme veya böyle bir değeri hazır bulundurma zorunluluğu altında bulunmamasıdır.⁵⁸ Fakat eşlerin ekonomik durumları, malvarlıkları ve gelirleriyle orantısız, israf niteliğindeki, bir amaca matuf olmayan ve hiçbir faydası olmayan harcamalar veya evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerine aykırı biçimde yaptığı harcamalar TMK m. 229 f.1 b.1 kapsamında eklenecek değerler olarak dikkate alınacak mıdır?

İsviçre doktrininde hâkim görüşçe⁵⁹ bu soruya verilen olumsuz cevabın dayanağı olan bir kararda, Federal Mahkeme özetle şunu savunmuştur: Mahkemeye göre ailenin geçimine katkıda bulunma yükümlülüğünü ihlal etmediği sürece her bir eş, edinilmiş malvarlığından teşekkül eden birikimini dilediği gibi kullanma hakkına sahiptir. Eşin edinilmiş malı evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerine aykırı biçimde kendi ihtiyaçları için kullanması, eşlerin “birbirlerine sadık/dürüst kalmak ve yardımcı olmak”(ZGB Art. 159 Abs. 3/TMK m. 185 f. 3) yükümlülüğünün ihlali olup; bu durum ise boşanma hukuku açısından birtakım sonuçlar doğuracaktır. Malvarlığı rejimi açısından sonuçlar doğurabilmesi, ancak mal rejimi ile alakalı özel hükümlerin şartlarının tahakkuku ile mümkündür. Sonuç olarak, eşin edinilmiş malını kendi ihtiyaçları için evlilik birliğinden doğan sadakat ve yardımlaşma yükümlülüğünü ihlal edecek biçimde kullanması durumu, tek başına bu kullanımın eklenecek değer olarak kabulü için yeterli değildir.⁶⁰ Sürdürülen lüks yaşamın kolayca bu fıkra içinde değerlendirilemeyeceği muhakkaktır. Ne var ki, evlilik birliğinin gerektirdiği dürüstlikle bağdaşmayan ve tarafların gelirleri ile açık bir uyumsuzluk içinde bulunan davranışın sonuçlarını, sadece boşanma ile sınırlamanın yerindeliği tereddütle karşılanabilir. Konuya ilişkin Alman hukuku, İsviçre hukukuna nazaran BGB'nin kısmen daha ayrıntılı ve kapsayıcı ifadeleri sebebiyle eşin tasarruf özgürlüğü konusunda katılma alacaklısı eş lehine eklenecek değer kavramını geniş tutan bir yol izlemektedir. BGB'de açık biçimde eşin

⁵⁷ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 13.

⁵⁸ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 9; Federal Mahkeme, evli bir kimsenin evlilik dışı sevgilisi (metresi) için yaptığı giderlerin ZGB Art. 208'e göre kendi malı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunulabileceği ilkesi kapsamında caiz olup olmadığı sorunu cevapsız bırakmıştır. BGE 5C. 111/2002 E 2.2.1.

⁵⁹ **BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER**, ZGB Art. 208, PN. 21; Herhangi bir gerekçe göstermeksizin hâkim fikri ikna edici bulmayan görüş için bkz. **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 12.

⁶⁰ BGE 118 II 27 E. 5.

nihai malvarlığını azaltacak müsrif davranışların, nihai malvarlığını azalttığı ölçüde nihai malvarlığına ekleneceği düzenlenmiştir. Bu anlamda düşüncesizce ve delice oynanan şans oyunları, bu kapsamda değerlendirilecektir. BGB § 1375 Abs. 2 Nr. 2'de düzenlenen Verschwendung (israf) kavramı için bu davranışta bulunan eşin kast ve niyetinden daha ziyade, bu davranışın eşin ekonomik durumu ile ne ölçüde uyumsuz olduğu, bu davranışın objektif olarak ne derece ölçüsüz ve faydasız olduğu mühimdir.⁶¹

Son olarak değinilmesi gereken husus; mal rejiminin tasfiyesinde edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanların değeri hesaplanırken bu kazandırmaların konusu malların devredildikleri tarihteki (TMK m. 235 f. 2) sürüm değerlerinin esas alınacak olmasıdır (TMK m. 232).⁶²

D. Denkleştirme Yükümlüsü Kişisel Malın Bağışlanması Sorunu ve TMK m. 229'un Uygulanması

TMK m. 229 uygulanmasına ilişkin gündeme gelecek bir diğer problem, TMK m. 230'da düzenlenen denkleştirme alacağına ilişkindir. Bilindiği üzere denkleştirme alacağı; eşlerden her birinin diğer eşin malvarlığına yaptığı katkıyı ifade eden **değer artış payından farklı** olarak, bir eşin kendi malvarlığı grupları (kişisel-edinilmiş mal) arasında meydana gelen işlemleri konu alır. Buna göre, bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları, edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallardan ödenmiş ise bu malvarlığı grupları arasında denkleştirme yapılması gerekmektedir. TMK m. 230 f.3'te ise, TMK m. 227'ye benzer biçimde, bir mal kesiminden diğer mal kesiminin edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer **artması veya azalması durumunda** denkleştirme; **katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine** veya **mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre** yapılır. Esasen maddeyle her iki eşin de korunması amaçlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, katkının kişisel maldan edinilmiş mala olduğu durumlarda katkıda bulunan eş, katkının edinilmiş maldan kişisel mala olduğu durumlarda ise diğer eşin katılma alacağı korunmaktadır. TMK m. 229'u ilgilendiren boyutuyla sorun tam bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Konuyu bir örnekle izah etmek gerekirse, (B) ile evli olan (A)'nın babasından kalan ve değeri 100.000 TL olan evi için edinilmiş malından 10.000 TL (10.000/100.000=1/10) masraf yaptığını ve mal rejiminin son ermesinden önceki bir tarihte değerinin 300.000 TL olduğunu ve bu evin (A) tarafından üçüncü bir şahsa bağışlandığını düşünelim.⁶³ Söz konusu olayda (A)'nın edinilmiş ma-

⁶¹ WEINREICH, in: PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, BGB § 1375, PN. 8 ff.; K. GAMILLSCHEG, in: ERMAN-BGB HANDKOMMENTAR, § 1375, PN. 7 ff.

⁶² CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 208, PN. 15.

⁶³ ZEYTİN, PN. 442.

lından kişisel malına bu malın iyileştirilmesi amacına matuf 10.000 TL katkı sunulmuştur. (A)'nın aktif hanesine yazılacak denkleştirme alacağı $1/10 \times 300.000 = 30.000$ TL'dir. Ne var ki mal elden çıkarılmıştır. Türk-İsviçre doktrinindeki denkleştirme alacağının tamamen ekonomik değerini yitirmesinin yanında; malın tüketilmesi, hediye edilmesi veya yok edilmesi halinde ortadan kalkacağı yönündeki hâkim görüşe nazaran⁶⁴, Türk doktrininde ZEYTİN, bunun bir zorunluluk olmadığını ve denkleştirme alacağının, malın daha önce elden çıkartılması durumunda dahi hakkaniyete göre tespit edilebileceği düşüncesindedir. Her iki görüşün sonuçlarını örnek üzerinden değerlendirmek gerekirse; İsviçre doktrinindeki - bazı yazarlarca şüphyle karşılanan⁶⁵ - hâkim görüşe göre, 30.000 TL değerindeki edinilmiş mal grubunun denkleştirme alacağı (TMK m. 230 f. 3), kişisel malın elden çıkarıldığı durumlarda edinilmiş mal grubunun aleyhine olarak ortadan kalkacaktır. ZEYTİN'e göre ise, kişisel malın elden çıkartıldığı durumlarda denkleştirme alacağı yok olmayıp; yapılması gereken şey denkleştirme alacağın hakkaniyete göre tespit edilip, edinilmiş mal grubunun aktifinde yer almasıdır.

Görüşlerin değerlendirilmesine gelince; denkleştirme alacağını düzenleyen TMK m. 230 f. 3, eşlerden birinin diğerinin malvarlığına katkısı dolayısıyla doğan alacağını düzenleyen ve bir nevi yapılan katkı miktarını garanti altına alan TMK m. 227'den farklı olarak, edinilmiş maldan kişisel mala sunulan edinilme, iyileştirilme, katkıda bulunma şeklinde ortaya çıkan denkleştirme alacağının hesabında sadece katkıda bulunulan kişisel malvarlığındaki artışın değil, değer kaybının da dikkate alınacağını düzenlemiştir. İsviçre'deki hâkim görüş, değer kaybının sebebinin; fiyatlardaki düşüş, kullanım, tüketim, tahrip, kullanmaya bağlı yıpranma, hasara uğraması, bağışlama gibi sebeplerden herhangi birisi olması arasında bir fark gözetmemektedir. **Dikkat edilirse burada edinilmiş mal üzerinden katkı sunulan kişisel maldaki bağışlama, tüketme vs. gibi sebeplerle yaşanan değer kaybı, ikame bir değerle telafi edilmemektedir.** Dolayısıyla hâkim görüş, eşin kişisel malı üzerinde, - örneğin, sırf bu malın edinilmesine veya iyileştirilmesine kendi edinilmiş malından bir katkı sunmuş olması sebebiyle -, az önce bahsedilen sebeplerden birisiyle ortaya çıkacak bir değer kaybını hesaplamının veya düşünmenin doğru olmayacağını düşünüyor olsa gerek. Hâlbuki malın satıldığı durumda (*Veräußerung*, ZGB Art. 209 f. 3, TMK'nın ifadesiyle "**elden çıkarıldığı**"), satılan kişisel malın satıldığı zamanki yerine giren ikame değer üzerinden edinilmiş mal lehine mevcut olan denkleştirme alacağı devam

⁶⁴ CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 209, PN. 10; KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 209, PN. 15; ZEYTİN, PN. 442; BÜCHLER/VETTERLİ, Anmerkung zu Art. 209, Abs. 3 (www.rwi.uzh.ch); ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 500; FammKomm-STECK, ZGB Art. 208, PN. 14; SARI, s. 211.

⁶⁵ KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 209, PN. 15; KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 208, PN. 6.

etmektedir. Türk kanun koyucusu bu noktada İsviçre Medeni Kanunu'ndan ayrılarak elden çıkarma zamanındaki değeri esas almamakta, denkleştirme alacağıının hakkaniyete göre belirleneceğini ifade etmektedir (bkz. TMK m. 230 f. 3). Dolayısıyla ile ZEYTİN'in kanun metninde geçen "elden çıkarma" kavramını geniş yorumlamak suretiyle örneğin, yapılan bağışlamanın tıpkı satımda olduğu gibi aktif hanesine yazılacak bir denkleştirme alacağı olarak görmesi yerinde değildir. Zira bu durumda, değer azalması ile elden çıkarma ifadeleri arasında bir fark kalmaktadır. Aynı şekilde "elden çıkarma" kavramı geniş anlaşıldığı takdirde, acaba bağışlamanın dışında, örneğin söz konusu malın kaybedilmesi veya yok edilmesi de bu kapsamda değerlendirilecek ve kaybedilen, yok edilen ve tüketilen malın değeri hakkaniyete göre belirlenip bu değer üzerinden denkleştirme alacağı hesaplanacak mıdır? Ve daha birçok soruyu beraberinde getirecek bu çözüm tarzı yerinde değildir. Aşağıda sunulacak çözüm tarzı için şu öncüllerden hareket edilmelidir: Öncelikle "elden çıkarma" kavramı dar yorumlanmalı ve denkleştirme alacaklısı yükümlüsü kişisel mal, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin konusu olarak yerine ikame bir değer girecek tarzda elden çıkarılmış olmalıdır. Bunun dışında elden çıkarılan kişisel malın yerine bir değer kaim olmadığı süreç; kullanma, tüketme, yok etme, kaybetme, bağışlama gibi sebeplerle gerçekleşen "elden çıkışlar" değer kaybı olarak değerlendirilmelidir. Peki, edinilmiş mal üzerinden kişisel mala sunulan önemli katkı sonrası zaman içerisinde değeri önemli bir fiyata baliğ olan malın bağışlama suretiyle elden çıkarılması durumunda, acaba bu diğer eşe yapılmış ciddi bir haksızlık teşkil etmeyecek midir? Diğer tabirle, elden çıkarma kavramını dar, değer kaybı kavramını geniş yorumlamak aktif değer hesabını düşürecek olması hasebiyle diğer eşe yapılmış bir haksızlık teşkil etmez mi? Bu noktada, çözüm TMK 229 f.1 b. 1 hükmünün kıyasen uygulanmasıdır. Yani edinilmiş mal üzerinden edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunan kişisel mal şayet mal rejiminin sona ermesinden **önceki bir yıl içinde bağışlanmışsa**, bu bağışlama hiç yapılmamış gibi bu kişisel malın değeri hakkaniyete göre belirlenecek ve bu değer üzerinden oluşacak denkleştirme alacağı eşin aktif hanesine yazılacaktır. Malın bir değer karşılığı hatta çok düşük bir bedel mukabili elden çıkarıldığı ihtimalde ise, denkleştirme alacağı hakkaniyete göre belirleneceği için TMK m. 229'un kıyasen uygulanmasına ihtiyaç yoktur.⁶⁶

E. Kapitalize Değerin Eklenmesi Sorunu

Eşin bir malını veya hakkını başkasına devretmeyip, mevcut bir malı veya hakkı üzerinde başkasına intifa hakkı tanınması veya bunun gelirini bırakması durumunda intifa hakkından veya tahsis edilen gelirden istifade eden kimsenin yararlanma süresi boyunca bundan elde edeceği kazanç, toplam bir para miktarı

⁶⁶ CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 208, PN. 3.

olarak kazandırmada bulunan eşin artık değeri bulunurken aktif kısma yazılacaktır.⁶⁷ Bu noktada bir hususa dikkate çekmekte fayda mülâhaza ediyoruz. Bilindiği üzere TMK m. 219 f. 2 b. 5, kişisel malların gelirlerini de edinilmiş mallar arasında saymıştır. Bu anlamda kişisel maldan elde edilen gelirin edinilmiş mal olarak sayılacağı izahtan varestedir. Örneğin, miras yoluyla kendisine intikal eden bir evi kiraya veren (A)'nın elde ettiği 10.000 TL gelir edinilmiş mal olarak hesaba katılacak ve bu paranın bir edinilmiş mal kalemi olarak (X) isimli üçüncü şahsa mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde bağışlanması durumunda, fiktif değer olarak hesaba katılacak ve (A)'nın artık değeri buna göre bulunacaktır. Fakat bizim bu noktada sormak istediğimiz soru, evi üzerinde ivazsız olarak bir intifa hakkı kuran (A)'nın artık değeri hesaplanırken bunun bir bağışlama olarak değerlendirilip TMK m. 229 kapsamında eklenecek değerler olarak hesaba katılmasının ne kadar doğru olduğudur. Örnek olayda (A), eşi (B)'nin katılma alacağını arttırmak üzere kendi kişisel malvarlığından bir gelir elde etmek zorunda mıdır? Ya da diğer bir deyişle, kendi kişisel malvarlığını yönetirken eşi (B)'nin muhtemel katılma alacağını arttırmak gibi bir zorlamanın kaynağı ne olabilir? Bizce kanun metni mahzuz bir şart içermektedir. TMK m. 229 f. 2 b. 4'teki "kişisel malların gelirleri" şeklindeki ifade şu şekilde anlaşılmalıdır: "Şayet kişisel mallardan bir gelir elde edilmiş ise bu gelirler...". Dolayısıyla eş, kişisel mallarından elde etmediği veya elde etmeyi ihmal eylediği gelirler için diğer eşe karşı sorumlu olmayıp, bu değerler TMK m. 229 kapsamında ele alınmamalıdır. Aksi takdirde kişisel maldan yapılan bağışlamalarda nihai olarak, o maldan elde edilecek muhtemel bir gelirin önüne geçmek anlamına gelebilir ki bu, kişisel malla edinilmiş mal arasındaki sınırın tamamen ortadan kalkmasına sebebiyet verebilir. Sonuç olarak, kişisel mal söz konusu olduğunda aktif bir gelir elde etme çabasına girmeyiş, örneğin 3. bir şahsın ücretsiz kullanımına bırakılması, hele ki bu bir ahlaki vecibenin ifası dâhilinde gerçekleştiriliyorsa evleviyetle TMK m. 229'a göre eklenecek değerler dışında tutulmalıdır.

