



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 14.01.2023
Revizyon Talebi: 09.06.2023
Son Revizyon Tarihi: 24.06.2023
Kabul: 31.07.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunması ve İsviçre Medenî Kanunu'nda Yapılan İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Kemal Erdoğan*

Öz

Türk Medenî Kanunu'nun 202'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması esastır. Ne var ki, eşler evlenmeden önce veya sonra yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen mal rejimi türlerinden birisini kabul edebilecekleri gibi, sınırlı sayıda ki bu rejimlerin hükümlerinde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklikler de yapabilirler (TMK m 203). Yapılan mal rejimi sözleşmelerinin terekenin belirlenmesine, dolayısıyla da mirasçılarının miras ve saklı paylarına, ciddi orada etkisi bulunmaktadır. Bu durumda, mal rejimi sözleşmesine mi yoksa saklı payın korunmasına mı öncelik verilmesi gerektiği gündeme gelmektedir. Türk kanun koyucusunun kabul ettiği temel ilke, eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmelerinin saklı paylı mirasçılarının menfaatlerinden önce gelmesidir. Temel ilke bu olmakla birlikte, iki istisnai hâlde (TMK m 237/II ve TMK m 276/III), mal rejimi sözleşmelerinin bazı mirasçılarının saklı payını zedeleyemeyeceği öngörülmüştür. TMK m 237/II hükmünde artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esasın kabul edildiği mal rejimi sözleşmelerine karşı ortak olmayan çocukların ve onların altoyularının saklı payları koruma altına alınmıştır; TMK m 276/III hükmünde ortaklık mallarının farklı bir biçimde paylaşılmasına ilişkin mal rejimi sözleşmelerine karşı altoyun saklı payı koruma altına alınmıştır. Her iki hüküm de saklı paylı mirasçılar arasında eşitliği bozduğu gerekçesiyle öğretilen eleştirilmektedir. Öte yandan, İsviçre'de miras hukuku alanında bir revizyon yapılmış olup, bu hükümler 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Revizyon kapsamında değişiklik ve ek yapılan hükümler arasında ZGB Art 216 ve ZGB Art 241 hükümleri de bulunmaktadır. Bunlardan ZGB Art 216 hükmü, TMK m 237 hükmüne; ZGB Art 241 hükmü ise, TMK m 276 hükmüne karşılık gelmektedir. Bu değişiklikler ışığında konunun yeniden ele alınması zarureti doğmuştur.

Anahtar Kelimeler

Mal Rejimi Sözleşmesi, Saklı Payın Korunması, Tenkis Davası, Ortak Olmayan Çocuk, İsviçre Miras Hukuku Revizyonu

Protections for the Portion Reserved Against Marital Property Agreements and an Evaluation of the Amendments Relevant to the Swiss Civil Code

Abstract

According to Paragraph 1 from Article 202 of the Turkish Civil Code (TCC), the shared re-gime in acquired property is essential. However, spouses may accept one of the types of marital property regimes legally regulated through a marital property agreement, or they may make changes to the provisions of these limited number of regimes. In this case, the issue comes to the fore of whether priority should be given to the marital property agreement or to protecting the reserved portion. The basic principle accepted by Turkish legislation is that any marital property agreement concluded between spouses takes precedence over the interests of heirs with a reserved share. While Section II under Article 237 of the TCC protects the reserved share of non-common children and their descendants against marital property agreements in which a different principle regarding the shares of the residual value have been accepted, Section III under Article 276 of the TCC protects the offspring family's reserved shares against property regime agreements regarding any other

* **Sorumlu Yazar:** Kemal Erdoğan (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Sakarya, Türkiye. E-Posta: kemalerdoganhukuk@gmail.com ORCID: 0000-0001-8648-1623

Atf: Erdoğan K, "Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunması ve İsviçre Medenî Kanunu'nda Yapılan İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi" (2023) 81(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 377. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.2.0003>



manner of distributing a partnership property. Both provisions have been criticized doctrinally on the grounds that they disrupt equality among heirs with reserved shares. On the other hand, a revision was made in the field of inheritance law in Switzerland, and these provisions entered into force on January 1, 2023. The revision amends and supplements part of the provisions included in Article 216 and 241 of the Swiss Civil Code (SCC). In light of these changes, the need has arisen to reconsider the issue.

Keywords

Marital Property Agreement, Protections for Reserved Shares, Action in Abatement, Non-Common Child, Swiss Inheritance Law Revisions

Extended Summary

According to the Turkish Civil Code (TCC), a shared regime regarding acquired property is valid between spouses. However, spouses may also choose a different marital property regime regulated by law or make changes to the provisions of these regimes. The death of a spouse is one reason for terminating any type of marital property regime. In this case, the marital property regime that had been valid between spouses must be liquidated. Under Turkish Law, the surviving spouse can receive both the shared claim arising from the liquidation of the property regime as well as the inheritance right regarding the estate, which includes the remaining portion of the residual value in accordance with the characteristics of a tangible case. This is because the idea that the division of a property should be made only according to the provisions of the inheritance law in the event of the dissolution of a marriage by death is not accepted under Turkish Law. Therefore, both the choice of a different marital property regime and an amendment of the provisions of the existing marital property regime may affect the estate and thus the shares reserved for the heirs.

The basic principle accepted by Turkish legislation is that marital property agreements concluded between spouses take precedence over the interests of heirs with reserved shares. Although this is the basic principle, two exceptional cases in Section II from Article 237 of the TCC and Section III of Article 276 of the TCC stipulate that marital property agreements must not adversely affect the reserved shares of specific heirs. Both provisions have been doctrinally criticized on the grounds that they disrupt the equality among heirs with reserved shares.

Due to Swiss legislation having abolished parents' reserved shares, the criticism that no discrimination must occur among heirs with reserved shares became unfounded under Section III of Article 241 of the Swiss Civil Code (SCC) and related to Section III in Article 276 of the TCC. Within the scope of the revision, a new paragraph was added to Article 241 of the SCC, and this paragraph regulates that agreements on a different method of division do not apply in the case of the death of a spouse when divorce proceedings are pending that would result in the surviving spouse losing their right to claim the statutory entitlement.

On the other hand, the amendment to Article 216 of the SCC is incapable of finalizing any discussions doctrinally. The Draft Law stipulates an increase in the surviving spouse's share claim arising from a marital property agreement should be added to the hypothetical estate while calculating the reserved shares. Accordingly, the reserved shares of both the common and non-common children are to also be calculated over the same estate. However, legislation makes a distinction again in terms of the possibility of filing an action in abatement for children who are unable to obtain their reserved shares. This amendment could be stated to be fairer compared to the previous situation but to also still be inadequate compared to *de lege ferenda*. However, during the enactment of the provision, an amendment was made at the last moment that accepted a contribution of more than half of the residual value to not be added to the estate when calculating the reserved shares for the surviving spouse, common children, and their descendants. According to this final version of the provision, which is currently in force, the reserved shares are to be calculated over two different estates.

Moreover, legislation regarding Article 532 of the SCC counts an increase in the shares claim among *inter vivos* legal transactions and subjects it to abatement in the first place among the other *inter vivos* legal transactions. This situation is consistent with other legal regulations. On the other hand, recognizing the right to file an action in abatement against this acquisition for only certain persons would not be proper. While granting the right to file an action in abatement to non-common children against the same legal transaction, to deny this opportunity to one spouse's children would be inequitable. In order to protect the non-common children against their parents and the other spouse, increasing the percentage of their reserved share by making a somewhat positive discrimination would be more appropriate.

Giriş

Mirasbırakan mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında dilediği gibi tasarrufta bulunabilir (TMK m 505/I). Ne var ki, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü sınırsız olmayıp, başta mirasçıların saklı paylarının ihlâl edilmemesi olmak üzere, kanunda öngörülen sınırlara (TBK m 27) uyulması gerekmektedir. Mirasbırakan tarafından yapılan tasarrufların tasarruf edilebilir kısmı aşması hâlinde, saklı payı ihlâl edilen mirasçılar bu tasarrufların saklı payı ihlâl eden kısmının etkisizleştirilmesini açacakları tenkis davasıyla talep edebilirler. Tasarruf edilebilir kısmın ve mirasçıların saklı paylarının belirlenebilmesi için yapılması gereken ilk iş, varsayımsal (fiktif) terekenin tespit edilmesidir. Varsayımsal tereke ise, mirasbırakanın ölümü anında mevcut bulunan malvarlığı değerlerinden bazı kalemlerin çıkarılması ve bazı değerlerin eklenmesi neticesinde bulunur. Varsayımsal tereke miktarının belirlenebilmesi için, mirasbırakanla eşi arasında geçerli olan mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Zira ancak yapılacak olan tasfiye neticesinde mirasbırakanın mı yoksa sağ kalan eşin mi değer artış payı alacağı veya katılma alacağına sahip olduğu belirlenebilecektir. Sağ kalan eşin alacaklı olduğu durumda, bu değer terekenin tespitinde çıkarılacak bir borç olarak yer alacakken; mirasbırakanın alacaklı olduğu durumda, bu değer terekenin aktifinde yer alacaktır¹. O hâlde, eşler arasında geçerli olan mal rejiminin türü ve bu rejime ilişkin kanundan ayrılan anlaşmalar, varsayımsal terekeyi ve böylelikle saklı pay miktarlarını etkileyebilmektedir.

Türk Medenî Kanunu'na göre eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır (TMK m 202/I). Ne var ki, eşler evlenmeden önce veya sonra yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen mal rejimi türlerinden birini kabul edebilecekleri gibi, sınırlı sayıdaki bu rejimlerin hükümlerinde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik de yapabilirler (TMK m 203). Yapılan mal rejimi sözleşmelerinin varsayımsal terekenin belirlenmesine, dolayısıyla da mirasçılarının miras ve saklı paylarına, ciddi oranda etkisi bulunmaktadır. Bu durumda, mal rejimi sözleşmesine mi yoksa saklı payın korunmasına mı öncelik verilmesi gerektiği gündeme gelmektedir.

¹ Alexandra Jungo A, 'Art 216-217 und 241 ZGB' in Breitschmid P und Jungo A (Hrsg), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - CHK, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG* (3. Auflage, Schulthess 2016) Art 216-217, N 12; Daniel Steck und Roland Fankhauser, 'Art 216 ZGB' in Fankhauser R (Hrsg), *FamKommentar; Scheidung - Band I: ZGB und Band II: Anhänge* (4. Auflage, Stämpfli 2022) Art 216, N 14; Faruk Acar, *Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi* (2. Baskı, Seçkin 2004) 153; Mehmet Akçaal, 'Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi' (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 231, 234 vd; O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021) N 318; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020) 228 vd; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt 1* (2. Baskı, On İki Levha 2022) N 386, 1477; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (16. Baskı, Filiz 2022) N 1244; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2014) § 2, N 91; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katki-Katılma Alacağı* (3. Baskı, Turhan 2013) 143; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Turhan 2021) 229; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Der 2015) 237; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2022) § 3, N 23; Şükran Şıpka ve Hasan Ali Kaplan, '4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy'a Etkisi' iç Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan (Seçkin 2004) 263, 263; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (5. Baskı, Seçkin 2021) N 614. Mal rejimleri ile miras hukuku arasındaki ilişkiyi mukayeseli hukuk açısından inceleyen bir monografi için bkz Muammer Aksoy, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1964).

Kanun koyucu kural olarak bu etkiyi sıradan görmekte ve özellikle saklı payı azalan mirasçılara tenkis davasının sağladığı korumadan faydalanma imkanını burada tanımamaktadır. Öğretide de², saklı pay kurallarının eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmelerine karşı etkili olmadığı, diğer bir deyişle mal rejimi sözleşmelerinin karşısında saklı pay korumasının gündeme gelmeyeceği ifade edilmektedir. Ne var ki, iki hâlde kanun koyucu saklı payın korunması ilkesine üstünlük tanımakta ve mal rejimi sözleşmelerinin mirasçılarının saklı payını ihlâl edemeyeceğini kabul etmektedir. Saklı payın korunmasına öncelik verilen hâllerden ilki, TMK m 237/II hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma açısından farklı bir esasın benimsendiği anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez. İkinci istisna, TMK m 276/III hükmünde yer almaktadır. Buna göre, mal ortaklığı rejiminde farklı bir paylaşma oranının belirlendiği anlaşmalar, altsoyun saklı payını zedeleyemez. Her iki hükme de bakıldığı zaman, tüm saklı paylı mirasçıların değil, sadece bunlardan bir kısmının korunduğu görülmektedir.

İsviçre Medenî Kanunu'nda (ZGB) TMK m 237 hükmüne, ZGB Art 216 hükmü ve TMK m 276/III hükmüne ise, ZGB Art 241 hükmü karşılık gelmektedir. 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe giren Miras Hukuku Revizyonu kapsamında gerek ZGB Art 216 gerek ZGB Art 241 hükmü yer almaktadır. İsviçre kanun koyucusu, ZGB Art 216 hükmüne yeni bir ikinci fıkra eklemiş ve mevcut olan ikinci fıkrayı küçük değişikliklerle üçüncü fıkra olarak teselsül ettirmiştir. ZGB Art 241 hükmüne ise, yeni bir (dördüncü) fıkra eklenmiştir. Mevzu Kanun'da yapılan değişiklikler, konunun hâlen gündemde olduğunun göstergesidir ve anılan değişiklikler ışığında konunun yeniden ele alınması zarureti doğmuştur. Bu çalışmada mal rejimi sözleşmeleriyle saklı payın korunması arasındaki ilişki, bu iki kurum arasındaki öncelik meselesi, mal rejimi sözleşmelerinin tenkisi ve İsviçre Medenî Kanunu'nda konuya ilişkin yapılan değişiklikler incelenmiştir.