F. İhbar

TMK m. 229, bahsi geçen kazandırma ve devirlerin artık değerinin hesabında dikkate alınması şeklindeki iddianın dolaylı muhatapları olan ve bu kazandırmalardan istifade eden üçüncü kişilere davayı ihbarın sonuçlarına değinmiş, kazandırma ve devirlere ilişkin mahkeme kararının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini ihbar koşuluna bağlamıştır. Buna göre, katılma alacaklısı eşin mal rejiminin tasfiyesine, diğer tabirle katılma alacağının bulunmasına esas teşkil edecek artık değerinin bulunmasına ilişkin davada eklenecek değerler olarak ileri

⁶⁷ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 208, PN. 15; Doktrinde kapitalize değer olarak isimlendirilen bu değerlerin mal rejimine uygulanmasına esas teşkil eden bilgiler DURAL/ÖZ, Miras Hukuku kitabından alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DURAL**, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2015 (DURAL/ÖZ, Miras, PN.), PN. 1322.

sürdüğü kazandırmalarla alakalı mahkeme hükmünün, bu kazandırmaların muhatabı, daha doğru tabirle bu kazandırmalardan istifade eden 3. kişilere karşı ileri sürülebilmesi, bu davanın görümü sırasında davanın kazandırmalardan istifade eden 3. kişilere ihbarına bağlıdır.

Bu geri iade talebini kolaylaştırma adına, bu kazandırmaların m. 229 bağlamında artık değerinin aktif hanesine eklenecek değerler niteliğinde olduğu iddia eden eş için kanun, söz konusu iddianın görüldüğü davanın yapılan kazandırmaların muhatabı eşe ihbarı koşuluyla, dava neticesinde verilecek kararın üçüncü kişiler açısından da bağlayıcı olduğunu ve onlara karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.⁶⁸

Böyle bir imkân getirilmesinin sebebi, usul ekonomisi gereği dava sürecinin daha kısa ve daha az maliyetle neticelendirilmesidir.⁶⁹ Yalnız TMK m. 229'da öngörülen bu imkân, ilk etapta medeni usul hukukundaki ihbar müessesesinden bazı noktalarda ayrılıyor gibi gözükmektedir. Bizce üzerine düşünülmesi ve tartışılması gereken soruna ilişkin, asıl konudan uzaklaşmak endişesine rağmen en azından şu hususlara değinilmelidir. HMK 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 ise, dava kendisine ihbar edilen kişinin davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılacağını düzenlemektedir. TMK'ya göre dava ihbar olunacak kişi kazandırmadan veya devirden istifade edecek kişi olup, dava kendisine ihbar edildiği takdirde davayı kazanmasında kendisinin hukuki yararı olacak taraf ise kendisine kazandırmada bulunan eştir. İhbarda bulunulan ve kazandırmadan istifade eden kişi kendisine ihbarda bulunan eşin yanında değil; bilakis, davayı kazanmasında menfaati olduğunu düşündüğü kazandırmayı yapan eşin yanında davaya katılacaktır. Bu durumda ihbar eden ve olunan arasındaki klasik dayanışma devam ediyor olmasına rağmen, ihbarda bulunan kişi başkalaşmaktadır. Hükmün gerekçesinde yer alan, *"bu düzenlemeye göre, kendisine ihbarda bulunulan üçüncü kişi, mutlaka ihbarda bulunan tarafın değil, hukuki yararı bulunuyorsa diğer tarafın yanında da yer alabilecektir."* ifadesi tam olarak bu durumu ifade etmektedir. Bu noktada, şayet ihbarda bulunulan kimse, ihbarda bulunan eşin yanında davaya katılmayacaksa, ihbarda bulunan eşin ihbardaki menfaatinin neye ilişkin olduğu sorusu akla gelebilir. Hatta bir görüşe göre kazandırma ve devirleri yapan eşin, üçüncü kişilere davanın ihbarında men-

⁶⁸ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 208, PN. 2; **SUTTER-SOMM/KOBEL**, Familienrecht, PN. 362.

⁶⁹ Bkz. **BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER**, Art. 208, PN. 1; **CHK-A. RUMO-JUNGO**, Art. 208, PN. 14.

faati kural olarak yoktur.⁷⁰ Bize göre ihbarda bulunan eşin ihbardaki menfaati, eklenecek değerlere ilişkin verilecek kararın kazandırmadan istifade eden ve ihbarda bulunulan üçüncü kişiyi de bağlayıcı olması hasebiyle, TMK m. 241'e göre ileride açılacak davada kendisine başvurulacak üçüncü kişinin yapılan devir ve kazandırmaların TMK m. 229'a göre eklenecek değerler kapsamında olmadığını ileri sürememesidir. Bu durumda ihbarda bulunulmasında hem davalının hem davacının menfaati vardır. Ancak ihbarda bulunulan ve kazandırmaların muhatabı üçüncü kişi, ihbarda bulunan eşin değil, kendisine kazandırmada bulunan eşin yanında davaya katılacaktır. Yukarıda alıntılanan hükmün gerekçesindeki ifadeyi yadırgatıcı bulan ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ'a göre ise, "Kimse kendi aleyhine (diğer taraf lehine olarak), üçüncü kişinin davaya katılması için davanın ihbarında bulunmaz.⁷¹ Yine 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.⁷²". Hâlbuki izah edildiği üzere, TMK m. 229 da öngörülen ihbar imkânı HMK m. 63'ün gerekçesinde ifade edilen durum için bir örnek teşkil etmektedir.

G. İspat

Konuya ilişkin ispat külfetinin dağılımı ise şu şekildedir. Gerek hali hazırda malvarlığında mevcut olmayan bu malın belli mal rejiminin devamı süresince edinilmiş mal olarak diğer eşin mülkiyetinde bulunduğu ispatı gerekse söz konusu kazandırmada bulunan eşin edinilmiş malından üçüncü kişiye karşılıksız kazandırmada bulunduğu ispatı, tasfiye sırasında karşılıksız kazandırmaların ve devirlerin artık değer hesabında dikkate alınmasını isteyen eş tarafından ispat edilmelidir. Kazandırmada bulunan eş ise kazandırmalara ilişkin diğer eşin rızasını ispatla yükümlüdür.⁷³ Daha detaylı ifade etmek icab ederse, TMK m. 229 f.1 b.1 hükümleri uyarınca karşılıksız bir kazandırmanın varlığını iddia eden eş, bu kazandırmanın karşılıksız olduğunu, olağan bir hediyenin söz konusu olmadığını ve bu kazandırmanın mal rejiminin sona erdiği tarihten önceki bir yıl içinde gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır.⁷⁴ Bu karşın söz konusu kazandırmanın TMK m. 229 f.1 b.1 bağlamında eklenecek değer olmadığını iddia eden eş ise, diğer eşin bu kazandırmaya rıza gösterdiğini ispat etmek zorunda-

⁷⁰ Bkz. SARI, s. 261.

⁷¹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2016 (ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ, Medeni Usul), s. 491.

⁷² ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ, Medeni Usul, s. 489.

⁷³ CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 208, PN. 2.

⁷⁴ HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 208, PN. 66; FamKomm-STECK, ZGB Art. 208, PN. 9.

dır.⁷⁵ TMK m. 229 f.1 b.2 kapsamında kendi katılma alacağını azaltma kastına dönük bir devri iddia eden eş ise, bilhassa devirde bulunun eşin bu yöndeki kastını ispat etmek zorundadır.⁷⁶

III. TMK M. 229'A BAĞLANAN BİR HUKUKİ SONUÇ OLARAK TMK M. 241 VE İZAHI

A. TMK m. 241'e Göre Dava Açılabilmesinin Şartları

1. Genel Olarak

Üçüncü kişilere karşı dava başlığı altındaki hükmün metni şu şekildedir:

“Tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş veya mirasçuları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir.

Dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer.

Yukarıdaki fıkra hükümleri ve yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”

Madde metni öncelikle eşin her alacağını değil, belli bir alacağını, yani katılma alacağını imtiyazlı kılmıştır. Böylece eşin TMK m. 227'ye göre oluşacak değer artış payı alacağı veya eşler arasında mal rejiminden doğmayan diğer alacaklar, TMK m. 241'in sağladığı korumadan istifade edemeyecektir.⁷⁷ Bu noktada katılma alacağını belirleyen artık değere katılma oranının kanuna göre (TMK m. 236) veya sözleşmeye göre (TMK m. 237) belirlenmiş olmasının bir önemi yoktur.⁷⁸ Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, TMK m. 241'e göre dava açılabilmesinin iki temel koşulu bulunmaktadır. İlk koşul, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaların varlığıdır. İkinci koşul ise, katılma alacağı borçlusunu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetmemesidir.

⁷⁵ HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 208, PN. 66; FammKomm-STECK, ZGB Art. 208, PN. 9.

⁷⁶ HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 208, PN. 66.

⁷⁷ ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch-RYFFEL, ZGB Art. 220, PN. 2; BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, ZGB Art. 220, PN. 19; KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 220, PN. 4; FammKomm-STECK, ZGB Art. 220, PN. 6.

⁷⁸ KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 208, PN. 4.

2. Davanın Şartları

a. Edinilmiş Mallarda Hesaba Katılması Gereken Karşılıksız Kazandırmaların Varlığı

aa. Genel Olarak

TMK m. 240 açık bir biçimde m. 229'a yollama yapmamakla birlikte kanunun sistematüğinden hükmün en önemli amacının bilhassa TMK m. 229'u anlamlı kılmak olduğu daha önce ifade edildi. Fakat TMK m. 229 ile 240'ın muhtevalarının birbirleri ile ne derece örtüştüğü doktrinde tartışmalı olup, hâkim görüş TMK m. 229'daki her iki bendin de yani gerek karşılıksız kazandırmaların gerekse katılma alacağını azaltmaya dönük devirlerin, TMK m. 241 kapsamına girdiği yönündedir.⁷⁹ Bu kısa izahattan da anlaşılacağı üzere TMK m. 241'in izahı ve uygulama alanının belirlenmesi, öncelikle TMK m. 229 ile olan ilişkisinin belirlenmesine, bu maddelerin uygulanma şartları ve muhtevalarının birbirleriyle ne derece örtüşüğünün tespitine bağlıdır.

bb. TMK m. 229'un TMK m. 241 ile Olan İlişkisinin Mahiyeti ve Yargıtay'ın Görüşü

i. Genel Olarak

Her iki maddenin birbirleri ile olan irtibatları hususunda Türk-İsviçre hukuku doktrininde serdedilen görüşlerin izahına geçmeden önce Yargıtay'ın 8. Hukuk Dairesi'nin 20.05.2013 tarihli bir kararında (E. 2012/11057 K. 2013/7419) işaret ettiği hususun bu tartışmaların mihverindeki esas soru(n) olduğunu düşünmekteyiz. Bu soru(n) şöyle formüle edilebilir.

TMK m. 229 ve TMK. 241 birlikte uygulanmak zorunda mıdır ya da TMK m. 241 yalnızca m. 229'a göre eklenecek değer olarak belirlenen üçüncü kişilere yapılmış karşılıksız kazandırmaların ve katılma alacağını azaltmaya dönük devirlerin bir yaptırımını mıdır yoksa TMK m. 229'u da aşan bir uygulama imkânına sahip midir?

ii. TMK m. 229'un TMK m. 241'den Bağımsız Olarak Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

- Sözü geçen kararda her ne kadar bu zorunlu gibi duran bağa işaret etmek üzere Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin **"TMK'nın 229. maddesinin tek başına ve aynı kanunun 241. maddesinden bağımsız olarak ve ayrı yorumlanmak suretiyle uygulanması düşünülemez."** veya aynı karar içinde **"TMK'nın 229. maddesinin TMK'nın 241. maddesinden ayrı**

⁷⁹ BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, ZGB Art. 220, PN. 20; SARI, s. 254; ZEY-TİN, PN. 689; ŞIPKA, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011, s. 340.

ve bağımsız olarak uygulanması mümkün görülmemektedir.” şeklinde dile getirdiği husus bilhassa TMK m. 241’e bakan cihetiyle *kısmen* isabetli ise de, TMK m. 229’un tek başına uygulanamayacağı şeklindeki ifade doğru değildir. Yapılan eleştirinin teşrihi babında şöyle basit bir misal getirilebilir: (A) ile (B) evli olup, 2016 yılında boşanmış olsunlar. Boşandıkları tarihte (A)’nın edinilmiş mal olarak 50.000 TL otomobili olup, ayrıca boşanmadan bir yıl önce kız kardeşine 20.000 TL bağış yapmış olsun. Son olarak 50.000 TL bankada evlenmeden önce biriktirdiği kişisel malı ve hiç borcunun olmadığını düşünelim. (B)’nin (A)’dan olan katılma alacağının hesabında öncelikli olarak bulunması gereken artık değer bulunurken TMK m. 229 gereği kız kardeşine yapmış olduğu 20.000 TL bağış aktif kısma eklenecek ve (A)’nın artık değeri şöyle hesaplanacaktır. Artık Değer: $50.000 + 20.000 = 70.000$. Bu durumda (B)’nin katılma alacağı artık bulunan değer yarısı olduğundan $70.000 / 2 = 35.000$ TL olacaktır. Bu noktada (A)’nın malvarlığı (B)’nin katılma alacağını karşılamaya yettiği sürece TMK m. 241’in uygulanmasına gerek duyulmayacak ve TMK m. 229 gereği fiktif olarak aktif hanesine eklenen değer, (A)’nın mevcut malvarlığından tahsil edilmiş olacaktır. Dikkat edilmesi gereken husus, katılma alacağının tahsili bakımından edinilmiş mal ile kişisel mal arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin katılma alacağının borçlusu eşin bu borçtan ötürü bütün malvarlığıyla sorumlu olduğudur. Görüldüğü üzere TMK m. 229’un uygulandığı her durumda TMK m. 241’in uygulanması ihtiyacı doğmayabilmekte ve TMK m. 229 yalnız başına uygulanabilmektedir. Örneği TMK m. 241’in uygulanmasını gerekli kılacak bir biçimde revize edersek; çiftlerin 2016 yılında boşandıklarını, (A)’nın edinilmiş mal olarak 10.000 TL değerinde bir otomobili olduğunu, hiç borcu bulunmadığını, boşanmadan önceki bir yıl için 50.000 TL kız kardeşine bağışta bulunduğunu ve hiçbir kişisel malvarlığının da bulunmadığını düşünelim. Olayda (A)’nın artık değeri hesaplanırken boşanma tarihindeki edinilmiş malına TMK m. 229 gereği boşanmadan önceki bir yıl içinde yaptığı bağışlama eklenecek, bulunan aktif değer yarısı (B)’nin katılma alacağını teşkil edecektir. Sonuç olarak (B)’nin katılma alacağı $10.000 + 50.000 = 60.000 / 2 = 30.000$ TL’dir. Revize edilmiş örnekte (A)’nın hali hazırdaki mevcut malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetmeyeceği açıktır. İşte bu durumda katılma alacağını temin edemeyen (B), TMK m. 241 gereği alacağının temin edemediği kısmı için (A)’nın kız kardeşine (üçüncü kişiye) dava açabilecektir. Sonuç olarak her iki madde arasındaki zorunlu bağ, her şeyden önce anlam bütünlüğü açısından ele alınmak zorunda olup, bilhassa TMK m. 229 açısından bir birlikte uygulanma zorunluluğunun her zaman mevcut olduğu söylenemez. TMK m. 229’un uygulanacağı fakat TMK m. 241’in uygulama alanı bulamayacağı ihtimallerden bir diğeri ise, eklenecek değerlerin bağışlama veya de-

virlerden kaynaklanmadığı, edinilmiş mala zarar verilmesinden kaynaklandığı ihtimaldir. Böyle bir ihtimalde de her ne kadar zayıf edilen edinilmiş mal, m. 229'a göre fiktif olarak artık değeri arttırmış olsa da, bu artık değerinin yarısına tekabül eden alacağını eşten tahsil edemeyen katılma alacaklısı eşin ortada bir kazandırma olmadığı için m. 241'e göre dava yöneltebileceği 3. bir kişi bulunmadığı için m. 241'in uygulanması söz konusu olmayacaktır.⁸⁰

- Bir diğer TMK m. 229'un uygulanıp m. 241'in uygulanmadığı hal ise şudur: TMK m. 241'in uygulama alanını TMK m. 229 ile sınırlı tutmayan muhtevalarının tam olarak örtüşmediğini ifade eden bir görüşe göre, örneğin TMK m. 229 f. 1 b.2'ye göre eklenecek değer olarak sayılan mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirler, ancak bir "karşılıksız" kazandırma teşkil ettiği ölçüde TMK m.241'in uygulama alanına girecektir.⁸¹ Madde metninin lafzı merkeze alındığında "edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken **karşılıksız kazandırma**" ibaresinin TMK m. 229'un f.1 b. 1'deki "olağan hediyeler dışındaki **karşılıksız kazandırmalar**" ifadesine karşılık geldiği, fakat b. 2'deki "diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirleri" bu devirler karşılıksız bir kazandırma şeklinde tezahür etmediği sürece, bu alternatifini kapsamadığı ileri sürülebilir.⁸² Dolayısıyla bu görüş kabul edildiği takdirde, TMK m. 241'in TMK. m. 229'un yaptırımını olma noktasında yetersiz kaldığı ve koruma ihtiyacını tam olarak karşılamayacağı açıktır. Bu görüşten de hareketle m. 229'da eklenecek değer olarak ifade edilen her kalemin m. 241'in koruması altında olmadığı, maddelerin muhtevalarının tam olarak örtüşmediği söylenebilir. Bahsedilen görüşün benimsenmiş olması kaydıyla bu durumda da TMK m. 229 anlamında korunan, daha doğrusu eşin katılma alacağını arttıran fakat TMK m. 241'in sağladığı korumadan mahrum bir kalem ortaya çıkacaktır. Böylece TMK m. 229 f. 1 b.2'ye göre diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirler ancak "karşılıksız" değilse, b. 2'in şartları oluşmuş ise eşin aktif hanesine yazılacak ve sonuç olarak TMK m. 229, m. 241'den bağımsız olarak uygulama alanı bulacaktır. Maddenin lafzını merkeze alan bu görüşe karşın hâkim sayılabilecek diğer bizim de katıldığımız bir görüş ise, maddedeki ibarenin müsaade ettiği manayı aşacak biçimde TMK m. 241'in b.2'deki devirleri de kapsadığı yönündedir.⁸³

⁸⁰ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 14.

⁸¹ KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 220, PN. 5.

⁸² KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 220, PN. 5.

⁸³ BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Art. 220, PN. 20.

- Bilindiği üzere TMK m. 241'in uygulanabilmesinin şartlarından birisi de borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetmemesi olarak belirlenmiştir. Bu hususa aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olup, bu kısım ilgilendirdiği ölçüde şu ifade edilmelidir ki, zikredilen şartın tespitinde tasfiyenin tamamlandığı tarihteki malvarlığı esas alınmaktadır. Bu tarihte malvarlığı borcu ödemeye müsaitse, tasfiyeyi müteakip malvarlığında meydana gelen azalmalar sebebiyle borcun ödenememesi durumunda TMK m. 241'e göre 3. kişiye dava açılmayacaktır. Dolayısıyla TMK m. 229'a göre eklenen karşılıksız kazandırmalardan yararlanan 3. kişiye karşı, tasfiyenin tamamlandığı tarihte malvarlığının katılma alacağını ödemeye müsait olması, diğer tabirle karşılıyor olması şartıyla TMK m. 241'e göre dava açılmayacaktır. Sonuç olarak, TMK m. 229 uygulandığı halde TMK m. 241 uygulama alanı bulamayacaktır.
- iii. TMK m. 241'in TMK m. 229'dan Bağımsız Olarak Uygulama Bulup Bulamayacağı Sorunu
- Bir görüşe göre, eşin karşılıksız kazandırmaya rıza göstermesi, eşin mal rejiminin tasfiyesi sonucunda katılma alacağının artan kısmı için üçüncü kişilere başvurma hakkından da vazgeçtiği anlamına gelmeyecektir.⁸⁴ Kanaatimizce katılma alacaklısı eşin, yapılan karşılıksız kazandırmalara onay verdiği durumda, katılma alacağının elde edemediği kısmı için üçüncü kişilere başvurabileceğini söylemek, gerek maddenin amacıyla gerekse de dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla söz konusu durumda TMK m. 241'in, TMK m. 229'dan müstakil olarak uygulanma imkânı bulunmamaktadır.
- Fakat doktrindeki hâkim sayılabilecek bir görüş, TMK m. 241'in de m. 229'u aşan biçimde yani ondan bağımsız olarak uygulanabileceğini düşünmektedir. Bu görüşe göre, örneğin mal rejiminin sona erdiği tarihte edinilmiş mal olarak bulunan ve aktif değere yazılan mevcut edinilmiş malın mal rejiminin sona ermesinden sonra üçüncü kişilere bağışlanması durumunda TMK m. 241 uygulanacaktır.⁸⁵

⁸⁴ Bkz. ZEYTİN, PN. 440.

⁸⁵ Bu görüş için bkz. **BSK ZGB I, HAUSHERR/ AEBI-MÜLLER**, ZGB Art. 220, PN. 20; **KUKO ZGB-JAKOB/ PICT**, ZGB Art. 220, PN. 5. Aksi yönde görüş için bkz. **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 7 ve aynı yazarın atfıyla: **DESCHENAUX/ STEINAUER/ BADDELEY**, N. 1393; **HEGNAUER/ BREITSCHMID, GRUNDRISS des EHERECHTS**, N. 26.84; **OTT**, Walter, Der Schutz der Anwartschaft auf den Vorschlagsanteil unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung mit Hilfe der güterrechtlichen Herabsetzungs- und Rückforderungsklage 289 ff., in: FS Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, s. 308; **PIOTET**, Paul, Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, (Aus dem Französischen übersetzt von KatrinSaadaé-Meyenberger), Bern 1987, s. 170.

- Son olarak değinilmesi gerek husus ise, TMK m. 241'e göre açılacak dava-ya konu olacak kazandırmaların muhakkak edinilmiş mala istinat edip etmemesi gerektiği sorunudur. Konuyu bir örnekle izah etmek gerekirse;(A)'nın 100.000 TL değerinde edinilmiş mal sayılan bir arabası ve yine değeri 100.000 TL olan bir kişisel malı olduğunu varsayalım. Eşinin katılma alacağını azaltmak isteyen (A)'nın, eşi (B)'nin katılma alacağını azaltmak kastıyla 100.000 TL civarındaki arabayı çok cüzi bir miktara sattığını ve yine 100.000 TL civarındaki kişisel malını da boşanma davası açılmadan kısa bir süre önce (C) isimli şahsa sattığını varsayarsak, eş (B)'nin katılma alacağı $100.000/2 = 50.000$ TL'dir. (A)'nın elinde bir malvarlığı değeri bulunmadığı için (A),(B)'nin katılma alacağını karşılayamayacaktır. (A) katılma alacağının ödenmesi hususunda kişisel mal-edinilmiş mal ayrımı yapılmaksızın bütün malvarlığı ile sorumlu olduğu için, şayet (C)'ye kişisel malından bağışta bulunmasa idi (B) katılma alacağını (A)'nın kişisel malından temin edecekti. Bu noktada alacaklı eşin alacağını temin edemediği durumda, daha önce karşılıksız devredilmiş kişisel mala başvurup başvuramayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde bu durumda da TMK m. 241'e gidilebileceğini savunan görüşe, gerek maddenin açık ifadesi gerekse bu durumun edinilmiş mal ile kişisel mal arasındaki sınırı anlamsızlaştıracağı düşünüldüğünde katılmak güç gözükmektedir.⁸⁶

b. Katılma Alacağı Borçlusuz Eşin Malvarlığının Katılma Alacağını Karşılamaya Yetmemesi

aa. Genel Olarak

TMK m. 241'in uygulama alanı, bilhassa madde metninde kullanılan "karşılıksız kazandırma" ifadesinin şümulü ve m. 229 ile olan münasebeti ile alakalı yapılan tespit ve açıklamalardan sonra, maddeye göre üçüncü kişilere açılacak davanın şartlarına tekrar dönülecek olursa; dile getirilecek diğer önemli bir şart, borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin katılma alacağını karşılamaya yetmemesi ve mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda alacağın mirasçılardan da tahsil edilememesidir.⁸⁷

Bu noktada bilhassa vurgulanmaya muhtaç husus, katılma alacağı için eşin bütün malvarlığı ile yani edinilmiş ve kişisel malları kapsayacak biçimde so-

⁸⁶ Kişisel mallardan yapılan bağışlamalara dahi TMK m. 241'e göre dava açılabilirliğini ve TMK m. 241'in uygulama alanını son derece genişleten bu görüş için bilhassa bkz. **BernerKomm-HAUSHERR/ GEISER/ REUSSER**, ZGB Art. 220, PN. 14 ff.; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 220, PN. 9; **RYFFEL**, in: **KOSTKIEWICZ/ NOBEL/ SCHWANDER/ WOLF**, Art. 220, PN. 3; Aksi yönde görüş için **KUKO ZGB-JAKOB/ PICT**, ZGB Art. 220, PN. 2 ve ilgili yerde zikredilen yazarlar.

⁸⁷ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, Art. 220, PN. 7.

rumlu olmasıdır.⁸⁸ Hatta mal rejiminin sona erdiği tarih ile tasfiyenin tamamlandığı tarih arasındaki malvarlığına giren kalemler de borçtan sorumlu malvarlığının bir parçası olarak dikkate alınacaktır.⁸⁹ Borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetip yetmediğinin tayininde tasfiyenin tamamlandığı⁹⁰ tarih mühim olup, borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetip yetmediği hususunda, tasfiyenin neticelendirildiği tarihte borçlu eşin malvarlığının arz ettiği durum dikkate alınacaktır.⁹¹ Borçlu eşe ait bütün edinilmiş ve kişisel mallardan teşekkül eden mallara ilişkin kıymet takdiri ise, malların sürüm değeri göz önünde bulundurularak yapılacaktır.⁹²

bb. Malvarlığı Değerlerinde Tasfiye Sonrası Meydana Gelecek Artma ve Azalmalar Sorunu

Peki, acaba malvarlığı değerlerinde tasfiye sonrası meydana gelecek artma ve azalmalar veya tasfiyenin tamamlandığı tarihte katılma alacağını karşılayacak durumda olan borçlu eşin malvarlığının sonradan bu borcu karşılayamayacak duruma gelmesi veya tam tersi tasfiyenin tamamlandığı tarihte borcu karşılayamayacak durumda olan malvarlığının sonradan borcu karşılayacak duruma gelmesi gibi hallerde bu değişiklikler dikkate alınacak mıdır? Sorunun cevabı doktrinde tartışmalı olup, kanunun lafzını dikkate alan⁹³ birinci görüşe göre bu değişiklikler dikkate alınmayacaktır. Bu görüşe göre, malvarlığının borcu karşılamaya yetip yetmediğinin tayininde merkeze alınacak tarih, tasfiyenin sonlandığı tarih olup; bu tarihten sonraki değişikliklerin bir ehemmiyeti olmayıp, yuridite sorulan soruya verilecek cevap hayırdır.⁹⁴

Doktrinde savunulan ikinci bir görüşe göre ise, kural olarak malvarlığındaki tasfiye sonrası artışlar dikkate alınmamalıdır. Ancak tamamen istisnai bir durum olarak, malvarlığında meydana gelen iyileşmeler veya artışlar sebebiyle borçlu eşin malvarlığı (veya terekesi) borcu karşılamaya yetecek duruma gelir-

⁸⁸ **ŞEKER**, Muzaffer, “Eşin ve Eşlerin Üçüncü Kişilerle Yaptıkları Hukuki İşlemlerden Kaynaklanan Borçlarından Dolayı Cebri İcra Yoluyla Takipleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 68, 2008 (İcra Yolu ile Takip), s. 2616, Yazar haklı bir biçimde yapılan bir yanlışa işaret etmekte, eşlerin borçlarından dolayı sorumluluklarının izahında edinilmiş mal-kişisel mal ayrımı yapılamayacağını ifade etmektedir.