I. Mal Rejimi Sözleşmeleriyle Saklı Payın Korunması Arasındaki İlişki

Evlilik sadece eşlerin medenî durumları bakımından değil, malları bakımından da birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Kanun koyucu, eşlerin sahip olduğu mallara ilişkin yönetim, yararlanma, tasarrufta bulunma ve eşlerin sorumlulukları bakımından dört farklı mal rejimi kabul etmiştir. Bu rejimler, “*edinilmiş mallara katılma*”, “*mal ayrılığı*”, “*paylaşmalı mal ayrılığı*” ve “*mal ortaklığı*” şeklindedir. Eşlerin akdedecekleri mal rejimi sözleşmesiyle veya evlenme başvurusu sırasında yapacakları

² Mesut Serdar Çekin, ‘Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi’ (2017) 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189, 191.

bildirimle (TMK m 205/I) başka bir mal rejimi seçmemiş olmaları hâlinde³, kanun gereği tâbi olacakları yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi hâlinde tasfiye yapılması gerekmektedir. Öncelikle bu rejimde her bir eşin malları, “*edinilmiş mallar*” ve “*kişisel mallar*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Her eşin edinilmiş mallarının (eklenme ve denkleştirmeden elde edilenler de dahil olmak üzere) toplam değerinden bu mallara ilişkin olan borçlar çıkarıldıktan sonra “*artık değer*” bulunmaktadır (TMK m 231/I). TMK m 236/I hükmüne göre, her eş veya mirasçısı, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibidir. Eşlerin diğer eşin artık değeri üzerindeki bu karşılıklı alacakları, kanun gereği kendiliğinden takas edilmekte ve neticede (her iki eşin artık değere katılma alacağının eşit olması hâli hariç) bir eş diğerinden katılma alacağına sahip olmaktadır. Bununla birlikte, bir eşin kişisel malından diğer eşin kişisel malına veya bir eşin kişisel malından diğer eşin edinilmiş malına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkı yapılması durumunda artık değer alacağının yanı sıra bir değer artış payı alacağı söz konusu olabilmektedir (TMK m 227)⁴.

Öte yandan, eşler gerek evlenmeden önce gerek evlendikten sonra kanunda sınırlı bir şekilde sayılmış olan diğer mal rejimlerinden birini de tercih edebilirler. Bu rejimler de sona erdiği zaman kendine özgü hükümlere göre tasfiye edilmektedir. Seçimlik mal rejimlerinden *mal ayrılığında*, her eş kendi malvarlığı üzerinde hak sahibi olduğundan edinilmiş mallara katılma rejiminde olduğu gibi bir katılma alacağı burada söz konusu olmamaktadır⁵.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, “*karının malvarlığı*” ve “*kocanın malvarlığı*” olmak üzere iki ayrı malvarlığı bulunmaktadır. Eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korumaktadır (TMK m 244). Mal rejiminin sona ermesi hâlinde her eş, diğer eşte

³ Bunun yanı sıra bazı hâllerde mevcut mal rejimi hâkim kararıyla veya kendiliğinden mal ayrılığı rejimine dönüşebilir. Buna “*olağanüstü mal rejimi*” denilmektedir. Detaylı bilgi için bkz Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta 2021) 148 vd; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 1) N 1028 vd; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 264 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2022) 248 vd; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2015) 421 vd.

⁴ Bkz Nuri Aziz Midyat, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı* (On İki Levha 2017) 118-120. Buna karşılık, Dural/Öğüz/Gümüş’e göre, sadece bir eşin kişisel mallarından diğer eşin kişisel mallarına bir katkı yapılmışsa, katılma alacağı yanında veya katılma alacağı doğmamışsa tek başına değer artış payı alacağı doğacaktır. Diğer ihtimallerde değer artış payı alacağı artık değerinin hesaplanmasında bir unsur olarak yer alacaktır. Bkz Dural, Öğüz ve Gümüş (n 1) N 1167-1172.

⁵ Mal ayrılığı rejiminde bir eşin malvarlığı değerlerinden diğer eşin malvarlığı değerlerinde yönelik katkı yapılmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde TMK m 243 hükmünde yer alan yollamanın paylaşmalı mal ayrılığına ilişkin “Katkıdan doğan hak” başlıklı TMK m 249 hükmünü de kapsadığı kabul edilmektedir. Bkz Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Beşir 2007) 265, dn 2. Katkı payı alacağının mal ayrılığı rejiminde de geçerli olması gerektiği yönünde bkz Saibe Oktay Özdemir, ‘Yargıtay Kararları İşliğinde Katkı Payı Kavramı, Talep Koşulları ve Hesabı’ iç Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan (Filiz 2011) 597, 598-600.

Yargıtay ise, özellikle mal ayrılığının yasal mal rejimi olduğu dönemde, diğer eşe bağışlama kastı almaksızın katkı yapan eş lehine katkı alacağına hükmetmiştir. Bkz Yargıtay HGK, 2-56/40, 03.02.1999 (Dural, Öğüz ve Gümüş (n 1) N 1280, dn 146). Ayrıca bkz Şeref Ertaş, ‘Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar’ (2013) 15(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, Cilt 2) 915, 918 vd.

bulunan mallarını geri alacaktır (TMK m 248/I). Bununla birlikte TMK m 250'de aileye özgülenen mallardan söz edilmektedir. Hükmün birinci fırcasının ilk cümlesine göre, *“Eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler, mal rejiminin sona ermesi hâlinde eşler arasında eşit olarak paylaşılır”*. Görüleceği üzere, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin sona ermesi anında eşlerin elbirliğiyle hak sahibi oldukları aileye özgülenen mallardan oluşan özel bir malvarlığı meydana gelmektedir. Eşlerin malvarlıklarından ayrı olan bu özel malvarlığı kurulduğu anda tasfiye aşamasına geçmekte ve kural olarak aynen paylaşma yoluyla tasfiye edilmektedir (TMK m 253)⁶. Her eş diğerine ait olup da paylaşım dışı kalan bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, katkısı oranında hakkaniyete uygun bir bedel de isteyebilmektedir (TMK m 249).

Mal ortaklığı rejiminde ise, rejimin eşlerden birinin ölümü sebebiyle sona ermesi hâlinde her eşe veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı verilmektedir. Ayrıca kişisel mallar ile ortaklık malları arasında denkleştirme (TMK m 273) yapılması mümkün olduğu gibi, değer artış payı da (TMK m 274) talep edilebilmektedir.

Eşlerden birinin ölümü, tüm mal rejimi türlerinde sona erme sebebidir (TMK m 225/I, 247/I, 271/I). O hâlde, ölüm hâlinde eşler arasında geçerli olan mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Tasfiye neticesinde ortaya çıkan gerek katılma alacağı (edinilmiş mallara katılma rejiminde) gerek değer artış payı alacağı (edinilmiş mallara katılma rejimi ve mal ortaklığı rejiminde) veya katkıdan doğan alacak (paylaşmalı mal ayrılığında), bir taraf bakımından borç, diğer taraf bakımından alacak niteliğindedir.

⁶ Bkz Dural, Ögütüz ve Gümüş (n 1) N 1276.

Tasfiye sonucunda tespit edilen bu alacaklar veya borçlar, ölen eşin terekesi içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle, varsayımsal terekenin, miras paylarının, saklı payların ve tasarruf edilebilir kısmın tespit edilebilmesi için, öncelikle eşler arasında geçerli olan mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir⁷.

Eşlerin farklı bir mal rejimi seçmeleri, terekeyi ve saklı pay miktarlarını etkileyebilir⁸. *Meselâ*, ev hanımı eşi (M)'nin önceki evliliğinden olan çocuğu (A)'nın kendi mirasından dolayı da olsa faydalanmasını istemeyen (E), eşi ile mal ayrılığı rejimini benimserler. (E) ve (M)'nin (B) adında ortak bir çocuğu dünyaya gelir. Bir müddet sonra (M) ölür ve ölümünde 100.000 TL değerinde kişisel malvarlığından başka hiçbir şeyi bulunmamaktadır. Tasfiye yapılırken, (E)'nin aslında 1 Milyon TL değerinde artık değerinin bulunduğu anlaşılır. Somut olayda mal ayrılığı rejimi benimsendiği için (E), 25.000 TL; (A), 37.500 TL ve (B), 37.500 TL miras payı almaktadır. Buna karşılık, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olsaydı, rejimin tasfiyesi neticesinde (M)'nin terekesi (100.000 TL + 500.000 TL) 600.000 TL olarak teşekkül edecek, böylelikle (E), 150.000 TL; (A), 225.000 TL ve (B), 225.000 TL miras payı alacaktı. Ortak çocuk olan (B)'nin ileride babası (E)'nin terekesinden daha fazla miras payı edinmesi mümkünken, ortak olmayan çocuk (A), yapılan mal rejimi sözleşmesi nedeniyle 187.500 TL daha az miras payı almaktadır.

⁷ Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin 2021) N 456; Akcaal (n 1) 237; Antalya (n 1) N 321; Çekin (n 2) 190; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 1) N 1244; Şeref Ertaş, 'Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1365, 1366; Fatih Karamercan, *Katki-Değer Artışı Payı & Katılma Alacağı Davaları* (7. Baskı, Seçkin 2022) 489 vd; Serozan ve Engin (n 1) § 3, N 23; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (On İki Levha 2011) 285; Şükran Şıpka ve Ayça Özdoğan, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (2. Baskı, On İki Levha 2017) 489; Şıpka ve Kaplan (n 1) 263; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku* (Yetkin 2022) 114; Zeytin (n 1) N 614. Sağ kalan eş, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda söz gelimi edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağını (kural olarak artık değer yarısını) almakta ve artık değer geri kalan kısmının da dahil olduğu tereke üzerinden miras hakkı elde etmektedir. Bkz M. Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1998) 131; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2021) N 1095, dn 693; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022) N 1096 vd; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2021) 90. Öğretide sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olması durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin farklı bir yaklaşım da bulunmaktadır. Şöyle ki, sağ kalan eş tek başına mirasçı ise, alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşmiş olduğundan katılma alacağı ona ermektedir. Bkz Antalya (n 1) N 318; Ayan (n 1) 229; Zeytin (n 1) N 614. Buna karşılık, kendisinden başka mirasçılar da bulunmakta ise, sağ kalan eşin katılma alacağının kendi miras payı oranındaki kısmını terekeden isteyememesi gerekir. Zira bu kısım bakımından alacaklı ve borçlu sıfatı birleştiğinden, katılma alacağı sona ermiştir. Bkz Ayan (n 1) 229; Çabri (n 1) N 387 vd; Zeytin (n 1) N 614. Yargıtay'ın son uygulamasının bu yönde olduğu ve her ne kadar uygulamada bazı problemlere yol açabilecek nitelikte olsa da özellikle miras paylaşıldıktan sonra açılan mal rejimi davalarında sağ kalan eşin miras payı oranında katılma alacağından mahsup yapılmasının yerinde olduğu yönünde bkz Şıpka ve Özdoğan (n 5) 490 vd.

Öte yandan, sağ kalan eşin hem katılma alacağını alması hem de tereke üzerinde miras payına sahip olması, somut olay adaletine uygun olmayan sonuçlara yol açabileceği nedeniyle şiddetli bir şekilde eleştirilmektedir. Şöyle ki, çalışmayan ve bu nedenle herhangi bir artık değer de elde edemeyen sağ kalan eş, öncelikle ölen eşin ortak değerinin yarısı üzerinde alacak hakkı elde etmekte ve geri kalan artık değer ile ölen eşin kişisel mallarından oluşan terekeden de miras hakkı kazanmaktadır. Her ne kadar bu sonuç kadının korunması gayesiyle kabullenilebilir gibi gözükse de çalışmayan ve kısımsın elde ettiği gelirle geçinen erkek sağ kalan eş de karısının kendisinden önce ölümü hâlinde bu imkândan faydalanabilecektir. Bu nedenle, öğretide Türk Medeni Kanunu'ndaki mal rejimi düzenlemelerinin somut olay adaletini sağlayacak şekilde yeniden gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz Hatemi (n 1) § 2, N 91. Ayrıca bkz Tuba Birinci Uzun, 'Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi' (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105, 123; Ertaş, *Tasfiye* (n 5) 1365 vd. Alman Hukuku'nda evliliğin ölümle sona ermesi hâlinde mal rejiminin tasfiyesi, miras hukuku aracılığıyla, yani sağ kalan eşin miras payına dörtte birlik bir payın eklenmesi suretiyle, gerçekleştirilmektedir. Bu konuda bkz Acabey (n 5) 131; Çekin (n 2) 203 vd.

⁸ Çekin (n 2) 191 vd.

Ancak saklı paylı mirasçılar, yasal mal rejiminden farklı bir mal rejiminin seçilmesine karşı korunmamışlardır.

Öte yandan, eşler mevcut mal rejiminin hükümlerinde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik yaparak da terekeyi ve miras paylarını etkileyebilirler⁹. *Meselâ*, TMK m 221 hükmüyle edinilmiş mallara katılma rejiminde bazı malların mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal sayılmasına olanak tanınmıştır. Buna göre, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri ile kişisel malların gelirlerinin kişisel mal sayılacağı kararlaştırılabilir¹⁰. Ayrıca TMK m 227/III hükmü uyarınca, yazılı bir anlaşmayla değer artış payı almaktan vazgeçilebileceği gibi, pay oranı (normalde tasfiye sırasında söz konusu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında) da değiştirilebilir¹¹. Benzer şekilde, eşler artık değere katılma bakımından da mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenenden farklı bir esas, meselâ artık değere katılmaya ilişkin farklı bir oran¹² kararlaştırabilirler (TMK m 237/I)¹³. Ancak mahkemeye evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmaların geçerli olabilmesi için, mal rejimi sözleşmesinde bu hâllere ilişkin olarak uygulanacak oranın açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir (TMK m 238). Mal ortaklığı rejiminde ise rejimin sona ermesi hâlinde ortaklık mallarının paylaşılmasına ilişkin olarak kanunda öngörülen esastan (yarı yarıya paylaşma) farklı bir paylaşma biçimi kabul edilebilir (TMK m 276/II). Ancak boşanma veya evliliğin

⁹ Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 450; Birinci Uzun (n 5) 109; Çekin (n 2) 192; Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (On İki Levha 2016) 30; Öztan, *Miras* (n 5) 174.

¹⁰ Bu konuda verilen bir örnek için bkz Çekin (n 2) 192. TMK m 237/II hükmünün TMK m 221 hükmü kapsamında yapılan mal rejimi sözleşmelerine uygulanmayacağı yönünde bkz İpek Betül Aldemir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi* (On İki Levha 2018) 52; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m. 185-281) (Vedat 2008) 271 vd; Sarı, (n 8) 182; Zeytin (n 1) N 737.

¹¹ Öğretide TMK m 237/II hükmünün kıyasen değer artış payı alacağından feragat edilmesi hâlinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Ortak olmayan altsoyun saklı payı bakımından TMK m 237/II hükmünün kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz Midyat, (n 9) 52.

¹² Jungo (n 1) Art 216-217, N 4; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 449; Antalya (n 1) N 1298; Birinci Uzun (n 5) 108; Çabri (n 1) N 1477; Ayтуğ Ceyhan Çakır, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı* (On İki Levha 2018) 228; Şamil Demir, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması' (2014) (1) Ankara Barosu Dergisi 246, 265; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 1) N 1232; Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 314; Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2017) 1328 vd; Kılıçoğlu, *Katkı-Katılma Alacağı* (n 1) 90 ve 153; Nar, *Tenkis* (n 7) 29; Demet Özdamar, Ali Gümrak Tokar, Ferhat Kayış, Burcu Yağcıoğlu ve Aliye Akgün Tokar, *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi* (7. Baskı, Seçkin 2022) 121; Öztan, *Aile* (n 3) 537; Ali İhsan Özüğür, *Mal Rejimleri* (3. Baskı, Seçkin 2006) 69; Sarı (n 8) 234; Şıpka (n 5) 277; Şıpka ve Kaplan (n 1) 269; Zeytin (n 1) N 736.

¹³ TMK m 237 hükmünde "başka bir esas" ifadesi kullanıldığından, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle artık değere katılma oranı dışında farklı esaslar da kabul edilecekleri yönünde bkz Heinz Hausheer und Regina Aebi-Müller, 'Art 181-251 ZGB' in Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis (Hrsg), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2018) Art 216, N 16 ff; Dominique Jakob, 'Art 196-220 ZGB' in Andrea Büchler und Dominique Jakob (Hrsg), *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2018) Art 216/217, N 7; Isabelle Nuspiger, 'Art 216 ZGB' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz und Roland Fankhauser (Hrsg), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) Art 216, N 1; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 10; Stephan Wolf und Andrea Dorjee-Good, in Stephan Wolf (Hrsg), *Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht* (Stämpfli 2022) N 55; Öztan, *Aile* (n 3) 538 vd; Şıpka (n 5) 280; Zeytin (n 1) N 736. Eşlerin paylaşmaya ilişkin yapabilecekleri düzenlemeler hakkında bkz Jungo (n 1) Art 216-217, N 4; Aldemir (n 8) 74 vd; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 1) N 1232; Gümüş (n 8) 382 vd; Sarı (n 8) 234 vd; Zeytin (n 1) N 742.

iptali sebebiyle ya da kanun veya mahkeme kararı gereğince mal ayrılığına geçiş hâllerinde, yasal paylaşmanın değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların geçerli olabilmesi için, mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir (TMK m 277/III). Tüm bu hâller, varsayımsal terekeyi, böylelikle yasal mirasçılarının haklarını önemli ölçüde etkilemeye elverişli durumlardır.

II. Saklı Payın Korunması ile Mal Rejimi Sözleşmesi Arasındaki Öncelik Meselesi

A. Temel İlke: Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunmaması

Mirasçıların saklı payını olumsuz yönde etkileyen mal rejimi sözleşmelerinin tenkisinin mümkün olup olmadığı meselesi oldukça önemlidir. Bu meselenin temelinde mal rejimi sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruf mu yoksa sağlararası kazandırma mı olduğu hususu yatmaktadır. Zira ölüme bağlı tasarrufların tamamı tenkise tâbi tutulmuşken; sağlararası kazandırmaların sadece belirli bir kısmı tenkise tâbidir.

İsviçre Federal Mahkemesi, ilk zamanlar mal rejimi sözleşmelerini sağlararası işlem olarak nitelendirmiştir. Şöyle ki, 1988 yılına kadar İsviçre’de yasal mal rejimi olarak mal birliği rejimi (Güterverbindung) kabul edilmişti. TMK m 237/II hükmünün temelini teşkil eden eski ZGB Art 214/III hükmüne göre, bu rejimde kocanın artık değerinin ne şekilde paylaşılacağı yönünde mal rejimi sözleşmelerinin yapılabilmesi mümkündü. Ne var ki, kararlaştırılan paylaşma usulünün mirasçıların saklı paylarını ihlâl etmesi hâlinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştı. Federal Mahkeme’ye göre¹⁴, eşlerden birinin ölümü, sözleşmeden doğan borç bakımından zorunlu kanunî şart olmayıp, sadece borcun ifa edileceği zaman bakımından önem taşımaktaydı. Bu nedenle mal rejimi sözleşmeleri, sağlararası hukukî işlem olarak değerlendirilmeliydi. Bu sonuca ulaşan Federal Mahkeme, mal rejimi sözleşmelerinin bağışlama (ZGB Art 527/I-3; TMK m 565/I-3) veya saklı payı azaltma kastıyla yapılan kazandırma (ZGB Art 527/I-4; TMK m 565/I-4) olarak kabul edilemeyeceğine ve bu nedenle sağlararası hukukî işlem olarak da tenkis edilemeyeceğine hükmetmişti. Zira Federal Mahkeme’ye göre, bu nitelikteki mal rejimi sözleşmelerine kanun koyucu açıkça izin vermekte ve Kanun’da bu tür anlaşmalara karşı saklı payları korucuyu bir hüküm de bulunmaktaydı. O hâlde, mal rejimi sözleşmelerinin saklı payı azaltma kastı ile yapıldığından bahisle tenkis edilmesi de mümkün değildi¹⁵.

¹⁴ Zarife Şenocak, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejimince Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi’ (2009) 58(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 377, 397, dn 67’de belirtilen Federal Mahkeme kararları: BGE 58 II 1; BGE 82 II 477.

¹⁵ Heinz Hausheer, Ruth Reusser und Thomas Geiser, *Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Teilband, Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband, Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB* (Stämpfli 1992) N 3; Çekin (n 2) 194; Şenocak (n 12) 397.

Ne var ki, İsviçre Federal Mahkemesi, 1976 yılında verdiği ve “*Nobel Olayı*” olarak bilinen bir kararıyla¹⁶ içtihat değişikliğine gitmiştir. Bu kararında Federal Mahkeme, mal rejimi sözleşmesinde yapılan paylaşım ile artık değerın yasal olarak paylaşılması arasındaki farkın “*yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama*” niteliğinde olduğunu ve bu nedenle ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkis edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ancak bu koruma, sadece ölen eşin altsoyu ile sınırlı tutulmuş ve saklı paylı mirasçı olmasına rağmen ölen eşin ana ve babasının bu korumadan faydalanamayacağı ifade edilmiştir¹⁷.

Federal Mahkeme'nin bu kararından sonra 1979 yılında sunulan Federal Komisyon Tasarısı'nda (Tasarı 1979)¹⁸ edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değerın paylaşılmasına yönelik anlaşmaların mirasçılarının saklı paylarını ihlâl edemeyeceği öngörülmüş ve hatta saklı paylı mirasçılar arasında da herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Diğer bir deyişle, gerek herhangi bir ayırım olmaksızın tüm altsoyun gerek ana ve babanın saklı payının mal rejimi sözleşmelerine karşı korunacağı öngörülmüştür¹⁹. Ne var ki, yaşanan yoğun tartışmalar neticesinde yasalaşma aşamasında hükümde değişiklik yapılarak, sadece eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları korumaya layık görülmüştür. Diğer bir deyişle, mal rejimi sözleşmelerine karşı kural olarak saklı pay korunmamıştır²⁰.

Türk kanun koyucusunun kabul ettiği temel ilke de eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmelerinin saklı paylı mirasçılarının menfaatlerinden önce gelmesidir. Diğer bir deyişle, eşler arasında akdedilen mal rejimi sözleşmeleri terekeyi ve böylelikle saklı pay oranlarını azaltmış olsa dahi, bu sözleşmelere kural olarak itiraz edilemez²¹. Temel ilke bu olmakla birlikte, aşağıda açıklanacak olan iki istisnai hâlde (TMK m 237/II ve TMK m 276/III), mal rejimi sözleşmelerinin bazı mirasçılarının saklı paylarını zedeleyemeyeceğini öngörülmüştür.

¹⁶ BGE 102 II 313.

¹⁷ Paul Eitel, ‘Familienbilder und das neue Erbrecht’ in *Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie Planungsmöglichkeiten - II. Symposium zum Familienrecht 2021* (Schulthess 2022) 31, 47; Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 3; Nuspliger (n 11) Art 216, N 5; Çekin (n 2) 195; Şenocak (n 12) 397. Bu karara 1979 yılında sunulan Federal Komisyon Tasarısı'nda da değinilmiştir. Bkz Tasarı 1979, 1322.

¹⁸ Bkz Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht), vom 11. Juli 1979, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10047828&action=open> (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

¹⁹ Bkz Tasarı 1979, 1323. Ayrıca bkz Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 27; Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 5; Jungo (n 1) Art 216-217, N 8.

²⁰ Kılıçoğlu, *Aile* (n 3) 350.

²¹ Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 9; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 60; Çakır (n 10) 229, dn 913; Çekin (n 2) 191; İmre ve Erman (n 1) 238, yazarlar açık olarak bu ilkeye değinmeseler de mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarının tamamının sağ kalan eşe kalacağına ilişkin anlaşmalara karşı TMK m 276/III hükmüyle korunmayan altsoy dışındaki saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açamayacağını belirtmektedirler; Şıpka (n 5) 278 vd.

B. Mal Rejimi Sözleşmelerine Karşı Saklı Payın Korunduğu İstisnai Hâller

1. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma Alacağı Bakımından Kanunda Öngörülenden Farklı Bir Esasın Benimsenmesine Karşı Ortak Olmayan Çocukların ve Onların Altsoylarının Korunması (TMK m 237/II)

Mal rejimi sözleşmelerine karşı saklı payın korunduğu ilk hâl, TMK m 217/II hükmünde düzenlenmiştir. Gerçekten, kanun koyucu TMK m 237 (ZGB Art 216²²) hükmünün ilk fıkrasında edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin artık değere katılma konusunda kanunda öngörülenden farklı bir esas belirleyebilmelerine imkân tanımış; ancak ikinci fıkrada bu tür anlaşmaların²³ eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının²⁴ saklı payını zedeleyemeyeceğini öngörmüştür. O hâlde, burada eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoyunun saklı payı, mal rejimi sözleşmesi serbestisine nazaran üstün tutulmuştur²⁵. Ortak olmayan çocuklarla, eşlerden sadece birisiyle arasında soybağı bulunan çocuklar kastedilmektedir²⁶.

²² Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Vorschlag vereinbart werden (Abs 1). Solche Vereinbarungen dürfen die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen (Abs 2)”. Bu hüküm Türkçeye şu şekilde tercüme edilebilir: “Evlilik sözleşmesiyle artık değere farklı bir katılma kararlaştırılabilir (f 1). Bu tür anlaşmalar, ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez (f 2)”.

²³ TMK m 237 hükmünde kanunda öngörülenden başka bir esasın kabul edilmesinden söz edildiğinden, TMK m 237/II hükmü sadece artık değere katılma bakımından farklı bir oranın kararlaştırıldığı hâllerde değil, aynı zamanda bunun dışında farklı bir esasın kararlaştırılması hâlinde de uygulama alanı bulmalıdır. Bkz Zeytin (n 1) N 748, dn 828.

²⁴ Kanunda “ortak olmayan altsoy” yerine, “ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının” ifadesinin kullanılmasına gerekçe olarak gerek karının gerek kocanın evlilik öncesinde doğan çocuklarının altsoyunun söz konusu eşlerin ortak altsoyu olacağı gösterilmektedir. Bkz Jungo (n 1) Art 216-217, N 9.

²⁵ Cyril Hegnauer und Peter Breitschmid, *Grundriss des Eherechts* (4. Auflage, Stämpfli 2000) N 26.79; Jakob (n 11) Art 216/217, N 9; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 4; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 454; Akıntürk ve Ateş (n 3) 172; Ebru Ceylan, ‘Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk’ in Yasemin Güllüoğlu Altun (ed), *Arabuluculuk Zirvesi- II* (On İki Levha 2020) 181, 203; Gençcan (n 10) 1330; Öztan, *Aile* (n 3) 540; Serozan ve Engin (n 1) § 3, N 24; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 259. TMK m 237/II hükmü, edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik tarihinden itibaren başlatılması halinde de uygulama alanı bulmalıdır. Bkz Muzaffer Şeker, *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıyat Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular* (On İki Levha 2022) 19.

²⁶ Jakob (n 11) Art 216/217, N 9; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 16; Çakır (n 10) 228; Kılıçoğlu, *Aile* (n 3) 349; Sarı (n 8) 242; Zeytin (n 1) N 751.

Buna karşılık, ortak olan altsoyun²⁷ ve diğer saklı paylı mirasçıların (ana ve baba) saklı payları bu hüküm kapsamında korunmamıştır²⁸.

Hükümde bu yönde bir değişiklik yapılmasının temelinde, edinilmiş malların evlilik birliğinin devamı sürecince eşlerin ortak çabalarıyla edinilmesi, artık değerlerin tamamının sağ kalan eşe bırakılması hâlinde²⁹ dahi onun malvarlığının ölümü neticesinde ortak çocuğa intikal edeceği, bu zamanın ortak çocuk tarafından beklenilebilir olduğu; buna karşılık, artık değere katılma oranının sağ kalan eş lehine arttırıldığı hâllerde ortak olmayan çocuğun aleyhine bir durumun ortaya çıkacağı, nitekim ortak olmayan çocuğun bu kişiye yasal mirasçı olmadığı, yapılan bu tür anlaşmaların aile huzurunu bozabileceği gibi düşünceler etkili olmuştur³⁰.

2. Mal Ortaklığı Rejiminde Ortaklık Malları Bakımından Kanunda Öngörülenden Farklı Bir Paylaşma Biçiminin Benimsenmesine Karşı Altsoyun Korunması (TMK m 276/III)

Mal ortaklığı rejiminde, “karının kişisel malları”, “kocanın kişisel malları” ve “ortaklık malları” olmak üzere üç ayrı malvarlığı bulunmaktadır. Bunlardan kişisel mallar, eşlerden birinin ölümü hâlinde bütünüyle onun terekesine dahil olmaktadır. Buna karşılık, mal ortaklığının (ölüm veya başka bir mal rejiminin kabulü suretiyle) sona ermesi hâlinde her eş veya mirasçıları ortaklık mallarının yarısını almaktadır (TMK m 276/I). Diğer bir deyişle, ortaklık malları öncelikle kural olarak yarı yarıya bölüşülmekte ve ölen eşe kalan yarı terekeye eklenerek miras hukuku hükümlerine göre paylaşılmaktadır. Terekeye eklenen bu kısım üzerinde sağ kalan eşin de miras

²⁷ TMK m 307/II hükmüne göre bir eşin tek başına evlât edinmesi hâlinde evlâtlık, ortak olmayan altsoy olarak kabul edilmeli iken; TMK m 306/I hükmüne göre eşlerin birlikte evlât edinmesi ya da TMK m 306/III hükmüne göre bir eşin diğer eşin çocuğunu evlât edinmesi hâllerinde, evlâtlık ortak altsoy olarak kabul edilmektedir. Bkz Sarı (n 8) 242; Şıpka (n 5) 277 vd; Şıpka ve Kaplan (n 1) 270; Zeytin (n 1) N 751.