⁸⁹ **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 220, PN. 5.

⁹⁰ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 1; **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 220, PN. 6.

⁹¹ **RYFFEL**, in: **KOSTKIEWICZ/NOBEL/SCHWANDER/WOLF**, ZGB Art. 220, PN. 4.

⁹² **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 220, PN. 6; **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 1; **ZEYTİN**, PN. 691.

⁹³ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, ZGB Art. 220, PN. 24.

⁹⁴ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 1; **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 220, PN. 6; Bu yazının atfıyla: **DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY**, N. 1397.

se, bu durumun katılma alacaklısı eşin alacağını talep etmesinden önce gerçekleşmiş olması koşuluyla malvarlığındaki bu artışlar dikkate alınmalı, yani TMK m. 241'e göre 3. kişiye dava açılmamalıdır; çünkü katılma alacağından ötürü borçlu eşin sorumluluğu asıl olup, karşılıksız kazandırmalardan istifade eden 3. kişilerin sorumluluğu ise talidir.⁹⁵ Yine ikinci görüşe göre, tasfiyenin tamamlandığı tarihte borçlu eş katılma alacağını ödeyecek durumda ise veya diğer tabirle bu tarihteki malvarlığı katılma alacağını karşılamaya yetiyorsa, tasfiyenin tamamlandığı tarihten sonra, örneğin değer kaybı, satım, zayi olmak veya borçlarının artışı sebeplerinden biriyle malvarlığında meydana azalma veya eksilmeler⁹⁶ şeklinde meydana gelecek olumsuz birtakım değişiklikler dikkate alınmayacak; yani karşılıksız kazandırmalardan istifade eden 3. kişilere karşı TMK m. 241'e göre dava açılmayacaktır. Bu durumda bahsi geçen olumsuzluklar, alacaklı eşin aleyhine gerçekleşecek olup, dikkate alınmayacaktır.⁹⁷ İkinci görüşün dezavantajı, borçlu eşin malvarlığında meydana gelecek artışın geçici olması durumunda ortaya çıkacaktır. Zira bu durumda katılma alacaklısı eş, 3. kişiye karşı dava açma hakkını kaybedecek ve katılma alacağı yükümlüsü eşin malvarlığının sonradan yine katılma alacağını karşılayamayacak duruma gelmesi halinde bundan doğan rizikoya katlanmak zorunda kalacaktır.⁹⁸

Sorunu bir örnek üzerinden açmak gerekirse;(A) ve (B) çifti arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin 06.06.2016 tarihinde açılan boşanma davasıyla sonlandığını ve başlayan tasfiye sürecinin 07.07.2017 tarihinde tamamlandığını varsayalım. Tasfiyenin neticesinde (B)'nin katılma alacağının 50.000 TL olduğunu, tasfiye tarihi itibarıyla borçlu eş (A)'nın ise malvarlığındaki değerlerin sürüm değerinin toplam 40.000 TL olduğunu ve (B)'nin alacağını karşılamaya yetmediğini düşünelim. Fakat tasfiyenin tamamlandığı tarih olan 07.07.2017 tarihinden sonraki herhangi bir tarihte, (A)'nın malvarlığında bir sebeple artış yaşandığını ve malvarlığının 55.000 TL'ye ulaşması durumunda, (B)'nin artışın yaşandığı tarihten önce alacağını talep etmemiş olması koşuluyla;(B), (A)'nın boşanmadan önceki bir yıl içinde 10.000 TL kazandırma yaptığı (C)'ye gide-

⁹⁵ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 23; **FammKomm-STEICK**, Art. 220, PN. 10.

⁹⁶ Her ne kadar alacaklı eş bu yüzden korunaksız gibi gözüke de, katılma alacağının tehlikeye düşmesinden endişe eden alacaklı eş, her halükarda katılma alacağının borçlusu eşin malvarlığı değerleri üzerinde ihtiyati haciz talep edebilir. Buna göre katılma alacaklısı eş, şayet borçlu eşin, "taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla mallarını gizlemeğe, kaçırmağa veya kendisi kaçmağa hazırlanır yahut kaçar ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunursa" İİK m. 257 f.2 b. 2'ye göre borçlu eşin elinde veya üçüncü kişilerde bulunan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklarını ihtiyaten haczettirebilecektir.

⁹⁷ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 24; **FammKomm-STEICK**, ZGB Art. 220, PN. 10.

⁹⁸ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 24.

meyecek, alacağını öncelikli olarak (A)'dan tahsil etmeye çalışacaktır. Aynı örnekte tasfiyenin tamamlandığı tarih olan 07.07.2017'de (A)'nın malvarlığındaki değerlerin sürüm değerinin 60.000 TL olduğunu, dolayısıyla (B)'nin katılma alacağını karşılamaya yettiğini fakat tasfiyenin tamamlandığı tarihten sonraki bir zamanda azalarak 40.000 TL'ye düştüğü durumda (B), (C)'ye gidemeyecek; zira azalma ve eksilmeler alacaklı eşin aleyhine gerçekleşecektir. Çünkü tasfiyenin tamamlandığı tarihte (A)'nın malvarlığı (B)'nin katılma alacağını karşılamaya yettiği için TMK m. 241'e göre 3. kişiye yani (C)'ye başvurmanın şartları oluşmamıştır. Buna karşın ilk görüş kabul edildiği takdirde, bunun sonuçları aynı örnek üzerinden farklı sonuçlara sebebiyet verecektir. Tasfiyenin neticesinde (B)'nin katılma alacağının 50.000 TL olduğunu, tasfiye tarihi itibarıyla borçlu eş (A)'nın ise malvarlığındaki değerlerin sürüm değerinin toplam 40.000 TL olduğunu ve (B)'nin alacağını karşılamaya yetmediğini düşünelim. Fakat tasfiyenin tamamlandığı tarih olan 07.07.2017 tarihinden sonraki herhangi bir tarihte, (A)'nın malvarlığında bir sebeple artış yaşandığı ve malvarlığının 55.000 TL'ye ulaştığı durumda bu artış dikkate alınmayacak, katılma alacaklısı eş (B),(A)'nın kazandırmada bulunduğu 3. kişi (C)'ye karşı TMK m. 241'e göre dava açacak ve katılma alacağının (A)'dan tahsil edemediği kısımla sınırlı olmak üzere (C)'den -(C)'ye yapılan karşılıksız kazandırmanın miktarı ile sınırlı olarak - bu eksik kısmın iadesini isteyecektir. Tasfiyeyi müteakip borçlu eşin malvarlığında bir sebeple meydana gelen olumsuzlukların dikkate alınmayacağı, tasfiye sonrası borçlu eşin malvarlığı müsaitse TMK m. 241'e göre üçüncü kişiye gidilemeyeceği hususunda her iki görüş örtüştüğü için bu noktada sonuçları da aynı olacaktır.

cc. Tasfiye Sonrası Ödeme Güçsüzlüğünün Tespitinde Gelecekteki Gelirlerin de Belirleyiciliği Sorunu

Alacaklı eşin TMK m. 241'e göre üçüncü kişilere açacağı davanın bir şartı olarak "katılma alacağının karşılanmaması" koşulunda, borçlunun malvarlığının tasfiyenin tamamlanmasından sonraki durumunun esas olduğu ifade edildi. Ancak bu tespite ilişkin tartışma, bu tasfiyeyi müteakip bu malvarlığındaki artış ve azalmaların nasıl değerlendirileceğinden ibaret olmayıp; bir diğer sorun ise, tasfiye sonrası ödeme güçsüzlüğünün tespitinde gelecekteki gelirlerin de belirleyici olup olmayacağı meselesidir.

Katılma alacağı yükümlüsü eşin borçlu olduğu miktarı bir anda ödeyeme ve katılma alacağının ve değer artış payının derhal ödenmesinin borçlu eş için ciddi güçlükleri beraberinde getirebilecek olması ihtimaline binaen kanun koyucu, borçlu eşe TMK m. 239'da ödemelerin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilme imkânı getirmiştir. Bu durumda borçlu eş, katılma alacağını belli şartlar altında gelecekteki gelirlerinden de karşılayabilmektedir. Bu noktada doktrinde tasfiye sonrası ödeme güçsüzlüğünün tespitinde, borçlunun gelecek-

teki gelirlerinin de dikkate alınıp alınmayacağı sorusu ortaya atılmıştır.⁹⁹ Her şeyden önce tespiti gereken husus, TMK m. 239'a göre ödemenin ertelenmesini isteyen borçlu eşin, bir teminat gösterme yükümlülüğü altında bulunmaması sebebiyle katılma alacağını ilerde muhakkak ödeyeceği yönünde bir kesinliğin bulunmadığıdır.¹⁰⁰ Borçlu eşin katılma alacağını ödemeyeceğinin ortaya çıktığı tarihte, alacaklı eşin artık TMK m. 241'e göre 3. kişiye de başvurma imkânının bulunmayabileceği riski karşısında, haklı olarak ödeme güçsüzlüğünün tespitinde borçlu eşin gelecekteki gelirlerinin dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir.¹⁰¹ Son olarak borçlu eşe TMK m. 239 f.2'ye göre bir süre verildiği ve borcun ifasının ertelendiği durumlarda, alacaklı eşin bu sürenin dolmasından önce TMK m. 241'e göre 3. kişilere başvuramayacaktır.¹⁰² Katılma alacağının ifası için borçlu eşe bir süre tanındığı durumlarda alacaklı eşin henüz bu süre dolmadan önce 3. kişiye dönük talebi karşısında, borçlu eş henüz sürenin dolmadığı def'ini, süre dolduktan sonra kendisine başvurulması durumunda ise öncelikle asıl borçlu eşe başvurulması gerektiği def'ini ileri sürebilecektir.¹⁰³

B. Üçüncü Kişinin Sorumluluğunun Sınırı ve İade Yükümünün Kapsamı

Alacaklı eşin katılma alacağının borçlu eşten tahsil edemediği daha doğru tabirle borçlu eşin malvarlığının karşılama yetmediği kısım, iade yükümlülüğünün üst sınırını çizmektedir.¹⁰⁴ Üçüncü kişi tarafından tamamlanmak zorunda olunan eksik kısım, tasfiyenin tamamlandığı tarihte borçlu eşin malvarlığının karşılama yetmediği kısım olup, bu miktar şayet üçüncü kişiye yapılan kazandırmaların bu kazandırmaların yapıldığı tarihteki değerini aşarsa bunu TMK m. 241'e göre üçüncü kişiden talep edebilmesi mümkün değildir.¹⁰⁵ Bu anlamda 3. kişiye yapılan kazandırmanın değerinde kazandırmanın yapılmasından sonraki zaman diliminde meydana gelen artışlar ehemmiyetsiz olup, 3. kişiden talep edilebilecek miktarın üst sınırı olarak kazandırmanın yapıldığı tarihteki değer esas alınmaya devam edecektir.¹⁰⁶ Söz konusu kazandırmanın yapıldığı tarihteki değeri, tasfiyenin tamamlandığı tarihe nazaran bir değer kaybına uğramışsa TMK m. 241'deki miras hukukundaki tenkis hükümlerine yapılan atıftan

⁹⁹ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 22.

¹⁰⁰ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 22.

¹⁰¹ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 22; BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, ZGB Art. 220, PN. 21; ZEYTİN, PN. 691.

¹⁰² BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 22.

¹⁰³ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 22, 29.

¹⁰⁴ FammKomm-STECK, ZGB Art. 229, PN. 11.

¹⁰⁵ FammKomm-STECK, ZGB Art. 229, PN. 12; CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 220, PN. 4.

¹⁰⁶ FammKomm-STECK, ZGB Art. 229, PN. 12.

hareketle, kazandırmadan istifade eden 3. kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılacaktır.¹⁰⁷ Kazandırmadan istifade eden 3. kişi şayet kendisine yapılan kazandırma nedeniyle, yaşamın olağan akışına göre çok büyük bir ihtimalle alacaklı eşin katılma alacağından kısmen veya tamamen mahrum kalacağını, bu kazandırmanın katılma alacağının ifasını imkânsızlaştıracağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kötüniyetli sayılacaktır.¹⁰⁸ Buna göre, kazandırmadan yararlanan kimsenin kötüniyetli kabul edilebilmesi şu hususları biliyor olması şartına bağlanmıştır:¹⁰⁹

- Söz konusu malın diğer eşin edinilmiş malı veya edinilmiş malına eklenecek bir değer olduğunu,
- Muhtemel katılma alacaklısı eşin bu işleme ilişkin rızasının bulunmadığını,
- Şayet TMK m. 229 f.2 b.2'ye göre diğer eşin katılma alacağını azaltmaya dönük bir devir söz konusu ise, devreden eşin zararına işlemi bilerek yaptığını,
- Yapılan kazandırmanın eşin malvarlığında meydana getireceği azalma veya bu azalmanın sebebiyet vereceği gelişmeler nedeniyle, kazandırmada bulunan eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetmeyeceği. (Yaşamın olağan akışına göre kazandırmada bulunan eş, tasfiye tarihinde diğer eşin katılma alacağını karşılayacak ciddi ölçüde kişisel malvarlığına sahipse bu son şart gerçekleşmemiş sayılacaktır.)

İyiniyetin aranacağı an kural olarak, kazandırmanın yapıldığı tarihtir. Bu tarihten sonra, lehdarın kendisine yapılan kazandırmanın mal rejimi hükümleri uyarınca tenkise tabi olduğunu öğrenmesi, daha doğrusu iyiniyetin ortadan kalkması durumunda, lehdar bu tarihten sonra vuku bulacak hadiseler ve davranışlarla ilgili kötüniyetli lehdarın tabi olduğu sorumluluk hükümlerine, bu tarihten önce ise iyiniyetli lehdarın tabi olduğu hükümlere göre sorumlu olacaktır.¹¹⁰

Şayet lehdar kendisine yapılan kazandırmanın mal rejimi hükümleri kapsamında (TMK m. 241, 229)tenkise tabi olacağını bilmiyor veya bilmek zorunda değilse iyiniyetli sayılacaktır.¹¹¹

İyiniyetli ve kötüniyetli zilyedin iade yükümlülüğüne gelince, iyiniyetli lehdar açısından TMK m. 241 f.3'te miras hukuku hükümlerine yapılan açık

¹⁰⁷ FammKomm-STECK, Art. 229, PN. 12.

¹⁰⁸ KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 220, PN. 8; ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch-RYFFEL, ZGB Art. 220, PN. 5; OTT, s. 315; BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 37; FammKomm-STECK, ZGB Art. 220, PN. 12.

¹⁰⁹ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 37.

¹¹⁰ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 38.