²⁸ Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 34; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 36; Jakob (n 11) Art 216/217, N 9; Jungo (n 1) Art 216-217, N 10; Nuspliger (n 11) Art 216, N 4; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 16; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (12. Auflage, Schulthess 2002) 321; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 460; Aldemir (n 8) 80 vd; Birinci Uzun (n 5) 109; Çakır (n 10) 228; Dural ve Öz (n 5) N 1091; Gençcan (n 10) 1330; Gümüş (n 8) 386; Midyat (n 9) 51; Nar, *Tenkis* (n 7) 29 vd; Öztan, *Aile* (n 3) 542; Sarı (n 8) 241; Serozan ve Engin (n 1) § 3, N 24; Şıpka (n 5) 278 ve 283; Şıpka ve Kaplan (n 1) 271; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 259; Zeytin (n 1) N 754-755. Eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyu dışındaki saklı paylı mirasçılar, saklı paylarının korunmasını ancak miras hukuku hükümlerine göre talep edebilirler. Diğer bir deyişle, bu saklı paylı mirasçılar, her ne kadar artık değere ilişkin fazla kazandırmanın tenkisini (gerek TMK m 237/II hükmüne gerek miras hukuku hükümlerine göre) talep edemezlerse de mirasbırakmanın tenkise tâbi diğer kazandırmalarına yönelik (miras hukuku hükümlerine göre) tenkis davası açabilirler. Bkz Roland Fankhauser und Alexandra Jungo, ‘Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick’ (2019) recht 1, 6; Nar, *Tenkis* (n 7) 31; Sarı (n 8) 241; Şıpka ve Kaplan (n 1) 271 vd; Zeytin (n 1) N 755; krş. Birinci Uzun (n 5) 122 vd; Midyat (n 9) 51.

²⁹ Bkz Birinci Uzun (n 5) 108; Zeytin (n 1) N 742.

³⁰ Jakob (n 11) Art 216/217, N 3; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 466; Birinci Uzun (n 5) 128; Çakır (n 10) 228; Çekin (n 2) 195; Arzu Genç Andemir, ‘Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu’ in Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Andemir (edr), *Çocuk Hakları Çalışmaları I* (On İki Levha 2017) 139, 143; Kılıçoğlu, *Aile* (n 3) 350; Midyat (n 9) 51; Nar, *Tenkis* (n 7) 31; Sarı (n 8) 241; Şenocak (n 12) 381 ve 396; Şıpka (n 5) 278; Şıpka ve Kaplan (n 1) 271.

payı bulunmaktadır. Sağ kalan eşe giden yarı ise, terekeye eklenmemekte, bundan sadece sağ kalan eş faydalanmaktadır³¹.

TMK m 276/I hükmü emredici nitelikte olmayıp, eşlerin bu konuda başka bir paylaşma biçimi belirlemeleri mümkündür (TMK m 276/II). Böylelikle eşler sağ kalan eşe yarından daha fazla mal özgüleyebilecekleri gibi, tüm ortaklık mallarının ona kalacağını da kararlaştırabilirler³². Bu durumda ölen eşin terekesi sadece kişisel mallarından oluşacağından, diğer bir deyişle sağ kalan eşe giden malvarlığı terekede bulunmayacağından, ölen eşin diğer mirasçıları bu anlaşmadan zarar görecektir. Bu durumda kanun koyucu, söz konusu anlaşmadan zarar gören ya tüm saklı paylı mirasçıları ya da bunlardan sadece bir kısmını koruma altına almayı tercih edebilir.

Mülga Medenî Kanun'da kanun koyucu sadece altsoyu korumayı tercih etmiş ve bu tür anlaşmalara karşı onlara özel bir saklı pay tanımıştı. Buna göre, söz konusu mukavele ile evvel vefat eden karı veya kocanın altsoyu ölüm anında mevcut bulunan malların dörtte birinden hiçbir şekilde mahrum edilemezdi. Kanun koyucu, eskiden altsoy dışındaki saklı paylı mirasçıları korumadığı gibi, altsoyun da saklı payının tamamını değil, sadece ortaklık mallarının 1/4'üyle sınırlı bir kısmını korumaktaydı³³.

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu'nun 276'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında kanun koyucu, yine sadece altsoyu korumayı tercih etmiş, ancak mülga Kanun'dan farklı olarak altsoyun saklı payının tamamı koruma altına alınmıştır. TMK m 237/II hükmünden farklı olarak burada ortak olmayan altsoy ve ortak altsoy ayrımı yapılmamıştır³⁴. Buna karşılık, ana ve babanın saklı payı, bu tür anlaşmalara karşı korunmamıştır. Dolayısıyla, eşler (tüm ortaklık mallarının sağ kalan eşe kalacağı şeklinde) farklı bir paylaşma esası benimseyerek ikinci zümredeki mirasçıları, saklı paylarından yoksun bırakabilirler. Anılan paylaşım tarzı kanuna ve hukuka uygundur³⁵. Bu durumda, sağ kalan eş tek başına mirasçı olmakta ve altsoy dışındaki saklı paylı mirasçılar (ana ve baba) sağ kalan eşe karşı tenkis davası açamamaktadır³⁶.

³¹ Dural ve Öz (n 5) N 1096.

³² Martin Eggel, 'Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod' (2019) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 90, 93; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 241, N 11; Jungo (n 1) Art 241, N 4; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 55; Ömer Arbek, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi* (Yetkin 2013) 50; Dural ve Öz (n 5) N 1096; Yılmaz (n 5) 114.

³³ Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 451; Dural ve Öz (n 5) N 1096.

³⁴ Eitel (n 15) 48; Gian Sandro Genna, 'Art 241 ZGB' in Kren Kostkiewicz J, Wolf S, Amstutz M und Fankhauser R (Hrsg), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auflage, Orell Füssli 2021) Art 241, N 3; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 241, N 15; Hegnauer und Breitschmid (n 22) N 28.45; Jungo (n 1) Art 241, N 6; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 61; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Antalya (n 1) N 1494; Çakır (n 10) 230; Nar, *Tenkis* (n 7) 32; Öztan, *Aile* (n 3) 558; Serozan ve Engin (n 1) § 3, N 24; Şıpka (n 5) 278; Şıpka ve Kaplan (n 1) 270. Edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak, burada altsoy arasında ortak olmayan-ortak altsoy ayrımı yapılmamasının gerekçesi için bkz Jungo (n 1) Art 241, N 6; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 466; Çakır (n 10) 230 vd; Şıpka ve Kaplan (n 1) 270 vd.

³⁵ İmre ve Erman (n 1) 281, dn 41; Arbek (n 29) 50.

³⁶ Arbek (n 29) 50; Birinci Uzun (n 5) 109, 123; Dural ve Öz (n 5) N 1096; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2021) N 728; Zahit İmre, 'Mirasın Taksimi Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medeni Hukukunun Buna İlişkin Meseleleri' iç *Onar Armağanı* (Fakülteler 1977) 395, 422; İmre ve Erman (n 1) 237; İnan, Ertuş ve Albaş (n 5) N 1104; Yılmaz (n 5) 114 vd.

Altsoy dışındaki saklı paylı mirasçılarının korunmaması, öğretide eleştirilmektedir³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi³⁸, ortaklık mallarının eşlerden birinin saklı paylı mirasçılarına zarar vermek kastıyla farklı bir şekilde paylaşılmasına yönelik anlaşmaları, hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle geçersiz saymaktadır. Bu durumda, ortaklık mallarının yasal paylaşma biçimine uygun olarak yarı yarıya paylaşılması ve buna göre miras paylarının tespit edilmesi gerekmektedir³⁹. Ne var ki Yargıtay'a göre⁴⁰, ortaklık mallarının farklı bir usulde paylaşılmasına yönelik mal rejimi sözleşmeleri TMK m 2/II hükmüne istinaden geçersiz sayılmamalıdır⁴¹.

III. Mal Rejimi Sözleşmesinin Tenkisi

A. Genel Olarak

Mal rejimi sözleşmesiyle saklı payın ihlâl edilmesi ve ilgili saklı paylı mirasçılarının kanunda korunan kişilerden olması hâlinde, bu sözleşmeyle yapılan kazandırmanın tenkis edilmesi gerekmektedir. Ne var ki, mal rejimi sözleşmesinin tenkis edilmesi, bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların temelinde yine, mal rejimi sözleşmesinin sağlararası hukukî işlem mi yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu tartışması yatmaktadır. Zira gerek varsayımsal terekenin tespiti gerek mal rejimi sözleşmesinin tenkis edileceği sıra, bu kazandırmanın sağlararası işlem veya ölüme bağlı tasarruf olmasına göre farklılaşmaktadır. TMK m 237/II ve 276/III hükümlerinde mal rejimi sözleşmesinin sağlararası bir hukukî işlem mi yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu belirtilmeyerek, bu konunun çözümü öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. O hâlde yapılması gereken ilk iş, mal rejimi sözleşmesinin hukukî niteliğini tespit etmektir.

³⁷ Eren ve Yücer Aktürk (n 33) N 728.

³⁸ BGE 112 II 390.

³⁹ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen bu görüşünün artık değere katılma bakımından farklı bir oranın kararlaştırıldığı mal rejimi sözleşmeleri bakımından da uygulanabileceği yönünde bkz Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 20; Gümüş (n 8) 386; Şıpka (n 5) 285; Şıpka ve Kaplan (n 1) 269; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 263. Bir malvarlığı değerinin edinilmiş mallardan çıkarılarak kişisel mal hâlinde getirilmesine ilişkin mal rejimi sözleşmelerinin (TMK m 221) salt saklı paylı mirasçılara zarar verme amacıyla yapılması hâlinde dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması gerektiği yönünde bkz Özge Kuru, 'Bir Mesleğin İlerası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme ile Kişisel Mal Haline Getirilmesi (TMK 221/1)' (2016) 2(3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 128. *Acar* ise, tenkis davasının saklı pay sahiplerine karşı da açılabilirliğini, diğer bir deyişle saklı pay sahiplerinin diğer saklı pay sahipleri lehine yapılan tasarruflara karşı da korunduğunu, mal rejimi sözleşmeleri vastasıyla saklı pay ihlâlinin hedeflenmesi hâlinde, ortak altsoyun ya da ana veya babanın TMK m 237/II hükmüyle bağlı olmaksızın sağ kalan eşe karşı tenkis davası açmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz *Acar*, *Mal Rejimleri* (n 5) N 468.

⁴⁰ Yargıtay 2 HD, 7867/9356, 27.10.1986 (Dural ve Öz (n 5) N 1096, dn 698).

⁴¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın kararları hakkında yapılan bir değerlendirme için bkz Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 2. ve 3. Basılara Ek Kitap (Filiz 1992) 22 vd.

Öğretide kabul edilen bir görüşe göre⁴², mal rejimi sözleşmesiyle sağ kalan eş lehine yapılan kazandırmalar, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağışlı ivazsız bir kazandırma niteliğindedir. Nitekim artık değere katılmaya ilişkin anlaşmaların ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelemeyeceğine ilişkin TMK m 237/II (ZGB Art 216 Abs 2) hükmü, bu kazandırmanın örtülü ivazsız bir kazandırma olduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla mal rejimi sözleşmeleri de ölümüne bağışlı tasarrufların tâbi olduğu usule göre tenkis edilmelidir. Hâl böyle olunca, sağ kalan eş lehine artık değere katılmaya ilişkin anlaşmalar, TBK m 565 (ZGB Art 527) kapsamına giren sağlararası kazandırmalardan önce tenkise tâbi tutulmalıdır⁴³.

Buna karşılık, mal rejiminin ölüm dışında başka bir sebeple sona ermesi hâli için belirli bir eş lehine yapılan mal rejimi sözleşmeleri ise, sağlararası kazandırma niteliğindedir. Zira ilk hâlden farklı olarak burada mal rejimi sözleşmesi, kazandırmada bulunanın sağlığında hüküm ve sonuçlarını meydana getirmektedir. Mal rejimi sözleşmesinin nitelendirilmesi bakımından önemli olan husus da kazandırmanın sonuçlarını yükümlü hayattayken mi yoksa ölümünde mi doğuracağıdır. Bu bağlamda, ölen eşe yapılan artık değere ilişkin kazandırmalar yükümlü eşin hayatında hüküm ve sonuçlarını doğuracağından sağlararası işlem olarak değerlendirilmelidir⁴⁴. Bu görüşte olan yazarlara göre⁴⁵, söz konusu mal rejimi sözleşmeleri, ölümüne bağışlı tasarruflardan sonra, ancak en yeni tarihli sağlararası işlem sayılarak diğer tüm sağlararası işlemlerden önce tenkis edilmelidir.

Öğretide ileri sürülen aksi görüşe göre⁴⁶, mal rejimi sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinde yapılan anlaşmanın hangi sona erme sebebi için öngörüldüğü önem taşımamalı ve her hâlükârda mal rejimi sözleşmesi sağlararası hukukî işlem olarak kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, terekenin belirlenebilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekmektedir. Zira mal rejimi tasfiye edilerek katılma alacağı hesaplanmadan terekenin belirlenebilmesi mümkün değildir.

⁴² Rolando Forni und Giorgio Piatti, 'Vor Art 522-533 ZGB' in Thomas Geiser und Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2019) Art 532, N 2; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 28 ff; Jakob (n 11) Art 216/217, N 2; Nuspliger (n 11) Art 216, N 5; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 456; Aldemir (n 8) 81; Birinci Uzun (n 5) 111 vd; Gümüş (n 8) 385; Nar, *Tenkis* (n 7) 29; Öztan, *Aile* (n 3) 540; Öztan, *Miras* (n 5) 173; Sarı (n 8) 240; Şıpka (n 5) 280 vd; Zeytin (n 1) N 750.

⁴³ Nar, *Tenkis* (n 7) 30; Öztan, *Aile* (n 3) 540; Öztan, *Miras* (n 5) 173; Şıpka (n 5) 283; Zeytin (n 1) N 753. Ancak bu nitelikteki mal rejimi sözleşmeleri bakımından ölümüne bağışlı tasarruflar için öngörülen şekil şartlarına uyulması zorunlu olmayıp, mal rejimi sözleşmeleri için öngörülen şekil şartlarına uyulması yeterli görülmektedir. Bkz Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 10; Öztan, *Miras* (n 5) 173; Zeytin (n 1) N 749. Bir görüşe göre, bu tür anlaşmalar, miras hukukundaki diğer ölümüne bağışlı tasarruflardan daha önce tenkis edilmelidir. Bkz Şıpka (n 5) 285; Zeytin (n 1) N 753. Bir başka görüşe göre ise, diğer ölümüne bağışlı tasarruflarla birlikte orantılı olarak (TMK m 561) tenkise tâbi tutulmalıdır. bkz Aldemir (n 8) 81; Sarı (n 8) 242.

⁴⁴ Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 28 ff; Nuspliger (n 11) Art 216, N 5; Aldemir (n 8) 81 vd; Gümüş (n 8) 385; Nar, *Tenkis* (n 7) 29 vd; Sarı (n 8) 240 ve 243; Şıpka (n 5) 280 vd ve 283, dn 326; Zeytin (n 1) N 750.

⁴⁵ Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 35; Jungo (n 1) Art 216-217, N 15; Şenocak (n 12) 401; Zeytin (n 1) N 753; Şıpka, Öztan, *Miras* (n 5) 173 vd; Sarı (n 8) 243.

⁴⁶ Çabri (n 1) N 1479; Şenocak (n 12) 400 vd. Bu görüş hakkında açıklama için ayrıca bkz Jakob (n 11) Art 216/217, N 2; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 455; Aldemir (n 8) 82; Birinci Uzun (n 5) 111. Sağ kalan eşe TMK m 237 ve 276 hükümleri çerçevesinde yasal paylaşma oranından fazlasını ölümüne bağışlı olarak kazandırmanın sağlararası işlem yoluyla ölümüne bağışlı kazandırma niteliğinde olduğu yönünde bkz Serozan ve Engin (n 1) § 4, N 43.

Hesaplanan katılma alacağı terekenin aktifinde veya pasifinde yer alacak olup, terekenin hesaplanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Sağ kalan eş lehine artık değer alacağının ortaya çıkması hâlinde gerek mal rejiminin sona ermesi gerek terekenin teşekkülü mirasbırakanın ölümüyle birlikte aynı anda meydana gelse bile, mal rejiminin tasfiyesi ve artık değer belirlenmesi en azından mantıksal olarak mirasın geçişinden önce hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Öte yandan, küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızasıyla mal rejimi sözleşmesi yapılabilmesi (TMK m 204/II), mal rejimi sözleşmesinin noterde onaylama biçiminde de yapılabilmesi (TMK m 205/I), mal rejimi sözleşmesinin ancak bir mal rejimi sözleşmesiyle ortadan kaldırılabilmesi (TMK m 203), katılma alacağı ve değer artış payının ödenmesi bakımından özel hükümlerin bulunması (TMK m 239-241) gibi özellikler, mal rejimi sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarruflardan farklı olduğunu göstermektedir. Sağ kalan eş lehine yapılan artık değere katılma anlaşmalarının diğer mal rejimi sözleşmelerinden farklı olarak ölüme bağlı tasarruf sayılarak ilk sırada tenkise tâbi tutulmasını haklı gösterecek bir özel neden de bulunmamaktadır. Bu nedenle, artık değere katılmaya ilişkin mal rejimi sözleşmelerinin ölümle veya diğer bir sebeple sona ermesi arasında ayırım yapılmamalıdır.

TMK m 237/II hükmünde yer alan düzenlemenin bu tartışmayı bir ölçüde etkilediği ifade edilebilir. Zira artık değere katılma anlaşmasının eşlerin ortak olmayan çocuklarının saklı payını zedeleyip zedelediğini tespit edebilmek için, sağ kalan eşe yapılan kazandırmanın terekeye farazi olarak eklenmesi şarttır. Bu bağlamda, TMK m 237/II hükmü, TMK m 508 hükmünün uygulanması bakımından yol gösterici niteliktedir. Söz konusu kazandırmanın terekeye eklenmesi demek, bu kazandırmanın sağlararası bir hukukî işlem olmasını gerektirmektedir⁴⁷. Bu eklemenin yapılabilmesi için, artık değere ilişkin kazandırmanın TMK m 565/I-b.3 ve b.4'te düzenlenen unsurları bünyesinde taşıması da gerekli değildir. Zira TMK m 237/II hükmü, TMK m 565 hükmüne nazaran özel bir hükümdür⁴⁸. Özel bir hüküm olan TMK m 237/II hükmü, artık değere ilişkin fazla kazandırmanın tenkise tâbi olması (terekeye eklenmesi) bakımından TMK m 565 hükmünde öngörülen sınırlamaları içermemektedir⁴⁹.

B. Artık Değere Katılma Alacağına İlişkin Mal Rejimi Sözleşmelerinin Tenkisi

TMK m 237/II hükmü, mirasçılarının saklı pay miktarını da etkilemektedir. Şöyle ki, bu hükmün olmaması hâlinde artık değere ilişkin olarak sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma ölen eşin terekesine eklenmeyecek, aksine bu kazandırma tereke

⁴⁷ Bkz Fankhauser und Jungo (n 25) 5.

⁴⁸ Öztan, *Aile* (n 3) 541; Şenocak (n 12) 403; Zeytin (n 1) N 754.

⁴⁹ Jungo (n 1) Art 216-217, N 9; Şenocak (n 12) 403.

bakımından bir borç niteliğinde olacağından terekeden çıkarılacak, böylelikle de tüm mirasçılarının miras payları ve saklı payları azalacaktır. TMK m 237/II hükmünün uygulanabilmesi için, mal rejimi sözleşmesiyle yapılan kazandırmanın terekeye eklenmesi gerekmektedir. Ne var ki, hükümde sadece eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoyları korunmuştur. Dolayısıyla sağ kalan eşe yapılan ek kazandırma, sadece bu mirasçılarının saklı payları hesaplanırken terekeye eklenmelidir. Bu konuda öğretide kabul edilen hesaplama yöntemi şu şekildedir: Öncelikle sanki eşler arasında hiç mal rejimi sözleşmesi yapılmamış ve artık değer yasal orana (1/2'ye) göre paylaşılıyormuş gibi tereke ve ortak olmayan çocuğun (veya onun altsoyunun) saklı payı belirlenmelidir. Daha sonra, mal rejiminin yapılan anlaşma uyarınca tasfiye edilmesi dikkate alınarak tereke ve ortak olmayan çocuğun (veya onun altsoyunun) miras payı bulunmalıdır. Şayet ortak olmayan çocuğun (veya onun altsoyunun) eşler arasındaki sözleşme neticesinde aldığı miras payı, farazi yasal paylaşma neticesinde alması gereken saklı pay miktarından düşük kalıyorsa, saklı payın ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁰. Bu durumda, yapılan mal rejimi sözleşmesi geçerliliğini korumakta; ancak saklı payı ihlâl edilen ortak olmayan çocuk (veya onun altsoyu), tenkis davası açarak zedelenen saklı payını talep edebilmektedir⁵¹.

Olay: Önceki eşinden (A) adında bir çocuğu olan (M), sonradan (E) ile evlenir. Daha sonra (M) ile (E)'nin (B) isminde bir çocuğu dünyaya gelir. Taraflarca yapılan mal rejimi sözleşmesinde (M)'nin artık değerinin tümünün (E)'ye ait olduğu kararlaştırılır⁵². Bir müddet sonra (M) ölür. (M)'nin ölümünde 1.200.000 TL değerinde artık değeri ve 200.000 TL değerinde kişisel malı bulunmakta iken; (E)'nin artık değeri bulunmamaktadır.

Cözüm: Bu olayda ortak olmayan çocuk (A)'nın saklı payının ihlâl edilmediğini tespit edebilmek için;

Öncelikle, artık değer yasal orana göre paylaşılmış gibi farazi bir hesaplama yapılmalı ve (A)'nın saklı payı bulunmalıdır:

⁵⁰ Fankhauser und Jungo (n 25) 6; Jungo (n 1) Art 216-217, N 13 ff; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo (n 25) 321 ff; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 461 vd; Aldemir (n 8) 82; Çabri (n 1) N 1478; Çakır (n 10) 229 vd; Çekin (n 2) 195 vd; Dural ve Öz (n 5) N 1092; Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 315; Karamercan (n 5) 504; Öztan, *Aile* (n 3) 541 vd; Sarı (n 8) 242; Şenocak (n 12) 405; Şıpka (n 5) 283 vd; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 261 vd; Zeytin (n 1) N 752.

⁵¹ Christian Brückner, Thomas Weibel and Francesca Pesenti, *Die erbrechtlichen Klagen* (4. Auflage, Schulthess 2022) N 60c; Forni und Piatti (n 39) Vor Art 522-533 ZGB, N 3; Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 43; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 32; Jungo (n 1) Art 216-217, N 14; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 18; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 454, 460; Aldemir (n 8) 81; Antalya (n 1) N 1496; Çabri (n 1) N 1477; Çakır (n 10) 230; Demir (n 10) 265 vd; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 1) N 1233; Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 315; Gençcan (n 10) 1331; Gümüş (n 8) 385; Karamercan (n 5) 504; Nar, *Tenkis* (n 7) 31; Öztan, *Aile* (n 3) 541; Sarı (n 8) 241, 243; Şıpka (n 5) 277 ve 282; Şıpka ve Kaplan (n 1) 272; Şıpka ve Özdoğan (n 5) 261; Zeytin (n 1) N 753.

⁵² Bu içerikte bir mal rejimi sözleşmesi yapılabileceği hakkında bkz Eggel (n 29) 93; Fankhauser und Jungo (n 25) 5; Hausheer, Reusser und Geiser (n 13) N 18; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 26a; Jakob (n 11) Art 216/217, N 7; Jungo (n 1) Art 216-217, N 3; Öztan, *Aile* (n 3) 538, 540; Öztan, *Miras* (n 5) 90; Şıpka (n 5) 277. İsviçre uygulamasında bu içerikte mal rejimi sözleşmelerinin oldukça sık görüldüğü hakkında bkz Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 26a; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 55; Zeytin (n 1) N 742.

(M)'nin farazi terekesi : 200.000 TL (kişisel mal) + 600.000 TL (artık değerın yarısı)
: 800.000 TL

(A)'nın saklı payı : Farazi tereke . 3/16 (saklı pay oranı)
: 800.000 TL . 3/16
: **150.000 TL**

Daha sonra, artık değerin sözleşmeye göre paylaşımı dikkate alınarak tereke hesaplanmalı ve (A)'nın miras payı bulunmalıdır:

(M)'nin terekesi : 200.000 TL (kişisel mal)
(A)'nın miras payı : Tereke . 3/8 (miras payı oranı)
: 200.000 TL . 3/8
: **75.000 TL**

Sonuç olarak, (A)'nın saklı payı **150.000 TL - 75.000 TL = 75.000 TL** tutarında ihlâl edilmiştir.

Peki, yukarıdaki olayda ortak çocuk (B)'nin saklı payı hangi tereke dikkate alınarak hesaplanacaktır? Bu konuda öğretide iki tane görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre⁵³, TMK m 237/II hükmüyle sadece ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı payı koruma altına alındığından, ortak çocuğun saklı payı, artık değerin yasal orana göre paylaşılmasına binaen belirlenen farazi terekeye göre hesaplanmamalı; aksine mal rejimi sözleşmesine binaen belirlenen terekeye göre hesaplanmalıdır. Diğer bir deyişle, bu iki altsoyun saklı payı farklı terekeler üzerinden hesaplanmalıdır. Ortak olmayan çocuğun saklı payı hesaplanırken sağ kalan eşe yapılan artık değer kazandırması terekeye farazi olarak eklenirken; ortak çocuğun saklı payının hesaplandığı terekeye bu değer eklenmemelidir.

Cözüm: Bu görüşe göre, yukarıdaki olayda geçen ortak çocuk (B)'nin saklı payı şu şekilde hesaplanmalıdır:

(M)'nin terekesi : 200.000 TL (kişisel mal)
(B)'nin saklı payı : Tereke . 3/16 (saklı pay oranı)
: 200.000 TL . 3/16
: **37.500 TL**

⁵³ Jakob (n 11) Art 216/217, N 11; Jungo (n 1) Art 216-217, N 13; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 463; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) N 1101. Bu görüş hakkında ayrıca bkz Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 37; Nuspliger (n 11) Art 216, N 6; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo (n 25) 322, Fn 46; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 57; Gümüş (n 8) 386; Şenocak (n 12) 405; Zeytin (n 1) N 756. Mirasbrakanın tasarruf edebileceği kısmın ortak ve ortak olmayan altsoy açısından farklı değerlendirilmelere tâbi tutulması İsviçre kanun koyucusunun açık iradesi olduğu yönünde bkz Çekin (n 2) 196.

Öğretide kabul edilen diğer görüşe göre ise⁵⁴, gerek ortak olmayan gerek ortak çocuğun saklı payı, artık değerın yasal orana göre paylaşılması ihtimaline binaen belirlenen farazi tereke üzerinden hesaplanmalıdır. Diğer bir deyişle, sağ kalan eşe yapılan artık değer kazandırması her iki altsoyun saklı payı hesaplanırken de terekeye eklenmelidir. Bunların arasındaki fark, ortak çocuğun sağ kalan eşe yapılan artık değer kazandırmasına karşı tenkis davası açamamasıdır. Zira bu hak, TMK m 237/II hükmünde sadece ortak olmayan çocuklara ve onların altsoylarına tanınmıştır. Ortak altsoyun saklı payından eksik kalan miktar, sağ kalan eşin terekeden aldığı miras payından karşılanabilir.

Cözüm: Bu görüşe göre, yukarıdaki olayda geçen ortak çocuk (B)'nin saklı payı şu şekilde hesaplanmalıdır:

(M)'nin farazi terekesi : 200.000 TL (kişisel mal) + 600.000 TL (artık değerın yarısı)
: 800.000 TL

(B)'nin saklı payı : Farazi tereke . 3/16 (saklı pay oranı)
: 800.000 TL . 3/16
: **150.000 TL**

C. Ortaklık Mallarının Paylaşılmasına İlişkin Mal Rejimi Sözleşmelerinin Tenkisi

TMK m 276/III hükmü, mirasçılardan saklı pay miktarını da etkilemektedir. Şöyle ki, bu hükmün olmaması hâlinde ortaklık mallarına ilişkin olarak sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma ölen eşin terekesine eklenmeyecek, aksine bu kazandırma tereke bakımından bir borç niteliğinde olacağından terekeden çıkarılacak, böylelikle de tüm mirasçılardan miras payları ve saklı payları azalacaktır. TMK m 276/III hükmünün uygulanabilmesi için, mal rejimi sözleşmesiyle yapılan kazandırmanın terekeye eklenmesi gerekir. Ne var ki, hükümde sadece altsoy korunduğundan bu ekleme, onların saklı paylarının ihlâl edilip edilmediği tespit edilirken yapılmalıdır. Diğer bir deyişle, mirasın ikinci zümreye kalması durumunda sağ kalan eşe yapılan kazandırma terekeye eklenmeyecektir. Bu konuda öğretilde kabul edilen hesaplama yöntemi şu şekildedir: Öncelikle sanki eşler arasında hiç mal rejimi sözleşmesi yapılmamış ve ortaklık malları yarı yarıya paylaşılıyormuş gibi tereke ve altsoyun saklı payı belirlenmelidir. Daha sonra, mal rejiminin yapılan anlaşma uyarınca tasfiye edilmesi dikkate alınarak tereke ve altsoyun miras payı bulunmalıdır. Şayet altsoyun eşler arasındaki sözleşme neticesinde aldığı miras payı, farazi yasal paylaşma neticesinde alması gereken saklı

⁵⁴ Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 216, N 38. Bu görüş hakkında bkz Nuspliger (n 11) Art 216, N 6; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo (n 25) 322, Fn 46; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 57; Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 464, dn 428; Gümüş (n 8) 386; Şenocak (n 12) 405; Zeytin (n 1) N 756 vd.

pay miktarından düşük kalyorsa, saklı payın ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁵.