¹¹¹ OTT, s. 315; BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 37.

yollama gereği, kural olarak eşya hukukunda haksız zilyedin hukuki durumunu düzenleyen TMK m. 993-995 hükümleri değil; tenkise tabi sağlararası kazandırmalarda kazandırmadan istifade eden iyiniyetli kimsenin iade borcunu düzenleyen TMK m. 566 hükmünün düzenlemesi kıyasen uygulanacaktır. Zira TMK m. 229 kapsamındaki kazandırmalar için m. 241'in yollama yaptığı m. 566, iyiniyetli zilyedin iade yükümünü özel olarak düzenlemiştir.¹¹²

1. İyiniyetli Zilyedin İade Yükümü

İyiniyetli zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamından başlamak gerekirse, TMK m. 566'ya göre kazandırmadan istifade eden kişi bir görüşe göre *mal rejiminin sona erdiği tarihte*¹¹³, diğer bir görüşe göre - ki bu hâkim görüş olarak nitelendirilebilir- kendisine *davanın açıldığı tarihte*¹¹⁴, üçüncü bir görüşe göre ise *tasfiye tarihinde*¹¹⁵ kendisine yapılan kazandırmadan elinde kalan kısmı vermekle yükümlüdür.¹¹⁶

TMK m. 566'nın kıyasen uygulanmasından aşağıdaki sonuçlar çıkacaktır.

Şayet kazandırma konusu değer hala mevcut ise ve mal rejiminin sona ereceği tarihe kadar değerini korudu ise, 3. kişinin sorumluluğu en fazla kazandırmanın yapıldığı tarihteki değeriyle sınırlı olacaktır.¹¹⁷

Davanın açıldığı tarihte, kazandırma konusu şey mevcut olmakla birlikte malın edinildiği tarihe nazaran bir değer kaybına uğramışsa, malın hali hazırdaki değeri iyiniyetli kazandırmadan istifade eden 3. kişinin sorumluluğu açısından üst sınır teşkil edecektir.¹¹⁸

Kazandırma konusu şey şayet kazandırmanın muhatabı lehdar tarafından başka bir kimseye satılmışsa, kazandırmadan istifade eden iyiniyetli lehdarın

¹¹² OTT, s. 315.

¹¹³ OTT, s. 317; HAUSHERR/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht, PN. 12.145.

¹¹⁴ SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, PN. 397; BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, ZGB Art. 220, PN. 24; ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch-RYFFEL, ZGB Art. 220, PN. 5; FammKomm-STEICK, ZGB Art. 220, PN. 12; KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 220, PN. 8.

¹¹⁵ FELLMANN, Verantwortlichkeit, s. 134 ff. (Aktaran: FammKomm-STEICK, Art. 220, PN. 12)

¹¹⁶ OTT, s. 317.

¹¹⁷ OTT, s. 318.

¹¹⁸ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 38; OTT, s. 318, değer belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağını belirlerken mal rejiminin sona erdiği tarihi esas alması suretiyle, HAUSHERR/REUSSER/GEISER'den ayrılıyor ise de; iyiniyetli lehdarın iade yükümlülüğünün içeriği noktasında aynı düşünülmektedir. OTT'a yapılan her atfta yazarın değer belirlenmesinde esas aldığı tarihin mal rejiminin sona erdiği tarih olduğunu kabul ettiği unutulmamalıdır.

sorumluluğu, mal değerinin altında satılmış olsa bile bu satımdan elde edilen gelirle sınırlı olacaktır.¹¹⁹

Kazandırma konusunun kaybolması veya yok olması durumunda, kazandırmadan yararlanan kimseye bir kusur isnat edilebilse bile, kazandırma lehdarı sorumlu olmayacaktır.¹²⁰ Kazandırma konusuna şayet zarar verildi ise, aynı şekilde kendisine bu hususta bir kusur yüklenebilse bile, eşyanın mal rejiminin sona erme anındaki değeriyle sınırlı olarak sorumlu olacaktır. Kazandırma konusu şayet tüketildi ise, sorumluluk bu tüketim dolayısıyla tasarruf edilen meblağla sınırlı olacaktır.¹²¹ Üçüncü bir kimseye karşılıksız temlik edildi ise, bu durumda sorumluluk ortadan kalkacaktır.¹²²

İyiniyetli lehdar yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları TMK m. 994'e kıyasen isteyebilecek, diğer masraflar için ise tazminat isteyemeyecektir.¹²³ Son olarak, yapılan kazandırma sebebiyle iyiniyetli lehdar aleyhine oluşan vergi veya temlik masrafları gibi birtakım masraflar da zenginleşme miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.¹²⁴

2. Kötüniyetli Zilyedin İade Yükümü

Şayet lehine kazandırmada bulunulan 3. kişi kötüniyetli ise, TMK m. 566 eşya hukukundaki iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere yollama yaptığı için, bu durumda 3. kişinin sorumluluğunun kapsamı TMK m. 995 hükümlerine göre belirlenecektir.¹²⁵ Eski Medeni Kanun m. 508'de (TMK m. 566) sağlararası tenkise tabi kazandırmalarda lehdarın iyiniyetli olması durumu düzenlenmiş, fakat lehdarın kötüniyetli olması durumu ile alakalı bir hüküm sevk etmemiştir.¹²⁶ Esasen mehz İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 528'de de durum farklı olmayıp, sadece iyiniyetli lehdarın durumu düzenlenmiş olup kötüniyetli lehdarın sorumluluğunun kapsamı belirlenmemiştir.¹²⁷ Kanaatimizce miras hukukundaki tenkis davasında kötüniyetli zilyedin iade yükümlülüğününün TMK 566 f. 2 üzerinden TMK m. 995'e yapılan yollama yoluyla çözülmesi yerinde olmamıştır. Zira, gerek miras hukukundaki

¹¹⁹ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 38; OTT, s. 318.

¹²⁰ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 38; OTT, s. 318.

¹²¹ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 38; OTT, s. 318.

¹²² OTT, s. 318.

¹²³ OTT, s. 318.

¹²⁴ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 38.

¹²⁵ DURAL/ÖZ, Miras Hukuku, PN. 1343.

¹²⁶ İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 284; DURAL/ÖZ, Miras Hukuku, PN. 1344.

¹²⁷ BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, ZGB Art. 528, PN. 7.

sağlararası kazandırmadaki lehdarın gerekse mal rejiminde lehine kazandırmada bulunulan 3. kişinin kötünietli, bu zilyetliğin bir aynı veya sınırlı aynı veya nisbi hakka istinad ediyor oluşu hasebiyle, TMK 995'teki - örneğin malı çalan veya çalındığını bilen¹²⁸ ve bir malı haksız biçimde elinde bulunduran - zilyedin kötünietine nazaran daha hafiftir.¹²⁹ Türk hukukunda her ne kadar kötünietli zilyedin durumu için TMK m. 566 üzerinden m. 599'a yollama yapılmış olsa dahi, lehdarın kötünietli olması durumunda İsviçre hukukunda öğreti ve yargı kararları ile geliştirilen çözüm tarzı ve prensipler¹³⁰ uygun düştüğü ölçüde dikkate alınmalıdır. Bu noktada kazandırmadan istifade eden kötünietli 3. kişinin sorumlu olduğu miktar, şayet kazandırma yapılmamış olsaydı katılma alacaklısı eşin elde edeceği miktardan daha az olamayacaktır.¹³¹ Fakat sürekli göz önünde bulundurulması gereken husus, 3. kişiye yapılan kazandırmanın hukuken geçerli bir sebebe istinat ediyor olduğu, dolayısıyla TBK m. 77 vd. hükümleri uyarınca bir sebepsiz zenginleşme olmadığıdır.¹³² Kazandırmadan istifade eden 3. kişinin kötünietli olması durumunda sorumluluğu şu şekilde belirlenecektir:

- Şayet kazandırma konusu eşya bir başkasına düşük bir meblağ mukabilinde satılmış ise, kötünietli 3. kişinin sorumluluğu bu oranda azalmayacaktır. Sorumluluk kazandırmanın yapıldığı tarihteki değerle sınırlandırılmıştır. Kazandırmanın konusu eşyadan yararlanan 3. kişi, kazandırma konusu şeyin fiyatındaki dalgalanmalardan doğan risklere, örneğin fiyattaki düşüşlere de katlanacaktır. Sonuç olarak, davanın açıldığı tarihte mevcut olan fakat değerini kaybetmiş olan şey için lehdarın sorumluluğu, yine de kendisine kazandırmanın yapıldığı tarihteki değere göre belirlenecektir. Kazandırma konusu şeyin fiyatında artışlar olsa bile, sorumluluk kazandırmanın yapıldığı tarihteki değeri aşmayacaktır.¹³³
- Kazandırma konusunun tüketilmiş olmasının iade yükümlülüğü üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.¹³⁴
- Kazandırma konusu, lehdarın bir kusuru olmaksızın bir kaza eseri veya mücbir sebepten ötürü yok olursa, kötünietli lehdarın sorumluluğu ortadan kalkacaktır.¹³⁵

¹²⁸ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 129.

¹²⁹ OTT, s. 315.

¹³⁰ OTT, s. 316-317.

¹³¹ OTT, s. 316; BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 39.

¹³² BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 39; FammKomm-STECK, ZGB Art. 220, PN. 12.

¹³³ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 39; OTT, s. 317.

¹³⁴ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 39; OTT, s. 317.

- Kötüniyetli lehdarın sorumluluğu, kazandırmayı elde ettiği tarihteki değerle sınırlı olduğu için, elde ettiği ürünler lehdarın sorumluluk miktarının belirlenmesinde kural olarak dikkate alınmayacak olup, ancak kötüniyetli lehdarın mücbir sebeple veya yaptığı zorunlu masraflar sebebiyle iade yükümlülüğünün, diğer tabirle sorumluluğunun azaldığı durumlarda, bu azalan miktarı telafi etmek üzere dikkate alınabilecektir.¹³⁶
- Zorunlu masraflarını talep edebilecek olan kötüniyetli lehdar, faydalı masrafları ise isteyemeyecektir. Kazandırma sebebiyle kötüniyetli lehdar aleyhine oluşan vergi veya temlik masrafları gibi birtakım masraflarsa, zenginleşme miktarının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Çünkü bu masrafların sebebi yapılan kazandırma olup, bu kazandırma yapılmamış olsa bu masraflar da doğmayacaktır. Son olarak yapılan kazandırmaya mukabil lehdar şayet karşı edimde bulunmuş ise, sorumluluk miktarında bu oranda indirime gidilecektir.¹³⁷

C. Miras Hukuku Hükümlerinin Kıyasen Uygulanması Meselesi

Miras hukukunda açılacak tenkis davasına yapılacak yollama sebebiyle miras hukukundaki tenkise ilişkin hangi hükümlerin kıyasen uygulanacağını, hangi hükümlerin uygulanmaya elverişli olmadığına tespiti önem arz etmektedir. Bu bölümde kıyasen uygulanması daha ittifakla kabul edilen ve uygulanması kabul edilmekle birlikte aynı ölçüde kabul görmeyen hükümler irdelenecektir.¹³⁸

¹³⁵ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 39; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 220, PN. 12; Haklı olarak buradaki kötüniyetli kazandırma ile TMK m. 995'te ifade edilen haksız zilyedin bir tutulamayacağını ifade etmektedir. **DURAL/ÖZ**, Miras Hukuku, PN. 1343. TMK m. 995 hükmünden hareketle, kazandırma lehdarı kazandırma konusunun kendi kusuru olmaksızın bir kaza sonucu zayı olduğunu veya değer azalmasına uğradığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

¹³⁶ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, ZGB Art. 220, PN. 39.

¹³⁷ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, ZGB Art. 220, PN. 39; Lehine kazandırmada bulunulan 3. kişinin iyiniyetli olup olmamasının ehemmiyeti şu örnek üzerinden gösterilebilir: (A) ile (B) evli olup (A), (C) isimli şahsa 80.000 TL kıymetinde kıymetli evrak bağışlamıştır. Katılma alacağının 35.000 TL'lik kısmını (A)'dan tahsil edemeyen (B), (A)'dan temin edemediği kısım için (C)'ye dava açacaktır. Ancak davanın açıldığı tarihte kıymetli evrakin değeri 25.000 TL'ye düşmüştür. (C) şayet iyiniyetli ise, davanın açıldığı tarihteki zenginleşme ölçüsünde sorumlu olacak; sadece 25.000 TL ödemek zorunda kalacaktır. Fakat (C) kötüniyetli ise, 80.000 TL'ye kadar sorumlu olabilecektir. Örnek için bkz. **OTT**, s. 319.

¹³⁸ Şu hükümlerin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. TMK m. 560 (ZGB Art. 522), TMK m. 562 (ZGB Art. 524), TMK m. 563 f. 2 (ZGB Art. 525 Abs. 2), TMK m. 565 (ZGB Art. 527), TMK m. 568 (ZGB Art. 530), TMK m. 569 (ZGB Art. 531), TMK m. 571 (ZGB Art. 533), TMK m. 576 (ZGB Art. 538 Abs. 2). Bkz. **KUKO ZGB-JAKOB/PICHT**, ZGB Art. 220, PN. 9; **ZEYTİN**, PN. 716.