Olay: (M)'nin ölümünde eşi (E) ve çocuğu (A) hayattadır. (M) ve (E), akdettikleri mal rejimi sözleşmesiyle aralarında mal ortaklığı rejiminin uygulanacağını ve ortaklık mallarının tümünün (E)'ye ait olduğunu⁵⁶ kabul ederler. (M)'nin ölümünde 200.000 TL değerinde kişisel malı bulunmakta ve ortaklık mallarının toplam değeri 1.200.000 TL'dir.

Cözüm: Bu olayda altsoy (A)'nın saklı paylarının ihlâl edilip edilmediğini tespit edebilmek için;

Öncelikle, ortaklık malları yarı yarıya paylaşılmış gibi farazi bir hesaplama yapılmalı ve altsoyun saklı payı bulunmalıdır:

(M)'nin farazi terekesi : 200.000 TL (kişisel mal) + 600.000 TL (ortak malların yarısı)
: 800.000 TL

(A)'nın saklı payı : Farazi tereke . 3/8 (saklı pay oranı)
: 800.000 TL . 3/8
: **300.000 TL**

Daha sonra, ortaklık mallarının sözleşmeye göre paylaşılması göz önünde bulundurularak, altsoyun miras payı bulunmalıdır:

(M)'nin terekesi : 200.000 TL (kişisel mal)

(A)'nın miras payı : Tereke . 3/4 (miras payı oranı)
: 200.000 TL . 3/4
: **150.000 TL**

Sonuç olarak, (A)'nın saklı payı **300.000 TL – 150.000 TL = 150.000 TL** tutarında ihlâl edilmiştir. Bu kısım sağlanıncaya kadar, sağ kalan eşe bırakılan ortaklık mallarının tenkisi talep edilebilecektir⁵⁷.

⁵⁵ Dural ve Öz (n 5) N 1096.

⁵⁶ Eggel (n 29) 93; Hausheer und Aebi-Müller (n 11) Art 241, N 11; Jungo (n 1) Art 241, N 4; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 55; İnan, Ertuş ve Albaş (n 5) N 1104.

⁵⁷ Bu talebin tenkis davasının bir türü olduğu hakkında bkz Brückner, Weibel und Pesenti (n 48) N 60c; Forni und Piatti (n 39) Vor Art 522-533 ZGB, N 3; Çakır (n 10) 230; Eren ve Yücer Aktürk (n 33) N 728; Nar, *Tenkis* (n 7) 32.

IV. İsviçre Medenî Kanunu'nda Yapılan İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi

A. Tasarıda Bulunan İlgili Değişiklik Önerilerinin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

İsviçre Medenî Kanunu'nun miras hukuku kitabı, diğer kısımların aksine 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra çok az revize edilmiştir. Ne var ki, miras hukukunun dayandığı sosyal gerçekler, İsviçre Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden yüz yıl gibi oldukça uzun bir süre sonra, oldukça değişmiş ve bu nedenle miras hukuku kitabında bu son gelişmeleri dikkate alan bir revizyona ihtiyaç duyulmuştur⁵⁸. Nitekim 4 Mart 2016 tarihinde Öntasarı⁵⁹ ve Açıklayıcı Rapor⁶⁰ yayınlanmıştır. Açıklanan bu Öntasarıya yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak 29 Ağustos 2018 tarihinde bir Tasarı (Tasarı 2018)⁶¹ ve Açıklayıcı Rapor⁶² hazırlanmıştır. Tasarıda birçok hükme ilişkin değişiklik önerisi bulunmasına karşın, konumuz bakımından ZGB Art 216 ve ZGB Art 241 hükümlerinde yapılması önerilen değişiklikler önem arz etmektedir.

2. E-ZGB Art 216 Hükümü

Tasarıda ZGB Art 216'ya ikinci ve dördüncü fıkralar olmak üzere iki tane yeni fıkra eklenmesi ve eski ikinci fıkrada küçük bir değişiklik yapılarak üçüncü fıkra olarak teselsül ettirilmesi öngörülmüştür. E-ZGB (Entwurf-ZGB) Art 216 Abs 2⁶³ hükmüne göre, eşlerin artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas benimsemelerine ilişkin anlaşma, sağ kalan eşin lehine olduğu ölçüde saklı payın hesaplanmasında dikkate alınır. Diğer bir deyişle, saklı pay hesaplanırken sağ kalan eşe kalan tüm katılma alacağı değil, sadece yasal orana göre paylaşım yapılması hâlinde elde edilecek miktarın üzerinde kalan kısım, yani mal rejimi sözleşmesi vesilesiyle katılma alacağına ortaya çıkan artış varsayımsal terekeye eklenmelidir. Bu kurala göre hem ortak hem de ortak olmayan çocuğun saklı payı hesaplanırken sağ kalan eşin katılma alacağına meydana gelen artışın eklendiği farazi tereke dikkate alınmalıdır⁶⁴. Tasarıda eşler dışında sadece altsoya saklı pay tanındığından,

⁵⁸ Fankhauser und Jungo (n 25) 1.

⁵⁹ Bkz <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf> (Erişim Tarihi: 8.11.2022).

⁶⁰ Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), <https://bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.11.2022).

⁶¹ Bkz BBI 2018 5905, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2132/de> (Erişim Tarihi: 8.11.2022).

⁶² Bkz BBI 2018 5813, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de> (Erişim Tarihi: 8.11.2022).

⁶³ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: "Eine solche Vereinbarung wird bei der Berechnung von Pflichtteilen berücksichtigt, soweit sie den überlebenden Ehegatten begünstigt".

⁶⁴ Fankhauser und Jungo (n 25) 5; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 19; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 58 ff. Sağ kalan eşin katılma alacağına meydana gelen artışın terekeye eklenmesi, sağlararası bir işlemin var olduğu anlamına gelmektedir. Bkz Fankhauser und Jungo (n 25) 5.

ana ve babanın katılma alacağına meydana gelen artış nedeniyle tenkis talebinde bulunması mümkün değildir⁶⁵.

Tenkis talebinde bulunma bakımından tasarıda altsoy arasında bir ayrıma gidilmiştir. Ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının tenkis talebi, üçüncü fıkra olarak teselsül ettirilen mevcut ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Fıkra da mevcut hâline göre çok küçük değişiklikler yapılmıştır. Şöyle ki, “*Solche Vereinbarungen dürfen*” yerine “*Sie darf*” ibaresi kullanılmış ve devamında “*und*” bağlacından hemen sonra “*von*” edatı eklenmiştir. Yapılan bu değişikliklerin anlam üzerinde çok büyük bir etkisi yoktur. Neticede E-ZGB Art 216 Abs 3'te⁶⁶ bu tür anlaşmaların ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelemeyeceği düzenlenmiştir. Bunun anlamı, sağ kalan eşin katılma alacağına mal rejimi sözleşmesiyle meydana gelen artış nedeniyle saklı payı ihlâl edilen ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının, bu artışa karşı tenkis talebinde bulunabileceğidir⁶⁷.

Buna karşılık, tasarıda eşlerin ortak çocuklarına ve bunların altsoylarına katılma alacağına gerçekleşen artışa karşı tenkis davası açma hakkı kural olarak tanınmamıştır⁶⁸. Ortak çocukların ve onların altsoylarının bu artışa karşı tenkis davası açabilecekleri hâller, E-ZGB Art 216 Abs 4'te⁶⁹ sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Buna göre, ortak çocuklar ve onların altsoyları, sağ kalan eşin yeniden evlenmesi veya kayıtlı birlikteliğe⁷⁰ girmesi hâlinde, ona sağlanan faydanın tenkisini talep edebilirler. Bu değişikliğin yapılmasına gerekçe olarak, altsoyun saklı pay oranının zaten tasarıda azaltılmış olduğu ve bu nedenle mal rejimi sözleşmeleriyle onun alabileceği saklı pay miktarının daha da azaltılmasının kısmen önlenmek istendiği

⁶⁵ Ahmet Nar, ‘İsviçre’deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları’ (2019) 14(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333, 353 vd.

⁶⁶ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “*Sie darf die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und von deren Nachkommen nicht beeinträchtigen*”.

⁶⁷ Fankhauser und Jungo (n 25) 5 ff; Nar, *Revizyon* (n 62) 354.

⁶⁸ Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 19. E-ZGB Art 216 hükmünün uygulanmasına dair örnek olay çözümü için bkz Fankhauser und Jungo (n 25) 6 ff.

⁶⁹ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: “*Gemeinsame Kinder und deren Nachkommen können eine Herabsetzung der Begünstigung des überlebenden Ehegatten verlangen, wenn dieser wieder heiratet oder eine eingetragene Partnerschaft begründet*”.

⁷⁰ İsviçre’de eşinsel hayat ortaklığı ilk kez 18 Haziran 2004 tarihli Eşinsel Çiftlerin Kayıtlı Birlikteliklerine İlişkin Federal Kanun’la (Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, PartG) düzenlenmiştir. 1 Temmuz 2022 tarihinde yürürlükten kalkan PartG Art 2’ye göre eşinsel kişiler hayat ortaklıklarını tescil ettirebilmekte ve tescil işleminin yapılmasıyla birlikte taraflar arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran bir yaşam birliği meydana gelmekteydi. Detaylı bilgi için bkz Mustafa Dural, ‘İsviçre’de Eşinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi’ (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 927 vd. Ne var ki, “*Herkes için evlilik (Ehe für alle)*” şeklinde isimlendirilen Parlamento Girişimi’nin referandumda halk tarafından kabul edilmesi neticesinde İsviçre’de eşinsellere 1 Temmuz 2022 tarihinden itibaren evlenme hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda İsviçre Medenî Kanunu (ZGB), Eşinsel Çiftlerin Kayıtlı Birlikteliklerine İlişkin Federal Kanun (Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, PartG) ve Uluslararası Özel Hukuka İlişkin Federal Kanun’da (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG) birtakım değişiklikler yapılmıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse, Partnerschaftsgesetz (PartG)’in 4a. Bölümünde kayıtlı birlikteliğin evliliğe dönüştürülmesi düzenlenmiştir. Buna göre, kayıtlı çiftler her zaman herhangi bir nüfus memuru önünde kayıtlı birlikteliklerini evliliğe dönüştürmek istediklerini beyan edebilecekler (PartG Art 35 Abs 1) ve dönüşüm beyanında bulunulur bulunulmaz kayıtlı çiftler evli olarak kabul edileceklerdir (PartG Art 35a Abs 1).

gösterilmektedir⁷¹. Ortak çocuk ile ortak olmayan çocuk arasında yapılan ayrımın öğretide şiddetli bir şekilde eleştirilmesi de bu düzenlemenin yapılmasının nedenleri arasındadır. Şöyle ki, ortak olmayan altsoyun korunmasının temelinde, bunların sağ kalan eşe mirasçı olmaması ve bu nedenle sağ kalan eşe kalan fazlalıktan sadece ortak altsoyun faydalanacağı fikri yatmaktadır⁷². Ne var ki, bu durum ortak çocuk ve altsoyu aleyhine de bazı sonuçlara yol açabilmektedir. Öncelikle altsoy arasında bu şekilde bir ayrım yapılması eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira ortak olmayan çocuğun saklı payı daha yüksek hesaplanmakta iken; ortak çocuğun saklı payı daha düşük hesaplanmaktadır. Ayrıca ortak olmayan çocuk ve altsoyu, saklı payını hemen elde etmekte ve bununla yatırımlar yapmakta iken; ortak çocuk ve altsoyu, ölen ebeveyninin terekesinden tam anlamıyla faydalanabilmek için sağ kalan diğer ebeveyninin ölümü beklemek zorundadır. Diğer bir deyişle, ortak çocuk ve altsoyu, sağ kalan eşin söz konusu mallar üzerinde yaptığı tasarruflara katılmak zorundadır⁷³. Sağ kalan eşin ölümünde katılma alacağına ortaya çıkan artış terekesinde bulunmuyorsa, ortak çocuk ve altsoyunun (sınırlı hâllerde tenkis davası açmak gibi istisnai olanaklar dışında) kural olarak başvurabileceği herhangi bir imkân yoktur. Bununla birlikte, ortak çocuğun sağ olmama, mirasçılıktan çıkarılma, mirastan yoksunluk gibi nedenlerle sağ kalan eşe mirasçı olamaması da her zaman ihtimal dahilindedir⁷⁴. Öte yandan, sağ kalan eş, bu artış üzerinde hiçbir tasarrufta bulunmasa bile, yeniden evlenebilir. Sağ kalan eşin yeniden evlenmesi, ortak çocuğun menfaatlerini olumsuz olarak etkilemeye elverişlidir. *Meselâ*, sağ kalan eşin yeniden evlenmesi ve bir müddet sonra ölmesi hâlinde, ortak çocuk ile birlikte yeni evlilikteki eş de mirasçı olacaktır. Dolayısıyla üzerinde hiçbir tasarrufta bulunulmamış olsa bile, katılma alacağındaki artış sonradan ölen ebeveynin terekesinde yer alacak ve böylelikle yeni eş de bundan faydalanabilecektir⁷⁵. Bu durumda ortak çocuğun nasıl olsa sağ kalan eşe mirasçı olacak düşüncesiyle korunmaması, onu ortak olmayan çocuktan daha dezavantajlı bir duruma düşürebilecek niteliktedir. Netice olarak, bu düzenleme ile söz konusu eleştirilere çözüm bulmak amaçlanmıştır⁷⁶.

Tasarıda ayrıca katılma alacağına meydana gelen artışın hangi sırada tenkis edileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Tenkiste sıraya ilişkin E-ZGB Art 532 hükmünde mevcut düzenlemeye nazaran önemli değişiklikler yapılmış olup, tenkiste sıra daha detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fırcasının

⁷¹ Nar, *Revizyon* (n 62) 354.

⁷² Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Birinci Uzun (n 5) 128; Çekin (n 2) 196; Nar, *Revizyon* (n 62) 356; Sarı (n 8) 241; Şenocak (n 12) 396.

⁷³ Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Birinci Uzun (n 5) 128; Çakır (n 10) 231; Çekin (n 2) 196.

⁷⁴ Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Çakır (n 10) 231.

⁷⁵ Nar, *Revizyon* (n 62) 356 vd.

⁷⁶ Türk Hukuku'nda TMK m 237/II hükmü bakımından gerçek olmayan kanun boşluğunun bulunduğu, kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılması gerektiği ve bu düzenleme yapılırken artmirasçı atamaya ilişkin hükümlerden yararlanılabileceği yönünde bir görüş ileri sürülmüştür. Bkz Birinci Uzun (n 5) 127 vd.

birinci bendine göre, katılma alacağına meydana gelen artış sağlararası kazandırma olarak değerlendirilmekte ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk sırada tenkis edilmektedir⁷⁷.

3. E-ZGB Art 241 Hükümü

Tasarıda ZGB Art 241'e yeni bir fıkra (dördüncü fıkra) eklenmesi öngörülmüştür. E-ZGB Art 241 Abs 4⁷⁸ hükmüne göre, mal rejimi sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmaması koşuluyla, farklı bir paylaşımın kararlaştırıldığı hükümler, ölümün sağ kalan eşin saklı pay talebinin ortadan kalkmasına neden olan boşanma davası derdest iken gerçekleşmesi hâlinde geçerli değildir. Bu hükmün kabul edildiği hâl ile tasarıdaki metin arasında çok küçük dilbilgisel farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, tasarıda *“die Bestimmungen, mit denen eine andere Teilung vereinbart wird, im Todesfall nicht,”* şeklinde kullanılan kalıp; kabul edilen metinde *“die Vereinbarungen über eine andere Teilung im Todesfall nicht,”* şeklinde düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, tasarıda *“farklı bir paylaşımın kararlaştırıldığı hükümler”* denilmekteyken, hükmün yürürlüğe giren hâlinde *“farklı bir paylaşımına ilişkin anlaşmalar”* ifadesi kullanılmıştır. Kabul edilen hükmün tasarıdaki metne oldukça benzemesi nedeniyle, konu aşağıda⁷⁹ incelenmiştir.

B. 1 Ocak 2023 Tarihinde Yürürlüğe Giren İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi

1. ZGB Art 216 Hükümü

29 Ağustos 2018 tarihinde yayınlanan tasarı, bazı değişiklikler yapılarak 18 Aralık 2020 tarihinde kabul edilmiş ve söz konusu değişikliklerin 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. Yapılan değişiklikler, mirasbırakanın 1 Ocak 2023 tarihinde veya daha sonra ölümü hâlinde uygulama alanı bulacaktır⁸⁰.

ZGB Art 216 hükmüne sadece bir fıkra tasarıdan çok farklı bir içerikte ikinci fıkra olarak eklenmiş ve mevcut ikinci fıkra çok küçük bir değişiklikle üçüncü fıkra olarak teselsül ettirilmiştir. Tasarıdan oldukça farklı bir şekilde yasalaşan ZGB Art 216 Abs 2 hükmüne göre⁸¹, artık değere yarıdan fazla katılım; sağ kalan eşin, ortak çocukların

⁷⁷ Fankhauser und Jungo (n 25) 5; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 18; Wolf und Dorjee-Good (n 11) N 61 ff.

⁷⁸ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: *“Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag gelten die Bestimmungen, mit denen eine andere Teilung vereinbart wird, im Todesfall nicht, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt”.*

⁷⁹ Bkz aşağıda IV-B-2.

⁸⁰ Eitel (n 15) 33.

⁸¹ Hükmün Almanca metni şu şekildedir: *“Die über die Hälfte hinaus zugewiesene Beteiligung am Vorschlag wird bei der Berechnung der Pflichtteile des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners, der gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht hinzugerechnet”.* Hüküm yasalaşırken sonradan metne “nicht” kelimesi eklenmiş ve metin dilbilimsel olarak revize edilmiştir. Bkz Nuspliger (n 11) Art 216, N 7.

ve onların altsoylarının saklı payları hesaplanırken eklenmez. ZGB Art 216 Abs 3'te ise, artık değere katılma bakımından farklı bir esasın benimsendiği mal rejimi anlaşmalarının ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelemeyeceği düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada hükmün eski hâlinde sadece özne ve yüklem tekil hâle getirilmesi ile yetinilmiştir⁸². Tenkiste sıraya ilişkin ZGB Art 532 hükmü ise, küçük değişikliklerle tasarıda olduğu gibi yasalaşmıştır.

İsviçre Medenî Kanunu'nda yapılan bu değişiklikle şu sonuca varmak mümkündür. Öncelikle kanun koyucu, katılma alacağında artış meydana getiren mal rejimi sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarruf mu yoksa sağlararası hukukî işlem mi olduğu yönünde öğretide yapılan tartışmalarda tarafını belli etmiştir. Gerçekten ZGB Art 532 hükmünde mal rejimi sözleşmeleriyle katılma alacağında meydana gelen artışın sağlararası kazandırma sayılması ve bu artışın sağlararası kazandırmalar arasında da ilk sırada tenkis edileceğinin düzenlenmesiyle konu açıklığa kavuşturulmuştur⁸³.

Peki mirasçılardan miras payları veya saklı payları belirlenirken, hangi tereke esas alınacaktır? Yukarıda da değinildiği üzere konu daha önce öğretide tartışmalı olup, bir görüşe göre gerek ortak gerek ortak olmayan altsoyun saklı payı tespit edilirken katılma alacağında meydana gelen artışın da eklendiği farazi tereke göz önünde bulundurulmalıdır. Ne var ki, ZGB Art 216 Abs 2'de bu görüş kabul edilmemiş ve katılma alacağında meydana gelen artışın sağ kalan eşin, ortak çocukların ve onların altsoylarının saklı payları hesaplanırken eklenmeyeceği düzenlenmiştir. Hükmün üçüncü fıkrasında, eski düzenlemede olduğu gibi, ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarının zedelenmeyeceği öngörülmüştür. O hâlde, bu kişilerin saklı paylarının belirlenmesinde katılma alacağında meydana gelen artışın eklendiği farazi terekenin dikkate alınması gerekmektedir. Böylece altsoyun saklı payı iki farklı tereke üzerinden hesaplanacak ve ortak olmayan çocuğun saklı pay miktarı, ortak çocuğun saklı pay miktarından daha fazla olacaktır⁸⁴. Ayrıca sağ kalan eşe karşı sadece ortak olmayan çocuk ve altsoyu, tenkis davası açabilecektir⁸⁵. Neticede kanun koyucu, tasarıda yapılan öneriden yasalaştırma aşamasında vazgeçerek, ortak çocuk ile ortak olmayan çocuk arasındaki eşitsizliği devam ettirmiş, hatta ortak çocuk lehine geliştirilen her iki altsoyun da saklı payının aynı farazi tereke üzerinden hesaplanmasına yönelik görüşü de açık bir düzenleme ile reddetmiştir. Kanaatimizce tasarıda yer alan değişiklik önerisi, İsviçre Medenî Kanunu'nda hâlihazırda yapılan değişikliğe göre somut olay adaletini daha iyi sağlayabilecek niteliktedir ve taraf menfaatleri arasında uygun bir

⁸² Hükmün Almanca metni şu şekildedir: "Eine solche Vereinbarung darf die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen".

⁸³ Nuspliger (n 11) Art 216, N 7; Steck und Fankhauser (n 1) Art 216, N 15a; Stephan Wolf, 'Das neue Erbrecht – eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen' (2022) 158 Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 417, 431.

⁸⁴ Eitel (n 15) 46; Nuspliger (n 11) Art 216, N 7.

⁸⁵ Nuspliger (n 11) Art 216, N 7.

denge tesis etmektedir. Ne var ki, bu önerinin Kanun'da kendine yer bulamaması nedeniyle öğretilerdeki eleştiriler⁸⁶ gelecekte de devam edecektir.

2. ZGB Art 241 Hükümü

Mal ortaklığına ilişkin ZGB Art 241 hükmüne yeni bir fıkra (dördüncü fıkra)⁸⁷ eklenmiş olup, mevcut ilk üç firkada herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Hükme eklenen dördüncü fıkraya göre, ortaklık mallarının farklı bir biçimde paylaşılmasına ilişkin anlaşmalar, sağ kalan eşin saklı pay talebinin ortadan kalkmasına yol açan boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü hâlinde geçerli değildir. Yapılan düzenleme emredici nitelikte olmayıp, mal rejimi sözleşmesinde aksine bir düzenleme yapılmasına da olanak sağlanmıştır.

ZGB Art 241 Abs 4'te yapılan bu düzenleme, aslında boşanmanın mal rejimi ve miras hukukuna ilişkin sonuçlarının düzenlendiği ZGB Art 120'de yapılan değişiklikle de yakından ilişkilidir. Revizyon kapsamında ZGB Art 120 Abs 2'de değişiklik yapılmış ve maddeye yeni bir fıkra (üçüncü fıkra) eklenmiştir. Hükümün ikinci fıkrasına göre, boşanan eşlerin birbirlerine karşı yasal miras hakkı yoktur. Maddeye yeni eklenen üçüncü fıkranın ikinci bendine göre ise, aksine bir anlaşma yapılmadıkça, saklı pay talebinin ortadan kalkmasına yol açan boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü sağ kalan eşin saklı paydan kaynaklanan haklarını sona erdirmektedir.

Peki saklı payın kalmasına yol açan boşanma davasından kasıt nedir? Bu konu, ZGB Art 472 Abs 1 ve Abs 2'de düzenlenmiştir. Buna göre, mirasbırakanın ölümü anında boşanma davası derdest ise, sağ kalan eş, şu durumlarda saklı paydan kaynaklanan haklarını kaybetmektedir: 1) Boşanma davası ortak talep üzerine açılmış veya ortak talep üzerine boşanma hükümlerine göre yargılamaya devam edilmişse; 2) Eşler en az iki yıldır ayrı yaşıyorlarsa. *Meselâ*, eşlerin anlaşarak birlikte açtıkları boşanma davası (anlaşmalı boşanma) derdest iken eşlerden birisi ölümü, diğerinin saklı paydan kaynaklanan haklarının ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Ancak eşlerden birisi tarafından açılan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı (TMK m 166/I) boşanma davası devam ederken, eşlerden birisi ölürse ve eşler en az iki yıldır ayrı da yaşamıyorlarsa, boşanma davasının derdest olması diğer eşin saklı payından kaynaklanan haklarını etkilemeyecektir⁸⁸.

⁸⁶ Nitekim Türk Hukuku'nda TMK m 237/II hükmüyle getirilen korumadan, önceki evlilikten doğan ortak olmayan çocuk yanında, ölüm ile sona eren evlilikten doğan ortak çocuğun da yararlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz Acar, *Mal Rejimleri* (n 5) N 467; Çakır (n 10) 231 vd ve 270; ayrıca bkz Dural ve Öz (n 5) N 1091; İnan, Ertaş ve Albaş (n 5) N 1101; Midyat (n 9) 51, dn 124; Özdamar, Toker, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün Toker (n 10) 121, dn 174; krş. Kılıçoğlu, *Aile* (n 3) 350.

⁸⁷ Hükümün Almanca metni şu şekildedir: "Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag gelten die Vereinbarungen über eine andere Teilung im Todesfall nicht, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt".

⁸⁸ Bkz Nar, *Revizyon* (n 62) 350.

Yapılan bu açıklamalardan hareketle, ZGB Art 472 Abs 1 ve Abs 2’de sayılan hâllerde boşanma davası devam ederken eşlerden birisinin ölmesi, sağ kalan eşin saklı payından kaynaklanan haklarını ortadan kaldıracak gibi, ortaklık mallarının farklı bir şekilde paylaşılmasına yönelik yapılan mal rejimi sözleşmelerini de geçersiz kılacaktır.

Sonuç

Türk Medenî Kanunu’na göre, eşler arasında kural olarak edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Bununla birlikte eşler, evlenmeden önce veya sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen mal rejimi türlerinden birini seçebilecekleri gibi, sınırlı sayıdaki bu rejimlerin hükümlerinde kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik de yapabilirler. Gerek farklı bir mal rejiminin seçilmesi gerek mevcut mal rejiminin hükümlerinde değişiklik yapılması, varsayımsal terekeyi ve böylece mirasçılarının saklı paylarını etkileyebilir. Nitekim evliliğin ölümle sona ermesi hâlinde paylaşımın sadece miras hukuku hükümlerine göre yapılması fikri, Türk Hukuku’nda kabul edilmemiştir. Diğer bir deyişle, sağ kalan eş somut olayın özelliklerine göre hem mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan katılma alacağını hem de artık değerinin geri kalan kısmının da dahil olduğu tereke üzerinden miras hakkını alabilmektedir. Bu durum somut olay adaletine uygun olmayan sonuçlara yol açabileceği düşüncesiyle öğretilerde eleştirilmektedir.

Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle birbirlerine yapacakları kazandırmaların miras hukuku açısından ne şekilde yorumlanacağı, önem arz etmektedir. Zira mal rejimi sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi hâlinde, tenkise tâbi olması gerekirken; sağlararası kazandırma olarak nitelendirilmesi hâlinde, tenkise tâbi tutulabilmesi için Kanun’da sayılan sınırlı hâllerden birine girmesi gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, ilk başlarda mal rejimi sözleşmesinin sağlararası hukukî işlem niteliğinde olduğunu ve Kanun’da sayılan sınırlı hâllerin şartları oluşmadığından tenkis edilemeyeceğini belirtmiştir. Ne var ki Federal Mahkeme 1976 yılında verdiği “Nobel Olayı” olarak bilinen kararıyla bu içtihadından dönmüş ve mal rejimi sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tâbi tutulması gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme’nin bu kararından sonra saklı payı ihlâl eden mal rejimi sözleşmelerine karşı sadece ortak olmayan çocuk ve altsoyu, Kanun’la koruma altına alınmıştır (ZGB Art 216 Abs 2; TMK m 237/II). Öte yandan, mal ortaklığı rejiminde kanunî paylaşma biçiminden sapan mal rejimi sözleşmeleri açısından da benzer bir hüküm (ZGB Art 241 Abs 3; TMK m 276/III) bulunmaktadır. Ne var ki edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak bu hükümde tüm altsoy korunmaktadır. Kanun koyucunun saklı paylı mirasçılar arasında ayırım yapması, Anayasa’da düzenlenen eşitlik ilkesini (AY m 10) ihlâl etmektedir. Şöyle ki, ortak çocuk ile ortak olmayan çocuğun saklı payları farklı terekeler üzerinden hesaplanmakta, sağ kalan eşe yapılan

fazla kazandırmanın tenkisini sadece ortak olmayan çocuk talep edebilmekte, ortak olmayan çocuk miras menfaatine hemen kavuşmakta iken ortak çocuk sağ kalan eşin tasarruflarına katlanmak zorunda kalmakta ve hatta sağ kalan eşin yeniden evlenmesi hâlinde beklediği menfaati tam olarak elde edememe ihtimaliyle karşılaşmaktadır.