- Miras hukukunda mirasçıların saklı paylarını ihlal eden ölüme bağlı tasarrufların ve sağlararası kazandırmaların tenkisi, TMK m. 561, 563, ve m. 570’te düzenlenmiştir. TMK m. 229’da açıkça ifade edilmese de, mehzaz kanun İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGBArt. 208) Fransızca metninde açık biçimde “*entrevifs*” sağlar arasında kaydının geçtiği, her ne kadar Almanca metinde açık biçimde sağlararası kaydı bulunmasa da bu kanunun, amaç ve anlamından ayrıca metnin bağlamından rahatça anlaşılabilceği ifade edilmiştir. Zira evlilik birliğinden doğan mal rejiminin tasfiyesi terekenin tasfiyesine takaddüm edeceği için, ölüme bağlı bir tasarrufla edinilmiş mal azaltılmayacaktır. Sonuç olarak TMK m. 241’e göre açılacak davalar, sağlararası kazandırmalara inhisar etmektedir. Çünkü ölüme bağlı tasarruflarda borçlu eşin malvarlığından çıkmış bir değer söz konusu değildir. Bu durumda ölüme bağlı kazandırmaların tenkisini düzenleyen TMK m. 563 f. 2’nin TMK m. 241’e göre açılacak bir davada uygulanmasına gerek olmadığı gibi, bu mümkün de değildir. TMK m. 570 gereğince murisin tenkise tabi birden fazla işlemi olması durumunda, tenkis davasının öncelikle ölüme bağlı tasarruflara karşı açılacağı, ölüme bağlı tasarrufların ise bunlar her ne kadar değişik tarihlerde düzenlenmiş olsalar bile **aynı anda hüküm doğuracakları için, birlikte ve orantılı olarak tenkise tabi olacağı düzenlenmiştir.**¹³⁹ TMK m. 229 gereği 3. kişilere kazandırmada bulunan eşin **birden fazla kişiye aynı anda** kazandırmada bulunduğu durumda, TMK m. 563 f. 1 kıyasen uygulanabilecektir.¹⁴⁰ Bir örnek üzerinden izah etmek gerekirse¹⁴¹; (E) ile evli olan (K) isimli kadın, 50. yaş gününde oğlu (A)’ya 30.000 TL, diğer oğlu (B)’ye 20.000 TL, kızı (C)’ye 10.000 TL bağışlamıştır. Bağışlamaların üzerinden bir yıl geçmeden (K), eşi (E)’ye boşanma davası açmıştır. Mal rejiminin sona erdiği tarihte, kadının edinilmiş malları 12.000 TL olup, adamın herhangi bir edinilmiş malı bulunmamaktadır. Adamın katılma alacağı, $(12.000+30.000+20.000+10.000)/2 = 36.000$ TL’dir. Kadının malvarlığı 12.000 TL’lik edinilmiş mallardan ibaret olduğu için, katılma alacağının kadından temin edilemeyen $36.000-12.000=24.000$ TL’lik kısmı için adam boşanmadan önceki bir yıl içinde yapılan bağışlamaların TMK m. 241 gereği katılma alacağının eksik kalan kısmı (24.000 TL) için kendisine parasal olarak iadesini isteyecektir. Olaydan birden fazla kişiye aynı anda kazandırma söz konusu olduğu için, her bir lehdarın iade edeceği meblağ TMK m. 563’e kıyasla birlikte ve orantılı olarak yapılacaktır. Kazandırmaların birbirlerine oranı 3/2/1 şeklinde olup, her bir pay

¹³⁹ İMRE/ERMAN, s. 290.

¹⁴⁰ BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, ZGB Art. 220, PN. 35; OTT, s. 314; KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 220, PN. 9.

¹⁴¹ OTT, s. 314.

24.000/6=4.000 TL'dir. Buradan (A)'nın iade yükümü $4.000 \times 3 = 12.000$ TL,(B)'nin iade yükümü $4.000 \times 2 = 8.000$ TL,(C)'nin iade yükümü ise $4.000 \times 1 = 4.000$ TL'dir.

- TMK m. 561'de ise, kanun koyucu mirasbırakanın saklı paylı mirasçılara saklı paylarını zaten sağlamak zorunda olduğu düşüncesinden hareketle,¹⁴² saklı pay sahibi mirasçılara ölüme bağlı tasarrufla yapılan ve tasarruf edilebilir kısmı aşan kazandırmaların onların saklı paylarını aşan kısmının oranlı olarak tenkise tabi tutulacağını belirtmek suretiyle TMK m. 563'e istisna getirmiştir. Bu noktada, kazandırmadan istifade eden 3. kişinin aynı zamanda saklı paylı mirasçı olması ve kazandırmada bulunan eşin ölmesi durumunda, kazandırmanın tamamının katılma alacağının karşılanmayan kısmının belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağı sorunu ile karşılaşılır.¹⁴³ Doktrinde farklı görüşler¹⁴⁴ bulunmakla birlikte, genel kanaat TMK m. 561'in mal rejiminden doğan tenkis davasına kıyasen uygulanabilirliğini reddetmektedir.¹⁴⁵
- TMK m. 570 mirasbırakanın sağlararası kazandırmalarının, diğer tabirle ölüme bağlı olmayan ve farklı zamanlarda yapılmış bağışlamalarının da tenkise tabi tutulduğu durumda, bunlar arasında yapılacak tenkisin orantı esasından ayrılmış ve tenkise en yakın tarihli sağlararası karşılıksız kazandırmadan başlanacağını düzenlemiştir.¹⁴⁶ Sağlararası kazandırmalarda tenkiste zamansal olarak en yakındaki karşılıksız kazandırmanın tenkisinden başlanmasını öngören TMK m. 570 hükmü, TMK m. 563 f.1, m. 566 ve m. 529 ile birlikte TMK m. 241'e göre açılacak davalarda kıyasen uygulanması tereddütsüz kabul edilen hükümlerden birisidir.¹⁴⁷
- TMK m. 566 kendisine tenkise tabi kazandırma yapılmış iyiniyetli ve kötüniyetli zilyedin iade yükümlülüğünü düzenlemektedir. TMK m. 241'e göre açılacak davalarda iyiniyetli lehdar açısından, TMK m. 241 f.3'te miras hukuku hükümlerine yapılan açık yollama gereği, kural olarak eşya hukukunda haksız zilyedin hukuki durumunu düzenleyen TMK m. 993-995 hükümleri değil, tenkise tabi sağlararası kazandırmalarda kazandırmadan

¹⁴² DURAL/ÖZ, Miras Hukuku, PN. 1275.

¹⁴³ ZEYTİN, PN. 717.

¹⁴⁴ OTT, s. 314.

¹⁴⁵ FammKomm-STECK, ZGB Art. 220, PN. 21; BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, ZGB Art. 220, PN. 33; ZEYTİN, PN. 717; PIOTET, s. 170, dn. 4.

¹⁴⁶ DURAL/ÖZ, Miras Hukuku, PN. 1285; İMRE/ERMAN, s. 291.

¹⁴⁷ CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 220, PN. 11; FammKomm-STECK, ZGB Art. 220, PN. 21; BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, ZGB Art. 220, PN. 34; KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 220, PN. 9; BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 56; ZEYTİN, PN. 717; SARI, s. 260; ŞIPKA, s. 345.

istifade eden iyiniyetli kimsenin iade borcunu düzenleyen TMK m.566 hükmünün kıyasen uygulanacağı ve bunun içeriği yukarıda etraflı biçimde izah edildi. Yalnız kötüniyetli zilyedin iade borcunun kapsamını düzenleyen ve mehzaz kanunda karşılığı bulunmayan TMK m. 566 f.1 c.2, kanaatimizce kıyasen uygulanmaya elverişli değildir. Zira mezkur madde TMK m. 229 ile bağlantılı olarak TMK m. 241'deki "kötüniyet"e nazaran daha ağır olduğu kuşkusuz olan haksız zilyedin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 995'e yollama yapmıştır. Sonuç olarak TMK m. 229 ile bağlantılı olarak m. 241'e göre açılacak davada, kötüniyetli lehdarın sorumluluğu açısından TMK m. 566 f.1 c.2 kıyasen uygulanmamalı ve İsviçre hukukunda geliştirilen çözüm tarzı benimsenmelidir.

- TMK m. 567'ye göre tenkis sebebiyle terekeye eklenecek değer, ölenin ölümü anındaki sigortanın satın alma kıymetidir. Satın alma kıymeti ise sigortalı mirasbırakanın ölüm anında hayatta olsaydı sigorta poliçesini sigortacıya geri vermesi karşılığında ondan isteyebileceği ve sigortalının da geri vermekle yükümlü olduğu meblağdır.¹⁴⁸ TMK m. 229 kapsamında eklenecek değerler olarak karşılıksız kazandırmalar izah edilirken, sigorta sözleşmesinden doğan hakkın karşılıksız olarak üçüncü kişiye devredilmesi durumunda bunun karşılıksız kazandırma olarak artık değer hesabında eşin aktif hanesine yazılacağı ifade edilmişti. Sigorta sözleşmesinde sigorta bedelinin üçüncü kişiye ödeneceği kararlaştırılmış ise başkası lehine sigorta söz konusu olup, TTK m. 1454'te düzenlenmiştir. Buna göre sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya ait olup, sigortalı aksine anlaşma yoksa sigorta tazminatının sigortalıdan ödenmesini isteyebilir ve onu dava edebilir (TTK m. 1454 f.1). Sigorta sözleşmesinden doğan hakkın TMK m. 229'a göre eklenecek değer olarak kabul edilebilmesi, sigorta sözleşmesi yapan eşin sigorta bedelinin üçüncü kişiye ödeneceğine ilişkin anlaşmadan cayma hakkından feragat (geri dönülemez lehdar tayini) etmesine bağlıdır. Bu husustaki cayma hakkından feragat edilmediği ve poliçe lehdara teslim edilmediği sürece sigorta sözleşmesinden doğan talep, edinilmiş mala ait bir değer olarak kalacaktır.¹⁴⁹ Üçüncü şahıs lehine yapılan yaşam hayat sigortalarında kazandırmaya esas alınacak tarih, feragatin yapıldığı tarihtir. Esas alınacak değer ise TMK m. 567'ye kıyasla, kazandırmanın yapıldığı tarihte sigortalı eşin sigorta poliçesini sigortacıya geri vermesine karşılık olarak ondan isteyebileceği ve sigortalının da geri vermekle yükümlü olduğu meblağ olmalıdır.¹⁵⁰

¹⁴⁸ İMRE/ERMAN, s. 244; DURAL/ÖZ, Miras Hukuku, PN. 1174.

¹⁴⁹ FammKomm-STECK, ZGB Art. 208, PN. 15.

¹⁵⁰ Krş. ŞENOCAK, Kemal, Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi (Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Açısından), Ankara, 2009, s. 291.

- TMK m. 564 f.3 tenkise tabi sağlararası kazandırmadan istifade eden kimseye seçimlik bir hak sunmuştur. Maddeye göre değerinde azalma olmaksızın bölünmesine olanak bulunmayan bir malı sağlararası kazandırma ile edinen 3. kişi, dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir. Tenkisi istenen tasarrufa konu olan malın esas alınacak değeri ise, dava yoluyla kullanılacak bu seçimlik hakkın karar tarihindeki değeridir. Lehine kazandırmada bulunulan kimsenin bu seçimlik hakkı kullanmaması durumunda, saklı payı ihlal edilen mirasçı hâkime başvurarak uygun bir süre verilmesini isteyebilir. Şayet bu süre içinde seçimlik hak kullanılmazsa, seçim hakkı tenkis davasını açan mirasçılara geçecektir.¹⁵¹ Aynı imkânın lehine kazandırmada bulunulan ve kendisine karşı alacaklı eş tarafından TMK m. 241'e göre mal rejimsel tenkis davası açılan 3. kişiye de tanınması, doktrinde hâkim görüşçe kabul edilmektedir.¹⁵² Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, kazandırmadan istifade eden kimsenin sorumluluğunun üst sınırını tayin bakımından kazandırmanın kendisine yapıldığı tarihteki kıymetin üst sınır teşkil ettiği şeklindeki ana kuraldır. Kanaatimizce malın kıymetinde ne tip bir artış olursa olsun, kazandırmanın yapıldığı tarihteki değer esas alınmalı, dava tarihindeki değer artış ve azalmaları dikkate alınıp alınmayacağı hususu ise lehdarın iyiniyetli veya kötünüyetli olmasına göre değerlendirilmelidir.¹⁵³

D. TMK m. 241'e Göre Açılacak Davada Taraflar ve Davanın Tabi Olduğu Hak Düşürücü Süre

1. Açılacak Davanın Niteliği

Üçüncü kişiye karşı açılacak dava yenilik doğurucu¹⁵⁴, eda davası niteliğinde bir davadır.¹⁵⁵ Katılma alacağını temin edemeyen eşin açtığı davanın yenilik do-

¹⁵¹ İMRE/ERMAN, s. 287; DURAL/ÖZ, Miras Hukuku, PN. 1319; Gerek esasen vasiyet alacaklısı kişi için düzenlenen bu imkânın sağlararası kazandırmadan istifade eden kimseler tarafında da kullanılabilmesine dair hükmün, gerekse malın dava tarihindeki değerinin esas alınacağına dair hükmün İsviçre Medeni Kanunu'nda ve eski Medeni Kanun'da bir karşılığı bulunmamaktadır.

¹⁵² İsviçre Medeni Kanunu'nda miras hukuku hükümleri içinde sağlararası kazandırmadan istifade eden 3. kişilerin de bu imkândan istifade edeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, kıyas yoluyla bu imkânın tanınmasını kabul eden PIOTET, ZGB Art. 220 (TMK m. 241)'ye göre açılacak davalarda bu imkânı reddetmektedir. PIOTET, s. 170. Buna karşın hâkim sayılabilecek kanaat aksi yöndedir. BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 58; OTT, s. 310.

¹⁵³ Malın iade tarihindeki değerinin esas alınmasını ileri süren görüş için bkz. BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 58; Kazandırmanın yapıldığı tarihteki değerini esas alan görüş için ise bkz. OTT, s. 310 ve 319.

¹⁵⁴ CHK-A. RUMO-JUNGO, ZGB Art. 220, PN. 4.

¹⁵⁵ OTT, s. 309.

ğurucu etkisi, öncelikle 3. kişiye yapılan kazandırmanın katılma alacağının eksik kalan kısmı oranında tenkisinde¹⁵⁶; eda davası niteliği ise, 3. kişinin bu miktarı ödemesinin talep edilmesinde kendini göstermektedir.¹⁵⁷ Doktrinde miras hukukundaki tenkis davasına kıyasla TMK m. 241'e göre açılacak davanın da yenilik doğurucu dava olduğunu savunan görüş, bazı noktalarda bilhassa bu yenilik doğurucu etkisinin ne şekilde tezahür ettiğinin açık olmayışı sebebiyle eleştirilmiştir.¹⁵⁸ Miras hukukundaki tenkis davasının yenilik doğurucu dava niteliği gereği, ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası tasarruflar bakımından bu tasarrufların tenkisine karar verilmesi durumunda bu tasarruflar saklı payı ihlal ettikleri ölçüde etkisizleşmekte ve geçersiz hale gelmektedirler.¹⁵⁹ Hâlbuki katılma alacağını tamamen veya kısmen temin edemeyen alacaklının TMK m. 241'e göre açacağı davanın, kazandırmada bulunan eş ile kazandırmadan istifade eden üçüncü kişi arasındaki işlemin geçerliliğine bir etkisi olmamaktadır.¹⁶⁰

3. kişiye yöneltilen talep aynı değil, nisbi nitelikte olup; davanın yenilik doğurucu etkisi, yapılan kazandırmanın borçlu eşin malvarlığından karşılanmayan kısım oranında azalmasında; eda davası oluşunun etkisi ise, katılma alacağının borçlu eşin malvarlığından karşılanmayan kısmının iadesi talebinde kendini göstermektedir.¹⁶¹

Açılan dava sebebiyle yapılan kazandırma iptal olmamakta, sadece borçlu eşin malvarlığından karşılanamayan kısım miktarınca kazandırmanın tenkisi ve aynı miktarın parasal olarak¹⁶² iadesi talep edilmektedir.¹⁶³

2. Davanın Tarafları

TMK m. 241'e göre kazandırmadan istifade eden 3. kişiye veya ölmüş ise onun mirasçılara karşı dava açmaya yetkili kişi, katılma alacağını kısmen veya tamamen temin edemeyen katılma alacaklısı eş veya onun ölümü halinde mirasçılardır.¹⁶⁴ Yalnız kazandırmada bulunan eşin aynı zamanda mirasçı olması durumunda, ölen eşin kazandırmaya onay vermediği gerekçesiyle kazandırmadan istifade

¹⁵⁶ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 4.