Kanaatimizce ortak çocukların korunmamasına gerekçe olarak sağ kalan eşin ileride ölümü hâlinde zaten fazla kazandırmanın ortak çocuğa intikal edeceğini ve bu zamanın ortak çocuk tarafından beklenilebilir olduğunu ileri sürmek de bu ayrımcılığı haklı göstermemektedir. Kanun koyucu tarafından bir mirasçının saklı payı tam olarak korunurken; diğer mirasçının saklı payının aynı tasarrufa karşı korumasız bırakılması gerek hukuk tekniğine gerek hukukun genel ilkelerine aykırıdır.

İsviçre kanun koyucusu ana ve babanın saklı payını kaldırdığından, saklı paylı mirasçılar arasında ayrımcılık yapılmaması gerektiğine yönelik eleştiri, mal ortaklığına ilişkin ZGB Art 241 Abs 3 (TMK m 276/III) hükmü bakımından temelsiz hâle gelmiştir. Revizyon kapsamında ZGB Art 241 hükmüne yeni bir fıkra eklenmiş olup; bu hükümde, sağ kalan eşin saklı pay talebinin ortadan kalkmasına neden olan boşanma davası derdest iken eşlerden birinin ölümü hâlinde farklı paylaşımına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

Buna karşılık, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin ZGB Art 216 hükmünde yapılan değişiklik, öğretideki tartışmaları nihayete erdirebilecek nitelikte değildir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, tasarıda saklı pay hesaplanırken mal rejimi sözleşmesi vesilesiyle sağ kalan eşin katılma alacağında ortaya çıkan artışın varsayımsal terekeye ekleneceğini öngörmüştü. Buna göre, gerek ortak olmayan gerek ortak çocuğun saklı payı aynı tereke üzerinden hesaplanacaktı. Ne var ki kanun koyucu, saklı payını elde edemeyen çocukların tenkis davası açma imkânları bakımından yine bir ayrıma gitmişti. Buna göre, ortak olmayan çocuk her hâlde saklı payını elde edebilmek için sağ kalan eşe yapılan kazandırmanın tenkisini talep edebilirken; ortak çocukların bu kazandırmanın tenkisini bazı sınırlı hâllerde (sağ kalan eşin yeniden evlenmesi veya kayıtlı birlikteliğe girmesi) isteyebileceği öngörülmüştü. Yapılan bu değişikliğin eski duruma nazaran daha adil, ama olması gereken hukuka nazaran hâlâ yetersiz olduğu ifade edilebilirdi. Ne var ki, hüküm yasalaşırken son anda bir değişiklik yapılarak, artık değere yarıdan fazla katılımın sağ kalan eşin, ortak çocukların ve onların altsoylarının saklı payları hesaplanırken terekeye eklenmeyeceği kabul edilmiştir. Hükmün kabul edilen ve hâli hazırda yürürlükte olan bu nihai hâline göre, ortak olmayan çocukların ve onların altsoylarının saklı paylarının belirlenmesinde katılma alacağında meydana gelen artışın da eklendiği farazi tereke esas alınmalı; buna karşılık, sağ kalan eş ile ortak çocuk ve altsoyunun saklı payı belirlenirken bu artış terekeye eklenmemelidir. Diğer bir deyişle, yine saklı paylar iki farklı tereke üzerinden hesaplanmalıdır. Kanun koyucu bu düzenleme ile, hükmün önceki hâlinde

öğretide ortak çocukların ve altsoylarının korunması amacıyla ileri sürülen ve gerek ortak çocuğun gerek ortak olmayan çocuğun saklı paylarının katılma alacağına meydana gelen artışın da eklendiği farazi tereke üzerinden hesaplanmasına yönelik görüşü de açıkça reddetmiştir. O hâlde, söz konusu hükmün eski hükümde ortak olan çocuk lehine ileri sürülen görüşü de dayanaksız hâle getirerek somut olay adaletinden daha da uzaklaştığı ifade edilebilir.

Öte yandan değişiklikle birlikte tenkiste sıranın daha detaylı bir şekilde düzenlendiği ZGB Art 532 hükmünde katılma alacağına meydana gelen artış, sağlararası kazandırmalar arasında sayılmış ve sağlararası kazandırmalar arasında da ilk sırada tenkise tâbi tutulmuştur. Bu düzenleme ile kanun koyucu, katılma alacağına artış meydana getiren mal rejimi sözleşmelerinin sağlararası hukukî işlem olduğunu kabul etmiştir. Bu durum, kanunda yer alan diğer düzenlemelerle uyumludur. Zira katılma alacağına meydana gelen artışın bazı hâllerde terekeye eklenmesi ve bazı saklı paylı mirasçılardan bu artışa karşı tenkis talebinde bulunamaması, bu sonucun kabulünü gerektirir. Şayet sağ kalan eşin katılma alacağına artış meydana getiren anlaşmalar ölümüne bağlı tasarruf olarak kabul edilseydi, bu artışın terekeye bazı mirasçılar bakımından eklenmesi ve ortak olan çocukların bu anlaşmalara karşı tenkis davası açamaması açıklanamazdı. Öte yandan, mal rejimi sözleşmelerinin ehliyet, şekil ve sona erme bakımından ölümüne bağlı tasarruflardan ayrılması, sağlararası kazandırma olarak nitelendirilmesine dayanak teşkil etmektedir.

Kanaatimizce katılma alacağına artış meydana getiren mal rejimi sözleşmelerinin sağlararası hukukî işlem olarak kabulü yerinde olsa da, bu kazandırmaya karşı tenkis davası açma hakkının sadece bazı kişilere tanınması doğru olmamıştır. Aynı hukukî işleme karşı ortak olmayan çocuklara tenkis davası açma hakkı verirken, ortak çocukların elinden bu imkân alınarak hakkaniyet sağlanamaz. Bunun yerine, tüm mirasçılardan saklı paylarının bu tür kazandırmalara karşı korunması olması gereken hukuk açısından en doğru yoldur. Ne var ki, ortak olmayan çocuklar, ana ve babalarının yeniden evlenmeleri hâlinde her iki ailede de sosyal olarak dışlanma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bazı eşler, bu çocukları dışlayarak gerek sadece kendilerinin gerek diğer eşle ortak çocuklarının menfaatinin üstün tutabilmektedirler. Velâyeti kendisine bırakılan ana veya babası tarafından diğer ebeveynle kişisel ilişki kurması dahi uygulamada (doğrudan veya psikolojik olarak) engellenebilen ya da sınırlı olarak onlarla kişisel ilişki kurabilen, ana ve babasının boşanması nedeniyle psikolojik sıkıntılar yaşamaya muhtemel olan, kendini ne babasının ne de anasının evine ait hissederek boşluğa düşmesi ihtimal dahilinde olan ortak olmayan çocukların daha fazla korunmaya muhtaç olduğu da yadsınamaz. Zira bu çocukların hem gerçek ananın hem de gerçek babanın yeni evliliklerinde sosyal ve ekonomik açıdan dışlanması muhtemeldir. Ancak ortak olmayan çocukların korunması gagesiyle, ortak çocukların tenkis imkânına da saldırılmamalıdır. Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından gerek ortak çocukların gerek ortak olmayan çocukların saklı

payları, sağ kalan eşe yapılan fazla kazandırmanın da eklendiği aynı farazi tereke üzerinden hesaplanmalı ve her iki çocuk da saklı payını ihlal eden kısım bakımından bu kazandırmanın tenkisini talep edebilmelidir. Ortak olmayan çocukların gerek kendi ana ve babasına gerek diğer eşe karşı korunması amacıyla pozitif bir ayrımcılık yaparak onların saklı pay oranlarının bir miktar artırılması daha doğru bir yöntemdir. Bu sayede hem ortak olmayan çocuklar daha fazla korunmuş olmakta hem de ortak çocuğun tenkis davası açma imkânı elinden alınmamış olmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Acabey MB, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1998).

Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin 2021).

Acar F, *Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi* (2. Baskı, Seçkin 2004).

Akçaal M, 'Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi' (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 231-247.

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta 2021).

Aksoy M, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1964).

Aldemir İB, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi* (On İki Levha 2018).

Antalya OG, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt III, Miras Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2021).

Arbek Ö, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi* (Yetkin 2013).

Ayan M, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020).

Birinci Uzun T, 'Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medenî Hukuk Anomalisi' (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-132.

Brückner C, Weibel T und Pesenti F, *Die erbrechtlichen Klagen* (4. Auflage, Schulthess 2022).

Ceylan E, 'Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk' in Güllüoğlu Altun Y (ed), *Arabuluculuk Zirvesi- II* (On İki Levha 2020) 181-182.

Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I* (2. Baskı, On İki Levha 2022).

Çakır AC, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı* (On İki Levha 2018).

Çekin, MS, 'Mal Rejimi Hukukunda Gerçekleştirilen Tasarrufların Miras Hukukuna Etkisi' (2017) 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189-207.

Demir Ş, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması' (2014) (1) Ankara Barosu Dergisi 246-269.

- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2021).
- Dural M, 'İsviçre'de Eşçinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 927-936.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (16. Baskı, Filiz 2022).
- Eggel M, 'Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod' (2019) Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 90-102.
- Eitel P, 'Familienbilder und das neue Erbrecht' in *Liegenschaften, Unternehmen, Vorsorge und Unterhalt in der Familie Planungsmöglichkeiten - 11. Symposium zum Familienrecht 2021* (Schulthess 2022) 31-62.
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2021).
- Ertuş Ş, 'Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1365-1367.
- Ertuş Ş, 'Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar' (2013) 2(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, Cilt 2) 915-932.
- Fankhauser R und Jungo A, 'Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick' (2019) recht 1-11.
- Forni R und Piatti G, 'Vor Art. 522-533 ZGB' in Geiser T und Wolf S (Hrsg), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2019).
- Genç Arıdemir A, 'Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu' in Elçin EG ve Genç Arıdemir A (edr), *Çocuk Hakları Çalışmaları I* (On İki Levha 2017) 139-154.
- Gençcan ÖU, *Mal Rejimleri Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2017).
- Genna GS, 'Art. 241 ZGB' in Kren Kostkiewicz J, Wolf S, Amstutz M und Fankhauser R (Hrsg), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auflage, Orell Füssli 2021).
- Gümüş MA, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)* (Vedat 2008).
- Hatem H, *Miras Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2014).
- Hausheer H und Aebi-Müller R, 'Art. 181-251 ZGB' in Geiser T und Fountoulakis C (Hrsg), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2018).
- Hausheer H, Reusser R und Geiser T, *Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung, Das Eherecht, 3. Teilband, Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband, Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB* (Stämpfli 1992).
- Hegnauer C und Breitschmid P, *Grundriss des Eherechts* (4. Auflage, Stämpfli 2000).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Der 2015).
- İmre Z, 'Mirasın Taksimi Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medeni Hukukunun Buna İlişkin Meseleleri' iç *Onar Armağanı* (Fakülteler 1977) 395-435.
- İnan AN, Ertuş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022).
- Jakob D, 'Art. 196-220 ZGB' in Büchler A und Jakob D (Hrsg), *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2018).

- Jungo A, 'Art. 216-217 und 241 ZGB' in Breitschmid P und Jungo A (Hrsg), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - CHK, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG* (3. Auflage, Schulthess 2016).
- Karamercan F, *Katkı- Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları* (7. Baskı, Seçkin 2022).
- Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2022).
- Kılıçoğlu AM, *Katkı-Katılma Alacağı* (3. Baskı, Turhan 2013).
- Kılıçoğlu AM, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Turhan 2021).
- Kocayusufoğlu N, *Miras Hukuku, 2. ve 3. Basılara Ek Kitap* (Filiz 1992).
- Kuru Ö, 'Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme ile Kişisel Mal Haline Getirilmesi (TMK 221/1)' (2016) 2(3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-136.
- Midyat NA, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı* (On İki Levha 2017).
- Nar A, 'İsviçre'deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları' (2019) 14(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-370.
- Nar A, *Türk Miras Hukukunda Tenkis* (On İki Levha 2016).
- Nuspliger I, 'Art. 216 ZGB' in Kren Kostkiewicz J, Wolf S, Amstutz M und Fankhauser R (Hrsg), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (4. Auflage, Orell Füssli 2021).
- Oktay Özdemir S, 'Yargıtay Kararları Işığında Katkı Payı Kavramı, Talep Koşulları ve Hesabı' iç *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan* (Filiz 2011) 597-618.
- Özdamar D, Tokar AG, Kayış F, Yağcıoğlu B ve Akgün Tokar A, *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi* (7. Baskı, Seçkin 2022).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Baskı, Turhan 2015).
- Öztan B, *Miras Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2021).
- Özüğür Aİ, *Mal Rejimleri* (3. Baskı, Seçkin 2006).
- Sarı S, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Beşir 2007).
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2022).
- Steck D und Fankhauser R, 'Art. 216 ZGB' in Fankhauser R (Hrsg), *FamKommentar, Scheidung - Band I: ZGB und Band II: Anhänge* (4. Auflage, Stämpfli 2022).
- Şeker M, *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular* (On İki Levha 2022).
- Şenocak Z, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejimince Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi' (2009) 58(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 377-411.
- Şıpka Ş ve Kaplan HA, '4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy'a Etkisi' iç *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan* (Seçkin 2004) 263-274.
- Şıpka Ş ve Özdoğan A, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (2. Baskı, On İki Levha 2017).
- Şıpka Ş, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (On İki Levha 2011).
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J und Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (12. Auflage, Schulthess 2002).

Wolf S und Dorjee-Good A, ‘V. Die einzelnen, insbesondere die Rechtsgeschäftsplanung betreffenden Punkte der ersten Revisionsetappe / E. - G.’ in Wolf S (Hrsg), *Das neue Erbrecht - insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht* (Stämpfli 2022).

Wolf S, ‘Das neue Erbrecht – eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen’ (2022) 158 Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 417-443.

Yılmaz S, *Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku* (Yetkin 2022).

Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (5. Baskı, Seçkin 2021).