¹⁵⁷ **OTT**, s. 309.

¹⁵⁸ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 46; **FammKomm-STECK** ZGB Art. 220, PN. 6.

¹⁵⁹ **DURAL/ÖZ**, Miras Hukuku, PN. 1196.

¹⁶⁰ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 46; **FammKomm-STECK** ZGB Art. 220, PN. 6.

¹⁶¹ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 4.

¹⁶² **OTT**, s. 309.

¹⁶³ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 4.

¹⁶⁴ **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 220, PN. 14; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 208, PN. 3.

eden 3. kişiye karşı dava açması, TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralının özel bir görünümü olan çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecektir.¹⁶⁵

Tenkise ilişkin miras hukuku hükümlerinden hangilerinin uygulanmayacağını izah sadedinde uygulanmayacak hükümler ismen zikredilmiştir. Ayrıntılı bir şekilde ele alınmayacak olan bu hükümler içinde önemli olduğunu ve davacı sıfatı ile yakından ilgili olduğunu düşündüğümüz TMK m. 562’ye burada kısken değinmek istiyoruz. Belli koşullar altında mirasçının alacaklılarına da (iflas dairesi ve elinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklılar) dava açma hakkı veren hükmün kıyasen uygulanma ihtimali şu soruları ihtiva etmektedir. Katılma alacaklısı eşe karşı ellerinde ödemededen aciz belgesi bulunan veya katılma alacaklısı eşin iflası halinde iflas dairesinin katılma alacaklısı eşi ihtar etmek suretiyle TMK m. 241’e göre kazandırmanın yapıldığı üçüncü kişiye karşı dava açılmasını istemesi, dava açılmadığı takdirde kendi alacaklarının oranında üçüncü kişiye dava açmaları mümkün müdür? Doktrinde sorunun cevabı umumiyetle hayırdır.¹⁶⁶ Buna karşın İİK m. 89 hükmüne göre, borçlunun üçüncü kişideki alacakları haczedilebilecek olup; bu durumda katılma alacaklısı eşin borçlu olduğu üçüncü kişilerin, katılma alacaklısı eşin katılma alacağını haczet-tirmesi mümkündür.¹⁶⁷ Şayet katılma alacağı haczedilirse katılma alacağına bağlı fer’i bir hak teşkil eden TMK m. 241’e göre dava açma hakkı da asıl alacakla birlikte haczedilmiş olacaktır. Aynı şekilde iflas açıldığı anda müflisin malvarlığına dâhil olan haczi kabil bütün mal, alacak ve hakları iflas masasına girecektir.¹⁶⁸ Katılma alacaklısı eşin iflasına karar verilmesi durumunda müflis katılma alacaklısı eşin normal bir borçlar hukuku alacağı gibi katılma alacağı da iflas masasına gireceği için, bu alacağın fer’isi teşkil eden üçüncü kişilere karşı dava açma hakkı da bu hakla birlikte iflas masasına girmiş olacaktır.

Bu noktada değinilmesi gereken son bir husus, katılma alacağının temlikinin sonuçlarıdır. TBK m. 189’a göre alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçecektir.¹⁶⁹ Dolayısıyla katılma alacağının temlik edildiği durumda, bunun bir nevi fer’isi teşkil eden TMK m. 241’e göre katılma alacaklısı eşin üçüncü kişilere karşı

¹⁶⁵ FammKomm-STECK, ZGB Art. 220, PN. 14.

¹⁶⁶ Bkz. FammKomm-STECK, ZGB Art. 208, PN. 2; OTT, s. 314; BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, ZGB Art. 220, PN. 45; HAUSHEER/GEISER/E.AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht, PN. 12.137.

¹⁶⁷ ŞEKER, İcra Yolu ile Takip, s. 2624.

¹⁶⁸ ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ, s. 473.

¹⁶⁹ “Dava açma hakkı ile icra takibinde bulunma hakkının da yan haklar arasında sayılması mümkündür.” EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015 (EREN, Genel Hükümler), s. 1240.

dava açma hakkı da bu temlikle birlikte devralana karşı geçmiş olacaktır.¹⁷⁰ Yalnız bu noktada haklı olarak şu soru sorulabilir: TMK m. 241'e göre davam açma hakkı, katılma alacaklısı eşe veya onun mirasçılarına özgü bir hak olarak düşünülebilir mi? Doktrindeki bir görüş bu soruyu, TBK m. 189'daki açık hükme rağmen olumlu cevaplamakta ve TMK m. 241'e göre üçüncü kişilere karşı dava açma hakkının, katılma alacaklısı eş ve onun mirasçılarının hasredilmesi gerektiğini düşünmektedir.¹⁷¹

3. Kazandırmada bulunan Eş ile Kazandırmadan İstifade eden Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki

Son bir husus kazandırmada bulunan eş ile kazandırmadan istifade eden üçüncü kişi arasındaki ilişkinin nasıl belirleneceği, daha doğrusu kendisine yapılan kazandırmanın bir kısmını veya tamamını katılma alacaklısı eşe iade etmek zorunda kalan üçüncü kişinin, kendisine kazandırmada bulunan eşe karşı herhangi bir hakka, örneğin bir tazminat hakkına sahip olup olmadığı hususudur. Değişik vesilelerle defaatle dile getirilen, katılma alacaklısı eşin TMK m. 241'e göre gerçekleşen iade talebinin veya TMK m. 229'a göre yapılan kazandırmanın hesabi olarak borçlu eşin aktif kısmına yazılmasının, kazandıran eş ile üçüncü şahıs arasındaki işleme hiçbir biçimde zarar vermediği ilkesi¹⁷² sorunun çözümünde ana hareket noktasıdır. İkinci ana ilke ise, üçüncü kişi ile kazandırmada bulunan eş arasındaki ilişkinin kaderinin esasen aile hukuku hükümlerince değil, bilakis bu kazandırmaya dayanak teşkil eden hukuki ilişki çerçevesinde belirleneceği hususudur.¹⁷³ Bu hukuki ilişkinin mesnedi şayet bağışlama sözleşmesi ise, bağışlayanın (kazandırmada bulunan eş) mesuliyeti, TBK m. 294'e göre belirlenecektir.¹⁷⁴ TBK m. 294 iki fıkradan müteşekkil olup, birinci fıkroda bağışlayanın, hiç ya da gereği gibi ifa etmeme ya da geç ifadan doğan sorumluluğu düzenlenmiş olup; TBK m. 112'den farklı olarak bağışlayanın ağır kusurlu olduğu hale inhisar etmektedir.¹⁷⁵ İkinci fıkroda ise garanti sorumluluğu (ayıba karşı veya zapta karşı tekeffül) düzenlenmiş olup, bunun bağışlayan tarafından

¹⁷⁰ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 45; **ÖZTAŞ**, İlker, Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi, Legal Hukuk Dergisi, S. 98, 2011, s. 571.

¹⁷¹ Bkz. **ZEYTİN**, PN. 702. Aynı şekilde **SARI**, TMK m. 241 f. 1'de alacaklı eşin ve mirasçılarının özel olarak sayılmış olduğunu, dolayısıyla alacaklının şahsına özel olarak tanınmış bir ayrıcalığın söz konusu olduğunu savunmaktadır. **SARI**, s. 259.

¹⁷² **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 61.

¹⁷³ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 61.

¹⁷⁴ **BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER**, Art. 220, PN. 62.

¹⁷⁵ **HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT**, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318, Hrsg. **MÜLLER-CHEN**, Markus/ **HUGUENIN**, Claire/ **GIRSBERGER**, Daniel, Zürich, 2012 (CHK-B. SCHÖNENBERGER, OR Art., PN.), OR Art. 248, PN. 1; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015 (EREN, Özel Hükümler), s. 295.

açıkça üstlenilmiş olması şartına bağlanmıştır. Bu durumda, kazandırmada bulunan eşin sorumluluğu TBK m. 294 f.1'e göre gerçekleşecektir. Boşanma kararından önce bağışlamada bulunan eş, mal rejiminin tasfiye sürecinin tamamlanmadığını şayet gizlemişse ağır kusurlu hareket ettiği kabul edilecek, dolayısıyla üçüncü kişinin doğan zararını karşılamakla yükümlü olacaktır.¹⁷⁶

4. Karşılıksız Kazandırmaların ve Devirlerin Miras Hukuku Hükümleri Uyarınca Tenkis ve Denkleştirmeye Tabi olması

TMK m. 229 bağlamında eklenecek değerler olarak tavsif edilen karşılıksız kazandırmaların ve devirlerin miras hukuku hükümleri uyarınca da saklı payları ihlal ettiğinden hareketle tenkis ve denkleştirmeye tabi olması durumunda, mal rejiminin tasfiye sürecinden doğan ve diğer eşin ölümü halinde tasarruf oranının hesaplanmasında esas alınacak terekenin bulunmasında murisin borçları içinde değerlendirilecek olan katılma alacağı, daha doğru tabirle katılma alacaklısı eş öncelik kazanacaktır. Artık değer ve katılma alacağının hesabında söz konusu kazandırmalar dikkate alınarak hesaplanacak katılma alacağı terekeden ödenmeye çalışılacak, katılma alacağının terekeden veya mirasçılardan temin edilememesi durumunda elde edilemeyen kısım için TMK m. 229'un şartlarını taşıyan karşılıksız kazandırmalardan ve diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerden yararlanan üçüncü kişilere başvurulacaktır. Sonuç olarak artık değer hesabında aktif hanesine yazılan bu kazandırmalar neticesinde ortaya çıkan katılma alacağı oranında terekenin azaldığı söylenebilir.¹⁷⁷

5. Davanın Tabi Olduğu Hak Düşürücü Süre

TMK m. 241 f. 2'ye göre "*Dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelenmediğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer.*"

Açılacak davayı hak düşürücü süreye¹⁷⁸ tabi kılan hüküm, sürenin başlayabilmesi için eş veya mirasçılarının haklarının zedelenmiş olduğunu öğrenmelerini şart koşmuştur.¹⁷⁹ Eş veya mirasçılarının bu hususu öğrenebilmeleri için ise her şeyden önce tasfiyenin sonlanmış olması, eşin katılma alacağının miktarını, borçlu eşe başvurması üzerine borçlu eşin malvarlığının katılma alacağının bir kısmını

¹⁷⁶ BernerKomm-HAUSHERR/REUSSER/GEISER, Art. 220, PN. 58.

¹⁷⁷ KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, ZGB Art. 208, PN. 4.

¹⁷⁸ FammKomm-STECK, ZGB Art. 220, PN. 17; KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015 (KILIÇOĞLU, Aile), s. 454.

¹⁷⁹ SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, PN. 397; KILIÇOĞLU, Aile, s. 454; Katılma alacağı ile değer artış payı alacağının tabi olduğu 10 yıllık zamanaşımı süresinin buradaki TMK m. 241'e göre açılacak davanın tabi olduğu hak düşürücü süreden farklı olduğu izahtan varestedir. Bkz. ZEYİN, PN. 706.

veya tamamını karşılamadığını ve son olarak yapılan kazandırmanın TMK m. 229'a göre eklenebilirliği ile birlikte kazandırmadan istifade eden kişiyi biliyor olması gerekecektir.¹⁸⁰ Diğer bir deyişle, bu hususlar bilindiği takdirde bir yıllık asgari hak düşürücü süre başlamış olacaktır. Mal rejiminin sona ermesinin üzerinden¹⁸¹ beş yıl geçmekle dava açma hakkı tamamen ortadan kalkacak ve açılan davada bu durum bir itiraz teşkil ediyor olması hasebiyle hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Boşanma davalarının ve tasfiyenin çok uzun sürebildiği ülkemizde beş yıllık hak düşürücü sürenin isabeti tereddütle karşılanabilir. Zira boşanma davasının açılmasıyla birlikte mal rejimi sona erecek ve üst hak düşürücü süre olan beş yıl başlamış olacaktır. Uzun süren boşanma davalarında hak kaybını önlemek adına bizim katılmadığımız bir görüşe göre, tasfiye davasının açıldığını kazandırmadan istifade eden üçüncü kişiye ihbarı teklif edilmiştir.¹⁸²

¹⁸⁰ **CHK-A. RUMO-JUNGO**, ZGB Art. 220, PN. 9; **FammKomm-STECK**, ZGB Art. 220, PN. 18.

¹⁸¹ TMK m. 225'e göre mal rejimi eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer. Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer. **Dikkat çekilecek husus, kanun koyucunun mal rejiminin sona eriş tarihi olarak boşanma veya iptal hükmünün kesinleştiği tarihi değil, boşanma veya iptal davasının açıldığı tarihi esas almış olmasıdır.** **AKINTÜRK**, Turgut/ATEŞ **KARAMAN**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku – II. Cilt, 17. baskı, İstanbul 2015, s. 162. **Fakat asıl sorun**, davanın açılmasından kararın verilmesine kadar geçen süre içinde veya **hâkimin ayrılığa karar verdiği durumda eşler arasında hangi mal rejiminin geçerli olacaktır.** Baskın görüş hâkimin mal ayrılığına geçilmesine karar vermesinin yerinde olacağı yönündedir. **ÖZTAN**, s. 522. **Peki hâkim mal ayrılığına karar vermediyse, ne olacaktır?** Eşlerin birlikte yaşamadığı, karşılıklı dayanışma içinde olmadığı, bir malın kazanımına emeğiyle katkıda bulunmadığı ve eşlerin ayrı yaşadığı bir dönem için hâkim mal ayrılığına karar vermemiş bile olsa edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğunu savunmak kanunun amacıyla örtüşmez. Zaten bu yüzden mal rejimi boşanma kararının verildiği tarihte değil, davanın açıldığı tarihte sona ermektedir. Hâkim görüş de bu yüzden olsa gerek, hâkimin mal ayrılığına geçilmesine karar vermesini salık vermektedir. Boşanma davasının açıldığı tarihten boşanmaya karar verildiği tarihe kadar geçen süre ile boşanma davasının açıldığı tarihten boşanma talebinin reddedildiği tarihe kadar geçen süre arasında, bu sürelerde eşler arasındaki ilişkilerin mahiyetini, aynılığını dikkate almaksızın birisinde mal rejiminin dava tarihi itibarıyla kendiliğinden sona erdiğini, diğerinde ise hâkim kararı gerektiğini savunmak suretiyle bu süreler arasında ayrılık oluşturmak ve bu süreleri farklı muameleye tabi tutmak bir çelişki teşkil edecektir. Dolayısıyla hâkim mal ayrılığına karar vermemiş olsa bile, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerin ayrı yaşadığı süre için *ipsoiure* kendiliğinden sona erdiğinin ve **yine aslında bir mal rejimi olmayan mal ayrılığına kendiliğinden geçildiğinin** kabulü gerekir. Bu yorum boşanmaya karar verildiği takdirde edinilmiş mallara katılma rejiminin dava tarihinden itibaren sona ereceği şeklindeki düzenlemeyle uyumludur. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu m. 118, Türk Medeni Kanunu m. 180'den farklı olarak ayrılık kararıyla birlikte eşler arasındaki mal rejiminin kendiliğinden, kanun gereği (vonGesetzeswegen, ipsoiure) mal ayrılığına geçileceğini düzenlemiştir. **BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER**, Art. 204, PN. 17; **SARI**, s. 95; **ÖZDAMAR**, Demet/**KAYIŞ**, Ferhat, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 62.

¹⁸² **ŞİPKA**, s. 344, dn. 23'te yazar şu ifadeyi kullanmaktadır: "Boşanma davası tarihinden itibaren 5 yıl geçerse, dava üçüncü kişilere ihbar edildiğinden, 5 yıllık hak düşürücü süre kaçırılmayacaktır."; **ÖZÜĞÜR**, s. 78, sürenin yasa koyucu tarafından dava hakkını etkisiz kılmayacak şekilde değiştirilmesini önermektedir.

IV. SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'na göre aksi kararlaştırılmadığı sürece yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminde her eş yasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK m. 223 f. I). Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte eşlerin malvarlığı rejiminin devamı süresince gerek kişisel gerekse edinilmiş malları üzerinde tasarruf özgürlüğü ilkesinden hareket eden Türk Medeni Kanunu, bu özgürlüğün istismarını önlemeye matuf TMK m. 229 ve bu maddenin yaptırımını olarak değerlendirilebilecek TMK m. 241 ile bu özgürlüğe bir sınırlandırma getirdiği söylenebilir.

Eşlerin gelecekte meydana gelmesi muhtemel katılma alacağını koruma amacı güden hüküm, gerek eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmaların, gerekse bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin artık değer hesabı sırasında eklenecek değerler başlığı altında aktif hanesine hesabi/farazi olarak eklenmesini öngörmektedir. Tabir caizse TMK m. 229, "edinilmiş mal grubunu koruyan bir güvenlik sistemidir."¹⁸³ TMK m. 229 eklenecek değerleri iki başlık altında ele almakta olup, ilki mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar; diğeri ise, herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerdir. Fakat önemle ve bilhassa vurgulanmalı ki, bu hesabi/farazi eklemenin üçüncü kişilerle yapılan işlemler ve bu işlemlerin geçerliliği üzerinde evvel emirde hiçbir etkisi olmayıp, bu işlemleri geçersiz hale getirmemektedir. Katılma alacaklısı eş veya onun mirasçıları mal rejiminden doğan katılma alacağını öncelikle borçlu eşe veya onun mirasçılarına karşı ileri sürmek zorundadırlar. Katılma alacağının borçlu eşten veya mirasçılarından temin edilememesi durumunda, TMK m. 241'e göre kazandırmanın katılma alacağının elde edilemeyen miktarıyla sınırlı kalmak üzere, iadesi talep edilebilecektir. İşte tam bu noktada TMK m. 241, m. 229 ile güdülen amacın gerçekleşmesini sağlamakta ve alacaklı eş istisnai bir durum olarak söz konusu kazandırmaların muhatabı üçüncü kişilerden kazandırmaların iadesini talep edebilecektir. TMK m. 241 öncelikle eşin her alacağını değil, belli bir alacağını, yani katılma alacağını imtiyazlı kılmıştır. Böylece eşin TMK m. 227'ye göre oluşacak değer artış payı alacağı veya eşler arasında mal rejiminden doğmayan diğer alacaklar, TMK m. 241'in sağladığı korumadan istifade edemeyecektir. Bu noktada katılma alacağını belirleyen artık değere katılma oranının, kanuna göre (TMK m. 236) veya sözleşmeye göre (TMK m. 237)

¹⁸³ GENÇCAN, Ö. Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2010, s. 1052.

belirlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, TMK m. 241'e göre dava açılabilmesinin iki temel koşulu bulunmaktadır. İlk koşul, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaların varlığıdır. İkinci koşul ise, katılma alacağı borçlusunu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılamaya yetmemesidir. Fakat yukarıda geniş bir biçimde izah edildiği üzere maddeler arasındaki bağlantı zorunlu olmayıp, her iki madde için de bağımsız uygulanma imkânları mevcuttur. Sonuç olarak TMK m. 241'in uygulama alanının, TMK m. 229'dan daha geniş olduğu sonucuna varılabilir. Son olarak oldukça karmaşık¹⁸⁴ bir yapı arz eden edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin ihtilafli olan, örneğin ahlaki yükümlülüklerin ifasının TMK m. 229 bağlamında eklenecek değerler kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği gibi tartışmalarda Türk toplumunun yapısı göz önünde bulundurularak bir çözüme kavuşturulmalıdır.¹⁸⁵

¹⁸⁴ **WOLF**, Stephan/ **GENNA**, GianSandro, Zwanzig Jahre neues Ehegüterrecht- Wostehenwir? 103 ff. in: Scheidungsrecht Aktuelle Probleme und Reformbedarf, (Hrsg.) **RUMO JUNGO**, Alexandra/**PICHONNAZ**, Pascal, Zürich, 2008, s. 129-130, haklı olarak ifade ettiği üzere, esasen eşler arasındaki malvarlığı ilişkilerini düzenleyen bir mal rejiminin ne derece modern olduğu; bu rejimin ne derece icrası kabil, pratik olduğuyla yakından ilgilidir. Yine aynı yazarlara göre mal rejimsel bir tasfiyeyi gerektirmemesi ve basit olması hasebiyle en pratik ve en uygulanabilir rejim mal ayrılığı rejimidir. Fakat kanun koyucu adaleti gerçekleştirme kaygısıyla bu mal rejimini benimsememiştir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin benimsenmesinde iki ana saikle hareket eden İsviçre kanun koyucusuna göre; edinilmiş mallara katılma rejiminde bir yandan eşlere tanınmak istenen mümkün merteye geniş bir tasarruf özgürlüğünün, diğer yandan evlilik birliğinin tezahürleri bir araya getirilmiştir.

¹⁸⁵ Türk Medeni Kanunu'nun bu yönde yorumlanması gerektiği yönünde bir görüş için bkz. **ARSLANLI**, Halil, "İsviçre Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu veya İsviçre Hukukunun Bulduğu Bir Tefsir Normu Türk Hukukuna Müessir Olabilir Mi?" (Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin), İstanbul 1944, s. 326, 334.; Ayrıca kanun çalışmalarında da Türk toplumunun sosyal gerçekliğinin dikkate alınması yönünde bkz. **ACABEY**, Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 158; Türk hukukundaki edinilmiş mallara katılma rejimini İsviçre hukuku ile mukayeseli olarak anlatan bir çalışma için bkz. **ŞEKER**, Muzaffer, Der türkische und schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Freiburg, 2006.

KISALTMALAR

- § : Vorschrift
Abs. : Absatz
Art. : Artikel
B. : Bent
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE : Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer : Bundesgericht
Bkz. : Bakınız
Dn. : Dipnot
F. : Fıkra
ff. : fortfolgende
HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK : İcra ve İflas Kanunu
i.V.m. : in Verbindung mit
Krş. : Karşılaştırınız
M. : Madde
OR : BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, fünfter Teil: Obligationenrecht
PN. : Paragraphnummer/Paragraf Numarası
s. : Seite/Sayfa
S. : Sayı
SchKG : BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TMK : Türk Medeni Kanunu
TTK : Türk Ticaret Kanunu
ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff. : Ziffer
ZPO : Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008

KAYNAKÇA

- ACABEY**, Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998.
- ACAR**, Faruk, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Bağlamında Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2004 (ACAR, Eşin Yasal Miras Payı).
- ACAR**, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 3. Baskı, Ankara 2012 (ACAR, Aile Hukukumuz).
- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞKARAMAN**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku – II. Cilt, 17. baskı, İstanbul 2015.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2014.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2016 (ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ, Medeni Usul).
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema, İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2016 (ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ, İcra ve İflas).
- ARSLANLI**, Halil, “İsviçre Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu veya İsviçre Hukukunun Bulduğu Bir Tefsir Normu Türk Hukukuna Müessir Olabilir Mi?” (Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin), İstanbul 1944.
- BASLER KOMMENTAR**, *Zivilgesetzbuch I*, Art. 1-456, (Hrsg.) **HONSELL**, Heinrich/ **VOGT**, Nedim P./ **GEISER**, Thomas, 5. Auflage, Basel, 2014 (BSK ZGB I, HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Art., PN.).
- BERNER KOMMENTAR zum schweizerischenPrivatrecht**: Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften der ordentliche Güterschuld der Errungenschaftsbeteiligung, Band II. 1. Abteilung, 3. Teilband 1. Unterteilband, (Hrsg.) **MAIER-HAYOZ**, Arthur, Bern, 1992 (BernerKomm-HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, ZGB Art., PN.).
- BGB HANDKOMMENTAR**, (Schriftleitung) **SCHULZE**, Reiner, Baden-Baden, 5. Auflage 2007 (BGB HandKomm/KEMPER, §, PN.).
- BÜCHLER**, Andrea/ **VETTERLI**, Rolf, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2. Auflage, Basel, 2011 (BÜCHLER/ VETTERLI, Einführung, s.).
- DOĞAN**, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni bir Müessesese, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.VI, s.285-300, 2002.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2016 (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile, PN.).
- DURAL**, Mustafa/**ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2015(DURAL/ÖZ, Miras, PN.).
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015 (EREN, Genel Hükümler).

- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015 (EREN, Özel Hükümler).
- ERMAN BGB, WESTERMANN**, Harm P., Band II, 12. Auflage, Köln, 2008 (K. GAMILLSCHEG, in: ERMAN-BGB HANDKOMMENTAR, §, PN.).
- GENÇCAN**, Ö. Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2010.
- HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT**, Personen- und Familienrechtinkl. Kindesund Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456, Hrsg. **BREITSCHMID**, Peter/**RUMO-JUNGO**, Alexandra, Zürich, 2012 (CHK- A. RUMO-JUNGO, ZGB Art., PN.).
- HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT**, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318, Hrsg. **MÜLLER-CHEN**, Markus/ **HUGUENIN**, Claire/ **GIRSBERGER**, Daniel, Zürich, 2012 (CHK-B. SCHÖNENBERGER, OR Art., PN.).
- HAUSHERR**, Heinz/ **GEISER**, Thomas/ **AEBI-MÜLLER**, Regina, Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, Bern, 2013 (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht, PN.).
- İMRE**, Zahit/**ERMAN**, Hasan, Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.
- JAUERNIG BGB**, 12. Auflage, München, 2007 (CHR. BERGER, in: JAUERNIG, §, PN.).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı, 4. Baskı, Ankara 2014 (KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Baskı, Ankara 2004 (KILIÇOĞLU, Yenilikler).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015 (KILIÇOĞLU, Aile).
- KURZKOMMENTAR – SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH**, (Hrsg.) **BÜCHLER**, Andrea/**JAKOB**, Dominique, Basel, 2012 (KUKO ZGB-JAKOB/PICHT, Art., PN.).
- OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİCİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.
- OTT**, Walter, Der Schutz der Anwartschaft auf den Vorschlags anteil unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung mit Hilfe der güterrechtlichen Herabsetzungs- und Rückforderungsklage 289 ff., in: FS Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern, 1986.
- ÖZDAMAR**, Demet/**KAYIŞ**, Ferhat, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Ankara 2015.
- ÖZTAN**, Bilge, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.
- ÖZTAŞ**, İlker, Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi, Legal Hukuk Dergisi, S. 98, 2011, s. 553 vd.

- ÖZUĞUR**, Ali İ., Mal Rejimleri, 6. Baskı, Ankara 2011.
- PALANDT BGB**, 67. Auflage, München, 2008 (BRUDERMÜLLER, in:PALANDT, §, PN.).
- PIOTET**, Paul, Die Errungenschafts beteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, (Aus dem Französischen übersetzt von Katrin Saadaé-Meyenberger), Bern, 1987.
- PRÜTTING**, Hanns/ **WEGEN**, Gerhard/ **WEINREICH**, Gerd, **BGB KOMMENTAR**, 1. Auflage, Neuwied, 2006 (WEINREICH, in: PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, §, PN.)
- SARI**, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.
- SCHWENZER**, Ingeborg (Hrsg.), **SCHIEDUNG**, FamKomm. Band I: ZGB und Band II: Anhänge, 2. Auflage, Bern, 2010 (FammKomm-STECK, ZGB Art., PN.).
- ŞEKER**, Muzaffer, Eşin ve Eşlerin Üçüncü Kişilerle Yaptıkları Hukuki İşlemlerden Kaynaklanan Borçlarından Dolayı Cebri İcra Yoluyla Takipleri, Legal Hukuk Dergisi, S. 68, 2008, s. 2615 vd.
- ŞEKER**, Muzaffer, Der türkische und schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Freiburg, 2006.
- ŞENOCAK**, Kemal, Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi (Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Açısından), Ankara, 2009.
- ŞIPKA**, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011.
- SUTTER-SOMM**, Thomas/**KOBEL**, Felix, Familienrecht, Zurich, 2009 (SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, PN.).
- SUTTER-SOMM**, Thomas, Die Streitverkündigung betreffend güterrechtlicher Hinzurechnung (Art. 208 ZGB) unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 1667 ff. in: FS für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag, (Hrsg.) **BÜCHLER**, Andrea/ **MÜLLER-CHEN**, Markus, Bern, 2011 (SUTTER-SOMM, Streitverkündigung, s.).
- WOLF**, Stephan/**GENNA**, Gian Sandro, Zwanzig Jahreneues Ehegüterrecht-Wostehenwir? 103 ff. in: Scheidungsrecht Aktuelle Probleme und Reformbedarf, (Hrsg.) **RUMO JUNGO**, Alexandra/**PICHONNAZ**, Pascal, Zürich, 2008.
- YALT**, A.Rıza, Grand Dictionnaire, Français-Turc, İstanbul 1971.
- ZEYTİN**, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara 2008.
- ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, (Hrsg.), **KOSTKIEWICZ**, Jolanta K./**NOBEL**, P./**SCHWANDER**, Ivo/**WOLF**, Stephan, 2. Auflage, 2001 (ZGB Kommentar Schweizerischen Zivilgesetzbuch/RYFFEL, Art., PN.).

İnternet Kaynakları

www.mevzuat.gov.tr

www.kazanci.com.tr

www.legalbank.com.tr

www.legalis.ch

www.swisslex.ch

<http://relevancy.bger.ch>

www.admin.ch

www.rwi.uzh.ch